

**CAHIERS  
DE  
DEFENSE  
SOCIALE**

**Pour une Politique Criminelle Humaniste**

**2011-2012**

# Table de Matières

## Table of Contents

<b>I. HUMANITAS EN EL DERECHO PENAL/ HUMANITAS EN DROIT PÉNAL</b>	
Eugenio RAÚL ZAFFARONI.....	7
<b>II. LA ARMONIZACIÓN INTERNACIONAL DEL DERECHO PENAL/ THE INTERNATIONAL HARMONIZATION OF CRIMINAL LAW</b>	
Luis Alberto ARROYO ZAPATERO.....	25
<b>III. LA PRIVATIZACIÓN DE LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN/ THE PRIVATIZATION OF THE FIGHT AGAINST CORRUPTION</b>	
Adán NIETO MARTÍN.....	59
<b>IV. HACIA LA ABOLICIÓN UNIVERSAL DE LA PENA DE MUERTE: PROGRESOS Y PERSPECTIVAS/ TOWARDS WORLD-WIDE ABOLITION OF THE DEATH PENALTY: PROGRESS AND PROSPECTS</b>	
Roger HOOD.....	83
<b>V. LA AUTORÍA MEDIATA POR DOMINIO DE UN APARATO DE PODER COMO INSTRUMENTO PARA LA ELABORACIÓN JURÍDICA DEL PASADO</b>	
Francisco MUÑOZ CONDE .....	95
<b>VI. BECCARIA Y EL PRINCIPIO DE HUMANIDAD</b>	
Mario PISANI.....	118
<b>VII. CRIMINALIDAD ORGANIZADA TRANSNACIONAL Y UNIÓN EUROPEA: PERFILES Y PROBLEMAS</b>	
Vincenzo MILITELLO.....	123
<b>VIII. RECENSIÓN: INGNACIO BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE: «VIEJO Y NUEVO DERECHO PENAL. PRINCIPIOS Y DESAFÍOS DEL DERECHO PENAL DE HOY»</b>	
Eduardo DEMETRIO CRESPO.....	135

**IX. RECENSIÓN. REDO, SLAWOMIR MAREK, *BLUE CRIMINOLOGY; THE POWER OF UNITED NATIONS IDEAS TO COUNTER CRIME GLOBALLY* (EUROPEAN INSTITUTE FOR CRIME PREVENTION AND CONTROL, HELSINKI, 2012)**

Manuel MAROTO CALATAYUD ..... 138

**X. MEMORIA DEL CONGRESO: RETOS Y OBJETIVOS DE LA POLÍTICA CRIMINAL INTERNACIONAL EN LA ERA DE LA DECLARACIÓN DEL MILENIO/**

**CONGRESS MEMORANDUM: CHALLENGES AND GOALS OF INTERNATIONAL CRIMINAL POLICY IN THE AGE OF THE MILLENNIUM DECLARATION/**

**MEMORANDUM DU CONGRÈS : DÉFIS ET OBJECTIFS DE LA POLITIQUE CRIMINELLE INTERNATIONALE À L'HEURE DE LA DÉCLARATION DU MILLÉNAIRE** ..... 143

## Humanitas en el derecho penal

Eugenio RAÚL ZAFFARONI

*Magistrado de la Corte Suprema de Argentina.*

*Humanitas* o la dignidad del ser humano, la centralidad de éste como persona, el respeto a su esencia, es una perpetua búsqueda en el derecho que proviene del derecho romano y atraviesa toda la historia de nuestro saber, habiendo padecido múltiples vicisitudes, que no pudieron nunca ocultar la permanente demanda recíproca: derecho reclama siempre *humanitas*, simplemente porque el saber jurídico no es más que un instrumento para la realización del ser humano y, como tal, carece de brújula cuando se aleja de la antropología básica que hace de éste una persona, para cosificarlo, para reducirlo a una cosa más entre las cosas.

Soy consciente de que los especialistas en antropología filosófica afirman que ésta nació con Max Scheler<sup>1</sup>, del mismo modo que los juristas suelen afirmar que la ciencia o saber jurídico nació con la dogmática de Rudolf von Jhering<sup>2</sup>. Estimo que un saber puede depurarse y perfeccionar su definición epistemológica y su método en cierto momento importante de su evolución, pero esto no significa que nazca en ese momento. Nadie depura o perfecciona conocimientos sobre los que antes no se especulaba o reflexionaba. La antropología filosófica nació con el primer humano que se preguntó *¿quién soy?* El saber jurídico comenzó cuando los primeros investi-

1 Cfr. Carlos Beorlegui, *Antropología filosófica. Nosotros: urdimbre solidaria y responsable*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2004, pág. 336.

2 Rudolf von Jhering, *L'esprit du Droit Romain dans les diverses phases de son développement*, trad. De O. de Meulenaere, París, 1877; Antonio Hernández Gil, *Metodología de la ciencia del derecho*, Madrid, 1971, I, pág. 132; Dino Pasini, *Ensayo sobre Jhering*, Buenos Aires, 1962.

## Humanitas en droit pénal

Eugenio RAÚL ZAFFARONI

*Judge of the Supreme Court of Argentina.*

*Humanitas* ou la dignité de l'être humain, la centralité de celui-ci conçu comme personne, le respect de son essence, est une quête perpétuelle du droit qui provient du droit romain et traverse toute l'histoire de notre savoir, en passant par de multiples vicissitudes, qui n'ont jamais occulté cette exigence réciproque permanente: le droit requiert toujours *l'humanitas*, tout simplement parce que le savoir juridique n'est rien de plus qu'un instrument au service de la réalisation de l'être humain et, comme tel, il n'a plus de boussole lorsqu'il s'éloigne de l'anthropologie basique qui fait de celui-là une personne, pour le chosifier, le réduire à une chose parmi les choses.

J'ai conscience que les spécialistes en anthropologie philosophique affirment qu'elle naquit avec Max Scheler<sup>1</sup>, tout comme les juristes ont coutume d'affirmer que la science ou le savoir juridique naquit avec la dogmatique de Rudolf von Jhering<sup>2</sup>. J'estime cependant qu'un savoir peut s'épurer et perfectionner sa définition épistémologique et sa méthode à un certain moment important de son évolution, mais cela ne signifie pas qu'il naisse à ce moment là. Personne n'épure ou ne perfectionne des connaissances à propos desquelles on ne spéculait ou ne réfléchissait pas déjà auparavant. L'anthropologie philosophique naquit avec le premier

1 Cf. Carlos Beorlegui, *Antropología filosófica. Nosotros: urdimbre solidaria y responsable*, Université de Deusto, Bilbao, 2004, p. 336.

2 Rudolf von Jhering, *L'esprit du Droit Romain dans les diverses phases de son développement*, trad. De O. de Meulenaere, París, 1877; Antonio Hernández Gil, *Metodología de la ciencia del derecho*, Madrid, 1971, I, p. 132; Dino Pasini, *Ensayo sobre Jhering*, Buenos Aires, 1962.

gadores creyeron necesario introducir el espíritu de sistema para la interpretación de las leyes. Nuestro saber se inició con las universidades, en la Europa central, especialmente en el norte de Italia, hace más de mil años, formadas en torno de los estudios jurídicos<sup>3</sup>, con los glosadores y postglosadores<sup>4</sup> y, sin duda, estaba configurado en las obras de los prácticos<sup>5</sup>.

La antropología filosófica y el derecho, y en particular me refiero al derecho penal como saber jurídico penal, se encuentran y desencuentran a lo largo de toda la historia de este último. *Humanitas* es el componente que nos permite diagnosticar si un saber jurídico penal cumple su función de custodia de la dignidad de la persona o se aparta de ella para degradarse a una vulgar racionalización del ejercicio de poder vertical de un estado. Hablando en términos más precisos y claros: *humanitas* nos dice si nos hallamos ante un *derecho penal liberal* o ante un *derecho penal autoritario*.

El derecho penal es un saber, no son las leyes penales, la legislación penal, sino *el sistema de interpretación de las leyes penales que hacemos los juristas*. Estas leyes, en su letra, pueden desconocer *humanitas*, pueden ser aberrantes, como son las leyes que autorizan la tortura o que prescriben penas crueles y desproporcionadas, categorías ambas que se sancionan con demasiada frecuencia en el mundo actual. El legislador penal puede hacerlo y de hecho lo hace. La función jurídica de nuestro saber no es racionalizar las leyes que desconocen *humanitas*, sino descubrirlas, denunciarlas y, en el proyecto de jurisprudencia que la ciencia penal pro-

être humain qui s'est demandé: « qui suis-je ? » Le savoir juridique commença lorsque les premiers chercheurs crurent nécessaires d'introduire l'esprit de système aux fins d'interprétation des lois. Notre savoir fut initié en Europe centrale, spécialement dans le Nord de l'Italie, il y a plus de mille ans, avec les premières universités, formées autour des études juridiques<sup>3</sup>, avec les glossateurs et postglossateurs<sup>4</sup> et, sans doute, fût-il façonné à partir des œuvres des praticiens<sup>5</sup>.

L'anthropologie philosophique et le droit, et je me réfère ici en particulier au droit pénal en tant que savoir juridique pénal, se croisent et se séparent tout au long de l'histoire de ce dernier. *L'humanitas* est la composante qui nous permet de diagnostiquer si un savoir juridique pénal remplit sa fonction de sauvegarde de la dignité de la personne ou s'il s'écarte d'elle pour se ravalier au rang de vulgaire rationalisation de l'exercice du pouvoir vertical d'un État. Pour le dire en termes plus précis et plus clairs: *l'humanitas* nous dit si nous nous trouvons face à un *droit pénal libéral* ou face à un *droit pénal autoritaire*.

Le droit pénal est un savoir, ce ne sont pas les lois pénales, la législation pénale, mais *le système d'interprétation des lois pénales forgé par les juristes*. Ces lois, dans leur lettre, peuvent méconnaître *l'humanitas*, elles peuvent être aberrantes, à l'image de ces lois qui autorisent la torture ou fulminent des peines crueles et disproportionnées, deux catégories adoptées trop fréquemment dans le monde actuel.

3 Cfr. Joaquim Veríssimo Serrão, *História das Universidades*, Porto, 1983; Jacques Le Goff, *Os intelectuais na Idade Média*, Rio de Janeiro, 2003, págs. 151 y sgts.; Rolando Tamayo y Salmorán, *La universidad epopeya medieval (Notas para un estudio sobre el surgimiento de la universidad en el alto medioevo)*, México, 1987.

4 V. Francesco Calasso, *Medio Evo del Diritto*, Milano, 1954, l.

5 Por ej., *Clementinae, si furiosus De homicidio, relectio: authore Didacto Covarruuias à Leyua*, Salmanticae, 1510; sobre Covarrubias, Julián Pereda, S.J., *Covarrubias penalista*, Barcelona, 1959; Friedrich Schaffstein, *La ciencia europea del derecho penal en la época del humanismo*, Madrid, 1957.

3 Cf. Joaquim Veríssimo Serrão, *História das Universidades*, Porto, 1983; Jacques Le Goff, *Os intelectuais na Idade Média*, Rio de Janeiro, 2003, p. 151 et s.; Rolando Tamayo y Salmorán, *La universidad epopeya medieval (Notas para un estudio sobre el surgimiento de la universidad en el alto medioevo)*, México, 1987.

4 V. Francesco Calasso, *Medio Evo del Diritto*, Milano, 1954, l.

5 À titre d'exemple: *Clementinae, si furiosus De homicidio, relectio: authore Didacto Covarruuias à Leyua*, Salmanticae, 1510; sur Covarrubias, Julián Pereda, S.J., *Covarrubias penalista*, Barcelona, 1959; Friedrich Schaffstein, *La ciencia europea del derecho penal en la época del humanismo*, Madrid, 1957.

pone a los jueces, brindar los argumentos para que éstos descarten su aplicación.

No obstante, *humanitas* no es nueva ni mucho menos, ni siquiera se origina con el liberalismo penal, sino que provenía de la vieja legislación romana. La afirmación de Carrara, según la cual los romanos habían sido gigantes en derecho civil y enanos en derecho penal, fue duramente criticada por varios autores de todas las épocas posteriores<sup>6</sup>. Pero la frase del maestro lucano encierra una verdad a medias.

El monumental estudio de Mommsen<sup>7</sup> y muchos otros posteriores y anteriores<sup>8</sup> parecen indicar lo contrario. La tradición de centralidad de la persona en el proceso penal romano republicano y en el propio derecho penal fue resaltada por los propios liberales, como Pagano<sup>9</sup>, quien en pocas páginas sintetiza un proceso de decadencia de *humanitas* en el imperio, donde las penas se volvieron atroces y se introdujo la tortura<sup>10</sup>. Los *libris terribilis* del *Digesto*<sup>11</sup> recopilaron las leyes de esta decadencia y,

Cependant, *l'humanitas* est loin d'être neuve, ne tirant pas son origine du libéralisme pénal, mais de la vieille législation romaine. L'affirmation de Carrara, selon laquelle les romains furent des géants du droit civil mais des nains s'agissant de droit pénal, fut sévèrement critiquée par plusieurs auteurs de toutes les époques postérieures<sup>6</sup>. Pourtant la phrase du maître de Lucques renferme une part de vérité.

L'étude monumentale de Mommsen<sup>7</sup> et bien d'autres l'ayant suivi ou précédé<sup>8</sup> semblent indiquer le contraire. La tradition de centralité de la personne dans le procès pénal républicain romain et au sein du droit pénal lui-même fut soulignée par les libéraux eux-mêmes, tel Pagano<sup>9</sup>, qui en peu de pages synthétise un processus de décadence de *l'humanitas* sous l'empire, où les peines redevennent atroces et où l'on introduit la torture<sup>10</sup>. Les *libris terribilis* du *Digeste*<sup>11</sup> compilèrent les lois de cette décadence et, en vérité, si le jugement Carrarien s'y réfère, il est juste.

6 Por ej., Enrico Ferri, *La riabilitazione del diritto penale romano*, en "Studi sulla criminalità ed altri Saggi", Torino, 1926, pág. 375; Ladislao Thot, *Historia de las antiguas instituciones del derecho penal (Arqueología criminal)*, Buenos Aires, 1927, págs. 13 y sgts.; Horacio C. Rivarola, *En defensa del derecho penal de los romanos*, en "Rev. de Derecho Penal", Buenos Aires, 1947, págs. 321 y sgts.

7 R. Mommsen, *Römisches Strafrecht*, Leipzig, 1899; hay trad. Francesa, París, 1906-1907, y castellana de Pedro Dorado Montero, Madrid, s.f., sin notas.

8 Para la bibliografía del siglo XIX, Contardo Ferrini, *Esposizione storica e dottrinale del diritto penale romano*, en "Enciclopedia Pessina", Milano, 1905, I, págs. 3 a 428.

9 Francisco Mario Pagano, *Principj del Codice Penale*, Milano, 1803, trad. castellana: *Principios del Código Penal*, Buenos Aires, 2002.

10 "Al mismo tiempo que se establecían las penas más ásperas y graves, éstas se volvieron más arbitrarias, sea porque la arbitrariedad judicial fue consecuencia necesaria de la arbitrariedad política, sea por la falta de un exacto código penal" (Pagano, op. cit., pág. 67).

11 Son los libros XLVII y XLVIII del *Digesto*, v. Manuel Gómez Marín y Pacual Gil y Gómez, *El Digesto del Emperador Justiniano en castellan y latin, El Digesto del Emperador Justiniano traducido y publicado en el siglo anterior por don Bartolomé Agustín Rodríguez de Fonseca*, Madrid, 1874, III págs. 565 y sgts.

6 Notamment, Enrico Ferri, *La riabilitazione del diritto penale romano*, in "Studi sulla criminalità ed altri Saggi", Turin, 1926, p. 375; Ladislao Thot, *Historia de las antiguas instituciones del derecho penal (Arqueología criminal)*, Buenos Aires, 1927, p. 13 et s.; Horacio C. Rivarola, *En defensa del derecho penal de los romanos*, in "Rev. de Derecho Penal", Buenos Aires, 1947, p. 321 et s.

7 R. Mommsen, *Römisches Strafrecht*, Leipzig, 1899; trad. française, Paris, 1906-1907; trad. espagnole de Pedro Dorado Montero, Madrid, s.f., sans notes.

8 Pour la bibliographie du XIX siècle, Contardo Ferrini, *Esposizione storica e dottrinale del diritto penale romano*, in "Enciclopedia Pessina", Milan, 1905, I, pp. 3-428.

9 Francisco Mario Pagano, *Principi del Codice Penale*, Milan, 1803, trad. Espagnole : *Principios del Código Penal*, Buenos Aires, 2002.

10 « Au moment même où l'on établissait les peines les plus rudes et les plus graves, celles-ci se faisaient plus arbitraires, soit que l'arbitraire judiciaire fut la conséquence de l'arbitraire politique, soit en raison de l'absence d'un code pénal » (Pagano, op. cit., p. 67; *ndt* : traduction libre).

11 Il s'agit des livres XLVII et XLVIII du *Digeste*, v. Manuel Gómez Marín y Pacual Gil y Gómez, *El Digesto del Emperador Justiniano en castellan y latin, El Digesto del Emperador Justiniano traducido y publicado en el siglo anterior por don Bartolomé Agustín Rodríguez de Fonseca*, Madrid, 1874, III p. 565 et s.

en verdad, si el juicio carrariano se refiere a éstos, es certero.

La impresión negativa del derecho penal romano proviene de la recepción de los *libris terribilis* en la edad media, aunque esa misma recepción haya abierto el camino para una sistemática y con ello haya iniciado nuestro saber jurídico penal. Parte de esa recepción es la glosa, donde suele mencionarse como exponente a Bartola de Sassoferrato, de quien se dice que frente a un problema enlistaba argumentos a favor y en contra de una solución y luego concluía lo que le parecía, atribuyéndolo al derecho romano, cuando en realidad era su opinión personal más o menos arbitraria<sup>12</sup>. El *bartolismo*, con escaso método y ninguna filosofía, con abundantes citas históricas, no es una cuestión limitada a la edad media, sino que inicia una tradición que sigue hasta el presente y que no honra al derecho penal, porque en definitiva no es un saber, sino un conjunto de opiniones bastante arbitrarias. No puedo resistir la tentación de ver, a la distancia de siglos, un paralelismo entre este procedimiento y la colosal obra de recopilación de antecedentes de Vincenzo Manzini<sup>13</sup>.

Con los postglosadores y en particular con los prácticos, como les decía al comienzo, nació en verdad nuestro saber, surgió el sistema, una teoría del delito, primitiva, ingenua, pero sistema al fin, conforme al criterio objetivo/subjetivo<sup>14</sup>. Todos los comienzos son balbuceantes, y el del saber jurídico penal también lo fue.

Pero desde el derecho romano no sólo viene *humanitas*, sino también su antónimo, esto es, la posibilidad de negar al ser humano su condición de persona, lo que sucedía cuando se le consideraba

L'impression négative laissée par le droit pénal romain provient de la réception des *libris terribilis* au moyen-âge, bien que cette même réception ait ouvert la voie vers la systématisation et ainsi initié notre savoir juridique pénal. La glose constitue une partie de cette réception, dont Bartola de Sassoferrato est couramment mentionné comme son représentant, et dont on dit que face à un problème il énumérait les arguments pour et contre pour ensuite conclure selon ce que bon lui semblait, attribuant la solution au droit romain alors qu'en réalité il ne s'agissait que de son opinion personnelle plus ou moins arbitraire<sup>12</sup>. Le *bartolisme*, fait de méthode rudimentaire et dépourvue de philosophie, composé d'abondantes citations historiques, n'est pas circonscrit au moyen-âge, mais initie une tradition qui perdure encore aujourd'hui et qui n'honore pas le droit pénal, car, en définitive, il ne s'agit pas d'un savoir mais d'un ensemble d'opinions passablement arbitraires. Je ne peux résister à la tentation de voir, avec des siècles de distance, un parallèle entre cette démarche et l'œuvre colossale de compilation de précédents par Vincenzo Manzini<sup>13</sup>.

C'est avec les postglossateurs et en particulier avec les praticiens, comme je le disais au commencement, que naquit en vérité notre savoir : émerge alors le système, une théorie primitive de l'infraction, naïve, mais faisant finalement système et conforme au critère objectif/subjectif<sup>14</sup>. Tous les commencements ont leurs balbutiements, il en fut également de même pour le savoir juridique pénal.

Toutefois, du droit romain ne nous vient pas seulement *l'humanitas*, mais également son antonyme, soit la possibilité de nier la condition de per-

12 Giuseppe Salvioli, *Storia del diritto italiano*, Torino, 1930, pág. 105.

13 Vincenzo Manzini, *Tratado de Derecho Penal*, trad. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1948.

14 En el siglo XVIII el sistema se observa muy claramente: Pierre-François Muyard de Vouglans, *Institutes au Droit Criminel*, París, 1757; Lurentii Matthaeu et Sanz, *Tractatus de re criminali*, Ludguni, 1702; Joseph Márcos Gutiérrez, *Práctica criminal de España*, Madrid, 1804.

12 Giuseppe Salvioli, *Storia del diritto italiano*, Turin, 1930, p. 105.

13 Vincenzo Manzini, *Tratado de Derecho Penal*, trad. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1948.

14 Au XVIIIème siècle, ce système peut être observé très clairement : Pierre-François Muyard de Vouglans, *Institutes au Droit Criminel*, París, 1757; Lurentii Matthaeu et Sanz, *Tractatus de re criminali*, Ludguni, 1702; Joseph Márcos Gutiérrez, *Práctica criminal de España*, Madrid, 1804.



*hostis*, enemigo. El *hostis* en el derecho romano era el extraño, el extranjero, y era tal el extranjero en sentido estricto como el ciudadano al que se declaraba *hostis* para privarlo de todos los derechos de la ciudadanía: eran las categorías del *hostis alienigena* y del *hostis declaratus*. El *hostis alienigena* al menos quedaba precariamente protegido por el *jus gentium*, pero el *declaratus* no tenía protección alguna, era privado de toda condición de persona por la autoridad de la *potestas* que correspondía al senado<sup>15</sup>.

*Humanitas* y *hostis* son dos categorías contrapuestas, una dialéctica que empieza en Roma en tiempos de la república y que sigue hasta nuestros días, donde incluso perduran ambas clases de *hostis*. Me acabo de ocupar del *hostis* en un libro reciente<sup>16</sup>, aquí quiero ocuparme de *humanitas* y, por ende, paso por alto las alternativas de su opuesto.

*Humanitas* se opacó hasta desaparecer con la vuelta a la confiscación de la víctima en la baja edad media, es decir, cuando el señor (*dominus*) vuelve a usurpar el lugar de la víctima e investiga por *inquisitio*, cuando la verdad procesal se obtiene por la interrogación violenta<sup>17</sup>, alcanza su mayor límite de subestimación de *humanitas* con la persecución de herejes y brujas, con la inquisición romana y con la aún más extendida laicización de su proceso.

*Humanitas* reaparece justamente con la crítica a esas aberraciones. Un destello claro de ella lo constituye la *Cautio Criminalis* de Friedrich Spee en 1631<sup>18</sup>, donde el poeta jesuita<sup>19</sup> desbarató los argu-

sonne de l'être humain, ce qui advient lorsqu'il est considéré comme *hostis*, comme l'ennemi. L'*hostis* dans le droit romain était l'intrus, l'étranger, et était considéré comme tel non seulement l'étranger au sens strict mais aussi le citoyen qualifié d'*hostis* afin de le priver de tous ses droits civils : telles étaient les catégories de l'*hostis alienigena* et de l'*hostis declaratus*. Au moins l'*hostis alienigena* demeurerait-il provisoirement protégé par le *jus gentium*, alors que l'*hostis declaratus* ne bénéficiait d'aucune protection, étant privé de toute condition de personne par l'autorité de la *potestas* que détenait le Sénat<sup>15</sup>.

*Humanitas* et *hostis* sont les deux catégories opposées d'une dialectique qui débute à Rome aux temps de la République et se poursuit de nos jours, jusques et y compris par la permanence des deux classes d'*hostis*. Je viens de me pencher sur l'*hostis* dans un ouvrage récent<sup>16</sup>, ici je souhaite m'intéresser à l'*humanitas* et, par conséquent, je passe outre les variantes de sa figure opposée.

L'*humanitas* s'opacifie jusqu'à disparaître avec le retour de la confiscation de la victime au bas moyen-âge, c'est-à-dire, lorsque le seigneur (*dominus*) usurpe à nouveau la place de la victime et enquête par *inquisitio*, lorsque la vérité procédurale s'obtient par l'interrogation violente<sup>17</sup>, et atteint la limite extrême de sous-estimation de l'*humanitas* avec la persécution des hérétiques et des sorcières, sous l'inquisition romaine et la laïcisation encore plus étendue de son procès.

L'*humanitas* réapparaît justement à la faveur de la critique de ces aberrations. La *Cautio Criminalis* de Friedrich Spee en 1631<sup>18</sup> en constitue une preuve

15 Cfr. R. von Jhering, *op. cit.*, I, pág. 228; Albert Du Boys, *Histoire du Droit Criminel des peuples Anciens*, Paris, 1845, pág. 245; Giorgio Agamben, *Estado de excepción*, Buenos Aires, 2004, pág. 146.

16 *El enemigo en el derecho penal*, Bogotá, 2006; Buenos Aires, 2006.

17 Sobre esta forma de acceso a la verdad, Michel Foucault, *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona, 1980.

18 Friedrich von Spee, *Cautio Criminalis oder rechtliches Bedenken wegen der Hexenprozesse*, edición alemana de Joachim-Friedrich Ritter, Weimar, 1939; también *Cautio Criminalis herausgegeben von Theo G. M. van Oorschot*, Tübingen und Basel, 1992; trad italiana de Mienta Timi a cura di Anna Foa, *I processi contro le streghe (Cautio Criminalis)*, Roma, 2004.

15 Cf. R. von Jhering, *op. cit.*, I, p. 228 ; Albert Du Boys, *Histoire du Droit Criminel des peuples Anciens*, Paris, 1845, p. 245 ; Giorgio Agamben, *Estado de excepción*, Buenos Aires, 2004, p. 146.

16 *El enemigo en el derecho penal*, Bogotá, 2006 ; Buenos Aires, 2006.

17 Sur cette forme d'accès à la vérité, Michel Foucault, *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona, 1980.

18 Friedrich von Spee, *Cautio Criminalis oder rechtliches Bedenken wegen der Hexenprozesse*, édition allemande de Joa-



mentos inquisitoriales y una doscientas veces invocaba la razón. Con mayor claridad se percibe en la crítica definitivamente demoledora de Christian Thomasius, setenta años más tarde<sup>20</sup>.

*Humanitas* brilla sin duda, con su máximo esplendor, en el Iluminismo y en el penalismo liberal, entre las últimas décadas del siglo XVIII y la primera mitad del siglo XIX. No se ve tan clara la tradición latina en la obra de Beccaria, cuya formación jurídica no parece haber sido muy profunda<sup>21</sup>, pese a la innegable originalidad e importancia de su obra, pero es transparente en la *Scienza della Legislazione* de Gaetano Filangieri<sup>22</sup>. Es innegable la cultura jurídica clásica del ilustrado español, Manuel de Lardizabal y Uribe<sup>23</sup>. Francesco Mario Pagano escribía el italiano conservando estructuras latinas<sup>24</sup> y el ilustrado portugués, Pascoal José de Melo Freire escribía directamente en latín<sup>25</sup>, al igual que Giovanni Carmignani<sup>26</sup>.

19 Sobre la polifacética personalidad de Spee: *Friedrich von Spee. Dichter, Theologe und Bekämpfer der Hexenprozesse*, editado por Italo Michele Battafarano, Trento, 1988.

20 Christian Thomasius, *Über die Hexenprozesse*, Weimar, 1967; *Fundamento del derecho natural y de gentes*, trad. de S. Rus Rufino y M. A. Sánchez Manzano, Madrid, 1994; sobre la importancia de este autor: Hans Welzel, *Introducción a la filosofía del derecho*, Madrid, 1971, pág. 171; Ernst Bloch, *Christian Thomasio, un intelectual alemán sin miseria* (1953), en *Derecho Natural y dignidad humana*, Madrid, 1980, págs. 285 y sgts.

21 No por eso se justifica la subestimación de su obra que hace Ugo Spirito, *Storia del diritto penale italiano da Cesare Beccaria ai giorni nostri*, Torino, 1932, pág. 39.

22 Gaetano Filangieri, *La Scienza della Legislazione*, Milano, 1817.

23 *Discurso sobre las penas contrahido a las leyes penales de España para facilitar su reforma, por don Manuel de Lardizabal y Uribe*, Estudio preliminar de Manuel de Rivacoba y Rivacoba, Vitoria, 2001; *Discurso sobre la legislación de los visigodos y formación del Libro ó Fuero de los Jueces y su versión castellana*, en *Fuero Juzgo en Latín y Castellano, cotejado con los más antiguos y preciosos códigos por la Real Academia Española*, Madrid, 1815; Francisco Blasco y Fernández de Moreda, *El primer penalista de América Española*, México, 1957.

24 Así el texto original de sus *Principj del Codice Penale*, en la cit. edición póstuma de Milano

25 Pascoal José de Melo Freire, *Instituciones Juris Criminalis Lusitani*, Lisboa, 1789.

26 Joannis Carmignani in Pisana Academia antecessoris, *Juris Criminalis Elementa*, Pisis, 1822.

éclatante, là où le poète jésuite<sup>19</sup> démonte les arguments inquisiteurs et invoque une douzaine de fois la raison. On le perçoit avec une plus grande clarté dans la critique définitivement dévastatrice de Christian Thomasius, soixante-dix ans plus tard<sup>20</sup>.

L'*humanitas* brille sans doute, de sa plus grande splendeur, sous les Lumières et le libéralisme pénal, entre les dernières décennies du XVIIIème siècle et la première moitié du XIXème. On ne distingue pas clairement la tradition latine dans l'œuvre de Beccaria, dont la formation juridique ne semble pas avoir été très approfondie<sup>21</sup>, indépendamment de l'originalité et de l'importance inégalables de son œuvre, mais elle est transparente dans la *Scienza della Legislazione* de Gaetano Filangieri<sup>22</sup>. La culture juridique classique de l'illustre espagnol Manuel de Lardizabal y Uribe<sup>23</sup> est sans égal. Francesco Mario Pagano écrivait l'italien en conservant des structures latines<sup>24</sup> et l'illustre portugais Pascoal José de

*chim-Friedrich Ritter*, Weimar, 1939; voir aussi *Cautio Criminalis herausgegeben von Theo G. M. van Oorschot*, Tübingen et Bâle, 1992; trad. italienne de Mienta Timi en l'honneur d'Anna Foa, *I processi contro le streghe (Cautio Criminalis)*, Roma, 2004.

19 Sur la personnalité à multiples facettes de Spee: *Friedrich von Spee. Dichter, Theologe und Bekämpfer der Hexenprozesse*, édité par Italo Michele Battafarano, Trento, 1988.

20 Christian Thomasius, *Über die Hexenprozesse*, Weimar, 1967; *Fundamento del derecho natural y de gentes*, trad. de S. Rus Rufino et M. A. Sánchez Manzano, Madrid, 1994; sur l'importance de cet auteur: Hans Welzel, *Introducción a la filosofía del derecho*, Madrid, 1971, p. 171; Ernst Bloch, *Christian Thomasio, un intelectual alemán sin miseria* (1953), in *Derecho Natural y dignidad humana*, Madrid, 1980, p. 285 et s.

21 Ce qui ne justifie pas la sous-estimation de son œuvre par Ugo Spirito, *Storia del diritto penale italiano da Cesare Beccaria ai giorni nostri*, Turin, 1932, p. 39.

22 Gaetano Filangieri, *La Scienza della Legislazione*, Milano, 1817.

23 *Discurso sobre las penas contrahido a las leyes penales de España para facilitar su reforma, por don Manuel de Lardizabal y Uribe*, Estudio preliminar de Manuel de Rivacoba y Rivacoba, Vitoria, 2001; *Discurso sobre la legislación de los visigodos y formación del Libro ó Fuero de los Jueces y su versión castellana*, in *Fuero Juzgo en Latín y Castellano, cotejado con los más antiguos y preciosos códigos por la Real Academia Española*, Madrid, 1815; Francisco Blasco y Fernández de Moreda, *El primer penalista de América Española*, México, 1957.

24 Voir le texte original de ses *Principi del Codice Penale*, dans l'édition posthume de Milan, précitée.

Entre ambos siglos, el XVIII y el XIX, *humanitas* reaparece en los ilustrados que escriben obras de política penal, como Beccaria, Filangieri, Verri<sup>27</sup>, Hommel<sup>28</sup>, Sonnenfels<sup>29</sup>, etc., pero esas obras hubiesen quedado en el puro plano de críticas de no ser por la posterior introducción de esas ideas en el derecho penal sistemático, tarea que llevaron a cabo los penalistas que, con la técnica de los posglosadores, hicieron que esas ideas pasaran a formar parte de los proyectos de jurisprudencia de la época y, de este modo, de las decisiones de los tribunales. Esta fue la obra de Feuerbach<sup>30</sup>, de Pagano, de Carmignani, de Mori<sup>31</sup> y, por supuesto, de Francesco Carrara con su monumental *Programma* cuyo paralelo alemán puede ser la obra de Binding<sup>32</sup>.

Pero en la menos feliz de todas las teorías del genial Feuerbach, la de la *coerción psicológica* como objetivo de la pena (*psychologische Zwang*) y en la paralela de la pena como *contropinta penale* neutralizante de la *spinta criminale* de Romagnosi<sup>33</sup>, se contenía el germen de una nueva decadencia de *humanitas*, que estos autores no habían percibido. ¿Por qué el contraimpulso penal debía tener la medida de la lesión? ¿No dependerá más bien de características del autor? Esta pregunta se la formuló Carlo Cattaneo<sup>34</sup> y con ello la pena perdió proporción con la lesión y el reproche.

27 Pietro Verri, *Observaciones sobre la tortura*, trad., prólogo y notas de Manuel de Rivacoba y Rivacoba, Buenos Aires, 1977.

28 Kart Ferdinand Hommel, *Des Herrn Marquis von Beccaria unsterbliches Werk von Verbrechen und Strafen*, 1778 (reed. 1966); *Philosophische Gedanken über Criminalrecht*, Breslau, 1784; *Über Belohnung und Strafe nach türkischen Gesetze*, 1772 (reed. Berlin, 1970).

29 Sonnenfels, *Über die Abschaffung der Tortur*, Zürich, 1775 (reed. 1970).

30 Anselm Ritter von Feuerbach, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts*, Giessen, 1847 (hay trad. Castellana).

31 *Scritti Germanici di Diritto Criminale*, Livorno, 1847.

32 *Die Normen und ihre Übertretung*, Leipzig, 1872.

33 G. D. Romagnosi, *Genesi del Diritto Penale*, Prato, 1833.

34 Cfr. Giulio Andrea Belloni, *Cattaneo tra Romagnosi e Lombroso*, Torino, 1931.

Melo Freire redigaba directamente en latín<sup>25</sup>, tout comme Giovanni Carmignani<sup>26</sup>.

Entre ces deux siècles, le XVIII<sup>e</sup> et le XIX<sup>e</sup>, *l'humanitas* réapparaît chez les représentants des Lumières qui écrivent des œuvres de politiques pénales, tel Beccaria, Filangieri, Verri<sup>27</sup>, Hommel<sup>28</sup>, Sonnenfels<sup>29</sup>, etc., mais ces œuvres seraient restées sur le pur plan de la critique si elles n'avaient été introduites par la suite au sein du droit pénal systématique, tâche que menèrent à son terme les pénalistes qui, avec la technique des postglosateurs, firent en sorte que ces idées imprègnent les projets de jurisprudence de l'époque et de cette manière des décisions des juridictions. Telle fut l'œuvre de Feuerbach<sup>30</sup>, de Pagano, de Carmignani, de Mori<sup>31</sup> et, évidemment, de Francesco Carrara avec son *Programme* monumental dont le parallèle allemand peut être l'œuvre de Binding<sup>32</sup>.

Néanmoins, dans la moins heureuse de toutes les théories du génial Feuerbach, celle de la coercion psychologique comme objectif de la peine (*psychologische Zwang*) et celle parallèle de la peine comme contre-impulsion pénale neutralisant l'impulsion criminelle de Romagnosi<sup>33</sup>, était en germe une nouvelle décadence de *l'humanitas*, que ces auteurs n'avaient perçus. Pourquoi la réaction

25 Pascoal José de Melo Freire, *Institutiones Juris Criminalis Lusitani*, Lisbonne, 1789.

26 Joannis Carmignani in Pisana Academia antecessoris, *Juris Criminalis Elementa*, Pisis, 1822.

27 Pietro Verri, *Observaciones sobre la tortura*, trad., prologue et notes de Manuel de Rivacoba y Rivacoba, Buenos Aires, 1977.

28 Kart Ferdinand Hommel, *Des Herrn Marquis von Beccaria unsterbliches Werk von Verbrechen und Strafen*, 1778 (rééd. 1966); *Philosophische Gedanken über Criminalrecht*, Breslau, 1784; *Über Belohnung und Strafe nach türkischen Gesetze*, 1772 (rééd. Berlin, 1970).

29 Sonnenfels, *Über die Abschaffung der Tortur*, Zürich, 1775 (rééd. 1970).

30 Anselm Ritter von Feuerbach, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts*, Giessen, 1847 (trad. espagnole disponible).

31 *Scritti Germanici di Diritto Criminale*, Livorno, 1847.

32 *Die Normen und ihre Übertretung*, Leipzig, 1872.

33 G. D. Romagnosi, *Genesi del Diritto Penale*, Prato, 1833.

En la segunda mitad del siglo XIX, con la pena liberada de la proporción con la entidad del delito, entraron al derecho penal conceptos pseudocientíficos biologists y abiertamente racistas de cuño spenceriano y *humanitas* llegó a su más ínfima expresión en medio de una total decadencia del contenido pensante del derecho penal.

El positivismo penal y la peligrosidad fueron la negación más radical de *humanitas*, con un abierto retorno a las estructuras inquisitoriales a la medida de la obsesión por el orden del disciplinamiento policial de la sociedad. Las clases subalternas, los huelguistas, los colonizados, los disidentes, los molestos urbanos y las masas populares configuraron el conjunto de enemigos marcados con la *degeneración*<sup>35</sup> como expresión de inferioridad biológica.

Las groserías del barón Garofalo<sup>36</sup> y las expresiones, sustancialmente parecidas –aunque más finas y elaboradas, como correspondía a un jurista en serio– de Franz von Liszt<sup>37</sup> abrieron el camino para la eliminación de todos los molestos al poder y a la creciente jerarquización de la nueva sociedad urbana del industrialismo. El delito perdió importancia por su lesividad y sólo la conservó como síntoma que demandaba mayor o menor grado de neutralización sobre el autor.

La persona desapareció, quedando el ser humano reducido a un ente más entre los entes, sólo diferenciable por su mayor complejidad, es decir, una cosa que en ocasiones podía ser peligrosa y, ante un signo en ese sentido, debía ser reparada o destruida. El camino hacia el genocidio quedó allanado, como siempre que *humanitas* desaparece o se subestima.

Para los positivistas puros la pena no era más que la neutralización de entes peligrosos. Para

35 Daniel Pick, *Volti della degenerazione, Una sindrome europea 1848-1918*, Milano, 1999.

36 R. Garofalo, *Criminologia. Studio sul delitto e sulla teoria della repressione*, Torino, 1891.

37 Franz von Liszt, *La idea de fin en el derecho penal*, Valparaíso, 1994.

pénale devait-elle prendre la mesure de l'atteinte ? Ne dépendra-t-elle plus des caractéristiques de l'auteur ? Cette question fut énoncée par Carlo Cattaneo<sup>34</sup> et c'est ainsi que la peine perdit le rapport de proportion avec l'atteinte (le dommage) et le reproche (la faute).

Au cours de la seconde moitié du XIX<sup>e</sup> siècle, lorsque la peine fut dégagée du rapport de proportion avec l'entité de l'infraction, le droit pénal fut pénétré de concepts pseudo-scientifiques biologistes et ouvertement racistes d'emprunte Spencerienne et *l'humanitas* en fut réduite à sa plus simple expression au milieu d'une totale décadence de la pensée du droit pénal.

Le positivisme pénal et la dangerosité furent la négation la plus radicale de *l'humanitas*, avec un retour ouvert aux structures inquisitoriales à la mesure de l'obsession pour l'ordre de l'organisation policière de la société. Les classes subalternes, les grévistes, les colonisés, les dissidents, les citoyens indésirables et les masses populaires composaient l'ensemble des ennemis marqués par la dégénérescence<sup>35</sup> comme expression de l'infériorité biologique.

Les grossièretés du baron Garofalo<sup>36</sup> et les expressions, substantiellement comparables –bien que plus fines et plus élaborées, comme il convenait à un juriste sérieux– de Franz von Liszt<sup>37</sup> ouvrirent la voie vers l'élimination de tous les indésirables au pouvoir et à la hiérarchisation croissante de la nouvelle société urbaine de l'industrialisation. L'infraction perdit en importance sur le plan de l'atteinte pour ne la conserver seulement qu'en tant que symptôme requérant un plus ou moins grand degré de neutralisation de l'auteur.

34 Cf. Giulio Andrea Belloni, *Cattaneo tra Romagnosi e Lombroso*, Turin, 1931.

35 Daniel Pick, *Volti della degenerazione, Una sindrome europea 1848-1918*, Milan, 1999.

36 R. Garofalo, *Criminologia. Studio sul delitto e sulla teoria della repressione*, Turin, 1891.

37 Franz von Liszt, *La idea de fin en el derecho penal*, Valparaíso, 1994.

quienes siguieron tortuosos caminos de imposible compatibilización y mezclaron antropologías incompatibles, esto es, la ética tradicional de Aristóteles, Tomás de Aquino, Kant, Hegel, etc. con el biologismo de Spencer, las penas proporcionadas a los delitos se complementaron con penas neutralizadoras, a las que mediante el llamado *embuste de las etiquetas*<sup>38</sup> se las llamó *medidas de seguridad* y se pretendió otorgarles naturaleza administrativa. Tal sucedió con cierta prudencia en la legislación suiza pacientemente elaborada por un discípulo de Liszt, Karl Stooss, y con menor cautela en el código fascista de Rocco de 1930.

La prudencia se pierde cuando falta *humanitas* y, especialmente, en los momentos de crisis económica o bélica. ¿Para qué mantener estas cosas peligrosas que cuestan dinero? ¿Por qué repararlas cuando es más fácil cambiarlas, como un electrodoméstico? Si se necesita dinero para escuelas, hospitales y caminos ¿Para qué destinarlo a los molestos y dañinos? Si hay hambre para la gente decente ¿Por qué darle su comida a los dañinos? Si una juventud sana se mata por la patria en la guerra ¿Para qué pagar para mantener a los parásitos?

Si falta *humanitas*, los humanos son intercambiables y, por ende, su eliminación o conservación es una cuestión de costo/beneficio para el poder. No debe llamar la atención, pues, que llegado a este extremo, el programa final y coherente del positivismo, hasta sus últimas consecuencias, haya sido el *Konzentrationslager* nazista o el *gulag* stalinista.

Un biólogo férreamente racista como Franz Exner<sup>39</sup> y un penalista para el que *humanitas* no contaba, aunque había desarrollado hasta uno de sus puntos más altos la técnica de los prácticos, o sea, un *neo-práctico* del siglo XX, Edmund Mezger, proyectaron en el ocaso del nazismo, una legis-

38 Ed. Kohlrausch, *Sicherungshaft. Eine Besinnung auf den Streitstand*, en ZStW, 1924.

39 Franz Exner, *Biología criminal en sus rasgos fundamentales*, Barcelona, 1957. Ver especialmente el capítulo sobre la delincuencia de los afroamericanos en USA.

La persona desaparece, laissant l'être humain réduit à une entité parmi d'autres, se distinguant uniquement par sa plus grande complexité, c'est-à-dire une chose qui à l'occasion pouvait être dangereuse et, face à un signe en ce sens, devait être réparée ou détruite. La voie vers le génocide se trouvait dégagée comme à chaque fois que l'*humanitas* disparaît ou est sous-estimée.

Pour les positivistes purs la peine n'était rien de plus que la neutralisation des entités dangereuses. Pour ceux qui suivirent les chemins tortueux d'une mise en compatibilité impossible et mêlèrent des anthropologies incompatibles, soit l'éthique traditionnelle de Aristote, Thomas d'Aquin, Kant, Hegel, etc. avec le biologisme de Spencer, les peines proportionnées à l'infraction se complétaient de peines neutralisantes, celles qu'au moyen du dit mensonge des étiquettes<sup>38</sup> on nomma mesures de sûreté et auxquelles on prétendait conférer une nature administrative. C'est ce qui advint avec une certaine prudence dans la législation suisse patiemment élaborée par un disciple de Liszt, Karl Stoos, et avec moins de précaution dans le code fasciste de Rocco de 1930.

La prudence se perd lorsque manque l'*humanitas* et spécialement dans les moments de crise économique ou guerrière. Pourquoi conserver ces choses dangereuses qui coûtent de l'argent ? Pourquoi les réparer alors qu'il est plus facile de les changer comme de l'électroménager ? Lorsque l'on a besoin d'argent pour les écoles, les hôpitaux et les routes, pourquoi le destiner aux indésirables et aux nuisibles ? Si une jeunesse saine se tue en guerre pour la patrie, pourquoi payer pour garder de tels parasites ?

Lorsque manque l'*humanitas*, les humains deviennent interchangeables et, partant, leur élimination ou conservation est une question de coût/bénéfice pour le pouvoir. Il n'est pas surprenant

38 Ed. Kohlrausch, *Sicherungshaft. Eine Besinnung auf den Streitstand*, in ZStW, 1924.



lación para la eliminación en campos de concentración de los *extraños a la comunidad* (*Gemeinschaftsfremde*)<sup>40</sup>.

Como Mezger, en sus elaboraciones *neo-prácticas* conservaba algunos jirones de referencia a la entidad del delito, un connotado positivista italiano, catedrático de Milán, Filippo Grispigni polemizó con él, señalándole que era poco nazista, pues las mayores innovaciones del derecho penal en siglos eran la teoría de la raza y la esterilización del nazismo<sup>41</sup>. De este modo, el positivismo peligrosista, por boca de uno de sus últimos y máximos exponentes, confesaba que el genocidio nazista era su culminación coherente y lo apoyaba con singular entusiasmo. *Humanitas* había desaparecido por completo.

Algo parecido sucedía en la Unión Soviética. Nikolai Krylenko llevó el positivismo al extremo de su coherencia, al proponer un código penal sin parte especial, dada la escasa importancia que tenía el delito, o sea, dejando librada a los jueces la individualización de los signos de peligrosidad. Krylenko fue eliminado por *trotskysta* en las purgas de los años treinta, víctima de su propia tesis<sup>42</sup>, y el positivismo aunado a la defensa del estado fue el objetivo central de la teorización penal que racionalizaba el *gulag*.

*Humanitas* renació después de la Segunda Guerra Mundial. La catástrofe decidió al penalismo a repensar su saber. El viejo culto a la letra de la ley había funcionado en una Europa que buscaba el afianzamiento de sus estados nacionales, la verticalización de sus sociedades siempre prestas a la guerra entre ellas. Karl Binding y su obsesión por las normas deducidas del derecho positivo era el teórico de los tiempos de la consolidación de la unidad alemana con el príncipe Bismarck. El positivismo de Liszt respondía

alors que le programme final et cohérent du positivisme, jusque dans ses ultimes conséquences, parvint à cette extrémité que fut le *Konzentrationslager* nazi ou le goulag stalinien.

Un biólogo profundamente racista como Franz Exner<sup>39</sup> et un pénaliste pour qui *l'humanitas* ne comptait pas, bien qu'il ait développé à un point des plus élevés la technique des praticiens, à savoir un néopraticien du XXème siècle, Edmund Mezger, projetèrent dans le déclin du nazisme, une législation pour l'élimination en camps de concentration des étrangers à la communauté (*Gemeinschaftsfremde*)<sup>40</sup>.

Comme Mezger, dans ses élaborations néo-pratiques conservait quelques lambeaux de référence à l'entité de l'infraction, un positiviste italien, professeur à Milan, Filippo Grispigni polémiqua avec lui, lui signifiant qu'il était un piètre nazi, puisque les innovations les plus importantes depuis des siècles étaient la théorie de la race et la stérilisation du nazisme<sup>41</sup>. De cette manière, le positivisme de la dangerosité, par la bouche de l'un de ses ultimes et plus grands représentants, confessait que le génocide nazi était son aboutissement logique et qu'il l'appuyait avec un enthousiasme singulier. *L'humanitas* avait totalement disparu.

L'Union soviétique connût une expérience semblable. Nikolai Krylenko porta le positivisme au comble de sa cohérence en proposant un code pénal sans partie spéciale, étant donnée la faible importance de l'infraction, c'est-à-dire en laissant aux mains des juges l'individualisation des signes de dangerosité. Krylenko fut éliminé comme trotskyste au cours des purges des années trente, victime de sa

40 Francisco Muñoz Conde, *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo. Estudios sobre el Derecho penal del Nacional-socialismo*, Valencia, 2003.

41 Filippo Grispigni – Edmondo Mezger, *La riforma penale nazionalsocialista*, Milano, Dott. A. Giuffrè, 1942.

42 Cfr. Simon Sebag Montefiore, *Stálin, A corte do Czar vermelho*, Sao Paulo, 2006, pág. 271.

39 Franz Exner, *Biología criminal en sus rasgos fundamentales*, Barcelona, 1957. Voir spécialement le chapitre sur la délinquance des afro-américains aux États-Unis.

40 Francisco Muñoz Conde, *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo. Estudios sobre el Derecho penal del Nacional-socialismo*, Valence, 2003.

41 Filippo Grispigni – Edmondo Mezger, *La riforma penale nazionalsocialista*, Milan, Dott. A. Giuffrè, 1942.

al ordenamiento planificado de la segunda etapa del imperio guillermino. El positivismo legal había sido el refugio del penalismo durante la dictadura italiana. La huída hacia un normativismo al estilo neokantiano había servido para perfeccionar el sistema y para que éste pudiera sobrevolar sin inmutarse la dictadura alemana y sus aberraciones. Hasta antes de la Segunda Guerra podía decirse con tranquilidad que una ley que ordenase matar a todos los niños de ojos azules era derecho, pero cuando esas dejaron de ser especulaciones teóricas y esas leyes habían existido, era imposible seguir sosteniendo lo mismo impávidamente. El racismo, el Holocausto, la esterilización masiva, la muerte masiva de enfermos, eso había sido realidad y no mera especulación.

En los dos países que habían sufrido los totalitarismos de entreguerras, el penalismo opera un giro importante, cuyos autores más significativos, a mi entender, fueron Hans Welzel en Alemania y Giuseppe Bettiol en Italia. Son los penalistas del renacimiento de *humanitas* en el momento de la construcción de sus respectivas repúblicas, de la restauración de sus democracias. Fueron los penalistas propios de los tiempos de Konrad Adenauer y de Alcide De Gasperi.

Era difícil para los iluministas y racionalistas descartar una ley penal positiva aberrante, por lo que a comienzos del siglo XIX, Anselm von Feuerbach afirmaba rotundamente que la filosofía era fuente del derecho penal y, al promediar ese siglo, Carrara deducía su sistema de la razón, que es más o menos lo mismo. De cualquier manera, estas posiciones eran criticadas y desprestigiadas como *jusnaturalistas* por los positivistas de su tiempo y posteriores. En la agonía de la Segunda Guerra Mundial, Giuseppe Bettiol retomó la posición de Feuerbach<sup>43</sup>, Gustav Radbruch planteaba sus angustias frente a la omnipotencia legislativa<sup>44</sup> y Hans Welzel buscó límites

<sup>43</sup> Giuseppe Bettiol, *Scritti giuridici*, Padova, 1966, II, pág. 623.

<sup>44</sup> Gustav Radbruch, *Fünf Minuten Rechtsphilosophie* (1945); *Gerechtigkeit und Gnade* (1949); *Gesetzliches Unrecht und*

propre thèse<sup>42</sup>, et le positivisme allié à la défense de l'État fut l'objectif central de la théorisation pénale que rationalisait le goulag.

L'*humanitas* renaquit après la Seconde Guerre Mondiale. La catastrophe convainquit la science pénale de repenser son savoir. Le vieux culte de la lettre de la loi avait fonctionné dans une Europe cherchant à consolider ses États nations, à verticaliser ses sociétés toujours prêtes à se faire la guerre. Karl Binding, avec son obsession pour les normes déduites du droit positif, était le théoricien de l'ère de la consolidation de l'unité allemande avec le prince Bismarck. Le positivisme de Liszt répondait à l'ordonnement planifié de la seconde étape de l'empire. Le positivisme légal avait été le refuge de la science pénale durant la dictature italienne. La fuite vers un normativisme de style néokantien avait servi à perfectionner le système et à lui permettre de survoler la dictature allemande et ses aberrations sans se troubler le moins du monde. Jusqu'à la Seconde Guerre, il était permis de dire en toute tranquillité qu'une loi ordonnant de tuer tous les enfants aux yeux bleus était bien du droit, mais lorsqu'il ne s'agit plus seulement de spéculations théoriques et que de telles lois accédèrent à l'existence, il devint impossible de continuer à le soutenir impassiblement. Le racisme, l'Holocauste, la stérilisation massive, la mort massive de malades, tout cela était devenu réalité et non pure spéculation.

Dans les pays qui avaient souffert des totalitarismes de l'entre deux guerres, la science pénale opéra un virage important, dont les auteurs les plus significatifs, à mon sens, furent Hans Welzel en Allemagne et Giuseppe Bettiol en Italie. Ce sont les pénalistes de la renaissance de l'*humanitas* au moment de la construction de leurs Républiques respectives, de la restauration de leurs démocraties. Ils furent les pénalistes du temps de Konrad Adenauer et Alcide De Gasperi.

<sup>42</sup> Cf. Simon Sebag Montefiore, *Stálin, A corte do Czar vermelho*, Sao Paulo, 2006, p. 271.

al legislador con su teoría de las estructuras lógico-reales (*sachlogischen Strukturen*). Recrudesció el debate entre jusnaturalismo y positivismo, con alguna ventaja para el primero, que se puso de manifiesto en las primeras sentencias del tribunal constitucional alemán. ¿A qué se debía esta tendencia?

Si nos situamos en la época, o sea, en la mitad del siglo pasado, veremos que comenzaba la guerra fría, que los Derechos Humanos eran materia de una Declaración que no tenía mayor valor jurídico, que las Constituciones de la República Federal de Alemania (1949) y de la República Italiana (1947) eran documentos recientes y de incierto futuro, a juzgar por lo sucedido con la *Weimarer Grundgesetz* y con el débil Estatuto Albertino, por no recordar el destino de las constituciones de Austria, de Checoslovaquia y de la República Española. La Convención de Roma (1950) tampoco garantizaba nada como sistema regional de Derechos Humanos. Era urgente que la ciencia penal misma se erigiese en reaseguro de *humanitas*, frente a la debilidad del derecho positivo, escaso y con vigencia siempre riesgosa. El penalismo sintió la necesidad de dar los elementos que permitiesen descartar las posibles leyes aberrantes.

En este sentido marcharon Welzel y Bettiol. Fueron dos autores de pensamiento preferentemente conservador, pero en los que *humanitas* recobró todo el brillo que había perdido, subestimada por el positivismo penal y el neokantismo indiferente al mundo.

Welzel teorizó sus estructuras lógico reales o lógico objetivas como una vuelta al realismo, invirtiendo los planteos del neokantismo. Conforme a

---

*übergesetzliches Recht*, en apéndice a su *Rechtsphilosophie herausgegeben von Erik Wolf*, Stuttgart, 1970; sobre el tema varios trabajos entre los publicados en *Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch*, herausgegeben von Arthur Kaufmann, Göttingen, 1968; Zong uk Tjong, *Über die Wendung zum Naturrecht bei Gustav Radbruch*, en ARSP, 1970, LVI/2; Giuliano Vassalli, *Formula di Radbruch e diritto penale. Note sulla punizione dei "delitti di Stato" nella Germania postnazista e nella Germania postcomunista*, Milano, 2001.

Il était difficile pour les penseurs de Lumières et les rationalistes de rejeter une loi pénale positive aberrante, dans la mesure où au commencement du XIX<sup>ème</sup> siècle, Anselm von Feuerbach affirmait catégoriquement que la philosophie était la source du droit pénal et, durant sa seconde moitié, Carrara déduisait son système de la raison ce qui revenait plus ou moins au même. Quoi qu'il en soit, ces positions étaient critiquées et discréditées, taxées de jusnaturalistes par les positivistes de leur époque et par ceux qui suivirent. Dans l'agonie de la Seconde Guerre Mondiale, Giuseppe Bettiol reprit la position de Feuerbach<sup>43</sup>, Gustav Radbruch développait ses angoisses face à l'omnipotence législative<sup>44</sup> et Hans Welzel cherchait les limites du législateur avec sa théorie des structures logico-réelles (*sachlogischen Strukturen*). Le débat entre jusnaturalisme et positivisme redoubla, avec un avantage pour le premier, mis en lumière par les premières décisions du tribunal constitutionnel allemand. À quoi devait-on cette tendance ?

Si nous nous replaçons dans le contexte de l'époque, c'est-à-dire au milieu du siècle passé, on s'aperçoit alors que c'était le début de la guerre froide, que les Droits de l'homme composaient la matière d'une Déclaration dépourvue de valeur juridique supérieure, que les Constitutions de la République fédérale d'Allemagne (1949) et de la République italienne (1947) étaient des documents récents au futur incertain, à en juger par ce qui advint de la *Weimarer Grundgesetz* et du fragile Statut Albertin, sans oublier la destinée des constitutions

---

43 Giuseppe Bettiol, *Scritti giuridici*, Padoue, 1966, II, p. 623.

44 Gustav Radbruch, *Fünf Minuten Rechtsphilosophie* (1945); *Gerechtigkeit und Gnade* (1949); *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, en appendice à son *Rechtsphilosophie herausgegeben von Erik Wolf*, Stuttgart, 1970; sur ce thème, de nombreux travaux parmi ceux publiés in *Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch*, herausgegeben von Arthur Kaufmann, Göttingen, 1968; Zong uk Tjong, *Über die Wendung zum Naturrecht bei Gustav Radbruch*, in ARSP, 1970, LVI/2; Giuliano Vassalli, *Formula di Radbruch e diritto penale. Note sulla punizione dei "delitti di Stato" nella Germania postnazista e nella Germania postcomunista*, Milan, 2001.



esta tesis<sup>45</sup>, el derecho se vincula a las estructuras de la realidad, los conceptos jurídicos que invocan la realidad no pueden alterarla, dando lugar así a lo que se consideró un jusnaturalismo en sentido negativo<sup>46</sup>: no pretende afirmar cómo debe ser el derecho, sino decir que algunas cosas no son derecho. Pero sobre todo, consideraba Welzel que había una estructura lógico real fundamental, cuya violación o desconocimiento hacía desaparecer el derecho, y era la vinculación de éste con la persona, con la consideración del ser humano como ente dotado de conciencia moral. Era sin duda *humanitas* que volvía de pleno derecho y por vía del realismo jurídico.

Welzel no desarrolló hasta sus últimas consecuencias su revolucionaria tesis realista, pues no se animó a llevarla hasta la teoría de las penas<sup>47</sup>. En su obra se observa un claro corte teórico entre las teorías del delito y de la pena. La legitimación de las medidas de seguridad es contradictoria con su punto de partida. Pero sin duda revolucionó la teoría del delito.

Giuseppe Bettiol siguió un camino parcialmente diferente, pues centró su atención sobre las penas. En algún momento afirmó que reelaboraría su obra conforme al sistema de Welzel en la teoría del delito<sup>48</sup>, pero no lo hizo. Estuvo mucho más preocupado por las medidas de seguridad, sin duda una supervivencia del positivismo. Así como en plena época fascista había criticado la esterilización lo más duramente que el régimen soportaba<sup>49</sup>, sostu-

---

45 Hans Welzel, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, Göttingen, 1962; *Naturrecht und Rechtspositivismus*, en "Fest. für Niedermeyer, Göttingen, 1953; *Das Recht als Gemeinschaftsordnung*, en "Fest. für Henkel", Berlin, 1974.

46 Julius Moor, cit. por Karl Engisch, *Auf der Suche nach der Gerechtigkeit. Hauptthemen der Rechtsphilosophie*, München, 1971, pág. 240.

47 Lo señalamos en *En busca de las penas perdidas*, Buenos Aires, 1989.

48 Así lo expresó en el prefacio a la segunda edición de su *Diritto Penale*.

49 V. *Sterilizzazione e diritto penale in Germania*, en "Rivista Italiana di Diritto Penale", 1934, reproducido en *Scritti Giuridici*, I, pág. 102.

autrichienne, tchécoslovaque et espagnole. La Convention de Rome (1950) ne garantissait pas non plus un système régional de protection des droits de l'homme. Il était urgent que la science pénale elle-même s'érige en réassurance de l'*humanitas*, face à la faiblesse du droit positif, insuffisant et de validité toujours risquée. La science pénale sentit la nécessité de fournir les éléments permettant d'écarter les éventuelles lois aberrantes.

C'est cette direction qu'empruntèrent Welzel et Bettiol. Ils furent deux auteurs dont la pensée était plutôt conservatrice mais au sein de laquelle l'*humanitas* recouvrit tout l'éclat qu'elle avait perdu, sous-estimée par le positivisme pénal et le néokantisme indifférent au monde.

Welzel théorisa ses structures logico-réelles ou logico-objectives comme un retour au réalisme, renversant les propositions néo-kantiennes. Conformément à cette thèse<sup>45</sup>, le droit se relie aux structures de la réalité, les concepts juridiques qui invoquent la réalité ne peuvent l'altérer, donnant lieu ainsi à ce qui fût considéré comme un jusnaturalisme en négatif<sup>46</sup>: il ne prétend pas affirmer comment doit être le droit, mais énonce que certaines choses ne sont pas du droit. Mais surtout, Welzel considérait qu'existait une structure logico-réelle fondamentale, dont la violation et la méconnaissance faisait disparaître le droit, et tenant au rattachement de ce dernier avec la personne, avec la considération de l'être humain comme entité dotée de conscience morale. C'était ainsi sans aucun doute l'*humanitas* qui revenait de plein droit et par la voie du réalisme juridique.

Welzel n'a pas développé jusque dans ses ultimes conséquences sa thèse réaliste révolution-

---

45 Hans Welzel, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, Göttingen, 1962; *Naturrecht und Rechtspositivismus*, in "Fest. für Niedermeyer", Göttingen, 1953; *Das Recht als Gemeinschaftsordnung*, in "Fest. für Henkel", Berlin, 1974.

46 Julius Moor, cité par Karl Engisch, *Auf der Suche nach der Gerechtigkeit. Hauptthemen der Rechtsphilosophie*, Munich, 1971, p. 240.

vo que la filosofía era fuente del derecho penal<sup>50</sup>, fue enemigo de la pena de muerte<sup>51</sup>, pugnó por una vuelta al derecho penal de culpabilidad<sup>52</sup>, combatió sin cuartel las medidas de seguridad<sup>53</sup> y propugnó la vuelta al código de Zanardelli y la derogación del código de Rocco<sup>54</sup>. Fue sin duda, el más fino de los penalistas italianos del siglo XX<sup>55</sup>.

Católico y militante de la democracia cristiana, diputado constituyente de 1947 y ministro de De Gasperi, se dice que fue el inspirador de la alocución de Pio XII a los asistentes al Congreso Internacional de Derecho Penal en 1953, donde éste sostuvo decididamente el derecho penal de culpabilidad<sup>56</sup>. Cuando en su última visita a Buenos Aires en 1980 reflexionaba sobre un derecho penal cristiano, afirmó que éste era en definitiva el derecho penal liberal y recordó que el Estado Vaticano, *un estado ciertamente confesional, se rige con un código penal laico liberal, obra de Zanardelli, gran maestro de la masonería*<sup>57</sup>.

Estas dos luces del siglo XX marcaron una época del penalismo, la del renacimiento de la democracia europea, cuya claridad se extiende hasta el presente. Pasaron los años, las democracias se asentaron, las Constituciones se consolidaron, pero, por sobre todo, se desarrolló el derecho internacional de los Derechos Humanos. Después de la conferencia de Teherán la Declaración Universal pasó

50 V. en castellano, *El problema penal*, trad. de José Luis Guzmán Dalbora, Buenos Aires, 1995, págs. 25 y sgts.

51 Cfr. *Scritti Giuridici*, II, pág. 761.

52 Cfr. *Scritti Giuridici*, II, págs. 535, 687, 739.

53 Cfr. *Scritti Giuridici*, II, págs. 937 y 974.

54 Cfr. su posición crítica frente al código de Rocco, en *Scritti Giuridici*, II, pág. 1013.

55 Sobre Bettiol, Gaetano Marini, *Giuseppe Bettiol, Diritto Penale come filosofia*, Napoli, 1985.

56 Mensaje de SS. Pio XII al VIº Congreso Internacional de Derecho Penal, en "Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé", T. VIII, 1953, págs. 579-594; también, Julián Pereda, *La culpa y la pena según SS. Pio XII*, en "Estudios Deusto", enero-junio 1955, págs. 159 y sgts.

57 G. Bettiol, *Gli ultimi scritti 1980-1982 e la lezione di congedo 6.V.1982*, a cura e con prefazione di Luciano Pettoello Mantovani, Padova, 1984, pág. 8.

naire, car il n'est pas allé jusqu'à la porter sur le terrain de la théorie de la peine. Dans son œuvre, on observe une coupure théorique nette entre les théories de l'infraction et de la peine<sup>47</sup>. La légitimation des mesures de sûreté est contradictoire avec son point de départ. Toutefois, il ne fait aucun doute qu'il révolutionna la théorie de l'infraction.

Giuseppe Bettiol suivit un chemin partiellement différent, puisqu'il concentra son attention sur les peines. À un certain point, il affirma qu'il reprendrait son œuvre conformément au système de Welzel au sein de la théorie de l'infraction<sup>48</sup>, mais il ne le fit pas. Il était bien plus préoccupé par les mesures de sûreté, représentant sans aucun doute une survivance du positivisme. Ainsi, comme il avait en pleine période fasciste critiqué la stérilisation de la manière la plus sévère que tolérait le régime<sup>49</sup>, il soutint que la philosophie était la source du droit pénal<sup>50</sup>, il fût l'ennemi de la peine de mort<sup>51</sup>, il lutta pour le retour à un droit pénal de la culpabilité<sup>52</sup>, il combattit sans quartier les mesures de sûreté<sup>53</sup> et proposa le retour au Code Zanardelli et l'abrogation du Code Rocco<sup>54</sup>. Il fût, incontestablement, le plus fin des pénalistes italiens du XXème siècle<sup>55</sup>.

Catholique et militant de la démocratie chrétienne, député constituant de 1947 et ministre de De Gasperi, on dit de lui qu'il fût l'inspirateur de l'allocation de Pie XII aux participants du Congrès International de droit pénal de 1953, où celui-ci

47 Nous le signalons dans *En busca de las penas perdidas*, Buenos Aires, 1989.

48 C'est ainsi qu'il l'exprimait dans la préface à la seconde édition de son *Diritto Penale*.

49 V. *Sterilizzazione e diritto penale in Germania*, in "Rivista Italiana di Diritto Penale", 1934, reproduit in *Scritti Giuridici*, I, p. 102.

50 V. en espagnol, *El problema penal*, trad. de José Luis Guzmán Dalbora, Buenos Aires, 1995, p. 25 et s.

51 Cf. *Scritti Giuridici*, II, p. 761.

52 Cf. *Scritti Giuridici*, II, p. 535, 687, 739.

53 Cf. *Scritti Giuridici*, II, p. 937 et 974.

54 Cf. sa position critique face au Code Rocco, in *Scritti Giuridici*, II, p. 1013.

55 Sur Bettiol, Gaetano Marini, *Giuseppe Bettiol, Diritto Penale come filosofia*, Napoli, 1985.

a formar parte de la Carta de la ONU, y los pactos internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, dieron estatuto legal al sistema universal de Derechos Humanos, las Convenciones de Roma y de San José de Costa Rica entraron en vigencia real y se organizaron con eficacia los sistemas regionales europeo y americano de Derechos Humanos. *Humanitas*, o sea, el *derecho natural* de Feuerbach y de Carrara, y también el de Bettiol y el de Welzel, se convirtieron en derecho positivo internacional.

En nuestro país sucedió algo curioso: en tanto que Europa continental no admitía que los tribunales pudiesen descartar la aplicación de leyes aberrantes, dado que eran estados legales –y no constitucionales– de derecho, nosotros, siguiendo el modelo norteamericano desde 1853, al menos formalmente, éramos un estado constitucional de derecho, con un control difuso de constitucionalidad consagrado en nuestra ley fundamental. Pero lo curioso fue que seguimos la doctrina penal de los estados europeos que no conocían ese control y aunque nuestra doctrina penal muy tempranamente se contagió el desprecio positivista hacia *humanitas*, por suerte éste fue más declamado que práctico<sup>58</sup>, al punto de que en 1921 sancionamos un código penal –hoy lamentablemente descalabrado por la irresponsabilidad legislativa– que no es positivista, que nunca sancionamos leyes de estado peligroso sin delito pese a los numerosos proyectos, y que en 1933 rechazamos una propuesta de reforma de clara inclinación autoritaria positivista, que sólo obtuvo media sanción del Senado<sup>59</sup>. Pese a nuestra incoherencia, *humanitas* nunca desapareció del todo de nuestro derecho penal y, cuando con la dictadura más sanguinaria de nuestra historia desapareció de

58 En curso de impresión se halla un libro de Giuditta Crezzo, *El positivismo italiano en la Argentina*, donde se verifica el compromiso más formal que de fondo de los autores argentinos.

59 José Peco, *La reforma penal en el Senado de 1933*, Buenos Aires, 1936.

soutînt fermement un droit pénal fondé sur la culpabilité<sup>56</sup>. Lorsqu'au cours de son ultime visite à Buenos Aires en 1980, il réfléchissait à un droit pénal chrétien, il affirma que celui-ci correspondait en définitive au droit pénal libéral et il rappela que le Vatican, *État certainement confessionnel, est régi par un code pénal laïc libéral, œuvre de Zanardelli, grand maître de la maçonnerie*<sup>57</sup>.

Ces deux lumières du XXème siècle ont marqué une époque de la science pénale, celle de la renaissance de la démocratie européenne, dont la clarté s'étend jusqu'à présent. Les années ont passé, les démocraties se sont installées, les Constitutions se sont consolidées, mais, surtout, le droit international des droits de l'homme s'est développé. Depuis la Conférence de Téhéran, la Déclaration Universelle fait partie de la Charte de l'ONU, et les pactes internationaux sur les droits civils et politiques et les droits économiques, sociaux et culturels ont donné un statut légal au système universel de droits de l'homme, les Conventions de Rome et San José du Costa Rica sont entrées effectivement en vigueur tandis que se sont développés avec efficacité les systèmes régionaux européen et américain de droits de l'homme. *L'humanitas*, autrement dit, le droit naturel de Feuerbach et de Carrara, ainsi que celui de Bettiol et de Welzel, se sont transformés en droit positif international.

Dans notre pays, une chose curieuse s'est produite : pendant que l'Europe continentale n'admettait pas que les tribunaux puissent écarter l'application de lois aberrantes, en tant qu'États légaux –et non constitutionnels– de droit, nous autres, suivant le modèle nord-américain depuis 1853, à tout le moins formellement, étions un État de droit consti-

56 Message de S.S. Pie XII au VI<sup>e</sup> Congrès International de Droit Pénal, in "Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé", T. VIII, 1953, p. 579-594 ; voir aussi, Julián Pereda, *La culpa y la pena según SS. Pio XII*, in "Estudios Deusto", janvier-juin 1955, p. 159 et s.

57 G. Bettiol, *Gli ultimi scritti 1980-1982 e la lezione di congedo* 6.V.1982, en l'honneur et avec la préface de Luciano Pettoello Mantovani, Padova, 1984, p. 8.

la realidad, por suerte para la dignidad y el prestigio del penalismo argentino no hubo ningún penalista que se atreviera a intentar su racionalización.

Lo cierto es que la dialéctica entre *humanitas* y su antónimo continua, como lo impone la dinámica de la historia. La implosión de los países del llamado *socialismo real* en Europa, el reacomodamiento de China, los excedentes de capital determinantes de nuevas guerras, generaron nuevos *hostis* en un panorama mundial amenazador para los Derechos Humanos. Leyes penales que desconocen *humanitas* cunden por el mundo, en lo nacional impulsadas por brotes de *populacherismo* penal demagógico vindicativo, en lo internacional por la administración republicana de la potencia hegemónica mundial, que abandona rápidamente las mejores tradiciones democráticas de los Estados Unidos<sup>60</sup>. Frente a las leyes aberrantes se alzan reacciones judiciales importantes que invocan *humanitas*<sup>61</sup>.

En medio de esto resurgen *neo-prácticos* en el derecho penal, preocupados sólo por perfeccionar el sistema. Si bien nadie teoriza la subestimación de *humanitas*, algunos proponen concederle un espacio a su antónimo para contener su avance arrollador<sup>62</sup>.

La dialéctica continua con ropajes diferentes, con corporaciones y agencias distintas a las precedentes que luchan entre sí por hegemonizar el poder punitivo. Ya no tenemos la inquisición romana, tampoco la policía urbana de tiempos positivistas, la globalización impone nuevas reglas, pero los atuendos vistosos e innovadores ocultan los mismos cuerpos, las mismas figuras, la misma contra-

tutiónnel, avec un contrôle diffus de constitutionnalité consacré dans notre loi fondamentale. Mais ce qui est curieux c'est que nous suivions la doctrine pénale des États européens qui ne connaissaient pas ce contrôle et bien que notre doctrine pénale se convertît très tôt au mépris positiviste de l'*humanitas*, par chance, ce fût davantage déclamatoire que de portée pratique<sup>58</sup>, au point qu'en 1921 nous approuvions un code pénal –aujourd'hui lamentablement désarticulé par l'irresponsabilité législative– qui n'est pas positiviste, et que nous n'avons jamais approuvé des lois sur l'état dangereux sans infraction en dépit de nombreux projets, tandis qu'en 1933, nous rejetions une réforme d'inclination positiviste clairement autoritaire, qui n'obtînt le soutien que de la moitié du Sénat<sup>59</sup>. En dépit de notre incohérence, l'*humanitas* n'a jamais totalement disparu de notre droit pénal, et lorsqu'avec la dictature la plus sanguinaire de notre histoire, elle disparut de la réalité, par chance pour la dignité et le prestige de la science pénale argentine il n'y eut aucun pénaliste pour s'aventurer à tenter la rationalisation.

Ce qui est sûr c'est que la dialectique entre *humanitas* et son antonyme perdure, ainsi que l'impose la dynamique de l'histoire. L'implosion des pays du socialisme réel en Europe, l'adaptation de la Chine, les excédants de capitaux à l'origine de nouvelles guerres, ont engendré de nouveaux *hostis* dans un panorama mondial menaçant pour les droits de l'homme. Les lois qui méconnaissent l'*humanitas* se répandent à travers le monde, dans l'espace national, impulsées par des vagues de populisme pénal, vindicatif et démagogique, dans l'espace international, par l'administration républicaine de la puissance hégémonique mondiale qui abandonne avec rapidité les meilleures traditions démocratiques des États-Unis<sup>60</sup>. Face aux

60 Cfr. John W. Dean, *Conservatives without conscience*, New York, 2006.

61 *Opinion of the Lords of Appeal on thursday 16 December 2004*, "The United Kingdom Parliament", Publications on the Internet; George P. Fletcher, *¿Ciudadanos o personas? Análisis de las sentencias de la Corte Suprema de los Estados Unidos en los casos Hamdi, Padilla y los prisioneros de Guantánamo*, en "Revista Penal La Ley", n° 16, Madrid, julio de 2005.

62 Günther Jakobs, *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, en HRRS, marzo de 2004, trad castellana en Günther Jakobs/Manuel Cancio Meliá, *Derecho Penal del enemigo*, Cuadernos Civitas, Madrid, 2003.

58 En cours d'impression : Giuditta Crezzo, *El positivismo italiano en la Argentina*, où se vérifie l'engagement plus formel que de fond des auteurs argentins.

59 José Peco, *La reforma penal en el Senado de 1933*, Buenos Aires, 1936.

60 Cf. John W. Dean, *Conservatives without conscience*, New York, 2006.



dicción, sólo que obligan a agudizar el ingenio y la atención para percibirlos y no engañarnos. *Humanitas* y *hostis*, derecho penal liberal y derecho penal autoritario siguen compitiendo, en carrera dramática, porque la historia no muy lejana enseña que cuando se radicaliza se plantea como opción entre *humanitas* y genocidio.

A treinta años de la desaparición de Welzel, a veinticinco de la de Bettiol, es nuestro deber volver la vista hacia quienes desde el siglo pasado pueden iluminar nuestro camino en los difíciles comienzos de este siglo XXI. Hay también otros nombres que desde el otro siglo arrojan luz, como el del recordado Alessandro Baratta<sup>63</sup>. Hay muchos otros que comparten nuestros días y nuestras angustias; por todos menciono a Luigi Ferrajoli<sup>64</sup>, como ejemplo claro de la presencia de *humanitas* en nuestros días. Nuestro saber, pese al momento negativo que le toca vivir en este *corsi e ricorsi*, defiende su dignidad, no cabe duda.

Termino esta *Lectio* pidiendo excusas por una síntesis que obliga a omitir matices, por un esfuerzo que obliga a simplificar, que en alguna medida es tergiversar, pero sin perjuicio de los análisis particulares y por consiguiente más precisos, de vez en cuando es necesaria la visión de conjunto, para saber dónde se halla cada paraje en el mapa general. En pocos años –aunque no sé después de cuántos desastres– tendremos que reconstruir la democracia en el mundo, porque *todo fluye*, Heráclito se impone, y por eso quise hoy particularmente reivindicar el pensamiento penal de la reconstrucción democrática, las estructuras lógico reales de Welzel y la preo-

63 Alessandro Baratta, *Criminologia critica e critica del diritto penale*, Bologna, 1982, trad. castellana de Alvaro Bunster, México, 1986; *Criminología y sistema penal. Compilación in memoriam*, Montevideo–Buenos Aires, 2004; *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza. Contributo alla filosofia e alla critica del diritto penale*, Milano, 1963; un panorama completo de su obra y trabajos en: Universität des Saarlandes, Universitätsreden 55, *Gedenkfeier für Universitätsprofessor Dr. jur. Dr. H. C. mult. Alessandro Baratta, 2. Juli 2003*.

64 Luigi Ferrajoli, *Diritto e ragione*.

lois aberrantes, s'élevant d'importantes réactions judiciaires qui invoquent l'*humanitas*<sup>61</sup>.

Au milieu de tout cela, le droit pénal voit resurgir des néo–pratiques, uniquement soucieux de perfectionner le système. S'il est vrai qu'aucun ne théorise la sous–estimation de l'*humanitas*, certains proposent néanmoins d'aménager un espace pour son antonyme pour contenir son irrésistible essor<sup>62</sup>.

La dialectique se poursuit sous des habits différents, au travers de corporations et agences distinctes des précédentes qui luttent entre elles pour l'hégémonie du pouvoir punitif. Certes, l'inquisition romaine n'est plus, pas plus que la police urbaine des temps positivistes, la globalisation imposant de nouvelles règles, mais les atours clinquants et innovants cachent les mêmes corps, les mêmes figures, la même contradiction, et obligent seulement à aiguïser l'ingéniosité et l'attention pour les percevoir et ne pas s'y laisser prendre. *Humanitas* et *hostis*, droit pénal libéral et droit pénal autoritaire continuent de se concurrencer, le long d'une course dramatique, car l'histoire, pas si lointaine, nous enseigne que la radicalisation débouche sur l'option entre *humanitas* et génocide.

Trente ans depuis la disparition de Welzel, vingt ans depuis celle de Bettiol, il est de notre devoir de regarder en arrière vers ceux qui depuis le siècle passé peuvent éclairer notre route pendant les difficiles commencements du XXIème siècle. D'autres noms du siècle passé, jettent également un peu de lumière, comme le mémorable Alessandro Baratta<sup>63</sup>. Il en est bien d'autres qui de nos jours partagent nos

61 *Opinion of the Lords of Appeal on thursday 16 December 2004*, "The United Kingdom Parliament", Publications on the Internet ; George P. Fletcher, *¿Ciudadanos o personas? Análisis de las sentencias de la Corte Suprema de los Estados Unidos en los casos Hamdi, Padilla y los prisioneros de Guantánamo*, in "Revista Penal La Ley", nº 16, Madrid, juillet 2005.

62 Günther Jakobs, *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, in HRRS, mars 2004, trad. espagnole in Günther Jakobs/Manuel Cancio Meliá, *Derecho Penal del enemigo*, Cuadernos Civitas, Madrid, 2003.

63 Alessandro Baratta, *Criminologia critica e critica del diritto penale*, Bologna, 1982, trad. espagnole de Alvaro Bunster, México, 1986 ; *Criminología y sistema penal. Compilación in memoriam*, Montevideo–Buenos Aires, 2004 ; *Antinomie giuridiche e*

cupación por la culpabilidad de Bettioli, *humanitas* en el renacimiento de las democracias europeas.

Será tarea de los estudiantes de hoy reconstruir el derecho penal cuya destrucción estamos tratando de evitar, y para ello deben saber hacia quiénes mirar como fuente de inspiración.

A los estudiantes en especial dirijo estas últimas palabras: si alguna duda cabe acerca de la toma de posición del saber penal por *humanitas*, basta para descartarla observar que ningún instituto, facultad, universidad, centro o ente académico lleva el nombre de Torquemada, de Rosenberg, de los nazistas de la *Kielerschule* o del fiscal Vichinski. *Nuestra ciencia siempre está del lado de humanitas y no perdona a sus traidores.* ■

craintes ; je me contenterai de n'en citer qu'un : Luigi Ferrajoli<sup>64</sup>, comme illustration claire de la présence de l'*humanitas* aujourd'hui. Notre savoir, en dépit du contexte négatif qui lui impose de vivre parmi ces *corsi e ricorsi*, défend sa dignité, sans aucun doute.

J'achève cette leçon en présentant mes excuses pour cette synthèse qui oblige à omettre des nuances, pour cet exercice qui contraint à simplifier, qui dans une certaine mesure déforme, mais sans préjudice des analyses particulières et par conséquent plus précises, de temps à autre, il est nécessaire d'avoir une vue d'ensemble, pour savoir où se trouve chaque territoire sur la carte générale. Dans peu d'années / en peu d'années – mais je ne sais après combien de désastres – nous devons reconstruire la démocratie dans le monde, car *tout change*, Héraclite s'impose, voilà pourquoi j'ai voulu aujourd'hui tout particulièrement revendiquer la pensée pénale de la reconstruction démocratique, les structures logico-réelles de Welzel et le souci de la culpabilité de Bettioli, l'*humanitas* dans la renaissance des démocraties européennes.

Ce sera la tâche des étudiants d'aujourd'hui que de reconstruire le droit pénal dont nous essayons d'éviter la destruction, et c'est la raison pour laquelle ils doivent savoir vers qui se tourner pour y puiser leur inspiration.

J'adresse tout particulièrement ces derniers mots aux étudiants: s'il devait y avoir le moindre doute concernant la prise de position du savoir pénal pour l'*humanitas*, il suffirait pour l'écarter d'observer qu'aucun institut, aucune faculté, université, centre ou structure académique ne porte le nom de Torquemada, de Rosenberg, des nazis de la *Kielerschule* ou du Procureur Vichinski. *Notre science est toujours du côté de l'humanitas et elle ne pardonne pas ceux qui la trahis.* ■

---

*conflitti di coscienza. Contributo alla filosofia e alla critica del diritto penale*, Milan, 1963 ; pour un panorama complet de son œuvre et de ses travaux voir : Universität des Saarlandes, Universitätsreden 55, *Gedenkfeier für Universitätsprofessor Dr. jur. Dr. H. C. mult Alessandro Baratta*, 2. Juli 2003.

64 Luigi Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, 1989.



## La armonización internacional del Derecho Penal<sup>1</sup>

Luis ARROYO ZAPATERO

*Presidente de la Société Internationale de Défense Sociale et Politique criminelle humaniste. Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional. Universidad de Castilla-La Mancha. Ciudad Real. España.*

### Introducción

El Derecho penal del Estado moderno fue un derecho esencialmente territorial, al modo de la moneda nacional. Pero la vida contemporánea desde los albores del siglo XX ha sido sacudida por poderosos factores de la internacionalización, las más de las veces en la forma de las guerras, a las que han seguido intentos de someter al Derecho en general y también al Derecho penal a los agentes estatales, además de a los ciudadanos en particular. Hoy en día, además, los factores contemporáneos de la globalización económica, sin la barrera de las fronteras y las leyes, se acompañan por las propuestas de quienes reclaman y persiguen el que la globalización respete y se rija por los principios de los Derechos humanos, tanto políticos como sociales. En el tiempo anterior a la primera Guerra Mundial sólo encontramos tres manifestaciones del Derecho penal internacional: la proscripción de la piratería y su configuración como delito internacional perseguible por todos y en cualquier lugar, a partir de Tratado de Utrecht en 1712, la lucha contra "la trata de blancas" desde 1904 y las primeras convenciones relativas al Derecho de la guerra desde el Tratado de la Haya de 1899 y especialmente de 1907. En la esfera de las propuestas resulta muy

<sup>1</sup> Versión puesta al día a 02.11.2012.



## The international harmonization of criminal Law<sup>1</sup>

Luis ARROYO ZAPATERO

*President of the International Society of Social Defence and Humane Criminal Policy. Institute of European and International Criminal Law. Universidad de Castilla-La Mancha. Ciudad Real. Spain.*

### Introduction

Criminal Law in the Modern State was an essentially territorial law, similar to a national currency. However, contemporary life has been shaken, since the dawn of the twentieth century, by powerful factors associated with internationalization. These have often been wars, followed by attempts to subject the Law and the general public to State agencies. Today, moreover, economic globalization, without frontiers and laws, is accompanied by proposals from people working towards a form of globalization that respects and is governed by the principles of human rights, in both political and social terms. At a time before the First World War, we only find three manifestations of international criminal Law: the proscription of piracy and its formulation as an international crime prosecutable anywhere and by anybody, since the Treaty of Utrecht in 1712; the fight against "human trafficking" since 1904; and the first conventions on the Laws of War, since the Treaty of the Hague in 1899 and especially 1907. Among the many proposals, the draft statute for an international criminal Court presented by the founder of the Red Cross, Gustave Moynier, in the early date of 1864, is quite remarkable.

<sup>1</sup> English translation by Antony R. Price of 'La armonización internacional del Derecho penal'.



notable el proyecto de estatuto para una Corte penal internacional presentado por el fundador de la Cruz Roja Gustavo Moynier en la temprana fecha de 1864.

Lo que siguió a la guerra civil europea que fue la Franco-Prusiana fue, al calor de auge del pensamiento científico y del positivismo general, un movimiento transnacional de sociedades científicas. En primer lugar, el relacionado con el mundo penitenciario, con las sociedades y congresos internacionales, desde el de Florencia de 1841 y, en especial, a partir del de Londres de 1872, seguramente combinado todo ello también con los movimientos antiesclavistas, que eran los primeras *ong* de derechos humanos, y contra la pena de muerte. A finales del siglo XIX el positivismo criminológico y sus fundadores se difunden y editan sobre pasando las fronteras europeas y las aguas intercontinentales, impulsados por la propia fuerza de las ideas nuevas y sin organización académica que les sirviera de soporte. Habría que esperar al año de 1889 para que viera la luz una poderosa sociedad científica como la Unión internacional de Derecho Penal. La encabezaron tras distinguidos penalistas del centro y el norte de Europa: Franz von Liszt de Marburgo, Gerhard van Hamel de Amsterdam y Adolfo Prins de Bruselas, a la que se sumaron más tarde Enrico Ferri y Rafael Garófalo. El incremento de la criminalidad experimentado al cumplirse el primer ciclo de la industrialización apremió la necesidad de entender el delito como fenómeno social, lo que dio lugar al positivismo criminológico, y de afinar las respuestas administrativas y legislativas para la lucha contra el crimen. Y es *von Liszt* el que mejor y más rotundamente establece el paradigma político de los límites de la innovación en los modos de reacción penal: el Derecho penal es la Magna Carta del delincuente. Lo demás en la obra del maestro, que terminó bien asentado en Berlín, son matices<sup>2</sup>.

Following the Napoleonic wars in Europe, the Franco-Prussian conflict took place at the height of scientific thought and positivism in general; a transnational movement of scientific societies. Firstly, there were international societies and conferences related to the world of prisons: Florence in 1841 and especially London, in 1872, all of which were almost certainly linked to the anti-slavery movements, the first Human Rights and anti-death penalty NGOs. At the end of the nineteenth century, criminological positivism and its founders distributed information beyond the frontiers of Europe, propelled by the force of their own ideas and with no academic organization to support them. They would have to wait until 1889, when a vigorous scientific society, the International Union of Penal Law, was launched. It was led by three distinguished criminal lawyers from central and northern Europe: Franz von Liszt from Marburg, Gerhard van Hamel from Amsterdam and Adolfo Prins from Brussels, joined later by Enrico Ferri and Rafael Garófalo. The rise in crime experienced after the first cycle of industrialization made it ever more urgent to understand crime as a social phenomenon which gave rise to criminological positivism. Administrative and legislative responses to crime were refined and it was von Liszt who best expressed the political paradigm of innovative limitations with respect to modes of penal theory: *penal Law is the criminal's Magna Carta*. All else in the work of the master, who ended his days with a good position in Berlin, are minor details<sup>2</sup>.

---

2 The whole process and up to the first half of the nineteenth-century is studied by Ignacio Berdugo in his doctoral thesis *El movimiento de política criminal tendente a la unificación legislativa*, Universidad de Salamanca 1978, and the first part published under the title *La evolución del Derecho penal contemporáneo y la Unión Internacional de Derecho penal*, Univ. Pontificia, Salamanca 1982; Ch. Basiouni, AIDP: *Asociación Internacional de Derecho Penal: Más de un siglo de dedicación a*

A la primera Guerra Mundial siguió la proclamación en el Tratado de Versalles de 1919, en sus artículos 227 a 230, del principio de responsabilidad penal de quienes dirigen los gobiernos que llevan a cabo guerras de agresión o cometen crímenes de guerra. La Sociedad de Naciones representa el primer intento de un orden jurídico mundial y de un gobierno del mundo. Su Comité Consultivo de Juristas, presidido por el Barón Descamps propuso un Tribunal permanente de justicia internacional, que comportaba también la creación de una corte penal. El asesinato terrorista del Rey de Yugoslavia en 1934 en Marsella dio lugar a la propuesta de un tratado contra el terrorismo y de otro para establecer un tribunal internacional para juzgar tales hechos. Pero al acervo de realidades de la Sociedad de Naciones en materia penal pertenecen también las convenciones contra la esclavitud (1926) y contra el trabajo forzado (1930), contra el tráfico de estupefacientes (1936), contra la trata de mujeres (1933) así como contra la falsificación de moneda (1929).

---

2 Todo el proceso y hasta la primera mitad de los años treinta está estudiado por Ignacio Berdugo en su tesis doctoral *El movimiento de política criminal tendente a la unificación legislativa*, Universidad de Salamanca 1978, consultable *on line* en [www.cienciaspenales.net/biblioteca](http://www.cienciaspenales.net/biblioteca), y la primera parte publicada con el título *La evolución del Derecho penal contemporáneo y la Unión Internacional de Derecho penal*, Univ. Pontificia, Salamanca 1982; Ch. Basiouni, AIDP: *Asociación Internacional de Derecho Penal: Más de un siglo de dedicación a la justicia penal y a los Derecho Humanos*, en *Nouvelles Etudes Pénales*, nº 18 (1999), érès, Paris; L. Radzinowicz, *The roots of the International association of criminal law*, Max-Planck Institut, Friburgo de Brisgovia 1991, S. Kesper-Biermann/ P. Overath (ed.), *Die Internationalisierung von Strafrechtswissenschaft und Kriminalpolitik (1870-1930)*, BWV, Berlin 2007. Con muy reciente perspectiva v. Tiago Pires Marques, *La reforma penale fascista italiana: un modelo internazionale*, en *Studi sulla questione criminale. Nuova serie di "Dei delitti e dell'e pene"*, III, vol. 1, 2008, p.73 y sigs. Una extraordinaria síntesis de la evolución metodológica desde Von Liszt ver en Figueiredo Dias, Jorge de, *Direito Penal, Parte Geral*, I, Coimbra Editora 2004, p.16 y sig. y el estudio sobre el mismo autor de F. Muñoz Conde en el *Festschrift für Winfried Hassemer*, Heidelberg: Müller Verlag 2010 y en castellano: *La herencia de Von Liszt*, en *Revista Penal*, 27 (2011) p. 159 y SS.

After the First World War came the Treaty of Versailles in 1919. Articles 227 to 230 proclaimed the principle of criminal responsibility attached to people that lead governments into wars of aggression or commit war crimes. The League of Nations represents the first attempt at a juridical world order and world government. Its Consultative Committee of Jurists, presided by Baron Descamps made the first proposals for a permanent Court of International Justice, which also involved the creation of a criminal court. The terrorist assassination of the King of Yugoslavia, in 1934, in Marseille, led to a treaty against terrorism and another to establish an international court to sit in judgment over such acts. But the League of Nations also signed conventions on criminal matters against slavery (1926) and forced labour (1930), against illicit traffic in dangerous drugs (1936), against the trafficking of women and children (1933), and against the counterfeiting of money (1929).

The definition of war crimes and crimes against humanity came in the wake of the renewed and intensified horrors of the Second World War. International authority to prosecute such crimes was exercised by the International Military Tribunal of Nuremberg, which judged and condemned the main leaders of Nazi Germany and proclaimed as everlasting the principles of Nuremberg upholding universal criminal justice

---

*la justicia penal y a los Derecho Humanos*, in *Nouvelles Etudes Pénales*, nº 18 (1999), érès, Paris; L. Radzinowicz, *The roots of the International association of criminal law*, Max-Planck Institute, Friburgo de Brisgovia 1991, S. Kesper-Biermann/ P. Overath (ed.), *Die Internationalisierung von Strafrechtswissenschaft und Kriminalpolitik (1870-1930)*, BWV, Berlin 2007. With a very recent perspective, see Tiago Pires Marques, *La reforma penale fascista italiana: un modelo internazionale*, in *Studi sulla questione criminale. Nuova serie di "Dei delitti e dell'e pene"*, III, vol. 1, 2008, p.73 and ff. For an extraordinary synthesis of the methodological development from Von Liszt, see in Figueiredo Dias, Jorge de, *Direito Penal, Parte Geral*, I, Coimbra Editora 2004, p.16 and ff. and the study on the same author by F. Muñoz Conde in el *Festschrift für Winfried Hassemer*, Heidelberg: Müller Verlag 2010.

A los horrores renovados e incrementados de la II Guerra Mundial siguió la proclamación del carácter universal e imprescriptible de los crímenes de guerra y de los crímenes contra la humanidad y, lo que no es menos importante, se ejerció ese poder de persecución internacional de tales delitos mediante un Tribunal penal Internacional como lo fue el Tribunal Penal Militar Internacional de Nuremberg, que juzgó y condenó a los principales dirigentes de la Alemania Nazi y proclamó para siempre el catálogo de principios del Derecho y de la Justicia penal universal, conocidos como principios de Nuremberg, que fueron aprobados por la Asamblea General de Naciones Unidas el 11 de diciembre de 1946. Entre los años 1945 y 1951 las Naciones Unidas recuperan, por una parte, convenciones internacionales de la era de la Sociedad de Naciones como las relativas a las relaciones diplomáticas, el tráfico de estupefacientes, la trata de mujeres, el tráfico de publicaciones obscenas y generan otras nuevas, como la relativa al genocidio (1948) y al estatuto del refugiado (1951). Se crean también relevantes organizaciones internacionales como la OMS y se mantiene una anterior de la importancia de la OIT. Las Sociedades científicas se recomponen, como la *Association Internationale de Droit Pénal* a lo largo de las jornadas de Nuremberg, a impulso de Donnedieu de Vabres, y en 1949 se crea la *Société Internationale de Défense Sociale*, por Filippo Gramática y Marc Ancel<sup>3</sup>.

Una nueva fase se abrió con el comienzo de la "guerra fría", que se desata al hilo de la guerra de Corea y que sólo concluye, tras la caída del muro de Berlín, con la disolución de los bloques político-militares en 1989. Esta fase se caracteriza porque apenas comenzada la obra diseñada en

and approved by the General Assembly of the United Nations on December 11, 1946. Between 1945 and 1951, the United Nations reaffirmed international conventions from the time of the League of Nations and drafted new ones, such as those on genocide (1948) and the status of refugees (1951). Relevant international organizations were also created such as the World Health Organization (WHO) and others were maintained such as the International Labour Organization (ILO). Scientific societies were formed again, such as the *Association Internationale de Droit Pénal* during the Nuremberg trials, instigated by Donnedieu de Vabres, and the *Société Internationale de Défense Sociale*, in 1949, by Filippo Gramática and Marc Ancel<sup>3</sup>.

A new phase began at the start of the "Cold War", the onset of which came at the end of the Korean War and was only concluded after the fall of the Berlin wall, with the removal of the politico-military blocks in 1989. This phase was stood out because no sooner had the preparatory work begun at San Francisco in 1945, then the construction of a true international juridical order based on the Charter and the Declaration of Human Rights, signed in Paris, in 1948, fell to pieces. The clearest evidence of this is the decision not to create a Permanent international tribunal and an international system for the protection of Human Rights. All of this was replaced by a strong system that divided the world up leaving it under the control of its respective hegemonic powers. In that period, the only discussions revolved around areas of common interest free from ideological conflicts. Likewise, international mobility by land,

3 Arroyo Zapatero, Luis. *El espíritu de los tiempos : Sesenta años de la Sociedad Internacional de Defensa Social*. 1949-2009, *Revista Penal*, 25, enero 2010, p. 230 ss. También en SIDS 1949-2009. *L'esprit des Temps*, in G. Kellens, M. Dantine (eds.), *ONG scientifiques et politiques criminelles/Scientific NGOs and Crime Policy*, Fondation Internationale Pénale et Pénitentiaire, Wolf, Nijmegen 2009, pp. 61-68.

3 Arroyo Zapatero, Luis. *El espíritu de los tiempos: Sesenta años de la Sociedad Internacional de Defensa Social*. 1949-2009, *Revista Penal*, 25, January 2010, p. 230 ff. Also in iSSD 1949-2009. *L'esprit des Temps*, in G. Kellens, M. Dantine (eds.), *ONG scientifiques et politiques criminelles/Scientific NGOs and Crime Policy*, Fondation Internationale Pénale et Pénitentiaire, Wolf, Nijmegen 2009, pp. 61-68.

San Francisco se renuncia a las construcción de un verdadero orden jurídico internacional basado en la Carta y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, firmada en París en 1948. Su expresión más acabada es la no creación de un Tribunal penal internacional permanente y de un sistema internacional de protección de los Derechos Humanos. Todo ello se sustituye por un férreo sistema de división del mundo y de control del mismo por las potencias hegemónicas respectivas. En tal periodo solo se abordan aquellas materias de interés común a los dos bloques que no comportan conflicto ideológico. A su vez, la movilidad internacional terrestre, marítima o aérea está sumamente controlada. Las fronteras terrestres están aseguradas por una "cortina de hierro" y no hay barcos ni, aún menos, aviones fuera de control. Durante las cuatro décadas siguientes a 1950 la construcción del orden jurídico internacional se proyecta sobre el comercio internacional, los transportes marítimos y aéreos, navegación, circulación vial, y el propio Derecho de los Tratados con el Convenio de Viena de 1969 y la Convención de 1986. Lo más relevante de este período es, sin duda, los Pactos Internacionales de Derechos civiles y políticos y de Derechos económicos, sociales y culturales, ambos de 1966, pero escindido unos de otros derechos y sin un instrumento eficaz de protección de los mismos al estilo de las Comisiones y Cortes europea e interamericana, ciertamente posteriores. No obstante, se adoptan en este periodo convenciones relevantes para un orden jurídico internacional de derechos humanos, buena parte de ellos de relevancia para el Derecho penal internacional: contra la discriminación racial, (1966) imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y contra la humanidad (1968), apartheid (1973), derechos de la mujer (1979), medio ambiente, (1979) la toma de rehenes, (1979), control de armamento (1980) y contra la tortura (1984).

La fase actual comienza en el propio y significativo año 1989 con la Convención sobre derechos del

sea or air was completely controlled. The territorial frontiers were guaranteed by an "Iron Curtain" and neither ships nor planes strayed out of control. During the four decades following 1950, the construction of an international juridical order focused on international commerce, maritime and air travel, navigation, road traffic, and Treaty Law with the Convention of Vienna of 1969 and the Convention of 1986. The most relevant from this period are, without a doubt, the International Covenants on Civil and Political Rights and on Economic, Social and Cultural Rights, both from 1966. However, they separated certain rights and lacked an effective instrument to protect them, such as the European Committees and Courts, which came later on. Nevertheless, relevant conventions were adopted in this period for an international legal order of human rights, a good part of these were relevant to international criminal Law: against racial discrimination, (1966) non-applicability of statutory limitations to war crimes and crimes against humanity (1968), apartheid (1973), women's rights (1979), the environment, (1979) hostage taking, (1979), arms control (1980) and against torture (1984).

The present phase started in 1989, with Conventions on the Rights of the Child, against the recruitment and use of mercenaries and the Protocol on the abolition of the death penalty. In 1990, the Convention on the protection of the rights of all immigrant workers and members of their families was adopted –in compliance with ILO conventions–. This was followed by a decade rich in international regulatory production that reached new heights, in 1998, with the Convention on the Statute of the International Criminal Court and, in 2000, with the Convention against organized transnational crime and the protocols on trafficking in people and in migrants, as well as on arms trafficking, concluding with the Convention against corruption in 2003. It is worth highlighting that this was the period in which the General Agreement on Tariffs and Trades



niño, contra el reclutamiento y utilización de mercenarios y con el Protocolo para la abolición de la pena de muerte. En 1990 se adopta la Convención para la protección de los derechos de los trabajadores inmigrantes y sus familias –en cumplimiento de los convenios de la OIT– y a ello sigue una década rica en producción normativa internacional que alcanza la más alta expresión en 1998 con la Convención sobre el Estatuto de la Corte Penal Internacional y, en el año 2.000, con la Convención contra la delincuencia organizada transnacional y los protocolos sobre trata de personas y de migrantes, así como sobre armas, para concluir con la Convención contra la corrupción de 2.003. Merece ser destacado que en este periodo cuando es cuando se supera el sistema del GATT y se crea la Organización Mundial del Comercio en 1995, en la que destaca la adopción de un sistema de “solución de diferencias” que representa un vigoroso sistema de aseguramiento de la vigencia del Derecho adoptado por los miembros de la OMC.

Mientras tanto, se han producido dos fenómenos muy relevantes, primero en Europa y después en América Latina. Por una parte, el Tribunal del Derechos Humanos de Estrasburgo ha sometido a los Estados que se han venido incorporando al Derecho Europeo de Derechos Humanos al cumplimiento de los Derechos fundamentales, incluidos los de carácter o dimensión jurídico penal. En Europa, además, la globalización económica regional que comportó el Mercado Común se transformó en un espacio político institucional en el que se exige la protección penal de determinados intereses del mercado único, así como también de los intereses específicos de la Unión Europea que recauda y aplica recursos públicos. A su vez, ese espacio político, a medio camino entre federación y confederación, necesita disponer de elementos comunes de tutela frente a los factores criminales más dañosos, a cuya movilidad sin fronteras no ha seguido una persecución eficaz por parte de una policía y una justicia anclada en los principios de la “moneda nacional”.

was consigned to the past and the World Trade Organization (WTO) created, in 1995.

In the meantime, two very relevant events were taking place in Europe and in Latin America. On the one hand, the European Court of Human Rights (ECtHR) at Strasbourg obliged those States that had subscribed to European Human Rights Law to comply with fundamental Rights, including those of a legal penal nature. In Europe, moreover, regional economic globalization brought in by the Common Market has been transformed into an institutional political space. Criminal protection was demanded for certain interests relating to the single market, as well as the specific interests of the European Union that distributes public resources. In turn, that political space, halfway between a federation and a confederation, needs common safeguards against the most threatening criminal factors, whose cross-frontier mobility is not effectively controlled by law enforcement and justice systems tied to the principles of a ‘national currency’. On the one hand, it is a question of harmonizing the grounds for incrimination, which is to say, conduct that is prohibited under criminal law and, on the other, to develop all mechanisms for police and judicial cooperation, and particularly to move beyond the traditional internal frontiers for extradition, especially through the “Euro Warrant” for the surrender and handover of requested persons.

Latin America states have since 1979 been subject to the supervision of the Commission and the Inter-American Court of Human Rights. Relevant politico-juridical effects have ensued, especially from the judgment of March 14, 2001, in the case known as “Barrios Altos”, adopting the nullity of the auto-amnesties and, in short, an end to impunity for crimes committed by the State. This principle was constantly cited in the chain of legal opinions and decisions from Madrid-London-Santiago de Chile on the “Pinochet case”. The case has lent definitive strength to the principle of universal justice, due precisely to torture, which is such a na-

Por una parte, se trata de armonizar incriminaciones, es decir, las conductas penalmente prohibidas, y por otra, de desarrollar todos los mecanismos de cooperación policial y judicial, en especial superando las tradicionales fronteras internas de la extradición, singularmente mediante la "euroorden" de detención y entrega.

En América Latina, desde 1979, se comienza a someter a los Estados al control de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derecho Humanos, lo que llega a alcanzar efectos políticos jurídicos relevantísimos, especialmente a partir de la sentencia de 14 de marzo de 2001 en el caso llamado "Barrios Altos", consagrando la nulidad de las autoamnistías y, en definitiva, el fin de la impunidad de los crímenes cometidos por el Estado y desde el Estado, que quedará proclamado para siempre en el eje de opiniones jurídicas y decisiones judiciales de Madrid-Londres-Santiago de Chile sobre el "caso Pinochet". A su vez, es este caso el que ha dado definitivo vigor al principio de justicia universal, a partir precisamente de un delito tan nacional como el de la tortura. Se ha reafirmado en el Perú con la condena al dictador Fujimori<sup>4</sup>.

El escenario posterior a la caída del muro se caracteriza por la radical reducción de controles formales eficaces sobre mares, espacios aéreos y fronteras terrestres, así como sobre los barcos, aviones y demás medios de transportes que los surcan. El tráfico de armas y el de drogas encuentran en la disponibilidad de tales medios el campo abonado para su desenvolvimiento. Las nuevas tecnologías

ational crime. It has been reaffirmed in Peru with the conviction of the dictator Fujimori<sup>4</sup>.

After the fall of the Berlin Wall there was a radical reduction in effective formal controls over land frontiers, territorial waters, and airspace, as well as on ships, planes and other means of transport. Arms and drugs trafficking flourished with such norms. The new information and communication technologies –mobile telephone and Internet– provide organized crime with unprecedented opportunities. The violence of international terrorism, whether regional or global, is indiscriminate, from the extremes of September 11, 2001, to the successive attacks in "safe places" such as New York, Paris, Madrid and London, or in those with secular risk such as the Middle East, where illegitimate war has turned Iraq into an area with more victims of terrorism and into a platform for a good part of their own logistics. Moreover, what had always been an exception has emerged as a rule, as the terrorist is ready to die in the attempt. This has not even been considered until now in the theory of crime prevention.

Multiple examples of social unrest have ensued from the lifting of national and international social controls, and the demise of the former Union of Soviet Socialist Republics. Thus, in one of the oldest countries from the socialist block, the former Yugoslavia, the most fundamental principles of modern civilization were broken. Genocide emerged within Europe once again, which ultimately offended international conscience. The first international criminal Tribunal after Nuremburg was established

---

4 Corte Suprema de Peru, decisión 7.4.2009: Iván Meini, *La autoría mediata por dominio de la organización en el caso Fujimori*, en *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 11/2009, S. 603–608, en *zis-online.com*; Jo-Marie Burt, *Guilty as Charged: The Trial of Former Peruvian President Alberto Fujimori for Human Rights Violations*, en *The International Journal of Transitional Justice*, Vol. 3, 2009, 384–405, y sobre su transcendencia científica y de política criminal: Muñoz Conde, *La autoría mediata por dominio de un aparato de poder como instrumento para la elaboración jurídica del pasado*, en prensa en *Revista Penal* 2013 y *Cahiers de Défense Sociale* 2012.

---

4 Supreme Court of Peru, decision 7.4.2009: Iván Meini, *La autoría mediata por dominio de la organización en el caso Fujimori*, in *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 11/2009, S. 603–608, in *zis-online.com*; Jo-Marie Burt, *Guilty as Charged: The Trial of Former Peruvian President Alberto Fujimori for Human Rights Violations*, in *The International Journal of Transitional Justice*, Vol. 3, 2009, 384–405, and on their scientific and political criminal importance: Muñoz Conde, *La autoría mediata por dominio de un aparato de poder como instrumento para la elaboración jurídica del pasado*, (in press) in *Revista Penal* 2013 and *Cahiers de Défense Sociale* 2012.

de la comunicación e información, especialmente la telefonía móvil e Internet proporcionan al crimen organizado oportunidades del todo inéditas. El terrorismo internacional de cuño regional o planetario irrumpe hasta los extremos del 11 de septiembre de 2001 y los sucesivos atentados en los "lugares seguros" como Nueva York, París, Madrid y Londres, o en los de riesgo secular como el Oriente Medio, donde la guerra ilegítima ha convertido a Irak en el espacio con más víctimas del terrorismo y en la plataforma de buena parte de la logística del mismo. Aún más, ha emergido como regla lo que siempre había sido una excepción, ya que el terrorista está dispuesto a morir en el intento, frente a lo cual nada está bien preparado en la teoría de la seguridad y de la prevención del crimen.

Los disturbios derivados del levantamiento del control social nacional e internacional que comportaban los viejos bloques político-militares han sido múltiples. Así, en uno de los más asentando países del bloque socialista, como era la antigua Yugoslavia, se quebraron los principios más fundamentales de la civilización moderna y en el regazo de Europa emergió de nuevo el genocidio, que terminó clamando sobre la conciencia internacional y allí donde no hubo consenso antes para la acción se levantó de común acuerdo el primer Tribunal penal internacional después de Nuremberg, al que han seguido otros tribunales *ad hoc* en los diferentes apogones de la civilización como ha sucedido en Ruanda, Sierra Leona o el Congo. Cargados los justos de razón se reabrió el paso de modo imparable a la creación de una Corte Penal Internacional permanente, configurada por el Estatuto de Roma de 1998, casi 10 años después de la caída del muro.

A su vez dos fenómenos se han incorporado al catálogo de problemas materiales y jurídicos de actualidad. Por una parte, las misiones militares internacionales de paz y de guerra, que han exigido la puesta en común de jurisdicciones y principios penales originariamente diversos, a la vez que las circunstancias de aparición de ingentes fuerzas militares

by common accord, followed by other *ad hoc* tribunals in response to the different blackouts of civilization: in Ruanda, Sierra Leone and the Congo. Fully vindicated by their reasoning, campaigners reopened the path towards the establishment of a permanent International Criminal Court, defined by the Statute of Rome of 1998, almost 10 years after the fall of the Berlin wall.

Two further events have been incorporated into the catalogue of contemporary material and legal problems. Firstly, international military missions, for peace and war, which mean different jurisdictions and criminal principles are shared. At the same time, the circumstances surrounding the emergence of huge private security corps at the service of those international armies raise questions over the application of national and international laws of war. In second place, and because of the reduction of international control over sea and land, as well as the emergence of so-called 'failed States', the oldest of international crimes has re-emerged: piracy. This poses unprecedented challenges to national and international legislations, relating to jurisdiction and to applicable criminal procedure, as well as to the question of penitentiary systems in which those convicted of piracy should be held.

Moreover, whether it is the end of an era or the start of a new one, the two greatest contemporary themes are: the reform of Government and the United Nations system, due to the undeniable need for true multilateralism, and the governmental reform and supervision of the financial system, following its bankruptcy caused by the system in the United States.

Attentive to all of the above points, this contribution seeks to identify the essence behind the real situation of criminal Law and human rights at the beginnings of the new millennium. It identifies the present-day tasks for criminal policy and comparative Law, as well as the forces and the roads leading towards harmonization and international criminal cooperation.



privadas al servicio de esos ejércitos internacionales ponen en cuestión la aplicación de las leyes nacionales e internacionales de la guerra. En segundo lugar, y por el efecto combinado de la reducción del control internacional sobre mares y territorios, así como del surgimiento de los llamados “Estados fallidos” ha resurgido el mas antiguo de los delitos internacionales, la piratería, planteando retos inéditos a las legislaciones nacionales y a la internacional, tanto relativos a la jurisdicción y al proceso penal aplicable como a la cuestión del sistema penitenciario en el que ingresar a quienes resulten condenados.

Además, cuando sin que sepamos con certeza si se trata del fin de una era o ya del comienzo de una nueva, los dos grandes temas de la actualidad son, por una parte, la reforma del Gobierno y del sistema de Naciones Unidas, reclamado por la ineludible necesidad de un verdadero multilateralismo, que se ha hecho posible por el cambio político en la Presidencia de los Estados Unidos y, por otro, la reforma del sistema de gobierno y supervisión del sistema financiero tras la bancarrota del mismo provocada desde el propio sistema de los Estados Unidos, sin perjuicio de la desconsiderada ayuda de otros.

En atención a todas las consideraciones anteriores se pretende con esta contribución identificar la esencia de lo que es la situación actual del Derecho penal y de los derechos humanos y las tareas actuales de Política criminal y del Derecho Comparado, así como los campos, las fuerzas y los caminos para la armonización y la cooperación penal internacional.

### **1. Los derechos humanos: Del mundo de las ideas al orden jurídico mundial**

Lo fundamental que creo que deja como poso el periodo de tiempo que podemos identificar entre los finales de la Segunda Guerra Mundial y el momento actual, es que desde 1945, lo que fue un reclamo político, incluso un reclamo cultural: como fue la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, aprobada por la Asamblea Constituyente francesa en 1789, se ha convertido en un elemento material

### **1. Human rights: from the world of ideas to a world judicial order**

What I believe has been fundamental, since the end of the Second World War in 1945 up to the present day, is that a political, and even a cultural demand –the Declaration of the Rights of Man and of the Citizen, approved by the French Constituent Assembly of 1789– has become a substantive element of the legal reality and the juridical conscience of all peoples throughout the world.

And this substantial change, found in the idea of human rights since the seventies up to the present day, reveals the formidable value of ideas, or what Mireille Delmas–Marty might call “the creative power of the law”<sup>5</sup>.

What has been the final result of that process, beginning with the punishments meted out after the worst crimes against humanity that occurred throughout history and that represent the world of Fascism and Nazism? I think that the result, particularly in Europe and North and South America, is in a nutshell the transformation of the old Parisian declaration of human rights when they were renewed by the United Nations in the Charter of San Francisco of 1945 and duplicated in the European Charter on Human Rights in 1950, and in the American Convention in 1969; with the singularity that both of the two aforementioned instruments –in the same way as the new Constitutions– seek direct validity.

### **2. From human rights to constitutional criminal Law**

The idea of human rights, which manifests itself in different ways in the legal formulations of the Anglo–Saxon and the Latin world, gives rise to what

---

5 For one approach, see Mireille Delmas–Marty. *Estudios comparados e internacionalización del Derecho*, in *Revista Penal*, 15, January 2005, p.46 and ff. In depth *La misma*, I, *Les forces imaginantes du Droit* (2003), II, *Le Relatif et l’Universel*, (2004), III, *Le pluralisme ordonné*, (2005) IV, *Vers une communauté de valeurs ?* (2011) Seuil, Paris.

de la realidad jurídica de los pueblos y de la conciencia jurídica del conjunto de los pueblos del mundo.

Y este cambio sustancial que ha experimentado la idea de los derechos humanos desde hace sesenta años al momento actual, revela el formidable valor de las ideas, o lo que Mireille Delmas-Marty podría llamar "el valor y el poder imaginante o creador que tiene el derecho"<sup>5</sup>.

¿Cuál ha sido el resultado final de ese proceso que comienza con el ajuste de cuentas con los mayores crímenes contra la humanidad producidos a lo largo de la historia y que representan el mundo del fascismo y del nazismo? En primer lugar el resultado, particularmente en el espacio cultural de Europa y América del norte y del sur, es el que se condensa en la transformación de la vieja declaración de derechos humanos parisina al ser renovada por Naciones Unidas en la Carta de San Francisco en 1945 y en la Declaración Universal de Derechos humanos de 1948, reduplicada en la Convención Europea de Derechos Humanos en 1950 y en la Convención Interamericana en 1969, con la singularidad de que en los dos instrumentos últimos citados ambos tienen la pretensión de vigencia directa.

## 2. De los derechos humanos al Derecho penal constitucional

Esa idea de los derechos humanos, que naturalmente tiene plasmaciones diferentes en las formulaciones jurídicas en el mundo anglosajón y en el mundo latino en el que nos encontramos, da lugar a lo que podemos llamar un Derecho penal del Estado de derecho, incluso del Estado social, porque esa idea del Derecho penal que se establece a partir

5 Para una aproximación v. Mireille Delmas-Marty. *Estudios comparados e internacionalización del Derecho*, en *Revista Penal*, 15, enero 2005, p. 46 y ss., también en Portal Iberoamericano de Ciencias Penales, [www.cienciaspenales.net/](http://www.cienciaspenales.net/) áreas temáticas/ fundamentos de las ciencias penales/ política criminal. A fondo *La misma*, I, *Les forces imaginantes du Droit* (2003), II, *Le Relatif et l'Universel*, (2004), III, *Le pluralisme ordonné*, (2005), IV, *Vers une communauté de valeurs ?* (2011) Seuil, París.

we could call a penal Law for a law-abiding State and indeed a social State. This is because the idea of penal Law that was established in 1945 contains elements of both individual freedom and the social dimension. It expresses the limits of responsibility in its principles, but it also has modern, social elements, and the fight for material equality, that manifest themselves fundamentally in the purpose behind the punishment and resocialization, although also in the incorporation of new legal concepts relating to protected interests.

Naturally, everyday life presents too many exceptions to what is affirmed, but they are all clearly exceptions that prove the rule, as every time people improve, every time that a country advances, what I am saying here repeats itself: criminal law with guarantees, criminal law with legally protected interests.

Reference may properly be made to constitutional criminal Law<sup>6</sup> in countries with constitutions, whether these constitutions have newly emerged in the transition to democracy of Mediterranean Europe at the end of the 1970s, whether due to the effect of the political transformations of Eastern Europe in the 1990s, whether in the case of Latin America because of the renovation of constitutions from the Rio Grande to Patagonia, also in the same decade. These were years in which the constitutions integrated –at times under duress– the universal, but direct legal value, of the declarations on occasions of human rights. And one may say under duress, because it was on

6 See my text *Cultura, Constitución y Derecho penal*, in Sergio García Ramírez, coordinator, *Memoria del Congreso Internacional de cultura y sistemas jurídicos comparados*, I, *Derecho Penal*, Ed. UNAM, Mexico 2005, p. 3 and ff., also, *Fundamento y función del sistema penal: El programa penal de la Constitución*, RJCM, 1987, p. 97 and ff.; Klaus Tiedemann, *Verfassungsrecht und Strafrecht*, NJW 1993, p. 23 and ff.; Ivo Appel, *Verfassung und Strafe*, Dunker & Humblot, Berlin 1998; Massimo Donini, *Un Derecho penal fundado en la Carta constitucional razones y límites: La experiencia italiana*, in *Revista penal*, 8 (2001), p. 24 and ff.

de 1945 tiene elementos del Estado de derecho, en el fundamento y límites de la responsabilidad, en el de los principios, pero también de lo moderno, de lo social, de la lucha por la igualdad material, que se plasma de manera fundamental, sobretodo en los fines de la pena y en la resocialización, aunque también en la incorporación de nuevos bienes jurídicos. Naturalmente en la vida cotidiana presenta demasiadas excepciones a lo que se afirma, pero todas son claramente excepciones que confirman la regla, pues cada vez que un pueblo mejora, cada vez que un país avanza, se reconstituye lo que les estoy enunciando: un derecho penal garantista, un derecho penal de los bienes jurídicos.

En los países dotados de constituciones puede hablarse propiamente de un Derecho penal constitucional<sup>6</sup>, tanto se trate de nuevas constituciones surgidas en la transición democrática de la Europa mediterránea a fines de los 70, sea por efecto de las transformaciones políticas de la Europa del Este en los 90, sea como en el caso de América Latina por la renovación de las constituciones desde Río Grande a la Patagonia, también en la misma década, Son años en los que en las constituciones integran –a veces a golpe de martillo– el valor universal, pero valor jurídico directo, de las declaraciones de derechos humanos. Y se puede decir a golpe de martillo porque en ocasiones han sido los propios constituyentes o los legisladores de los países, como por ejemplo Colombia y México, pero a veces tienen que ser los magistrados de las cortes supremas

6 V. mi texto Cultura, *Constitución y Derecho penal*, en Sergio García Ramírez, coordinador, Memoria del Congreso Internacional de cultura y sistemas jurídicos comparados, I, Derecho Penal, Ed. UNAM, México 2005, p. 3 y ss., también, *Fundamento y función del sistema penal: El programa penal de la Constitución*, RJCM, 1987, p. 97 y ss.; Klaus Tiedemann, *Constitución y Derecho penal*, en Revista Española de Derecho Constitucional nº 33, 1991 (Traducc. de Luis Arroyo Zapatero, de Verfassungsrecht und Strafrecht, NJW 1993, p. 23 y ss); Ivo Appel, *Verfassung und Strafe*, Dunker & Humblot, Berlin 1998; Massimo Donini, *Un Derecho penal fundado en la Carta constitucional razones y límites: La experiencia italiana*, en Revista penal, 8 (2001), p. 24 y ss.

occasions the democratic assemblies themselves or the law-makers of the countries, such as for example in Colombia and Mexico, but at times it has had to be the magistrates of the supreme courts –where they exist– that used their position to declare that fundamental rights are, in legal terms, above any law, even though it might be called the ‘Full Stop’ law<sup>7</sup>.

This is the beautiful reality at present of what was the precipitated clamour of the French revolutionaries in the attractive city of Paris of the French Revolution<sup>8</sup>.

### 3. A process with rights

The idea that criminal justice has to take place through what is called *due process*<sup>9</sup> also belongs to the accomplishments of this day and age. I think that it is the great contribution of the United States of America to progress on human rights and its theoretical development. Due process and a mutation in the idea of criminal policy, which we could summarize in Germanic terms by saying that if modern criminal policy originated in the texts of von Liszt, it matured in Roxin’s conception of criminal law and criminal policy, but it can also be formulated, from my own perspective, in the premises of modern Social Defence, especially after the *Addenda* of 1983.

7 Thus, the judgment of the Supreme Court of Argentina of 14 June 2005, which declared the full stop laws (*leyes de punto final y de obediencia debida*) unconstitutional. See more recently Hernán A. Biscayart, Zelma Dumm, *Volver al futuro: Los efectos jurídicos y políticos de la sanción, derogación y nulidad de las leyes de Obediencia Debida y Punto Final en la Argentina*, in Teoría de la argumentación: a 50 años de Perelman y Toulmin/Edited by Roberto Marafioti, Cristián Santibáñez Yáñez, 2010, pp. 39-58.

8 See the monumental work of Robert Margerit, *La révolution*, 4 vols., Phebus, Paris 1989.

9 See W. Gollwitzer, *Menschenrechte und Strafverfahren*, MRK und IPBPR Kommentar, De Gruyter, Berlin 2005, with references on p. 277 and ff. García Ramírez, Sergio, *El debido proceso. Concepto general y regulación en la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, in *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nº. 117, 2006, pp. 637-670

--cuando existen-- que utilizan el martillo y declaran que los derechos fundamentales están por encima en términos jurídicos de cualquier ley, aunque se llame de punto final<sup>7</sup>.

Esta es la hermosa realidad del presente de lo que fue un reclamo precipitado de los revolucionarios franceses en el atractivo París de la revolución francesa<sup>8</sup>.

### 3. Un proceso con derechos

También pertenece a lo consolidado en este tiempo la idea de que la justicia penal tiene que realizarse a través de lo que se llama el proceso debido (*due process*)<sup>9</sup>. Pienso que es la gran contribución de los Estados Unidos de América al progreso de los derechos humanos en su elaboración teórica. El debido proceso y una mutación en la idea de la política criminal, que por resumirlo en términos germánicos podríamos decir que si la política criminal moderna se originó en los textos de von Liszt, se madura en la concepción de derecho penal y política criminal de Roxin, pero que también puede formularse desde lo que a mi me corresponde: en los postulados de la moderna Defensa Social, especialmente tras la *Addenda* de 1983.

A veces se piensa que hemos llegado en algunos países a una cierta orgía garantista cuando se

7 Así la s. de la Corte Suprema de Argentina de 14 de junio de 2005, por la que se declara la inconstitucionalidad de las leyes de punto final y de obediencia debida. Ver recientemente Hernán A. Biscayart, Zelma Dumm, *Volver al futuro: Los efectos jurídicos y políticos de la sanción, derogación y nulidad de las leyes de Obediencia Debida y Punto Final en la Argentina*, en Teoría de la argumentación: a 50 años de Perelman y Toulmin / coord. por Roberto Marafioti, Cristián Santibáñez Yáñez, 2010, págs. 39-58.

8 Es de celebrar la versión en español de la monumental obra de Robert Margerit, *La révolution*, 4 vols., Phebus, París 1989, ed española: La Revolución, en cuatro tomos, por Edhasa, Barcelona 2005.

9 Vid. W. Gollwitzer, *Menschenrechte und Strafverfahren*, MRK und IPBPR Kommentar, De Gruyter, Berlin 2005, con referencias en pág. 277 y ss.; García Ramírez, Sergio, *El debido proceso. Concepto general y regulación en la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, N.º. 117, 2006, págs. 637-670.

At times I think that we have arrived at a surfeit of guarantees in some countries when you see how and under what conditions the courts, in application of the constitutional doctrine of prohibited evidence, err on the side of liberty, even in cases of manifest guilt. But Zaffaroni is right when he says that in reality the State, however good it might appear, is always the State and has a tendency to be excessive and that all effort which encapsulates that power of the State is just and necessary. This idea in its time<sup>10</sup> might have appeared exaggerated, but no longer appeared so when agents of the most respected instrument of criminal policy in the world, known as Scotland Yard, fired to kill at a young Brazilian, who only wanted to get to the underground on time. From the perspective of human rights, one can not even trust Scotland Yard.

Following 9/11, an impressive curtailment of citizen's rights has taken place, especially with regard to police investigations: abductions, illegal transit to Guantanamo and other as yet unknown places, extrajudicial executions, illegal surrenders and extraditions, violation of international humanitarian law, approval of torture as a method of ascertaining the truth and as criminal evidence, etc. However, the situation has improved since the election of President Obama. Let us recall that his first decision was to annul the instructions that had permitted torture<sup>11</sup>. Nevertheless, without waiting for change of wind in the United States, the courts and tribunals of various countries reacted and were obliged to declare once again after Beccaria that statements made under torture may not be ac-

10 That of his doctorate *honoris causa* in Toledo, which he produced in the old convent of San Pedro Mártir, at that time general headquarters of the Dominicans and the headquarters of the *hard disk* of the Inquisition and today the auditorium of the University of Castilla-La Mancha in Toledo. Published by the Servicio de Publicaciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2004.

11 Above all the proceedings against M. Cherif Bassiouni, *The Institutionalization of Torture by the Bush Administration. Is Anyone Responsible?*, Intersentia 2010.



ve como y en que condiciones los tribunales, aplicando la doctrina constitucional de las pruebas prohibidas, optan por la libertad, incluso en casos de culpabilidad manifiesta. Pero tiene razón Zaffaroni cuando dice que en realidad el Estado, por bueno que parezca, siempre es Estado y tiende al exceso y que todo esfuerzo por que se encapsule ese poder del Estado es justo y necesario. Esta idea en su momento<sup>10</sup> pudo parecer excesiva, pero dejó de parecerlo cuando el instrumento de la política criminal más respetado del mundo, que se le llama Scotland Yard, disparó a matar sobre un joven brasileño, que solo quería tomar a tiempo el Metro. Y es que desde el punto de vista de los derechos humanos no se puede uno fiar ni del Scotland Yard.

Tras el 11 de septiembre se ha producido un retroceso impresionante de los derechos de los ciudadanos, especialmente respecto de la persecución penal y policial: Secuestros en traslados ilegales a Guantánamo y otros lugares por conocer, ejecuciones extrajudiciales, entregas o extradiciones ilegales, vulneración del derecho internacional humanitario, consagración de la tortura como método de averiguación de la verdad y como prueba penal, etc. La presidencia de Obama ha representado una notable mejora, para lo que basta recordad que la proscripción de la tortura fue la primera ley que sometió a su firma<sup>11</sup> Aunque sin esperar a cambios en los Estados Unidos los Tribunales de distintos países reaccionaron y se vieron obligados a declarar de nuevo tras Beccaria que no pueden ser admitidas como prueba en in proceso penal las declaraciones obtenidas bajo tortura ni en el propio ni en otro país. La Cámara de los Lores tuvo que declarar prohibido el

10 Era el de su doctorado *honoris causa* en Toledo, que se producía en el antiguo convento de San Pedro Mártir, en su tiempo cuartel general de los Dominicos y sede del *disco duro* de la Inquisición y hoy Paraninfo de la Universidad de Castilla La Mancha en Toledo. Publicado por el Servicio de Publicaciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2004.

11 Sobre todo el proceso v. M. Cherif Bassiouni, *The Institutionalization of Torture by the Bush Administration. Is Anyone Responsible?*, Intersentia 2010.

cepted as evidence in criminal proceedings in neither one's own country nor in any other. The House of Lords had to declare illegal the use of evidence obtained in another country by means of torture<sup>12</sup>, with or without abduction and transfer of the kidnapped person from one country to another. The matter is well known. In consequence, we are not confronted by an excess of legal guarantees. In view of what actually happens, the truth is that all legal guarantees are never enough. However, notwithstanding the aforementioned excesses of the "war against terror", the strongest harmonization is certainly happening in the area that is most sensitive to the rights of the accused in the proceedings, as in the gigantic steps forward to substitute what remains of the inquisitorial proceedings for the adversarial system. The truth is that the judge of instruction so very much appreciated by Napoleon is on the point of taking full retirement in Europe and Latin America<sup>13</sup>.

In fact, we find ourselves facing rising crime, the social representation of which is quite different.

12 Decision of the House of Lords of Great Britain and Northern Ireland of 8 December 2005, *El País* 9, in UKHL 71 (2005). Along the same lines, the Supreme Court of Spain, rapporteur Joaquín Giménez: Judgment dated 20/07/2006, Point 6: all proceedings or acts practiced in that scenario – Guantánamo –, should be declared totally null and void and as such inexistent. On the preventive execution of IRA terrorists in Gibraltar by British security forces see *Comisión de Derecho Humanos, Naciones Unidas, E/CN.4/1998/68/Add.1, Informe del Relator Especial Baore Wali Ndiaye.*; on the Israel see the judgment of the Supreme Court of Israel of 14 December 2006.

13 For a view of the majority of Latin American countries, see *Jornadas iberoamericanas de oralidad en el proceso y justicia penal alternativa*, Inacipe, Mexico, 2nd ed. 2008. In France, awaiting a final report, the report of the Comité de Reflexión Léger for the reform of the Penal Code and criminal proceedings presented on 9 March 2009, pursues, in accordance with the desires of the President of the Republic, the abolition of the judge of instruction, cfr. Sabrina Lavric, *Rapport d'étape sur la phase préparatoire du procès pénal*, Dalloz, 2009, p. 718; Félix Rome, *Disparition programmée du petit pois le plus puissant de France...*, Dalloz, 2009, p. 73; Mireille Delmas-Marty, *Le parquet, enjeu de la réforme pénale*, in *Le Monde*, 25 May 2009.

uso en juicio de pruebas obtenidas en otro país mediante la tortura<sup>12</sup>, con o sin rapto previo y traslado del secuestrado de uno a otro país. El asunto es bien conocido. En consecuencia, no nos encontramos ante un exceso del garantismo. En verdad, a la vista de lo que ocurre, todo garantismo es poco. Ahora bien, sin perjuicio de los excesos mencionados de la "guerra contra el terror", lo cierto es que el mas fuerte movimiento armonizador se está produciendo en la esfera mas sensible para los derechos del acusado en el proceso, como es en el paso agigantado de la sustitución del los restos del proceso inquisitivo por el acusatorio. En verdad en Europa y America Latina el juez de instrucción tan querido por Napoleón está a punto de pasar al pleno retiro<sup>13</sup>.

Lo que sí es bien cierto es que nos encontramos con un incremento de la criminalidad y con una representación social de la misma bien diferente.

#### 4. El moderno incremento de la criminalidad

De igual modo pertenece a la esencia del tiempo contemporáneo el incremento de la criminalidad, al menos para la Consejo Científico Criminológico

12 Resolución de la Cámara de los Lores de Gr. Br. de 8 de diciembre de 2005, *El País* del 9, en UKHL 71 (2005). En el mismo sentido el TS de España, ponente Joaquín Giménez: S. 20/07/2006, F. de D. 6º: toda diligencia o actuación practicada en ese escenario –Guantánamo–, debe ser declarada totalmente nula y como tal inexistente. Sobre la ejecución preventiva de terroristas del IRA en Gibraltar por fuerzas de seguridad británicas v. *Comisión de Derecho Humanos, Naciones Unidas, E/CN.4/1998/68/Add.1, Informe del Relator Especial Bacre Wali Ndiaye.*; Sobre las de Israel v. sentencia del Tribunal Supremo de Israel de 14 diciembre 2006.

13 Una visión sobre la mayoría de países de America Latina vid. en *Jornadas iberoamericanas de oralidad en el proceso y justicia penal alternativa*, INACIPE, Mexico 2ª ed. 2008. En Francia, a la espera de un informe final el informe del Comité de Reflexión Léger para la reforma de los Códigos penal y de enjuiciamiento criminal presentado el 9 de marzo de 2009, persigue, en concordancia con los deseos del Presidente de la República, la supresión del juez de instrucción, cfr. Sabrina Lavric, *Rapport d'étape sur la phase préparatoire du procès pénal*, Dalloz, 2009, p. 718; Félix Rome, *Disparition programmée du petit pois le plus puissant de France...*, Dalloz, 2009, p. 73; Mireille Delmas-Marty, *Le parquet, enjeu de la réforme pénale*, en *Le Monde*, 25 de mayo 2009.

#### 4. The modern rise in criminality

Equally, the rise in criminality forms part of the essence of modern times, at least for the Criminological Scientific Council of the Council of Europe<sup>14</sup>. There is a rise in crime equivalent to the increase in GNP in all countries. Nobody can attribute the increase of criminality in a country to its own exclusive policies and forms of government. In the Spanish experience of transition from dictatorship to democracy, it is clear that criminality has multiplied three times over. The enemies of democracy said that it was the poisoned fruit of such a system. Naturally, democracy brings freedom to its enemies and, therefore, also to crime, but the same increased crime levels had occurred throughout the rest of Europe, which had had the privilege of not undergoing that transition, over those same years<sup>15</sup>. The weakness or misery of criminal statistics of all countries prevents us from making a balanced judgment, but in countries within the same geographic space, we find ourselves facing the same circumstance that remains constant<sup>16</sup>.

#### 5. The emergence of very modern forms of crime

The truth is that not only has crime increased, but there is a new type of criminality. We could call it 'modern' crime to distinguish it from the traditional crimes of robbery, theft, bodily harm, rape, murder and assassination. Present-day terrorism that falls into this new grouping, nothing to do with classical terrorism of the almost isolated anarchist, covers

14 See Pierre Henri Bolle, *Dimensions, formes et évolution de la criminalité en Europe et principaux problèmes de sa prévention*, in *Melanges en l'honneur de François Knoepfler*, Helbing & Lichtenhahn, Basilea 2005, p. 469 and ff.; Shaw/vanDijk/Rhomberg, *Tendencias de la delincuencia y la justicia en el mundo*, in "Foro sobre el delito y la sociedad", 3, Dec. United Nations, 2003, p. 37 ff.

15 See, for example, the case of Germany in *Zweiter periodischer Sicherheitsbericht, Kurfassung*, Berlin 2006, p. 9.

16 Luis Arroyo Zapatero, *Criminality and urban context in Spain*, in Jay Albanese, *Current issues in international crime prevention and criminal justice*, ISPAC, Bangkok U.N. 11th. Congress on Crime Prevention, CNPDS Milan 2004, p. 193 and ff.

del Consejo de Europa, es un valor entendido<sup>14</sup>. Hay un incremento de la criminalidad equivalente al incremento del producto interior bruto en todos los países. Se ve en la experiencia española del paso de la dictadura a la democracia que la criminalidad se multiplicó por tres. Decían los enemigos de la democracia que era el fruto de la misma. Naturalmente que la democracia da libertad a sus enemigos y, por lo tanto también al crimen, pero resultaba que el mismo incremento se había producido en el resto de Europa, que había tenido el privilegio de no pasar ese trance, en esos mismos años<sup>15</sup>. La debilidad o miseria de la estadística criminal de todos los países nos impide hacer un juicio sereno, pero en países del mismo espacio geográfico nos encontramos con esa circunstancia como constante<sup>16</sup>.

### 5. La aparición de una criminalidad bien moderna

En verdad, no solamente se ha incrementado la criminalidad, sino que hay una criminalidad de nuevo tipo. La podemos llamar criminalidad "moderna" por distinguirla de la tradicional: del robo, del hurto, de las lesiones, de las violaciones, de los homicidios y de los asesinatos. En lo nuevo está el terrorismo actual, que nada tiene que ver el terrorismo clásico del anarquista casi aislado, con el de la organización terrorista ETA, la banda Baader Meinhof o las Brigadas Rojas o con la postmoderna, incluso en las formas organizativas, organización terrorista red Al Queda, en su forma de red conectada a la de las comunicaciones y deslocalizada a lo

14 V Pierre Henri Bolle, *Dimensions, formes et évolution de la criminalité en Europe et principaux problèmes de sa prévention*, en *Melanges en l'honneur de François Knoepfler*, Helbing & Lichtenhahn, Basilea 2005, p. 469 y ss.; Shaw/vanDijk/Rhomberg, *Tendencias de la delincuencia y la justicia en el mundo*, en "Foro sobre el delito y la sociedad", 3, dic. Naciones Unidas, 2003, p. 37 ss.

15 Ver, p. ej., el caso de Alemania en *Zweiter periodischer Sicherheitsbericht, Kurfassung*, Berlin 2006, p. 9.

16 Luis Arroyo Zapatero, *Criminality and urban context in Spain*, in Jay Albanese, *Current issues in international crime prevention and criminal justice*, ISPAC, Bangkok U.N. 11th. Congress on Crime Prevention, CNPDS Milan 2004, p. 193 y ss.

the terrorist organization ETA, the Baader Meinhof group or the Red Brigades or the postmodern groups. It also covers organizational form such as the al-Qaeda terrorist network, hooked up to communications networks throughout the world, with the very new factor of the 'suicide' attack, against which no preventive system is sufficiently effective. All police and criminal systems are set up to fight against the criminal who neither wants to be arrested nor carried off to the other world.

Drug trafficking is also in a new phase, driven by increasing consumer demand and the appearance of synthetic or designer drugs. No less important are the conflicts and setbacks inflicted on some States by organized drug gangs. Colombia with its complex past is well known. The modern example is Mexico, where a general policy is needed of direct military intervention. Likewise, there are "narco-States", an easy alternative for 'failed' States, above all in Africa.

Another new phenomenon in its quantitative dimensions is human trafficking. Naturally, it can not be forgotten that slavery and slave trading existed, but at that time they were not considered human beings by the international community. Curiously, the first criminal criticism was exclusively directed at the slavery of "white women"<sup>17</sup>. Leaving aside the causes and conditions of international migration, both over the Río Grande and the straits of Gibraltar, we are well aware of the presence of criminal aspects in human trafficking, both of migrant workers and of women for sexual exploitation<sup>18</sup>.

17 See Nadja Capus, *La répression de la traite des êtres humains au tournant du XIXème siècle : une illustration de la polyphonie des efforts d'harmonisation pénale*, and Luis Arroyo Zapatero, *De la lutte contre l'esclavage et la traite des blanches à la proscription du trafic d'êtres humains*, both in M. Delmas-Marty /Mark Pieht /U. Sieber, *Les chemins de l'harmonisation pénale. Harmonising criminal law*, Société de Législation Comparée, Paris 2008, p. 81 and ff and 105 and ff, respectively

18 See, my work *Propuesta de un eurodelito de trata de seres humanos*, in Libro Homenaje a M. Barbero Santos, II, Edit. Universidades de Castilla-La Mancha y Salamanca, Cuenca 2001, p. 25 and ff.



ancho del Mundo y con el novísimo elemento del terrorista "suicida" para lo que no hay sistema preventivo que sea suficientemente eficaz, pues todo el sistema policial y penal está programado contra un delincuente que no quiere ser detenido y menos ser llevado al otro mundo.

Está en lo nuevo está también el tráfico de drogas, patrocinado hoy por un demanda creciente de consumidores y por la cada vez mayor facilidad para su transporte, así como por la aparición de drogas sintéticas o de diseño, que pueden ser fácilmente producidas en el propio país de destino. No son de menor relevancia los conflictos y jaques a los Estados a que somete el crimen organizado de la droga en algunos países. Colombia es bien conocido y con tradición ya compleja, lo moderno es México, en donde se requiere una política general de intervención directa de la fuerza militar. A su vez se presenta el fenómeno de los "narcoestados", alternativa fácil para los Estados "fallidos", sobre todo de Africa.

Otro fenómeno nuevo en sus dimensiones cuantitativas es el del tráfico de seres humanos. Naturalmente que no se puede olvidar que existió la esclavitud y el tráfico de esclavos, pero es que entonces no eran considerados seres humanos por la comunidad internacional. Curiosamente, el primer reproche penal se dirigió en exclusiva a la trata de "blancas"<sup>17</sup>. Al margen de las causas y condiciones de las migraciones internacionales, tanto en Río Grande como en el estrecho de Gibraltar, conocemos bien la presencia de materia criminal en el tráfico de personas, tanto de trabajadores migrantes, como de mujeres para la explotación sexual<sup>18</sup>.

17 Vid. Nadja Capus, *La répression de la traite des êtres humains au tournant du XIXème siècle : une illustration de la polyphonie des efforts d'harmonisation pénale*, y Luis Arroyo Zapatero, *De la lutte contre l'esclavage et la traite des blanches à la proscription du trafic d'êtres humains*, ambos en M. Delmas-Marty /Mark Pieht /U. Sieber, *Les chemins de l'harmonisation pénale. Harmonising criminal law*, Société de Législation Comparée, París 2008, p. 81 y ss y 105 y ss, respectivamente.

18 V. mi trabajo *Propuesta de un eurodelito de trata de seres humanos*, en Libro Homenaje a M. Barbero Santos, II, Edit.

All these forms of criminality are part of the new class of organized crime<sup>19</sup>. Naturally, it is not a matter of criminals who have now discovered that it is better to be organized to perpetrate crime. In Spanish legislation, the traditional aggravating circumstance existed of acting in association with a "gang", and that of acting in an armed group. But organized crime today is the product of the sum and combination of various elements, all of them tainted by the application of excessive intelligence and an extraordinary organizational capability that all contemporary means give, both for mobility and for communications, as well as the ability to inflict harm that organized crime has, whether a question of economic operations or the traffic of illegal substances and arms. In turn, that ever present ability to inflict harm gives organized crime unprecedented possibilities today. An example of this is the hijacking of planes to fly them at buildings in New York, and another the fact that with two modest components available in all university laboratories, and with a few cellular telephones, it is possible to provoke a massacre in the mainline train station of Madrid. Without a doubt, though, the most novel and radical aspect on this point is the previously mentioned appearance of terrorist suicide bombers.

A further element of modern criminality that differs from the traditional, which the old criminologist

19 See Emma Mendoza, *Delincuencia global*, with prefaces by R. Zaffaroni and E. Carranza, MEL V, Cordoba (Argentina) 2005. Verified and impressive information may be seen in Moises Naím, *Ilícito. Cómo traficantes, contrabandistas y pitatas están cambiando el mundo*, Debate, Barcelona 2006; Misha Glenny, *McMafia, el crimen sin fronteras*, Destino, Barcelona 2008; Loretta Napoleoni, *Economía canalla. La nueva realidad del capitalismo*. Paidós, Barcelona 2008. On the tensions to which the ineludible fight against crime subjects the law-abiding State see García Ramírez, Sergio. *La reforma penal constitucional (2007-2009)*, Porrúa, Mexico 2009, *el mismo, Seguridad pública, proceso penal y derechos humanos*, in *Revista Mexicana de justicia*, Reforma Judicial, num. 17, ed. Unam 2011, pp. 151-177 and Laborde, J.P., *État de Droit et crime organisé*, Dalloz, Paris 2005.

Todas estas formas de criminalidad pertenecen al género nuevo del crimen organizado<sup>19</sup>. Naturalmente que no se trata de que los delincuentes hayan descubierto ahora que es mejor organizarse para cometer crímenes. En la legislación española se tuvo la circunstancia agravante tradicional de actuar en “cuadrilla”, y la de banda armada. Pero el crimen organizado de hoy es el producto de la suma y combinación de diversos elementos, teñidos todos por una aplicación de un exceso de inteligencia y de la extraordinaria capacidad de organización que dan todos los medios contemporáneos, tanto de movilidad y de comunicaciones, como la capacidad de daño que el crimen organizado tiene, tanto se trate de operaciones económicas, como de tráfico de sustancias ilegales o de armas. A su vez la esa capacidad de daño que en la actualidad resulta disponible dota al crimen organizado de posibilidades inéditas hasta hoy. Ejemplo de ello es tanto la operativa del secuestro de aviones para lanzarlos sobre los edificios de Nueva York, como la de que con dos modestos componentes a disposición en todo laboratorio universitario y con unos pocos teléfonos celulares se puede provocar una masacre en la estación de trenes de Madrid. Aunque sin duda en este punto lo más radicalmente

---

Universidades de Castilla-La Mancha y Salamanca, Cuenca 2001, p. 25 y ss. V. en Portal iberoamericano de ciencias penales ([www.cienciaspenales.net](http://www.cienciaspenales.net)) ruta: áreas temáticas/problemas actuales/ inmigración y derecho penal.

19 Vid. Emma Mendoza, *Delincuencia global*, con prefacios de R. Zaffaroni y E. Carranza, MEL V, Córdoba (Argentina) 2005. Una información de impacto puede verse en Moisés Naím, *Ilícito. Cómo traficantes, contrabandistas y pitatas están cambiando el mundo*, Debate, Barcelona 2006; Misha Glenny, *McMafia, el crimen sin fronteras*, Destino, Barcelona 2008; Loretta Napoleoni, *Economía canalla. La nueva realidad del capitalismo*. Paidós, Barcelona 2008. Sobre las tensiones a las que la ineludible lucha contra el crimen organizado somete al Estado de Derecho v. García Ramírez, Sergio. *La reforma penal constitucional (2007-2009)*, Porrúa, Mexico 2009, *el mismo, Seguridad pública, proceso penal y derechos humanos*, en *Revista Mexicana de justicia*, Reforma Judicial, núm. 17, ed. Unam 2011, págs. 151-177 y Laborde, J.P., *État de Droit et crime organisé*, Dalloz, París 2005.

Nikephoros had anticipated with the argument that the criminality of the future would be that of astuteness, is all of what is called economic criminal law in the broadest sense from its core of fraud to corruption and crimes against the environment. Economic growth, globalization, profit rates, financial engineering, market transparency, etc., have produced a new criminality –which I am sure would surprise Edwin Sutherland– and to fight against a complete economic criminal Law<sup>20</sup>. But hardly had that economic criminal law begun to take shape, then neoconservative globalization imposed itself, without market controls and without human rights, which has led to an economic and social crisis also of global proportions, the study of which will be best left for another day.

## 6. Classic criminal law versus ‘modern’ criminal law

The above leads us to fix our attention on the consolidation of modern criminal law, much debated among penalists<sup>21</sup>. Among these modern crimes, economic crimes may also be found. Classical criminal law, in contrast, is linked to core elements or what was the traditional core of criminal law: crimes against life, crimes against personal property. Voices have been raised against economic law, which surprise some and frighten others and it

---

20 Appropriated by Klaus Tiedemann, *Wirtschaftsstrafrechts. Allgemeiner und Besonderer Teil*, ed. Carl Heymanns Colonia 2004 and 2005, respectively; Tiedemann/ Arroyo/ Nieto, *Eurodelitos*, Inacipe, Mexico 2006. See also Geneviève Giudicielli-Delage, (ed.) *Droit pénal des affaires en Europe*, Puf, Paris 2006. J. R. Serrano-Piedecabras and Eduardo Demetrio, (ed.) *Cuestiones actuales de Derecho Penal Económico*, Colex, Madrid 2008. Schunemann, Bernd (ed.) *Die sogenannte Finanzkrise*, BWV, Berlin 2010.

21 See with numerous contributions L. Arroyo Zapatero/U. Neumann/Adán Nieto, *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo*, Ed. UCLM, Cuenca 2003; AAVV, *La insostenible situación del Derecho penal*, Comares, Granada 2000, there is also a German version: Ulfrid Neumann/Cornelius Prittwitz (ed.), *Kritik und Rechtfertigung des Strafrechts*, Frankfurt a.M. 2005. See also, *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*, Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a.M. (ed.), Peter Lang, Frankfurt a.M. 1995, with a version in Spanish: *La insostenible situación del Derecho penal*, Ed. Comares, Granada 1999.

novedoso es la ya mencionada aparición de los terroristas suicidas.

Pero el crimen organizado de hoy es el producto de la suma y combinación de diversos elementos, teñidos todos por una aplicación de un exceso de inteligencia y de la extraordinaria capacidad de organización que dan todos los medios contemporáneos, tanto de movilidad y de comunicaciones, como la capacidad de daño que el crimen organizado tiene., tanto se trate de operaciones económicas, como de tráfico de sustancias ilegales o de armas. A su vez la capacidad de daño que en la actualidad resulta disponible dota al crimen organizado de posibilidades inéditas hasta hoy. Ejemplo de ello es tanto la operativa del secuestro de aviones para lanzarlos sobre los edificios de Nueva York, como la de que con dos miserables componentes a disposición en todo laboratorio universitario y con unos pocos teléfonos celulares se puede destruir la estación de trenes de Madrid. Aunque sin duda en este punto lo más radicalmente novedoso es la aparición de los terroristas suicidas ya que todo el sistema de prevención policial y penal está programado para la lucha contra delincuentes que procuran a toda costa no ser aprehendidos.

Otro elemento de la moderna criminalidad, distinta de la tradicional, que ya el viejo criminólogo Nicéforo había avanzado con el argumento de que la del futuro sería la criminalidad de la astucia, es todo el llamado derecho penal económico en sentido amplio, desde el núcleo del fraude hasta la corrupción y el delito contra el medio ambiente. Crecimiento económico, globalización, tasas de beneficio, ingeniería financiera, transparencia en el mercado, etc., han producido una nueva criminalidad –que estoy seguro asombraría a Edwin Sutherland– y para luchar contra ella un entero Derecho penal económico<sup>20</sup>. Pero cuando apenas

20 Consagrado por Klaus Tiedemann, *Wirtschaftsstrarechts. Allgemeiner y Besonderer Teil*, ed. Carl Heymanns Colonia 2004 y 2005, respectivamente.; Tiedemann/ Arroyo/ Nieto, *Eurodelitos*, Inacipe, México 2006. Vid. también, Geneviève Giudicic-

appears to some of us that personal and collective legal goods require that modern Law today that we have to be able to study and mould.

Another area that has undergone more than a quantitative increase is that of crimes of negligence. We may begin with crimes against road safety. Ever since there have been automobiles there have been accidents, but vehicles have never before had the mass, nor the speed, nor the force of impact and potential to harm that they have today. The problem has given rise to a political–criminal experiment that deserves attention: as against incrimination merely for dangerous driving and increasing penalties for the infringement of rules when deaths or injury occur, the so–called driving licence with penalty points has been introduced, in such a way that repeated road traffic offences for dangerous driving involving serious, improper behaviour can lead to the withdrawal of the driving licence. This may be followed by the prosecution of a person driving without a valid driving licence, as well the most reckless dangerous behaviour while driving, such as speeding and driving under the effects of drugs or above set limit of alcohol. All of this constitutes an example of *ultima ratio* criminal Law, a reason for compliance with basic standards and for dissuasive and preventive deterrents, which in Spain have reduced rates of road traffic mortalities by their thousands<sup>22</sup>. However, even though for some decades the category of road traffic offences against collective safety has existed, it is still not generally understood that this safety is a material legal good and is formally different from life and corporal integrity. The same may be said of more than a few “modern” crimes relating to risk management, from crimes against occupational safety to those against the environment. This very modern criminality also requires a modern criminal law, as well as the acceptance of new legal rights, unless

22 Rosario Vicente Martínez, *Derecho penal de la circulación*, Bosch, Barcelona 2008.

comenzaba a asentarse ese Derecho penal económico se impuso la globalización neoconservadora, sin control de los mercados y sin derechos humanos, que ha llevado a una crisis económica y social también global, cuyo estudio hay que dejar para otro día.

## 6. Derecho penal clásico v. derecho penal "moderno"

Lo último nos permite advertir sobre la consolidación de un derecho penal moderno, muy debatido entre los penalistas<sup>21</sup>, frente a un derecho penal clásico, vinculado a los elementos nucleares o lo que era el núcleo tradicional del derecho penal: los delitos contra la vida, los delitos contra los bienes personales. Frente a eso se ha levantado algo, que algunos asombra, a otros asusta y a algunos nos parece que los bienes jurídicos personales y colectivos requieren hoy ese moderno Derecho que tenemos que ser capaces de estudiar y modular.

Otro ámbito que ha experimentado un incremento más que cuantitativo es de los delitos imprudentes. Para empezar los delitos contra la seguridad en la circulación. Desde que hay automóviles hay accidentes, pero los autos nunca han tenido el peso, ni alcanzado la velocidad ni la fuerza de choque y daño resultante de hoy en día. El problema ha dado lugar a un experimento político criminal que merece ser atendido: frente a la incriminación

---

Ili-Delage, (Dir.) *Droit pénal des affaires en Europe*, Puf, Paris 2006. J. R. Serrano-Piedecabras y Eduardo Demetrio, (Dir.) *Cuestiones actuales de Derecho Penal Económico*, Colex, Madrid 2008; Schunemann, Bernd (ed.) *Die sogenannte Finanzkrise*, BWV, Berlín 2010.

21 V. con numerosas contribuciones L. Arroyo Zapatero/U. Neumann/Adán Nieto, *Critica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo*, Ed. UCLM, Cuenca 2003; AAVV, *La insostenible situación del Derecho penal*, Comares, Granada 2000, hay una versión en alemán: Ulfrid Neumann/Cornelius Prittwitz (ed.), *Kritik und Rechtfertigung des Strafrechts*, Frankfurt a.M. 2005. Vid también, *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*, Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a.M. (ed.), Peter Lang, Frankfurt a.M. 1995, con versión en español: *La insostenible situación del Derecho penal*, Ed. Comares, Granada 1999.

these contradict the protection of fundamental legal rights.

In reality, everything that is called modern criminal Law is nothing more than the adaption of criminal law to modern conditions of social life in contemporary times that require new forms and new instruments for the protection of those new social needs. Modern criminal law, economic criminal law, criminal law on risk, is no whim of Governments that pursue merely symbolic measures. I believe that it is the product of a solid material and legal need that jurists should assume and construct in a critical way.

Among the modern crimes are criminal acts and behaviour that have always existed, but the veil of "social conformity" kept them hidden from sight and prevented an institutional reaction as such. The most representative is gender violence, which is to say, the violence of men against women, criminologically very different from domestic violence. The two countries that have reacted best through procedural and penal measures had added regulatory difficulties when responding to the problem: Spain with the Law on Integral Protection Measures against Gender Violence, in 2004, and Brazil with the Law known as *María da Penha*, in 2006<sup>23</sup>. The system, in Spain, of minor criminal offences (*faltas*), which after the Penal Code of 95, were punishable only by fines and before it, by a maximum of 30 days imprisonment and with no precautionary measures against the minor threat –*falta*– of aggression left the tragic lack of protection plain for all to see and called attention to the epidemic scope of such an offensively discriminatory baseline situation. In Brazil, the decriminalizing institution of the *juizados especiais* for crimes of a less offensive nature was what laid the problem at the

---

23 See Luis Arroyo Zapatero, *Legitimidad constitucional y conveniencia político criminal de la ley contra la violencia de género*, in *Problemas actuales del Derecho penal y la Criminología*, Libro Homenaje a María del Mar Díaz Pita, Tirant, Valencia 2008, p. 707 and ff.



del mero conducir arriesgado y exasperando las penas por la infracción de los reglamentos cuando se producen muertes o lesiones, se ha introducido el llamado carnet "por puntos", de tal manera que la reiteración en infracciones administrativas por conductas arriesgadas indebidas graves puede concluir con la pérdida del permiso de conducir, a lo que sigue la incriminación del que conduce con la licencia retirada, así como la de las conductas arriesgadas más temerarias, como el exceso descomunal de velocidad y la conducción bajo los efectos de una determinada tasa de alcohol o de drogas. Todo ello constituye un ejemplo de Derecho penal de última ratio, motivador del cumplimiento de las normas básica y de efectos disuasorios y preventivos, que en España ha comportado la reducción de varios miles de víctimas mortales<sup>22</sup>. Pues bien, aún cuando desde hace decenios se ha creado la categoría de delitos llamado contra la seguridad colectiva del tráfico, todavía no resulta generalmente comprendido que dicha seguridad es un bien jurídico material y formalmente diferente del de la vida y la integridad corporal. Lo mismo acontece en relación a no pocos delitos "modernos" relativos al manejo de riesgos, desde los delitos contra la seguridad en el trabajo a los relativos al medio ambiente. Esta criminalidad realmente moderna requiere un derecho penal también moderno, así como la aceptación de nuevos bienes jurídicos, salvo que se renuncie la tutela de bienes jurídicos fundamentales.

En realidad, todo lo que se llama Derecho penal moderno no es más que la adaptación del derecho penal a las modernas condiciones de vida social del tiempo contemporáneo que requieren nuevas formas y nuevos instrumentos de protección de esas nuevas necesidades sociales. El derecho penal moderno, el derecho penal económico, el derecho penal del riesgo, no es un capricho de los Gobiernos que persiguen medidas meramente simbólicas.

22 Rosario Vicente Martínez, *Derecho penal de la circulación*, Bosch, Barcelona 2008.

door of the Interamerican Commission on Human Rights, and out of the scandal came the Law.

What is modern is on more than one occasion old. Over the 15 years during which the reform of Spanish criminal law was debated before the 1995 Penal Code, everybody thought that the crime of piracy on the high seas was an anachronism. The pirates in the Gulf of Aden and in many other areas have surprised us, with no crime or penalties in their own country, and what is more, with no clearly applicable criminal procedures, like some other European countries<sup>24</sup>.

### 7. A new social representation of crime

A sector of society have always opposed the pronouncement by the first great Spanish penalist, Concepción Arenal<sup>25</sup>: *hate the crime and have compassion for the criminal*, a sector that has always hated the criminal, as well. But, at the same time as the rejection of the crime occurs, there have always been sectors in society ready to understand a large part of criminality that originates in poverty. And this is marvellously well expressed by Cervantes in *El Casamiento engañoso* [The deceptive marriage]: "*poverty –Cervantes says– tramples on honour, which takes some to the gallows and others to the hospice*". And it is true in critical thought in the Latin world –at least– that we have held on to that understanding of the social origin of a good part of criminality.

24 See Carlos Jiménez Piernas, *Actos de piratería y bandillaje cometidos frente a las costas de Somalia: análisis desde el derecho internacional*, Informe ARI del Real Instituto Elcano, 23/12/2008, at [www.elcano.org](http://www.elcano.org). On the situation in France, see Ghislain Poissonnier, *Les pirates de la Corne de l'Afrique et le droit français*, Dalloz, 2008, p. 2097. Menarc, Christian, *Rapport d'information sur la piraterie maritime*, Assemblée Nationale n° 1670, May 2009; Geiss, Robin/Petrig, Anna: *Piracy and Armed Robbery at Sea –The Legal Framework for Counter-Piracy Operations in Somalia and the Gulf of Aden*. Oxford, Oxford University Press, 2011.

25 Concepción Arenal, *Estudios penitenciarios*, 2 vols, Victoriano Suárez, Madrid 1895. Her complete works are available at [www.cervantesvirtual.net](http://www.cervantesvirtual.net)



Creo que es producto de una sólida necesidad material y jurídica que los penalistas debemos de asumir y construir críticamente.

Entre lo moderno emergen hechos y conductas delictivas que han existido siempre, pero el manto de la "adecuación social" impedía verlos y reaccionar institucionalmente como tal. Lo más representativo es la violencia de género, es decir, la violencia de los hombres sobre sus mujeres, bien diferente criminológicamente de la violencia doméstica. Los dos países que mejor han reaccionado con medidas procesales y penales son precisamente dos que, por razones diversas, tenían dificultades normativas añadidas para reaccionar contra el problema, España con la Ley integral contra la violencia de género en 2004 y Brasil con la Ley conocida como María da Penha de 2006<sup>23</sup>. En España el sistema de las infracciones penales menores llamadas *faltas*, tras el Código del 95 sólo con pena de multa y antes con prisión inferior a 30 días y sin posibilidad de medidas cautelares contra las amenazas leves –faltas– de agresión dejaron al descubierto la trágica desprotección y llamaron la atención sobre la dimensión epidémica de los hechos de base tan ofensivamente discriminatoria. En Brasil fue el instituto descriminalizador del sistema de los *juizados especiais* para los delitos de reducido valor ofensivo fue lo que llevó el problema hasta la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y del escándalo a la Ley.

Lo moderno es, en no pocas ocasiones, antiguo. En los 15 años en que se discutió la reforma penal española que dio lugar al Código de 1995 todos pensaban que mantener el delito de piratería en el mar era una antigualla, y así nos han sorprendido los piratas en el Golfo de Aden y en otros muchos lugares, sin delito y punición autónoma, y además,

---

23 V. Arroyo Zapatero, L. *Legitimidad constitucional y conveniencia político criminal de la ley contra la violencia de género*, en Problemas actuales del Derecho penal y la Criminología, Libro Homenaje a María del Mar Díaz Pita, Tirant, Valencia 2008, p. 707 y ss. También en [www.cienciaspenales.net](http://www.cienciaspenales.net).

There is no other way of explaining that that the first law approved during the Spanish transition to democracy by unanimity, after the Constitution, was the General Law on Prisons: it continues to be the most progressive law in Europe and without terrible acts such as systematic terrorist attacks over years and other serious crimes having led to reversals in the system of prison benefits, at least in the general system, and with the exception of terrorism, as has happened in countries that had that same regime, which is the case of Italy.

Today, nobody in the developed countries reasons as Cervantes did. In these societies of abundance there is a strong rejection of criminality and the criminal. The majority of criminals are undeserving of the effort of resocialization and it is absolutely unnecessary for one small but active sector. In the same societies that have been willing to acknowledge the social origins of criminal behaviour the idea of isolation has resurfaced, at least for sexual crime and violent crime in general<sup>26</sup>. From the standpoint of a humanist criminal policy, the great challenge of those countries as proclaimed by the *International Society of Social Defence and Humane Criminal Policy* (iSSD), is precisely more in the penitentiary regime than in the Penal Code. Resocialization at least should not be made impossible in the development or persistence of penitentiary benefits and in the establishment of conditions for the privation of freedom. But more modern than anything else appears to be the compulsion of governments to move towards a "criminal law of security", which puts the punishment before the conviction, establishes custodial measures from the moment of detention, restores the perpetuity of prison sentences, makes the temporal and material requirements for review after the first 15 years of imprisonment even stricter and, even energeti-

---

26 See J. M. Silva Sánchez, *El retorno de la inoquización*, in *Libro Homenaje a Marino Babero Santos*. I. Publication by UCLM-USAL, Cuenca 2001, p. 699 and ff.

como a otros países europeos, sin procedimiento penal claramente aplicable<sup>24</sup>.

## 7. Una nueva representación social de la criminalidad

Naturalmente que siempre ha habido un sector de la sociedad muy contrario a lo que proclamó la primera gran penalista española Concepción Arenal<sup>25</sup>: *odia el delito y compadece al delincuente*, un sector que siempre ha odiado también al delincuente. Pero, a la vez que se produce el rechazo del crimen, siempre ha habido sectores sociales proclives a comprender que buena parte de la criminalidad se origina en la pobreza. Y esto lo dice maravillosamente bien Cervantes en *El Casamiento engañoso*: "la pobreza –dice Cervantes– atropella a la honra, lo que a unos lleva a la horca y a otros al hospital". Y esto es cierto, siempre en el pensamiento crítico del mundo latino –al menos– hemos tenido esa comprensión sobre el origen social de buena parte de la criminalidad.

En la transición española no se explica de otra manera que la primera ley aprobada por unanimidad, después de la Constitución, es la Ley general penitenciaria; que sigue siendo la ley más progresista de Europa y sin que hechos terribles como los de la acción terrorista sistemática durante años y otros graves crímenes hayan llevado a retrocesos en el sistema de beneficios penitenciarios, al menos en el sistema general, y con excepción del te-

24 V. Carlos Jiménez Piernas, *Actos de piratería y bandidaje cometidos frente a las costas de Somalía: análisis desde el derecho internacional*, Informe ARI del Real Instituto Elcano, 23/12/2008, v. en [www.elcano.org](http://www.elcano.org). Sobre la situación en Francia, ver Ghislain Poissonnier, *Les pirates de la Corne de l'Afrique et le droit français*, Dalloz, 2008, p. 2097. Menarc, Christian, *Rapport d'information sur la piraterie maritime*, Assemblée Nationale nº 1670, Mayo 2009; Geiss, Robin / Petrig, Anna: *Piracy and Armed Robbery at Sea –The Legal Framework for Counter-Piracy Operations in Somalia and the Gulf of Aden*. Oxford, Oxford University Press, 2011.

25 Concepción Arenal, *Estudios penitenciarios*, 2 vols, Victoriano Suárez, Madrid 1895. Disponible sus obras completas en [www.cervantesvirtual.net](http://www.cervantesvirtual.net).

cally incorporates the anomalous institution of "security custody" as a measure subsequent to having served the full sentence. All of this deserves more careful attention<sup>27</sup>.

More than half a century of notable progress has taken place in the field of penalties, although the occasional isolated step backwards clouds our view. The most relevant humanitarian progress is the progressive abolition of the death penalty<sup>28</sup>. In Europe, the most decisive instrument has been Protocol 6 and 13 of the European Convention on Human Rights in 1983, with the entry into force in 1985, as well as Protocol 13 of 2002, with respect to the abolition in times of war and the *non nata* European Constitution, which has produced effects even before being substituted by the Treaty of Lisbon in recent European debates such as those in Poland,

27 All of this explained in the case of France by Mireille Delmas-Marty *Libertés et sûretés dans un monde dangereux*, Paris, Seuil 2010 ; Koch, H.G., *Wegsperrren. Freiheitsentziehende Maßnahmen gegen gefährliche, strafrechtlich verantwortliche (Rückfall-)Täter Internationaler Vergleich. Kriminologische Perspektiven*. Ed. Max-Planck Gessellschaft. Berlin 2011 and Acale Sánchez, *Medición de la respuesta punitiva y Estado de Derecho. Especial referencia al tratamiento penológico del delincuente imputable peligroso*, ed. Aranzadi, Pamplona, 2010.

28 By effect of the United Nation and European Union protocols on the global situation amongst others, see William Schabas, *The abolition of the death penalty in International Law*, 3rd ed., Cambridge 2002 and Jon Yorke, *Against Death penalty*, Ashgate, Surrey 2009; G. Cohen-Jonathan/W. Schabas, *La peine capitale et le droit international des droits de l'homme*, Ed. Panthéon-Assas, Paris 2003. On the European process, see Stefano Manacorda. *L'abolition de la peine capitale en Europe: le cercle vertueux de la politique criminelle et les risques de rupture*, in *Revue de Sciences Criminelles et droit pénal comparé*, 2008, p. 563 and ff. And a more up-to-date version in this book. La Declaración de la SIDS para la moratoria internacional de su aplicación in *Cahiers de Défense Sociale*, 2007-2008, p. 51. It was abolished in Mexico in 2006. On one of the processes that close in around supporters of the death penalty, see: P. Trinidad Nuñez, *La prohibición de la pena capital a los menores de 18 años en el Derecho internacional. Un paso hacia la abolición universal?*, in *Anuario de la Facultad de Derecho*, Sevilla, nº 19-20, 2001-2002, pp. 219 and ff. On the North American experience, see an excellent cultural anatomy in Garland, David. *Peculiar Institution. America's Death Penalty in an Age of Abolition*. Ed. Oxford University Press. New York, 2010.

rrorismo, como ha ocurrido con países que tuvieron ese mismo régimen, como es el caso de Italia.

Hoy casi nadie piensa como Cervantes en los países avanzados, y se produce en esas sociedades de la abundancia un rechazo radical de la criminalidad y del delincuente. La resocialización aparece como un esfuerzo inmerecido para la mayoría de los delincuentes y respecto de un sector no muy numeroso pero muy activo, absolutamente innecesario. En las mismas sociedades que han sido partidarias de reconocer los orígenes sociales de delincuencia revive la idea de la inocuización, si no en general, por lo menos ante los delitos sexuales y ante los delitos violentos en general<sup>26</sup>. Y el gran reto de los países desde el punto de vista de una política criminal humanista como proclama la *Société Internationale de Défense Sociale*, está precisamente, más en el régimen penitenciario que en el Código penal. En el desarrollo o persistencia de los beneficios penitenciarios y en el establecimiento de condiciones en la privación de libertad que al menos no hagan imposible la resocialización. Pero lo más moderno parece la compulsión de los gobiernos a favor del “derecho penal de la seguridad”, que anticipa las penas a las condenas estableciendo medidas privativas de libertad desde la detención, recuperan la perpetuidad de las penas de prisión, encarecen los requisitos temporales y materiales de la revisión tras los primeros 15 años de cumplimiento e, incluso, se incorpora con ímpetu la anómala institución de la “custodia de seguridad” como medida posterior al cumplimiento íntegro de la pena. Todo ello merece una atención más detenida<sup>27</sup>.

26 V. J. M. Silva Sánchez, *El retorno de la inocuización*, en *Libro Homenaje a Marino Babero Santos*. I. Publicación de UCLM-USAL, Cuenca 2001, p. 699 y ss.

27 Todo ello expuesto para Francia por Mireille Delmas-Marty *Libertés et suretés dans un monde dangereux*, París, Seuil 2010; Koch, H. G., *Wegsperrren. Freiheitsentziehende Maßnahmen gegen gefährliche, strafrechtlich verantwortliche (Rückfall-) Täter Internationaler Vergleich. Kriminologische Perspektiven*. Ed. Max-Planck Gessellschaft. Berlín 2011 y Acale Sánchez, *Medición de la respuesta punitiva y Estado de Derecho. Especial referencia al tratamiento penológico del delincuente imputable peligroso*, ed. Aranzadi, Pamplona, 2010.

where the previous legislature made an attempt to restore it and in relation to Turkey which requested entry in the Union without having abolished it, which it did in 2004. The resolution of the General Assembly of the United Nations in November 2007 should be mentioned in the strictly international sphere, which calls for a moratorium on the application of the death penalty. Abolition is a factor in civilization: this became apparent when the Supreme Court of the U.S.A. ceased to apply the death penalty to minors; or when it was abolished in Mexico and the Latin American mainland became a territory free from capital punishment, except for Guatemala; or when in the heart of Africa it was abolished in Togo or when China announced in 2008 that it would replace the firing squad by lethal injections. In effect, capital punishment is on the way out and constitutes a great moral advance in contemporary societies<sup>29</sup>.

In this new representation of crime, the victim appears on stage, beginning to carve out a new path, censuring the liberals for having forgotten about victims since 1789. From that point on, an argument has been developed in which fundamental principles are at risk upheld at great cost against the Law of Talion, exercised directly by the *sippe* or by interposition of the State<sup>30</sup>. It is the resurgence of punitivism, which has met with success on all fronts in the United States of America since the 1970s, advancing in certain sectors in all countries, provoking the resurgence of life imprisonment, even without *parole*<sup>31</sup>.

29 See more broadly in Arroyo Zapatero, L.: *Towards a universal moratorium on the death penalty*. In Luis Arroyo, Paloma Biglino, William Schabas (ed.) Presentation by José Luis Rodríguez Zapatero, *Towards a universal moratorium on the death penalty*, Valencia. Ed. Tirant lo Blanch 2010.

30 See, above all, Luis Rodríguez Manzanera, *Victimología*, Porrúa, (8<sup>th</sup>) Mexico 2003; J. M. Tamarit Sumalla, *Estudios de Victimología*, Tirant lo Blanc, Valencia 2005. A recent and complete study of comparative Law and conclusions can be seen in Geneviève Giudicielli-Delage and Christine Lazerges, *La victime sur la scène pénale en Europe*, Puf, Paris 2008.

31 See Angel Sanz Moran, *El tratamiento del delincuente habitual*, in *Política Criminal*, nº 4, A3, 2007 ([www.políticacriminal.cl](http://www.políticacriminal.cl)),

En el ámbito de las penas se han producido en este más de medio siglo notables avances, aunque a veces los retrocesos aislados nos nublen la vista. El más relevante avance civilizatorio es el retroceso de la pena capital<sup>28</sup>. En Europa el más determinante instrumento ha sido el Protocolo número 6 a la Convención europea de derechos del hombre del año 1983, con entrada en vigor en 1985, así como el Protocolo 13 de 2002 respecto a la abolición para tiempos de guerra y la *non nata* Constitución europea, que ha producido efectos incluso antes de ser sustituida por el Tratado de Lisboa en debates europeos recientes como los habidos en Polonia, en la que en la anterior legislatura se ha pretendido reinstaurar y en relación a Turquía, que demandaba su ingreso en la Unión sin derogarla, lo que efectuó en 2004. En la esfera propiamente internacional debe mencionarse la resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas en noviembre de 2007 instando una moratoria a la aplicación de la pena capital. La abolición es un factor de civilización. Y así se puede advertir cuando el TS de los Estados Unidos suprime la aplicación de la pena de muerte a menores o cuando se abole en México y la tierra

---

28 Por efecto de los protocolos de Naciones Unidas y de la Unión Europea sobre la situación mundial por todos ver William Schabas, *The abolition of the death penalty in International Law*, 3ª ed., Cambridge 2002 y Jon Yorke, *Against Death penalty*, Ashgate, Surrey 2009; G. Cohen-Jonathan/W. Schabas, *La peine capitale et le droit international des droits de l'homme*, Ed. Panthéon-Assas, París 2003. Sobre el proceso europeo vid. Stefano Manacorda. *L'abolition de la peine capitale en Europe: le cercle vertueux de la politique criminelle et les risques de rupture*, en *Revue de Sciences Criminelles et droit pénal comparé*, 2008, p. 563 et ss. Y una versión más actual en este libro. La Declaración de la SIDS para la moratoria internacional de su aplicación v. en *Cahiers de Défense Sociale*, 2007-2008, p. 51. Ha sido abolida en México en 2006. Sobre uno de los procesos que cercan a los partidarios de la muerte: P. Trinidad Nuñez, *La prohibición de la pena capital a los menores de 18 años en el Derecho internacional: Un paso hacia la abolición universal?* en *Anuario de la Facultad de Derecho*, Sevilla, nº 19-20, 2001-2002, págs. 219 y ss. Sobre la experiencia norteamericana v. una excelente anatomía cultural en Garland, David. *Peculiar Institution. America's Death Penalty in an Age of Abolition*. Ed. Oxford University Press. New York, 2010.

## 8. Victimology and criticism of the Liberal approach

The reproach directed at Liberal penalists of having abandoned the victim is unfair. Liberal criminal law is precisely the supersedence of private vengeance, which was administered by the king in the name of the victim and which completely forgot the criminal. This was no chance. It was a great intellectual and political conquest of humanity. One need do no more than see the social and cultural conditions of the countries in which the victim plays a hegemonic role. But the problem is whether the legislation has neglected certain aspects relating to the victim. Only recently has compensation has been made available to victims of violent crimes<sup>32</sup> or, for example, to victims of terrorism. The European Union Framework Decision of 2001 on the standing of victims in criminal proceedings and the Council Directive of 29 April 2004, relating to compensation to crime victims both stress this point. The United Nations adopted a relevant Declaration in 1985 on the fundamental principles of justice for crime victims and the abuse of power, which laid the groundwork but requires greater hierarchical regulation<sup>33</sup>.

All criminal law has to be adjusted to the protection of victims, but the victim can not dominate criminal Law. We live in the "times of the victims"<sup>34</sup> and rather than a momentary anti-liberal whim, this social and political compulsion in favour of the victim is the fruit of something that any expert in the theory of audiovisual communication<sup>35</sup> would ex-

---

with abundant references. In addition, Antoinette Chauvenet, *Les longues peines: Le "principe" de la peur*, in *Champ Pénal*, VI, 2009 ([www.champpenal.revues.org](http://www.champpenal.revues.org)).

32 The system was introduced in Spain by Law 35 of 1995, of 11 December, with subsequent adaptations and with a special field for attention to victims of terrorisms, under Law 32 of 1999.

33 In which, above all, is the International Society of Victimology, which has the support of the other four large scientific Associations.

34 See Caroline Eliacheff and Daniel Soulez Larivière, *Le temps des victims*, Ed. Albin Michel, Paris 2007.

35 Mercedes García Arán and Juan Botella, *Malas noticias. Mé-*



firme del continente latinoamericano se convierte en territorio libre de pena capital, salvo Guatemala, o cuando en el corazón de África se abole en Togo o cuando China anunciaba en 2008 que sustituirá el fusilamiento por la inyección letal. Efectivamente, la pena capital está de retirada y constituye un gran avance moral de las sociedades contemporáneas<sup>29</sup>.

En esa nueva representación de la criminalidad, con consecuencias para las penas, cuenta la entrada en escena de la víctima, que ha comenzado abriéndose paso fustigando a los liberales por haberse olvidado de las víctimas desde 1789 de las víctimas. A partir de ello, se ha desarrollado un argumento en el que corren riesgos principios fundamentales levantados costosamente contra la ley del talión, ejercida directamente por la *sippe* o por interposición del Estado<sup>30</sup>. Es el renacimiento del punitivismo, que ha cabalgado con éxito en todos los frentes en los Estados Unidos de América desde los años 70, avanza en sectores determinados en todos los países provocando un reverdecimiento de la prisión perpetua inclusive sin *parole*<sup>31</sup>.

## 8. La Victimología y el reproche a los liberales

Pero no es justo el reproche que se hace a los penalistas liberales de haber abandonado a las víc-

plain well: Television –above all when it has lost its pudor– places in front of the family the victim's lunch and dinner, their stripped flesh because of the effect of a bomb. And that live and direct presentation of the horror has generated a social tension of rejection of criminality, of blind solidarity with victims, a demand on the State for total protection, and, in turn, a total absence of suspicion regarding the State. These effects of the mediums and modes of modern communication are elements of reality that penalists should taken into account to respond to claims of inoculation, to confront soap opera criminal policies, purely symbolic criminal law, and also to avoid the impetuous use of modern thaumaturgy. Thus, for example, the "discovery" of the new technologies, and with the intention of placing electronic bracelets<sup>36</sup> on thousands of convicted persons, when all the few specialists in the matter today now know that those control methods can only be used on people that are willing to submit voluntarily to control<sup>37</sup>.

All that is set out forms part of our modern world. The State has to guarantee that it is doing something to society, shaken by the impact of the communication media. What we have to ensure is that the State commits as few barbarities as possible and penalists have to communicate to society

29 Vid. Ampliamente en Arroyo, Luis, Biglino, Paloma, Schabas, William (ed.). Presentación de José Luis Rodríguez Zapatero, *Hacia la abolición universal de la pena capital*, Valencia: Tirant lo Blanc 2010. Arroyo Zapatero, L.: *Towards a universal moratorium on the death penalty*. En Luis Arroyo, Paloma Biglino, William Schabas, William (ed.) Presentación de José Luis Rodríguez Zapatero, *Towards a universal moratorium on the death penalty*, Valencia. Ed. Tirant lo Blanch 2010.

30 V. Sobre todo ello: Luis Rodríguez Manzanera, *Victimología*, Porrúa, (8ª) México 2003; J. M. Tamarit Sumalla, *Estudios de Victimología*, Tirant lo Blanc, Valencia 2005. Un reciente y completo estudio de Derecho comparado y conclusiones puede verse en Geneviève Giudicielli-Delage y Christine Lazerges, *La victime sur la scène pénale en Europe*, Puf, Paris 2008.

31 V. Angel Sanz Morán, *El tratamiento del delincuente habitual*, en *Política Criminal*, nº 4, A3, 2007 ([www.politicacriminal.cl](http://www.politicacriminal.cl)), con amplias referencias. Además, Antoinette Chauvenet, *Les longues peines: Le "principe" de la peur*, en *Champ Pénal*, VI, 2009 ([www.champpenal.revues.org](http://www.champpenal.revues.org)).

*dios de comunicación, políticacriminal y garantías penales en España*, Tirant, Valencia 2008, p. 237; Marino Barbero and Rosario Diego, (ed.) *Medios de comunicación y proceso penal*, Société Internationale de Defense Sociale and Univ. de Salamanca, 2000; Jacques Francillon, *Medias et Droit pénal. Bilan et perspectives*, in *Rev.sc.cim* (1) 2000. p. 59 and ff.; and finally: Kury, Helmut.: *Punitivity international*. 3 vols. Bochum 2011.

36 On the history and multiple limits of the passion of the French legislator for this measure, see Christine Lazerges, *L'électronique au service de la politique criminelle : du placement sous surveillance électronique statique (PSE) au placement sous surveillance électronique mobile (PSEM)*, "Revue de science criminelle et de droit pénal comparé", 2006, p. 183.

37 See a report with references René Levi, *Le placement sur surveillance: Bilan de la phase de expérimentation*, in "Questions pénales" 2003, June, path at [www.cesdip.org/publication/questions\\_penales](http://www.cesdip.org/publication/questions_penales); Japiassu, C. E. A. *A crise do sistema penitenciário: a experiência da vigilância eletrônica*, in *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, 2007.



timas. El derecho penal liberal es precisamente la superación de la venganza privada, que estaba administrada por el rey en nombre de las víctimas y con olvido por completo del delincuente. Esto no fue casual, fue una gran conquista intelectual y política de la humanidad. No hay más que ver las condiciones sociales y culturales de los países en los que la víctima tiene un papel hegemónico. Pero el problema radica en que efectivamente sí ha habido aspectos relativos a la víctima que las legislaciones han olvidado. Y no ha sido sino hasta tiempo reciente cuando se ha instrumentado en algunos países la indemnización de las víctimas de los delitos violentos o de determinadas víctimas, como, por ejemplo, las víctimas del terrorismo. Muy destacable es en este punto la Decisión Marco de la Unión Europea sobre el estatuto de la víctima en el Derecho penal de 2001 y la Directiva de 2004 sobre indemnización a víctimas de delitos violentos<sup>32</sup>. Las Naciones Unidas adoptaron el 1985 una relevante Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, que marcó el camino pero requiere mayor jerarquía normativa<sup>33</sup>.

Hay que ajustar a la protección de las víctimas todo el Derecho penal, pero las víctimas no se pueden apoderar del Derecho penal. Vivimos en un "tiempo de las víctimas"<sup>34</sup> y no es que esta compulsión social y política en favor de la víctima sea un capricho antiliberal del momento, sino que es fruto de algo que cualquier experto en teoría de la comunicación audiovisual<sup>35</sup> explicaría bien: La televisión

that the State does so and does so with as few social costs as possible. But in any case, what neither society nor penalists can permit is gaps in criminal regulations in which the victim is left unprotected when protection should be forthcoming.

### 9. Global public opinion and criminal policy

In reality, the latest changes in the law do nothing more than reflect the changing global landscape of our cultural world that has legal as well as political and economic aspects. The economic aspects are the most decisive, but so too are the criminal ones. There is something that should be highlighted in these changes to the landscape, Firstly, it may be affirmed that a global public opinion exists today; that a certain feeling of world citizenship exists and that the things of the world were, up until very recently, limited to the leaders of each country.

This is evident in various criminal cases par excellence: the case of genocide in Yugoslavia, the Pinochet case<sup>38</sup>, and, especially, the case of the war in Iraq. There are three basic consequences of the Iraqi war that are of interest to us here: the concept of the war of aggression<sup>39</sup>, Guantanamo<sup>40</sup>, secret prisons and torture. A global public opinion founded on the means of traditional communication fills up front pages on both sides of the Atlantic, on the same day and at the same time, televisions that broadcast live from anywhere in the world and to any point, linked into which and more than doubling visual communication is Internet communication. This is what has made possible the generation

32 El sistema se introdujo en España por la Ley 35 de 1995, de 11 de diciembre, con posteriores adaptaciones y con campo especial de atención para las víctimas del terrorismo por Ley 32 de 1999.

33 En ello está sobre todo la Sociedad Internacional de Victimología, que cuenta con el apoyo de las otra cuatro grandes Asociaciones científicas.

34 V. Caroline Eliacheff y Daniel Soulez Larivière, *Le temps des victims*, Ed. Albin Michel, París 2007.

35 Mercedes García Arán y Juan Botella, *Malas noticias. Médios de comunicación, políticacriminal y garantías penales en*

38 N. Roht-Arriaza, *The Pinochet effect*, Univ. Pennsylvania Press, Philadelphia 2004.

39 On this, see Antonio Remiro Brotóns, *Agresión, crimen de agresión, crimen sin castigo*, Documentos 10, Friede.org, Madrid 2005, also on line in English, and Elisabeth Lambert-Abdelgawad, *La répression du crime international d'agression: la révision programmée du Statut de Rome va-t-elle permettre l'impensable ?*, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2008 (1), p. 184-199.

40 Diane Marie Aman, *Abu Ghraib*, *U. Pen. Law Review*, Bd.153 (2004-2005), S. 2085 ff.

—sobretudo cuando ha perdido los pudores— coloca en la mesa familiar del almuerzo o de la cena las víctimas desgarradas en sus carnes por el efecto de una bomba. Y esa presentación en vivo y en directo del horror ha generado una tensión social de rechazo de la criminalidad, de solidaridad ciega con las víctimas, una exigencia al Estado de tutela total, y, a su vez, una ausencia total de recelo frente al Estado. Esos efectos de los medios y modos de comunicación modernos son elementos de la realidad que los penalistas debemos tener en cuenta para hacer frente a los reclamos de la inocuización, para hacer frente a políticas criminales de telediarario, de derecho penal puramente simbólico, y también para evitar el recurso atolondrado a medios taumátúrgicos modernos. Así, por ejemplo, con el “descubrimiento” de las nuevas tecnologías, y la pretensión de disponer el uso de brazaletes electrónicos<sup>36</sup> a miles de personas condenadas, cuando todos los pocos especialistas en el asunto saben hoy ya que esos medios de control solamente se pueden aplicar con éxito sobre aquellos que están dispuestos a someterse voluntariamente al control<sup>37</sup>.

Todo expuesto forma parte de nuestro mundo moderno. El Estado tiene que garantizar a la sociedad, sacudida por el impacto de los medios, que hace algo. Lo que hay que procurar es que haga

*España, Tirant*, Valencia 2008, 237 págs.; Marino Barbero y Rosario Diego, (coord.) *Medios de comunicación y proceso penal*, Société Internationale de Defense Sociale y Univ. de Salamanca, 2000; Jacques Francillon, *Medias et Droit pénal. Bilan et perspectives*, en *Rev.sc.cim* (1) 2000. p. 59 y ss.; y ultimamente: Kury, Helmut.: *Punitivity international*. 3 vols. Bochum 2011.

36 Sobre la historia y los límites múltiples de la pasión del legislador francés por esta medida ver Christine Lazerges, *L'électronique au service de la politique criminelle: du placement sous surveillance électronique statique (PSE) au placement sous surveillance électronique mobile (PSEM)*, « *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* », 2006, p. 183.

37 V. un informe con referencias René Levi, *Le placement sur surveillance: Bilan de la phase de expérimentation*, en “Question pénales” 2003, junio, ruta en [www.cesdip.org/publication/questions pénales](http://www.cesdip.org/publication/questions_penales); Japiassú, C.E.A. *A crise do sistema penitenciário: a experiência da vigilância eletrônica*, en *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, 2007.

of global public opinion. The idea belongs to global public opinion that impunity is over for dictators. The Inter-American Court of Human Rights clearly and widely proclaimed this idea, which would undoubtedly supersede the vision of its judges, in the judgment on the *Barrrios Altos v. Peru* case of 14 March, 2001<sup>41</sup>. It has been consecrated in the conviction of ex-President Fujimori by the Supreme Court of Peru, on 7 April 2009.

It therefore belongs to the idea of contemporary public opinion, in consequence, as well as that general exclusion of impunity, the invalidity of “Full Stop” laws, self-amnesties; even for such complex issues and internal affairs, such as the German case of the soldiers who fired at those who fled over the wall and their commanders. Not even they can be sure—much less so those in command of them—that their impunity is guaranteed<sup>42</sup>. The debate over the legal treatment of the “war against terrorism” will not cease to have consequences in this order, after Bush, nor some criminal ways of conducting the war in the Middle East, such as the acts in Gaza at the end of 2008. It is very significative that the first Decree of President Obama was to close down Guantánamo and put an end to the use of torture<sup>43</sup>.

41 *La Corte interamericana de Derechos Humanos—Un Cuarto de Siglo: 1979-2004*, ed. Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José (Costa Rica), 2005, especially: Pablo Saavedra, *La respuesta de la jurisprudencia de la Corte Interamericana a las diversas formas de impunidad en casos de graves violaciones de derechos humanos y sus consecuencias*, p. 385 ff.; Laurence Burgogue-Larsen and Amaya Übeda de Torres, *Las decisiones básicas de la CIDH, Estudio y jurisprudencia*, Thomson Reuters, Pamplona 2009.

42 Cherif Bassiouni has directed over recent years a profound theoretical and politico-judicial work on the principles arising from the idea of impunity (*The Chicago Principles on post-conflict Justice*, 2008) and an extraordinary global study by regions of the processes of responsibility for war crimes and crimes against humanity after Nuremberg, soon to be published. Bassiouni, Ch.: *The Pursuit of International Criminal Justice: A World Study on Conflicts, Victimization, and Post-Conflict Justice*. Brussels. Ed. Intersentia, 2010.

43 See, with references, Mark Danner, *The Red Cross Torture Report: what it means*, in *The New York Review of Books*, 56, nº 7, April 2009.

las menores barbaridades posibles y los penalistas hemos de comunicar a la sociedad que el Estado lo hace y lo hace con los costos sociales menos elevados. Pero en todo caso, lo que no nos podemos permitir los penalistas ni tampoco la Sociedad es que haya en las normas penales espacios en los que la víctima no esté protegida, debiendo estarlo.

### 9. Una opinión pública mundial y la política criminal

En realidad todo lo que se enuncia como novedades del Derecho penal no es más que una parte del cambio del paisaje global de nuestro mundo cultural que tiene aspectos jurídicos, como los que se han mencionado, así como políticos y económicos. Los económicos son los más determinantes, pero los criminales también. De todo este cambio de paisaje, hay algo que se debe destacar en esta aproximación a los elementos más sobresalientes de lo nuevo pero consolidado de este cambio de paisaje. Lo primero es que se puede afirmar que hoy existe claramente una opinión pública mundial; que existe una cierta sensación de ciudadanía de mundo y que esa idea de las cosas del mundo estaba limitada, hasta hace muy poco tiempo, a los dirigentes de los países.

Así lo hemos podido percibir en varios casos penales por excelencia: el caso del genocidio en Yugoslavia, el caso Pinochet<sup>38</sup>, y, especialmente, el caso de la guerra de Irak o, mejor, el caso de las tres consecuencias básicas que aquí interesan de la guerra de Irak: concepto de guerra de agresión<sup>39</sup>, Guantánamo<sup>40</sup>, cárceles secretas y tortura. Hay

38 N. Roht-Arriaza, *The Pinochet effect*, Univ. Pennsylvania Press, Philadelphia 2004.

39 Al respecto v. Antonio Remiro Brotons, *Agresión, crimen de agresión, crimen sin castigo*, Documentos 10, Friede.org, Madrid 2005, también on line en inglés, y Elisabeth Lambert-Abdelgawad, *La répression du crime international d'agression: la révision programmée du Statut de Rome va-t-elle permettre l'impensable ?*, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2008 (1), p. 184-199.

40 Diane Marie Aman, *Abu Ghraib*, *U. Pen. Law Review*, Bd.153 (2004-2005), S. 2085 ff.

The present international financial crisis still continues in a critical phase, but when progress is made towards its solutions, it is very likely that what were criminal ideas and policies of territorial and cultural validity limited almost completely to the Anglo-Saxon world will be turned into universal premises, such as, for example, that of the criminal responsibility of legal persons. What is certain is that a good part of what we call European economic criminal Law is a product of the Americanization of institutions and regulations of governance of the European economy<sup>44</sup>, norms proper to the North American economy before the rise –and fall– of the *neocons* and of the international financial system<sup>45</sup>.

### 10. International harmonization of criminal Law and new forms of Comparative Law

In short, we face a great opportunity for the consolidation of international awareness of anti-judicial attitudes towards the most serious crimes. Moreover, we should stress that we find ourselves taking part in an impressive process of international harmonization of punishable conduct, harmonization of the protocols for judicial and criminal investigation and most particularly, extradition<sup>46</sup>.

The increasingly intense scrutiny of the problems of universal criminal jurisdiction and the international criminal court are therefore justified, as are the *ad hoc* courts. These are, in effect, despite their technical and political difficulties, the great political institutions at the start of this century and the most important manifestations

44 On the phenomenon of the Americanization of criminal Law see Adán Nieto Martín *¿Americanización o europeización del derecho penal económico?*, in *Revista penal*, 19, 2007, pp. 120-136 and the monographic work of *Archives de philosophie du droit*, 2001, n° 45.

45 See Adán Nieto, *Americanisation or europeisation of corporate crime?*, in M. Delmas-Marty /Mark Pieht /U. Sieber, *Les chemins de l'harmonisation pénale. Harmonising criminal law*, Société de Législation Comparée, Paris 2008.

46 See L. Arroyo Zapatero/A. Nieto Martín, *La orden de detención y entrega europea*, ed. UCLM, Cuenca 2006.

una opinión pública mundial fundada en los medios de comunicación tradicionales, que hacen incluso páginas completas en ambos lados del océano el mismo día y en el mismo momento, las televisiones que emiten en directo desde cualquier punto del mundo y hacia cualquier lugar, a lo que se une y reduplica la comunicación ya visual de comunicación de Internet. Esto es lo que ha hecho posible la generación de una opinión pública mundial. A la opinión pública mundial pertenece la idea de que se ha acabado la impunidad para los dictadores. Lo proclamó con claridad y con alcance, que sin duda superaría la visión de sus jueces, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia del caso "Barrios Altos" v. Perú, el 14 de 2001<sup>41</sup>. Lo ha consagrado la condena del ex Presidente Fujimori por la Corte Suprema del Perú el 7 de abril de 2009.

Pertenece pues a la idea de la opinión pública contemporánea, por lo tanto, además de esa exclusión general de la impunidad, la invalidez de las leyes de "punto final", las autoamnistías. Incluso asuntos tan complejos como internos, como puede ser el caso alemán de los soldados que disparaban a los que huían saltando el muro y de sus gobernantes. Ni esos pueden estar seguros –mucho menos los que los mandan– de que tengan garantizada la impunidad<sup>42</sup>. No dejará de tener consecuencias en

---

41 *La Corte interamericana de Derechos Humanos – Un Cuarto de Siglo: 1979-2004*, ed. Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José (Costa Rica), 2005, especialmente: Pablo Saavedra, *La respuesta de la jurisprudencia de la Corte Interamericana a las diversas formas de impunidad en casos de graves violaciones de derechos humanos y sus consecuencias*, p. 385 ss.; Laurence Burgogue-Larsen y Amaya Übeda de Torres, *Las decisiones básicas de la CIDH, Estudio y jurisprudencia*, Thomson Reuters, Pamplona 2009.

42 Cherif Bassiouni ha dirigido en los últimos años un profundo trabajo teórico y político-jurídico sobre los principios derivados de la idea de impunidad (*The Chicago Principles on post-conflict Justice*, 2008) y un extraordinario estudio mundial por regiones de los procesos de responsabilidad por crímenes de guerra y contra la humanidad después de Nuremberg: Bassiouni, Ch.: *The Pursuit of International Criminal Justice: A World Study on Conflicts, Victimization, and Post-Conflict Justice*. Bruselas. Ed. Intersentia, 2010.

of economic globalization<sup>47</sup> coupled with human rights.

The harmonization of criminal rules and institutions guide the principle of universal justice and the International Criminal Court. However, economic globalization also involves immensely powerful harmonizing factors. Events in the European Union are very significant, where sooner or later a true European penal area will be constituted, with substantive criminal and procedural norms and with common European judicial control<sup>48</sup>. The European Court of Justice in Strasbourg and the European Court of Human Rights has affected the refinement and Europeanization of criminal law of a Europe that beyond the EU itself today stretches from Lisbon to Vladivostok.

The principle of mutual trust is without a doubt the most relevant for the construction of that area of Freedom, Security and Justice in the European Union and its most important outcome is the Euro Warrant. Thanks only to this instrument, for example, the impunity of hundreds of members of the mafia convicted in Italy and sheltering on the Costa del Sol, in Spain was ended.

In the area of Latin America, reference has been made to some of the harmonizing effects and to progress, which will have to be followed with diligence. The MERCOSUR process will also have consequences at some point and it would be as well to

---

47 Marc Henzelin/Robert Roth, *Le droit pénal a l'épreuve de l'internationalisation*, Bruylant, Brussels 2002; Pedro David, *Globalizzazione, prevenzioni del delitto e giustizia penales*, Giuffrè, Milan, 2001; Otfried Höffe, *Demokratie im zeitalter der Globalisierung*, Beck, Munich, 2nd ed., 2002 (First published in 1999).

48 L. Arroyo Zapatero/A. Nieto Martín, *El Derecho penal de la Unión Europea. Situación actual y perspectivas de futuro*, Colección Marino Barbero Santos, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca 2007. L. Arroyo Zapatero/A. Nieto Martín, *La orden de detención y entrega europea*, Colección Marino Barbero Santos, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca 2007. L. Arroyo Zapatero/See Moreno Catena, *La Prueba en el Espacio Europeo de Libertad Seguridad y Justicia Penal*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006. Geneviève Giudicelli-Delage, *Droit pénal des affaires en Europe*, Themis, Paris 2006.



este orden el debate sobre el tratamiento jurídico de la "guerra contra el terrorismo" después de Bush, ni de algunas formas criminales de realización de la guerra en Oriente Medio, como los hechos de Gaza de finales de 2008. Resulta muy significativo que el primer Decreto del Presidente Obama haya sido el destinado al cierre de Guantánamo y a la supresión de la tortura<sup>43</sup>.

La presente crisis financiera internacional se encuentra todavía en una fase crítica, pero cuando se avance en sus soluciones es muy probable que lo que eran ideas y políticas criminales de vigencia territorial y cultural limitadas casi al mundo anglosajón se conviertan en postulados universales, como, por ejemplo, el de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Lo cierto es ya que buena parte de lo que llamamos Derecho penal económico europeo es producto de la americanización de las instituciones y normativas de gobierno de la economía europea<sup>44</sup>, normativa propia de la economía norteamericana de antes del ascenso –y caída– de los *neocons* y del sistema financiero internacional<sup>45</sup>.

## 10. Armonización internacional del Derecho penal y nuevas formas de Derecho Comparado

En definitiva, estamos ante una gran oportunidad para la consolidación de la conciencia internacional de la antijuridicidad respecto de los crímenes más graves. Y además se debe destacar que nos encon-

be prepared, for which the experience of the construction of European criminal and procedural law could serve as a laboratory<sup>49</sup>.

Furthermore, other international organisms call for harmonization that is inexorably fulfilled, with great agility. In the first place, it is a matter of the Treaties that underpin the United Nations, very especially the most recent ones, such as the conventions against transnational organized crime, against corruption, the traffic in human beings, money laundering etc. It is also a matter of other international organizations such as the Organization for Economic Cooperation and Development (OECD), the World Trade Organization (WTO) with its conventions against corruption and cybercrime<sup>50</sup>. Such movements advocating harmonization are surprising in no few cases for the countries in which they are active. They are received with criticism and defence of national-style legislation. Very impressive works are available on their study or systematization by a group of professors directed by Mireille Delmas-Marty, Ulrich Sieber and Mark Pieht, under the title *Les Chemins de l'Harmonisation*<sup>51</sup>. Universalization of criminal justice, globalization of criminality and harmonization of criminal norms call for a new form of comparative Law<sup>52</sup>. Harmonization of criminal norms should be prepared with that end in sight, which should be done more through the hybridiza-

43 Ver, con referencias, Mark Danner, *The Red Cross Torture Report: what it means*, en *The New York Review of Books*, 56, nº 7, abril 2009.

44 Sobre el fenómeno de la americanización del Derecho penal v. Adán Nieto Martín *¿Americanización o europeización del derecho penal económico?*, en *Revista penal*, Nº 19, 2007, págs. 120-136 (también en el portal [www.cienciaspenales.net](http://www.cienciaspenales.net)) y el monográfico de *Archives de philosophie du droit*, 2001, nº 45.

45 Vid. Adán Nieto, *Americanisation or europeisation of corporate crime?*, en M. Delmas-Marty /Mark Pieht /U. Sieber, *Les chemins de l'harmonisation pénale. Harmonising criminal law*, Société de Législation Comparée, Paris 2008. Versión española: *Los caminos de la armonización penal*, presentación de Luis Arroyo Zapatero y coord. Marta Muñoz de Morales, Valencia: Tirant lo Blanc 2009.

49 On the procedural aspects of harmonization and coordination, see Hoyos Sancho Montserrat (ed.), *Lex Nova*, Valladolid, 2008.

50 See Ulrich Sieber, *Mastering complexity in the global Cyberspace: The harmonization of computer-related Criminal law*, in M. Delmas-Marty /Mark Pieht /U. Sieber, *Les chemins de l'harmonisation pénale. Harmonising criminal law*, Société de Législation Comparée, Paris 2008.

51 M. Delmas-Marty /Mark Pieht /U. Sieber, *Les chemins de l'harmonisation pénale. Harmonising criminal law*, Société de Législation Comparée, Paris 2008.

52 The work plan over the next few years of the Instituto Max Planck is oriented in that direction by Ulrich Sieber: *Grenzen des Strafrechts. Grundlagen und Herausforderungen des neuen strafrechtlichen Forschungsprogramms am Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht*, *ZStW* 119 (2007) 1 ff.



tramos en un impresionante proceso de armonización internacional de las conductas punibles, de los protocolos de investigación judicial y penal así como del desarrollo de la cooperación judicial y muy especialmente de la extradición<sup>46</sup>.

Está pues justificada la atención cada vez más intensa a los problemas de la jurisdicción penal universal y a la Corte penal internacional, así como a los Tribunales *ad hoc*. Son, en efecto, a pesar de las dificultades técnicas y políticas las grandes instituciones políticas de este principio de siglo y la más relevante manifestación de una globalización económica<sup>47</sup> con derechos humanos.

Pero además de la armonización de reglas e instituciones penales que comportan el principio de la justicia universal y de la Corte Penal Internacional la globalización económica comporta factores de armonización de gran potencia. Es muy significativo lo que acontece en la Unión Europea, en donde se terminará más pronto que tarde constituyendo un verdadero espacio penal común, con normas penales materiales y procesales comunes y con un control judicial europeo común<sup>48</sup>. Resulta muy conveniente atender a la evolución reciente de la jurisprudencia de los Tribunales de Estrasburgo y de Luxemburgo y sus efectos para el refinamiento y europeización del Derecho penal de una Europa que más allá de la propia UE alcanza hoy de Lisboa

46 Ver L. Arroyo Zapatero/A. Nieto Martín, *La orden de detención y entrega europea*, ed. UCLM, Cuenca 2006.

47 Marc Henzelin/Robert Roth, *Le droit pénal a l'épreuve de l'internationalisation*, Bruylant, Bruselas 2002; Pedro David, *Globalizzazione, prevenzioni del delitto e giustizia penales*, Giuffrè, Milan, 2001; Otfried Höffe, *Demokratie im zeitalter der Globalisierung*, Beck, Munich, 2ª ed., 2002 (1ª de 1999).

48 L. Arroyo Zapatero/A. Nieto Martín, *El Derecho penal de la Unión Europea. Situación actual y perspectivas de futuro*, Colección Marino Barbero Santos, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca 2007; L. Arroyo Zapatero/A. Nieto Martín, *La orden de detención y entrega europea*, Ed. de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca 2007; Arroyo Zapatero/Moreno Catena, *La Prueba en el Espacio Europeo de Libertad Seguridad y Justicia Penal*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006. Geneviève Giudicelli-Delage, *Droit pénal des affaires en Europe*, Themis, Paris 2006.

tion of norms and institutions than through vertical instances that impose norms and institutions.

The three aforementioned phenomena not only call into question the paradigm of the territoriality of criminal law, but also that of the "true" Science of criminal Law. Some see the Germanic and Mediterranean areas –which also reach that fantastic territory between Rio Grande and Patagonia– as a fortress of penal dogmatism, surrounded by primitive peoples that neither understand nor wish to understand the logico-objective structure of things.

But, beyond the discussion on the universality of the Science of criminal Law<sup>53</sup>, international experience, above all since the approval of the Statute of Rome, not only shows that the English language has established itself as means of communication between penalists. It also suggests that Anglo-Saxon dogmatism, which not only has a level of intellectual development that belongs more to the eighteenth century, but some quite pre-Beccarian elements of substantive criminal Law, has somehow slipped in through the back door.

In that panorama, the need arises for us to move on to the preparation of what Fletcher formulated some years ago: a universal grammar of penal Science<sup>54</sup>. Penalists that identify with Beccaria and von Liszt sense the need to adopt an innovative attitude. Innovation is not something exclusive to the experimental and engineering sciences. It could well be innovative to bring Anglo-Saxon jurists closer to an understanding of our rules of *error de tipo* [mistake of fact] and *error de prohibición* [error of prohibition] for the treatment of the consequences, in order to determine the penalty on the basis of a principle that is common to both worlds, the principle of proportionality; a form of reason-

53 Hans Joachim Hirsch, *Internationalisierung des Strafrechts und der Strafrechtswissenschaft*, *ZStW* 116 (2004) n. 4, S. 835-854.

54 See Georg Fletcher. *Conceptos básicos de Derecho Penal*, Tirant, Valencia 1997, S. 19, and now in *The grammar of Criminal Law*, vol.1, Oxford University Press, 2007.

a Vladivostok. El principio de confianza mutua es sin duda el más relevante para la construcción de ese espacio de Libertad y Seguridad en la Unión Europea y su fruto más importante es el de la euro orden de detención y entrega. Solo gracias a ésta se ha logrado, por ejemplo, acabar con la impunidad de centenares de mafiosos condenados en Italia y refugiados en la Costa del Sol de España.

En el espacio de América latina ya se ha aludido a algunos de los efectos armonizadores y de progreso, a los que habrá de atenderse con solicitud. También tendrá consecuencias en algún momento el proceso del MERCOSUR y bueno sería que nos hallara preparados, para lo cual la experiencia de la construcción del Derecho penal y procesal europeo podría servir como laboratorio<sup>49</sup>.

Por otra parte otros organismos internacionales proporcionan reclamos de armonización que se cumplen de modo inexorable y con novedosa agilidad. Se trata en primer lugar de los Tratados que produce Naciones Unidas, muy especialmente los más recientes, como los convenios contra el crimen organizado transnacional, contra la corrupción, el tráfico de personas, el lavado de dinero, etc., pero también otras organizaciones internacionales como la Organización para el desarrollo y la cooperación económica (OCDE), la Organización Mundial del Comercio (OMC) con sus convenios contra la corrupción o contra la Cibercriminalidad<sup>50</sup>. Tales movimientos de armonización resultan en no pocos casos sorprendentes a los países sobre los que se proyectan y se reciben con críticas y defensas de la

49 Sobre los aspectos procesales de la armonización y coordinación v. Hoyos Sancho Montserrat (coord.) *El proceso penal en la Unión-Europea: Garantías esenciales// Criminal proceedings in the European Union: essential safeguards*, Lex Nova, Valladolid 2008.

50 V. Ulrich Sieber, *Mastering complexity in the global Cyberspace: The harmonization of of computer-related Criminal law*, en M. Delmas-Marty /Mark Pieht /U. Sieber, *Les chemins de l'harmonisation pénale. Harmonising criminal law*, Société de Législation Comparée, Paris 2008. *El control de la complejidad en el ciberespacio global: la armonización de los delitos informáticos*, en *Los caminos de la armonización penal*, cit., p. 155 y ss.

ing with which the Anglo-Saxon world is indeed familiar<sup>55</sup>. However, the world is not only organized around two legal cultures: Latin and Anglo-Saxon. Not only should the science of comparative Law take steps to understand the legal cultures of Asia and the Pacific and the countries organized in accordance with the legal principles of Muslim law in its broadest sense, but it should also seek to integrate their differences through the common acquis of international law, including what is properly criminal law<sup>56</sup>. ■

55 As I have tried to do in my work *El principio de culpabilidad y sus plasmaciones. Reflexiones y propuestas para la construcción de una normativa común europea*, 1999 *Revista Penal*, 1999 (3), see also Carbonell, Miguel, (ed.) *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito 2008.

56 A wide panorama of events regarding integration and investigation can be broadly appreciated in the works of Delmas-Marty cited in fn. 5. Also, a presentation of this panorama in Sieber, Ulrich.: *Rechtliche Ordnung in einer globalen Welt. Die Entwicklung zu einem fragmentierten System von nationalen, internationalen und privaten Normen*, in *Rechtstheorie*, Vol. 41, Nº 2, 2010, pp. 151-198, English version in Max Planck Yearbook of United Nations Law, Bd. 15, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden 2010.

legislación de estilo nacional. A su estudio u sistematización han dedicado recientemente muy cualificados trabajos un numeroso grupo de profesores dirigidos por Mireille Delmas–Marty, Ulrich Sieber y Mark Pieth, bajo el título de *Les Chemins de l'Harmonisation*<sup>51</sup>. Universalización de la Justicia penal, globalización de la criminalidad y armonización de las normas penales reclaman una nueva forma de hacer Derecho comparado<sup>52</sup>. A tal fin debe prepararse la armonización de las normas penales, lo que debe hacerse más a través de la hibridación de normas y de instituciones que a través de instancias verticales que imponen normas e instituciones.

Los tres fenómenos mencionados no solo ponen en cuestión el paradigma de la territorialidad de la ley penal, sino también el de la "verdadera" Ciencia del Derecho penal. Algunos ven el espacio germánico y mediterráneo –que también alcanza ese territorio fantástico entre Rio Grande y la Patagonia– como una fortaleza de la dogmática penal, rodeada de pueblos primitivos que ni entienden ni quieren entender la estructura lógico–objetiva de las cosas.

Pero más allá de la discusión sobre la universalidad de la Ciencia del Derecho penal<sup>53</sup>, la experiencia internacional, sobre todo desde la puesta en marcha del Estatuto de Roma, muestra que no solamente se ha establecido entre los penalistas la lengua inglesa como instrumento de comunicación, sino que por la puerta trasera también se ha colado la dogmática anglosajona, que no solamente tiene un nivel de elaboración intelectual propio del siglo XVIII, sino algunos elementos de Derecho penal material prebecarianos.

De todo ese panorama se deriva para nosotros la necesidad de proceder a la elaboración de lo que Fletcher formuló hace unos años: una gramática universal de la Ciencia penal<sup>54</sup>. Los penalistas que nos reconocemos en Beccaría y en von Liszt tenemos la necesidad de adoptar una actitud de innovación. Innovación no es algo exclusivo de las ciencias experimentales y de las ingenierías. Podría constituir también innovación el acercar a los juristas anglosajones a la comprensión de nuestras reglas sobre el error de tipo y el error de prohibición para el tratamiento de las consecuencias para la determinación de la pena a partir de un principio común a ambos mundos como el principio de proporcionalidad, un argumento con el que sí está familiarizado el mundo anglosajón<sup>55</sup>. Pero el

---

51 M. Delmas–Marty/Mark Pieth /U. Sieber, *Les chemins de l'harmonisation pénale. Harmonising criminal law*, Société de Législation Comparée, Paris 2008, cit.

52 A tal fin está orientado el plan de trabajo para estos años del Instituto Max Planck por Ulrich Sieber: *Grenzen des Strafrechts. Grundlagen und Herausforderungen des neuen strafrechtlichen Forschungsprogramms am Max–Planck–Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht*, ZStW 119 (2007) p.1 y ss. En español: *Límites del Derecho penal*, en *Revista Penal*, 2008, nº 20, p. 125 y ss.

53 Hans Joachim Hirsch, *Internationalisierung des Strafrechts und der Strafrechtswissenschaft*, ZStW 116 (2004) n. 4, p. 835–854.

54 Vid. Georg Fletcher. *Conceptos básicos de Derecho Penal*, Tirant, Valencia 1997, S. 19, y ahora en *The grammar of Criminal Law*, vol.1, Oxford University Press, 2007.

55 Como lo he intentado en mi trabajo *El principio de culpabilidad y sus plasmaciones. Reflexiones y propuestas para la construcción de una normativa común europea*, 1999

mundo no se organiza tan sólo en base a dos culturas jurídicas como la latina y la anglosajona. La ciencia del Derecho comparado debe ocuparse no sólo de conocer también las culturas jurídicas de Asia y pacífico y de los países organizados conforme a los principios jurídicos del derecho musulmán en sentido amplio, sino también de intentar integrar lo diferencial de ellas mismas en el acervo común del derecho internacional, incluido el propiamente penal<sup>56</sup>. ■

---

*Revista Penal*, 1999 (3), ver también Carbonell, Miguel, (ed.) *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito 2008.

<sup>56</sup> Un amplio panorama de los fenómenos de integración y de investigación puede verse ampliamente en las obras de Delmas-Marty citadas en nota 5. Una presentación de ese panorama también en Sieber, Ulrich: *Rechtliche Ordnung in einer globalen Welt. Die Entwicklung zu einem fragmentierten System von nationalen, internationalen und privaten Normen*, en *Rechtstheorie*, Vol. 41, Nº 2, 2010, págs. 151-198, versión en inglés en *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Bd. 15, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden 2010).



## La privatización de la lucha contra la corrupción

Adán NIETO MARTÍN

*Instituto de Derecho penal europeo e internacional–UCLM.*

### I. Los malvados funcionarios y los extorsionados empresarios

Históricamente la corrupción fue siempre un asunto de funcionarios públicos o políticos “improbos” que se aprovechaban de su cargo para vender funciones públicas o que incluso, en el peor de los casos, extorsionaban a los particulares haciéndoles pagar por los servicios públicos que debían prestar. Esta es la “imagen” de la corrupción que se refleja en los Códigos penales europeos del XIX y en cierto modo es aún la “imagen” de la corrupción que pervive entre los ciudadanos. En las noticias de prensa sobre corrupción o financiación ilegal de partidos, más allá del debate jurídico, la responsabilidad social y moral en los casos de corrupción parece ser exclusiva de los políticos o de los funcionarios públicos.

Esta narración de la corrupción se corresponde con el argumento empresarial: “no me queda otro remedio, si quiero hacer negocios en el país A, tengo que pasar por el aro y sobornar como hace todo el mundo”. Esta forma de pensar, a la que los criminólogos consideran una técnica de neutralización<sup>1</sup>, es enormemente perjudicial y ha conducido a una multiplicación exponencial de la corrupción. El argumento supone asumir que en determinados

---

<sup>1</sup> Cfr. Matza, *El proceso de desviación*, Taurus, 1981. Sobre las técnicas de neutralización y su distinta influencia según nos encontremos en el ámbito del sector público o privado, Gopinath, *Recognizing and Justifying Private Corruption*, *Journal of Business Ethics*, Vol. 83, nº 3.



## The privatization of the fight against corruption

Adán NIETO MARTÍN

*The Institute of European and International Criminal Law–UCLM.*

### I. The wicked public officials and the extorted businessmen

Historically, corruption was always a matter of “dishonest” public officials who drew advantages from their position in order to sell public functions or, even, in the worst case, extort individuals by making them pay for the public services they provided. This is the “image” of corruption which is reflected in the European criminal Codes of the XIXth century and, somehow, this is still the “image” of corruption that remains between citizens. In the news about corruption or illegal party funding, beyond legal debate, social and moral responsibility seem to be confined to politicians or public officials.

This narrative of corruption corresponds to the business argument: “there is no other alternative, if I want to do business in that country I have to jump through hoops and bribe like everyone does”. This kind of thinking, what criminologists consider a neutralisation technique<sup>1</sup>, is hugely damaging and has led to an exponential growth of corruption. The argument implies acceptance of the fact that, in some countries, corruption is a kind of tax or “necessary evil” and is not deserving of reproach.

---

<sup>1</sup> Cfr. Matza, *El proceso de desviación*, Taurus, 1981. About the neutralization techniques and its different influence depending on whether we are in the public or the private sector, Gopinath, *Recognizing and Justifying Private Corruption*, *Journal of Business Ethics*, Vol. 83, nº 3.



países la corrupción es una especie de impuesto o de mal necesario que no merece ningún reproche.

Desde las filas del análisis económico del derecho ha habido incluso intentos serios de mostrar cómo la corrupción era funcional para los mercados<sup>2</sup>. Igualmente en los sistemas jurídicos nacionales ha sido fácil encontrar ejemplos que se corresponden con esta idea. En España, hasta la reciente reforma penal del 2010, las penas de la corrupción de funcionarios públicos eran mayores que las de particulares. Igualmente el número de conductas sancionadas como corrupción era mayor en el caso de funcionarios públicos, hasta tal punto que se discutía si el particular que compraba votos en el Parlamento o en una asamblea local cometía un comportamiento delictivo<sup>3</sup>. Pero, sin duda, la mejor expresión de esta concepción “amable” de la corrupción en relación con las empresas era la posibilidad de desgravación fiscal de los sobornos, en algunos países de la UE como Alemania<sup>4</sup>. Lógicamente dentro de esta imagen o narrativa, la corrupción entre privados constituía una excentricidad del legislador.

Sin embargo, desde hace algunos años en el mundo del derecho y de las políticas públicas se observa un cambio de estrategia<sup>5</sup>. La corrupción

From the ranks of the economic analysis of law, serious attempts have been made in order to show how corruption is functional for the markets<sup>2</sup>. Likewise, in the national legal systems it has been easy to find examples of this idea. In Spain, until the recent criminal reform in 2010, criminal sanctions for corruption of public officials were more severe than those of the individuals. In the same way, the number of acts which were punished as corruption was higher in the case of public officials. It has even been discussed if the citizen who buys votes in the Parliament or in a local Assembly is committing an offence<sup>3</sup>. But, without a doubt, the best expression of that “kind” conception of corruption companies was the possibility of deducting the bribe as tax relief, in some countries in the EU such as Germany<sup>4</sup>. Logically, inside this image or narrative, private corruption was considered an eccentricity of the law maker.

Nevertheless, for some years in the world of law and public policies, a change of strategy has been observed<sup>5</sup>. Corruption is becoming a “two way street”. The most recent criminal policy has also recognized the responsibility of companies in the fight against corruption. The modern public policy

---

2 Pese a que las teorías funcionalistas han sido objeto de numerosas críticas, la literatura más influyente en materia de corrupción, la proveniente de los economistas neoclásicos, centra su discurso principalmente en los aspectos económicos. Lo que ha contribuido a fomentar un discurso en el que este tipo de argumentos tiene un mayor peso, que aquellos que ven en la corrupción un problema, por ejemplo, de falta de calidad democrática. Al respecto extensamente, Maroto Calatayud, *Corrupción y financiación de partidos. Un análisis político criminal*. Tesis doctoral. Ciudad Real. 2012.

3 Sobre esta cuestión Nieto Martín, *La corrupción en el comercio internacional*, en *Estudios de Derecho penal*, coord. Nieto Martín. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha. Instituto de derecho penal europeo e internacional. Ciudad Real. 2004.

4 Vid. Joecks, *Steuerliche Behandlung der Bestechung*, en Pieth/Eigen, *Korruption im internationalen Geschäftsverkehr*, Lucterhand, 1999.

5 Vid. los orígenes de este cambio de rumbo en las contribuciones de Thomas, Heimann y Bierich a Pieth/Eigen, (not. 4), p. 521 ss.

---

2 Despite the many criticisms which have been received by functionalist theories, the most influential doctrine on corruption –the one coming from the neoclassical economists– focuses mainly on the economic aspects. That has boosted a speech in which this kind of arguments have greater weight than those that consider that corruption is a problem, for example, of lack of democratic quality. With regard to it, widely, see Maroto Calatayud, *Corrupción y financiación de partidos. Un análisis político criminal*. Doctoral thesis. Ciudad Real. 2012.

3 On this issue, see: Nieto Martín, *La corrupción en el comercio internacional*, in *Estudios de Derecho penal*, coord. Nieto Martín. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha. Instituto de derecho penal europeo e internacional. Ciudad Real. 2004.

4 Vid. Joecks, *Steuerliche Behandlung der Bestechung*, en Pieth/Eigen, *Korruption im internationalen Geschäftsverkehr*, Lucterhand, 1999.

5 See the origins of this change of direction in the contributions of Thomas, Heimann y Bierich a Pieth/Eigen, (not. 4), p. 521 et seq.

está pasando a ser “cosa de dos”. La política criminal más reciente ha responsabilizado también a las empresas en la lucha contra la corrupción. La moderna política pública de lucha contra la corrupción se caracteriza porque: (a) exigen a las empresas que adopten medidas internas de prevención de la corrupción y que ayuden al Estado – a su policías, jueces y fiscales – en la investigación y esclarecimiento de los casos de corrupción; (b) les prohíben sobornar tanto a funcionarios públicos como a directivos o empleados de otras empresas; (c) en la corrupción internacional sancionan a las empresas y a sus agentes, desinteresándose de la sanción del funcionario público.

Este trabajo tiene como objetivo mostrar esta nueva estrategia de la lucha contra la corrupción, que se caracteriza en lo regulatorio por ser uno de los ejemplos más claros de ejemplo regulador del *global law*<sup>6</sup>: confluencia de organizaciones internacionales, que trabajan en red con actores públicos y privados (empresas multinacionales) y que utiliza para alcanzar sus objetivos herramientas normativas procedentes del *hard law*, del *soft law* y la autorregulación empresarial.

## II. Los orígenes: la FCPA

La aparición de esta nueva política anticorrupción tiene sus orígenes más remotos en la *Foreign Corrupt Practices Act (1977)*<sup>7</sup> y, puede decirse, que su último fruto es la *Bribery Act* del Reino Unido (2011).

Tras la II Guerra Mundial en el mundo aparecen un gran número de nuevos Estados como consecuencia del proceso de descolonización. Muchas de las antiguas colonias tenían grandes riquezas naturales que explotar, se encontraban en la necesidad

on fight against corruption is characterised by: (a) companies are required to take internal preventive measures and help the State –its police body, judges and prosecutors– in the investigation and clarification of the corruption cases; (b) they are forbidden to bribe both public officials and managers or employees from different companies; (c) in international corruption, sanctions are imposed to companies and its agents, with no concern for the punishment of the civil servant.

This work aims to show this new strategy in the fight against corruption which is characterised by being a clear example of the regulatory effect of the *global law*<sup>6</sup>: a confluence of international organizations which network with public and private actors (multinational companies) and use regulatory tools coming from the hard law, the soft law and the business self-regulation.

## II. The origins: the FCPA

The appearance of the new anticorruption policy has its more remote origins in the *Foreign Corrupt Practices Act (1977)*<sup>7</sup> and it can be affirmed that its last product is the *Bribery Act* in the United Kingdom (2011).

After the Second World War, a lot of new States appeared due to the decolonization process. Many of the ancient colonies had great natural wealth yet to exploit, they needed to carry out great public works. They also had armies and police which must be equipped, and it involved purchasing weapons, planes, submarines, etc. Since the business structure, in most of the countries, was very weak and there were no suitable technology for the exploitation of the resources, the creation of infrastructures or

6 Sieber, *Legal Order in a Global World*, en von Bogdandy/Wolfrum, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol. 14, 2010.

7 En lo que sigue y para más detalles me remito a Nieto Martín, *La corrupción en el comercio internacional (o de cómo la americanización del derecho penal puede tener de vez en cuando algún efecto positivo)*. *Revista Penal*. Nº 11. Julio. 2003

6 Sieber, *Legal Order in a Global World*, in von Bogdandy/Wolfrum, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol. 14, 2010.

7 From now on, and for more details, see: Nieto Martín, *La corrupción en el comercio internacional (o de cómo la americanización del derecho penal puede tener de vez en cuando algún efecto positivo)*. *Revista Penal*. Nº 11. July. 2003

de realizar grandes obras públicas. Tenían incluso ejércitos y policías que equipar, lo que significaba adquirir armas, aviones, submarinos etc. Como en la mayoría de estos países existía una estructura empresarial muy débil y no disponían además de tecnología adecuada para la explotación de sus recursos, la creación de infraestructuras o el suministro de bienes, fueron las grandes compañías multinacionales las que se aprovecharon de este nuevo mercado.

En este contexto se produce un cóctel explosivo compuesto por grandes oportunidades de negocios en países con administraciones extraordinariamente débiles, gobernantes autoritarios decididos a expoliar las riquezas nacionales, sistemas jurídicos débiles y empresas mucho más poderosas que los gobiernos que compiten entre sí por el reparto del pastel. El resultado es lo que conocemos como gran corrupción<sup>8</sup>. Por supuesto, que en países desarrollados también existen problemas de corrupción en negocios de considerable importancia, pero la corrupción en los nuevos países era al menos cuantitativamente mayor y las posibilidades de castigarla mucho menores, entre otras razones porque el sistema judicial era muy débil y no existía una prensa lo suficientemente fuerte y libre para denunciar los desmanes.

En EEUU en la década de los 70 y 60 se vive una etapa regeneracionista de la vida económica y política, hija del espíritu de protesta contra la guerra de Vietnam y la lucha por los derechos civiles. En lo que nos afecta, el detonante del proceso de cambio fue el asunto *Watergate* y la constatación de que la mayoría de las grandes empresas norteamericanas tenían que gastar sumas muy considerables de dólares en pagar sobornos. En este contexto es en el que en 1977 nace la *Foreign Corrupt Practices Act* que es el germen de la política criminal moderna contra la corrupción: es decir de la exigencia al sector privado de que se implique y responsabilice

---

8 Moody-Stuart, La gran corrupción, Siddharta, Madrid, 1994.

the supply of goods, big multinational companies took advantage from this new market.

In this context, it is produced an explosive cocktail composed of great business opportunities in countries which have a really weak public administration, authoritarian politicians which are determined to plunder the national wealth, weak legal systems, and companies –much more powerful than the government– competing with each other in order to cut the cake. The result is what is known as the grand corruption<sup>8</sup>. Of course there are corruption problems related to significant business as well in the developed countries but corruption in new countries was larger –in quantitative terms– and it was less likely to punish it, not least because the judicial system was very weak and the press was not free and strong enough to highlight the outrages.

In the USA, during the sixties and seventies, a regenerationist period of economic and political life took place, as a result of the spirit of protest against the Vietnam War and the fight for civil rights. As far as we are concerned, the process of change was triggered by the *Watergate* affair and the finding of the considerable sums of dollars that most of the big companies in North America had to spend on bribes. It is against this backdrop when, in 1977, the Foreign Corrupt Practices Act was born. This rule constitutes the seed of the modern criminal policy against corruption: that is, the requirement to the private sector to get involved and take responsibility for the fight against corruption. The most well-known feature of this rule is that it is applicable only to the corruption committed by the businessman but not to the public official who took part of the corruption. Although the FCPA is a law that aims the suppression of the international corruption, eventually, its influence has been extended to all types of corruption.

---

8 Moody-Stuart, La gran corrupción, Siddharta, Madrid, 1994.

en la lucha contra la corrupción. El rasgo más conocido de esta norma es que se aplica únicamente a la corrupción realizada por el empresario, pero no por el funcionario público que ha cometido el delito. Aunque es una ley destinada a la represión de la corrupción internacional, en realidad su influencia se ha extendido a todo tipo de corrupción.

La FCPA contiene los tres rasgos más importantes de la política actual en materia de corrupción:

El primer vector de cambio es entender que los efectos perjudiciales de la corrupción no radican solo en el daño que generan a la administración pública, sino que altera la competencia y daña a los inversores<sup>9</sup>. Altera la competencia, porque cuando una empresa consigue un contrato gracias a un soborno realiza un comportamiento de competencia desleal en relación al resto de los competidores. Una de las razones que motivó la aprobación de la FCPA y después el Convenio de la OCDE es precisamente la distorsión de la competencia que produce la corrupción. Pero la corrupción afecta también a los accionistas. Las empresas que habían hecho pagos extraordinarios en materia de corrupción arriesgaron el dinero de los accionistas, sin comunicárselos y poniendo de manifiesto además que su sistema de controles era manifiestamente débil. La prohibición de los sobornos supone un problema de gobierno corporativo, de administración desleal del patrimonio societario<sup>10</sup>. Al proteger la competencia y los intereses de los accionistas mediante una ley con clara vocación de aplicarse extraterritorialmente, la FCPA constituye uno de los primeros ejemplos de la nueva *lex mercatoria* que surge con la globalización.

---

9 La puesta en conexión de la corrupción con la pobreza, la necesidad de hacer reformas públicas y los derechos humanos procede, sin embargo, de los autores cercanos al Banco Mundial y al FMI, como forma de justificar su actividad sobre un ámbito en principio tan lejano a sus competencias, Maroto Calatayud, (not. 3) op. cit. p, 53 ss.

10 Maroto Calatayud, (not. 3) op. cit. p 43 ss

The FCPA contains the three enablers which determine the modern policy against corruption.

The first enabler of change is to understand that the damaging effects of corruption do not lie in the damage it generates to the public administration. The harmfulness of corruption goes far beyond that: it distorts competition and damages the investors<sup>9</sup>. It distorts competition because when a company gets a contract by means of bribery, it accomplishes an act of unfair competition with regard to other competitors. One of the reason why the FCPA was adopted, and then OECD Convention, is precisely because of the distortion of competition caused by corruption. But corruption affects also shareholders. Companies which have made extraordinary expenditures in terms of corruption risk shareholders' money, without communicating it and bringing to light the glaring weakness of its control system. The ban of bribes is a problem of corporate governance, of improper administration of the company's asset<sup>10</sup>. By protecting competition and shareholders' interest through a law with a vocation of extraterritorial application, the FCPA constitutes one of the first examples of the new *lex mercatoria*.

Corruption generates economic inefficiency for two reasons. The first reason has a macroeconomic character. Corruption implies a misallocation of resources that defeat the social function of competition. When the administration decides to grant the construction of a hospital to the company that gave a larger bribe, it is refusing other offers which can be technically better. In the long term, it involves damage to everybody: the investment in corruption is more profitable than investment in technology. The second is microeconomic. Eventually, the

---

9 The connection between corruption and poverty, the need of making public reforms and human rights come, however, from authors close to the World Bank and the IMF as a way of justifying its activity in a field which is, a priori, so far from its competence, Maroto Calatayud, (not. 3) op. cit. p, 53 et seq.

10 Maroto Calatayud, (not. 3) op. cit. p 43 et seq.

La corrupción genera ineficiencia económica por dos razones. La primera es de carácter macroeconómico. La corrupción supone una mala asignación de recursos que frustra la función social de la competencia. Cuando la administración decide otorgar la construcción de un hospital a la empresa que más ha sobornado, está dejando de lado otras ofertas que pueden ser mejores técnicamente. A largo plazo esto supone un perjuicio para todos: la inversión en corrupción es más rentable que la inversión en tecnología. La segunda razón es de carácter microeconómico o de economía de la empresa. El precio del soborno al final lo paga el sobornado. Es el conocido efecto *kick back*. El soborno que ha pagado la constructora por el hospital lo acaba pagando la administración (el Ministerio de Infraestructuras). La corrupción por tanto supone un perjuicio patrimonial para el ente público para el organismo público a que pertenece el sobornado<sup>11</sup>.

Después volveremos sobre alguno de estos argumentos, por ahora me interesa solo subrayar lo siguiente. Si estos son los “nuevos” argumentos que legitiman la lucha contra la corrupción, resulta evidente que son aplicables tanto a la corrupción de funcionarios públicos como a la corrupción de los directivos de una empresa. El daño en términos de ineficiencia económica o de perjuicio patrimonial es similar iguales. Cuanto acaba de indicarse valdría *mutatis mutandis*, si en el ejemplo anterior el hospital fuera de capital privado y no público.

El segundo vector de cambio que introduce la FCPA en la política anticorrupción es corresponsabilizar a la empresas en la prevención de la corrupción, estableciendo un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas que se basa en la idea de que las empresas deben implicarse activamente en la prevención y detección de aquellos

price of the bribe is paid by the bribe-taker. That is the effect known as “kick back”. The bribe which has been paid by the construction company in order to be granted the construction rights of a hospital, finally it is paid by the administration (Ministry of Public Works). Therefore, corruption involves damage to the public entity which the bribe-taker belongs to<sup>11</sup>.

We will return to some of these arguments, but, for the moment, I am only interested in highlighting the following. If these are the “new” arguments that legitimise the fight against corruption, the truth is that they are applicable to both corruption of public officials and corruption of the managers of a company. Damage, in terms of inefficiency or financial damage, is similar. What we have just mentioned could be applied *mutatis mutandi* if, in the previous example, the hospital was financially supported by private capital, instead of public.

The second enabler of change which is introduced by the FCPA in the anticorruption policy is giving co-responsibility to companies for the prevention of corruption, by establishing a system of criminal liability of legal persons which is based on the idea that companies have to get actively involved in the prevention and detection of those offences whose risk of being committed increases as a result of the activity of the company<sup>12</sup>. Some years later, this system based on the compliance programs would be adopted by the “Sentencing Guidelines for Organisational Offenders”<sup>13</sup> and, from there, it is spreading to the rest of the world. In some EU countries, the most important trend is that the basis of the criminal liability of legal persons is precisely

11 Vid. Nieto/Foffani, Administración desleal y gobierno corporativo. Casos y problemas de derecho comparado, Revista Penal. Vol 17. Enero 2006

11 See Nieto/Foffani, Administración desleal y gobierno corporativo. Casos y problemas de derecho comparado, Revista Penal. Vol 17. January. 2006

12 Cfr. Woof/Craag, The US Foreign Corrupt Practices Act: The Role of Ethics Law and Self-regulation in Global Markets, en Craag (ed), Ethics Codes, Corporations and the Challenge of Globalization, 2005, p. 112 et seq.

13 In great detail: Gómez Jara, La responsabilidad penal de las empresas en los EE.UU, Ramón Areces, 2006, p. 63 et seq.



hechos delictivos cuyo riesgo de aparición se incrementa como consecuencia de la actividad que realiza la empresa<sup>12</sup>. Años después este sistema basado en los *compliance programs* sería el acogido por el *Sentencing Guidelines For Organizational Offenders*<sup>13</sup> y de ahí se está extendiendo paulatimamente la resto del mundo. En los países de la UE, la tendencia predominante es que el fundamento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se deriva, precisamente, en no haber adoptado medidas de prevención y detección, con el fin de impedir que sus empleados realicen hechos delictivos. La responsabilidad de la persona jurídica es otro de los pilares de la nueva estrategia anticorrupción: la de exigir una implicación al sector privado en la lucha contra la corrupción y no entender que esta es obra de funcionarios públicos desleales.

La tercera novedad que introduce la FCPA es la extraterritorialidad del derecho penal nacional. Cuando los delitos de corrupción se concebían exclusivamente en términos de perjuicio a la administración pública de un Estado, la competencia de cada Estado se limitaba a la protección de la probidad de su propia administración. La estrategia era que cada uno se ocupaba de sus propios funcionarios. Por esta razón, el empresario español que sobornaba a un funcionario polaco en Madrid no cometía ningún delito, tampoco por supuesto y conforme al derecho español si lo hacía en Polonia. Lo que era delito perseguible en España, conforme al principio de protección de intereses, era la corrupción de un funcionario español en Polonia por un ciudadano polaco o por cualquier otra persona. La FCPA rompe con este esquema y sanciona precisamente la corrupción de funcionarios de otros Estados y organizaciones internacionales realizada

12 Cfr. Woof/Craag, *The US Foreign Corrupt Practices Act: The Role of Ethics Law and Self regulation in Global Markets*, en Craag (ed), *Ethics Codes, Corporations and the Challenge of Globalization*, 2005, p. 112 ss.

13 Más detalles en Gómez Jara, *La responsabilidad penal de las empresas en los EE.UU.*, Ramón Areces, 2006, p. 63 ss.

the fact that the company did not take measures of prevention and detection in order to avoid the commission of crimes by its employees. Criminal liability of legal persons is one of the basic pillars of the new anti-corruption strategy: Requiring that the private sector gets involved in the fight against corruption and come to understand that corruption is not just committed by disloyal public officials.

The third innovation which is introduced by the FCPA is the extraterritoriality of national criminal law. When corruption offences were understood only in terms of damage to public administration of one State, the competence of each States were confined to protect the probity of its own administration. The strategy was that each one took charge of its own public officials. That is the reason why the Spanish businessman which bribed a Polish public official in Madrid did not commit any offence, neither did he under Spanish law if he bribed in Poland. What constituted an offence under Spanish law was the corruption of a Spanish public official in Poland committed by a Polish citizen or any other person. The FCPA breaks this pattern and precisely punishes the corruption of public officials from foreign countries and international organization when it is committed by North American companies or committed in US territory.

Each one of these points corresponds to the creation of "more criminal law": more criminal law to punish private corruption, more criminal law to criminally punish legal persons, more criminal law to punish corruption committed outside national borders.

### III. Private corruption

The punishment of private corruption in the EU countries is the result of the EU law. It is true that from the beginning of the XX century, in some EU countries, bribery of employees of private companies was punished but these wrongdoings had not much importance in practice. The Joint Action<sup>14</sup> first, and then, the EU Framework Decision<sup>15</sup> have

por empresas norteamericanas o realizada en el territorio de los Estados Unidos.

Cada una de estos puntos se corresponde con la creación de "más derecho penal": más derecho penal para sancionar la corrupción entre privados, más derecho penal para sancionar penalmente a las personas jurídicas, más derecho penal para sancionar la corrupción realizada fuera del territorio.

### III. La corrupción entre privados

La sanción de la corrupción entre privados en los países de la UE es consecuencia del derecho de la Unión Europea. Es verdad que desde comienzos del siglo XX en algunos países de la UE se sancionaba el soborno de los empleados de empresas privadas, pero estas infracciones apenas si tenían importancia en la práctica. La Acción Común<sup>14</sup>, primero, y la Decisión Marco de la UE<sup>15</sup>, después sobre corrupción en el sector privado han servido como revulsivo para llamar la atención sobre este nuevo tipo de corrupción. Igualmente tanto la Convención del Consejo de Europa sobre la Corrupción (art. 7), como la Convención de Naciones Unidas (art. 21), contienen una previsión similar a la de la directiva europea<sup>16</sup>.

Debido precisamente a la importancia de la legislación supranacional en esta materia resulta especialmente preocupante que ninguno de estos instrumentos tenga una imagen clara de hasta dónde resulta legítima la intervención del derecho penal en este sector. El caso paradigmático es el de la UE. La DM sobre corrupción entre privados planteaba una curiosa forma de transposición a dos ve-

worked as a revulsive in order to draw attention on this new type of corruption. Likely, both the Council of Europe Convention on corruption (art. 7) and the United Nation Convention (art. 21) have a similar provision to that in the European Directive<sup>16</sup>.

Precisely due to the importance of the EU law, it is especially worrying that neither the EU Framework Decision nor the European Commission in its recent report has a clear idea of how far the intervention of criminal law in that sector can be legitimate.

The paradigmatic case is the European Union. The Framework Decision on private corruption posed a curious way of transposition based on a two-speed system. Until 2010, the States could limit the sanction of private corruption by punishing only the cases that "involves or can involve the distortion of competition in relation to the purchase of goods or services"<sup>17</sup>. So far, most of States have punished, basically, the cases where several companies competed in offering its good and services to others and, with the aim of being chosen, they gave a bribe to a manager or employee who had a basic role in the contracting process. This conduct is the stereotype of private corruption. The wording of the newly introduced article 286 bis of the Criminal Code is largely due to this restriction<sup>18</sup> which has been greeted in other countries such as Germany,

14 Acción Común de 22 de Diciembre de 1998, adoptada por el Consejo sobre la base del art. K.3 del Tratado de la UE, sobre corrupción en el sector privado, DOUE L 358, 31-12-1998.

15 Decisión marco 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado, DOUE, L 192, 31.7.2003.

16 Para una visión de la corrupción entre privados en las convenciones internacionales Blanco Cordero/De la Cuesta, La criminalizzazione della corruzione nel settore privato: aspetti sovranazionali e di diritto comparato, en Aquorolli/Foffani, La corruzione tra privati. Esperienze comparatistiche e prospettive di riforma, Milano, Giuffrè, 2003.

14 Joint Action of 22 December 1998 adopted by the Council on the basis of Article K.3 of the Treaty on European Union corruption in the private sector, Official Journal L 358, 31.12.1998.

15 Council Framework Decision 2003/568/JHA of 22 July 2003 on combating corruption in the private sector, Official Journal L 192, 31.7.2003.

16 For an overview on private corruption in the international conventions: Blanco Cordero/De la Cuesta, La criminalizzazione della corruzione nel settore privato: aspetti sovranazionali e di diritto comparato, in Aquorolli/Foffani, La corruzione tra privati. Esperienze comparatistiche e prospettive di riforma, Milano, Giuffrè, 2003.

17 See art. 2.3 y 2.4. This last provision is really striking. Art. 2.3 can be understood as a manifestation of the fragmentary character of criminal law, while art. 2.4 indicates that this principle can only be apply transitorily.

18 Cfr. Castro Moreno, Chapter 13: Corrupción entre particulares, in Memento Experto, Reforma Penal, 2010, Ed. Lefeb-

locidades. Hasta 2010 los Estados miembros estos podían limitar la sanción de la corrupción entre privados a aquellos supuestos en los que "impliquen o puedan implicar una distorsión de la competencia en relación con la adquisición de bienes o servicios comerciales"<sup>17</sup>. Hasta ahora muchos Estados, acogiendo esta previsión, sancionaban, básicamente casos en los que varias empresas competían por ofertar sus bienes o servicios a otra y con el fin de ser los elegidos entregaban un soborno a un directivo o empleado que tenía una función básica dentro de este proceso de contratación. Esta conducta es el estereotipo de la corrupción entre privados. El recién introducido art. 286 bis del Código penal debe su tenor literal en buena medida a esta restricción<sup>18</sup>, que se acoge en otros países como Alemania, sin duda el país que más ha reflexionado acerca de los límites del derecho penal en relación a este comportamiento<sup>19</sup>.

A partir de 2010 y tal como se recoge en el Informe de la Comisión sobre la transposición de la directiva<sup>20</sup>, a los Estados se le exige dar un paso más y sancionar la corrupción por el solo hecho de ofrecer un soborno a una persona que desempeñe funciones directivas o laborales para que infrinja sus obligaciones<sup>21</sup>, en la marco de su actividad profesional.

17 Vid. art. 2.3 y 2.4. Esta última previsión es realmente llamativa. El art. 2.3 puede entenderse como una manifestación del principio de fragmentariedad del derecho penal, mientras que el art. 2.4 lo que viene a indicar es que este principio sólo puede aplicarse de manera transitoria.

18 Cfr. Castro Moreno, Capítulo 13: Corrupción entre particulares, en *Memento Experto, Reforma Penal, 2010*, Ed. Lefebvre, 2010; Mendoza Buergo, *El nuevo delitos de corrupción entre particulares* (art. 286 bis del CP), Díaz Maroto y Villarejo (dir.) *Estudios sobre las reformas del Código penal*, Thomson, Madrid, 2010

19 Tiedemann, *Wettbewerb als Rechtsgut des Strafrechts*, Müller-Dietz Festschrift, 2001; el mismo, *Schmiergeldzahlungen in der Wirtschaft*, Lampe-Festschrift, 2003.

20 Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, basado en el artículo 9 de la DM 2003/568/JAI del Consejo, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado, Bruselas 6.6.2011 COM (2011) 309 final.

21 Informe de la Comisión (not. 16), p. 2.

the country where further reflections have been undertaken with regard to this behaviour<sup>19</sup>.

From 2010 onwards, as indicated in the report of the Commission on the transposition of the Directive<sup>20</sup>, States are required to go a step further and punish as corruption the mere offer of bribe to a person who carries out management or labour features in order to infringe their obligations<sup>21</sup> in the framework of its professional activity. This wide version of corruption of employees is the one provided by the UN Convention and the Council of Europe. Such a wide conception of private corruption seems not to be compatible with the two basic principles of criminal law: certainty and proportionality which flows from the European Charter of Human Rights<sup>22</sup>. Basing the "corrupt agreement" on such a wide concept as the "breach of labour obligations" is not compatible with the principle of certainty. Indeed, any infringement of the employment contract, even those against the good faith, could be an offence<sup>23</sup>. This wide wording prevents

vre, 2010; Mendoza Buergo, *El nuevo delitos de corrupción entre particulares* (art. 286 bis del CP), Díaz Maroto y Villarejo (dir.) *Estudios sobre las reformas del Código penal*, Thomson, Madrid, 2010.

19 Tiedemann, *Wettbewerb als Rechtsgut des Strafrechts*, Müller-Dietz Festschrift, 2001; el mismo, *Schmiergeldzahlungen in der Wirtschaft*, Lampe-Festschrift, 2003.

20 Report of the Commission to the Council, of 18 June 2007, based on s. 9 of Framework Decision of the Council 2003/568/JAI of 22 July 2003, relating to the fight against corruption in the private sector, Brussel 6.6.2011 COM (2011) 309 final

21 Report of the Commission (not. 16), p. 2.

22 About the basic político-criminal principles of the European criminal law, *Sobre los principios de política criminal básicos del derecho penal europeo*, which are those coming from the European liberal tradition, see: *Manifiesto para una política criminal europea*, *Revista penal*, nº 27, 2001, p. 83 et seq.

23 The Council of Europe, in the Explanatory Report on the Convention, states: "*L'incrimination de la corruption dans le secteur privé a pour objet de protéger la confiance et la loyauté sans lesquelles des relations privées ne peuvent exister. Les droits et obligations afférents à ces relations sont régis par le droit privé et sont dans une large mesure déterminés par contrat. Le salarié, l'agent commercial, l'avocat est censé s'acquitter de ses fonctions conformément à son contrat, lequel comporte, explicitement ou implicitement, une obligation générale de loyauté à*

Esta versión amplia de la corrupción de empleados es la que se recoge también en el Convenio de Naciones Unidas y en el Consejo de Europa. Es dudoso que esta concepción amplia resulte compatible con los principios básicos del derecho penal, que en el caso de la UE derivan de la Carta Europea de Derechos Fundamentales<sup>22</sup>. El que el pacto corrupto tenga por objeto algo tan poco delimitado como el “incumplimiento de las obligaciones de naturaleza laboral” no resulta compatible con el principio de determinación, cualquier infracción del contrato de trabajo, incluidas las infracciones a la buena fe, podría ser constitutiva de delito<sup>23</sup>. Este amplio tenor literal impide además reconocer cuál es el bien jurídico tutelado por la corrupción de empleados. Si hasta el 2010 la Decisión marco ha permitido a los Estados miembros acoger exclusivamente la competencia desleal como bien jurídico protegido, la nueva redacción nos sitúa en una nebulosa, en la que también puede entenderse protegida el correcto cumplimiento de la relación laboral. Indudablemente este bien jurídico, por sí sólo, no es merecedor de tutela penal. Conforme al principio de *ultima ratio* del derecho penal el derecho del trabajo o el

22 Sobre los principios de política criminal básicos del derecho penal europeo, que no son otros que aquellos que proceden de la tradición liberal europea, vid. Manifiesto para una política criminal europea, Revista penal, nº 27, 2001, p. 83 ss.

23 Así expresamente el Consejo de Europa, en el Rapport Explicative sobre la Convención: “*L’incrimination de la corruption dans le secteur privé a pour objet de protéger la confiance et la loyauté sans lesquelles des relations privées ne peuvent exister. Les droits et obligations afférents à ces relations sont régis par le droit privé et sont dans une large mesure déterminés par contrat. Le salarié, l’agent commercial, l’avocat est censé s’acquitter de ses fonctions conformément à son contrat, lequel comporte, expressément ou implicitement, une obligation générale de loyauté à l’égard de son supérieur hiérarchique ou de son mandant – obligation générale de ne pas agir au détriment de ses intérêts. Une telle obligation peut, par exemple, être incluse dans les codes de conduite que les entreprises privées développent de plus en plus fréquemment. L’expression «en violation de ses devoirs» ne vise pas seulement à assurer le respect d’obligations contractuelles spécifiques, mais plutôt à garantir qu’il n’y aura pas de violation du devoir général de loyauté vis-à-vis des affaires ou intérêts de l’employeur ou mandant*”.

the recognition of the legal interest protected by the corruption of employees. If, until 2010, the States have been allowed by the Framework Decision to protect only the fair competition, the new situation puts us in a nebula where the proper compliance with labour obligations can also be understood as protected. Undoubtedly, this legal interest, on its own, does not deserve penal protection. According to principle of *ultima ratio* of criminal law, labour and civil law have enough elements to ensure the employer the proper performance of the professional relationship<sup>24</sup>. This new political-criminal guidance of corruption of employees means putting criminal law to work for the compliance of civil obligations, which is incompatible with the fragmentary and *ultima ratio* character of criminal law.

This critique does not imply an end to thinking about the need of extending the private corruption prohibition to other sectors, beyond the existence of a labour relationship<sup>25</sup>. In some EU countries, co-

*l’égard de son supérieur hiérarchique ou de son mandant – obligation générale de ne pas agir au détriment de ses intérêts. Une telle obligation peut, par exemple, être incluse dans les codes de conduite que les entreprises privées développent de plus en plus fréquemment. L’expression «en violation de ses devoirs» ne vise pas seulement à assurer le respect d’obligations contractuelles spécifiques, mais plutôt à garantir qu’il n’y aura pas de violation du devoir général de loyauté vis-à-vis des affaires ou intérêts de l’employeur ou mandant*”.

24 About the different models of the offence of private corruption in the EU, see: Nieto Martín, Revista Penal, Revista Penal, 2002. Understanding private corruption as an offence that affects labour good faith is characteristic of the French criminal law, where this infringement is regulated in the labour law. With regard to it, see: Lucas de Leyssac, Il delitto di corruzione dei dipendenti in Francia, in Acquaroli/Foffani (not. 16), p. 101 et seq.

25 Council of Europe Convention on corruption, in order to extend the application of private corruption, for example, to liberal professionals (corruption of a lawyer to harm client’s interest), refers to giving “any undue advantage to any persons who direct or work for private sector entities”. As explained in its Explanatory report: “*Ici encore il s’agit d’une notion très large, qu’il faut interpréter de manière générale; en effet, elle recouvre la relation employeur-employé, mais aussi d’autres types de relations, par exemple relation entre associés, entre l’avocat et son client, et d’autres encore dans lesquelles il n’y a pas de contrat de travail*”.



derecho civil poseen elementos suficientes como para asegurar al empleador el correcto desempeño de la relación laboral<sup>24</sup>. Esta nueva orientación político criminal de la corrupción de empleados, supone poner el derecho penal al completo servicio del cumplimiento de obligaciones de carácter civil, algo que resulta incompatible con el principio de fragmentariedad y ultima ratio del derecho penal.

Esta crítica no es óbice a que deba reflexionarse acerca de la necesidad de extender la corrupción entre privados a otros sectores, que van más allá de la existencia de una relación laboral<sup>25</sup>. En algunos países de la UE, se sanciona la corrupción en actividades deportivas. Tradicionalmente se pensó que el derecho disciplinario deportivo era suficiente para la protección del juego limpio dentro del deporte. No obstante, la irrupción de la criminalidad organizada en el mundo de las apuestas deportivas, y las grandes sumas de dinero que mueven estas apuestas en internet, ha decidido por ejemplo al legislador español a su criminalización<sup>26</sup>.

Otro espacio para la reflexión es el de las profesiones cuya función es la emisión de informes u opiniones, en los que confiamos que han sido rea-

rruption in sporting activities is punished. Traditionally, it was believed that sporting disciplinary law was enough to ensure fair play in sport. Nevertheless, the outbreak of organized criminality in the field of sports betting and the big sums of money that these bets move on the net have made the law maker criminalise it<sup>26</sup>.

Other space for thinking is the one of occupations that consists on issuing reports or opinions, on whose impartiality we rely<sup>27</sup>. The prototype of this new kind of corruption would be the accounts auditors. The auditor who has been bribed to show a kind version of the financial situation of the company should be punished. Society has a legitimate expectation in the auditor's impartiality which must be protected<sup>28</sup>. Something similar happens to rating agencies which qualify public debt or issue reports on the financial products. Without doubt, issuing false reports or information is, in many cases, an offence of market abuse but, as in the case mentioned above, there is an expectation of impartial behaviour.

The case of auditors and rating agencies is useful to show how thin the line that separates public from private activities is. In this respect, in order to understand the offence of private corruption we must also take account that its need is due to another important privatisation process. Over recent decades, in a process that seems not to come to an end, public administration has decided to privatise most of the services that was provided to the citizens. Before 1989, public officials took charge of postal services, telephone, transport, supply of basic energies... From 1989 onwards, these state-owned companies, whose employees were pu-

24 Sobre los distintos modelos del delito de corrupción entre particulares en la UE, vid. Nieto Martín, *Revista Penal*, *Revista Penal*, 2002. La comprensión de la corrupción entre privados como un delito que afecta a la buena fe laboral es característica del derecho penal francés, donde esta infracción se regula en la legislación laboral, al respecto Lucas de Leysac, *Il delitto di corruzione dei dipendenti in Francia*, en Acquaroli/Foffani (not. 16), p. 101 ss.

25 El Convenio sobre la Corrupción del Consejo de Europa con el fin de ampliar el tipo de corrupción entre privados a por ejemplo profesiones liberales (corrupción del abogado para que perjudique los intereses de su cliente) habla por ello de entrega de una "ventaja indebida a toda persona que dirige o trabaja para una entidad del sector privado" Con ello, tal como señala en su *Rapport Explicativ*: "*Ici encore il s'agit d'une notion très large, qu'il faut interpréter de manière générale; en effet, elle recouvre la relation employeur-employé, mais aussi d'autres types de relations, par exemple relation entre associés, entre l'avocat et son client, et d'autres encore dans lesquelles il n'y a pas de contrat de travail*".

26 Cfr. Castro Moreno, (not., 19), p. 301 ss; Mendoza Buergo, (not. 19), p. 446 ss.

26 Cfr. Castro Moreno, (not., 19), p. 301 et seq.; Mendoza Buergo, (not. 19), p. 446 et seq.

27 Cfr. Tiedemann, *Manual de Derecho penal económico*. Parte General y Especial, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 316.

28 About corruption of account auditors, see: Nieto Martín, *El régimen penal de los auditores de cuentas*, Libro Homenaje a Marino Barbero Santos, In Memoriam, Ed. Universidad de Castilla-La Mancha, Vol. II, p. 407 et seq.



lizados desde una posición de imparcialidad<sup>27</sup>. El prototipo de este nuevo tipo de corrupción serían los auditores de cuentas. El auditor de cuentas que ha sido sobornado para que exponga una versión amable de la situación financiera de la entidad debe ser sancionado. La sociedad tiene una expectativa legítima que debe ser protegida en la imparcialidad del auditor<sup>28</sup>. Algo semejante ocurre con las agencias de *rating* que califican la deuda pública de los Estados o emiten informes acerca de productos financieros. Sin duda, la emisión de un informe o una noticia falsa constituye en muchos casos un delito de abuso de mercado, pero, al igual que en el caso anterior, existe una expectativa a que actúan de manera imparcial.

El caso de los auditores y las agencias de *rating* sirve para mostrar la tenue línea que separa las actividades públicas de las privadas. En este sentido, para entender el delito de corrupción entre privados debe tenerse presente que su necesidad viene dada por otro importante proceso de privatización. En las últimas décadas, en un proceso que parece no tener fin, la administración pública ha decidido privatizar buena parte de los servicios que prestaba a sus ciudadanos. Antes de 1989 eran funcionarios públicos los que se encargaban de los servicios postales, del teléfono, del transporte, de suministrar las energías básicas etc. A partir de 1989 estas empresas estatales, cuyos empleados eran funcionarios públicos a efectos penales se privatizan. La privatización no ha terminado, sino que avanza por terrenos insospechados. En muchos estados se piensa en privatizar las prestaciones básicas del estado como la salud, la enseñanza, en casi todos los países hay cárceles privadas o son compañías de

blic officials for criminal purposes, were privatised. The privatisation has not finished yet, but it moves forward unsuspected grounds. In many States, basic state provisions are going to be privatised, for example health care or education, in almost all States there are private jails and private security companies replace armies in Afghanistan.

The privatisation of public functions is another good reason to punish private corruption, amongst other things, because as a result of this process it is very difficult to define nowadays what a public official is for criminal purposes. By having an offence of private corruption, we must discuss, for example, if a doctor who works in a private entity –that receives patients from a public hospital– is a public official or not, in order to determine the applicability of public or private corruption. But it allows us to find a sanction in the case that a pharmaceutical company had bribed the doctor in order to persuade him to prescribe its medications. Some legal systems have gone a step further. The Bribery Act unifies the offences of corruption of public officials and individuals<sup>29</sup>, something which has been done by Nordic countries for some time now.

#### IV. Preventing corruption in the company

The criminal liability of legal persons is actually an example of privatization of public functions. The idea which is hidden behind criminal liability is that the imposition of penalties serves to motivate the managers of the legal person to launch an internal “police” system which avoid the commission of offences such as corruption, and, in case of having been committed, uncovers them<sup>30</sup>. The difference between the differing models of imple-

27 Cfr. Tiedemann, Manual de Derecho penal económico. Parte General y Especial, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 316.

28 Sobre la corrupción del auditor de cuentas, vid Nieto Martín, El régimen penal de los auditores de cuentas, Libro Homenaje a Marino Barbero Santos, In Memoriam, Ed. Universidad de Castilla-La Mancha, Vol. II, p. 407 ss.

29 Bribery Act 2010, Section 3, “Function or activity to which bribes related”.

30 For more details, see: Gómez Jara, La incidencia de la autorregulación en el debate legislativo y doctrinal actual sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, in Arroyo Jiménez/Nieto Martín, Autorregulación y Sanciones, Lex Nova, Valladolid, 2008; Nieto Martín, La responsabilidad penal de personas jurídicas, Iustel, Madrid, 2008,

seguridad privadas las que sustituyen a los ejércitos en Afganistán.

La privatización de las funciones públicas es otra buena razón para contar con un delito de corrupción entre privados, entre otras cosas porque como consecuencia de este proceso es muy complejo definir hoy que es un funcionario público a efectos penales. Contar con un tipo de corrupción privada nos obliga a discutir si el médico de una entidad privada a la que la administración deriva pacientes es un empleado público o no lo es, para ver si aplicamos el delito de corrupción pública o privada. Pero nos permite encontrar una sanción en el caso de que una empresa farmacéutica lo haya sobornado para que prescriba sus medicamentos. Algunos ordenamientos han dado un paso más. La *Bribery Act* unifica los delitos de corrupción de funcionarios y de particulares<sup>29</sup>, algo que desde hace tiempo hacían los países nórdicos.

#### IV. La prevención de la corrupción en la empresa

La responsabilidad penal de las personas jurídicas es en realidad un ejemplo de privatización de funciones públicas. La idea que se esconde tras la responsabilidad penal es que la imposición de una pena sirve para motivar a los dirigentes de la persona jurídica a poner en marcha un sistema "policia" interno que impida la comisión de delitos como la corrupción, y que en caso de que se hayan cometido los descubra<sup>30</sup>. La diferencia entre los distintos sistemas de establecer la responsabilidad penal de las personas jurídicas es que:

En unos ordenamientos una vez que se comete el delito por un administrador o un empleado se sanciona indefectiblemente a la empresa, con

<sup>29</sup> *Bribery Act* 2010, Apartado 3, *Function or activity to which bribes related*.

<sup>30</sup> Para más detalles Gómez Jara, La incidencia de la autorregulación en el debate legislativo y doctrinal actual sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en Arroyo Jiménez/Nieto Martín, *Autorregulación y Sanciones*, Lex Nova, Valladolid, 2008; Nieto Martín, *La responsabilidad penal de personas jurídicas*, Iustel, Madrid, 2008,

mentation of the criminal liability of legal persons is that:

Some legal systems, once the offence has been committed by a manager or an employee, punish the company unfailingly, without regard to the effort which would have been made to prevent it. This form of liability, which is followed, for example, in France and Germany, is called vicarious liability.

Nevertheless, in other countries –such as Italy, Australia, the USA or the United Kingdom with the *Bribery Act*–, if the company has established a proper compliance system, it will not be punished or the sanction will be reduced. This form of liability is called corporate liability, culpability grounded in an organizational fault since it does not find the basis of liability in the infringing acts of others –managers or employees– but in an act of the company itself.

But, I repeat, without regard to the chosen model, the aim is the same: ask companies to take charge of prevention and detection of offences such as corruption and help the State in this task. This circumstance has been very well understood in the United Kingdom. The *Bribery Act* has created an autonomous offence to for legal persons, called "*failure of commercial organisation to prevent bribery*"<sup>31</sup>. This offence punishes the company, on whose behalf and benefit corruption took place, but it can defend itself by proving that it "*had in place adequate procedures designed to prevent persons associated with the commercial organization from undertaking such conduct*".

Likewise, and although there are apparently disconnected from criminal liability of legal entities, the OECD Convention on combating bribery of foreign public officials (art. 8) and the United Nations Convention (art. 12) state the obligation of the private sector to adopt measures preventing corruption. UN Convention even requires States to establish "*effective, proportionate and dissuasive ci-*

<sup>31</sup> Cfr. Monty Raphael, *The Bribery Act 2010*, Oxford University Press, 2010, p. 57 et seq.

independencia de los esfuerzos que haya realizado para su prevención. A esta forma de responsabilidad que se sigue por ejemplo en Francia o Alemania la denominamos responsabilidad vicarial.

Mientras que en otros países, como es el caso de Italia, Austria, Estados Unidos o la *Bribery Act* en el Reino Unido, si la empresa ha establecido un sistema de cumplimiento adecuado, no se la sanciona o se le impondrá una sanción atenuada. A este modelo de responsabilidad le llamamos culpabilidad propia de la empresa, porque busca el fundamento de la responsabilidad en un hecho propio de la empresa y no en la infracción cometida por un dirigente o empleado.

Pero repito, con independencia del modelo que se escoja, la finalidad es la misma: solicitar a las empresas que se encarguen de la prevención y del descubrimiento de delitos como la corrupción y que ayuden en esta tarea al Estado. Esta circunstancia ha sido entendida muy bien en el Reino Unido. La *Bribery Act* ha creado un delito autónomo para la persona jurídica denominado "*failure of comercial organisation to prevent bribery*"<sup>31</sup>. Esta infracción sanciona a la empresa en cuyo nombre y beneficio se práctica la corrupción pero permite a la empresa defenderse si prueba que "*had in place adequate procedures designed to prevent persons associated with the comercial organization from undertaking such conduct*".

Igualmente y aunque, aparentemente desconectadas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la Convención de la OCDE sobre corrupción de funcionarios públicos extranjeros (art. 8) y la Convención sobre corrupción de Naciones Unidas (art. 12), establecen la obligación de que el sector privado adopte medidas de prevención de la corrupción. La Convención de Naciones Unidas solicita incluso a los estados que prevean "sanciones civiles, administrativas o penales, eficaces, propor-

31 Cfr. Monty Raphael, *The Bribery Act 2010*, Oxford University Press, 2010, p. 57 ss.

*vil, administrative or criminal penalties for failure to comply with such measures*".

The question is which are these "*adequate procedures*" that are going to help the State in the prevention and detection of corruption. In the United Kingdom, the Ministry of Justice has published some guidelines indicating the required internal controls for companies<sup>32</sup> and, likewise, there are many guidelines that come from international organizations or NGOs can be very useful for companies to adopt their anti-corruption policy<sup>33</sup>.

Although the explanation of these measures in detail exceed this work, they are, in broad terms, the followings:

First, it is necessary to make clear to the managers and employees that there is zero tolerance for corruption. This is the role that must be played by Ethics Code and anti-corruption policies adopted by the company. Beyond undoubted cases of corruption (*quid pro quo*), determining, in a global world, what is meant by corruption is not an easy task since there are many social practices and activities –such as party funding, sponsorship or courtesies and considerations with public officials or employees from other companies– where it is not easy at all to draw the line between licit and illicit. That is the reason why big companies are required

32 Preventing corruption is likely the most developed field in the compliance programs. Indeed, with the *Bribery Act*, the Ministry of Justice has adopted some guidelines to give companies more legal certainty, see: Ministry of Justice, *The Bribery Act 2010, Guidance about procedures which relevant commercial organizations can put into place to prevent persons associated with them for bribing*, 2011.

33 See, for instance, World Economic Forum, *Partnering Against Corruption Principles for Countering Bribery*, 2005; Transparency International, *Business Principles for Countering Bribery*, Dec. 2002; OCDE; *Guidelines for Multinational Enterprises*, 2011–Edition (Cap VII. Combating Bribery, Bribe Solicitation and Extortion), specifically on international economic transactions, Good Practice, *Guidance on Internal Control, Ethics and Compliance*, 18.2.2010; ICC, *Combating Extortion and Bribery: ICC Rules of Conduct and Recommendations*, 2005 Edition. In the doctrine, the most complete work is: Dölling (ed.), *Handbuch der Korruptionsprävention*, Beck, 2007.

cionadas y disuasivas en caso de incumplimiento de estas medidas”

La pregunta es cuáles son estas “adequate procedures” que van a ayudar al Estado en la prevención y el descubrimiento de la corrupción. En el Reino Unido el Ministerio de Justicia ha publicado unas directrices indicando cuáles son los controles internos que se exigen a las empresas<sup>32</sup> e igualmente existen numerosas *guidances* que proceden de organizaciones internacionales o de ONGs, que pueden servir de ayuda a las empresas para aprobar sus políticas anticorrupción<sup>33</sup>. Aunque detallar estas medidas desborda los límites de este trabajo, estas a grandes rasgos vienen a ser las siguientes:

La primera es dejar claro a sus dirigentes y empleados que existe tolerancia cero contra la corrupción. Este es el papel de los Códigos Éticos o políticas anticorrupción que deben adoptar las empresas. Más allá de los casos indubitados de cohecho propio, fijar en un mundo global que es corrupción no siempre es tarea sencilla, pues existen multitud de usos sociales y actividades, como el mecenazgo, la financiación de partidos políticos o las atenciones con empleados públicos o de otras entidades privadas, dónde no resulta tan sencillo trazar la frontera de lo lícito e ilícito. Por esta ra-

---

32 La prevención de la corrupción es probablemente el ámbito que más se ha desarrollado dentro de los programas de cumplimiento. Sin ir más lejos, dentro de la Bribery Act, el Ministerio de justicia ha aprobado unas directrices para dar una mayor seguridad jurídica a las empresas, vid. Ministry of Justice, The Bribery Act 2010, Guidance about procedures which relevant commercial organizations can put into place to prevent persons associated with them for bribing, 2011.

33 Vid. por ejemplo y sin ánimo de exhaustividad, World Economic Forum, Partnering Against Corruption Principles for Countering Bribery, 2005; Transparency International, Business Principles for Countering Bribery, Dec. 2002; OCDE; Guidelines for Multinational Enterprises, 2011–Edition (Cap VII. Combating Bribery, Bribe Solicitation and Extortion), específicamente sobre corrupción en transacciones económicas internacionales, Good Practice, Guidance on Internal Control, Ethics and Compliance, 18.2.2010; ICC, Combating Extortion and Bribery: ICC Rules of Conduct and Recommendations, 2005 Edition. En la literatura el trabajo más completo es el de Dölling (ed.), Handbuch der Korruptionsprävention, Beck, 2007.

to establish clear rules of behaviour (For example: public officials are banned from being given presents which do not appear in a company’s catalogue) or make available a *help desk* where doubts can be clarified. Given the complexity of the subject and the need for the employees to interiorize the values of the fight against corruption, training becomes an essential tool. There is no doubt that the internal rule of the companies will eventually be integrated in the criminal provisions and shall be taken into account by the judge in order to solve the doubtful cases. In other words, these internal rules come to complete the concept of “social adequacy” which plays such an important role in the interpretation of bribery offences.

Ethics Codes and corporate policies must go beyond criminal prohibitions, stating flank rules that make more difficult the appearance of corruption. This way, and even if there is no legal provisions in this subject, and as stated by the UN Convention (art. 12.2 c) “conflicts of interest” must be avoided by preventing recruitment, for a reasonable time, of people that had been in high position in the administration.

Setting up rules are not enough in order to prevent corruption. It is also necessary to establish internal proceedings which assist in ensuring compliance with rules. Concretely, it means that it is necessary to create controls in order to avoid bribing public official with company assets. If, for example, in a corporation, there are a large number of employees who have a credit card and the control over expenditure is minimal, there is a source of danger. Likewise, if recruitment processes are not transparent, the illicit advantage could consist of hiring a family member of the public official who must make an important decision with regard to the company. Accounting and auditing rules and controls over contracting are also very important in the prevention of corruption, concretely, avoiding the creation of slush funds. As experience indicates, slush funds are usually created by using ficti-



zón, las grandes empresas transnacionales están obligadas a señalar a sus empleados reglas claras de comportamiento (Ejemplo: queda prohibido entregar a funcionarios públicos regalos distintos a los que figuren en un catálogo de la empresa) o poner a su disposición canales de consulta (*help desk*) donde puedan aclarar dudas. Dada la complejidad de la materia, y la necesidad de que los empleados interioricen los valores que implica la lucha contra la corrupción, la formación es una herramienta imprescindible en esta materia. No cabe duda, de que las normas internas de las empresas acabarán finalmente integrándose en los tipos penales y deberán ser tomadas en cuenta por el juez para determinar los casos dudosos de corrupción. En otras palabras esta normativa interna viene a rellenar el concepto de adecuación social que tanta importancia juega en la interpretación de los delitos de cohecho.

Los Códigos Éticos o las políticas de empresa deben ir además más allá de las prohibiciones penales, estableciendo normas de flaqueo, que hagan más difícil la aparición de la corrupción. De este modo, y aunque no existan disposiciones legales en la materia, y tal como señala el Convenio de Naciones Unidas (art. 12.2 e) deberían “prevenir conflictos de intereses” impidiendo la contratación, durante un tiempo razonable, de personas que hayan ocupado altos cargos en la administración.

Poner normas no basta para prevenir la corrupción. Resulta necesario además instaurar procedimientos internos dentro de la empresa que contribuyan al cumplimiento de las normas. En concreto esto significa que hay que crear controles para que no pueda sobornarse a funcionarios públicos con bienes o ventajas patrimoniales procedentes de la empresa. Si, por ejemplo, en una entidad hay un gran número de empleados con tarjetas de crédito y el control sobre los gastos es escaso, hay una fuente de peligro. Igualmente si los procesos de contratación de persona son poco transparentes, la ventaja ilícita puede consistir en la contratación indebida de un familiar del funcionario público que

tious contracts through outflows of company funds are pretended<sup>34</sup>. The existence of slush funds shows that corruption is, in the company, a common practice and the rest of anti-corruption measures are debunked. Establishing an expenditure authorisation system, the intervention of several people when expenditure is made –above all with regard to contracts which can be considered the most dangerous from the point of view of its simulation– and an appropriate accounting revision are essential measures in order to avoid the concealment of funds and their use with illicit aims<sup>35</sup>.

Above all in the framework of international corruption, an extremely interesting measure is the control of good repute of consultants, for example, lawyers who work for the company, suppliers or business partners (due diligence)<sup>36</sup>. This mechanism is similar to “know your customer” principle which works as a mechanism for prevention of money laundering. Many companies do not do business with companies which have no similar anticorruption policies. Sometimes, they make the other company accept its anticorruption policy if they want to do business. This mechanism seems

---

34 Colombo, *Dir Rolle der sachwarzen Kassden in der Vorbereitung eines Bestegungssystems*, en Pieth/Eigen, (not. 4), p. 148 et seq.

35 As we know, it was the FCPA which for the first time insisted on the need for having adequate accounting procedures in order to prevent corruption. OECD Convention, art. 8 (Accounting) and UN Convention, art. 12, force signatory countries to take adequate legislative measures in the field of accounting, maintenance of books and records, financial statement disclosures to prohibit the establishment of off-the-books accounts, the making of off-the-books or inadequately identified transactions, the recording of non-existent expenditures, the entry of liabilities with incorrect identification of their object, as well as the use of false documents.

36 Vid. International Association of Oil & Gas Procedures, *Guidelines on reputational due diligence*, Report nº 355, 2004. The UN Convention against corruption provides expressly this obligation, art. 12.2 c), by stating that Member States must take measures in order to “promote transparency among private entities, including, where appropriate, measures regarding the identity of legal and natural persons involved in the establishment and management of corporate entities”.



debe adoptar una importante decisión acerca de la empresa. Especialmente relevante en la prevención de la corrupción son las normas de contabilidad y auditoría y de control de la contratación, con el fin de prevenir la formación de cajas negras. Tal como indica la experiencia, las cajas negras suelen realizarse utilizando contratos ficticios mediante los que se finge la salida de fondos de la entidad<sup>34</sup>. La existencia de “cajas b” pone de manifiesto que la corrupción en la empresa es una práctica extendida y echa por tierra la credibilidad del resto de las medidas anticorrupción. Implantar un sistema de autorización del gasto o de cuatro ojos en los contratos que se estimen más peligrosos, desde el punto de vista de su posible simulación (vgr. la contratación de empresas consultoras) y una adecuada revisión contable es imprescindible para que efectivos de la empresa se oculten y sirvan para realizar pagos ilícitos<sup>35</sup>.

Una medida extraordinariamente interesante sobre todo en el marco de la corrupción internacional es el control de la honorabilidad de los asesores, por ejemplo abogados que contrata la empresa, los proveedores o los *partners* de negocios (*due diligence*)<sup>36</sup>. Se trata de un mecanismo similar al de “conozca a su cliente” que opera como mecanismo

---

34 Colombo, Dir Rolle der sachwarzen Kassden in der Vorberitung eines Bestegungssystems, en Pieth/Eigen, (not. 4), p. 148 ss.

35 Como sabemos fue la FCPA quien por primera vez insistió en la necesidad de contar con procedimientos contables adecuados para prevenir la corrupción. El Convenio OCDE en su art. 8 (Contabilidad) y el Convenio de Naciones Unidas en su art. 12 obligan a los Estados firmante a que tomen las medidas legislativas adecuadas en materia de contabilidad, de mantenimiento de libros y registros o de publicación de estados financieros con el fin de prohibir el establecimiento de cuentas fuera de los libros, la realización de transacciones extracontables o insuficientemente identificadas, el registro de gastos inexistentes, el asiento de partidos del pasivo con una incorrecta identificación de su objeto, así como la utilización de documentos falsos.

36 Vid. International Association of Oil & Gas Procedures, Guidelines on reputational due diligence, Report nº 355, 2004. El Convenio anticorrupción de Naciones Unidas recoge expresamente esta obligación, art. 12. 2 c) indicando que los

to be a very powerful weapon in the spread of fight against corruption. If, somewhere in Africa or Asia, a multinational company binds its suppliers and partners –or potentials– to take anticorruption measures, it will be more effective than any legislative changes.

The measures that I have just pointed out are related to the prevention of corruption but it is also necessary that companies get involved in the research, detection and even in the punishment.

I shall start with the last point. The Ethic Code of a company or its anticorruption policy can only be credible if it is compulsory and, to this end, it is necessary to impose disciplinary sanctions to those who infringe it. The greater the responsibility a person has in the company, the higher and more effective sanction must be imposed. Labour sanctions have an important intimidating character. If the manager of a company is fired because of committing corruption, he will not only lose a job but finding another one will be more difficult for him. Above all if, as it has already started happening, companies, in its recruitment policy, avoid hiring people with a “dangerous profile”.

To detect corruption, it is essential to have a good system of internal complaints<sup>37</sup>. Most cutting edge Ethic Codes includes a channel for complaints, that way any employee can complain about a breach of the Code. Most of the major financial scandals, for instance, Enron, has been uncovered thanks to whistleblowers that broke the “code of silence”, the *omertà* that sometimes rules in com-

---

37 About whistleblowing, from different points of view, see: Rodriguez Yagüe, La protección de los Whistleblowers por el ordenamiento español: aspectos sustantivos y procesales, in Arroyo/Nieto, Fraude y corrupción en el Derecho penal económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude, Colección Marino Barbero Santos, Cuenca, 2006; Ragués i Vallés, Héroes o traidores, Indret 3/2006. Una buena panorámica comparada, planteando los problemas claves, Martin/Deviard, Die Implementierung von Whistleblower-Hotlines aus US-amerikanischer, europäischer und deutscher Sicht, CCZ, 6/2009, p. 201 et seq.

de prevención del blanqueo de capitales. Muchas empresas por ejemplo no contratan o no hacen negocios con empresas que no tienen una política anticorrupción similar. En ocasiones obligan incluso a que se acepten, si quieren hacer negocios, la política anticorrupción de la empresa. Este mecanismo me parece un arma muy poderosa de extensión de la lucha anticorrupción. Si en una zona de África o Asia una gran multinacional obliga a todos sus proveedores y socios, si quieren serlo, a adoptar medidas anticorrupción, esta medida puede ser más efectiva que muchos cambios legislativos.

Las medidas que acabo de señalar tienen que ver como la prevención de la corrupción, pero también es necesario que las empresas se impliquen en su investigación, descubrimiento e incluso en su sanción.

Empiezo por esto último. El Código Ético de una empresa o la política anticorrupción sólo es creíble si es obligatoria y para ello es imprescindible sancionar disciplinariamente a quienes lo infrinjan. A mayor responsabilidad dentro de la empresa mayor y más eficaz debe ser la sanción. Las sanciones laborales tienen un gran carácter intimidatorio. Si el directivo de una entidad es despedido por corrupción, no sólo perderá su empleo sino que además le será más difícil encontrar otro. Sobre todo si las empresas, como empieza a suceder, en su política de contratación de personal evitan contar con personas que tengan un "perfil" peligroso.

Para el descubrimiento de la corrupción es esencial contar con un buen sistema de denuncias internas<sup>37</sup>. La mayoría de los Códigos Éticos de la última generación incorporan un "canal de denuncia" de manera tal que cualquier empleado puede denunciar una infracción del Código. Muchos de los gran-

---

Estados miembros deben promover la adopción de medidas como "promover la transparencia entre entidades privadas, incluidas, cuando proceda, medidas relativas a la identidad de las personas jurídicas y naturales involucradas en el establecimiento y la gestión de las empresas".

37 Sobre whistleblowing, desde distintos ángulos, vid Rodríguez Yagüe, La protección de los Whistleblowers por el ordenamiento español: aspectos sustantivos y procesales, en

panies. To have people willing to cooperate, criminal protection is needed, through heavy sanctions to those who commit any sort of threat against the complainant (for example, as in USA law). But it is also necessary that the company boosts an internal open culture and, above all, that labour law protects these people.

An essential piece in the preventive organisation of the company is the internal investigation. Usually when a company becomes aware of an infringement through a complaint, an internal investigation is started. The internal investigation<sup>38</sup>, which has become popular, for example in Germany with the case of Siemens, posed many legal problems which have not been solved yet. I shall only mention the three that, from my point of view, are the most important.

The first one is what to do with the results of the investigation. In an ideal situation, the company, that took effective preventive measures and thanks to them has uncovered a case of corruption, should put it in the hands of the Public Prosecutor. Since the company has proved a good preventive organization, it should not be punished. Meanwhile, this ideal situation does not exist in most of legal systems. In almost all the systems, the company that complains about a case of corruption is "confessing" its infringement and the better that can be expected is a reduction in the penalty.

A second problem, related to the previous one, is if the company can at least "control" the files and the results of its investigation. A recent judgment of the ECJ –AZKO– points out that the internal lawyers (in house lawyers) that carry out an internal investigation in the company are not protected by the legal privilege. It means that, for example, the Public Prosecutor can require the whole research and its documentation. Company has already done

---

38 Cfr. Moosmayer/Hartwig, *Interne Untersuchungen*, Beck, München, 2012.

des escándalos financieros, por ejemplo Enron, se han descubierto gracias a *whistleblowers* que han roto la ley del silencio, la *omertà*, que a veces reina en las empresas. Para que existan personas dispuestas a cooperar es necesario una protección penal, que sancione severamente a quien realiza algún tipo de amenazas contra el denunciante como hace la legislación estadounidense, pero también es preciso que la propia empresa fomente una cultura interna abierta y sobre todo que el derecho del trabajo tutele a estas personas.

Una pieza esencial en la organización preventiva de la empresa son las investigaciones internas. Lo normal es que cuando la empresa tiene conocimiento de una irregularidad a través de una denuncia lo investigue internamente. Las investigaciones internas<sup>38</sup>, que se han puesto de moda por ejemplo en Alemania a partir del caso Siemens, plantean muchos problemas jurídicos que están por resolver. Mencionaré solo los tres que me parecen más importantes:

El primero de ellos es qué hacer con los resultados de la investigación. En una situación ideal, la empresa que ha adoptado medidas de prevención eficaces y que gracias a ellas ha descubierto un caso de corrupción debería ponerlo en manos del Ministerio Fiscal. Como ha demostrado tener una buena organización preventiva, no debiera ser sancionada. Ahora bien, esta situación ideal no existe en la mayoría de los ordenamientos. La empresa que denuncia un caso de corrupción en la mayoría de los ordenamientos en realidad “confiesa” su infracción y lo más que puede esperar es una atenuación de la sanción.

---

Arroyo/Nieto, Fraude y corrupción en el Derecho penal económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude, Colección Marino Barbero Santos, Cuenca, 2006; Ragués i Vallés, Héroes o traidores, Indret 3/2006. Una buena panorámica comparada, planteando los problemas claves, Martin/Deviard, Die Implementierung von Whistleblower-Hotlines aus US-amerikanischer, europäischer und deutscher Sicht, CCZ, 6/2009, p. 201 ss. 38 Cfr. Moosmayer/Hartwig, Interne Untersuchungen, Beck, München, 2012.

its work. The lesson that we can learn from ECJ case law is that internal researches must be carried out by external lawyers who enjoy the legal privilege<sup>39</sup>.

A third problem affects the rights of people who are being internally investigated. There is a clear conflict of interests between, on the one hand, the labour obligation of employees who, in the course of an internal research, must provide information about the development of their activities and, in the other hand, the right not to incriminate themselves. Statements made by an employee in an internal investigation can end up in the hands of Public Prosecutor, if the company decides to cooperate<sup>40</sup>.

These questions hanging over internal researches must be solved as soon as possible. This tool is central to articulate the cooperation between company and State on which the new anticorruption strategy is built.

## V The Bribery Act and the internationalization of repression

The third feature of the “privatization” of the fight against corruption is the extraterritoriality of national law. That is, the possibility of punishing corruption when it has been committed outside the national borders and even if it affects public officials from other countries or international organizations. The strategy of criminal policy that exists behind this idea is clear: multinational companies must export its national standards of corruption where they do

---

39 Tripplett Mackintosh/Angus, Conflict in confidentiality: How E.U Laws Leave In-House Counsel Outside The Privilege, The International Lawyer, 35, 2004. About Akzo judgement, Pérez Fernandez, The difficult relationship between restraints to the Attorney Client Privilege and Compliance with the Law by Companies, in European Criminal Law Review, 3/2011, p. 274 et seq.

40 Cfr. Wagner, Internal Investigations und ihre Verankerung im Recht der AG, CCZ 1/2009, p. 8 et seq.; Schürle/Mary Ollbers, Praktische Hinweise zu Rechtsfragen bei eigenen Untersuchungen im Unternehmen, CCZ 5/2010, p. 178 ss; Fritz/Nolden, Unterrichtungspflichten un Einsichtsrechte des Arbeitnehmers im Rahmen von unternehmensinternen Untersuchungen, CCZ 5/2010, p. 170 et seq.

Un segundo problema, ligado al anterior, es si la empresa al menos puede “controlar” la documentación y los resultados de su investigación. Una reciente sentencia del TJCE –AKZO– señala que los abogados internos (*in house lawyer*) que realizan una investigación dentro de la empresa no están protegidos por el legal privilege. Esto quiere decir que, por ejemplo, el Ministerio Fiscal puede requerir toda la investigación y su documentación. La empresa le habría hecho ya el trabajo. La lección que se obtiene de la jurisprudencia del TJCE es que las investigaciones internas deben ser realizadas por abogados externos que gozan del *legal privilege*<sup>39</sup>.

Un tercer problema afecta a los derechos de las personas investigadas internamente. Existe un claro conflicto de intereses entre, de un lado, el derecho del trabajo que obligaría a los empleados a informar de todo aquello relacionado con su actividad en el transcurso de una investigación interna y, de otro, el derecho de estas mismas personas a no declarar contra sí mismos. Las declaraciones que el empleado hace en la investigación interna, si la empresa decide colaborar, pueden ir a parar a manos del Ministerio Fiscal<sup>40</sup>.

Estos interrogantes que pesan sobre las investigaciones internas deben resolverse cuanto antes. Esta herramienta es central a la hora de articular la colaboración empresa–Estado en la que se basa la nueva estrategia anticorrupción.

39 Tripplett Mackintosh/Angus, Conflict in confidentiality: How E.U Laws Leave In–House Counsel Outside The Privilege, *The International Lawyer*, 35, 2004. Sobre la sentencia Akzo, Pérez Fernandez, The Difficult Relationship Between Restraints to the Attorney Client Privilege and Compliance with the Law by Companies, en *European Criminal Law Review*, 3/2011, p. 274 ss.

40 Cfr. Wagner, Internal Investigations und ihre Verankerung im Recht der AG, CCZ 1/2009, p. 8 ss.; Schürle/Mary Olbers, Praktische Hinweise zu Rechtsfragen bei eigenen Untersuchungen im Unternehmen, CCZ 5/2010, p. 178 ss; Fritz/Nolden, Unterrichtungspflichten un Einsichtsrechte des Arbeitnehmers im Rahmen von unternehmensinternen Untersuchungen, CCZ 5/2010, p. 170 ss.

business. Local customs –even if they are corrupt– cannot serve as a pretext to corruption.

Not all countries have set up the extraterritorial application of law in the same way. On that point, it has been used principle of active personality. According to it, corruption of public officials abroad can be prosecuted, regardless the place of commission. One of the main characteristic in the international conventions, starting with the OECD Convention, consists of applying broadly the principle of territoriality of criminal law. This way, it is enough that a small part of the criminal behaviour takes place in the country where the company comes from in order to have competence. Thus, although most of the corrupt acts committed by a Spanish company take place, for example, in Morocco, it will be enough that a small part of the conduct would have been carried out in Spain.

These two criteria involve a connection with the country where the criminal proceeding will take place, either by the author’s nationality or by the place of commission. Nevertheless they results ineffective, above all in cases of international corruption, since the author can be an intermediary or a regional manager whose nationality is different from the company’s, and no territorial nexus can be found. That is the reason why the provisions of the Framework Decision on private corruption, which states that Member States must be competent when the wrongdoing had been committed in benefit of a legal person located in the territory of the Member State (art. 7.1 c), are so interesting.

Although, theoretically, it seems to be easy to extend competence, the practical problem is the research of facts that take place mainly abroad. The judicial research must always attend to judicial cooperation and, above all, in complex situations. Using a previous example, it is not credible that Morocco is willing to judicially cooperate with Spain if the fact which is being researched is a case of corruption in which a Moroccan government official is involved.

## V. La *bribery act* y la internacionalización de la represión

La tercera característica de la "privatización" de la lucha contra corrupción es la extraterritorialidad del derecho nacional. Esto es, que se pueda castigar la corrupción que tiene lugar más allá de las fronteras, incluso si afecta a funcionarios de otros países u organización nacionales. La estrategia de política criminal que existe tras esta idea es clara: las empresas multinacionales deben exportar sus estándares nacionales de corrupción allí donde hagan negocios, las prácticas locales, por corruptas que sean, no pueden servir de excusa para la corrupción.

No todos los países han articulado de igual forma la aplicación extraterritorial de su derecho. En este punto se ha utilizado el principio de personalidad activa, de acuerdo con el cuál puede perseguirse la corrupción del funcionario público extranjero realizada por un nacional con independencia del lugar de comisión. Una de las principales características de las convenciones internacionales, empezando por la de la OCDE, es una interpretación amplia del principio de territorialidad, de modo tal que basta con que una pequeña parte del comportamiento típico se haya cometido en el Estado del cual procede la empresa para considerar que existen competencias. De este modo, aunque la mayoría de los comportamientos de corrupción realizados por una empresa española se hayan realizado, por ejemplo, en Marruecos, bastaría con que una pequeña parte del comportamiento se hubiera realizado en España.

Estos dos criterios presuponen, en cualquier caso, una conexión ya sea por la nacionalidad del autor o por el lugar donde se han realizado los hechos con el Estado donde tendrá lugar el proceso penal. Pero resultan ineficaces en muchos supuestos de corrupción internacional, en los que el autor puede ser un intermediario o un directivo regional que no posean la nacionalidad del Estado donde tiene su sede la empresa y dónde no sea posible encontrar ningún nexo territorial. Por esta razón, resultan de

That is the reason why the solution posed recently by the Bribery Act seems very interesting. Once again, it is based on the privatization of the fight against corruption. The Bribery Act has created, as we know, an offence that punishes those companies that do not prevent corruption properly. The choice of the law maker has been the extraterritorial application of this wrongdoing. This decision makes things easier because it is no longer necessary to pursue cooperation. On the one hand, the punishment of the company is not bound to punishment of people who acted. It is enough to know that someone, on behalf of the company, has bribed. After this point, what is decisive for the process is to prove whether the entity had or not an adequate prevention programme and, to that end, little judicial cooperation is needed<sup>41</sup>. The most important questions must be investigated in the headquarters of the company in the UK.

The amazing feature of the Bribery Act, with regards to it, is that every company that does business in the United Kingdom is submitted to this provision<sup>42</sup>. That is, Spanish or Polish companies that do business in London are subject to this law, and it means that they have to take measures of prevention or, otherwise, they can be punished. Since the most important corporations in the world do business in the United Kingdom, the Bribery Act has actually taken a decisive step: in fact, it has established the principle of universal justice with regard to corruption but –and that is also very new– focusing on legal persons.

---

41 By aiming for a similar strategy in environmental matters, Nieto Martín, Bases para un derecho penal internacional del medio ambiente, in Esposito/Garcimartín, La protección de bienes jurídicos globales, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, 15 (2012), p. 158 et seq.

42 Bribery Act 7 "Failure of commercial organization to prevent bribery (5)".



gran interés las previsiones de la Decisión marco de corrupción entre privados donde se indica que los Estados miembros deben tener competencias cuando la infracción haya sido cometido en beneficio de una persona jurídica cuya sede se encuentre en el territorio del Estado miembro (art. 7.1 c).

Aunque teóricamente, como vemos resulta sencillo, extender la competencia, el problema práctico es la investigación de hechos que ocurren principalmente en el extranjero. La investigación judicial debe acudir siempre a la cooperación judicial, y además en situaciones complejas. Retomando un ejemplo anterior, no es creíble que Marruecos esté dispuesto a cooperar judicialmente con España, si se investiga un caso de corrupción en el que está envuelto un alto funcionario del gobierno marroquí.

Por esta razón, la solución que recientemente ha ofrecido la *Bribery Act* resulta de gran interés. De nuevo, se basa en la privatización de la lucha contra la corrupción. La *Bribery Act* ha creado, como sabemos, una infracción que castiga a las empresas que no previenen la corrupción de manera adecuada. La opción del legislador ha sido aplicar esta infracción extraterritorialmente. Esta decisión facilita mucho las cosas porque ya no es necesario recurrir a la cooperación. De un lado, la sanción de la empresa no se vincula a la sanción de las personas que han actuado. Basta con saber que alguien en nombre de la empresa ha realizado el soborno. A partir de aquí lo decisivo para el proceso es demostrar si la entidad tenía o no un programa de prevención adecuado y para investigar esta cuestión, hace falta poca cooperación judicial<sup>41</sup>. Las cuestiones más importantes deben investigarse en la sede de la empresa localizada en el Reino Unido.

Lo espectacular de la *Bribery Act* en este punto es que somete a esta infracción a todas las empre-

41 Apostando por un estrategia similar en material de medio ambiente, Nieto Martín, Bases para un derecho penal internacional del medio ambiente, en Esposito/Garcimartín, La protección de bienes jurídicos globales, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, 15 (2012), p. 158 ss.

## VI The return journey: the importance of the public sphere

So far, I have tried to show the main aspects of the new anti-corruption policy that turns from public to private sphere. Nevertheless, this movement presents paradoxical aspects. Companies must be organized and create internal mechanisms to prevent corruption, but what about public administration? Would not it be reasonable that law imposes similar obligations to them? Having compliance programs and compliance officers, complaint channels, policies indicating what public official can and cannot do... In this respect, United Nations Convention against corruption devotes many provisions (art. 5-11) to the need for preventive measures against corruption within public administrations. In Spain, the Transparency Act which is being prepared by the Government means, from this perspective, a first step<sup>43</sup>.

As has already been said, the new anti-corruption strategy requires companies more than having a compliance program; they are required to specify and regulate in detail behaviours which are forbidden in the company, they are required to appoint people in charge of compliance, training programs, complaint channels and whistleblower's protection, control measures in order to choose suppliers... With regard to public administrations, the way forward should be highlighted by the assumption –by the public administrations– of the compliance program's conception which companies are implementing.

Every public corporation should be provided with a compliance program against corruption and, closing the circle, the non-implementation or the ineffective implementation, in case any member of the corporation commits a corrupt act, should lead to the imposition of sanctions. In some EU countries, e.g. Netherlands, it is not a taboo to punish

43 <http://www.leydetransparencia.gob.es/anteproyecto/index.htm#AR1>

sas que realicen negocios en el Reino Unido<sup>42</sup>. Es decir, las empresas españolas o polacas que realizan negocios en Londres, están sujetas a esta ley, lo que significa que deben adoptar medidas de prevención y que, en caso contrario, pueden ser castigadas. Dado que las empresas más importantes del mundo realizan negocios en el Reino Unido, la *Bribery Act* en realidad ha dado un paso decisivo: de hecho ha instaurado el principio de justicia universal en materia de corrupción pero –y esto es también muy novedoso– centrado en las personas jurídicas.

## VI. Viaje de vuelta: la importancia de lo público

Las líneas anteriores han pretendido mostrar los aspectos principales de la nueva política anticorrupción que gira de lo público a lo privado. Ahora bien, al menos en nuestro país, este giro tiene aspectos paradójicos. Las empresas tienen que organizarse y crear mecanismos internos que prevengan la corrupción, pero ¿y qué ocurre con las administraciones públicas?, ¿no sería razonable que la ley les impusiera obligaciones semejantes?, ¿qué contarán con responsables de cumplimiento, con códigos éticos, canales de denuncias, políticas en las que se detallan qué pueden y no pueden hacer los funcionarios públicos? El Convenio de Naciones Unidas en materia de corrupción dedica gran parte de su articulado (art. 5-11) a la necesidad de establecer medidas de prevención de la corrupción en el seno de las administraciones públicas. La Ley de transparencia que prepara el gobierno español<sup>43</sup> supone, desde esta perspectiva, un primer paso.

Como hemos visto, la nueva estrategia de lucha contra la corrupción exige a las empresas algo más que contar con códigos éticos, les exige concretar y regular pormenorizadamente en su empresa los comportamientos que prohíbe, les exige estable-

public bodies and I think this is a thought-provoking idea. In Spain, for instance, corrupt politicians go on being elected by citizens. Things would change if, for example, as a result of corruption and the fine imposed on the public corporation, some services –provided by this public corporation– stopped being provided. Just as the sanction imposed on the company aims to motivate managers to care about measures preventing and controlling corruption, the punishment of any public corporations should ideally motivate voters to require compliance programs in the public administration.

Nevertheless, and in the knowledge that this idea presents serious politico-criminal drawbacks, public entities could be subject to non-criminal, administrative or disciplinary and above all –and I think that this is the key– non-pecuniary sanctions. Reputational sanctions might be an option, for example, the publication of the judgment condemning a municipality for corruption or, in the most serious cases, the intervention or curatorship of the entity, with the only purpose of monitoring the implementation of the compliance program. ■

43 Bribery Act 7 Failure of commercial organization to prevent bribery, (5).

44 <http://www.leydetransparencia.gob.es/anteproyecto/index.htm#AR1>

cer responsables, les exige formación, canales de denuncias y protección de los *whistleblowers*, medidas de control para elegir proveedores etc. En realidad lo que se debería hacer es ni más ni menos que trasladar a las administraciones públicas la idea del programa de cumplimiento que están poniendo en marcha las empresas.

Toda corporación pública debería dotarse de un programa de cumplimiento en materia de corrupción y, cerrando el círculo, su no implantación o implantación ineficaz en caso de que se produzca un comportamiento corrupto por alguno de sus miembros, debería dar lugar a la imposición de sanciones. En algunos países de la UE, por ejemplo Holanda, no es un tabú sancionar a los organismos públicos, y esta idea me parece sugerente. En España, por ejemplo, los políticos corruptos siguen siendo elegidos por los ciudadanos. Las cosas cambiarían si, por ejemplo, como consecuencia de la corrupción y de la multa impuesta sobre el organismo público, éste dejara de prestar determinados servicios. Igual que la sanción a la empresa intenta motivar a los socios a preocuparse por las medidas de control de la corrupción, la sanción al ayuntamiento, a la comunidad autónoma o la universidad debiera idealmente motivar a los votantes a exigir *compliance programs* en las administraciones públicas.

No obstante, y entendiendo que esta idea tiene grandes inconvenientes político criminales, las entidades públicas podrían ser objeto de sanciones no penales, administrativas o disciplinarias, y sobre todo –y esta creo que es la clave– no pecuniarias. Cabe pensar en sanciones reputacionales, como la publicación de la sentencia condenando por “corrupción” a un municipio, o en los casos más graves la intervención o curatela de la entidad pública, a los fines exclusivo de que se supervise la implantación de programas de cumplimiento. ■

# IV

## Hacia la Abolición universal de la pena de muerte. Progresos y perspectivas

Roger Hood

*Catedrático Emérito de Criminología de la Universidad de Oxford.*

### 1. Introducción

En estas líneas intentaré presentarles un informe y análisis actualizado del alcance y de las razones por las que cada vez más países en los últimos años han abrazado el objetivo de la abolición universal de la pena capital que se estableció originalmente en una resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 40 años atrás en 1971.

La clave de la argumentación de sí la abolición de la pena capital debería, en la actualidad, considerarse como una meta que todos los países comprometidos con los derechos humanos deben luchar por alcanzar se encuentra en la interpretación de los artículos 6 y 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que casi la totalidad de los países del mundo con la excepción de alguno como Arabia Saudita han ratificado. Ante todo, resulta necesario aprehender el texto del Pacto en su contexto histórico.

Si bien el movimiento para abolir la pena capital, que en sus orígenes, como bien se sabe propusiera Cesare Beccaria, para delitos como el homicidio y otros delitos de menor gravedad tiene sus orígenes en la Europa de finales del siglo XVIII, al tiempo de adoptarse la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948, siglo y medio más tarde, una exigua cifra de 7 Estados habían abolido la pena de muerte para todo tipo de delitos y en toda circunstancia tanto bajo la legislación civil como militar y

# IV

## Towards World–Wide Abolition of the death penalty: Progress and prospects

ROGER HOOD

*Emeritus Professor of Criminology All Souls College Oxford.*

### 1. Introduction

I shall try to provide you with an up–to–date survey and analysis of the extent to which and reasons why more and more countries have in recent years embraced the goal of universal abolition of capital punishment, first laid down by a resolution of the United Nations General Assembly 40 years ago in 1971. The key to the argument of whether abolition of the death penalty should now be regarded as a goal that all countries committed to human rights should pursue lies in the interpretation of Articles 6 and 7 to the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) which all but a few states, such as Saudi Arabia, have ratified. First it is necessary to understand the wording of this covenant in historical perspective.

Although the movement to abolish the death penalty, at first, as famously proposed by Cesare Beccaria, for murder and lesser common crimes, had its roots in the enlightenment in Europe at the end of the 18th century, by the time that the Universal Declaration of Human Rights was promulgated in 1948, a hundred and fifty years later, there were still only seven independent states that had abolished the death penalty for all crimes in all circumstances, under civil and military law in wartime as well as peacetime. The majority were in South America, and none but San Marino in Europe. Seven other European countries had abolished it for

para tiempos de guerra como épocas de paz. La mayoría de ellos situados en Sudamérica y ninguno en Europa, con la sola excepción de San Marino. Otros siete países europeos habían abolido la pena capital para el homicidio y otras figuras delictivas pero la mantenían para los delitos de traición y varios delitos cometidos en tiempos de Guerra. En suma, catorce países difícilmente podían constituir un grupo de presión, de ahí que no llame a sorpresa el que no hubiera mención alguna en aquel entonces a la pena capital en relación con el artículo 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos que dispone "todo ser humano tiene el derecho inherente a la vida" y que se convirtiera explícitamente en una excepción al derecho a la vida cuando el Convenio Europeo de Derechos Humanos entrase en vigor.

El artículo del Pacto que fue adoptado en 1966 y entró en vigor en 1976 fue originalmente redactado en una fecha tan lejana como 1957, en aquel entonces, solo existía una minoría de Estados abolicionistas. En consecuencia, no resulta en lo mas mínimo extraño que en orden a alcanzar un compromiso, una excepción al artículo 6(1) que había establecido el "derecho a la vida" se incluyera en el artículo 6(2) para satisfacer a aquellos Estados que aún no habían abolido la pena capital. No obstante, este artículo restringía su aplicación exclusivamente a "los crímenes más graves" pero claro esta, nos encontramos ante un criterio vago y abierto a distintas interpretaciones culturales. Incluso así, se dejo claro que esta redacción no implicaba que los Estados retencionistas pudieran acogerse a ella como una carta blanca para seguir llevando a cabo ejecuciones dado que el artículo 6(6) señalaba que la abolición era el objetivo en ultimo término, como se infiere de su lectura: "Nada en este artículo será invocado para retrasar o impedir la abolición de la pena capital por ningún Estado miembro.... en el Pacto". Además, el artículo 7 del Convenio prohíbe todo "trato o pena cruel, inhumana o degradante". Con el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos y la creciente evidencia de la crueldad que rodea la administración

murder and other crimes, but retained it for treason and certain crimes committed in time of war. Fourteen countries hardly constituted a pressure group. So no wonder that there was no mention at that time of the death penalty in relation to article 3 of the Universal Declaration of Human Rights (that 'every human being has an inherent right to life') and that it was explicitly made an exception to the right to life when the European Convention on Human Rights was established in 1950.

Article 6 of the ICCPR which was adopted in 1966 and came into effect in 1976 was actually drafted as early as 1957, when there was still only a minority of abolitionist states. So it is hardly surprising that, in order to get agreement, an exception to Article 6(1) which had established the 'The right to life', had to be made in Article 6(2), for those countries that had not yet abolished the death penalty. This article nevertheless restricted its application only to 'the most serious crimes', but that of course, was a vague criterion, open to different cultural interpretations. Even so, it was made clear that this did not mean that retentionist countries could rely on this formulation as justification for the death penalty, for Article 6(6) signaled that abolition was to be the goal by declaring that 'Nothing in this article shall be invoked to delay or to prevent the abolition of capital punishment by any State Party to the ... Covenant'. Furthermore, Article 7 of the Covenant proscribes any 'cruel, inhuman or degrading treatment or punishment'. With the development of international human rights law and ever growing evidence of the cruelties involved in the administration of capital punishment, ratification of this treaty appears to me to obligate those countries that still retain the death penalty, often on the grounds that they claim it is solely a criminal justice issue subject to national sovereignty, and not a human rights issue, to move forward to embrace its ultimate purpose. In my view, there should be limits to the power that the state can be permitted to exercise over persons accused of and convicted



de la pena capital, la ratificación de este instrumento internacional me inclina a pensar que obligaría a todos aquellos países que aún mantienen la pena capital, con frecuencia en consideraciones de que esta cuestión constituye un asunto eminentemente de justicia criminal sujeta a la soberanía nacional y no un asunto de derechos humanos, a dar un paso al frente con objeto de abrazar el objetivo último del Pacto. En mi opinión, debería limitarse el poder que el Estado tiene permitido ejercer sobre los individuos acusados o juzgados por la comisión de delitos, sin importar cuán serios sean estos; límites esbozados por principios universales de derechos humanos con efectos en todos los ciudadanos del mundo. En otras palabras, si bien la elección de los tipos de pena es un asunto propiamente de la soberanía nacional, no deberían existir castigos tales como la extinción de la vida al violar simultáneamente los derechos humanos de los acusados y del condenado.

## 2. Progresos hasta la fecha

Hace 22 años, a finales de 1988, solo 52 (29%) de los en aquel entonces Estados miembros de las Naciones Unidas habían abolido la pena capital para los delitos de homicidio y otros delitos comunes, pero sólo 35 de ellos, esto es menos de una quinta parte de todas las naciones del mundo, habían eliminado la pena capital sin ambages en su legislación penal así como en los códigos militares. Pero desde entonces el número de Estados abolicionistas se ha doblado a 104 de los 196 Estados actualmente miembros en la Organización de las Naciones Unidas y la gran mayoría de los mismos, 96, han abolido la pena capital en toda circunstancia. Por tanto, muchos países se han desplazado con cierta prisa desde el *retencionismo* hasta la abolición absoluta; y solo un país desde 1961 que haya abolido la pena capital retomó las ejecuciones (Filipinas) pero con celeridad volvió a abolirla. Inexorablemente, como apunta William Schabas nos estamos acercando al punto de que una vez la pena capital “se abole se hace por siempre jamás”.

of crimes, however serious: limits defined by universal human rights principles which apply to all citizens of the world. In other words, although the choice of punishments is a matter for national sovereignty they should not be punishments, such as the extinction of life, that breach the human rights of defendants and the convicted.

## 2. Progress made

Just 22 years ago, at the end of 1988, only 52 (29%) of the then 180 member states of the United Nations, but only 35 of them –less than one fifth of all nations– had eliminated capital punishment altogether from their penal and military codes. But since then the number of abolitionist nations has doubled to 104 of the 196 UN member states, and the vast majority, 96 of them, has abolished it for all crimes in all circumstances. Thus many countries have moved swiftly from retention to complete abolition; and only one country since 1961 that abolished the death penalty resumed executions (the Philippines), but it soon abolished it again. As William Schabas has pointed out, we are moving towards the point where the death penalty ‘once abolished is abolished forever’.

In the USA, New Jersey, New York, New Mexico and Illinois have all recently abolished capital punishment, bringing the number of abolitionist states to 16, plus the District of Columbia. Among the 92 countries that retain the death penalty in law only 43 have executed anyone within the past 10 years and not yet announced a moratorium – less than a quarter of all nations and Amnesty International regards 34 of the remaining 49 as truly ‘abolitionist in practice’: the other 15 although not having executed anyone for at least 10 years might still be liable to do so. Thus 70 per cent (138/196) of states no longer inflict or intend to inflict the ultimate penalty. At the UN General Assembly in December 2010, only 41 of the 185 countries (22 per cent) voted against a resolution calling for a world-wide moratorium on death sentences and executions.

En los Estados Unidos, los estados de Nueva Jersey, Nueva York, Nuevo México e Illinois han abolido la pena capital recientemente lo que lleva el número de estados abolicionistas a 16 más el Distrito de Columbia. Entre los 92 Estados que retienen la pena capital en sus legislaciones solo 43 han ejecutado la pena en los últimos 10 años y aún no han anunciado una moratoria –esta cifra es menos de una cuarta parte de las naciones de la Tierra, y Amnistía Internacional considera que 34 de los restantes 49 Estados son realmente “abolicionistas de facto”– La quincena restante si bien no ha ejecutado a ningún condenado en los últimos 10 años puede, no obstante, sentirse inclinada a hacerlo. Por lo tanto, un 70 por ciento (138/196) de Estados ha dejado de infligir o no tiene intención alguna de infligir esta pena odiosa. En la Asamblea general de las Naciones Unidas en diciembre de 2010, solo 41 de los 185 Estados representados (22 por ciento) votaron en contra de la resolución que pedía una moratoria universal de penas y ejecuciones a muerte.

Muchos de los países que aún mantienen la pena capital han optado por restringir el número de crímenes para los cuales puede ser impuesta, y el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, y la Comisión (en la actualidad Consejo) se han mostrado muy activos a la hora de definir que crímenes se califican como “los más graves”. Si bien, la pena capital aún se mantiene para delitos relacionados con estupefacientes en 32 países, sólo 12 de ellos han llevado a cabo ejecuciones en los últimos años, y sólo seis de ellos las han realizado en una escala sustancial. Además, se han logrado grandes avances en la prohibición de la imposición de la pena capital como pena mandatoria para el castigo del tráfico de drogas, robos, y homicidios. Nos da la impresión de que la mayoría de Estados retencionistas comienzan a aceptar que la pena capital, previa su completa abolición, solo puede justificarse sobre una base discrecional para los tipos de homicidio más repulsivos.

Many of the countries that have retained the death penalty have moved towards restricting the types of crimes for which it may be imposed and the UN Human Rights Committee and Commission (now the Council) has been active in defining what crimes do not qualify as ‘most serious crimes’. Although the death penalty is still retained for drugs offences in 32 countries, only 12 of them have carried out executions in the past few years and only six on a substantial scale. Furthermore, great strides have been made in banning the imposition of the death penalty as the mandatory punishment for drugs offences, robbery, and for murder. It appears that the majority of retentionist countries are coming to accept that capital punishment, prior to complete abolition, can only be justified on a discretionary basis for the ‘worst of the worst’ cases of murder.

Thus, the number of countries actually carrying out judicial executions each year has shrunk drastically. Although 67 countries imposed at least one death sentence in 2010 only 23 carried out an execution compared with 40 in 1997. With a few exceptions, such as Iran, the number of executions annually recorded appears to be falling almost everywhere. Singapore which in the 1990s had the world’s highest execution rate per head of population appears to have executed only one person in 2009 and Pakistan which had executed 34 people in 2008 executed none in 2009. Executions on a substantial scale (more than 10 a year) are only carried out regularly in about eight countries.

At the international level, it is highly significant that the death penalty was excluded as a punishment by the UN Security Council when it established the International Criminal Tribunals to deal with atrocities in the former Yugoslavia in 1993 and Rwanda in 1994, and later in Sierra Leone and Lebanon. Nor is it available as a sanction for genocide, other grave crimes against humanity and war crimes in the Statute of the International Criminal Court established in 1998. This has provided a pow-

En suma, el número de países que en la actualidad llevan a cabo ejecuciones judiciales, cada año no deja de reducirse en cantidad significativa. A pesar de que 67 países impusieron al menos una pena capital durante el año 2010 sólo 23 llevaron a cabo las mismas comparado con una cifra de 40 en 1997. Con pequeñas excepciones, como Irán, el número anual de ejecuciones registradas indica un descenso pronunciado en casi la totalidad del planeta. Singapur que en la década de los noventa tenía el índice de ejecuciones más elevado de todos los países retencionistas en proporción a su población, en el 2009 sólo realizó una, y Pakistán que en el 2008 había ejecutado a 34 individuos, un año después no había llevado a cabo ejecución alguna.

Un número sustancial de ejecuciones (por ejemplo, más de 10 anuales) solo se llevan regularmente en 8 países.

A nivel internacional, resulta extremadamente relevante que la pena capital fuera excluida de la lista de penas por el Consejo de Seguridad cuando estableció la figura de los Tribunales penales internacionales que tenían la misión de juzgar atrocidades como los creados para la antigua Yugoslavia en 1993, y Ruanda en 1994, y posteriormente para enjuiciar lo sucedido en Sierra Leona y Líbano. Tampoco se encuentra disponible como pena en el Estatuto del Tribunal Penal Internacional establecido en 1998 para actos de genocidio, otros graves crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra. Estas circunstancias han ofrecido un argumento muy consistente, sí no esta prevista la pena capital para los crímenes más atroces contra la raza humana por qué debe ser un castigo para crímenes menos atroces.

### **3. Factores que crean una "nueva dinámica"**

Nos encontramos ante una nueva dinámica que produce un Nuevo modelo de abolicionismo y que ha sido la gran responsable de esta transformación tan extraordinaria. Sin dudas, la reciente marea abolicionista se ha visto influida en una gran par-

erful argument: If it is not available for these atrocious crimes why should it be the punishment for lesser crimes?

### **3. Factors generating the 'new dynamic'**

A new dynamic, producing a new pattern of abolition, has been responsible for this extraordinary change. There can be no doubt that the latest wave of abolition has been influenced greatly by the process of democratization in Europe, including the former Soviet empire, and freedom from colonial and post-colonial repression in Africa and several other parts of the world, including Cambodia in Asia. Foremost among these influences has been the insertion into instruments of international human rights covenants and treaties distinct protocols aiming at world-wide abolition of the death penalty (notably Protocol No. 2 to the ICCPR (1989) and Protocols Nos. 6 (1983) and 13 (2002) to the ECHR and the Protocol to the American Convention on Human Rights (1990). Also new democratically inspired Constitutions in many countries, such as South Africa, have specifically banned the death penalty under their right to life provisions. Altogether, 82 countries have ratified or signed one or other of the international treaties or conventions which bars the imposition and reintroduction of capital punishment.

The human rights approach to abolition rejects the most persistent of justifications for capital punishment: retribution and the need to denounce and expiate through execution those whose crimes shock society by their brutality. It also rejects the utilitarian justification that nothing less severe can act as a sufficient deterrent to those who contemplate committing capital crimes. This is not only because the social science evidence does not support the claim that capital punishment is necessary to deter murder, but because even if it could have a marginal deterrent effect, it could only be achieved by high rates of execution, mandatorily and speedily enforced. This, abolitionists assert, would in-

te por el proceso de democratización en Europa, incluido el antiguo Imperio soviético, y de libertad tras la represión colonial y posterior al período de Descolonización, en África y en otros rincones del mundo, incluida Camboya en Asia. Entre lo más destacado de estas influencias se encuentra la inserción en instrumentos internacionales de derechos humanos como Pactos y Tratados, una serie de protocolos que se dirigen a la abolición mundial de la pena de muerte (especialmente, el Protocolo n. 2 al PIDCP en 1989 y los Protocolos nos. 6(1983) y 13(2002) anexos al Convenio Europeo de Derechos Humanos, así como el Protocolo al Pacto de San José en 1990. Asimismo, nuevas constituciones inspiradas en valores democráticos en numerosos países, como Sudáfrica, han excluido, de forma expresa la pena de muerte en base a sus disposiciones relativas al derecho a la vida. En total, 82 países bien han ratificado o firmado alguno de los textos internacionales que prohíben la imposición o la reimplantación de la pena capital.

La aproximación desde los derechos humanos a la abolición rechaza la justificación esbozada con más frecuencia para mantener la pena capital, su efecto disuasorio y la necesidad de condenar y dar una respuesta contundente mediante la ejecución a aquellos cuyos crímenes han abrumado a la sociedad por su brutalidad. También coadyuva a rechazar la tradicional justificación utilitarista que mantiene que para aquellos que piensan en cometer crímenes capitales solo esta pena puede servir como elemento de suficiente disuasión. La explicación no solo se encuentra en que las investigaciones de las ciencias sociales no apoyan el argumento de que la pena capital resulta ineludible para impedir la comisión de homicidios sino principalmente porque en el caso de que tuviera un efecto disuasorio marginal, solo se alcanzaría a través de cifras muy altas de ejecución, de forma obligatoria para el juez, y en un lapso de tiempo una vez cometido el crimen, extraordinariamente breve. Lo cual, desde un punto de vista abolicionista, incrementaría la probabilidad de que personas ino-

crease the probability of innocent or wrongfully convicted persons being executed and also lead to the execution of people who, because of the mitigating circumstances in which their crimes were committed, do not deserve to die.

It has needed political leadership, particularly from the Council of Europe, the EU and individual European nations, from Constitutional Courts, backed up by NGOs, especially but not only Amnesty International, to bring about abolition. Political will has been the key. The abolitionists believe that although public opinion is not to be ignored, a country concerned for human right should not merely accept it as a reason for retaining the death penalty – especially when it may be based on misconceptions about the assumed deterrent effect of capital punishment, fairness of its application, absence of error, and other human rights considerations. A government committed to human rights should instead regard its task as informing and leading the general public to appreciate and then to accept the human rights case for abolition, namely that it “contributes to the enhancement of human dignity and the progressive development of human rights”. It was of great significance that in post-apartheid South Africa, the newly created Constitutional Court abolished the death penalty in 1995, in face of public opinion in its favour. The Court declared that it was incompatible with the prohibition against cruel, inhuman or degrading punishment and with ‘a human rights culture’ which would “protect the rights of minorities and others who cannot protect their rights adequately through the democratic process”.

The influence exerted by the weight of numbers as more and more countries have embraced the human rights case for abolition is illustrated by the change in the decisions reached regarding extradition of prisoners from Canada to the USA. In 1991 in the case of *Kindler v Canada*, both the Canadian Supreme Court and the United Nations Human Rights Committee held that there was no bar to extradi-

centes o condenadas de forma errónea fueran ejecutadas, y también llevaría a ejecutar a individuos que, en razón de circunstancias atenuantes que rodearon la perpetración del crimen, no merecerían morir.

Llegar a este punto abolicionista ha requerido un gran liderazgo político, especialmente desde el Consejo de Europa, de la Unión Europea, de Estados Europeos a título individual, por parte de Tribunales constitucionales, respaldados por ONG's, muy especialmente, pero no solo de Amnistía Internacional. La voluntad política ha sido clave. El movimiento abolicionista considera que si bien la opinión pública no debe ser ignorada, un país preocupado por la situación de los derechos humanos no puede simplemente aceptarla como un motivo para mantener la pena capital, muy particularmente cuando esta opinión puede estar basada en una creencia errónea sobre el presunto efecto disuasorio de la pena capital, sobre la imparcialidad de su aplicación, ausencia de errores, y otras consideraciones de derechos humanos. Al contrario, un gobierno comprometido con los derechos humanos debe considerar como tarea la de informar y hacer entender al público en general, el aprecio de los derechos humanos y su presencia en el debate abolicionista, es decir, que "contribuye al fortalecimiento de la dignidad humana y al desarrollo progresivo de los derechos humanos". Fue particularmente relevante que en la Sudáfrica posterior al régimen de la segregación racial del "apartheid" la recién creada Corte Suprema aboliese la pena de muerte en 1995 en contra de una opinión pública claramente favorable a su mantenimiento.

La Corte declaró que esta pena era incompatible con la prohibición de penas o castigos crueles, inhumanos o degradantes y con la cultura de los derechos humanos "que protegerían los derechos de las minorías y de otros que no pueden proteger sus derechos de forma adecuada a través del proceso democrático".

La influencia ejercida por la evidencia de los números a medida que más y más países han abra-

tion because there was no international consensus on the issue of capital punishment. Yet 10 years later in *Burns v USA* (2001) and *Judge v Canada* (2003) both bodies held that it would be a violation of the defendant's right to life to extradite without assurances that he would not be executed. They did so because, as the Canadian Supreme Court put it, of the "significant movement towards acceptance internationally of a principle of fundamental justice ... namely the abolition of capital punishment".

#### **4. What has this 'New Dynamic' achieved?**

The effect of the new human rights dynamic has been remarkable. Abolition has been embraced across the globe by many different political systems, peoples and cultures. In Europe only Belarus retains and uses the death penalty: there were two executions last year compared with 47 in 1998. In South and Central America only three small countries (Belize, Guyana and Suriname) hang on to it, although none have carried out an execution for at least 10 years. There have been no executions in Cuba since 2003. The Commonwealth Caribbean island States, grimly maintain it in law, although successful challenges by dedicated human rights lawyers have made executions exceptionally rare: only one in the last 10 years. At the end of 1988 in the African region only Seychelles and Cape Verde had abolished capital punishment, whereas 16 countries are now completely abolitionist (the most recent being Burundi, Togo and Gabon) and another 21 have not carried out an execution for at least 10 years. Judicial executions were carried out in 2010 south of the Sahara only in Equatorial Guinea and Sudan.

Although all countries in the Middle East and North Africa where Islam is the dominant religion retain the death penalty, three of them—Tunisia, Algeria and Morocco—have not carried out any judicial executions for over 10 years and the new government of Tunisia has promised to ratify the Protocol to the ICCPR abolishing the death penalty. Abolition has also been under consideration in Jordan,



zado el discurso de los derechos humanos se pone de relieve por la transformación en las decisiones que se han adoptado en relación a la extradición de reclusos desde Canadá a los Estados Unidos. En 1991, en el asunto *Kindler c. Canadá*, tanto la Corte suprema canadiense como el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas sostuvo que no había una prohibición frente a la extradición al no existir un consenso internacional sobre la cuestión de la pena capital. Una década después en el Asunto *Burns c. Estados Unidos* (2001) y *Judge c. Canadá* (2003) ambos organismos mantuvieron que sería una violación del derecho a la vida del acusado su extradición sin garantías de que no sería ejecutado. Esta interpretación se produjo, en palabras de la Corte Suprema de Canadá por "el importante movimiento hacia la aceptación internacional de un principio fundamental de justicia... en concreto, la abolición de la pena capital".

#### 4. Que es lo que ha conseguido la "Nueva dinámica"

El efecto de la nueva dinámica de derechos humanos ha sido extraordinario. La abolición ha sido acogida a lo largo y ancho del planeta por variados sistemas políticos, y una diversidad de culturas y pueblos. En Europa solo Bielorusia conserva y utiliza la pena capital, el año pasado se realizaron dos ejecuciones comparadas con las 47 de 1998. En Mesoamérica y Suramérica sólo tres pequeños países (Belice, Guyana y Surinam) se aferran a ella, si bien en ninguno de ellos se ha producido una ejecución en los últimos 10 años. Desde 2003 no se realizan ejecuciones en Cuba. La Comunidad de las islas del Caribe, de forma siniestra, la mantiene en sus legislaciones si bien recursos bien presentados y ganados por abogados especialistas en derechos humanos han conseguido que las ejecuciones sean una rara y deprimente excepción; sólo una en la última década. A finales de 1988 en el continente africano sólo las Islas Seychelles y Cabo Verde habían abolido la pena capital y a la fecha 16 países son

Morocco and Lebanon and executions have sharply declined in Egypt. Several secular states with large Muslim majorities have already joined the abolitionist movement: such as Albania, Azerbaijan, Bosnia-Herzegovina, Kyrgyzstan, Turkey, Turkmenistan and Senegal. They may soon be joined by the Maldives. Execution rates have been maintained at a low level in Muslim Asia. In fact, only four retentionist Muslim countries now make regular and large scale use of capital punishment as a crime control measure: Iran, Saudi Arabia, Iraq and Yemen. According to Arab human rights scholars, whether and at what speed retentionist Islamic states will move towards abolition will depend on whether their legal systems remain dominated by fundamentalist interpretations of Islam, or whether these states move towards secular democratic government, which will allow for a more modern, 'scientific', less authoritarian and more merciful interpretation of the Sharia. Overall, the prospects for a steady movement towards abolition in the Muslim world are not nearly as bleak as some may imagine.

While only four Asian states (Nepal, Bhutan, Cambodia and Philippines) have so far completely abolished the death penalty, six others are now abolitionist de facto, including most recently South Korea. In January 2010 President Elbegdorj of Mongolia called on the Mongolian Parliament to follow the path of the majority of the world's countries and abolish the death penalty. In India –with the second largest population in the world– the death penalty is in principle to be imposed in only the 'rarest of rare' cases: the last execution took place in 2004, the first since 1997. Three years ago the representative of the People's Republic of China at the UN Human Rights Council stated that 'the death penalty's scope of application was to be reviewed shortly... with the final aim of abolishment'. That process has tentatively begun with the recent abolition of the death penalty for 13 non-violent economic offences, thus reducing the number of capital crimes from 68 to 55. The return of the review of all death pen-

completamente abolicionistas (los más recientes Burundi, Togo y Gabón) y otros 21 no han llevado a cabo ejecuciones desde hace al menos 10 años. Las únicas ejecuciones judiciales que se produjeron en 2010 en el África subsahariana corresponden sólo a Botswana, Guinea Ecuatorial, Sudán y Somalia.

Si bien todos los países en Oriente medio y en el Norte de África en los que el Islam es la religión dominante conservan la pena de muerte, tres de ellos, Túnez, Argelia y Marruecos no han llevado a cabo ejecuciones judiciales en más de 10 años y el nuevo gobierno de Túnez ha prometido ratificar el Protocolo al Pacto Internacional que abole la pena capital. La abolición también ha estado bajo escrutinio en Jordania, Marruecos y Líbano y el número de ejecuciones se ha reducido de forma acentuada en Egipto. Varios Estados laicos con gran parte de su población musulmana se han unido ya al movimiento abolicionista entre los que destacan Albania, Azerbaijan, Bosnia–Herzegovina, Kirguistán, Turquía, Turquistan y Senegal, a los que se les puede unir en un futuro inmediato las Islas Maldivas. Los índices de ejecución se han mantenido en niveles bajos en el Asia musulmana. De hecho, sólo cuatro Estados retencionistas musulmanes realizan, de forma regular y a gran escala, ejecuciones como una medida de control delictual; Irán, Arabia Saudita, Irak, y Yemen. Según académicos árabes de derechos humanos el cómo y a qué ritmo los Estados retencionistas islámicos se van a encaminar hacia el abolicionismo va a depender de sí sus sistemas jurídicos van a seguir dominados por interpretaciones fundamentalistas del Islam o si estos Estados se van a inclinar hacia formas democráticas laicas de gobierno lo que permitiría una interpretación de la Sharia más contemporánea, “científica”, menos autoritaria y más misericordiosa. En conjunto, las perspectivas de un movimiento firme hacia la abolición en el mundo musulmán no son tan negativas como algunos puedan imaginar.

Mientras que sólo cuatro Estados asiáticos (Nepal, Bután, Camboya y las Filipinas) hasta la fecha

alty verdicts from the provincial High Courts to the Supreme People’s Court at the beginning of 2007 has been of particular significance. According to former Chief Justice Xiao Yang, the aim is to impose the death penalty ‘strictly, cautiously and fairly ... on a tiny number of serious criminal offenders.’ And in its latest report the Supreme Court has instructed lower courts to suspend all death sentences for two years in all cases that ‘do not require immediate execution’. It is regrettable that we will not be able to gauge how much this will reduce the number of executions because China still refuses to publish any statistics on the number of its citizens who are executed annually. Nevertheless, a vigorous debate on the ‘reform’ of the scope of the death penalty is now underway. As one Chinese senior scholar put it recently at an international meeting, abolition is now ‘an inevitable international tide and trend.’ Furthermore, a recent major public opinion survey has shown that support for capital punishment on the present scale is not nearly as strong as the authorities have claimed. There is therefore some reason to be optimistic that the abolitionist movement is having an influence on the government of the PRC. However, it is disappointing that hoped for changes to embrace abolition in Taiwan and Japan have not been forthcoming.

In the United States, to which many retentionist states point in support of their position, only 12 of the 51 US state jurisdictions executed anyone in 2010 and only seven of them more than one person. Texas alone accounted for 17 of the 46 executions. Indeed only 10 states have on average executed at least one person a year since executions were permitted to resume in 1976, eight of them in the old south plus Oklahoma and Ohio. The number of death sentences imposed in the US has fallen from over 300 in the mid–1990s to only 114 in 2010. Two years ago, the influential American Law Institute decided that it would withdraw its support for the death penalty “in light of the current intractable institutional and structural obstacles to ensuring a

han abolido, de forma absoluta, la pena capital, otros seis son en estos momentos abolicionistas de facto, incluida muy recientemente Corea del Sur. En enero de 2010 el Presidente de Mongolia Sr. Elbegdorj pidió en el Parlamento nacional que se siguiera la senda de la mayoría de países del mundo y se aboliera la pena capital. En India, –el segundo país más poblado de la tierra– la pena capital en principio sólo se impone en los casos de la rareza más extraordinaria. La última ejecución tuvo lugar en 2004, la primera desde 1997. Tres años atrás, el representante de la República popular China ante el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas afirmó: “el ámbito de aplicación de la pena de muerte va a ser revisado en breve... con el objetivo último de su abolición”. Este proceso, en cierta manera, ya se ha iniciado con la reciente abolición de la pena de muerte para 13 delitos económicos no violentos lo que ha llevado a reducir el número de crímenes capitales desde 68 a 55. La devolución de la revisión de todos los veredictos con condenas a muerte desde los Tribunales superiores provinciales al Tribunal Popular Supremo que ocurrió a principios de 2007 ha tenido una importancia destacable.

Según el Presidente del Tribunal popular Supremo Xiao Yang, el objetivo es el de imponer la pena capital “de forma estricta, con gran cautela y de forma imparcial... para un número muy reducido de peligrosos convictos criminales”. En su último informe, el Tribunal Supremo ha ordenado a los órganos jurisdiccionales del país suspender todas las sentencias a muerte durante un plazo de dos años “en todos aquellos casos que no requieran de una ejecución inmediata”. Resulta desalentador que no se puede medir cuánto reducirá esta medida el número de ejecuciones ya que China rechaza sistemáticamente publicar estadística alguna sobre el número de ciudadanos que es ejecutado anualmente.

A pesar de todo, en estos momentos existe un debate serio sobre la “reforma” del ámbito de aplicación de la pena capital. Como puso de relieve un respetado académico de nacionalidad chi-

minimally adequate system for administering capital punishment.” Indeed, the growing disenchantment that the death penalty can be administered fairly and without racial discrimination, combined with the very high cost of administering it, the evidence that even lethal injection cannot be guaranteed to result in a non-tortuous death, and the incontrovertible evidence that innocent people have been sentenced to death, may well persuade yet more states to follow the example of New Jersey, New York, New Mexico and Illinois to abolish the death penalty. The impression often given, that in America there is enthusiasm everywhere for executions is now wide of the mark. As you may know, in recent years there has been some recognition by the US Supreme Court of norms that have been established elsewhere in the world. The decisions to ban the execution of the so-called mentally retarded (*Atkins v Virginia*, 2002) and of juveniles convicted of murders committed before the age of 18 (*Roper v Simmons*, 2005), both cited worldwide condemnation of these practices. We can hope that it will not be many years before the US Supreme Court will be able to find that the majority of states do not support the death penalty, and therefore rule that ‘emerging standards of decency’ will no longer tolerate the use of capital punishment in the USA.

## 5. In Conclusion

The emphasis on the ‘human rights’ perspective on the death penalty has added greatly to the moral force propelling the abolitionist movement. Those who still favour capital punishment ‘in principle’ have been faced with convincing evidence of the abuses, discrimination, mistakes, and inhumanity which inevitably accompany it in practice, as has been revealed by death penalty scholars and human rights lawyers. In general it needs to be remembered that no countries have abolished the death penalty because of popular demand as reflected in opinion polls. Those who grew up with the expectation that death would be the punish-

na en el transcurso de una reunión internacional, la abolición al día de hoy es una "inevitable tendencia y marea internacional". Además, en una reciente y amplia encuesta de la opinión pública se muestra que el apoyo popular a la pena capital como se encuentra diseñada está muy lejos de lo que las autoridades afirman. Por tanto, existe cierta razón para ser optimista sobre la influencia que el movimiento abolicionista está teniendo en el gobierno de la República Popular China. No todo son buenas noticias en este frente, ya que resulta desalentador que la esperanza que se tenía en modificaciones que llevarán a la abolición en Taiwán y Japón haya sido vacua.

Por último, en los Estados Unidos a los que muchos países retencionistas señalan para reafirmarse en su posición, sólo 12 de las 51 jurisdicciones estatales se han pronunciado por la pena capital en 2010 y sólo siete de ellas han ejecutado a más de una persona. Al estado de Texas le corresponden por sí solo 17 de las 46 ejecuciones. De hecho, de media sólo 10 Estados han ejecutado al menos a una persona por año desde que las ejecuciones se reanudaron en 1976, ocho de ellos estados del Sur más Oklahoma y Ohio. El número de penas de muerte impuestas en los Estados se ha reducido desde más de las 300 de mediados de la década de los noventa a sólo 114 en el año 2010. Dos años atrás, el reputado Instituto de Derecho Americano decidió que retiraría su apoyo a la pena capital "a la vista de la actual reticencia institucional y los obstáculos estructurales existentes que impide asegurar un sistema mínimamente aceptable para administrar la pena capital". En realidad, el creciente desencanto sobre el hecho de que la pena capital pudiera ser administrada de forma imparcial y sin base discriminatoria alguna al igual que la evidencia de que incluso la inyección letal no puede garantizar el resultado de una muerte indolora junto a la palmaria realidad de que inocentes han sido condenados a muerte bien podría persuadir a más estados a seguir el ejemplo de Nueva York, Nueva Jersey, Nuevo México e Illinois y abolir la pena de muerte.

ment for murder are relatively slow to abandon this idea, but the next generation, growing to maturity with no such experience, is far more likely to regard capital punishment as a barbaric relic of the past, abandoned as civilization has progressed.

While the road is still rocky and the end is not yet in sight, retentionist countries are becoming more and more isolated and more and more under pressure to follow what seems now to be an irresistible global trend. The plain fact is that there are now very few nations that regularly execute their citizens: and where they do, so few are executed that retention of capital punishment appears to have no more than a symbolic political purpose. Such countries are being forced to reconsider, by the very weight of international opinion, whether their system of criminal justice should allow the occasional elimination of convicted captive citizens. Abolition of capital punishment is clearly becoming the litmus test for the respect for human rights. Thus abolitionists have reason to be confident that the final destination is approaching when all countries will have agreed that the killing of captive criminals should be outlawed forever. ■

La impresión que en ocasiones se percibe de que en Estados Unidos existe un entusiasmo exacerbado por las ejecuciones, hoy día está más difuminada. Como alguno de los presentes probablemente conoce, no hace mucho el Tribunal Supremo norteamericano ha recogido principios provenientes de otras partes del mundo. Así, las decisiones de prohibir la ejecución de los denominados disminuidos psíquicos (Asunto Atkins c. Virginia, de 2002) y de los adolescentes condenados por homicidio cometidos antes de su mayoría de edad (Asunto Roper c. Simmons, de 2005), en sus razonamientos se citaba la condena universal de estas prácticas. Podemos esperar con fundamento que no transcurrirán tantos años hasta que el Tribunal Supremo norteamericano se encuentre en una posición de establecer que la mayoría de estados de la Federación no apoyan la pena capital, y que por tanto dictamine que “los estándares contemporáneos de decencia” han dejado de permitir la utilización de la pena capital en este país.

## 5. A modo de conclusión

El énfasis sobre una perspectiva de “derechos humanos” en la pena capital ha añadido una gran fuerza moral al empuje del movimiento abolicionista. Aquellos que aún hoy “en principio” se muestran partidarios de la pena capital se han hallado ante muestras irrefutables de los abusos, discriminación, errores, y la carencia absoluta de humanidad que invariablemente acompaña su práctica, como han puesto de manifiesto trabajos académicos especializados en la pena capital y la práctica profesional de abogados especializados en derechos humanos. En general, debe tenerse en mente que ningún país ha abolido la pena capital por razones de petición popular como se infiere de las encuestas de opinión. A aquellos que crecieron con el convencimiento de que la muerte era el castigo para los delitos de homicidio les cuesta cierto trabajo abandonar este planteamiento, pero las nuevas generaciones que van madurando sin haber vivido una tamaña experiencia son mucho más proclives a considerar la pena capital como una reliquia atávica del pasado que se deja en el camino a medida que la civilización evoluciona.

A pesar de que el sendero sigue siendo sinuoso y el final no se vislumbra aún, los Estados retencionistas cada día se encuentran más aislados y están sujetos a una gran presión para seguir lo que constituye una irresistible tendencia mundial, el dato cierto es que en estos momentos muy pocas naciones, de forma regular, ejecutan a sus ciudadanos, y donde lo hacen, el número es tan reducido que el mantener la pena capital más bien parece tener un objetivo político simbólico. Estos países están llamados a reconsiderar, por el mismo peso de la opinión internacional, si sus sistemas de justicia penal deben permitir la eliminación ocasional de ciudadanos presos condenados. La abolición de la Pena capital comienza claramente a ser el *test tornasol* del respeto de los derechos humanos. En consecuencia, los abolicionistas tienen razón en ser optimistas en que el destino final está próximo, un radiante amanecer en el que todas las naciones de la Tierra consensúen que la muerte de los criminales condenados debe quedar proscrita por siempre. ■



# V

## La autoría mediata por dominio de un aparato de poder como instrumento para la elaboración jurídica del pasado<sup>1</sup>

Francisco MUÑOZ CONDE

*Catedrático de Derecho penal de la Universidad Pablo Olavide de Sevilla. España.*

### 1.

En 1962, cuando el entonces joven penalista Claus Roxin recién habilitado en la Universidad de Hamburgo quiso publicar una parte de su escrito de habilitación en la que desarrollaba su tesis sobre la "autoría mediata por dominio de un aparato de poder" como artículo independiente en la prestigiosa revista jurídica alemana *Juristenzeitung*, esta revista rechazó su publicación. Así estaban todavía las cosas en la República Federal de Alemania a principios de los años sesenta respecto a la elaboración jurídica del pasado régimen nacionalsocialista. Naturalmente, parece lógico que la tesis de Roxin de que, en los pocos casos de este tipo juzgados por los tribunales alemanes, no había mera complicidad sino autoría directa de los ejecutores y mediata de los jefes y cargos intermedios burocráticos del aparato de poder de las SS, no gustara mucho en una época en la que la jurisprudencia alemana seguía aferrada a una teoría subjetiva de la participación, según la cual lo importante no era la intervención material en el hecho delictivo, sino el ánimo o voluntad con la que se actuaba, de forma tal que si el sujeto que llevaba a cabo el hecho delictivo lo hacía siguiendo las órdenes impartidas por otro y no

---

<sup>1</sup> Texto de la Ponencia presentada y expuesta de forma resumida oralmente en el Congreso Internacional "Intervención delictiva y Derecho penal internacional. Reglas de atribución de la responsabilidad en crímenes internacionales", celebrado en Madrid, 11, 12 y 13 de septiembre del 2012.

en su propio interés, es decir, con lo que se denominaba con la expresión latina "animus socii", todo lo más podía responder como mero cómplice con las consecuencias que ello representaba en orden a la aplicación de una pena, que conforme al Código penal alemán puede ser en casos de delitos graves una pena de prisión de escasa duración que podía incluso ser suspendida condicionalmente.

Tras la permanencia de esta vieja jurisprudencia que perduró todavía mucho tiempo después de la II Guerra Mundial estaba, aunque no se reconociera expresamente, la idea, no creo que inocente, de elaborar y liquidar el pasado nacionalsocialista de muchos de los que habían intervenido directamente en los atroces hechos que durante el régimen nacionalsocialista dieron lugar al Holocausto y al asesinato de millones de personas en los Campos de Exterminio, haciendo borrón y cuenta nueva, aplicando, en los pocos casos en que se aplicaron, penas meramente simbólicas que ni siquiera llegaron a ser cumplidas.

Pero sobre todo hay que tener en cuenta que en el momento en el que Roxin escribía su artículo y su escrito de habilitación a principios de los años sesenta del pasado siglo, ocupaba la primera página de los medios de comunicación internacionales el "caso de Adolf Eichmann", un antiguo miembro de las SS, que había intervenido en la reunión que tuvo lugar en Wannsee, en Berlín a principios de los años cuarenta, en la que se decidió el exterminio de la población judía, encargándose él como mero burócrata (*Schreibtischtäter*) de organizar el transporte de miles de judíos a los Campos de Concentración y de Exterminio, donde eran asesinados en las cámaras de gas o morían como consecuencia de las malas condiciones en las que vivían, sometidos a trabajos forzados, malos tratos, deficiente alimentación, etc. El citado Eichmann había conseguido huir tras la Guerra a Buenos Aires, donde vivió con nombre supuesto durante varios años hasta que fue detenido ilegalmente por un comando israelí, que lo trasladó secretamente a Israel donde fue juz-

gado, condenado a muerte y ejecutado. En aquel proceso, que despertó y aún hoy despierta gran interés, tanto el abogado de Eichman, el Dr. Servatius, y buena parte de la opinión pública alemana, consideraban que Eichmann no tenía ninguna responsabilidad, puesto que jamás había intervenido en la ejecución directa de aquellos hechos y su labor se había limitado a la de ser un mero burócrata organizando el transporte a los Campos de Concentración de los miles de judíos que eran detenidos en muchos lugares y ciudades del Este de Europa, alegando que lo que después se hiciera con ellos no era de su incumbencia. En todo caso, lo más que podían admitir era, conforme a la teoría subjetiva de la participación, la tesis de la complicidad.

Parece, pues, lógico que en aquel ambiente de olvido intencional, de amnesia, que se pretendía que fuera colectiva, del pasado nacionalsocialista, el artículo de Roxin no tuviera muy buena acogida y fuera rechazada su publicación por la revista *Juristenzeitung*. En el fondo, se trataba también de una forma especial, jurídicamente refinada, de "elaboración del pasado", bien negándolo, bien minimizando su importancia.

Hubo que esperar hasta 1994, tras la caída del Muro de Berlín y la consiguiente Reunificación alemana, para que la jurisprudencia alemana, en una sentencia del Tribunal Supremo condenara a los ex dirigentes de la antigua República Democrática Alemana por los asesinatos de quienes durante la etapa de la Guerra Fría intentaron pasar a la República Federal de Alemania saltando el Muro que dividía la ciudad de Berlín y cayeron acribillados por los disparos de los Guardias fronterizos, que obedecían las órdenes que les daban sus superiores. Para fundamentar esta condena, el Tribunal Supremo alemán recurrió por primera vez en su historia a la teoría que Roxin había expuesto treinta años antes, abandonando la teoría subjetiva de la participación, admitiendo que además de la autoría directa de los guardias fronterizos que realizaron los disparos, había una autoría mediata de los dirigentes

que impartieron las órdenes de disparar a quienes intentaban huir a la otra Alemania.

En este cambio jurisprudencial se trasluce sin duda algo más que un mero cambio en la elaboración dogmática de la teoría de la autoría. Cualquiera que sea la opinión que se tenga ahora respecto a la tesis de la autoría mediata propuesta por Roxin, no cabe duda de que en esta nueva orientación jurisprudencial se reflejaba también una forma de "elaboración jurídica del pasado" diferente a la que se había realizado en los años sesenta en relación con el pasado nacionalsocialista. La teoría de la autoría mediata por dominio de un aparato de poder se convertía así no sólo en un instrumento jurídico perfectamente idóneo para exigir responsabilidades penales a los dirigentes de un régimen dictatorial por los crímenes cometidos por sus subordinados siguiendo sus órdenes y un plan preconcebido, sino también en un medio a través del cual podía elaborarse el pasado más reciente de la historia alemana.

Mientras tanto, la teoría de Roxin, como tantas otras de sus construcciones y de otros autores representativos de la Dogmática alemana, no sólo había trascendido del ámbito alemán a los de otros países cuya doctrina está especialmente vinculada a la Dogmática alemana, sino también a algunas decisiones jurisprudenciales de los tribunales de estos países que la han utilizado como un medio especialmente idóneo para juzgar a los responsables de los crímenes cometidos por los regímenes dictatoriales que dominaron en esos países, y también como un instrumento para la elaboración jurídica del pasado.

Pionera en esta dirección fue ya una trascendente decisión de la Cámara Federal Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Buenos Aires<sup>2</sup> en la que se condenó a los máximos

2 Fallos CS tomo 29, I-II, p.36-1657. El texto de esta sentencia y la de la Corte Suprema citada en nota siguiente, se puede ver en Internet <http://www.derechos.org/nizkor/arg/causa13>, con índices elaborado por el Equipo Nizkor. Agradezco a Verónica Yamamoto su valiosa ayuda en la búsqueda del mate-

responsables de la Dictadura argentina, bajo cuyo mandato se cometieron graves violaciones de derechos humanos, asesinatos, torturas, secuestros, desapariciones y adopciones ilegales de los hijos de las personas asesinadas. Efectivamente, con fecha 9.12.1985, la citada Cámara condenó a los Comandantes de las Juntas Militares argentinas que entre 1976 y 1983 gobernaron de forma dictatorial el país, como responsables de los crímenes cometidos por patrullas del ejército, policiales y parapoliciales, contra miles de ciudadanos (supuestos miembros de grupos radicales de izquierda opuestos a la Dictadura militar, o simplemente considerados subversivos, a los que detuvieron ilegalmente, torturaron y en muchos casos hicieron desaparecer o asesinaron). Entre asesinados y desaparecidos se cuentan unos 18.000, según las cifras oficiales; y unos 30.000, según otras fuentes. Esta sentencia fue luego en parte confirmada por la Corte Suprema argentina el 20.12.1986<sup>3</sup>, aunque siguiendo una distinta fundamentación jurídica.

Independientemente de los avatares que luego se sucedieron y que motivaron que los condenados en estas resoluciones judiciales consiguieran librarse de las largas penas privativas de libertad a las que fueron condenados, en base a una discutida "Ley de Punto Final" que luego veinte años más tarde fue declarada inconstitucional por la misma

---

rial jurisprudencial, legal y doctrinal argentino en relación con este tema.

3 Fallos CS, tomo 39 II, p.1689-1923. Sobre estas sentencias y sus fundamentos jurídicos véase Sancinetti, Marcelo, Derechos humanos en la Argentina posdictatorial, 1988; Sancinetti, Marcelo/Ferradno, Marcelo, El derecho penal en la protección de los derechos humanos, Buenos Aires, 1999; Nino, Carlos. Juicio al mal absoluto, prólogo de Raul Alfonsín, Buenos Aires 2006 (traducción del original en inglés, Radical evil on trial, 1996); Maier, Julio, en Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 107, 1995, p.146 ss.; Dona, Edgardo Alberto, El concepto de autoría y la teoría de los aparatos de poder de Roxin, en Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología, Madrid 2001, p.545 ss.; Zaffaroni, Eugenio Raúl/Alagia, Alejandro/Slokar, Alejandro, Derecho penal, Parte General, 2ª ed. Buenos Aires, 2002, p.779 s.

Corte Suprema<sup>4</sup>, interesa ahora analizar desde el punto de vista dogmático los criterios en que se apoyaron los mencionados tribunales para fundamentar sus sentencias condenatorias, tanto en el caso del Tribunal Supremo alemán, como en el del Tribunal argentino.

Tratándose, como suele ser habitual en estos casos, de sujetos que no intervinieron directamente en la fase ejecutiva de los crímenes de los que eran acusados, lo primero que se plantearon entonces los Tribunales argentinos que juzgaron el caso, fue si las concepciones tradicionales sobre la autoría dominantes en la doctrina y la jurisprudencia argentina en aquella época eran aplicables a este tipo de casos.

El punto de partida era un concepto objetivo-formal de autoría, según la cual, autor sólo es quien realiza o interviene directamente en la ejecución del delito<sup>5</sup>. Con este concepto no cabe duda

---

4 Al respecto, véase Malamud, Jaime, *Game without end*, Oklahoma 1996; Nino, Carlos, *Juicio al mal absoluto a.cit.*, 261 ss.; y los trabajos de Parenti, Pablo, *La persecuzione penali di gravi violazioni dei diritti umani in Argentina. A 25 anni dal ritorno della democrazia*; Mazarino, Ezequiel. *Il volto represivo della recente giurisprudenza argentina sulle grave violazioni dei diritti umani. Un'analisi della sentenza della Corte Suprema di Giustizia della Nazione del 13 de agosto 2005 nel caso Simón*; Pastor, Daniel, *Processi penali sólo per conoscere la verità? L'esperienza argentina; en Il superamento del passato e il superamento del presente, La punizione delle violazioni sistematiche dei diritti umani nell'esperienza argentina e colombiana*, a cura di Emanuela Fronza e Gabriele Fornasari, Università degli Studi di Trento, 2009.

5 En el Fundamento séptimo la sentencia de la Cámara Federal argentina se hace una exposición de esta teoría y se citan los autores que en aquel momento la mantenían en la doctrina penal argentina (Soler, Sebastián, "Derecho Penal Argentino", Bs. As. 1978, t.II, pág. 244; Núñez, Carlos "Derecho Penal Argentino", Bs. As. 1960, t. II, pág. 280; Fontán Balestra, Carlos "Tratado de Derecho Penal", Bs. As. 1966, pág. 414; Jiménez de Asúa, Luis "La ley y el delito" Bs. As. 1980, pág. 501; Terán Lomas, Roberto "Derecho Penal", Bs. As. 1980, t. II pág. 147; Fierro, Guillermo "Teoría de la participación criminal", Bs. As. 1964, pág. 211); aunque acto seguido reconoce que un sector más moderno asume la teoría del dominio del hecho, citando a este respecto a Bacigalupo, Enrique "La noción de autor en el Código Penal" Bs. As. 1965, pág. 45; Tozzini, Carlos "El dominio final de la acción en la autoría y en la participación",

que quedan fuera del ámbito de la autoría los que preparan, planifican, dirigen, organizan, inducen o de algún otro modo cooperan a la realización del delito, sin intervenir directamente en su ejecución. Pero inmediatamente hay que decir que ello no significa para esta concepción de la autoría que estos sujetos queden impunes o se beneficien de una menor punibilidad, pues, como en otros muchos Códigos penales, también en el art.45 del Código penal argentino se castiga con la misma pena que al autor propiamente dicho al inductor, al que la doctrina clásica llamaba autor moral o intelectual, y al cooperador necesario, es decir, a los que cooperan a la ejecución del delito con un acto sin el cual no se hubiera cometido. De ahí que finalmente tanto la Cámara como la Corte Suprema recurrieran a este último precepto para fundamentar legalmente sus sentencias condenatorias<sup>6</sup>.

Pero, aunque desde el punto de vista de la gravedad de la pena, tanto el inductor, como el cooperador necesario son castigados con la misma pena que el que ejecuta directamente el delito, parece ciertamente insatisfactorio unificar conceptualmente formas de intervención en la realización de un delito que tienen diferente naturaleza. Así, por ejemplo, el inductor puede y debe ser castigado con la misma pena que el autor ejecutor, pero no cabe duda de que su intervención siempre es accesorio, en la medida en que viene condicionada por lo que haga el inducido, que incluso puede cometer un delito dis-

---

en Revista de Derecho Penal Criminología 1968 N° 3, pág. 81; Herrera, Lucio Eduardo, "Autoría y participación", en Revista de Derecho Penal y Criminología 1971, N° 3, pág. 342; Sierra, Hugo M. "La autoría mediata", en La Ley 1978-B-789; Zaffaroni, Eugenio "Tratado de Derecho Penal" Bs. As. 1982, t. IV, pág. 305). Sobre las distintas concepciones de la autoría, véase Díaz y García de Conlledo, Miguel, *La autoría en Derecho penal penal*, Barcelona 1991.

6 Dice así el art.45 del Código penal argentino: "Los que tomasen parte en la ejecución del hecho o prestasen al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse, tendrán la pena establecida para el delito. En la misma pena incurrirán los que hubiesen determinado directamente a otro a cometerlo". Para más detalles véase infra 3.

tinto, de mayor o menor gravedad que la del delito al que fue inducido, o incluso dejar de cometerlo o desistir cuando ya ha comenzado a ejecutarlo<sup>7</sup>.

Por otra parte, mucho de los casos llamados de "inducción" no son más que una forma de instrumentalización de personas irresponsables, generalmente inimputables, niños o enfermos mentales, pero también de personas que actúan correctamente, sin saber que están cometiendo un delito. Es evidente que en estos casos hay más que inducción y que el que verdaderamente controla la realización del delito, aunque no intervenga personalmente en su ejecución, es el que instrumentaliza al ejecutor, y, por tanto, aunque su intervención es indirecta o mediata, se trata de un verdadero autor. De ahí que para fundamentar la punibilidad de este tipo de sujetos, la doctrina alemana elaborara el concepto de autoría mediata ("mittelbare Täterschaft"), aplicando la teoría del "dominio del hecho", que obviamente en estos casos tiene el llamado autor mediato, cuya relación con la realización del delito es sin duda más estrecha y similar a la autoría propiamente dicha que a la inducción<sup>8</sup>.

Algo parecido sucede con la cooperación necesaria, que supone que el sujeto que coopera en la realización del delito no interviene directamente en su ejecución, por lo que su contribución en cierto modo también depende de la acción del ejecutor. Pero también aquí nos encontramos con un supuesto de cooperación de tanta importancia que sin ella el delito no podría haberse llevado a cabo, con lo que difícilmente se puede decir que se trata de una participación meramente secundaria o ac-

cesoria de la del autor ejecutor. De ahí que también en muchos Códigos penales, como el argentino o el español<sup>9</sup>, se le castigue expresamente con la misma pena que al autor ejecutor, y que, bajo determinados presupuestos, igualmente aplicando la

---

9 La figura de la cooperación necesaria se recoge en el art.28, b) del Código penal español, que también considera autores, además de al inductor, a "los que cooperan a su ejecución con un acto con un acto sin el cual no se habría realizado". Esta ampliación del concepto de autor, incluyendo la figura de la cooperación necesaria junto con la de la inducción, ha llevado a un sector de la doctrina española a decir que la misma no es propiamente autoría en sentido estricto; aunque algún sector considera que si el cooperador necesario interviene luego en la fase ejecutiva sí puede considerarse como coautor; véase, por todos, Gutiérrez Rodríguez, María, La responsabilidad penal del coautor, Valencia 2001. En mi opinión (cfr. Muñoz Conde, Francisco, en Muñoz Conde, Francisco/García Arán, Mercedes, Derecho penal, Parte General, 8ª ed., Valencia 2010, p.438.), la cooperación necesaria puede también constituir coautoría, definida en el art. 28 1. como realización "conjunta" del hecho, en la medida en que implique un dominio funcional del hecho en base a un reparto de roles, en el que unos realizan actos ejecutivos y otros de preparación u organización, conforme a un plan previamente acordado. En mi opinión, la otra forma de cooperación necesaria a que se refiere expresamente el art. 28 b) del Código penal español, y que por tanto no entra en el concepto de coautoría, sólo es aplicable a casos aislados en los que sin concertación previa y sin un plan previamente establecido entrega, por ejemplo, un arma a quien en ese momento está metido en una pelea con otro contendiente al que mata con esa arma. En este supuesto el cooperador necesario recibe también la misma pena que el ejecutor, pues igualmente se le considera autor, pero su contribución no puede calificarse de coautoría, al faltar el primer requisito de la misma: el acuerdo previamente establecido conforme a un plan entre los distintos intervinientes.. La cooperación no necesaria constituye sólo complicidad, definida en el art.29 del Código penal español como la cooperación "a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos", que no se hallen comprendidos en el artículo anterior (es decir, en el art. 28). La pena aplicable al cómplice es, conforme dispone el art.63 del Código penal español, "la inferior en grado a la fijada por la Ley para los autores del mismo delito". De ahí que en la práctica, el problema principal que se plantea en la jurisprudencia española sea la distinción entre autores y cómplices, y no la inclusión de una determinada participación en el delito en alguna de las formas de autoría previstas en el art.28. Sobre los distintos criterios utilizados en la doctrina y jurisprudencia para diferenciar entre cooperación necesaria y complicidad, véase López Peregrín, Carmen, La complicidad en el delito, Valencia 1997; Pérez Alonso, La coautoría y la complicidad (necesaria) en Derecho penal, Granada 1996.

---

7 Sobre estos supuestos de desviación entre el inductor y el inducido, véase Gómez Rivero, Carmen, La inducción a cometer el delito, Valencia 1995.

8 La figura de la autoría mediata ha tenido general acogida en la doctrina penal de habla española e incluso expresamente en los Códigos penales de muchos países latinoamericanos. En el art. 28 del Código penal español de 1995 se dice expresamente que es autor, además del autor directo y el coautor, quien realiza el hecho "por medio de otro del que se sirve como instrumento".



teoría del dominio del hecho, se le pueda considerar coautor, ya que la necesidad de su cooperación, independientemente del criterio que se elija para medir o determinar esa "necesidad", implica un control sobre el acto de similar importancia al que tiene el autor ejecutor.

Por todo ello y aplicando la teoría del dominio del hecho, que fue elaborada conforme a los postulados de la teoría final de la acción por el penalista alemán Hans Welzel<sup>10</sup>, y luego desarrollada por la doctrina y jurisprudencia alemanas, se ha llegado ahora a una concepción de la autoría propiamente dicha, que distingue tres clases o formas de aparición de la misma: la autoría individual, la coautoría y la autoría mediata; siendo común a todas ellas que los sujetos que pueden incluirse en alguna de estas categorías tienen un efectivo control o dominio sobre la realización del delito, aunque en algunos casos, como principalmente sucede en la autoría mediata, pero también según mi concepción<sup>11</sup>, en la coautoría, no intervengan directamente en la ejecución del mismo.

Fuera del concepto de autoría propiamente dicha quedan otras formas de intervención en el delito, calificadas como *participación*, en la que los sujetos, aunque pueden ser castigados con la misma pena que el autor propiamente dicho, no dominan la realización del delito, quedando su participación supeditada a lo que hagan el autor o autores propiamente dichos. Estos casos de participación en el delito que no son de verdadera autoría, son la inducción y la complicidad.

Actualmente, la distinción entre las diversas formas de autoría y la participación en el delito es generalmente aceptada en la doctrina alemana y

10 Las primeras referencias a la misma se encuentran ya en su artículo, *Studien zum System des Strafrechts*, publicado en la *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, tomo 58, 1939, p.491 ss., posteriormente fue acogida y matizada en su *Lehrbuch des Strafrechts*, hasta su última edición, la 11, 1969.

11 Véase Muñoz Conde, Francisco, en Muñoz Conde/García Arán, *Derecho penal, Parte General*, cit..

en la de otros muchos países de su área influencia (principalmente España, Portugal y la de casi todos los países latinoamericanos), aunque dentro de la misma se han ido desarrollando variantes y correcciones que sin cuestionar la distinción de referencia, profundizan y matizan estos conceptos. Una de las aportaciones más importantes realizadas en los últimos cincuenta años por la Ciencia penal alemana en esta materia fue sin duda la fundamental y genial aportación de Claus Roxin, quien en su obra de principios de los años 60 del siglo pasado sobre *Autoría y dominio del hecho*, trazó nuevos caminos para fundamentar la autoría en general, y especialmente en los supuestos que constituyen el objeto principal de nuestra contribución, para determinar la responsabilidad de los dirigentes políticos y altos cargos militares por crímenes cometidos dentro de un sistema o aparato de poder por sus subordinados.

## 2. La tesis de Roxin

Como se acaba de decir, en 1963, *Claus Roxin* acuñó, en su obra "*Täterschaft und Tatherrschaft*" su teoría del *dominio de la voluntad en virtud de aparatos de poder organizados*<sup>12</sup>. Y todavía en el mismo año, escribió un artículo, que en parte coincidía con uno de los capítulos de su libro y que, como se ha dicho antes, fue rechazado para su publicación por la *Revista Juristenzeitung* y publicado posteriormente en el *Goldammer's Archiv*<sup>13</sup>.

12 Cfr. Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 1ª ed. 1963, pp. 242 ss. (esta primera edición es la que se toma aquí como referencia y punto de partida de los siguientes comentarios) (Esta obra ha alcanzado ya 8 ediciones, en las que se mantiene el texto original, pero se le han añadido apéndices en los que se informa sobre el reflejo que la misma ha tenido en la teoría del derecho penal y en la jurisprudencia, tanto alemana, como la de otros países. Hay traducción española de Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, *Autoría y dominio del hecho*, Madrid 2000).

13 Cfr. Roxin, *Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate*, *Goldtdammers' Archiv*, 1963, pp. 193-207 (véase la versión al inglés de este artículo contenida en *Journal of International Criminal Justice*, tomo 9, num. 1, 2011, en el que se recogen además diversos comentarios de distintos autores sobre la aplicación de esta teoría por los Tribunales penales

Punto de partida de esta teoría son las dificultades que presenta la teoría tradicional para fundamentar la autoría de los dirigentes de los aparatos de poder organizados por los delitos cometidos por miembros de los mismos<sup>14</sup>. Para poder superar estas dificultades, Roxin desarrolla una nueva concepción de la autoría mediata en la que, a diferencia de la concepción tradicional, que sólo admite esta figura cuando el sujeto que ejecutar el delito es un mero instrumento no responsable del delito que comete, también la aplica cuando el ejecutor del hecho es plenamente responsable. Y frente a la tesis subjetiva mantenida todavía en aquella

---

nacionales e internacionales). Posteriormente, Roxin ha publicado varios artículos en el que actualiza y en parte matiza algunas de las tesis mantenidas en su primer artículo; véase, por ejemplo, su contribución *Probleme von Täterschaft und Teilnahme bei der organisierten Kriminalität*, en *Festschrift für Grünwald, Badeb-Baden 1999*, p.549 ss. De este trabajo hay una versión traducida al español, véase Roxin, en Ferré Olivé/Anarte Borralló (edit.), *Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada*, Huelva 1999, p. 91 ss. También hay otro trabajo posterior de Roxin, *El dominio de la organización como forma independiente de autoría mediata*, en *Revista Penal*, 2006. Algunas de estas traducciones al español se han publicado también en diversas revistas especializadas en diversos países latinoamericanos. Para una exposición resumida de la tesis y de las opiniones divergentes a la misma, véase Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, tomo II, 2003, p. 17 ss. Más recientemente, 2012, ha publicado un nuevo artículo en la revista *Goltdammer's Archiv*, en el que además de mantener la tesis originaria ya expuesta cincuenta años en la misma revista, responde a las críticas que contra la misma se han formulado en estos años, véase Roxin, *Zum neuesten Diskussion über die Organisationsherrschaft*, GA 2012, p.395 ss. Según el mismo Roxin menciona este artículo ha sido traducido al español y publicado en diversas revistas de Argentina, Perú y Colombia, a las que no he tenido acceso.

14 *Täterschaft*, p. 243: "Debemos anticipar que somos conscientes de que crímenes de guerra, de Estado y de organizaciones como las que aquí se analizan, no pueden comprenderse adecuadamente únicamente con los criterios del delito individual (.). De aquí que se deduzca que las figuras jurídicas de la autoría, inducción y complicidad, que están concebidas a la medida del delito individual, no pueden ajustarse a un suceso colectivo de esta índole, si se les contempla como fenómeno global. (.). Pero eso no nos exime de la obligación de considerar las conductas de los participantes a título individual en tales acontecimientos también desde el punto de vista dogmático del delito individual".

época por la jurisprudencia alemana según la cual autor solo era quien tenía *animus auctoris*, independientemente de su intervención material en el hecho, mientras que el que solo tenía *animus socii* todo lo más podía ser considerado como cómplice, aunque interviniera materialmente en la ejecución del hecho<sup>15</sup>, Roxin argumenta con la teoría del dominio del hecho que, en su opinión, también debía aplicarse aquí para comprender materialmente las particularidades de estos casos y poder fundamentar el castigo por autoría (mediata) del que sin in-

---

15 Cfr., por ej., BGH 18, 87: Caso Stachynskij (en este caso se condena como cómplice al Agente del Servicio secreto soviético que mató a otro con una cerbatana envenenada, considerando que meramente actuaba siguiendo las instrucciones de dicho Servicio secreto y no en propio interés). Según la teoría subjetiva, dada la equivalencia causal de todas las contribuciones en la realización de un delito, la diferenciación entre autoría y participación debe hacerse según la intención o ánimo que tuviera el sujeto en cuestión; si ésta era la de ser autor (*animus auctoris*) entonces el sujeto se consideraba autor; pero si su intención era la de ser mero partícipe (*animus socii*) entonces el sujeto sólo podía ser considerado como partícipe y dentro de esta categoría incluso como mero cómplice (para una exposición de esta teoría véase Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil* cit., tomo II, p. 14 s.). Esta teoría es criticable no sólo por los problemas probatorios que plantea, sino también porque al no tener en cuenta la contribución material en la realización del delito, permite imponer, por ejemplo, la pena del cómplice (mucho menor que la del autor) a sujetos que habiendo ejecutado directamente el delito en cuestión (a veces graves crímenes como asesinatos), lo hacían sin interés directo o propio, sino como servidores o por encargo de otros que eran los que tenían el ánimo de los verdaderos autores. La supervivencia de la tesis subjetiva en la jurisprudencia alemana tras la Segunda Guerra Mundial determinó, sin embargo, que muchos autores materiales de los crímenes cometidos en los Campos de Concentración nazis, fueran condenados, las pocas veces que lo fueron, con la pena del cómplice y pronto puestos en libertad (véase la crítica a esta jurisprudencia en Just Dahlmann/Just, *Die Gehilfen*, Frankfurt am Main, 1988). La crítica que Roxin formuló en su artículo de 1963 (véase supra nota 12) no sólo se dirigía contra la tesis subjetiva en general, sino también especialmente contra la calificación como cómplices de los llamados "delincuentes de escritorio" (*Schreibtischtäter*) que, como en el caso de Adolf Eichman, decidían desde sus despachos el destino de miles y miles de judíos que eran mandados a los diversos Campos de Concentración y/o de Exterminio. No deja de ser, por tanto, sorprendente que en aquella época un monografista español, muy apegado por lo general a otras tesis de Roxin, se apar-

tervenir directamente en la ejecución material del hecho tenía el dominio del aparato de poder. A este respecto decía acertadamente Roxin que "el fundamento para ello no puede basarse en las especiales actitudes anímicas del que da las órdenes, sino en el mecanismo de funcionamiento del aparato, en cuyo marco se actúa"<sup>16</sup>. Y en este sentido destaca tres elementos que, en su opinión, son los que deben estar presentes para aplicar su nueva concepción de la autoría mediata:

- El primer elemento de este mecanismo funcional es, para Roxin, el dominio de la organización<sup>17</sup>.

tara en el caso Eichmann claramente de su posición y la crítica, manteniendo que el tal Eichmann todo lo más podía ser considerado como cómplice de los millones de asesinatos llevados a cabo en los campos de concentración nazi, de cuya estructura burocrática y funcionamiento él era uno de los principales responsables (véase Gimbernat Ordeig, Enrique, Autor y cómplice en Derecho penal, Madrid 1966, p. 176 ss, 187 ss, especialmente p. 197, donde dice: "Si la actividad de Eichmann se mantuvo dentro del marco de la llamada "solución final", su conducta, a pesar de la alta posición que ocupó en el aparato de poder, sólo sería de complicidad en cada una de las muertes perpetradas"). Si se tiene en cuenta que, conforme al parágrafo 49, 1 del Código penal alemán, la pena del cómplice en este caso puede ser de prisión de tres años, mientras que la del autor es de prisión perpetua, no cabe duda que, de hecho, con la calificación de complicidad y la aplicación de la libertad condicional y de otros beneficios penitenciarios, la condena de Eichmann, en el caso de que hubiera sido juzgado por un Tribunal alemán y éste hubiera seguido la tesis de Gimbernat, habría sido puramente simbólica. La calificación de complicidad en este caso habría sido además especialmente escandalosa, porque el tal Eichmann fue uno de los que el 20 de enero de 1942 asistió a una reunión con otros importantes dirigentes nazis a orillas del lago Wannsee en Berlín, en la que se acordó la llamada "solución final de la cuestión judía", es decir, el exterminio de millones de judíos en los Campos de Concentración nazis. (véase Roseman, Mark, La villa, el lago, la reunión, La conferencia de Wannsee y la "solución final", Barcelona 2001, traducción de Claudio Molinari del original inglés "The Villa, the Lake, the Meeting"). A la vista de ello, es difícil entender que alguien pueda mantener que la posterior conducta de Eichmann, "en la medida en que se mantuvo dentro del marco de la llamada "solución final" (sic Gimbernat), se deba calificar de mera complicidad. Desde luego, no fue de esta opinión el Tribunal de Jerusalén, que calificó a Eichmann como coautor y lo condenó a la pena de muerte (sentencia del Jerusalem District Court, de 12.12. 1961, confirmada por la Supreme Court de 29.5.1962).

<sup>16</sup> Täterschaft, p. 244.

- Un segundo factor decisivo para fundamentar el dominio de la voluntad en estos casos, era, para Roxin, la *fungibilidad del ejecutor*. Es decir, el ejecutor debe ser "libremente intercambiable"<sup>18</sup>.

- Finalmente añadía un tercer elemento que denominaba como "*limitación del dominio de la organización a aparatos al margen del Derecho*"<sup>19</sup>.

<sup>17</sup> Täterschaft, p. 248: "Si como punto de partida nos dejamos llevar, sin un análisis más detallado, de una comprensión cotidiana del concepto de "dominio del hecho", se nos pone inmediatamente de relieve, que un alto funcionario encargado de organizar el asesinato de los judíos o la dirección de un servicio secreto que ordena un atentado político dominan la producción del resultado de una manera distinta a como lo hace un inductor. Nadie dudaría en atribuir al que da las órdenes una posición clave en el hecho en su conjunto, que no puede equipararse a la posición del que da las órdenes en los casos de criminalidad "habitual... De un modo general se puede decir: quien está conectado con un aparato organizativo en cualquier lugar y de una manera que pueda impartir órdenes a sus subordinados, es autor mediato en virtud del dominio de la voluntad que tiene, si emplea sus facultades para que se cometan hechos punibles; siendo irrelevante que actúe por propia iniciativa o en interés o por encargo de más altas instancias. Pues para su autoría lo único importante es la circunstancia de que pueda dirigir la parte de la organización a él sometida, sin tener que confiar a otros la realización del delito".

<sup>18</sup> Täterschaft, p. 245: "En este grupo de casos... no falta la libertad y la responsabilidad del ejecutor inmediato, que debe ser castigado como autor de propia mano culpable. Pero estas circunstancias son para el dominio del hombre de atrás irrelevantes, porque desde su posición el ejecutor no se presenta como una persona individual libre y responsable, sino como una figura intercambiable y anónima. El ejecutor, por más que no pueda ser desconectado del dominio de la acción, no es más en todo momento que un engranaje sustituible en el conjunto del aparato de poder, y esta perspectiva es lo que hace que el hombre de atrás ocupe también junto a él el centro del suceso".

<sup>19</sup> Täterschaft, p. 249: "De la estructura de la organización se deduce, que ésta sólo puede existir allí donde el aparato actúa como un todo al margen del Ordenamiento jurídico. Pues en la medida en que la dirección y los órganos de ejecución se sientan vinculados a un Ordenamiento jurídico independiente de ellos, no puede tener la orden de realizar acciones punibles el efecto de un dominio del hecho, ya que las leyes tienen un valor jerárquico superior, excluyendo en el caso normal la realización de mandatos antijurídicos y con ello el poder configurador de la voluntad del hombre de atrás". Un cuarto elemento que posteriormente añadió a su tesis, en el que consideraba que el ejecutor material debería tener una "elevada disponibi-

Esta ampliación del concepto de autoría mediata propugnada por Claus Roxin no tuvo al principio una buena acogida en el ámbito doctrinal alemán, en parte, porque ésta seguía aferrada al concepto tradicional de autoría mediata que exige que el instrumento ejecutor sea irresponsable del delito; en parte también porque, como ya se ha dicho, tenía una relación directa con el caso Eichmann y con la responsabilidad de los dirigentes nazis y de los integrantes del aparato de poder que constituían las SS en los crímenes contra la Humanidad y el Holocausto, temas sobre los que entonces la Dogmática penal alemana prefería no hablar o hablar lo menos posible y no enfrentarse directamente a una jurisprudencia<sup>20</sup> que, en las pocas veces en que se ocupó de estos casos, llegaba todo lo más con

---

lidad a ejecutar el hecho”, lo ha abandonado posteriormente en el trabajo anteriormente citado publicado en GA 2012, p. 412, considerando que esa elevada disponibilidad “ciertamente existe, pero que no es un presupuesto autónomo del dominio de la organización, sino que se deriva de los tres anteriores elementos”.

20 Un ejemplo concreto de esta jurisprudencia se estudia en profundidad en la monografía de Katrin Stoll, *Die Herstellung der Wahrheit, Strafverfahren gegen ehemalige Angehörige der Sicherheitspolizei für den Bezirk Bialystok Berlin 2012*, Esta extensa y documentada monografía que constituyó la tesis doctoral de su autora tiene como base el proceso penal que se llevó a cabo entre 1967 y 1969 en la ciudad alemana de Bielefeld contra algunos miembros de la Policía nazi de seguridad del Distrito polaco de Bialystok acusados de haber ordenado y dirigido la deportación en 1943 de más de cien mil judíos que vivía en aquella zona a los Campos de Exterminio de Auschwitz y Treblinka, donde fueron asesinados. Además algunos de ellos fueron también acusados de haber cometido hechos individuales de homicidios, robos, detenciones ilegales, etc, tales como el fusilamiento de cien hombres, mujeres y niños judíos en un acto de represalia porque el día antes un padre de familia para evitar que se llevaran a su mujer vertió ácido sobre la cara de uno de los soldados que fueron a detenerla, y de otros muchos que ofrecieron resistencia individual o colectiva en el levantamiento que hubo en el Ghetto de Bialystok en el verano de 1943, se ocultaron, o intentaron huir. El proceso terminó tras más de dos años de complicadas sesiones y búsqueda de material probatorio con la aplicación de penas relativamente leves, entre cinco y nueve años de prisión, a algunos de los principales responsables de la deportación, considerándolos, siguiendo la teoría subjetiva de la participación entonces todavía dominante en la

la calificación de complicidad a imponer penas de escasa gravedad y puramente simbólicas. Pero esta actitud fue cambiando paulatinamente en Alemania, sobre todo tras la caída del Muro de Berlín y la subsiguiente Reunificación alemana, y la tesis de Roxin pronto fue acogida por la jurisprudencia del Bundesgerichtshof que la aplicó en el proceso llevado a cabo contra algunos Altos Cargos del Gobierno de la antigua República Democrática Alemana por las las muertes ocasionadas en el Muro de Berlín por los Guardias Fronterizos que dispararon a las personas que intentaron pasar a la República Federal de Alemania<sup>21</sup>.

Fuera de Alemania, la tesis de Roxin cada vez tuvo más partidarios, sobre todo en España, Portugal y numerosos países latinoamericanos, aunque

---

jurisprudencia alemana, como meros cómplices, y dejando sin condenar, por falta de pruebas o porque se les consideró como meros homicidios y no asesinatos y se les aplicó la prescripción, porque se les consideraba como meros “excesos” individuales cometidos antes de la deportación como los homicidios y otros abusos, malos tratos, etc., cometidos contra la población judía. En el capítulo III se ocupa de los problemas de carácter jurídico material y procesal que se presentaron a la hora de enjuiciar en la República Federal Alemana los crímenes de los nazis, como, por ejemplo, el argumento de que no era posible considerar como delito lo que conforme al derecho vigente en el momento en que se cometieron los hechos eran perfectamente legales e incluso de obligado cumplimiento. Aquí se ocupa Stoll de la discusión habida en los años sesenta en Alemania sobre si las órdenes que daba Hitler eran de obligado cumplimiento, pero también de la aplicación retroactiva de los nuevos plazos de prescripción o no prescripción de los delitos cometidos en la época nacionalsocialista. También en este capítulo se ocupa del tema, ya antes mencionado, de por qué se consideraba por la jurisprudencia de aquella época a quienes habían colaborado directamente en la ejecución de miles de personas como meros cómplices y no como verdaderos autores; y de si era correcto llamar como testigos a los que realmente habían sido autores de los hechos que se estaban enjuiciando (véase mi comentario bibliográfico a este libro en Revista Penal 2012).

Sobre la jurisprudencia alemana en relación con estos casos y sobre la actitud observada ante ella por los penalistas de la República Federal de Alemania en aquella época, los esposos Just-Dahlmann/Just escribieron un libro, *Die Gehilfen ant. cit.*, en el que entre otras cosas se informa en las pp.160 y ss., que se había enviado un cuestionario a todos los profesores alemanes de Derecho penal para que manifestaran su

también ha sido objeto de críticas. Por lo que respecta a la jurisprudencia, también se ha aplicado en algunos casos muy importantes relacionados con la responsabilidad de dirigentes políticos y altos cargos militares por los crímenes ejecutados por miembros de los aparatos de poder creados o controlados por ellos. Finalmente, la teoría de Roxin ha sido aplicada también por algunos Tribunales internacionales en casos de este tipo relacionados con los crímenes internacionales cuyo enjuiciamiento les corresponde. De ello nos ocupamos seguidamente en los siguientes apartados.

### 3. La aplicación de la tesis de Roxin en la jurisprudencia de los Tribunales nacionales

La tesis de Roxin fue contestada desde el principio y aún hoy es contestada por buena parte de la

---

opinión respecto a esa jurisprudencia. A este cuestionario sólo contestaron nueve profesores (Karl Peters, Günther Spendel, Arthur Kaufmann, Ulrich Klug, Geerds, Jescheck, Rüter, Roxin, Baumann). Algunos, los menos, expresaron su disconformidad con la escasa gravedad de las sentencias dictadas, pero casi todos declinaron hacer algún comentario por no tener conocimiento de los detalles o por considerar que los problemas de determinación de la pena (que es, en definitiva, lo que supone la calificación de cómplice) se sustraen a valoraciones generales. Muy interesante y reveladora es la respuesta que dio el entonces joven docente Claus Roxin, quien tras mostrar su disconformidad con dicho proceder jurisprudencial, se remite a su trabajo citado anteriormente, comunicando que lo ha enviado para su publicación a la revista *Juristenzeitung*, y que si ésta no lo publica lo remitirá a otra (efectivamente, apareció publicada en la revista *Goldammer's Archiv*). El 12 de septiembre del 2001, en una conversación privada mantenida por el autor de este trabajo con Roxin, durante un Congreso celebrado en Seúl, Corea, comentando el atentado ocurrido el día anterior en las Torres Gemelas de Nueva York, Roxin me comentó que es la única vez que un trabajo suyo ha sido rechazado para su publicación en una revista alemana. Posteriormente Roxin ha referido este episodio en un artículo recogido en la recopilación de varios sus trabajos, traducidos por Manuel Abanto, que se contiene en un volumen publicado en Lima (véase Roxin, *La teoría del delito en la discusión actual*, Lima, 2007, p.513, nota 1). También informan Just-Dahlman/Just (p.174), de la actitud de Jürgen Baumann, quien se esforzó en vano por conseguir una toma de postura oficial de los profesores de Derecho penal en la *Strafrechtlerstagung* de 1963.

21 BGHSt 40, 268.

doctrina, no sólo alemana<sup>22</sup>, sino también por la de otros muchos países influenciados por la doctrina alemana, como por ejemplo sucede en algún sector de la doctrina española<sup>23</sup>. Este sector doctrinal se apoya sobre todo en que el concepto de autoría mediata sólo tiene sentido y es aplicable cuando el sujeto instrumentalizado es irresponsable por falta de imputabilidad, por actuar sin ser consciente de que comete un delito o incluso de forma justificada en la medida en que lo hace en una situación provocada dolosamente por el autor mediato; pero no

---

22 Véase, por ejemplo; Jescheck, Hans Heinrich, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 1969, p.509, quien se inclina en estos casos por la calificación de coautoría (también Jescheck/Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5 ed. 1998, p.670. La tesis de Jescheck, a través que de la traducción de la segunda edición de su Tratado hicieron en 1983 Mir Puig y Muñoz Conde, es citada y acogida expresamente por la Corte Suprema argentina). En contra de que el dominio de la organización pueda fundamentar una autoría mediata, se han pronunciado expresamente Herzberg, *Mittelbare Täterschaft und Anstiftung in formalen Organisationen*, en Knut Amelung (ed.) *Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Staffaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gessellschaft*, 2000, p. 33 ss.; Rotsch, Thomas, *Tatherrschaft kraft Organisationsherrschaft*, en *Zeitschrift für die gesamte Strarechtswissenschaft*, 112 (2000), p.518 ss., y Weigend, Thomas, en el tomo 9, num 1, del *Journal of International Criminal Justice*, anteriormente citado, dedicado a comentar la aplicación de la tesis de Roxin en la Justicia Penal Internacional y en algunos tribunales latinoamericanos.

23 Entre los monografistas españoles que se han ocupado del tema, véase, por ejemplo, Hernández Plasencia, José Ulises, *La autoría mediata en derecho penal*, Granada 1996, p.257 ss., quien se inclina por la tesis de la cooperación necesaria; El mismo, *La codelinuencia en organizaciones criminales de estructura jerarquizada*, en *Revista de Derecho penal y Criminología*, 2006; Bolea Bardón, Carolina, *Autoría mediata en Derecho penal*, Barcelona 2000. Una buena exposición de las opiniones doctrinales en contra y a favor de la teoría de Roxin en la doctrina penal alemana y de habla española se encuentra en un primer artículo de Ambos, Kai, *Dominio del hecho por dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder*, en revista de *Derecho penal y Criminología*, 1999, recogido y ampliado posteriormente en su obra *La Parte General del Derecho penal internacional, Bases para una elaboración dogmática*, traducción de Enrique Malarino, Bogotá, 2006, p.216 ss.: El mismo, *Internationales Strafrecht*, Munich 2ª ed., 2010, p. Véase también Werle, Gerhard.



en el caso, como sería el que aquí nos ocupa, en los que el que ejecuta el delito es también plenamente responsable.

Sin embargo, como ya se ha dicho, en los últimos años ha ido ganando cada vez más adeptos y no sólo en el ámbito doctrinal, sino también en el jurisprudencial, habiendo sido utilizada ya por muchos Tribunales de Justicia para fundamentar sentencias condenatorias de dirigentes políticos y altos cargos militares por los delitos cometidos por sus subordinados dentro de un sistema de aparato de poder.

Pionera en esta materia fue la sentencia de la Cámara de Apelaciones de Buenos Aires en el caso de los Comandantes de la Junta militar argentina, que argumentaba en su sentencia condenatoria del siguiente modo:

"Los procesados tuvieron el *dominio de los hechos* porque controlaban la organización que los produjo. Los sucesos juzgados en esta causa no son el producto de la errática y solitaria decisión individual de quienes lo ejecutaron sino que constituyeron el modo de lucha que los comandantes en jefe de las fuerzas armadas impartieron a sus hombres. Es decir que los hechos fueron llevados a cabo a través de la compleja gama de factores (hombres, órdenes, lugares, armas, vehículos, alimentos, etc) , que supone toda operación militar"<sup>24</sup>.

24 Cfr. Sentencia de la Cámara de Apelaciones, citada supra nota 1, p.1601 (Fundamento séptimo, apartados 5 y 6). Sobre esta sentencia ha habido ya diversos comentarios tanto de autores argentinos como de otros países; para una exposición más completa de las decisiones judiciales que a partir de la misma se han venido produciendo en los últimos años en relación con la autoría mediata por control de aparato de poder, tanto en la misma Argentina, como en otros países latinoamericanos, me remito al artículo de Muñoz Conde/Olasolo, La aplicación del concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder en América latina y España: desde el juicio a las Juntas militares argentinas hasta los casos contra Abimael Guzmán, Alberto Fujimori y los líderes políticos colombianos vinculados al paramilitarismo, publicado en Revista Penal 2011, p. y en diversas revistas latinoamericanas (existe una versión en inglés, "The Application of the Notion of

A pesar de esta contundente afirmación, la fundamentación de la condena de los Comandantes, basada claramente en la tesis de Roxin, fue rechazada posteriormente por la Corte Suprema argentina, que, por mayoría y con el voto en contra de dos magistrados, consideró que esta tesis no era lo suficientemente concreta y que no gozaba en el momento en que se cometieron los hechos de reconocimiento doctrinal y jurisprudencial en el Derecho penal argentino<sup>25</sup>. En consecuencia, la Corte Suprema argentina fundamentó la condena de los Comandantes en la figura de la cooperación necesaria, que tiene reconocimiento expreso en el art.45 del Código penal argentino y que de todas formas impone la misma pena a los cooperadores necesarios que a los autores directos.

No obstante, posteriormente, algunos tribunales argentinos que han juzgado casos concretos de crímenes cometidos durante la Dictadura por miembros de su aparato de poder, han aplicado la teoría de Roxin, o al menos se han planteado esta forma de imputación de la responsabilidad penal. Así, por ejemplo, sucede en el caso juzgado en la

Indirect Perpetration through Organized Structures of Power in Latin America and Spain", Journal of International Criminal, tomo 9, num.1, 2011, pp. 113-135; publicada también en New Philosophy of Crime and Punishment in the Era of Globalisation, Pekin 2011, p.47 ss. Una versión más amplia de este trabajo se ha publicado también, en doble versión inglesa y china, en Organized Crime and its Countermeasures in the Era of Globalisation,, He Bingsong y Liu Yanping (edit), Pekin 2010, p.153 ss.(versión inglesa, y p.431 ss., versión china).

25 Cfr Sentencia de la Corte Suprema citada supra nota 3, p.1701 ss,. Los argumentos que emplea la Corte Suprema para rechazar la tesis de Roxin se encuentran en los fundamentos 20 y ss de su sentencia, en donde se exponen la polémica doctrinal suscitada por la misma y las razones por las que, según la Corte Suprema, no puede ser acogida en el Derecho penal argentino. De esta opinión también Nino, Carlos, Juicio al mal absoluto cit., p.241, quien considera que "la teoría de la coautoría hubiera sido suficiente". Sin embargo, dos Magistrados de esta Corte Suprema, los Dres. Petracchi y Bacqué, se pronunciaron en voto particular a favor de la tesis de Roxin, interpretando en este sentido el art.514 del Código de Justicia militar argentino, que mantiene la responsabilidad del militar que imparte ordenes, aunque el subordinado que la cumple sea también penalmente responsable del delito que comete.

sentencia del Tribunal Oral Federal de Tucumán (Argentina) de 4 septiembre 2008, en la que se impone la misma pena (prisión perpetua e inhabilitación perpetua) a los dos procesados, "que integraban la cadena de mandos superiores en la maquinaria de poder en que se convirtió a las Fuerzas armadas" (sic, p.101 de la sentencia), y que en virtud de ese poder decidieron la entrada ilegal en el domicilio del Senador Vargas Aignasse, sospechoso, según ellos, de pertenecer a un grupo subversivo, los Montoneros. Vargas Aignasse, tras ser detenido en su propio domicilio delante de su mujer e hijos menores, fue trasladado a un centro militar, donde tras ser torturado, finalmente se le hizo desaparecer, fingiendo que había sido secuestrado por un grupo desconocido en su traslado a otro centro militar. El Tribunal, tras exponer pormenorizadamente la tesis de Roxin y mencionar la sentencia de la Cámara de Apelaciones argentina que en primera instancia juzgó a los Comandantes, y la sentencia del Tribunal Supremo Federal alemán (Bundesgerichtshof) en relación con los dirigentes de la antigua República Democrática Alemana en la que igualmente se aplicó la tesis de Roxin, cita otras resoluciones de Tribunales argentinos en las que ya se había aplicado en casos similares, mencionando expresamente "las resoluciones del Tribunal Oral en lo Criminal Federal N 1 de La Plata en las causas "Etchecolatz" (Sentencia de Septiembre de 2006) y "Von Wernich" (Sentencia del 01 de Noviembre de 2007); el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N I de Córdoba, en la causa "Menéndez Luciano Benjamín, Rodríguez Hermes Oscar, Acosta Jorge Excequiel, Manzanelli Luis Alberto, Vega Carlos Alberto, Díaz Carlos Alberto, Lardone Ricardo Alberto Ramón, Padován Oreste Valentín por privación ilegítima de libertad, imposición de tormentos agravados y homicidio agravado" –Expte 40/M/2008– (Sentencia del 24/07/08); y fue confirmada por la Cámara Nacional de Casación Penal en la causa "Etchecolatz" ( Sentencia del 18 de Mayo de 2007)". Además el tribunal de Tucumán fundamenta su sentencia condenatoria aplicando

los criterios de la imputación objetiva y de la responsabilidad en comisión por omisión de los que tienen la posición de garante respecto al control del comportamiento de sus subordinados.

En otra sentencia más reciente del Tribunal Oral Federal de San Martín, n. 1 de 12 de agosto del 2009, en el llamado caso "Floreál Avellaneda", se plantea también este problema. Igual que en los casos anteriores se trataba de la detención ilegal, seguida de torturas de Floreal Avellaneda padre, su mujer, Iris Avellaneda, y de su hijo, Floreal, menor de dieciséis años, cuyo cadáver, maniatado y con señales de haber sido salvajemente torturado, apareció después en las costas uruguayas, probablemente arrojado desde un avión militar. El Tribunal tras realizar un análisis exhaustivo de la prueba, se ocupa de fundamentar la condena de los procesados, pero en lugar de la tesis de Roxin, y sin apenas mencionarla, tras hacerse eco de algunas críticas formuladas contra la misma, por ejemplo por Kai Ambos, cuyo artículo sobre el tema cita expresamente, se inclina por la calificación de coautoría, mantenida por otros autores como Jakobs y su discípulo argentino Sancinetti. No obstante, y aunque condena al principal responsable a la pena de prisión e inhabilitación perpetua, impone a los otros "coautores" penas inferiores de privación de libertad entre 8 y veinticinco años.

Por lo que respecta a España, la tesis de Roxin ha sido en general bien acogida, aunque con algunas matizaciones, por buena parte de los que se han ocupado expresamente del tema<sup>26</sup>, pero no por la jurisprudencia, que si bien en algunas ocasiones

---

<sup>26</sup> Véase por ejemplo, mis diferentes trabajos al respecto: Muñoz Conde, en Ferré Olivé/Anarte Borralló (edit.), Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada, Huelva 1999; El mismo, ¿Dominio de la voluntad en virtud de aparatos de poder organizados en organizaciones "no desvinculadas del Derecho", en Revista Penal 2000 (versión alemana publicada en Festschrift für Claus Roxin, 2001, p.609 ss.; El mismo, La superación del concepto objetivo formal de autoría y la estructura de las organizaciones empresariales, en Luisiada, II Serie, num. 3, Lisboa 2005, p.57 ss.; El mismo, Problemas

se ha referido o incluso ha recogido literalmente argumentos basados en esta tesis, aunque sin citarla expresamente, finalmente ha aplicado la figura de la inducción o la cooperación necesaria a la hora de imponer una condena<sup>27</sup>.

Visto desde la situación política actual, es evidente que en una situación de normalidad democrática y de respeto a los derechos humanos, no es muy frecuente que se puedan dar casos de comisión masiva de delitos contra derechos humanos utilizando el aparato de poder estatal. Los pocos casos que se han dado de este tipo tras la reinstauración de la democracia en España, han sido el intento de Golpe de Estado de 23 de febrero de 1981, juzgado

---

de autoría y participación en el Derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial?, en Revista Penal 2002 (también en Varios, Derecho penal económico, Manuales de formación continuada, 14, Madrid 2001; hay una versión resumida de este trabajo en Modernas tendencias en la Ciencia del derecho penal y la Criminología, Madrid 2001). Para una exposición resumida de esta posición, véase Muñoz Conde, en Muñoz Conde/García Arán, Derecho penal cit. p.448 ss. Posteriormente se han ocupado expresamente del tema, adhiriéndose a la tesis de Roxin, Faraldo Cabana, Patricia, Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas, Valencia 2004; Fernández Ibáñez, La autoría mediata en aparatos organizados de poder, Granada 2006. También han aceptado, en parte, la tesis de Roxin o por lo menos han planteado como una posibilidad su aplicación a los directivos de las empresas en el ámbito del Derecho penal económico, otros autores como Ambos, Muñoz Conde, Pérez Cepeda, García Cavero, Nuñez Castaño, Martín de Espinosa, Caruso Fontán, Ferré Olivé, Gómez-Jara Díaz, etc, pero la exposición de este tema excede de nuestro trabajo. En la doctrina portuguesa se pronuncian a favor de la tesis de Roxin, Figueiredo Dias, Jorge, en Ferré Olivé/Anarte Borrallo (edit.), Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada cit., p.99 ss.; Serra, Teresa, en Revista Portuguesa de Ciencia Criminal 5 (1995), p.103.

<sup>27</sup> Cfr., por ejemplo, STS 2 julio 2004 (caso Hipercor), 1 octubre 2007 (caso Scilingo), 17 julio 2008 (atentado de la Estación de Atocha en Madrid). Para una exposición del reflejo de esta teoría en la jurisprudencia del TS español, véase Gil Gil, Alicia, La autoría mediata por aparatos jerarquizados de poder en la jurisprudencia española, en Anuario de Derecho penal y Ciencias penales, 2008, p.53 ss. También Bacigalupo Zapater, Enrique, La teoría del dominio del hecho en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en La Ley 2008.

finalmente en la STS de 22 abril 1983, y el llamado "Caso Marey", en el que el TS en su sentencia de 28 julio 1998 condenó al Ministro del Interior y a otros altos cargos del mismo Ministerio, por el secuestro de un presunto miembro del grupo terrorista ETA. Pero en ninguno de ellos se aplicó y ni siquiera se mencionó el tema de la autoría mediata por utilización de aparatos de poder. En el primer caso, quizás porque aún no era lo suficientemente conocida por la jurisprudencia de aquella época, además de que en tanto en el Código penal como en el Código de Justicia militar vigentes en aquel momento había ya preceptos específicos, que, igual que en el actual Código penal de 1995 (arts.472 ss.), regulan la responsabilidad de los Jefes y responsables de la rebelión. En el segundo caso, porque se consideró que se trataba de un hecho aislado y no fue considerado como parte de una actividad generalizada que se practicara por grupos ilegales (los llamados GAL) dentro del propio aparato de poder del Estado<sup>28</sup>.

Mayores oportunidades ha tenido la jurisprudencia española en aplicar esta teoría en los procesos contra los dirigentes de la banda terrorista ETA, como responsables de los atentados llevados a cabo por comandos de la misma. Sin embargo, tampoco en estos casos ha hecho un uso directo de la teoría de Roxin para fundamentar las condenas de los dirigentes de esta organización terrorista, que señalan la víctima o el objetivo del atentado y dan las órdenes correspondientes que otros ejecutan; y aunque en la redacción de sus Fundamentos jurídicos se observa claramente la influencia que la tesis de Roxin, ampliamente difundida a través de las traducciones y de la mucha bibliografía existente en España sobre la misma, ha tenido en muchos de los Magistrados integrantes del Tribunal Supremo, al final la condena se basa en la figura de la inducción para los dirigentes, o en la de la coopera-

---

<sup>28</sup> No obstante, a mi juicio, no hay ningún inconveniente en aplicar la teoría de Roxin también en estos supuestos; véase al respecto Muñoz Conde, Francisco, en Revista Penal 2002 cit.

ción necesaria para los que colaboran directamente con el comando ejecutor<sup>29</sup>.

Mayor interés tiene para nuestro tema la jurisprudencia habida en los países latinoamericanos donde se han juzgado más recientemente este tipo de delitos cometidos por dominio del aparato de poder de sistemas dictatoriales, y en los que se ha planteado la responsabilidad de los dirigentes políticos y los altos cargos militares del sistema dictatorial.

Además del juicio ya mencionado contra los Comandantes de la Junta militar argentina, un caso similar fue en Chile el "caso Contreras", en el que se juzgó al Jefe del Servicio Secreto de la dictadura de Pinochet, la llamada DINA, que durante la dictadura planificó y ordenó el atentado que se llevó a cabo en Washington y costó la vida al General Letelier, un destacado opositor de esa dictadura que se encontraba en el exilio. Sin embargo, en la sentencia ni siquiera se menciona la posibilidad de aplicar la tesis de Roxin<sup>30</sup>.

---

29 Cfr. STS 2 julio 2004, 22 febrero 2007. Véase la exposición que de esta jurisprudencia hace Gil Gil, ob. cit., p.65 s. Tampoco en las sentencias de la Audiencia Nacional (65/2007) y del Tribunal Supremo (505/2008) pronunciadas en relación con el atentado terrorista cometido en la estación de Atocha de Madrid el 11 de marzo del 2004, en el que murieron 191 personas y hubo casi dos mil heridos, se menciona la teoría de Roxin, aunque era claro que los ejecutores materiales actuaron como miembros de una organización terrorista internacional (Al Qaeda), que muestra todas las características requeridas por Roxin para fundamentar la autoría mediata por control de aparato de poder. A mi juicio, no hay tampoco inconveniente en aplicar también la tesis de Roxin y considerar autores mediatos de los atentados cometidos por los comandos de las bandas terroristas los dirigentes de las mismas (sean nacionales, como es el caso de ETA, o internacionales, como es el caso del grupo terrorista islamista Al Qaeda); sobre ello, véase Muñoz Conde, ob. u. cit.

30 Véase sentencia de la Corte Suprema de Justicia chilena 30 mayo 1995, en la que apenas se planteó si el Jefe de la DINA, el General Contreras, se podía considerar inductor o autor mediato de los autores materiales del atentado costó la vida al líder opositor, empleando ambos conceptos de forma equivalente e igualmente subsumibles en la definición de inducción que da el art.15 del Código penal chileno (véase razonamientos 17 a 20 de la mencionada sentencia). Pero en ningún momento se plantea la responsabilidad de otros cargos políticos o militares superiores, ni se menciona la figura de la autoría mediata de los mismos sirviéndose del aparato de poder.

Tampoco se hacer referencias a la tesis de Roxin en el auto de procesamiento que, tras haber solicitado su extradición, dictó el Juez español Baltasar Garzón contra el General Pinochet por los Crímenes contra la Humanidad, Tortura y Genocidio cometidos por el aparato de poder de la dictadura que durante varios años mantuvo Pinochet en Chile, aunque en él se contienen argumentos claramente inspirados en esta tesis, aún sin mencionarla expresamente, ni referirse a la figura de la autoría mediata<sup>31</sup>.

En Colombia la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema se ha planteado la aplicación de la autoría mediata en algunos de los casos de asesinatos cometidos por los grupos paramilitares, aunque finalmente se decidió aplicar la figura de la coautoría<sup>32</sup>.

---

31 Auto de procesamiento de Augusto Pinochet, del Juzgado de Instrucción num.5 de la Audiencia Nacional (Juez Baltasar Garzón), 10 diciembre 1998: "Como Jefe de la Junta de Gobierno y Presidente de la república tiene el poder de hacer cesar la situación inmediatamente, aunque contrariamente a ello, la incita y anima, dando las órdenes oportunas a sus inferiores, controlando incluso a veces, con dominio absoluto del hecho, la ejecución directa a través de la Jefatura exclusiva de la DINA". Sin embargo, en este auto la intervención de Pinochet se califica unas veces de inducción y otras de coautoría, pero no se menciona la autoría mediata. Tampoco menciona la teoría de Roxin el mismo Juez Garzón en su discutido auto de apertura de un procedimiento penal contra el General Franco y los principales responsables del Golpe de Estado del 18 de julio de 1936. Sobre la elaboración jurídica del pasado dictatorial franquista durante la transición a la democracia en España, véase Muñoz Conde, La transformación jurídica de la dictadura franquista en un Estado de Derecho, en Francisco Muñoz Conde/Thomas Vormbaum (dir.), Humboldt-Kolleg. La transformación jurídica de las dictaduras en democracias y la elaboración jurídica del pasado, Valencia 2009 (hay también versión alemana con el título Abrechnen aber wie? Die rechtliche Transformation der europäischen Diktaturen nach 1945: Der Fall Spanien, publicada en Francisco Muñoz Conde/Thomas Vormbaum, Transformation von Diktaturen in Demokratien und Aufarbeitung der Vergangenheit, Humboldt Kolleg an der Universität Pablo de Olavide, Sevilla 7.-9. Februar 2008, Berlin 2010, p.29.ss; también en Journal für juristische Zeigeschichte, 2008, y en Savigny Zeitschrift für Rechtsgeschichte, 2008. Versión española también en Revista Penal 2008).

32 Sentencias pronunciadas en los casos *Machuca* del 7/3/2007, *Yamid Amat* del 8/8/2007 y *Gabarra* del 12/9/2007; para una información más detallada sobre las mismas, véase Muñoz Conde/Olasolo, ob., cit.



En Uruguay la sentencia del 9 de febrero de 2010 del Tribunal Penal de Uruguay Num. 7 condenó a Juan Maria Bordaberry Arocena, ex presidente del Uruguay desde 1972 a 1976, como coautor de nueve hechos de desaparición forzada de personas y dos homicidios por razones políticas, sin plantear siquiera la posibilidad de aplicar la teoría de la autoría mediata<sup>33</sup>.

*EXCURSO: Especial consideración de la jurisprudencia peruana en esta materia*

Especialmente interesante en relación con este tema es la jurisprudencia de la Corte Suprema de Perú. En este país una Sentencia de 7 abril del 2009 de la Sala Especial de la Corte Suprema condenó al ex Presidente de Perú Alberto Fujimori por diversos delitos contra la vida, detenciones ilegales, etc, cometidos durante su mandato por grupos militares, policiales y parapoliciales<sup>34</sup>. En el capítulo III de la Tercera Parte de esta sentencia se realiza en más de treinta páginas toda una exposición doctrinal del estado de la teoría de Roxin en la doctrina peruana y de habla española, mencionando las distintas variantes que se le han dado, y los argumentos esgrimidos en pro y en contra de la misma, para terminar afirmando que es perfectamente compatible con la regulación que hace el Código penal peruano de la autoría mediata y, por tanto, aplicable en el caso Fujimori, en la medida en que en el

33 Sobre esta sentencia, véase con más de talles Muñoz Conde/Olasolo, *lug*, cit: También el artículo de Pablo Galain Palermo, *The prosecution of International Crimes in Uruguay*, en *International Criminal Law Review*, 2010, p.601 ss; El mismo, *Ubergangsjustiz und Vergangeheitsbewältigung in Uruguay*, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2013. Sobre la elaboración jurídica del pasado de las dictaduras en Chile, Argentina, España, Alemania e Italia, vease también Francisco Muñoz Conde/Thomas Vormbaum, *La transformación de las dictaduras en democracias a. cit.*

34 Sentencia de la Sala Penal Especial en el Expediente N°AV 19-2001 (acumulado), del siete de abril de 2009. Casos Barrios Altos, La Cantuta y sótanos SIE, recogida en: [http://www.pj.gob.pe/CorteSuprema/spe/index.asp?opcion=detalle\\_noticia&codigo=10409](http://www.pj.gob.pe/CorteSuprema/spe/index.asp?opcion=detalle_noticia&codigo=10409).

mismo se dan los requisitos expuestos por Roxin: Existencia de un aparato de poder a cuyo frente se encontraba el Ex Presidente Fujimori, de una relación jerárquica entre los miembros del mismo en sus distintos niveles, fungibilidad de los ejecutores, actuación al margen del Derecho o, como se dice en la sentencia, "apartamiento del Derecho" (entendiendo por tal tanto el Derecho nacional, como el internacional) y, lo que ya hemos visto Roxin ya no exige expresamente, "una elevada disponibilidad de los ejecutores a realizar el hecho". También se hacen referencias en este Fundamento jurídico a las diferencias entre la figura de la autoría mediata por control de aparato de poder y la responsabilidad del superior militar en el Estatuto de Roma, y se citan otras decisiones judiciales en las que se ha aplicado la teoría de Roxin, como las ya señaladas anteriormente de la Cámara de Apelaciones argentina en el caso de los Comandantes de la Junta militar, o del Bundesgerichtshof alemán en el caso de los dirigentes de la antigua República Democrática Alemana. Pero también se menciona otra sentencia de la propia Corte Suprema peruana en la que con una fundamentación similar se condenó al líder de la organización terrorista "Sendero Luminoso" Abimael Guzmán por los diversos atentados terroristas llevados a cabo por dicho grupo terrorista en la década de los 80 en el siglo pasado. La posible aplicación de la teoría de Roxin al caso Fujimori había sido también ya planteada por la Corte Suprema chilena en la sentencia de 21 septiembre 2007, por la que se concedió la extradición a Perú de Alberto Fujimori<sup>35</sup>.

Esta sentencia de la Corte Suprema peruana constituye sin duda la más directa y clara aplicación de la tesis de Roxin en la jurisprudencia de un país latinoamericano. Con ella parecía claro que podía ser aplicada en cualquier otro de los procesos en el

35 Véanse Considerandos nonagésimo cuarto y nonagésimo quinto de esta sentencia. Un comentario a la misma hace Lledó Vásquez, Rodrigo, en *Anuario de Derechos Humanos*, 2008, p.114 ss.



que tuvieran que juzgarse casos relacionados con los crímenes cometidos durante el régimen de Fujimori. Pero no sólo no ha sido así, sino que en otra sentencia (Ejecutoria, se le llama) más reciente de la Sala Permanente de la Corte Suprema de Perú, de 20 de julio del 2012, se abandona expresamente la teoría de la autoría mediata por medio de un aparato de poder organizado y, en su lugar, se aplica la tesis de la coautoría para condenar como coautores a los responsables de la llamada operación Colina o Barrios Altos, en la que un grupo paramilitar siguiendo órdenes de importantes dirigentes del Gobierno y la cúpula militar, asesinó a varias personas, supuestamente implicadas con el grupo terrorista "Sendero Luminoso". En esta sentencia se rechaza también que dichos crímenes puedan ser considerados como Crímenes contra la Humanidad, por no tratarse de hechos realizados como parte de una "política de exterminio", y la calificación de asociación ilegal, por no haber sido objeto de acusación específica por parte del Ministerio fiscal. Y en la calificación de la intervención de los acusados en la masacre de Barrios Altos se rechaza expresamente la tesis de Roxin y en su lugar se aplica la de la coautoría apoyándose para ello expresamente en la tesis formulada por Jakobs en su artículo "Sobre la autoría del acusado Alberto Fujimori, publicado en el volumen "La autoría mediata, Caso Fujimori, Ara editores, p.105-114, citado expresamente en la página 191, nota 157 del texto de la misma sentencia que se encuentra en Internet. Para ello, se asume la concepción tradicional de la autoría mediata, según la cual el instrumento ejecutor debe ser irresponsable del hecho que realiza, por tanto, si los ejecutores en la masacre de Barrios Altos son también responsables, no cabe aplicar esta calificación. Y en su lugar opta por la calificación de coautoría, considerando que hubo un reparto competencial de papeles, en el "uno aportan la decisión, y otros la ejecución, siendo ambos responsables penalmente" (Fundamento 204), entendiendo además que, a diferencia de lo sostiene la concepción tradicio-

nal de la coautoría, en ésta no es necesario que el coautor intervenga materialmente en la ejecución del hecho.

No deja de ser sorprendente y, a mi juicio, contradictorio, que para rechazar la tesis de Roxin se invoque como algo irrefutable la concepción tradicional de la autoría mediata, según la cual el instrumento ejecutor debe ser irresponsable, mientras que para acoger la tesis de Jakobs se abandone la concepción tradicional de la coautoría, según la cual el coautor debe intervenir también en la ejecución del hecho. Pero independientemente de esta contradictoria fundamentación, lo que más sorprende en esta sentencia es que con la calificación de coautoría sin una ulterior matización, sitúe en un mismo plano y bajo una misma calificación a los que deciden y controlan el aparato de poder y a los que luego, en un momento posterior a veces muy alejado del momento en que se adopta la decisión e incluso sin relación directa o personal con los anteriores, ejecuten la decisión criminal, confundiendo así dos planos y momentos distintos: la decisión por unos y la ejecución por otros. Como indicaré más adelante, no creo que haya ningún problema en calificar como coautores a los que, controlando en sus diversos niveles el aparato de poder, deciden la realización del hecho delictivo, pero su relación con los ejecutores materiales y, por tanto, autores directos, no puede ser otra que la de la autoría mediata.

En todo caso no deja de ser sorprendente que en un caso de tanta trascendencia para la elaboración jurídica de la responsabilidad por los delitos cometidos durante el pasado régimen dictatorial de Fujimori se traslade a una decisión judicial una polémica puramente doctrinal, sin mayor trascendencia, como en la propia sentencia se indica, en la magnitud de la pena aplicable. Si por eso fuera no se entendería muy bien la polémica que suscitó en la opinión pública peruana este fallo y el inmediato recurso que se presentó contra la misma ante la Corte Internacional de Derecho humanos de San José de Costa Rica. Evidentemente, y como segui-

damente vamos a ver, en dicha Corte no se planteó el problema de si la calificación jurídica de los responsables de la masacre de Barrios Altos debía ser la de autoría mediata, o la de coautoría, sino si la misma podía dar lugar a algún tipo de impunidad, sobre todo teniendo en cuenta que en la citada sentencia se abandona, no sólo la tesis de Roxin aplicando en su lugar la de Jakobs, sino también la calificación de este hecho como un Crimen de Lesa Humanidad con todas las consecuencias que de esta calificación se derivan, como pueden ser por ejemplo, la imprescriptibilidad de estos delitos o la imposibilidad de aplicar Leyes de Punto Final o Amnistías a los responsables de los mismos.

Con sorprendente rapidez esta Corte Internacional, ha pronunciado el 24 de septiembre del 2012 otra sentencia<sup>36</sup>, en la que se anula la de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema peruana de 20 de julio. Se basa para ello en anteriores resoluciones que ya había emitido en relación con el régimen de Fujimori, en el que, según la misma Corte Internacional (véase por ejemplo, su sentencia de la misma de 14 marzo 2001) se cometieron graves violaciones de derechos humanos que bien podían ser constitutivas de crímenes internacionales, imponiendo al Estado peruano "la remoción de todo obstáculo que impida la investigación y juzgamiento de los hechos y, en su caso, la sanción de todos los responsables de las violaciones declaradas así como la búsqueda de la verdad". Para ello advierte que la impunidad no sólo puede darse cuando el Estado dicta Leyes de Amnistía, sino también cuando el Poder judicial no procede a investigar y juzgar hasta sus últimas consecuencias casos concretos en los que se hayan producido esas violaciones.

En este sentido, considera que el hecho de que la sentencia de la Corte Suprema peruana de 20 julio rechace la calificación de Crimen de Lesa Humanidad para la masacre ocurrida en barrios Altos, no es

<sup>36</sup> Se puede consultar en Internet en PDF [es.scribd.com](http://es.scribd.com) (...) Resolución-de-la-Corte-FDH-en-Caso-Barrios-Altos.

claramente compatible con los hechos probados, en los que claramente se observa que el ataque se realizó de manera indiscriminada contra miembros de la población civil "en el marco de una política estatal de eliminación selectiva pero sistemática de presuntos integrantes de grupos subversivos (Considerando 45).

Aunque la Corte Internacional no dice cuál sería la calificación exacta de este "Crimen internacional" es claro que se está refiriendo a los Crímenes de Lesa Humanidad tal como se definen en el art.7 del Estatuto de Roma<sup>37</sup>, al decir: "En el presente caso, resulta innegable que los hechos perpetrados por el Grupo Colina no responden a "delitos comunes" o meras vulneraciones de los "derechos humanos", sino que están dentro de aquellas violaciones más graves que atentan contra la conciencia universal".

La Corte Internacional de Derechos humanos de Costa Rica no se plantea siquiera si la calificación jurídica de la participación de los responsables de los crímenes debe ser la de la autoría mediata o la de coautoría, sino la impunidad que pueda generarse, si no se califica de crimen internacional con todas sus consecuencias que ello pueda suponer para todos los responsables (subrayado del autor de este artículo). Dicho en pocas palabras: La Corte Internacional no entra en la discusión dogmática de si hay autoría mediata o coautoría, sino que de lo que trata es de, siguiendo con ello la idea incorporada al Preámbulo del Estatuto de Roma, de evitar la impunidad y proteger los derechos de las víctimas a la verdad y a que todos los responsables sean condenados penalmente. Y desde este punto de vista no cabe duda de que tanto la tesis de la autoría mediata, como con la de la coautoría, pueden ser útiles para conseguir esa meta.

En consecuencia, pocos días después de haberse emitido la sentencia de la Corte Internacional,

<sup>37</sup> Sobre estos delitos y sus elementos véase Werle, Gerhard, Tratado de Derecho penal internacional, 2ª ed. Valencia 2001, p.462 ss. (p.375 ss, de la 3ª ed. Alemana de su Vólkerstrafrecht, 2012).

la misma Sala Permanente de la Corte Suprema peruana ha decidido el 29 de septiembre del 2012, por unanimidad, anular la anterior sentencia cuestionada a nivel internacional, disponiendo que otro Tribunal resuelva el recurso de nulidad.

#### 4. La aplicación de la tesis de Roxin en los Tribunales internacionales

En relación con nuestro tema, también es interesante la jurisprudencia habida en los Tribunales internacionales en los casos en los que los delitos cometidos entran dentro del ámbito de su competencia.

Una de las tareas más importantes, con la que se enfrenta el Derecho penal internacional, sobre todo a partir de la aprobación del Estatuto de Roma y la creación de la Corte penal internacional, es la elaboración de una Teoría General que se pueda servir como una Gramática jurídica universal común a las diferentes legislaciones nacionales, que permita el entendimiento entre los operadores jurídicos de los procesos penales que se lleven a cabo en los Tribunales internacionales, por más que pertenezcan a diferentes naciones y hablen diferentes lenguas.

Actualmente, coexisten, al menos en el mundo occidental, dos sistemas jurídicos diferentes, el del Common Law y el Civil Law o sistema continental europeo, cada uno con peculiaridades que los distinguen y separan entre sí, incluso más allá de los diferentes idiomas en los que se expresan. El sistema del Common Law, dominante en los países integrantes del antiguo Imperio Británico, cuyo idioma oficial es el inglés, está basado sobre todo en el precedente judicial, vinculado al caso concreto, y es poco proclive a construcciones teóricas o sistemáticas generalizadoras. En cambio, el sistema del Civil Law, se preocupa especialmente, sobre todo en Alemania, por la elaboración de una Teoría General del Delito, que a su vez ejerce gran influencia en los países latinos de Europa (Italia, España, Portugal, con la importante excepción de Francia), y prácticamente sin excepción en todos los latinoamericanos.

Ambos sistemas tienen sus ventajas e inconvenientes y se hace difícil elaborar una síntesis que permita integrarlos o unificarlos. No obstante, en los últimos años se está produciendo una aproximación entre ambos, en la que fue pionero George P. Fletcher con su *Rethinking Criminal Law*<sup>38</sup>. Y también en la bibliografía aparecida en los últimos años en el ámbito del Derecho penal internacional se puede observar, en mayor o menor medida, un intento de aproximación entre ambos sistemas, sobre todo en las obras generales de Antonio Casese<sup>39</sup>, Gerhard Werle<sup>40</sup>, Kai Ambos<sup>41</sup>, Hector Oslol<sup>42</sup> y Alicia Gil Gil<sup>43</sup> entre otros muchos autores. La mejor prueba de ello son las recientes decisiones adoptadas por los Tribunales internacionales, en cuyos fundamentos jurídicos se introducen cada vez más, junto a criterios argumentativos propios del Derecho penal del Common Law, conceptos de la Dogmática penal alemana; sobre todo en materia de autoría y participación, cuya distinción se asume cada vez con mayor frecuencia a través de una interpretación del art.25 del Estatuto de Roma.

Pero antes de llegar a ello se ha tenido que recorrer un largo camino que comenzó tras la Segunda Guerra Mundial con la jurisprudencia creada por los Tribunales de Nuremberg, y que ha llegado hasta las últimas decisiones de los Tribunales ad hoc de

38 Boston/Toronto, 1978. En la misma línea se mueven otras obras suyas posteriores como *Basic Concepts of Criminal Law*, 1991 (hay traducción española de Muñoz Conde, Valencia 1998), y *Grammar of Criminal Law*, 2007 (hay traducción española de Muñoz Conde, Buenos Aires 2008); véase al respecto Muñoz Conde, Franciso, *Universalizing Criminal Law*, en *Tulsa Law Review*, 2006.

39 *International Criminal Law*, Oxford 2003.

40 Véase principalmente su *Völkerstrafrecht*, 3ª ed. 2012.

41 Especialmente su *Internationales Strafrecht a. cit.* También El mismo, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts: Ansätze einer Dogmatisierung*, 2.ed., Berlin 2004 (Hay una versión al español de esta obra traducida por Ezequiel Malarino, *La Parte General del Derecho penal internacional a. cit.*).

42 *Criminal responsibility of political and military leaders as principals to international crimes*, 2008

43 *Derecho penal internacional. Especial consideración del delito de genocidio*, Madrid 1999.

la ex Yugoslavia y Ruanda, y de la Corte Penal Internacional en casos como los llamados Lubanga, Katanga y Al Bashir<sup>44</sup>, en las que por primera vez para fundamentar las decisiones se ha recurrido a la tesis de Roxin, lo que ha provocado que se haya dedicado a este tema el tomo 9, núm. 1 del año 2011, del *Journal of International Criminal Law*, con aportaciones de Werle/Burghardt, Weigend, Ambos, Muñoz Conde/Olasolo, Fletcher, y Manacorda/Meloni<sup>45</sup>. Estas decisiones tomadas una especie de Juicio preparatorio (Pretrial) han culminado finalmente en una reciente sentencia de la Corte Penal Internacional de 14 de marzo de 2012, cuya Sala de Primera Instancia I condena a Thomas Lubanga y posteriormente el 10 de julio le impone una pena de 14 años de prisión, como coautor, de los crímenes de guerra de reclutar o alistar niños menores de 15 años de edad y utilizarlos para participar activamente en las hostilidades<sup>46</sup>.

Tanto en esta sentencia, como en las anteriormente citadas de otros tribunales internacionales se acoge la teoría de la coautoría, pero configurándola en el sentido de Roxin como una "coautoría mediata, en el sentido que, ya hemos señalado anteriormente, de que combina el criterio de la distribución o reparto de funciones, característico de

---

44 Sobre esta jurisprudencia véase Olásolo, Hector, El desarrollo en derecho penal internacional de la coautoría mediata, en *Derecho penal contemporáneo*, Revista Internacional, 27, abril-junio 2009, Bogotá, p.71 ss.; El mismo, *Joint Criminal Enterprise and its extended form: A theory of co-perpetration living rise to principal liability, a notion of accessory liability, or a form of partnership in crime*, *Criminal Law Forum*, 2009, y más extensamente, en El mismo, *Criminal responsibility of political and military leaders as principals to international crimes*, a. cit.. También Werle, Gerhard, *Individual Criminal Responsibility in Article 25 ICC Statute*, en *Journal of International Criminal Justice*, 5 (2007), 953 ss.; Manacorda, Stefano, *Imputazione collettiva e responsabilità personale*, *Uno Studio sui paradigma ascrittivi nel diritto penale internazionali*, Torino 2008.

45 Ant. cit. (véase mi recensión a este volumen en *Revista Penal*, 2011).

46 Sobre esta sentencia de la ICC, con un extenso comentario a la misma, véase Kai Ambos, *El primer fallo de la Corte penal internacional*, en la revista electrónica *InDret*, 2012.

la coautoría, con el del dominio de la organización, característico en la teoría de Roxin de la autoría mediata por control de un aparato de poder. Esta tesis que ya ha sido defendida por algunos autores<sup>47</sup> tiene perfecto encaje en el art.25 del Estatuto de Roma y ha sido también acogida por Roxin en su más reciente artículo sobre el tema, como perfectamente compatible con su concepción originaria<sup>48</sup>. La tesis discrepante en la sentencia del caso Lubanga, del Magistrado Fulford, quien apoyándose en una interpretación literal del art.25 del Estatuto de Roma, considera que no es necesario recurrir a ninguna teoría especial para fundamentar la responsabilidad del que directa o indirectamente, por sí sólo o junto con otros, interviene en la realización del delito, al entender que dicho precepto acoge en realidad un concepto unitario de autor, que hace innecesario la distinción entre autoría mediata y coautoría<sup>49</sup>. Pero es evidente que en ese artículo 25, 2 a), al distinguir claramente entre "el que cometa el crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable" se están acogiendo una teoría diferenciada entre distintas formas de autoría, por más que a efectos de pena todas puedan ser castigadas del mismo modo. E igualmente en el inciso que se refiere a cometer el crimen "por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable", se puede incluir sin ningún problema tanto la autoría mediata utilizando un instrumento ejecutor no responsable, como un instrumento ejecutor responsable, en la línea propuesta por Roxin.

---

47 Véase por ejemplo. Olasolo Muñoz Conde, ob a. cit.; Werle, Tratado cit.p.300 ss. (y especialmente ya en la tercera edición alemana de *Völkerstrafrecht*, 2012, p.518 ss, donde distingue entre "coautoría mediata" y "autoría mediata en coautoría"); ver también Werle/Burghardt, *Co-autoría mediata, ¿Desarrollo de la dogmática jurídico penal alemana en el derecho penal internacional?*. Traducción de Jaime Couso, en *Revista Penal*, 2011, p.197 ss (original alemán en *Festschrift für Maiwald*, 2010, p.849 ss.).

48 Véase su artículo en *GA* 2012, citado supra nota 13, p.414.

49 Véase la crítica a esta posición en el artículo de Kai Ambos en *InDret*, ant. cit.

Por lo que a los casos tratados en los Tribunales internacionales es claro que la tesis de la coautoría mediata es la que mejor se adapta a las características de un aparato de poder organizado: la distribución o reparto de funciones y el dominio de la organización, lo que unido a las otras dos características, relación jerárquica entre sus diversos miembros y fungibilidad de los ejecutores, fundamentan la tesis de Roxin

Distinto de este supuesto es la responsabilidad de los jefes y superiores por los delitos cometidos por las fuerzas bajo su mando y control, prevista en el art.27 del Estatuto de Roma que consagra una responsabilidad diferente por omisión de determinados deberes y que incluso admite la comisión por imprudencia<sup>50</sup>.

### **5. Resumen y conclusiones: La teoría de la autoría mediata por dominio de un aparato de poder como medio para la elaboración jurídica del pasado**

Aunque con distintas variantes, y aunque en algunas sentencias anteriormente señaladas no se rechojan o incluso se rechace expresamente la tesis de Roxin, en general se puede decir, que ésta ha supuesto, no sólo en el ámbito doctrinal, sino también en el de la praxis judicial, un magnífico instrumento jurídico para fundamentar la responsabilidad de los dirigentes políticos y altos cargos militares por los delitos ejecutados en el marco de un sistema de aparato de poder, y con ello también, al mismo tiempo, un instrumento útil para elaborar jurídicamente el pasado de los regímenes dictatoriales. Aunque no pueden ignorarse las críticas ya apuntadas y las dificultades que la misma representa para adaptarse a las diversas situaciones y formas de funcionamiento de los regímenes dictatoriales que han dado lugar a las sentencias judiciales anteriormente transcritas, no cabe duda de que nos encontramos ante un magnífico instrumento jurídico para poder

fundamentar sin grandes dificultades la responsabilidad de los principales responsables de los aparatos de poder a través de los cuales se han cometido los más graves delitos contra las personas.

Cuando Roxin formuló su tesis en 1963, se refería expresamente, aunque no sólo, a un caso muy peculiar de la historia reciente de Alemania, y concretamente a los crímenes calificados luego en el Derecho penal internacional como Crímenes de Guerra, de Lesa Humanidad y Genocidio, llevados a cabo de forma sistemática y planificada por un aparato de poder específicamente creado para llevar a cabo esta tarea, las llamadas SS, a cuya cabeza se encontraban Hitler, Himmler y otros miembros del aparato de poder nazi, en sus diversos escalones o grados jerárquicos. Con su tesis Roxin no sólo superaba la teoría subjetiva que en aquella época era dominante en la jurisprudencia alemana, sino también otros planteamientos jurídicos que todo lo más consideraban que los máximos dirigentes nazis, ya fallecidos, podían ser considerados como inductores, y los cargos intermedios como cómplices, de los crímenes que luego otros ejecutaban directamente. La tesis de Roxin se refería además al caso Eichmann; es decir, a un burócrata, al que, a pesar de que no intervino directamente en la ejecución de los crímenes, se le podía considerar como verdadero autor (mediato), en la medida en que era un engranaje (muy importante) dentro del aparato burocrático de poder de las SS y se encargaba de organizar el transporte a los Campos de Concentración y Exterminio, de miles y miles de judíos y miembros de otras etnias capturados en diversos países de Este de Europa, ocupados por las tropas nazis o por gobiernos que colaboraban con el gobierno nazi alemán (recuérdese que además el tal Eichmann participó en la Conferencia de Wannsee, en la que se decidió la "solución final del problema judío").

Del mismo modo, la posterior acogida de la tesis de Roxin por el Tribunal Supremo Federal alemán (Bundesgerichtshof) fue el instrumento jurídico del

50 Al respecto véase Werle, Tratado cit., p.310 ss.



que se sirvió dicho tribunal para considerar como autores (mediatos) por los disparos realizados en el Muro de Berlín por los guardias fronterizos, que costó la vida a muchos ciudadanos que intentaron pasar al otro lado del Muro, a algunos dirigentes de la antigua República Democrática Alemana, que habían dado la orden disparar.

Sin embargo, la tesis de Roxin se ha aplicado por los Tribunales de Justicia latinoamericanos anteriormente citados principalmente para fundamentar la responsabilidad de los Jefes militares y Altos dirigentes políticos que controlaban el aparato de poder, incluso al más alto nivel (Comandantes y Jefes militares en la dictadura argentina, o de la del Presidente Alberto Fujimori en Perú), dejando en la mayoría de los casos impunes o fuera de los procesos penales a los que cumpliendo sus órdenes, eran ejecutores directos de los crímenes cometidos. Esta "selección" de los acusados, limitando la acusación sólo a unos pocos o a un único responsable, deja la impresión de que en su aplicación también pueden haber pesado razones de oportunismo político, buscando con la condena del Jefe o Jefes y de sus principales colaboradores una especie de "cabeza de turco" o de "chivo expiatorio" que pague por todos, dejando en la impunidad a otros intervinientes en los hechos, grados intermedios, o incluso ejecutores directos, torturadores y asesinos, que se ven así liberados de su responsabilidad. Eso es especialmente evidente en la Jurisprudencia de los Tribunales penales internacionales que sólo se han ocupado o se ocupan de algunos de los dirigentes, Altos cargos o Jefes bajo cuyo mandato, bien por orden expresa suya o con su consentimiento, se cometieron por otros los graves asesinatos por los que luego ellos han sido acusados o incluso condenados<sup>51</sup>.

---

51 El argumento mantenido por algunos autores de que el enjuiciamiento de los ejecutores corresponde a los Tribunales de Justicia nacionales no me parece convincente, porque normalmente incluso en los casos en que tras el régimen dictatorial se restablece una cierta normalidad democrática, los

Sin duda, los crímenes cometidos dentro del sistema de un aparato de poder, son crímenes, en expresión de Carlos Nino, de "múltiples manos", y es muy difícil por no decir, imposible depurar las responsabilidades individuales de todos los que en mayor o menor medida contribuyeron a su realización. Por otra parte, enjuiciarlos a todos ellos, bajo un mismo baremo, en centenares de procesos penales o en un macro proceso a que daría lugar su enjuiciamiento, parece también tarea imposible. Pero a cambio de seleccionar y acusar sólo a uno o unos pocos, como únicos responsables, se corre el riesgo de dejar prácticamente en la impunidad a otros que en mayor o menor medida contribuyeron a la realización de los delitos, o incluso los ejecutaron directamente.

Este proceder, por comprensible que sea, no deja de ser objetable y desde luego no se atiene estrictamente a lo propugnado por Roxin, quien, como ya hemos visto, califica de "autores mediatos", no sólo a los dirigentes principales del aparato de poder, sino también a los miembros intermedios, que como Eichmann, ocupaban un lugar importante dentro de la relación jerárquica del mismo, aunque sólo tuvieran funciones puramente burocráticas. Pero siempre queda el problema de donde poner el límite y si dentro de los distintos miembros del apartado de poder cabe diferencias distintos grados de responsabilidad. Así, por ejemplo, es posible que la secretaria personal de Eichmann u otros empleados de su oficina, tuvieran conocimiento de lo que sucedía en los Campos de Concentración, y de que, por tanto, con su trabajo, estaban facilitando lo que allí sucedía, pero ¿hasta qué punto habría que exigirles también a ellos responsabilidad penal? Y si se les exige, ¿habría que

---

Tribunales del nuevo régimen no tienen la imparcialidad ni la independencia requerida para juzgarlos objetivamente. Por no hablar de los casos en los que los ejecutores y muchos de los dirigentes y cargos intermedios en el régimen dictatorial se integran en el nuevo sistema, abjurando de o negando su colaboración en el régimen anterior.

considerarlos también autores mediatos, en base a que eran también miembros de un aparato de poder que actuaba al margen del Derecho? ¿Y los conductores de los trenes que llevaban directamente a los prisioneros a los Campos de Concentración? ¿Y los vigilantes de los mismos?

A mi juicio, la tesis de Roxin puede ser utilizada para fundamentar la responsabilidad penal como autores mediatos de los principales responsables del aparato de poder criminal, bien en la cúspide, bien en niveles intermedios, pero no para calificar a todos los integrantes del mismo. Una tal ampliación llevaría demasiado lejos y desnaturalizaría el concepto de dominio del hecho, del que precisamente parte Roxin.

Para evitar estos inconvenientes, a los que sin duda una aplicación demasiado amplia de la tesis de Roxin puede conducir, me parece preferible, la tesis que siguiendo la línea también admitida por Roxin en su último trabajo, considera, sin embargo, que en el caso de los dirigentes y altos cargos del aparato de poder relacionados directamente entre sí más que de autoría mediata habría que hablar aquí de "coautoría mediata" por control o dominio del aparato de poder. Esta es una figura que tiene, por un lado, en el plano vertical las características de la relación jerárquica y de la fungibilidad de los meros ejecutores; pero que, por otro lado, en el plano horizontal tiene las características de la coautoría, es decir, el de actuar conforme a un plan común previamente concertado, en distribución de roles y funciones, unas de carácter organizativa, otras de carácter más cercano a la ejecución, pero no necesariamente en la ejecución misma. Fuera de esta coautoría mediata quedarían los casos de mera cooperación ocasional o de complicidad con actos puntuales no indispensables para la realización de la acción. Y por supuesto, siempre quedarían como responsables o autores directos los que lleven a cabo los actos delictivos, de detenciones ilegales, torturas, asesinatos, etc., lo que no excluye que a su vez se les pueda considerar como "instrumentos"

de los dirigentes principales del aparato de poder que serían coautores mediatos.

Esta variante de la tesis de Roxin<sup>52</sup> y que el propio Roxin acoge ahora, me parece más adecuada a los distintos supuestos que han sido ya juzgados o que puedan serlo en el futuro por Tribunales penales nacionales e internacionales.

No obstante, debe reconocerse que, fuera del ámbito de la responsabilidad de los principales responsables del aparato de poder, presenta también algunos inconvenientes y dificultades probatorias para castigar a los miembros del aparato de poder que ocupan dentro de los mismos puestos de menor relevancia o importancia jerárquica. De todos modos, el recurso a otras posibles calificaciones jurídicas, como la inducción, la cooperación necesaria o la complicidad, presenta iguales o mayores dificultades probatorias y no se ajustan a la peculiar naturaleza de estos aparatos poder, que igualmen-

---

52 No me ocupo en este lugar de si el aparato de poder debe ser uno que de forma global actúe "al margen del Derecho". En principio, al tratarse en estos casos de crímenes, que ningún Ordenamiento jurídico, nacional o internacional, del mundo civilizado puede permitir, las actuaciones de este tipo que se llevan a cabo dentro del aparato de poder son ya de por sí "al margen del derecho". Sin embargo, se ha planteado este tema en el caso de los "tiradores del Muro de Berlin", en la medida en que actuaban cumpliendo las órdenes que le daban sus superiores y de las Leyes de fronteras de la antigua República Democrática Alemana. El Tribunal Supremo Federal alemán, ni siquiera se planteó este tema, cuando condenó a los responsables de estos hechos, y, desde luego, no se puede decir, que el aparato de poder de aquel Estado, cualquiera que fueran las críticas que se podían dirigir contra su sistema político, fueran un sistema completamente al margen del derecho (véase al respecto mi contribución al *Festschrift für Claus Roxin*, cit., p.613 ss. También Ambos, *La Parte General*, cit, p.234 ss. dedica varias páginas a discutir este aspecto de la teoría de Roxin, llegando a la conclusión de que no es un requisito fundamental de la misma. De todas formas, Roxin ha insistido en su último trabajo publicado en el 2012 en el tema y lo ha matizado en el sentido de que este requisito se refiere *sólo a los hechos incriminados*, y no a todo el ámbito de la organización" (ya en su artículo en el *Festschrift für Grünwald* a.cit. p.556, y ahora en el artículo publicado en *Goltdammer's Archiv*, 2012, p.409/410). Sobre este tema véase también la sentencia de la Corte Suprema peruana en el caso Fujimori, citada anteriormente.

te pueden darse en otros ámbitos de la criminalidad no estatal, paraestatal, terrorista, organizada, o incluso económico–empresarial<sup>53</sup>.

Todavía hay que añadir algo que me parece especialmente importante para la praxis jurisprudencial e incluso para las repercusiones que ésta puede tener en la opinión pública de los países afectados por este tema en su pasado histórico reciente. Ciertamente, la Dogmática penal tiene como misión sistematizar y refinar del modo más preciso posible los argumentos jurídicos en los que se apoyan luego las opiniones doctrinales y las decisiones jurisprudenciales para resolver un caso determinado. Pero lo que en ningún caso se puede olvidar es que además de la precisión y exactitud de los conceptos, lo que realmente importa es que estos ayuden a la consecución de la Justicia material; es decir, a que la resolución de un caso sea lo más satisfactoria posible conforme a los criterios de justicia imperantes en un Estado democrático de Derecho respetuoso con los derechos humanos y los derechos fundamentales de sus ciudadanos. Desde este punto de vista hay que reconocer que tanto la tesis de la autoría mediata, como la de coautoría, y en menor medida la de la inducción y la cooperación necesaria, pueden satisfacer por igual ese sentimiento de Justicia, en la medida en que todas asumen que la pena aplicable a los responsables de los crímenes cometidos en los regímenes dictatoriales es en todo caso la misma. Lo que no puede admitirse es que el bizantinismo jurídico al que a veces tienden algunos juristas con su eterna discusión sobre

si “los perros son galgos o podencos” empañe gravemente el sentimiento de Justicia, minimizando la responsabilidad de los sujetos que desempeñaron un papel importante en la realización de los delitos cometidos en los regímenes dictatoriales, o incluso dejándolos impunes dispuestos a seguir en sus puestos o incluso en otros de superior categoría en el nuevo sistema democrático que vino a sustituir el anterior régimen dictatorial en el que tan fervorosamente sirvieron. ■

---

53 Esta posibilidad la he discutido ampliamente en mis trabajos anteriormente citados en la nota 27, y ha sido también planteada por otros muchos autores citados también en la misma nota. Sin embargo, Roxin es bastante cauto al aceptar la posibilidad de que su tesis pueda ser aplicada también fuera del ámbito de la criminalidad estatal e incluso la rechaza expresamente (véase su *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, tomo II, p. ; y su trabajo en *Goltdammer's Archiv*, 2012, p.396, donde dice expresamente que la posible aplicación de su tesis en el ámbito del Derecho penal económico, que admite la sentencia del Tribunal Supremo alemán está “en contra de sus intenciones” (“entgegen meinen Intentionen”).

# VI

## Beccaria y el principio de humanidad\*

Mario PISANI

*Profesor Emérito de Derecho Procesal de la Universidad de Milán.*

Hace algunos meses, Luis Arroyo Zapatero –presidente de la Sociedad Internacional de Defensa Social– sociedad que desde el 1996 se ha venido enriqueciendo del exigente subtítulo de “movimiento de política criminal humanista”– me invitó a finalizar vuestro seminario con una breve intervención sobre el tema: Cesare Beccaria y el principio de humanidad”.

¿Una breve intervención?, es imposible, habría podido responderle, quizá concluyentemente, utilizando el siguiente dicho latino: *ad impossibilia nemo tenetur*. Pero seguramente habría resultado una respuesta inadecuada y para nada generosa que no concuerda con el espíritu de lealtad y amistad que nos une.

De esta manera, una vez más agarro entre mis manos *De los delitos y las penas*, es decir la inmortal obra maestra de mi gran colega de la antigua Universidad de Pavia –de hecho dos siglos después yo también fui alumno de la misma aunque bastante menos memorable– y con ella me propongo esbozar un esquema sobre la exposición de la cual he sido cortésmente invitado.

Ni que decir tiene que una exposición que se pueda calificar como breve, es de por sí innata con aquella que es una característica de fondo, en términos de estructura y de estilo, de la obra que veremos reexaminada. De hecho, bien decía Amery Duval (otro secretario de la embajada francesa en Nápoles) en presentar “el mejor homenaje dedi-

(\*) Traducción: Antonio F. Rubio. Investigador del Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional de la Universidad de Castilla-La Mancha.

cado a Beccaria por parte de los escritores franceses apenas sin cerrar la época del terror" (Venturi). Y traduzco: "un jurista alemán habría compuesto, sobre el mismo tema, alguno de los más grandes volúmenes llenos de referencias y citas que no fueron nunca abiertos sino hubiese sido por algún erudito. Sin embargo, Beccaria quiere llegar a llamar la atención de las personas de todas las clases, de todas las edades. Se dirige al corazón. Y pronto llama la atención de los hombres de todo el mundo, y también de las mujeres, a través de sus argumentos exigentes y de gran importancia.

Precisamente en referencia al corazón humano, en las primeras páginas de su gran obra, Beccaria hace un llamamiento como inspirador de la "política moral". "Consultemos el corazón humano" –escribe en el capítulo II, titulado "El derecho de castigar" –y en él encontraremos los principios fundamentales del verdadero derecho del soberano respecto a castigar los delitos, debido a que no cabe esperar alguna ventaja duradera respecto de la política moral si no se encuentra basada sobre los sentimientos indelebles del hombre. Cualquier ley aparte de estas siempre encontrará una resistencia contraria que finalmente resulta vencedora".

Nuestro autor, al término del mismo párrafo, con la lucidez y moderna clarividencia del saber diferenciar, a los efectos de la justicia humana, los crímenes de los pecados, en modo de "dar al César lo que es del César", así agrega para marcar la separación: "tampoco entendiendo aquella otra suerte de justicia que emana de Dios y que tiene sus relaciones inmediatas con las penas y con las recompensas de la vida futura".

Algunos parágrafos más adelante, precisamente en el capítulo XVIII, dedicado a los "juramentos que se exigen al reo", reiterará la enunciación de aquellos más arriba, pero ya desarrollando la combinación, conceptual y sinérgicamente, con la razón y el corazón, que ciertamente es uno de los pilares de "Los delitos y las penas". La razón, escribe Beccaria, "declara inútiles y, por consecuencia

lesivas, todas aquellas leyes que se oponen a los sentimientos naturales del hombre".

Pero es en el sucesivo capítulo XX, dedicado al tema de las "violencias" que el centro de la persona humana, síntesis de razón y corazón, aparece con toda su claridad y, junto, en la simple solemnidad de un "dogma moral que –escribirá Calamandrei– alimenta profundamente las páginas de Beccaria. No hay libertad –escribía el gran Lombardo– si las leyes permiten que en algunos casos el hombre deje de ser persona y convertirse en cosa".

Existe quien ha detectado, en aquellas expresiones, una anticipación del imperativo categórico de Kant (como Mondolfi y De Ruggiero). Pero también hay que recordar que el mismo Kant, estático en la defensa del ser humano como "no-cosa", también era prisionero de una concepción marcadamente retributiva de la pena, y estaba preparado (en su Rechtslehre) de acusar al mismo Beccaria como "una persona afectada por el sentimentalismo humanitario". (Después de que –y no es solamente un argumento *ad hominem*– nuestra sensibilidad actual nos ha llevado rápidamente a detectar que quizá solo habría bastado una pequeña dosis de "sentimentalismo humanitario" para así habernos evitado los campos de exterminio nazis llevados a cabo por Hitler).

Sin embargo, otros han podido ver en aquellos enunciados desarrollados por Beccaria los caracteres propios del mensaje cristiano (Leone); quizá –agrego– en el recuerdo de aquel antiguo estudiante de los jesuitas, en el cual no cabía la posibilidad de que no hubiese leído, en el Evangelio según San Marcos (2, 27), la referencia al sábado, es decir la ley: "el día de reposo fue hecho por causa del hombre y no el hombre por el día de reposo".

Se ha detectado de buena manera (en la relación de Faria Costa que, hace unos pocos años ha acompañado la primera traducción al portugués de la obra "De los delitos y las penas") la afirmación fundamental a la que se ha hecho referencia más arriba y que puede constituir una "llave de lectura transversal" de



toda la obra (no la única, podemos agregar, pero si probablemente la principal y la más fértil).

Que la simbiosis, conceptual y operativa, de "razón y humanidad" en la persona no reducida a "cosa", pueda asumir un determinado papel, estructural y explicativo, es comprobado en la medida en la que se podría definir como autentica definitivamente, según afirmó el mismo Beccaria.

En la respuesta a la primera carta a su primer traductor, el abad Morellet, nuestro autor... "me debo a mi mismo por los libros franceses, son esos que han desarrollado en mi ánimo los sentimientos de humanidad... D'Alambert, Diderot, Helvetius, Buffon (...) nombres ilustres y que no pueden mencionarse sin sentir por ellos una profunda conmoción, vuestras obras inmortales constituyen mi lectura continua, el objeto de mis tareas durante el día y de mis meditaciones en el silencio de la noche".

Y cuando posteriormente Voltaire le manda a Beccaria su "*Relation de la mort du Chevalier de La Barre*", recibiendo la carta del 30 de mayo de 1766, donde el destinatario se verá elogiado con las siguientes expresiones: "Vuestra obra ha causado bien y continuará haciéndolo; vosotros trabajáis por la razón y por la humanidad que por mucho tiempo han estado oprimidas".

Y al convalidar la autenticidad del *leit motiv* "razón y humanidad" será significativamente, años después, tratado por el nieto ilustre del mismo Beccaria, hijo de la hija Giulia. Se trata de Alessandro Manzoni, autor de los "*Novios prometidos*", la novela más importante de la literatura italiana. En el histórico apéndice adjunto a otro volumen suyo, dedicado a la historia de la colonia infame, el gran nieto escribió así acerca de su ascendiente por parte de madre: "reproduciendo con aquella originalidad que le caracteriza al genio los argumentos ya propuestos, y añadiendo otros nuevos e inmortales; reuniendo, con una razón profunda, algo que a los intelectuales superficiales o sistemáticos les podía parecer retórica mezquina, reuniendo, digo, la conmoción y el raciocinio; sumergiendo, por así decirlo de manera

evidente en la amplia precisión, en la coherencia del asunto general, algunas inexactitudes particulares de hecho, algunas conjeturas precipitadas, o convirtiendo también en esplendorosos los defectos con el la lucidez del genio siempre presente; pudo convertir en cosa de sentido común lo que era paradoja; y, lo que todavía es mejor, pudo triunfar haciéndolo. Aceleró el triunfo de la razón y de la humanidad – cursivo nuestro – corrigiendo un error antiguo y desde hace tiempo discutido y que más tarde caería bajo los golpes de críticos menos habilidosos".

Pero si el binomio "razón y humanidad", – hablando de la razón que ordena y coordina los principios y los sentimientos de humanidad – puede ser una idónea clave de lectura de Beccaria, el entendimiento de reproponer, y desarrollar, por lo menos, algunos de sus enunciados fundamentales – más aun porque los expresa de forma sintética – costaría mucho y requeriría tiempos de análisis y de exposición no compatibles con la fase final de un seminario de gran dedicación.

Por suerte, al simplificar la tarea explicativa y argumentativa, interviene felizmente José Luis de la Cuesta: el presidente de la AIDP que, es nuestro sponsor, anfitrión y moderador. Me refiero a su amplio e importante ensayo, recientemente publicado en la revista "Eguzkilon", 2009, n. 23, pp. 209 y ss. titulado "El principio de humanidad en derecho penal".

Según De la Cuesta, tres son las líneas principales a lo largo de las cuales se desarrolla el contenido específico del principio de humanidad en el ámbito de nuestros estudios: a) la prohibición de la tortura y de toda pena o trato inhumano o degradante, (con importantes referencias sobre la parte especial del derecho penal y sobre las consecuencias jurídicas del delito); b) la orientación hacia la resocialización de la pena, en especial la de prisión; y, por último, c) la atención hacia las víctimas de la criminalidad.

Ahora bien, el sobreponer estas líneas de política criminal moderna a los objetivos y los resultados de

la obra de Beccaria, puede representar un ejercicio útil de recomposición histórica y de reflexión crítica.

El primer gran mérito de la obra de Beccaria (como notó también el historiógrafo Spadolini en su relación con el Congreso de Milán organizado por al ONU en el año 1985) fue el haber dicho que no a la tortura y no a la pena de muerte en una época dominada por tales castigos.

Si alguna vez, la sensibilidad de hoy puede plantear alguna duda razonable a propósito de la alternativa comentada por Beccaria respecto de la abolición de la pena capital: la relegación perpetua del condenado –en términos más actualizados se hablará de cadena perpetua acompañada por el trabajo en beneficio del interés público, de mayor o menor dureza, en proporción con la gravedad del crimen. Una pena que algunos opositores de Beccaria (como el abad Facchinei) no compartirá por ineficaz, mientras que sus defensores (el traductor Morellet, pero también Voltaire y Diderot) considerarán caracterizada por su inhumanidad.

El discurso se vuelve no menos complejo a propósito de la función resocializadora de la pena de detención.

Beccaria (capítulo VI) escribe –e inspirarle no es sólo una exigencia de simetría conceptual– que “tiene que haber una proporción entre los delitos y las penas”, porque “los desincentivos tienen que ser más fuertes cuanto más grave sea la contrariedad al bien público de los delitos”. Pero él (capítulo XXVII) también nos recuerda –dando otra vez un amplio espacio al principio de humanidad– que “uno de los más grandes desincentivos, no es la crueldad de la penas sino su infalibilidad” y que por consiguiente la vigilancia de los magistrados y la inexorable severidad del juez que, por ser una virtud útil, tiene que acompañarse por una dulce legislación”.

Por lo que respecta a la finalidad de las penas (capítulo XII) Beccaria escribe que evidentemente no es la de “atormentar y afligir un ser sensible, ni deshacer un delito ya cometido”. Esta no es sino

“impedir al reo cometer nuevos daños en contra de sus ciudadanos y desincentivar a los demás de la comisión de otros iguales” (prevención especial y prevención general).

A los criterios y a las formas para actuar en el ámbito la prevención general, Beccaria dedicará íntegramente el capítulo XVI (“de como se previenen los delitos”) escribiendo, entre otras cosas: “Haced que las leyes sean claras, sencillas y que toda la fuerza de la acción esté dirigida en defenderlas”, indicando posteriormente, en el capítulo XLV, el más largo, el general y difícil objetivo programático de “perfeccionar la educación”.

Pero él no va más allá de esto. Beccaria –observará Vassalli– “nada sabe de prevención especial en lo que respecta a los significados modernos de este término, es decir, nada de reeducación, nada de recuperación social (...) y –como observa (Mario Cattaneo– contraponiéndole a Hommel– ni siquiera de enmienda del reo”.

Pero sería, por otra parte, no generoso e injusto subrayar lo que hoy nos parece un límite del pensamiento de Beccaria, prescindiendo de la consideración de que aquel límite se revela como tal, justamente moviendo de la plataforma conceptual que el mismo Beccaria nos ha construido con apreciable amplitud. Y no habrá que olvidar que él ha tenido la prudencia de advertir en la premisa a su libro mencionando un sabio pensamiento de Bacon: “en todas las cosas más difíciles no hay que esperar a que alguien a la vez siembre y recoja, sino que es necesaria la preparación, para que ellas, gradualmente, lleguen a madurar”.

Un discurso análogo sobre los límites que la reflexión histórica muestra y sobre la necesaria gradualidad de las conquistas, hay que hacerlo respecto de las víctimas del crimen: que es verdaderamente un tema ajeno a las meditaciones de Beccaria.

En efecto, se puede observar que no se ocupa de ello, por lo menos directamente, ni siquiera la moderna Constitución Europea de los Derechos del

Hombre y de las Libertades Fundamentales. Pero también es verdad, por otra parte, que, recorriendo el futuro con su grito de protesta y con el cuadro de sus propuestas reformadoras, él concentra sus objetivos – un programa que le podía parecer absorbente sobre la tutela de los autores de delito contra los árbitros y las prevaricaciones del poder punitivo del Estado.

Otros temas, pero de carácter más propiamente procesal, amén de la tortura, son analizados por Beccaria a la luz del principio de humanidad, que exige que la persona no sea degradada al rango de “cosa”. Así se podrían enfocar los pensamientos que nuestro autor desarrolla a propósito del principio fundamental de presunción de inocencia, de la prisión preventiva, del tipo de certidumbre moral que inspira la convicción del juez (aquella misma que “determina a todo hombre en las operaciones más importantes de la vida”).

### **Pero ha llegado la hora de concluir**

La Constitución italiana de 1948 –que inspirará no poco a las enunciaciones de vuestra Constitución española– amén del ostracismo para la pena de muerte, a propósito de las penas (en particular las de prisión) llevará a cumplimiento el cuadro programático de Beccaria.

Siguiendo las huellas de “De los delitos y de las penas” en el artículo 27.3 establecerá no sólo que las penas “no pueden consistir en tratos contrarios al sentido de humanidad” –y era la primera vez que un símil enunciación se consagraba en un texto constitucional europeo (Bettioli) sino que, además, ellas “tienen que tender a la reeducación del condenado”.

El jovencísimo autor de “De los delitos y de las penas” (tenía tan solo 25 años) ha encendido la luz que ilumina el camino de un eterno retorno.

Su obra maestra no sólo ha representado la “fecha de nacimiento de la ciencia y de la conciencia jurídica moderna” (así lo determinó el historiador

Valsecchi), sino que ha sentado las bases para el desarrollo de una política criminal humanística, como en su día recordó Marc Ancel, y que le ha consagrado como un precursor de los Derechos del Hombre. Nos lo decía, en Toledo, Juan Guzmán Tapia, medalla Beccaria de 2007: “antes de que se hablara de Derechos Humanos, Cesare Bonesana, Marques de Beccaria, enciende la luminosa antorcha de la humanidad como precursor de estos principios y de estos derechos que doscientos años más tarde están contenidos en los Tratados, Convenciones Internacionales y en las Constituciones de las naciones más avanzadas”. ■

# VII

## Criminalidad organizada transnacional y Unión Europea: perfiles y problemas\*

Vicenzo MILITELLO

*Catedrático de Derecho Penal Universidad de Palermo.*

1. La lucha contra las organizaciones criminales y su capacidad para extender las actividades delictivas más allá de los sistemas nacionales, ha indicado desde hace tiempo la necesidad de superar una integración europea que se limita únicamente a la materia económica. Primero, implícitamente, en el Tratado de Maastricht de 1992 y después, expresamente, en la versión de Amsterdam de 1999 (art.2 co.1 al 4), Europa se ha unido con la finalidad de crear un *espacio común* no sólo para la libre circulación de mercancías y de los ciudadanos de los estados miembros, sino también "de justicia, libertad y seguridad" (hoy art. 3 Tratado UE versión consolidada post Lisboa).

En este camino, la lucha contra la criminalidad organizada ha representado una "cuestión capital" en el camino europeo para armonizar las normas penales de los Estados miembros. La particular habilidad de las organizaciones criminales para expandirse más allá de las fronteras de un Estado, ayudada por la eliminación de barreras en la circulación de personas y bienes por el territorio de la UE, ha afectado gradualmente al tradicional cierre nacionalista en materia penal. Esta corriente inicialmente negaba cualquier intervención europea en este sector incluso después de reconocer la necesidad de la cooperación europea para contrarrestar la grave delincuencia transnacional, influyó en las decisiones fundamentales de la Unión. Ello se produjo no sólo por las reticencias a ceder cuotas de soberanía en la materia, sino también por la ne-

(\*) Traducción al español de *Jordi Gimeno Beviá*, profesor de Derecho Procesal de la Universidad Castilla-La Mancha. Investigador en el Dipartimento IURA Università di Palermo.

cesidad de reconocer en esta nueva dimensión supranacional, las garantías derivadas de los sistemas tradicionales del Derecho penal.

A continuación, tras individualizar el papel que asume la armonización penal en la actual situación de los Tratados de la Unión europea (infra par.2), vamos a destacar que la dificultad de definir el concepto de criminalidad organizada transnacional podría inducir a legitimar una intervención europea sin límites de racionalidad político-criminal (par.3). Para evitar tal riesgo, nos parece oportuno hacer referencia a otras fuentes internacionales relevantes en esta materia (la convención de la ONU en Palermo en el año 2000: par.4). De otra parte, la corriente más reciente sobre las fuentes europeas, parece haber alcanzado un notable grado de sensibilidad político-criminal respecto a los problemas subyacentes en esta materia (particularmente, una resolución del Parlamento Europeo del 25 de octubre de 2011: par. 5).

Por otro lado, la particular agudeza de los instrumentos normativos para luchar contra la criminalidad organizada indica muy claramente un problema aún más general. La intervención de la Unión Europea en el Derecho penal pone de manifiesto la exigencia de adecuar las garantías tradicionales, surgidas en el contexto de los propios Estados: para conseguir que el sistema penal siga siendo un instrumento de tutela de todos los ciudadanos, resulta pertinente repensar las garantías tradicionales en la nueva dimensión europea. Este reto será tratado en la parte final, tanto en relación a las primeras decisiones del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos relevantes en esta materia (par.6), como para valorar un documento como la Carta Europea de los Derechos Fundamentales y evitar así una consideración únicamente unilateral de la intervención europea contra la criminalidad organizada (par.7).

2. En los últimos diez años, las competencias europeas en materia penal han experimentado una ampliación progresiva: la armonización directa con

respecto a las incriminaciones y a las penas en el Tratado de Lisboa ha sido ampliada a diez sectores de criminalidad "particularmente graves que presentan una dimensión transnacional"(art. 83.1 co.2 TFUE)<sup>1</sup>. La misma competencia se permite también cada vez que la armonización de las normas penales nacionales resultan "indispensables para garantizar la actuación eficaz de cualquier política de la Unión, a condición de que ésta sea objeto de medidas de armonización" (art. 83.2)<sup>2</sup>. Otro sector especial es, finalmente, aquel relativo a la intervención penal por fraude de los intereses financieros de la Unión (art. 325 e dell'art.86.2)<sup>3</sup>.

La tendencia hacia una mayor intervención europea en materia penal y a la diversificación de los

1 *Contra, Satzger*, *Internationaler und Europäischer Strafrecht*, Baden Baden 2010 (IV Aufl.), 117 s., para el cual el Tratado de Lisboa habría, sin embargo, restringido la materia penal posible objeto de armonización: pero el Tratado no parece limitar, sino valorar tal actividad con una analítica especificación de los sectores relacionados, que puede posteriormente integrarse de forma sucesiva (v. infra en el texto)

2 Para los informes entre las dos competencias de armonización penal en la Unión Europea *post* Lisboa, cfr. *Bernardi*, *La competenza penale accessoria dell'Unione Europea: problemi e prospettive*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 2 s.; *Grasso*, *Il Trattato di Lisbona e le nuove competenze dell'Unione*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli 2011, 2326 s.; *Sicurella*, *Questioni di metodo nella costruzione di una teoria delle competenze dell'Unione Europea in materia penale*, *ivi*, 2626; *Siracusa*, *Il transito del diritto penale di fonte europea dalla 'vecchia' alla 'nuova' Unione post-Lisbona*, in *Riv.trim.dir.pen.ec.* 2010, 796 s. Cfr. *pure Heger*, *Perspektiven des Europäischen Strafrechts nach dem Vertrag von Lissabon*, in *ZIS* 2009, 410 s.

3 Para la autonomía de tal específico sector cfr. *Sieber*, *Einführung*, in *Europäisches Strafrecht*, Sieber ed al. (cur.) Köln 2011, n. 175; *Sicurella*, in "Prove tecniche" per una metodologia dell'esercizio delle nuove competenze concorrenti dell'UE in materia penale, in *L'evoluzione del diritto penale nei settori di interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Grasso ed al. (cur.), Milano 2011, 42 s. Cfr. anche *Grandi*, *Riserva di legge e legalità penale europea*, Milano 2010, 125 s.

Las tres distintas bases jurídicas en la intervención europea en materia penal son también subrayadas por la Comisión Europea en una reciente Comunicación [COM(2011) 573 del 20.11.2011] "Mediante una política penal de la Unión Europea: garantizar la eficaz actuación de las políticas de la Unión a través del Derecho penal", 5-6. En este sentido cfr. *Klip*, *European Criminal Policy*, (2012) 20 *Eur.J.Crime Cr.L.Cr.J.*, 6 s.



ámbitos de operatividad, se encuentran en consonancia con la expansión del rol que juega la Unión Europea y de sus competencias en los diferentes ámbitos de la vida social. Por otra parte, se trata de un tipo de actividad de Europa en sintonía con la opinión de los ciudadanos, quienes a lo largo de los años han atribuido a la lucha contra el crimen un importante papel entre los objetivos de la Unión Europea, como revela el *Eurobarómetro* (los últimos son el nº 74 y el 75, de otoño 2010 y primavera 2011 respectivamente).

Resulta menos comprensible, sin embargo, la decisión adoptada en el citado art. 83.1 co.2 de ubicar a la criminalidad organizada como el último de los diez fenómenos criminales recogidos como posibles objetos de armonización de la Unión Europea. Ello parece descuidar que la criminalidad organizada, como ejemplo más claro de criminalidad grave en la escala transnacional<sup>4</sup>, ha desde hace tiempo puesto de relieve la necesidad de que las acciones llevadas a cabo por los diversos Estados en este ámbito, hayan encontrado una coordinación y apoyo a nivel supranacional, tanto en el seno de la Unión Europea como, en un contexto más amplio, en las Naciones Unidas<sup>5</sup>.

4 Papel compartido con el terrorismo, especialmente después de los ataques de 2001: cfr. *Maruhn/Meljnik*, *Völkerrechtliche Massnahmen zur Bekämpfung von organisierter Kriminalität und Terrorismus*, in *Organisierte Kriminalität und kriminelle Organisationen*, Gropp-A. Sinn (Hrsg.), Baden Baden 2006, 479 s.; *Kress/Gazeas*, *Terrorismus*, in *Europäisches Strafrecht* (cit. nt.3), 349.

5 Ad es., cfr. *Herlin-Kernell*, *The Treaty of Lisbon and the Criminal Law: Anything New Under the Sun?*, in *Eur. J. Law Reform* 2008, 331; *Hegler*, *Europäische Strafgesetzgebung*, in *ZIS* 2009, 340; *Bernardi* (cit. nt.2), 2 nt. 7; A. *Centonze*, *Criminalità organizzata e reati transnazionali*, Milano, 2008, 25 s., 367 s. Críticamente invece *Elholm*, *Does EU Criminal Cooperation necessary mean Increased Repression?*, (2009) 17 *Eur.J.Crime Cr.L.Cr.J.*, 191 s., 219 s., según el cual la Unión Europea debería armonizar, sin embargo, en un sentido descriminalizador: pero esto aparece difícilmente practicable a la luz de la gravedad de los fenómenos criminales afectados por la intervención europea.

Respecto a las Naciones Unidas, una amplia colección de documentos se encuentra en *Organized Crime. A compilation*

En cuanto a los Tratados Europeos, desde la versión de Amsterdam, la delincuencia organizada, junto al terrorismo y al tráfico de sustancias estupefacientes, han sido señalados como posibles ámbitos de intervención de la Unión Europea para una armonización penal (art. 31 co. letra e TUE vers. Amsterdam, ya mencionado en el art. 61 co. I letra a TCE)<sup>6</sup>. A su vez, este tipo de actividad está llamada a “desarrollar una estrecha cooperación en el ámbito de la justicia y en los asuntos de interior”, como objetivo de la Unión que es desde hace tiempo un sujeto internacional y que trasciende del núcleo originario de la Comunidad Económica Europea (art. B TUE vers. Maastricht del 1992). La importancia de la cooperación en materia penal para luchar contra el cross-border crime, también en su forma organizada, ha llevado, a final de los años noventa, a dividir las estrategias de intervención: a la aproximación o mayor cercanía de las normas penales se ha añadido el reconocimiento mutuo de las sanciones penales. Una doble vía a la que no le resultan extrañas las reticencias nacionales sobre la intervención europea en materia penal: el principio de reconocimiento mutuo no tiene por qué afectar la elección interna del ordenamiento nacional; que se limita a aceptar las soluciones extranjeras en el caso de cri-

of U.N. Document 1975- 1998, Bassiouni-Vetere (eds.), New York 1998. Cfr. anche *Fijnaut*, *Transnational Crime and the Role of U.N. in Its Containment through International Cooperation: A Challenge for the 21st Century*, (2000) 8 *Eur.J.Crime Cr.L.Cr.J.*, 119 s., 124 s.; *Mueller*, *Transnational Crime: Definitions and Concepts*, in *Combating Transnational Crime. Concepts, Activities and Responses*, Williams/Vlassis (eds.), London 2001, 13 s.; *Michellini/Polimeni*, *Il fenomeno del crimine transnazionale e la Convenzione delle N.U. contro il crimine organizzato transnazionale*, in *Criminalità organizzata transnazionale e sistema penale italiano. La convenzione ONU di Palermo*, Rosi (cur.), Milano, 2007, 2 s., 6.

6 Para tal conexión ad es. *Zeder*, *Mindestvorschriften der Eu in materiellen Strafrecht: Was bringt der Vertrag von Lissabon Neues?*, in *Era forum* 2008, 211 s.; y ya, si se quiere, *Militello*, *Agli albori di un diritto penale comune in Europa: il contrasto al crimine organizzato*, in *Il crimine organizzato come fenomeno transnazionale*, Militello-Paoli-Arnold (cur.), Milano, 2000, 34 s

minalidad transnacional sin tener que modificar la propia normativa interna. Las dos líneas de actuación, sin embargo, deben integrarse para superar las discrepancias en los diversos sistemas penales de los Estados miembros (en este sentido se pronuncia el art. 67 co.3 y 82 co.1 TFUE)<sup>7</sup>.

Dentro del marco general, la Unión Europea ha adoptado una amplia normativa para luchar contra la criminalidad organizada. Incluso antes de la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam, este tema había sido el precedente de "las obligaciones europeas de incriminación"<sup>8</sup>: así, se remonta a finales de 1998 la acción común del Consejo relativa a la punibilidad de la participación en una organización criminal en los Estados miembros de la Unión Europea<sup>9</sup>. Intervención a su vez enmarcada dentro del "action plan against organized crime" de 1997<sup>10</sup>,

7 Al respecto cfr. di recente *M.Harms/P.Knauss*, Das Prinzip der gegenseitige Anerkennung in den strafrechtlichen Regelung der EU, in FS–Roxin, Heinrich ed al. (Hrsg.), Berlin 2011, 1479 s., 1486; *Suominen*, The Principle of Mutual Recognition in Cooperation in Criminal Matters, Antwerpen 2011, 51 s., 56 s. Precisamente la falta de consideración del enlace señalado en el texto, caracteriza la crítica radical al principio de mutuo reconocimiento hecho por *Schünemann*, ad es. in Ein Kampf ums europäische Strafrecht – Rückblick und Ausblick, in FS–Szwarc, Joerden ed al. (Hrsg.), Berlin 2009, 109 s. 119 s. Contrario al vínculo aquí resaltado recientemente *Klip*, (cit. nt. 3) 5, que señala como el mandato de arresto europeo ha funcionado con éxito en un contexto de ausencia de armonización de los presupuestos sustanciales. Pero el argumento prueba más bien lo contrario: la diversidad de los sistemas penales nacionales son la base de la resistencia para aceptar el mandato de arresto europeo que si han sido verificados en diversos países (ad es. Alemania ed Italia).

8 Aunque en un principio en una acepción débil de tal concepto, en cuanto no estaba cubierto de control jurisdiccional en caso de fracaso. Para profundizar en la delicada cuestión, también después del Tratado de Lisboa, cfr. *Paonessa*, Gli obblighi di tutela penale, Pisa 2009, 10 s., 14 s.

9 Acción común del 21 diciembre 1998 en GUCE L351 29.12.1998, que se apoya en otras dos acciones comunes en tema de lucha contra los efectos del delito y de castigo de la corrupción en el sector privado, respectivamente che del 3 diciembre 1998, en GUCE L333 9.12.1998, y del 22 diciembre 1998, en GUCE L357 31.12.1998.

10 Publicado en GUCE C 251 del 15.8.1997. Un elenco actualizado de otros actos y documentos europeos sobre el tema

que ha representado un manifiesto de política criminal europea<sup>11</sup>.

La atención prioritaria al tema de la criminalidad organizada, perceptible desde los orígenes de la intervención europea en materia penal, no parece ser confirmada tras su ubicación en el art. 83.1 co.2 del Tratado vigente: como se ha indicado, en el presente artículo la referencia a la criminalidad organizada se encuentra al final del largo catálogo de sectores de criminalidad que pueden ser objeto de una armonización que, en cambio comienza haciendo alusión al terrorismo (en el art. 31 co.1 letra e TUE vers. Amsterdam estaba, sin embargo, solamente indicado tras la criminalidad organizada)<sup>12</sup>. Esta ubicación residual, junto a la tradicional vaguedad del concepto de crimen organizado, puede verse interpretada como una fórmula de clausura o cierre de la norma, capaz de abarcar cualquier forma de delincuencia para llevar a cabo la intervención europea de armonización penal<sup>13</sup>.

de la criminalidad organizada en *Kress/Gazeas*, Organisierte Kriminalität, in *Europäisches Strafrecht* (cit. nt. 3), 327 s.

11 El primer plano de acción en la materia ha estado significativamente seguido de un posterior documento análogo (en GUCE C124/1 3.5.2000) dedicado a la prevención y control de la criminalidad organizada al inicio del nuevo milenio. Referencias a la criminalidad organizada también en el más amplio "Programma dell'Aja; rafforzamento della libertà, della sicurezza e della giustizia nell'UE (in GU C53/1 3.3.2005), in specie par.2.3, 2.6, 2.7.

12 Una impresión reforzada de la falta de indicaciones a la criminalidad organizada entre las prioridades de intervención que el Consejo UE señala entre las diversas materias mencionadas en el art. 83.1: cfr. Programma di Stoccolma, Un'Europa aperta e sicura al servizio dei cittadini, adottato dal Consiglio UE il 3.3.2010, in GU C 115 del 4.5.2010, par. 3.3 (las prioridades son el tráfico de seres humanos, terrorismo, tráfico de drogas, explotación sexual de los menores y pedopornografía, cibercriminalidad). Oportunamente, el Parlamento Europeo ha señalado, sin embargo, el carácter no exhaustivo de "tales objetivos...y que el orden de prioridad debería haber podido estructurarse mejor" y al mismo tiempo ha subrayado puntualmente como "la lucha contra el terrorismo y la criminalidad organizada son y deben permanecer como prioridad clave en el cuatro de la estrategia de seguridad interna" Commissione per le libertà civili, la giustizia e gli affari interni, Relazione sulla strategia di sicurezza interna dell'U.E. [2010/2308 (INI)] appr. il 24 aprile 2012 (Rel. *Rita Borsellino*).

Se trata de combatir este riesgo para evitar que un concepto demasiado amplio de criminalidad organizada en el contexto del art. 31.2 TUE, se convierta en una duplicidad inútil con respecto a muchas actividades delictivas también señaladas en la norma. En concreto, la trata de seres humanos, tráfico de drogas y de armas; pero también del lavado de dinero y corrupción pues, más allá de sus respectivas especificidades, son todas actividades susceptibles de ser realizadas de forma organizada, especialmente cuando se realizan de modo transnacional<sup>14</sup>. Para no privar de un significado autónomo a la referencia a la criminalidad organizada contenida en la norma, se hace necesario identificar los caracteres típicos del concepto, incluso recurriendo a cualquier otra fuente que pueda ser útil para definirla.

13 Una insinuación en tal sentido en *Grandi*, Riserva (cit. nt.3), 120 nt. 25. Sus márgenes de incertidumbre sobre el concepto de criminalidad organizada en la precedente Decisión Marco del 2008, llamada *infra* en el texto, cfr. *Calderoni*, A definition that could not work: the EU Framework decision on the fight against organised Crime, (2008) 16 Eur.J.Crime Cr.L.Cr.J., 270 s.; *Pasculli*, Una umanità una giustizia. Contributo allo studio della giurisdizione penale universale, Padova 2011, 92.

14 Cfr. *Sánchez García de Paz*, Perfil criminológico de la delincuencia transnacional organizada, in *Serta – In memoriam A. Baratta*, Madrid 2004, 641 s., que indicaba entre las principales actividades de la criminalidad organizada el tráfico de drogas, de seres humanos, de armas, varias formas de falsificación, tráfico de vehículos robados, delitos económicos como lavado de dinero y corrupción, criminalidad informática. Se trata de sectores criminales repetidos en la citada norma del art.83.1 co.2, con la excepción del tráfico de vehículos robados.

Análoga indicación se encuentra en el *informe Europol* sobre este fenómeno, elaborado anualmente desde el año 2000: tráfico de estupefacientes, inmigración ilegal, tráfico de seres humanos, contrabando de sustancias alcohólicas y de tabaco, actividades de extorsión, vehículos robados y explotación de la prostitución. Cfr. *Europol* (edt.), 2000 European Union Organised Crime Situation Report, Luxembourg 2001, in specie 10 s.; su tale fonte v. *A. Sinn*, Das Lagebild der organisierten Kriminalität in der EU – Tendenzen, rechtliche Initiativen und Perspektiven einer wirksamen OK-Bekämpfung, in *Organisierte Kriminalität* (cit. nt. 4), 503 s. Por último, cuna confirmación de la relación señalada se encuentra en la Estrategia de seguridad interna para la UE, aprobada por el Consejo Europeo el 25 y 26 de marzo 2010. (Strategia di sicurezza interna per l'Unione europea — Verso un modello di sicurezza europeo, Lussemburgo 2010, 14).

El esfuerzo por definir el concepto de criminalidad organizada es todavía más importante si se considera que, incluso antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, numerosos sectores criminales recogidos actualmente en el citado elenco ya habían sido objeto de normas europeas de armonización, que fijaban estándares mínimos en relación tanto a la conducta ilícita como a las respectivas sanciones<sup>15</sup>. Por consiguiente, la citada referencia a las formas de criminalidad organizada, terrorismo y del tráfico de estupefacientes en el Tratado de Amsterdam, no había frenado la expansión de la armonización incluso a muchas otras materias ahora recogidas de forma expresa en el elenco del art. 83.1 co.2<sup>16</sup>. Un proceso expansivo impulsado por una serie de exigencias político-criminal, que

15 Se piensa en las decisiones Marco del Consejo del 29.5.2000 en materia de falsificación del euro (2000/383/GAI); del 28.5.2001 relativa a la lucha contra los fraudes y las falsificaciones de los medios de pago diferentes del efectivo (2001/413/GAI); del 26.6.2001 en tema de lavado y confiscación (2001/500/GAI); del 13.6.2002 sobre la lucha contra el terrorismo (2002/475/GAI); del 19.7.2002 sobre la lucha contra la trata de seres humanos (2002/629/GAI); del 28.11.2002 sobre el refuerzo del marco penal para la reprimir la facilitación de la entrada, del tránsito y de la estancia ilegal (2002/946/GAI); del 26.7.2003 en el tema de la corrupción en el sector privado (2003/568/GAI); del 27 de enero de 2003, relativa a la protección del medio ambiente a través del Derecho penal (2003/80/GAI) (anulada por la Corte de Justicia – Grande sezione, 13.9.2005, causa C-176/03); del 12.7.2005 en el tema de la contaminación provocada por buques (anulada por la Corte di Giustizia – Grande sezione, 23.10.2007, causa C-440/05); del 22.12. sobre la lucha contra la explotación sexual de los menores y la pedopornografía (2004/68/GAI); del 24.2.2005 de nuevo en el tema de la confiscación de bienes (2005/212/GAI); del 28.11.2008 que modifica la Decisión Marco 2002/475/GAI sobre la lucha contra el terrorismo (2008/919/GAI).

16 Tal actitud en la práctica está considerada la confirmación de una interpretación de los arts 29 y 31 letra.e TUE vers. Amsterdam, según la cual todos los ámbitos de criminalidad “organizada o no organizada” podrían ser objeto de armonización penal y que la enumeración del art. 31 letra. e no tenía un valor límite, sino sólo ejemplificativo: así *Satzger* (cit. nt. 1) II ed. 2008, 114-15. Bien visto, sin embargo, no todas las intervenciones llamadas a confirmar esta tesis dejan de contener formas de armonización de los delitos y de las penas en sentido estricto (que es el objeto del art. 31 letra. e), sino que sobre todo la norma del art. 29 prevé que la cooperación judicial y

podrían continuar ampliando todavía más las materias criminales objeto de la intervención europea.

El vigente Tratado sobre el funcionamiento de la Unión Europea proporciona realmente la posibilidad de extender la armonización a formas de criminalidad no recogidas expresamente en el citado elenco: ello en relación a la evolución de la criminalidad, cuando las nuevas manifestaciones presentan requisitos similares a aquellos que son objeto espressamente de una posible armonización penal (art. 83.1 co.3). Una actividad que, sin embargo, no obedece a presiones ocasionales, en cuanto que debe contener estos dos caracteres: el de la particular *gravedad* y el de la *transnacionalidad* de las manifestaciones criminales (elemento a veces referido al “carácter”, a la “implicación” o a la “particular necesidad de combatirla según criterios comunes”). Las futuras necesidades de armonización penal no pueden arrovecharse de un significado vago e indeterminado de criminalidad organizada. Particularmente, el respeto de los requisitos formales del procedimiento (unanimidad del Consejo y aprobación preventiva del Parlamento) no puede ampliar hasta el infinito el ámbito de las materias objeto de armonización: sin embargo, es necesario comprobar estas dos características generales, que son comunes a las formas de criminalidad y que han sido mencionadas expresamente en el Tratado.

3. La referencia al carácter transnacional podría, sin embargo, resultar un límite poco riguroso [non particularmente riguroso] a la hora de seleccionar los nuevos fenómenos de criminalidad susceptibles de ser armonizados por la Unión Europea. En efecto, en el sistema establecido por el Tratado de Lisboa la dimensión transnacional no se obtiene sólo a través de los citados requisitos del “carácter” y de la “im-

---

de policía tenga por objeto una serie de actividades posteriores respecto a la armonización citada en el art. 31 letra.e: el informe entre las dos normas y, por tanto, de tales especies, no es en cambio, como implicaría la opinión aquí criticada—de superposición, lo que convierte una de las dos en redundante.

plicación” de los delitos contemplados, que se basan únicamente en el hecho objetivo que la actividad criminal o sus efectos desarrollan en los diversos Estados. También existe, sin embargo, la referencia a la mencionada “necesidad de una acción común de lucha” contra una particular forma criminal: el elemento ya no es objetivo, sino que se refiere a la percepción de una necesidad de armonización penal por parte de los Estados, y por tanto, como tal, no es capaz de funcionar como un límite ante la expansión de las intervenciones de armonización.

Para evitar tal riesgo, los indicadores citados en art.83.1 TFUE no deben ser entendidos como los únicos elementos para definir la transnacionalidad relevante a los fines de la armonización europea en materia penal. Al respecto, es útil hacer referencia al especial concepto del art. 3 co.2 de la Convención de la ONU de Palermo en el año 2000, a la cual la Unión Europea también se ha adherido: esta vez la referencia está en la articulación del delito en dos Estados o más, también a través de un grupo criminal organizado. La implicación de una organización criminal supone una gravedad particular del delito, en cuanto hace más difícil detener a los responsables, especialmente cuando hablamos de organizaciones complejas con compartimentos estancos para evitar que la eventual identificación de uno de sus miembros revele toda la estructura interna del grupo criminal.

Mediante esta relación con el concepto de organización criminal transnacional en la norma de la Convención ONU, la extensión de la armonización europea hacia una nueva forma de criminalidad puede respetar el canon general de subsidiariedad que debe legitimar cualquier intervención de la Unión, en cuanto una acción descoordinada de cada país, no lograría asegurar una lucha eficaz contra este tipo de delincuencia (art.3ter TUE). Son precisamente las características de los grupos de criminalidad transnacional las que otorgan una especial complejidad a esta lucha y, por tanto, las que establecen la “particular necesidad de combatirlas

sobre una base o unos criterios comunes”, según el art. 83-1 co.1, fórmula que, de otra parte, podría aparecer vacía o indeterminada<sup>17</sup>.

4. Las referencias a la criminalidad organizada en las normas de los Tratados Europeos no deben entenderse en un sentido meramente criminológico del fenómeno, con las inevitables consecuencias por la ausencia de definiciones relativas a este concepto<sup>18</sup>. Más bien, como ya se ha indicado mediante el elemento de la transnacionalidad, también el concepto de criminalidad organizada, objeto de las intervenciones de la Unión Europea, debe ser obtenido a través de los instrumentos supranacionales que han definido los tratados constitutivos jurídicamente relevantes, al menos a nivel internacional.

Tres son las referencias normativas que, más allá de diferencias específicas, convergen en un cuadro de caracteres fundamentales comunes: la ya citada acción europea de 1998, la Convención ONU de Palermo del año 2000 sobre el crimen organizado transnacional, y la más reciente Decisión Marco del Consejo de 2008 sobre la lucha contra el crimen organizado (2008/841/GAI de 24 de octubre 2008).

El conjunto de estos tres textos normativos gira en torno al concepto de organización criminal, que es definido a través de las referencias de tipo naturalístico y elementos normativos. Entre los primeros, la formulación más reciente de la Decisión Marco de 2008 –por otra parte básicamente igual a la de los dos textos precedentes–, indica la participación de más de dos personas y la existencia de una actividad prolongada en el tiempo y acordada entre los participantes del grupo. Respecto a los segundos, son de tipo normativo los requisitos referentes a la existencia de una “asociación es-

tructurada” y a “la gravedad del delito” cometido por el grupo, del cual se espera obtener un beneficio material, aunque sea indirecto. Las referencias adoptadas en este sentido son, sin embargo, de un lado demasiado rígidas y, de otro, insuficientemente determinadas.

En cuanto al primer aspecto, los “delitos” que deben formar parte de los objetivos del grupo son determinados mediante un parámetro fijo: deben tratarse de delitos castigados con una pena o medida de seguridad cuya detención máxima no sea inferior a cuatro años (art.1 n1). De esta forma, sin embargo, la norma acaba por entender las actividades delictivas de un modo muy diferente en los diversos sistemas penales nacionales. De hecho, la referencia a un nivel sancionatorio rígido descuida las profundas diferencias que todavía existen entre los diversos sistemas sancionatorios penales de los Estados miembros de la Unión Europea. La referencia a un determinado nivel de pena, es, por tanto, común sólo en valor absoluto, pero mantiene un valor relativo diferenciado según los techos o límites superiores en la pena que la propia jurisdicción internamente establece<sup>19</sup>.

En lo que respecta a la definición de “asociación estructurada”, ésta no se encuentra suficientemente determinada: la norma excluye sólo la extrema hipótesis de que el grupo sea “casualmente formado para la comisión inmediata de un delito”. De otra parte, sin embargo, sí que se especifica que “no es necesario que el grupo tenga un papel formalmente definido por sus miembros, así como una continuidad por parte de los participantes o una estructura desarrollada” (art. 1 letra c DM 2008)

La fórmula, sin embargo, resulta un tanto amplia para dispersar la necesaria distinción con el simple concurso de personas en un delito concreto y, por tanto, (dispersar) el riesgo específico de una

17 La fórmula parece problemática al *Bundesverfassungsgericht* alemán en su decisión del 20 de junio 2009 sobre el Tratado de Lisboa (NJW 2009, 2288 n. 359).

18 Para esta lectura, en cambio cfr. *Ambos/Rackow*, Erste Überlegungen zu den Konsequenzen des Lissabon-Urteils des BVG für das Europäisches Strafrecht, in ZIS 2009, 402.

19 Para una ejemplificación en este sentido es apropiado remitirse a *Militello*, Partecipazione all'organizzazione criminale e standard internazionali di incriminazione, in Riv. it. dir. proc. pen. 2003, 188 s.



organización en cuyo programa vuelven a aparecer una pluralidad indeterminada de delitos. Para remarcar tal diferencia, sería oportuno añadir al requisito negativo anteriormente recordado, un requisito positivo referente al elemento de la organización, como, por ejemplo, la existencia de una división de las tareas entre al menos tres personas con la finalidad de cometer una serie de delitos. Una estructura operativa similar indica una racionalización del trabajo criminal que aumenta el alcance de las actividades cometidas por el grupo, justificando así el castigo autónomo por participar en la organización criminal.

La opción diferente, y menos determinada, lograda por los textos internacionales citados, se debe probablemente al compromiso con la tradición de los sistemas penales del *common law*. Aquí la figura de la *conspiracy* abraza notablemente tanto la forma del mero acuerdo para cometer un delito, como la comisión de uno o más delitos por parte de un grupo organizado. Esta misma duplicidad de formas ha sido reproducida en la definición de las conductas individuales contempladas en los textos internacionales que indican la adopción, alternativa o conjuntamente, a título de participación en la organización criminal (es. art.2 co.1 letra ab DM 2008)<sup>20</sup>.

La primera de estas conductas determina los caracteres subjetivos y objetivos que justifican la incriminación autónoma de la participación en una organización criminal. En el plano subjetivo se requiere que el sujeto tenga conocimiento de la actividad delictiva de la organización criminal o, al menos, de la relativa finalidad ilícita; en el plano objetivo, es necesario que participe en la actividad criminal del grupo, para lo que se recoge un amplio catálogo ejemplificativo (proporcionar información o medios materiales, reclutar nuevos miembros, así como obtener cualquier tipo de financiación para las actividades de la asociación) (art.2 letra a).

<sup>20</sup> Sobre esta duplicidad de modelos de incriminación cfr. *Kress/Gazeas* (cit. nt.10), 325 s., 328 s.

La segunda conducta consiste en el acuerdo, incluso sólo con otra persona, para cometer un delito grave cuya finalidad sea obtener directa o indirectamente un beneficio económico o de otro tipo. Aquí es total la derivación de la matriz anglosajona de la *conspiracy*, que comprende el acuerdo entre dos o más personas para cometer un hecho ilícito o un hecho lícito mediante medios ilícitos, incluso sin exteriorizar los hechos penalmente relevantes. Se disipa de este modo el peligro específico de la organización criminal, entendida como *quid pluris* respecto a la mera complicidad en el delito concreto.

El problema no se resuelve con el fin de beneficiarse, que constituye el objetivo necesario de la acción acordada. La voluntad de adquirir ilícitamente beneficios materiales se encuentra presente en un número extremadamente amplio de delitos: se trata de una condición necesaria, pero todavía insuficiente para caracterizar la incriminación de la participación en un grupo criminal organizado.

La suficiencia del mero acuerdo, finalizado con el cumplimiento del delito concreto, está en conflicto con la tradición penal liberal que legitima el castigo sólo de aquellos programas delictivos que han sido materializados externamente con actos de ejecución de la conducta perjudicial o peligrosa. En este punto, la previsión de la Decisión Marco europea sobrepasa de la Convención ONU de Palermo: ésta permite a los Estados miembros requerir para castigar la participación en una organización criminal, la realización de un acto material como ejecución del acuerdo ilícito (art. 5 co.1 letra a) i). Reconocer tal posibilidad crea el riesgo de frustrar el esfuerzo de armonización sobre la materia, pero no obstante es una solución más acorde al principio de "ofensividad" del delito (*harm-principle*).

En torno a la figura de la participación en una organización criminal, gira todo un sistema de lucha, que en la Decisión Marco de 2008 se articula en las indicaciones respecto a las penas privativas de libertad de una cierta entidad por los dos tipos de conducta individual (art. 3), de la posibilidad de

considerar circunstancia agravante la comisión de un delito grave en el ámbito de una organización criminal (art.3 co.2), para extenderse a la previsión de las figuras de los colaboradores de la justicia en relación a una posible mitigación o exclusión sancionatoria (art.4), hasta la analítica consideración de una responsabilidad penal de las personas jurídicas por los delitos mencionados en los arts. 1 y 2, con las especificaciones de las penas correspondientes (art. 5-6).

5. Respecto a los aspectos problemáticos relacionados con el citado marco normativo europeo, parece existir actualmente cierta conciencia por parte del Parlamento Europeo, que ha sido demostrada mediante una importante Resolución sobre la criminalidad organizada, adoptada recientemente por una amplia mayoría<sup>21</sup>. De ella se espera la adopción de una renovada medida de armonización en materia de organización criminal, mediante la cual se superen algunos perfiles críticos evidenciados hasta ahora: precisar la delimitación del delito que conforma el objetivo de la asociación, sin identificarlo mediante la referencia a un nivel sancionatorio fijo, sino indicando una lista común de delitos. De otra parte, se subraya la necesidad de superar el dualismo en el modelo de responsabilidad (organizativo/conspirativo) utilizado para incriminar al grupo criminal (par. 7).

Particular amplitud e importancia se atribuye a la acción de lucha contra los efectos del delito. En este sentido, además de otros instrumentos ya conocidos sobre la confiscación ampliada y sobre la lucha contra las mercancías falsas, se argumenta también la urgente necesidad de introducir una legislación europea sobre la reutilización social de los efectos del delito, valorando evidentemente (sin mencionarla explícitamente) la fructífera experiencia italiana en este ámbito (par. 8-9). Además, se

21 Resolución P7\_TA(2011)0459 (Rel. S. Alfano) aprobada por la Asamblea plenaria 25.10.2011.

dedica una especial atención a las exigencias de los colaboradores de la justicia, en un marco que garantice la adecuada consideración a los más desfavorecidos por los procesos relativos a esta materia (par. 12). Para aproximarse a los problemas relativos a las organizaciones criminales sobre la base de un conocimiento adecuado, se prevé la institución de una comisión *ad hoc* del Parlamento Europeo (par. 15). El órgano ha sido efectivamente activado pocos meses después (marzo 2012), con el nombre de Comisión Especial sobre el Crimen Organizado, la Corrupción y el Lavado de Dinero –CRIM, con la tarea de analizar y valorar el estado de actuación de las legislaciones de la Unión en materia de criminalidad organizada, corrupción y lavado de dinero, así como las políticas relacionadas. La resolución tiene en cuenta también a otros órganos europeos que interactúan en la acción de lucha contra este fenómeno, y espera una extensión de las competencias de la Procura europea también en la criminalidad organizada y en la corrupción transnacional, además de señalar la importancia de reforzar los poderes en esta materia de las agencias operativas de Eurojust, Europol y la OLAF (par.18-23).

Más allá de las medidas individuales recogidas en la resolución, cabe señalar sobre todo la amplitud del documento, expresando un enfoque integrado hacia este fenómeno, siempre más difundido también en el análisis teórico de la criminalidad organizada<sup>22</sup>. De hecho no faltan documentos precedentes similares por parte del Parlamento Europeo, adoptados en relación a algunos textos europeos ya recordados: por ejemplo, en relación al Plano de adopción de 1997<sup>23</sup>, o a la acción común de 1998 sobre la participación en la organización criminal<sup>24</sup>,

22 Recientemente, cfr. *Spapens, Macro Networks, Collectives, and Business Process: An integrated Approach to Organized Crime*, (2010) 18 Eur.J.Crime Cr.L.Cr.J., 185 s.

23 Parl. Eur., Comm. libertà pubbliche ed affari interni, Relatrice *Cederschild*, Relazione sul piano d'azione contro la criminalità organizzata, doc-it\RR\331\338487 – PE 223.427/def., n.17.

24 Parl. Eur., Relazione sull'azione comune 1998 contro la Criminalità organizzata (relatore *Orlando*).

o incluso la propuesta de Decisión Marco en esta materia<sup>25</sup>. El valor añadido al posicionamiento más reciente se encuentra en su ausencia de vinculación a un precedente específico, para comentar y/o integrar en el marco de un calendario de aprobación prefijado; la resolución se adopta bajo la autonomía del Parlamento y puede estimular aún más los esfuerzos del Parlamento y el Consejo a la luz de la visión integral del fenómeno y de su acción de lucha.

El documento presenta, sin embargo, algunos perfiles de debilidad. En primer lugar, no parece atribuir la atención adecuada a la prevención extrapenal, la cual es indispensable para una acción eficaz capaz de contener la lucha contra la criminalidad organizada. Los esfuerzos para identificar las normas penales adecuadas a este fenómeno, la puesta en marcha de organismos represivos actualizados, el esfuerzo de las fuerzas del orden y de la magistratura para luchar contra este fenómeno, son solo un aspecto del problema: si lo que se quiere es apretar las pinzas a la criminalidad organizada, es necesario actuar también desde la prevención social y desarrollar un sentido del respeto a la ley en la sociedad civil. Una aproximación integrada en el resto de los documentos anteriores de la Unión es, por ejemplo, el ya citado Memorandum 2000 sobre la prevención y control de la criminalidad organizada<sup>26</sup>. La laguna de la resolución actual se agrava a la

25 Parl. Eur., Comm. LIBE Risoluzione 28.09.2005 (relatore *Dunn*).

26 *Prevenzione e controllo della criminalità organizzata all'inizio del nuovo millennio* (cit. nt. 11). Un enfrentamiento así sirve también para redimensionar estos juicios en contraste con la Resolución del 2011, que le atribuye un enfoque no solo represivo, sino también preventivo, en el cual convergen tanto el Derecho penal como el administrativo. (*Balsamo/Lucchini*, La risoluzione del 25 ottobre 2011 del parlamento europeo: un nuovo approccio al fenomeno della criminalità organizzata, in *www.penalecontemporaneo.it*, 3 s. Que parecen no considerar la exigüidad de los tres párrafos dedicados a instrumentos de pervención administrativa respecto al texto entero, compuesto por 45 párrafos, además de 12 considerandos iniciales) Por otra parte, el amplio sector de la c.d antimafia social no se limita a la intervención administrativa, sino que comprende iniciativas dirigidas a la sociedad civil sobre educación en la legalidad, que son lamentablemente del todo asumidas en el texto objeto de análisis.

luz del estado del Tratado sobre el funcionamiento de la Unión Europea, que incomprensiblemente excluye de las intervenciones de armonización la prevención de la criminalidad (art. 84 TFUE).

Podemos encontrar otro ulterior aspecto de debilidad de la resolución del 2011 respecto a la inadecuada profundización sobre la armonización de las sanciones en materia de criminalidad organizada: también este aspecto es particularmente delicado a la luz de las discrepancias todavía existentes entre los diversos Estados miembros<sup>27</sup>.

Por último, podemos notar que todo el aparato de lucha contra la criminalidad organizada, no está adecuadamente equilibrado hacia una necesidad de armonización de las garantías que lo conectan a las normas comunes de los distintos ordenamientos. En este ámbito, la referencia general al respeto de los derechos y de las libertades fundamentales, contenida en el considerando inicial de la citada Decisión Marco de 2008, resulta ser una suerte de cláusula de estilo, incapaz de traducirse en indicaciones consecuentes para una aproximación de las diferentes tradiciones constitucionales de los Estados miembros. En este sentido, es esencialmente al marco supranacional de garantías donde uno debe mirar para encontrar elementos que tengan la misma magnitud de escala que la acción de lucha a nivel europeo. En particular, ha supuesto un alivio creciente en el sistema penal italiano la Convención europea de los derechos del hombre y la jurisprudencia que sobre ella ha sido desarrollada.

Un sector ejemplar en este aspecto, lo encontramos en la lucha contra los efectos del delito, en particular en la confiscación y en las sanciones patrimoniales. Se trata de un perfil no expresamente contemplado en la Decisión Marco de 2008 dedicado a la lucha contra la criminalidad organizada, pero que es objeto numerosas medidas de armo-

27 Cfr. ad es. *Bernardi*, L'armonizzazione delle sanzioni in Europa: linee ricostruttive, in *Per un rilancio del progetto europeo*, Grasso/Sicarella (cur.), Milano 2008, 381 s.

nización asignadas especialmente por Decisiones Marco precedentes y que ha sido tenido muy en cuenta en la Resolución del Parlamento europeo<sup>28</sup>. Aquí, especialmente para el observador italiano, el punto más problemático tanto bajo el ámbito del derecho de propiedad, como con respecto a las garantías jurisdiccionales, aparece en la confiscación como medida de prevención. En este sentido, algunas exigencias garantistas han sido evidenciadas por la jurisprudencia sobre CEDU (en particular, la sentencia *Sud Fondi SRL c. Italia* 20/01/2009). Todavía no ha sido desmentida la total validez del sistema de ablación de los efectos del delito, que actualmente son cruciales para la eficacia de la respuesta italiana al crimen organizado (por último, la sentencia *Bongiorno y otros c. Italia* 5/1/2010).

Aunque el sistema italiano se haya acercado recientemente, mediante pasos importantes, al sistema de protección de los derechos asignados por la CEDU, la efectiva incidencia de la jurisprudencia relacionada, permanece en este momento totalmente aislada, lo cual es importante, pero no sirve para reorientar en clave garantista un sistema en su conjunto atraído por sucesivas exigencias de la eficacia de la lucha<sup>29</sup>.

7. Un anclaje muy seguro en este sentido podría ser la Carta Europea de Derechos Fundamentales, que actualmente se encuentra muy relacionada al Tratado. En ella se recoge un amplio elenco de de-

28 Cfr. La ya citada Decisión Marco del 26.6.2001 sobre el tema del lavado y confiscación (2001/500/GAI) y del 24.2.2005 de nuevo sobre el tema de la confiscación de bienes (2005/212/GAI). En la Resolución del Parlamento Europeo cfr. en especial considerando D y puntos 8-10, sobre los cuales *Balsamo/Lucchini*, La risoluzione del 25 ottobre 2011 (cit. nt. 26), 5 s.

29 En este sentido cfr. recientemente la colección de ensayos a cargo de Manes-V. Zagrebelsky, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2011, y ya, si se quiere, *Militello*, *Der Einfluss der Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte auf die italienische Strafrechtsordnung*, in *Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht – Festschrift für K. Tiedemann, Sieber ed al.* (Hrsg.), München 2008, 1421 s.

rechos fundamentales, que pueden representar el esqueleto de la intervención europea de cara a ampliar el nivel de justicia conjunto del ordenamiento europeo y de los mismos Estados miembros, en vez de incrementar acriticamente el recurso a técnicas represivas por parte de estos últimos<sup>30</sup>.

La extensión y la incisividad de las decisiones europeas en materia penal desde hace tiempo conllevan presiones críticas hasta evocar escenarios de destrucción respecto a las garantías de los Estados de derecho como salida necesaria de la nueva dimensión de los sistemas penales europeos<sup>31</sup>. No son menos significativos los numerosos intentos de prever caminos diversos para reorientar racionalmente las decisiones en esta materia: del *corpus iuris* a los euro-delitos, del proyecto europeo de lucha contra la criminalidad organizada, al proyecto alternativo en materia penal, hasta el reciente manifiesto por una política criminal europea<sup>32</sup>.

30 *Militello*, *I diritti fondamentali fra limite e legittimazione di una tutela penale europea*, in *Ragion pratica* 2004, 139 s. Sul rilievo della Carta cfr. da ultimo l'attenta analisi di *Manacorda*, *Carta dei diritti e CEDU: una nuova topografia delle garanzie penalistiche in Europa*, in *La convenzione europea dei diritti dell'uomo* (cit. nt. 29) 147 s.; cfr. también *Maugeri*, *I principi fondamentali del sistema punitivo comunitario: la giurisprudenza della Corte di giustizia e della Corte Europea dei diritti dell'uomo*, in *Per un rilancio del progetto europeo* (cit. nt. 27), 88 s.; *Cortens/Limborgh*, *Grondrechtenbescherming na het Verdrag van Lissabon*, in *Universalis. Liber amicorum C. Fijnaut*, Antwerpen 2011, 41 s.

31 *Albrecht/Braum*, *Defizite europäischer Strafrechtsentwicklung*, *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* 1998, 465 s.; *Hassemer*, *"Corpus Juris": Auf dem Weg zu einem europäischen Strafrecht?*, *ivi* 1999, 133 s., 136; *Braum*, *Das "corpus juris" – Legitimität, Erforderlichkeit und Machtbarkeit*, in *Juristenzeitung* 2000, 493 f.; *P.A. Albrecht et al.*, *11 Thesen zur Entwicklung rechtsstaatlicher Grundlagen europäischen Strafrechts*, *KritV* 2001, 279 s.; *Moccia*, *L'involuzione del diritto penale in materia economica e le fattispecie incriminatrici del corpus juris*, in *Bartone* (cur.), *Diritto penale europeo*, Padova 2001, 34, 54; *Kaiafa-Gbandi*, *Bemerkungen zur Entwicklung rechtsstaatlicher Grundlagen europäischen Strafrechts*, *KritV* 2001, 290.

32 Cfr. *The implementation of the corpus juris in the member states*, *Delmas-Marty / Vervaele* (eds.), Antwerp 2000; *Towards a European Criminal Law Against Organised Crime. Proposals and Summaries of the Joint European Project to*

Hoy, el cuadro que ofrece el Tratado de Lisboa, parece haber superado ampliamente muchos inconvenientes de la ausencia de legitimación democrática de la intervención europea en materia penal. Aquí se aplica finalmente el procedimiento legislativo ordinario, que prevé la conjunta participación del Consejo y Parlamento europeo para asegurar unas mayores garantías. Permanece todavía abierto el camino para valorar los criterios de racionalidad político-criminal que puedan evitar un exceso de intervención penal a escala europea. Desde este punto de vista, los requisitos de proporcionalidad y subsidiariedad de las opciones de intervención penal, cuya naturaleza valorativa comporta un cierto margen de indeterminación, pueden obtener elementos importantes de concreción de la tabla de valores contenida en la Carta Europea de Derechos Fundamentales, límite y al mismo tiempo fundamento del nuevo Derecho penal para la Unión Europea. ■

---

Counter Organised Crime, Militello / Huber (eds.), Freiburg 2001; *Wirtschaftsstrafrecht in der Europäischen Union*, Tiedemann (Hrsg.), Berlin 2002; B. Schönemann, *Alternative Project for a European Criminal law and Procedure*, in Bassiouni / Militello / Satzger (cur.), *European Cooperation in Penal Matters: Issues and Perspectives*, Padova 2008, p. 119 ss.; e già Id., *Un progetto alternativo di giustizia penale europea* (ed. it. a cargo de Militello), Milano 2007; *amplius Ein Gesamtkonzept für die europäische Strafrechtspflege. A Programme for European Criminal Justice*, Köln 2006. Infine, il Manifesto sulla politica criminale europea, in ZIS 2009, 737 (al respecto Satzger, *La carenze della politica criminale europea. Appendice al manifesto del gruppo scientifico internazionale "european criminal policy initiative"*, in Riv. it. dir. proc. pen. 2010, 127 s.).



# VIII

**Ignacio Berdugo Gómez de la Torre**, *Viejo y nuevo Derecho penal. Principios y desafíos del Derecho penal de hoy*, Madrid: lustel, 2012

Eduardo DEMETRIO CRESPO  
*Universidad de Castilla-La Mancha.*

1. Constituye un importante motivo de satisfacción y orgullo recensionar la monografía recientemente aparecida "Viejo y nuevo Derecho penal" del profesor Berdugo Gómez de la Torre, catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Salamanca. Ello obedece a dos motivos fundamentales que me permito aunar del siguiente modo: se trata de un magnífico libro, que además ha sido escrito por mi maestro. Se diría que este último elemento compromete en cierto modo la imparcialidad de quien escribe estas líneas esencialmente laudatorias, y sería cierto, pero no porque el primero de los mencionados, la excelente calidad del texto, no responda rigurosamente a la realidad, cosa que cualquier lector que se acerque al mismo puede comprobar por sí mismo, sino porque mi valoración altamente positiva se fundamenta en gran medida en el hecho de compartir con su autor, como no podía ser de otra manera, sus puntos de partida y también buena parte de las conclusiones.

2. La pretensión inicial del profesor Berdugo, así me consta, era redactar una obra que sirviera para la reflexión y el estudio general de los principales puntos interrogantes a los que se enfrenta actualmente el Derecho penal a la luz de una "idea fuerza": los viejos principios deben poder servir todavía hoy para resolver los nuevos problemas. Como ya se adivina, la esencia del mensaje, reflejada por cierto en el propio título, tiene un fuerte carácter simbólico. Esto es, ni los viejos principios son tan

viejos, ni los nuevos problemas son, en ocasiones, tan nuevos. Y en todo caso, se presenten como nuevos, lo sean realmente, o impliquen tan sólo nuevas manifestaciones de cuestiones que reaparecen cíclicamente a lo largo de la historia, nunca se han de perder de vista los planteamientos valorativos básicos que nos pueden permitir afrontarlos e intentar darles respuesta con pleno respeto al ser humano y sus derechos.

3. El resultado es, en mi opinión, una obra de madurez, fruto de este ejercicio de contraste y replanteamiento de las convicciones –tempranamente arraigadas por influjo de su maestro, D. Marino Barbero Santos, y transmitidas a su vez por el propio Ignacio Berdugo a sus alumnos y discípulos– acerca de cómo debería y aspiraba a ser el modelo de Derecho penal del Estado social y democrático de Derecho. No es casualidad que el profesor Muñoz Conde, en su elogioso prólogo, diga compartir plenamente con el autor la creencia de que el Derecho penal, a pesar de sus deficiencias, sigue siendo “un instrumento idóneo e indispensable para asegurar una convivencia más justa, libre y democrática que la que actualmente tenemos” (p. 14).

Ser y deber ser parecen querer convergen en torno a un modelo compuesto por un conjunto de ideales relativos a un “modelo social personalista” en el que se detectan grietas que, no obstante, se cree poder subsanar con la argamasa de los principios constitutivos del modelo. En buena parte de las modernas discusiones que han protagonizado la “arena” del debate dogmático y político criminal del Derecho penal contemporáneo surge en último término el mismo dilema: ¿evolución o involución?, y lo que es más importante, ¿progreso o retroceso respecto a qué?, ¿a qué valores, a qué principios, a qué metas y con qué consecuencias?

4. Como parece obvio, cualquier respuesta a todas estas preguntas resulta imposible sin un “ir y venir de la mirada” desde el pasado hasta el presente. Este es precisamente el recorrido que lleva a cabo

el profesor Berdugo en este libro de lectura imprescindible, empezar por el pasado, extraer lecciones y enseñanzas del mismo para, a partir de ahí, ser capaces de abordar no sólo los problemas actuales sino también los desafíos inmediatos que se deben acometer.

La primera parte, dividida en cinco capítulos, analiza el estudio del Derecho penal en el Estado liberal de Derecho, la crisis y evolución del mismo hasta llegar a los movimientos de reforma de la segunda mitad del siglo XX, sin olvidar el Derecho penal en los Estados totalitarios, y lo que, no sin cierto grado de ironía, califica el profesor Berdugo como “el paréntesis dogmático”. Este último tiene lugar en momentos históricos particularmente críticos y sirvió de refugio para debates tan elevados como etéreos cuyo inconfesado objetivo último era “ignorar políticas criminales, presentes o pasadas, que poco o nada tenían de liberales” (p. 77). El nuevo escenario histórico que se abre tras la Segunda Guerra Mundial y la aprobación por las Naciones Unidas de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948, marcará las pautas del desenvolvimiento de un nuevo orden mundial, que en España lamentablemente tardará algunas décadas en poder materializarse. Este será, a la vez, el primer punto de arranque para una toma de posición de gran calado, la Constitución como contenido de todo un programa político–criminal y de una nueva dogmática, no basada en imperativos categóricos u ontológicos de naturaleza causal o final, sino construida con una finalidad crítica y, por tanto, básicamente limitadora de la intervención penal.

A partir de ahí, y con la fiabilidad de las herramientas de análisis argumentativo de las que hace gala, Ignacio Berdugo plantea la validez de lo que él llama las “viejas respuestas” para responder a los “nuevos problemas” a lo largo de los cinco capítulos que componen la segunda parte de la monografía. Aunque son muchos los aspectos concretos sometidos a análisis, tales como por ejemplo, la legitimidad de los bienes jurídicos colectivos, y las técnicas

de tipificación asociadas a los mismos, se puede decir que son dos los principales vectores del "moderno" Derecho penal estudiados: la internacionalización y la expansión. Lejos de cualquier actitud de equidistancia el profesor Berdugo toma partido, en ocasiones de manera decidida, en aspectos esenciales que atañen a los procesos recientes que de manera más significativa han transformado –y amenazan con seguir haciéndolo– la fisonomía del Derecho penal. Sea como fuere, nada le hace apartar de su postulado fundamental: "El Derecho penal es un medio del que dispone el Estado para buscar la indemnidad de intereses valiosos para el mantenimiento y evolución de un modelo social personalista, pero al tener este carácter hace que sea también la expresión de las garantías que el ciudadano que ha delinquido tiene frente al poder del Estado. Esta última idea nunca debe ser sacrificada en aras de una pretendida eficacia, pues al hacerlo estaríamos invirtiendo el contenido del modelo social" (p. 248).

5. La categorización subjetiva del ser humano como punto arquimédico del Estado constitucional, entendiendo por tal aquel que nos permite alejarnos del presente y poder observarlo, es fruto de un largo proceso que no finaliza, ni permanece estático, en el momento de su consagración en la *norma normarum*<sup>1</sup>. El pensamiento jurídico se mueve, a pesar de ello o tal vez por ello, en el difícil balance que resulta entre la facticidad y la validez, la realidad y el Derecho. Desde esta contraposición filosófico-jurídica elemental se comprende mejor el alcance y naturaleza de estudios como este, que al tiempo que nos recuerdan de dónde venimos, nos advierten que no está del todo mal tenerlo en cuenta justamente para seguir avanzando. ■

1 Así Häberle, Peter, *Das Menschenbild im Verfassungsstaat*, Berlin: Duncker & Humblot, 1988, p. 19.

# IX

**Slawomir Marek Redo**, *Blue Criminology; the power of United Nations ideas to counter crime globally* (European Institute for Crime Prevention and Control, Helsinki, 2012)

Manuel MAROTO CALATAYUD  
*Universidad de Castilla-La Mancha.*

No abundan en la bibliografía especializada los análisis sistemáticos de Naciones Unidas como actor penal y político-criminal, a pesar de su papel protagónico en la formación del marco jurídico internacional en materia de derechos humanos, y de su determinante contribución al desarrollo del derecho penal internacional. Al puñado de monografías en las que autores como Manuel LÓPEZ REY-ARROJO (1985), Cherif M. BASSIOUNI (1995) o Roger S. CLARK (1994) abordaron esta cuestión, se suma ahora esta importante contribución de Slawomir Marek REDO, jurista y criminólogo que, desde comienzos de los ochenta y hasta recientemente, ha desarrollado su actividad profesional y académica en la Oficina de Naciones Unidas contra las Drogas y el Delito (UNODC), en Viena.

El libro *Blue Criminology: The power of United Nations ideas to counter crime globally*, editado por el Instituto Europeo para la Prevención y el Control del Delito (HEUNI) con la colaboración de la Sociedad Internacional de Defensa Social (SIDS) y el Instituto Coreano de Criminología (KIC) continúa, además de la tradición que acabamos de citar, una línea iniciada exitosamente en otras monografías editadas a cargo del mismo autor (AROMAA & REDO, 2008). Al profesor REDO el trabajo de décadas en la organización internacional le permite describir claramente el no siempre sencillo sistema de Naciones Unidas, y en particular el papel de los Congresos de Naciones Unidas de Prevención del Delito, como principal mecanismo de realización

del mandato penal de Naciones Unidas. Una serie de útiles tablas y esquemas, así como índices y biografías de destacados expertos y personalidades, hacen del presente texto una valiosa herramienta pedagógica para comprender la historia de lo que el autor denomina "criminología azul". Y ello sin renunciar a la calidad teórica, pues a lo largo del libro, el desarrollo institucional y político criminal es puesto en el contexto de la evolución de las ideas y tendencias de cada época.

*Blue criminology* está disponible para su libre descarga en el apartado de publicaciones del Instituto Europeo para la Prevención y el Control del Delito (<http://www.heuni.fi>), y pueden además adquirirse ejemplares a través de Academic Bookstore (<http://www.akateeminen.com>).

A continuación, y con permiso del autor, reproducimos la síntesis en español recogida en el propio volumen.

#### REFERENCIAS

- AROMAA Kaukoo & REDO, Slawomir (eds.), *For the Rule of Law: Criminal Justice Teaching and Training @ cross the World*, HEUNI, 2008 (disponible en : <http://www.heuni.fi/Oikeapalsta/Search/1201510159449>).
- BASSIOUNI, Cherif M., *The contributions of specialized institutes and non-governmental organizations to the United Nations criminal justice program*, in honor of Adolfo Beria di Argentine, Kluwer, 1995.
- CLARK, Roger S., *The United Nations Crime Prevention and Criminal Justice Program. Formulation of Standards and efforts at their implementation*, Procedural Aspects of International Law Institute, 1994.
- LÓPEZ-REY ARROJO, Manuel, *Guide to United Nations Criminal Policy*, Avebury Publishing, 1985.
- REDO, Slawomir, *Blue Criminology; the power of United Nations ideas to counter crime globally*, European Institute for Crime Prevention and Control, 2012 (disponible en: <http://www.heuni.fi/Oikeapalsta/Search/1330603408806>).

#### **Criminología Azul: Sinopsis**

por **Slawomir Marek REDO**

#### **Parte I. Contra el miedo y contra la necesidad, por el desarrollo sostenible**

El Programa de las Naciones Unidas en materia de prevención del delito y justicia penal hunde sus raíces en más de dos siglos de avances en materia de criminalidad y justicia. Estos avances comenzaron con la reforma penal internacional abanderada por la escuela penal clásica de Cesare Beccaria (1764) y los primeros estudios penitenciarios comparados de John Howard (1977). El comienzo de su andadura institucional internacional puede atribuirse al Congreso Internacional Penitenciario de Frankfurt am Main (1846), y a los posteriores veinte congresos penales y penitenciarios (Londres, 1872–La Haya, 1950). Sus fundamentos programáticos encontraron también desarrollo en una política social del bienestar incipiente en la etapa de la industrialización y la modernización. De manera especial a partir de la segunda mitad del siglo XIX, la modernización ocupó la agenda europea y se extendió por el mundo desde entonces. Más tarde el mandato de Naciones Unidas en materia de prevención del delito y justicia penal heredaría programática y dinámicamente esa perspectiva de la justicia "social" "juvenil" y "penal, especialmente en relación a la posición de los menores en el sistema judicial, su reclusión, y a preocupaciones filantrópicas referentes a su bienestar.

Tras la Segunda Guerra Mundial, la suerte de menores y adultos –representada en la noción de "las generaciones futuras" (u otras similares)– se convirtió en objeto de atención y acción internacional. En 1945, las Naciones Unidas, la mayor organización intergubernamental pacifista creada hasta la fecha, temerosa de la posible recurrencia de los horrores de la guerra que destruyeron millones de vidas y de formas de vida, y que empujaron a la pobreza a pueblos y naciones, puso en marcha los mecanismos de su Carta fundacional para prevenir esa recurrencia promoviendo el desarrollo social y



económico ("desarrollo sostenible") y los derechos humanos (1948-1987).

Desde principios de los noventa, países en desarrollo y desarrollados (miembros de las Naciones Unidas) han aunado esfuerzos en un buen número de iniciativas multilaterales, destinadas a facilitar la operatividad de la lucha en común contra los desafíos a la seguridad, lo que incluye la seguridad humana y urbana, la justicia y la reforma del sector.

En este contexto, tanto la investigación académica como la política criminal de Naciones Unidas han contribuido autónoma y conjuntamente a expandir las ideas fundamentales de la libertad frente al miedo y frente a la necesidad, así como del desarrollo sostenible.

## **Parte II. El mandato de naciones unidas en materia de prevención del delito y justicia penal**

Desde 1946, el mandato de Naciones Unidas en materia de prevención del delito y justicia penal ha extendido su alcance hacia distintas facetas técnicas del desarrollo social y económico. Comenzó orientado al tratamiento de menores, jóvenes y adultos, y ya en 1955 tuvo su primera plasmación en el Primer Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, con sus pioneras "Reglas Mínimas de Tratamiento Penitenciario".

El decimosegundo de los congresos de Naciones Unidas sobre prevención del delito y justicia penal, celebrados quinquenalmente desde entonces (1955-2010), y las actividades complementarios primero en forma de asesoramiento experto (1950-1991) y después a través de mecanismo sustantivo intergubernamental (la Comisión sobre Prevención del Delito y Justicia Penal) han realizado recomendaciones viables al Consejo Económico y Social, la Asamblea General y el Consejo de Seguridad (algunos de los organismos de Naciones Unidas), recomendaciones reconocidas como la legislación de Naciones Unidas en materia penal.

Entre las normas más relevantes en materia penal generadas en Naciones Unidas se encuentran las ya mencionadas "Normas mínimas de tratamiento penitenciario", así como los tratados, las convenciones contra la criminalidad organizada internacional (2000) y la corrupción (2003). Entre 1955 y 2010 el Programa de Naciones Unidas en materia de prevención del delito y justicia penal adoptó alrededor de sesenta instrumentos de soft law, y la Oficina de Naciones Unidas contra las Drogas y el Delito (que forma parte del programa) ha sido el custodio de esos instrumentos tanto de soft law, como convencionales, además de de las tres convenciones de Naciones Unidas contra las drogas y las sustancias psicotrópicas (1961, 1972, 1988), y de 16 tratados universales contra el terrorismo.

Todo esto conforma la esencia legislativa de una "criminología azul". Una criminología que a lo largo del tiempo, ha conocido distintas etapas, con un importante protagonismo de la defensa social (1946-1990), actualmente desplazado en favor de otras iniciativas de naturaleza más social y asistencial, orientadas hacia el objetivo de un control humano y efectivo del delito, las drogas, el terrorismo y la victimización.

La producción y fijación de estándares continúa (y requiere de habilidades jurídicas y diplomáticas que aseguren su progresivo desarrollo y el "Estado de Derecho" en cuanto a las normas de Naciones Unidas). En la implementación de todos los instrumentos internacionales adoptados en materia de justicia penal, la asistencia técnica y la capacitación online y presencial se han convertido en la otra cara de la moneda. Las lecciones aprendidas durante la elaboración de esos instrumentos jurídicos han nutrido un acervo de conocimiento experto especialmente necesario cuando se aspira a lograr una implementación más efectiva de los principios del estado de derecho de Naciones Unidas en sus varias misiones de mantenimiento de la paz.

El movimiento internacional de reforma del derecho penal ha tenido continuidad desde sus co-

mienzos científicos en la segunda mitad del siglo XIX, siendo particularmente prolífico después del periodo de la Guerra Fría (1945-1989), etapa en la que aparece la noción de justicia transicional orientada a países que han sufrido conflictos armados. A la vez, se ha asistido a la aparición de nuevas formas de delincuencia globalizada, así como a una gradual convergencia de los regímenes jurídicos para controlarlas, y una más lenta pero evidente tendencia a la cooperación en materia de prevención de la delincuencia urbana y de otros tipos. Además de perseguir el control del delito, el reformismo penal internacional busca un balance entre “control” y “prevención”, abordando materias como las alternativas a la prisión, la justicia restaurativa, y en último lugar, la asistencia y compensación de las víctimas. Todo ello en relación con viejas y nuevas formas de criminalidad, incluyendo el crimen transnacional y la emergente cibercriminalidad como una de sus manifestaciones más sofisticadas y desafiantes.

El historial de Naciones Unidas en algunos de estos campos es satisfactorio, y en otros no lo es. Los reformadores penales internacionales, entre los cuales se cuentan tanto altos cargos como personal técnico de Naciones Unidas, han concentrado sus esfuerzos en asistir a países en desarrollo a la hora de modificar sus ordenamientos jurídico-penales, en un contexto de nociones político-criminales cambiantes y de concepciones ideológicas del progreso, plasmadas a través de modelos de modernización a veces incompatibles. Con el declive (contrario a los ideales originarios de la Carta de Naciones Unidas) de la independencia del Secretariado de Naciones Unidas como uno de los órganos principales de la organización, el personal de la UNODC y los organismos administrativos que la precedieron han sido objeto de diversas controversias ideológicas, políticas y político-criminales, que han afectado a la integridad de la Organización y a su rendimiento.

Los programas de asistencia técnica financiados extrapresupuestariamente y los proyectos que fueron parte del programa de Naciones Unidas desde

sus primeros años de andadura, se han convertido en la primera década del siglo XXI en programas empíricos de capacitación y formación contra el delito que implican el control nacional y el compromiso político hacia los ideales del cambio sostenible. En los últimos tiempos, como efecto secundario de la abrumadora dependencia de fondos extrapresupuestarios, se ha producido una transformación de la plantilla de Naciones Unidas y una erosión de la concepción original acerca de su integridad.

En cuanto a la labor de promoción de los estándares y buenas prácticas de Naciones Unidas en materia de prevención del delito y justicia penal (publicadas y diseminadas a nivel mundial), su aplicación nacional, regional e interregional ha sido llevada a cabo por la UNODC, los institutos que integran la red del Programa de Prevención del Delito y Justicia Penal de las Naciones Unidas (PNI), y numerosas organizaciones no gubernamentales, a través de distintas iniciativas conjuntas, y en respuesta a demandas cambiantes: desde la lucha contra la criminalidad organizada transnacional, hasta el control de la corrupción o el tratamiento de la delincuencia urbana o juvenil.

### **Parte III. Regreso al futuro**

Junto con la aproximación a gran escala, comparativa y socioeconómica, al control del delito, la UNODC recurre también al conocimiento neurobiológico y a otros datos empíricos fundamentados en avances académicos recientes con relevancia sobre la individualización del riesgo y las estrategias de protección en materia de delincuencia juvenil violenta y el abuso de drogas.

Ya sea micro –o macro– orientada, la “criminología azul” tiene su objeto de atención en “la gente” (comunidades e individuos), y en la implementación del mandato de Naciones Unidas utiliza metodologías parcialmente distintas a las de la criminología académica.

Este libro documenta cómo el poder transformador del Programa de Naciones Unidas en ma-

teria de Prevención del Delito y Justicia Penal ha sido considerable, pero en algunos aspectos más que en otros. Está presidido, a veces conjunta y a veces separadamente, por ideas tanto académicas como intergubernamentales. Se compromete con una acción aún más transformadora, poderosa y atenta, que pueda contribuir a la paz y la seguridad en el mundo. Los "Estudios sobre Naciones Unidas", una disciplina emergente, son identificados en este volumen como uno de los instrumentos potencialmente influyentes y prácticos a la hora de conseguir que el mensaje de Naciones Unidas en materia de justicia penal se extienda por el mundo.

La figura 6 muestra de forma gráfica el desarrollo progresivo de la acción internacional contra el delito en el mundo, desde sus comienzos en 1764 (Cesare Beccaria) hasta 2010, el año del Decimosegundo Congreso, y de la reunión del Consejo de Seguridad en la que la criminalidad organizada transnacional fue declarada amenaza a la paz y la seguridad internacional. La figura muestra en su parte izquierda los datos de importantes conferencias internacionales, y en la derecha ideas que configuraron progresivamente la política criminal de Naciones Unidas. ■

# X

## Memoria del Congreso Retos y objetivos de la política criminal internacional en la era de la Declaración del Milenio

La *Sociedad Internacional de Defensa Social*, creada en 1949 para desarrollar en la elaboración teórica y en la política legislativa una política criminal humanista, celebra un congreso cada cinco años en el que estudia y elabora propuestas político criminales de interés para los Estados en particular y para las Naciones Unidas, ante cuya Comisión de prevención del crimen y tratamiento del delincuente tiene estatuto de entidad consultiva desde su creación. ([www.defensesociale.org](http://www.defensesociale.org)).

Del 21 al 23 del mes de noviembre de este año 2012, la *Sociedad* llevará a cabo su **XVI Congreso en la Ciudad de México**, bajo el patrocinio del Instituto Nacional de Ciencias Penales de la Procuraduría General de la República y la Academia Mexicana de Ciencias Penales, con la colaboración de la Corte Suprema de Justicia, el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, la Universidad Nacional Autónoma de México, el Instituto Max-Planck de Friburgo de Brisgovia y el Instituto de Derecho Penal europeo e internacional de la Universidad de Castilla-La Mancha.

El Congreso abordará en primer lugar los procesos de armonización penal internacional y de intensificación de la cooperación policial y judicial, así como de la creación de espacios penales regionales o hemisféricos. En segundo lugar, los principales retos a los que se enfrenta la política criminal contra la criminalidad organizada transnacional. Por último, los aspectos penales y de prevención de la crisis financiera internacional. Todo ello se enmarca en un programa científico orientado a la elaboración crítica sobre los retos que la declaración de la Asamblea General presentan a la política criminal internacional.

La *Société*, como la propia Comisión Económica y Social de las Naciones Unidas, se ocupó desde sus comienzos –que abordará el juez Pedro R. David– del problema del tratamiento y reinserción de los condenados, estableciendo reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos y ha perseguido siempre una política humanista, de reducción de clases de penas innecesarias y dañosas para los individuos y la sociedad, como son los sustitutivos de las penas de prisión y, actualmente, la justicia restaurativa. Sin embargo en no pocas partes del mundo nos encontramos con graves problemas de sobrepoblación y hacinamiento penitenciario, de privatización del sistema penitenciario y se ha producido un auge social y político del punitivismo, con manifestaciones preocupantes tanto para la eficacia del sistema penal como de la tutela de los derechos humanos. A su vez, conviene atender a las víctimas en el sistema penal y reflexionar sobre los defectos y excesos del nuevo papel que vienen jugando en las legislaciones. El marco de toda esta reflexión se sitúa en la llamada Declaración de Viena sobre la delincuencia y la justicia frente a los retos del siglo XXI, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas por la resolución 55/59, de 4 de diciembre de 2000, en la que hizo suya la Declaración de Viena sobre la delincuencia y la justicia: frente a los retos del siglo XXI, aprobada por el Décimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, que estableció los fundamentos renovados de la política criminal de las Naciones Unidas y que asientan la proclamación de los valores de la justicia, de la protección de los derechos humanos, de la tutela de las víctimas, de la prevención del crimen, de la reinserción de los penados y de eficiencia de la lucha contra el delito. Estos aspectos serán examinados en la primera conferencia y paneles 1 y 2 del Congreso.

Como consecuencia de los fenómenos de globalización económica e internacionalización del derecho penal resulta del más elevado interés evaluar los procesos de armonización de las ideas,

conceptos y teorías penales, así como revisar el diseño de una política de cooperación policial y judicial internacional ambiciosa, que active proyectos existentes, como el tratado modelo de extradición, o impulse nuevos procedimientos inspirados en las experiencias de regionalización recientes en materia penal. El Congreso prestará atención a los más modernos procesos en la materia. Mientras que son mejor conocidos los asuntos de la legitimación y las competencias del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en materia penal, tanto en la adopción de medidas penales concretas e iniciativas procesales ante la Corte Penal Internacional, como las relativas a las operaciones de paz en zonas de conflicto –que se abordaron en el Congreso de la *Société* en Toledo en 2007– resultan sustancialmente nuevas las medidas adoptadas contra la financiación del terrorismo y para el aseguramiento de la libertad de los mares contra la piratería, lo que nos acerca a la necesidad de preparar respuestas frente al problema de los llamados Estados fallidos, ya lo sean por tratarse de territorios sin Estado o por Estados y territorios con gobiernos controlados por organizaciones criminales. También resulta oportuno analizar los límites de la cooperación jurídica internacional en la lucha contra los crímenes más graves, tanto los que son competencia de la Corte Penal internacional como aquellos que por su carácter universal se deben perseguir desde cualquier jurisdicción. Los problemas y límites de solución de los conflictos de jurisdicción deben tenerse en cuenta a los efectos de establecer organismos de persecución o el enjuiciamiento de carácter internacional o regional. A estos asuntos se dedican los paneles 3 a 5, que se complementan con la conferencia de U. Sieber sobre la globalización del cibercriminalidad y el veloz proceso de su incriminación internacional.

Las Naciones Unidas han dirigido un amplio proceso de internacionalización y armonización de instrumentos penales, desde los relativos a la represión del tráfico de drogas y de seres humanos hasta los



más modernos tráficos, así como contra la corrupción y el crimen organizado y parece conveniente revisar los elementos y fenómenos más generales de la materia, así como los relativos a la mejora de la lucha contra el crimen organizado en general.

Además del tráfico de drogas, viejos tráficos como la trata de personas presentan recientemente formas agravadas, como las conductas que comienzan como tráfico de personas y terminan como masacres. Aparecen también nuevas conductas y reaparecen otras con más fuerza que antes, como el fraude de identidad, falsificación de documentos de identidad y de títulos y tráfico de bienes culturales así como de residuos contaminantes. Ante lo difíciles de abordar tan amplio catálogo de fenómenos y para aquilatar la gravedad de cada uno de los mismos, conviene analizar las actuales estimaciones de los beneficios ilícitos del crimen organizado presentadas por las Naciones Unidas. Es precisamente la dimensión financiera de esa criminalidad organizada transnacional la que constituye en no pocos países un constante reto al orden democrático cuya gravedad requiere instrumentos singulares cuya definición e instrumentación debe cuidar las condiciones que reclama todo estado de derecho a la lucha contra el crimen. Pero no cabe tampoco desconocer que esa descomunal fuerza financiera está en condiciones no sólo de afectar la autonomía y estabilidad de gobiernos, sino que a través de su presencia en los mercados financieros y en el tejido empresarial transnacional afecta a toda la comunidad internacional y a su gobernanza económica.

La segunda jornada del Congreso se dedica así en su primera sesión (Panel 6) a la presentación y debate del informe "*Estimación de los beneficios ilícitos que resultan del tráfico de drogas y otras formas crimen organizado transnacional*", publicado por la UNODC en noviembre de 2011. Los paneles sucesivos se destinan al estudio de los aspectos jurídicos más delicados de la lucha contra el crimen organizado, tanto en los aspectos de la incriminación, con los problemas relativos a la figura de par-

ticipación en el crimen organizado, las diferencias en unos sistemas jurídicos y otros entre la conspiración, la preparación y la cooperación en el delito, como los problemas relativos a los derechos humanos que ponen en cuestión algunas jurisdicciones o procedimientos penales o medidas procesales contra el crimen organizado, muy especialmente los mecanismos ilícitos de obtención de pruebas y las detenciones policiales prolongadas en el tiempo (Panel 7). Beneficios ilícitos y fraude fiscal van de la mano, solo las ganancias debidamente blanqueadas están en condiciones de entrar en la economía legal, lo que no es sólo un problema moral, sino político y social. Un sistema fiscal eficaz no es sólo una cuestión de justicia sino también de combate de la criminalidad. La lucha contra el blanqueo de beneficios ilícitos es seguramente el mecanismo más eficaz contra el crimen organizado. Identificado el producto del crimen se han superado las fronteras del comiso tradicional y resultando improcedentes mecanismos que chocan en su formulación con principios procesales básicos, no hay ningún problema de derechos humanos en la confiscación directa, sin necesidad de intervención penal, de la titularidad de ingresos desproporcionados y de origen desconocido para el fisco. La innovación jurídica aquí, como casi todas las innovaciones fruto de la necesidad, ha sido la extinción del dominio cuyo concepto y requisitos de eficacia y los problemas antes citados se examinan en los Paneles 8 y 9. Pero situado el beneficio ilícito del crimen organizado o de la corrupción fuera de las fronteras de cada concreto país se plantea el problema jurídico de la recuperación de activos y su eficacia internacional lo que es difícil de por sí desde un país hacia otro, pero seriamente imposible cuando los caudales se sitúan en los llamados paraísos fiscales. Esos puntos negros de la economía internacional no sólo lesionan gravemente los intereses de las sociedades organizadas, como se vio en la crisis financiera internacional y en la reacción del G 20 y la OCDE, sino que muy probablemente su subsistencia haga

de todo ineficaz la lucha contra el crimen organizado más grave, lo que se examinará en el panel 10.

En el tiempo presente, a los documentos fundadores de las Naciones Unidas, a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y a los Pactos de su desarrollo se ha sumado la *Declaración del Milenio*, adoptada en el año 2000 por la Asamblea General y de cuyo texto declarativo y de sus objetivos se pueden y se deben extraer conclusiones para una política criminal contemporánea, que acompañe los grandes designios de las Naciones Unidas y los formulados específicamente como objetivos del milenio. La Sociedad internacional de defensa social ha proclamado su adhesión a la declaración y objetivos del milenio con motivo y ocasión de la acción académica y política internacional por la abolición de la pena de muerte y, cuando menos, la adopción de una moratoria universal en 2015. La *Société* abordará en el futuro otros problemas vinculados a ese programa penal que incorpora la Declaración del Milenio y sus Objetivos: lucha contra las mortandades por hambre, por enfermedades curables o por las desigualdades de género, entre los principales, a lo que se añade además un implícito llamamiento a reducir la violencia mortal en el mundo y los crímenes más graves incluidos los que atentan contra el medio ambiente.

Sin duda alguna el fenómeno que más gravemente ha afectado al progreso en la consecución de los objetivos del milenio para 2015 ha sido la crisis financiera internacional y los impresionantes daños sociales en los países avanzados, así como más aún en los países en vías de desarrollo. Resulta evidente la necesidad de un diagnóstico sobre las responsabilidades criminales en el origen de la crisis financiera internacional, y una reflexión sobre las condiciones para una buena gobernanza de la economía de la globalización en el futuro. Es quizá posible enunciar los datos básicos de una criminología del sistema financiero internacional y del carácter ineludible de recuperar la regulación estatal perdida por obra de los más altos caballeros *white collar*, así como

elaborar propuestas que puedan ser de utilidad a los gobiernos de los países y a la gobernanza global para que se excluya la impunidad de unos comportamientos que en sus efectos sociales se asemejan a los de una guerra. A todo ello se dedica la tercera y última jornada, con dos conferencias de planteamiento del problema criminológico y jurídico penal a cargo de William Laufer y Francisco Muñoz Conde y tres paneles, el 11 dedicado a la regulación de los mercados y de la economía, el 12 a la corrupción pública y privada y uno final destinado a sentar las condiciones para que la renovada responsabilidad penal de las personas jurídicas y los sistemas de cumplimiento normativo pueda servir para la prevención de los delitos económicos.

El Congreso se inicia y concluye con dos actos académicos solemnes. El primero con el *doctorado honoris causa* que el Instituto nacional de ciencias penales de México concede a la profesora Mireille Delmas-Marty, profesora emérita de la Sorbona, del Colegio de Francia y miembro de la Academia de Francia, cuya obra innovadora se proyecta por todo el mundo como un estimulante camino de armonización de un derecho penal que como enseñara el Presidente Marc Ancel, debe luchar eficazmente contra el crimen y respetar los derechos humanos, en cada Estado y –hoy– en la esfera internacional. La clausura se realiza al amparo de la Academia mexicana de ciencias penales, que preside Sergio García Ramírez, con la entrega de la *medalla Cesare Beccaria* al actual presidente de la Corte de Casación Argentina, Pedro R. David, y anteriormente consejero interregional para Prevención del Crimen y Justicia Penal de Naciones Unidas, Viena.

### **Consejo Científico**

Sergio García Ramírez, que lo preside; Ulrich Sieber; Mario Pisani; Francisco Muñoz Conde; Lu Yang Ping; Luis Rodríguez Manzanera; Stefano Manacorda; Raul Zaffaroni; Luis Arroyo Zapatero y el Director del INACIPE.

### **Comité de Organización**

Edmondo Bruti Liberati (Secrétaire Général de la SiDS); Citlali Marroquín (Secretaria General del INACIPE); Francesco Viganò (Universidad de Milan); Adan Nieto (UCLM); Juliette Tricot (Collège de France); Johanna Caputi (CNPDS), Manuel Espinoza de los Monteros, investigador en la Universidad de Munich; Beatriz García-Moreno y Mónica Zapico, del Instituto de Derecho penal de la Universidad de Castilla-La Mancha.

### **Comité de Relatores**

Francesco Viganò, relator general (Secretario General e. f. de la SiDS); Ignacio Castillo Val (Asistente de Derecho penal, Santiago de Chile y Universidad de Milán); María Sierra Pacheco (Investigadora, Inacipe); Ana Pamela Romero Guerra (Investigadora, Inacipe); Maestra Fabiola Patiño (Facultad de Derecho UNAM); Ana Elisa Liberatore (Prof. Universidad Federal de San Paulo); Verónica Yamamoto (Secretaria Judicial en Buenos Aires y asistente Universidad de Kioto); Dulce Agaton (Asistente Inacipe); Beatriz García-Moreno (Universidad de Castilla La Mancha); Mónica Zapico Barbeito (Universidad de Castilla-La Mancha).

Relatora para el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal: Ángela Quiroga Quiroga (Directora General del Instituto de Estudios Judiciales del Distrito Federal).

Comisión para seleccionar y proponer a la asamblea general la Medalla Beccaria 2013 y los premios Victoria Kent y Manuel de Lardizábal, con motivo de la celebración del Congreso en México. Que In-

tegran Luis Rodríguez Manzanera, Luis de la Barreda Alicia Beatriz Azzolini y Luigi Foffani.

En la asamblea general se constituirá un **Comité de redacción de una Declaración** final de la Sids que con base en las aportaciones de sus miembros, en los trabajos del congreso y de otras reuniones celebradas en los últimos tiempos permita formular ideas de reforma y mejora de la política criminal internacional y de sus plasmaciones nacionales. ■

# X

## Congress Memorandum Challenges and goals of international criminal policy in the age of the Millennium Declaration

The *International Society of Social Defence*, created in 1949 to develop humanist criminal policies in theoretical preparation and in legislative policy, holds a congress every five years, in which politico-criminal proposals of interest to nation states, in particular, and to the United Nations, are studied and drafted. ISSD has held consultative status on the UN Committee on Crime Prevention and Criminal Justice ever since its establishment. ([www.defensesociale.org](http://www.defensesociale.org)).

From 21-23 of November, 2012, the *Society* will celebrate its **XVI Congress in the City of Mexico**, under the sponsorship of the *Instituto Nacional de Ciencias Penales de la Procuraduría General de la Republica* (INACIPE) and the *Academia Mexicana de Ciencias Penales*, with the collaboration of the Mexican Supreme Court of Justice, the High Court of Justice of the Federal District, the National Autonomous University of Mexico, the Max-Planck Institute of Freiburg im Breisgau, and the Institute of European and International Criminal Law of the University of Castilla-La Mancha.

The Congress will, in the first place, debate the processes of international criminal harmonization and the intensification of police and judicial cooperation, as well as the creation of regional and hemispheric criminal areas; in second place, the main challenges that confront criminal policy in order to counter transnational organized crime; and, finally, criminal aspects and the prevention of the international financial crisis. All of this within the framework of a scientific programme oriented towards a critical appraisal of the challenges to international criminal policy that will be presented in the declaration of the General Assembly.

The *iDDS*, as well as the Economic and Social Committee of the United Nations, has concerned itself, since its beginnings –which judge Pedro R. David will cover– with the problem of the treatment and reintegration of convicted prisoners, establishing minimum rules for the treatment of inmates. It has always pursued a humanist policy, for the reduction of classes of punishments that are unnecessary and harmful to the individual and society, promoting alternatives to custodial sentences and, nowadays, restorative justice. However, we encounter serious problems of over-populated and overcrowded prisons, the privatization of the prison system in more than a few parts of the world, and a social and political wave of punitive attitudes, with worrying manifestations for both the efficacy of the penal system and the protection of human rights. In turn, it is advisable to lend attention to the victims in the penal system and to reflect on the defects and excesses of their new role that they have been playing in legislation. The framework for all of these reflections is drawn from the Vienna Declaration on crime and justice: meeting the challenges of the 21<sup>st</sup> century, adopted by the General Assembly of the United Nations under resolution 55/59, of 4 December 2000, following the Tenth Congress of the United Nations on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders from 10-17 April 2000, which renewed the foundations of United Nations criminal policy and set down a proclamation of the values of justice, the protection of human rights, the protection of victims, the prevention of crime, the reinsertion of convicted prisoners and efficiency in the fight against crime. These points will be taken up in the first conference and in panels 1 and 2 of the Congress.

As a consequence of economic globalization and the internationalization of criminal law, it is of the greatest interest to evaluate processes of harmonization of ideas, concepts, and criminal theories. It is likewise of interest to review the design of an ambitious policy of international police and judi-

cial cooperation, which has activated existing projects such as the model treaty of extradition, and driven new procedures inspired by recent experiences of regionalization in criminal matters. The Congress will focus attention on the most modern processes in this field. While the legitimacy and the competence of the United Nations Security Council in criminal matters are better known themes, in relation to the adoption of specific criminal measures and procedural initiatives before the International Criminal Court, and in relation to peace-keeping operations in conflict zones –which were examined in the *iDSS* Congress in Toledo in 2007–, the measures taken against the funding of terrorism and to assure freedom from piracy on the high seas are substantially new. This brings us to the need to prepare responses to the so-called failed States, whether these are territories without a State or States and territories with governments controlled by criminal organizations. It is also advisable to analyze the limits to international legal cooperation in the fight against the most serious crimes; both those that fall under the authority of the international Criminal Court and those that should be prosecuted within any jurisdiction because of their universal nature. The solutions to jurisdictional conflicts and their problems and boundaries should take into account the effect of establishing international or regional organs for their prosecution and trial. Panels 3 to 5 will concern themselves with these topics, which will be complemented with a conference address by U. Sieber on the globalization of cybercriminality and the speedy process of their international incrimination.

The United Nations has managed a broad process of internationalization and harmonization of criminal instruments, ranging from those relating to the fight against drugs and human trafficking, through to the most modern forms of trafficking, and those combating corruption and organized crime. It appears advisable to review the most general features and circumstances of these matters,



as well as those relating to improvements in the fight against organized crime in general.

In addition to drug trafficking, older forms such as human trafficking have recently been aggravated by behaviours that start off as human trafficking and end in massacres. New behaviours also appear and others reappear with the same intensity as before, such as identity fraud, falsification of identity documents and qualifications, and the trafficking of cultural heritage, and contaminated waste. Faced with the difficulties of covering such a broad range of circumstances and of assessing the seriousness of each one, it is advisable to analyze present-day estimates of the illegal benefits of organized crime presented by the United Nations. It is precisely the financial dimension of that organized transnational criminality that in more than one country constitutes a constant challenge to democratic order, the seriousness of which requires the definition and utilization of specific instruments that should respect the standards set by all law-abiding states in the fight against crime. But neither should it be forgotten that such uncommon financial force is not only in a position to affect the autonomy and stability of governments, but that it affects the entire international community and its economic governance through its presence on the financial markets and in transnational business networks.

The first session (Panel 6) on the second day of the Congress is therefore dedicated to the presentation and debate of the report "*Estimating illicit financial flows resulting from drug trafficking and other transnational organized crimes*", published by UNODC, November 2011. Successive panels take up the study of the most delicate legal aspects of the fight against organized crime, relating to aspects of incrimination and to the problems surrounding the legal definition of participation in organized crime, the differences of one legal system or another between conspiracy, preparation and complicity in the offence, as well as human rights-related problems that question certain jurisdictions

or criminal proceedings or procedural measures against organized crime, most especially, illegal means of obtaining evidence and prolonged periods of time spent in police custody (Panel 7). Illegal benefits and fiscal fraud go hand in hand; only appropriately laundered profits are in a condition to enter the legal economy, which is not only a moral, but also a political and a social problem. An effective fiscal system is not only a question of justice, but is also there to combat criminality. The fight against the laundering of illegal gain is undoubtedly the most effective arm in the fight against organized crime. Once the fruits of the crime are identified, we move beyond the boundaries of traditional decommissioning and as legal mechanisms are inappropriate, in that their formulation clashes with basic procedural principles, there is no human rights problem with direct seizure and confiscation, without the need for criminal intervention, of the disproportionate income, of unknown origin to the tax authorities. The legal innovation here, as in almost all innovations born of necessity, is the extinction of legal ownership rights, the concept of which, the requirements for efficacy, and the aforementioned problems will all be examined in Panels 8 and 9. But the illegal gains of organized crime being situated outside the frontiers of any one specific country raises the juridical problem of the recovery of assets and their international efficacy, which is difficult enough in itself from one country to another, but seriously impossible when the flows are situated in so-called tax havens. These black points of the international economy not only gravely harm the interests of organized societies, as observed in the international financial crisis and the reaction of the G 20 and the OCDE, but it is highly likely that their existence might render the fight against more serious organized crime completely ineffective, which will be examined in panel 10.

The Millennium Declaration, adopted in 2000 by the General Assembly, may now be added to the founding statutes of the United Nations, to the

Universal Declaration of Human Rights and its related Conventions. Conclusions can and should be drawn from its declarative text and from its objectives that relate to contemporary criminal policy, which accompany the lofty designs of the United Nations and those specifically formulated as Millennium objectives. The International Society for Social Defence has proclaimed its adherence to the declaration and to the Millennium objectives motivated by and on the occasion of international academic and political action for the abolition of the death penalty and, at the very least, the adoption of a universal moratorium on the death penalty in 2015. The Society will grapple with other problems in the future linked to that penal programme included in the Millennium Declaration and its Objectives: the fight against loss of life because of hunger, curable illnesses and gender inequality, among the principal ones, to which may also be added an implicit call to reduce global levels of mortal violence and the most serious crimes including those that threaten the environment.

Without any doubt, the one event to have most seriously affected progress in achieving the Millennium objectives for 2015 has been the international financial crisis, its startling social impact in the developed world, and all the more so in developing countries. There is an evident need for a diagnosis of criminal liability in the origins of the international financial crisis, and reflection on the conditions for good governance of the globalized economy in the future. It is perhaps possible to enunciate the basic lines of a criminology of the international financial system and the inescapable character of recovering state regulation, lost by the work of the highest *white collar* executives. Furthermore, the formulation of proposals may be possible that could be of utility to national governments and to global governance, so that the impunity of certain conducts may be excluded, the social consequences of which resemble those of a battleground. The third and last day is dedicated to all of the above, with two

conferences setting out the criminological and legal problems, headed by William Laufer and Francisco Muñoz Conde and with three panels: number 11, concentrating on market regulation and the economy; number 12 concerned with public and private corruption, and a final one intended to lay down the conditions, so that the renewed criminal liability of legal persons and systems of normative compliance may play a role in the prevention of economic crime.

The Congress will start and end with two solemn academic acts. The first with the *doctorado honoris causa* that the Mexican National Institute of Criminal Sciences will confer on professor Mireille Delmas-Marty, emeritus professor of the Sorbonne, of the College of France and a member of the Academie Française, whose innovative work of global scope acts as a stimulating path towards the harmonization of criminal law, which as President Marc Ancel taught, should fight effectively against crime and respect human rights, in each State and –today– in the international sphere. The closing ceremony, hosted by the Mexican Academy of criminal sciences headed by Sergio García Ramírez, will feature the award of the *Cesare Beccaria Medal* to the current president of the Argentine Court of Cassation, Pedro R. David, formerly an interregional commission member of the United Nations Commission on Crime Prevention and Criminal Justice, Vienna.

### **Scientific Council**

Sergio García Ramírez, chairing; Ulrich Sieber; Mario Pisani; Francisco Muñoz Conde; Lu Yang Ping; Luis Rodríguez Manzanera; Stefano Manacorda; Raul Zaffaroni; Luis Arroyo Zapatero and the Director of INACIPE.

### **Organizing Committee**

Edmondo Bruti Liberati (General Secretary of iSSD); Citlali Marroquin (General Secretary of INACIPE); Francesco Viganò (Universidad de Milan); Adan Nieto (UCLM); Juliette Tricot (Collège de France); Johanna Caputi (Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale), Manuel Espinoza de los Monteros, a researcher at the University of Munich, and Beatriz García-Moreno and Monica Zapico of the Institute of Criminal Law of the University of Castilla la Mancha.

### **Committee of Rapporteurs**

Francesco Viganò, general rapporteur (acting General Secretary of iSSD); Ignacio Castillo Val (Criminal Law Assistant Professor, Santiago de Chile and University of Milan); María Sierra Pacheco (Researcher, Inacipe); Ana Pamela Romero Guerra (Researcher, Inacipe); Maestra Fabiola Patiño (Faculty of Law UNAM); Ana Elisa Liberatore (Prof. Federal University of San Paulo); Verónica Yamamoto (Judicial Secretary in Buenos Aires and Assistant Professor, University of Kyoto); Dulce Agaton (Assistant Professor, Inacipe); Beatriz García-Moreno (University of Castilla La Mancha); Mónica Zapico Barbeito (University of Castilla La Mancha).

Rapporteur for the High Court of the Justice of the Federal District: Ángela Quiroga Quiroga (Director General of the Institute of Judicial Studies of the Federal District).

Committee for the selection and proposal to the General Assembly of the recipients of the Cesare Beccaria Medal 2013 and the Victoria Kent and the

Manuel de Lardizábal prizes, on the occasion of the Congress in Mexico. Committee members: Luis Rodríguez Manzanera, Luis de la Barreda, Alicia Beatriz Azzolini, and Luigi Foffani.

In the General Assembly, a Committee will be established for drafting a final Declaration from iSSD which, on the basis of its members' contributions, the work of the Congress, and other meetings held in recent times, may formulate ideas on reform and improvements to international criminal policy and its national manifestations. ■

# X

## Memorandum du Congrès Défis et objectifs de la poli- tique criminelle internationale à l'heure de la Déclaration du Millénaire

La Société internationale de défense sociale, créée en 1949 afin de développer, au sein de la réflexion théorique et des politiques législatives, une politique criminelle humaniste, organise un congrès tous les cinq ans au cours duquel sont examinées des propositions de politique criminelle d'intérêt pour les États et en particulier pour les Nations Unies, la société étant dotée du statut d'organisation consultative auprès de la Commission de prévention du crime et du traitement de la délinquance ([www.defensesociale.org](http://www.defensesociale.org)).

Du 21 au 23 novembre 2012, la *Société* organisera son **XVI<sup>e</sup> Congrès dans la Ville de Mexico**, sous le parrainage de l'Institut National de Sciences Pénales du Ministère de la Justice de la République et de l'Académie mexicaine de Sciences Pénales, avec la collaboration de la Cour Suprême de Justice, du Tribunal Supérieur de Justice du District Fédéral, l'Université Autonome du Mexique, l'Institut Max-Planck de Fribourg-en-Brisgau et l'Institut de Droit Pénal Européen et International de l'Université Castilla-La Mancha.

Le Congrès abordera en premier lieu les processus d'harmonisation pénale internationale et d'intensification de la coopération policière et judiciaire, ainsi que de création d'espaces pénaux régionaux ou hémisphériques. En second lieu, le Congrès envisagera les principaux défis auxquels est confrontée la politique criminelle contre la criminalité transnationale organisée. Enfin, ce sont les aspects pénaux et de prévention de la crise financière internationale qui seront traités. L'ensemble s'inscrit au sein d'un programme scientifique orienté vers l'évaluation critique des défis de la politique criminelle interna-

tionale, formalisé au sein de la déclaration de l'Assemblée Générale.

La *Société*, comme la Commission économique et sociale des Nations Unies, s'est intéressée dès ses débuts – qui seront évoqués par le Juge Pedro R. David – au problème du traitement et de la réinsertion des condamnés, en fixant des règles minimales pour le traitement des détenus et a toujours poursuivi une politique criminelle humaniste, de réduction des catégories de peines inutiles et dangereuses pour les individus et la société, avec les alternatives à la peine et, actuellement, la justice restaurative. Cependant, dans de nombreuses parties du monde se posent de graves problèmes de surpopulation carcérale, de privatisation du système pénitentiaire tandis que le « punitivisme » est en plein essor, témoigné par des manifestations préoccupantes tant pour l'efficacité du système pénal que la protection des droits de l'homme. Dans le même temps, il convient de tenir compte des victimes tout en réfléchissant aux défauts et aux excès du nouveau rôle que les législations tendent à leur faire jouer au sein du système pénal. Le cadre de cette réflexion se situe au sein de la Déclaration de Vienne sur *la criminalité et la justice : relever les défis du XXI<sup>e</sup> siècle*, adoptée par l'Assemblée Générale des Nations Unies avec la Résolution 55/59, du 4 décembre 2000, dans laquelle l'Assemblée fit sienne ladite Déclaration, approuvée lors du Dixième Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants. Y sont établis les fondements renouvés de la politique criminelle des Nations Unies, consacrant la proclamation des valeurs de la justice, de la protection des droits de l'homme et des victimes, de la prévention du crime, de la réinsertion des condamnés et l'efficacité de la lutte contre le crime. Ces aspects seront examinés au cours de la première conférence et au sein des panels 1 et 2 du Congrès.

Fruits des phénomènes de globalisation économique et d'internationalisation du droit pénal, il apparaît du plus haut intérêt d'étudier les proces-

sus d'harmonisation des idées, des concepts et des théories pénales, ainsi que de revoir la conception d'une politique de coopération policière et judiciaire ambitieuse, qui active les projets existants, comme le traité modèle d'extradition, ou impulse de nouveaux processus inspirés des expériences régionales récentes en matière pénale. Le Congrès prêtera attention aux processus les plus modernes en la matière. Tandis que sont bien connues les questions tenant à la légitimité et aux compétences du Conseil de sécurité des Nations Unies en matière pénale, celles concernant l'adoption de mesures pénales concrètes, d'initiatives procédurales devant la Cour pénale internationale, ou celles relatives aux opérations de paix en zones de conflit – qui furent abordées au cours du Congrès de la Société organisé à Tolède en 2007 –, tel n'est pas le cas des nouvelles mesures adoptées contre le financement du terrorisme et pour la sécurisation des mers contre la piraterie, ce qui nous rapproche de la nécessité de préparer des réponses face aux problèmes des États dits faillis, qu'ils le soient parce qu'il s'agit de territoires sans État ou d'États et territoires dont les gouvernements sont contrôlés par des organisations criminelles. Il apparaît également opportun d'analyser les limites de la coopération juridique internationale dans la lutte contre les crimes les plus graves, tant ceux qui relèvent de la compétence de la Cour pénale internationale que ceux qui, en raison de leur caractère universel, se doivent d'être poursuivis par toute juridiction. Il convient de tenir compte dans ce cadre des difficultés et limites de solutions apportées aux conflits de juridictions, en vue d'instituer des organes de poursuites ou de jugement de caractère international ou régional. Les panels 3 et 5 seront consacrés à ces questions. Ils seront complétés par la conférence d'Ulrich Sieber sur la globalisation de la cyber criminalité et le processus rapide de son incrimination internationale.

Les Nations Unies ont conduit un large processus d'internationalisation et d'harmonisation



des instruments pénaux, depuis ceux relatifs à la répression du trafic de drogues et des êtres humains aux trafics les plus modernes, en passant par la corruption et le crime organisé. À ce propos, il convient de revoir les éléments et phénomènes plus généraux de la matière, de même que ceux relatifs à l'amélioration de la lutte contre le crime organisé en général.

Outre le trafic de drogue, de vieux trafics comme la traite des personnes présentent à l'heure actuelle des formes aggravées, comme les conduites qui commencent par relever du trafic de personnes et finissent en massacres. Apparaissent également de nouvelles conduites tandis que réapparaissent d'autres, avec davantage de force qu'auparavant : tel est le cas de la fraude à l'identité, de la falsification de documents d'identité ou de titres ou du trafic de biens culturels, ou encore du trafic des déchets polluants. Face à la difficulté d'aborder un catalogue si ample de phénomènes et afin d'apprécier la gravité de chacun, il convient d'analyser les estimations actuelles des flux financiers illicites du crime organisé présentées par les Nations Unies. C'est précisément la dimension financière de cette criminalité transnationale organisée qui constitue dans nombre de pays un défi constant à l'ordre démocratique, d'une gravité requérant des instruments particuliers dont la définition et l'application doivent prendre soin des conditions qu'exige tout état de droit dans la lutte contre le crime. Mais il convient cependant, aussi, de ne pas méconnaître combien cette énorme force financière est en position non seulement de porter atteinte à l'autonomie et à la stabilité de gouvernements mais aussi, combien, par sa présence sur les marchés financiers ainsi qu'au sein du tissu commercial transnational, elle peut affecter la communauté internationale dans son entier et sa gouvernance économique.

La seconde journée du Congrès est consacrée, dans sa première session (Panel 6) à la présentation et au débat du rapport « *Estimation des flux financiers illicites résultant du trafic de drogues et d'autres crimes transnationaux organisés* », publié

par l'UNODC en octobre 2011. Les panels successifs sont dédiés à l'étude des aspects juridiques les plus délicats de la lutte contre le crime organisé, tant concernant l'incrimination, avec les difficultés nées de la figure de la participation au crime organisé et les différences entre systèmes juridiques entre la conspiration, la préparation et la collaboration à l'infraction, ou les problèmes relatifs aux droits de l'homme que mettent en question certaines juridictions et procédures pénales ou certaines mesures procédurales contre le crime organisé, tout spécialement les mécanismes illicites d'obtentions de preuve et les détentions policières prolongées dans le temps (Panel 7). Flux financiers illicites et fraude fiscale marchent main dans la main, seuls les profits dûment blanchis sont en mesure d'entrer dans l'économie légale, ce qui n'est pas seulement un problème moral, mais aussi politique et social. Un système fiscal efficace n'est pas seulement une question de justice, c'est aussi une question de combat contre la criminalité. La lutte contre le blanchiment de capitaux est certainement le mécanisme le plus efficace contre le crime organisé. Le produit du crime identifié, les frontières du gel et de la confiscation des produits du crime traditionaux ont été dépassées. En plus, en ayant écarté des mécanismes heurtant dans leur formulation les principes de base de procédure pénale, aucune difficulté ne se pose en termes de droits de l'homme avec la confiscation directe, sans nécessité de l'intervention pénale, la détention de revenus disproportionnés et d'origine inconnue du fisc. L'innovation juridique ici, comme dans c'est le cas de presque toute innovation, est le fruit de la nécessité. Elle a consisté en l'extinction du droit de propriété, dont le concept et les conditions d'efficacité ainsi que les difficultés indiquées précédemment sont examinées par les Panel 8 et 9. Mais une fois situé le flux financier illicite du crime organisé ou de la corruption en dehors des frontières de chaque pays, se pose le problème juridique de la récupération des avoirs et son efficacité internationale, ce qui est difficile d'un pays à un autre, mais tout simple-

ment impossible lorsque les capitaux sont localisés dans les paradis fiscaux. Ces points noirs de l'économie internationale ne lèsent pas seulement gravement les intérêts des sociétés organisées, comme on le vit avec la crise financière internationale et au travers de la réaction du G20 et de l'OCDE, mais, en outre, leur subsistance rend inefficace la lutte contre le crime organisé le plus grave, ce qui sera examiné par le Panel 10.

Aujourd'hui, aux textes fondateurs des Nations Unies, à la Déclaration Universelle des Droits de l'homme et aux Pactes s'ajoute la Déclaration du Millénaire, adopté en 2000 par l'Assemblée Générale. De ce texte déclaratif et des objectifs qu'il contient, on peut et l'on doit tirer des conclusions pour une politique criminelle contemporaine, qui accompagne les grands desseins des Nations Unies. La Société Internationale de Défense Sociale a proclamé son adhésion à la Déclaration et aux Objectifs du Millénaire à l'occasion de l'action académique et politique internationale pour l'abolition de la peine de mort ou, à tout le moins, l'adoption d'un moratoire universel en 2015. La Société abordera à l'avenir d'autres problèmes liés à ce programme pénal qui incorpore la Déclaration du Millénaire et ses Objectifs : lutte contre la mortalité liée à la faim, aux maladies incurables ou aux inégalités de genre, parmi les principales, et auxquelles s'ajoutent, en outre, un appel implicite à réduire la violence mortelle dans le monde, y compris les crimes graves, notamment ceux qui portent atteinte à l'environnement.

Sans aucun doute le phénomène qui a le plus gravement nuit au progrès dans la poursuite des Objectifs du Millénaire pour 2015 fut la crise financière internationale et les impressionnants dommages sociaux dans les pays développés, et bien plus encore dans les pays en voie de développement. La nécessité ne fait aucun doute d'un diagnostic sur les responsabilités criminelles quant à l'origine de la crise financière internationale, ainsi qu'une réflexion sur les conditions d'une bonne gouvernance de l'économie de la globalisation à l'avenir. Peut-

être est-il possible d'énoncer les données basiques d'une criminologie du système financier international tout en pointant le caractère incontournable de la reprise de la régulation étatique perdue sous l'œuvre des plus hauts cols blancs, et d'élaborer des propositions qui puissent être utiles pour les gouvernements des États comme à la gouvernance mondiale afin d'exclure l'impunité de comportements qui dans leurs effets sociaux s'apparentent à ceux d'une guerre. La troisième et dernière journée se penchera sur ces questions, autour des conférences d'exposé du problème du point de vue criminologique et pénal, dont se chargeront Willima Laufer et Francisco Muñoz Conde et trois panels : le panel 11 consacré à la régulation des marchés et de l'économie, le panel 12 à la corruption publique et privée et le dernier qui appelle à poser les conditions permettant que la responsabilité renouée des personnes morales et les systèmes de conformité puissent servir à prévenir les infractions économiques.

Le Congrès s'ouvre et se clôt avec deux cérémonies académiques solennelles. La première avec le *doctorat honoris causa* que l'Institut National de Sciences Pénales de Mexcio décerne à la Professeure Mireille Delmas-Marty, professeure émérite de l'Université Panthéon-Sorbone, honoraire du Collège de France et membre de l'Académie, en France, dont l'œuvre innovatrice rayonne à travers le monde comme un chemin stimulant d'harmonisation d'un droit pénal, qui comme l'enseignait Marc Ancel, doit lutter efficacement contre le crime et respecter les droits de l'homme, dans chaque État et, aujourd'hui, dans la sphère internationale. La clôture se tiendra sous les auspices de l'Académie mexicaine de Sciences Pénales que préside Sergio García Ramírez, avec la remise de la Médaille Cesare Beccaria à l'actuel Président de la Cour de cassation Argentine, Pedro R. David, qui fut auparavant le conseiller interrégional pour la Prévention du crime et la justice pénale des Nations Unies à Vienne.

### Conseil scientifique

Sergio García Ramírez, président ; Ulrich Sieber ; Mario Pisani ; Francisco Muñoz Conde ; Lu Yang Ping ; Luis Rodríguez Manzanera ; Stefano Manacorda ; Raul Zaffaroni ; Luis Arroyo Zapatero et le Directeur de l'INACIPE.

### Comité d'organisation

Edmondo Bruti Liberati (Secrétaire Général de la SiDS) ; Citlali Marroquin (Secrétaire Générale de l'INACIPE) ; Francesco Viganò (Université de Milan) ; Adan Nieto (UCLM) ; Juliette Tricot (Collège de France) ; Johanna Caputi (CNPDS) ; Manuel Espinoza de los Monteros, chercheur à l'Université de Munich ; Beatriz García-Moreno et Monica Zapico de l'Institut de Droit pénal de l'Université de Castilla-La Mancha.

### Comité des rapporteurs

Francesco Viganò, rapporteur général (Secrétaire Général p.i. de la SiDS) ; Ignacio Castillo Val (Assistant de Droit pénal, Santiago de Chile et Université de Milán) ; María Sierra Pacheco (Chercheure, INACIPE) ; Ana Pamela Romero Guerra (Chercheure, INACIPE) ; Maestra Fabiola Patiño (Faculté de Droit, UNAM) ; Ana Elisa Liberatore (Professeure, Université Fédérale de San Paulo) ; Verónica Yamamoto (Secrétariat Judiciaire à Buenos Aires et assistante à l'Université de Kioto) ; Dulce Agaton (Assistante, INACIPE) ; Beatriz García-Moreno (Université de Castilla-La Mancha) ; Mónica Zapico Barbeito (Université de Castilla-La Mancha).

Rapporteur pour le Tribunal sSupérieur de Justice du District Fédéral : Ángela Quiroga Quiroga (Directrice Générale de l'Institut d'Études Judiciaires du District Fédéral).

Commission pour sélectionner et proposer à l'Assemblée Générale la Médaille Beccaria 2013 et les prix Victoria Kent et Manuel de Lardizábal, à l'occasion de la tenue du Congrès à Mexico, qu'intègrent

Luis Rodríguez Manzanera, Luis de la Barreda, Alicia Beatriz Azzolini et Luigi Foffani.

Au cours de l'Assemblée Générale se constituera un **Comité de rédaction de la Déclaration** finale de la SiDS, qui, sur la base des contributions de ses membres, aux cours des travaux du Congrès et d'autres réunions organisées dans les dernières périodes, permette de formuler des idées de réformes et d'amélioration de la politique criminelle et de ses réalisations nationales. ■







