

GLOBALIZACIÓN Y DERECHO PENAL

LUIZ FLÁVIO GOMES*

“¿Por qué el Estado tan fragilizado en su modo de operar, un Estado de paja, debe ser el Estado que levanta el arma de la represión penal? ¿Por qué la apelación sistemática al control penal? La explicación es solamente una: se busca, al mismo tiempo, la eficacia preventiva del poder punitivo y la preservación del proceso de globalización. Las normas penales más extensas y las penas más exacerbantes tienen, por un lado, el objetivo de difundir el miedo y el conformismo en relación a los excluidos del fenómeno globalizador, a los que no son nadie y, por otro lado, el significado simbólico de punir expansivamente la falta de lealtad al sistema de mercado y, de ese modo, evitar su perturbación y buscar su preservación, anteponiéndolo a los valores, derechos y garantías del individuo” (FRANCO, Alberto Silva, *Globalização e criminalidade dos poderosos*, in *RBCCRIM*, n. 31, jun-sep./00, págs. 121-122).

1. Características actuales del proceso de globalización del Planeta

Si en el plano jurídico-político (léase: en el discurso de algunos profesores, científicos políticos, sociólogos, filósofos etc.) se fue sedimentando –en las últimas décadas– el modelo de *Estado Constitucional y Democrático de Derecho*¹, en el ámbito económico se fue consolidando el fenómeno denominado *globalización*².

* Doctor en Derecho Penal, Universidad Complutense de Madrid. Catedrático de Derecho Penal en la Universidad de São Paulo, Brasil.

¹ Conf. FERRAJOLI Luigi, *Derechos y garantías*, trad. Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid, Trotta, 1999, pág. 19 y sigs.

² Sobre el origen del proceso de globalización conf. ESTEFANÍA, Joaquim, *La nueva economía. La globalización*, 4ª ed., Madrid, Temas de Debate, 2000, pág. 11 y sigs.,

Aunque no sea muy corriente hacer referencia a una específica política-criminal de la *era de la globalización*³ creemos que es absolutamente imprescindible delinear, aunque sin gran profundidad, no solamente la esencia del mencionado fenómeno (en sus diversos matices: globalización económica, social, cultural, comunicacional), como también sus (múltiples y complejas) relaciones con el sistema del Derecho penal.⁴

Pero, desde luego nos parece importante subrayar una distinción: una cosa son las características del *Derecho penal de la globalización* (que versan sobre un fenómeno absolutamente nuevo, de las dos últimas décadas) y otra bien diferente son las características del *Derecho penal en la era de la globalización*, que es producto y reflejo de la suma (a) de todas las profundas *transformaciones* del Derecho penal tradicional (construido originalmente por el movimiento de la Ilustración, en el final del siglo XVIII⁵ con (b) las modificaciones típicas de la globalización.

¿En qué puntos, al final, se relacionan la globalización y el Derecho penal?

que enfatiza: “hay tres causas para la globalización: la aceleración de los ritmos de apertura económica y de los intercambios de mercancías y servicios; la liberalización de los mercados de capitales que ha integrado las plazas financieras y las bolsas de valores de todo el mundo; y la revolución de las comunicaciones y de la informática, que ha conectado el tiempo real con el espacio”. Aun sobre la globalización conf., MALEM SEÑA, Jorge F., *Globalización, comercio internacional y corrupción*, Barcelona, Gedisa, 2000; ADDA, Jacques, trad. J. Ortega, Madrid, Sequitur, 1999; ARANGUREN, Luis A., et alii, *El proceso de globalización mundial*, Barcelona, Intermon, 1999; BATISTA JÚNIOR, Paulo Nogueira, *A economia como ela é...*, São Paulo, Boitempo, 2000; REDRADO, Martín, *Cómo sobrevivir a la globalización*, Buenos Aires, Printice may, 2000; *Globalización y sus excluidos*, VV., AA. Navarra, Vervo Divino, 1999; BOXBERGER, Gerald y KLIMENTA, Harald, *As dez mentiras da globalização*, trad. I. A. Lohbauer, São Paulo, Aquariana, 1999; MARTÍN, Hans-Peter y SCHUMANN, Harald, 4ª ed., trad. W. Rose y C. Sackiewicz, São Paulo, Globo, 1998; RAMONET, Ignácio, “Situación actual del proceso de globalización”, en *El proceso de globalización mundial*, Barcelona, Intermon, 2000.

³ Uno de los primeros en buscar ese vínculo entre globalización y Derecho penal fue, seguramente, SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión del Derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, Civitas, 1999, pág. 71 y sigs.

⁴ Sobre los vínculos entre globalización y delito y la Justicia penal conf. DAVID, Pedro R., *Globalización, prevención del delito y justicia penal*, Buenos Aires, Zavalía, 1999, pág. 21 y sigs.; *vid. todavía: Justiça penal*, coord. Jaques de C. Penteado, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, pág. 65 y sigs., n. 6.

⁵ Conf. GOMES, Luiz Flávio y YACOBUCCI, Guillermo Jorge, *As grandes transformações do Direito penal tradicional*, São Paulo, RT, 2002, en prensa.

Son múltiples las relaciones e interconexiones, como veremos luego. Antes, sin embargo, conviene examinar las características del proceso de globalización del planeta⁶.

Uno de los mayores especialistas en el asunto, Ramonet⁷, describe sus doce características principales así:

1^a) La inequívoca hegemonía geopolítica de los Estados Unidos (porque se trata de la primera potencia económica en escala mundial, primera potencia política, primera potencia militar, primera potencia tecnológica e informacional y una hiperpotencia cultural);

2^a) La gran transformación que sucedió en el concepto de valor estratégico:

En el tiempo de la Guerra Fría Latinoamérica, por ejemplo, contó con un valor estratégico espectacular; ahora lo que cuentan son los puntos de desorden con reflejos internacionales –guerra civil, situación de extrema pobreza que es causadora de una gran migración de personas, etc.–, la OTAN, en ese contexto, que está presente en los países desarrollados, aparece como el instrumento de seguridad del planeta globalizado (o de una parte de él) y es una fuerza proyectada para tener actuación más allá de las fronteras.

3^a) La profunda transformación en el concepto de Estado-nación o Estado nacional, que está sumergido en una indescriptible crisis de identidad y, en consecuencia, de inestabilidad⁸;

4^a) Los “geoactores” de la globalización ya no son los Estados, sino los organismos internacionales o intergubernamentales (Banco Mundial, FMI, OCDE, etc.), que legislan sobre la globalización, así como los grandes grupos económicos, industriales y “mediáticos”, sin olvidar las ONGs;

5^a) La preponderancia del sistema democrático como régimen político y la desnacionalización como meta económica;

⁶ Que es aceptado por la gran mayoría de los pensadores contemporáneos, pero negado también por muchos otros, como es el caso de BATISTA JUNIOR, Paulo Nogueira, *A economia como ela é...*, São Paulo, Boitempo, 2000, pág. 27 y sigs.

⁷ Conf. RAMONET, Ignácio, Situación actual del proceso de globalización, en *El proceso de globalización mundial*, Barcelona, Intermon, 2000, pág. 11 y sigs.

⁸ Conf., entretanto, la crítica de BATISTA JUNIOR, Paulo Nogueira, *A economia como ela é...*, São Paulo, Boitempo, 2000, pág. 41 y sigs., en el sentido de que la (el mito de la) globalización “ayuda a enmascarar la responsabilidad por las opciones y decisiones de los gobiernos locales; la globalización es una coartada para algunas posiciones tradicionales de las elites locales y sirve también para justificar omisiones imperdonables de los gobernantes”.

6ª) El ejercicio del poder está dejando de ser vertical y jerarquizado:

Esa es una característica que vale más para las democracias reales, no para las formales, como las latinoamericanas, cuyos dominadores, sin abrir mano de sus poderes autoritarios, buscan adaptarlos a las reglas de la mundialización o invocarlas cuando conviene para incrementar su dominio;

7ª) El profundo cambio en la identidad personal, pues muchos ya no se enorgullecen de pertenecer a un determinado país o a un determinado grupo social (en contrapartida, nuevas identidades, como la religiosa, son más aceptadas);

8ª) La gran amenaza ya no es el comunismo, sino las enfermedades incurables (Sida), las epidemias incontrolables (vaca loca), las grandes catástrofes (Chernobil, riesgo de explosiones nucleares), el crimen organizado, las mafias, la corrupción, el terrorismo, etc. (lo que lleva a pensar en una cooperación internacional, en la creación de una Justicia universal, etc.);

9ª) El patente incremento de las desigualdades social-económicas y culturales, que vienen permitiendo dividir la población ya no más en ricos y pobres, en pertenecientes a la zona noble o al suburbio, sino en *englobados y excluidos*;⁹

10ª) La globalización financiera (facilitada en gran parte por la globalización de las comunicaciones);

11ª) La mutación tecnológica (informatización generalizada, que culminó en la gran red de la internet y en la revolución digital);

12ª) La profunda transformación del Derecho (que está siendo creado y aplicado por organismos internacionales: Tribunales de Derechos Humanos, Tribunal Penal Internacional, etc.)¹⁰ y de los Derechos (conscientización y reivindicación de nuevos Derechos relacionados con el consumo de alimentos, con la informática, genética, etc.).

⁹ Conf. ESTEFANÍA, Joaquim, *La nueva economía: La globalización*, 4ª ed., Madrid, Temas de Debate, 2000, pág. 22 y sigs. y particularmente pág. 25, donde se lee: "a su alrededor (de la globalización) se han multiplicado los efectos desestructuradores de la internacionalización masiva de capitales en forma de nuevas desigualdades, aumentos del paro, ruina de los Estados-providencia como obstáculo al libre funcionamiento de los mercados, crisis del valor-trabajo y rápida disminución de la cohesión social (...); (pág. 28). Como consecuencia de todo ello se han multiplicado los movimientos migratorios; la globalización es de mercados y capitales, no de personas".

¹⁰ Conf. STEINER, Sylvia H. de F., *A convenção americana*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000; *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*, coord. Gomes, Luiz Flávio y, Flávia, Piovesan, VV. AA., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000.

2. Tendencias del Derecho penal de la globalización y nuevas transformaciones del Derecho criminal tradicional

Debemos distinguir las tendencias político-criminales de las transformaciones en el Derecho criminal (Derecho penal y procesal).

Las principales *tendencias político-criminales* en la era de la globalización son las siguientes:

1ª) **Descriminalización de los crímenes antiglobalización.**

Si el proceso de globalización implica el libre tránsito de mercancías, la libre circulación de monedas, movilización del capital extranjero etc., es más que natural (dentro del proceso de globalización) que algunos crímenes se transformen en reliquias, en cosas del pasado. Todos los delitos que perturban el “buen” desarrollo del proceso de globalización económica tienden a configurar ejemplos de arqueología jurídica.

El crimen de *descaminho* (conf. Código Penal brasileño, art. 334: importar o exportar un determinado producto sin el debido pago de impuestos y tasas), de evasión de divisas etc., dentro de poco tiempo desaparecerán. Otros crímenes tendrán vigencia, pero su persecución será (claramente) selectiva. Por ejemplo, el lavado de capitales tiene (en la actualidad) y continuará teniendo gran dificultad de incidir sobre las inversiones extranjeras (cuanto más obstáculos un país impone a la circulación del capital extranjero, más se distancia de ese capital).

2ª) **Globalización de la Política criminal.** La forma como debemos reaccionar frente al delito constituye la esencia de la Política criminal. Tradicionalmente cada país tenía sus propias directrices político-criminales. Como expresión de la soberanía, cada Estado procuraba delinear sus formas de control de la criminalidad. Todo eso está cambiando rápidamente con relación a algunos delitos. Hoy la gran reivindicación consiste en la uniformización de la reacción contra los delitos que perturban el “orden internacional”, particularmente el organizado. Se habla insistentemente de armonización de las legislaciones. Contra la criminalidad trasnacional, reacciones también trasnacionales.

La ONU, a propósito, cuenta con innúmeros proyectos de internacionalización de las reacciones penales. El lavado de capitales constituye un buen ejemplo: en ese campo prácticamente todas las legislaciones del mundo se inspiraron en la famosa Convención de la ONU, celebrada en Viena, en 1988. La reacción

contra la tortura viene mereciendo gran atención de varios organismos internacionales. También los órganos intergubernamentales (FMI, Banco Mundial, etc.) andan interfiriendo en las legislaciones internas de cada país. La Ley de Responsabilidad Fiscal (LC n. 101/00) y los respectivos crímenes (ley 10.028/00), en Brasil, fueron exigencias internacionales. Lo mismo puede decirse en cuanto a la flexibilización de la quiebra del sigilo bancario, del secreto profesional (de los abogados, especialmente) etc. La preocupación central, en suma, es uniformar la reacción penal de todos los países. A la uniformización “impuesta” por EUA estamos dando el nombre de “macdonaldización” del Derecho penal.

3ª) **Globalización de la cooperación policial y judicial.** No basta, sin embargo, armonizar la legislación. Es necesario que todos los países pasen a colaborar unos con los otros para que el control del crimen transnacional tenga resultado¹¹. Proliferan tratados o acuerdos de cooperación, bilaterales o multilaterales. Los órganos encargados de la *persecutio criminis* (Policía, Fiscalía, Jueces, etc.) están aproximándose cada vez más. Sin cooperación e intercambio de informaciones no hay cómo controlar el delito organizado internacional. La tendencia es la unificación global de los acuerdos de cooperación entre los países.

4ª) **Globalización de la Justicia criminal.** La reivindicación más reciente de los movimientos de defensa de los derechos y garantías fundamentales consiste en la creación de una Justicia criminal internacional permanente (eso quedó evidenciado después que el juez español Garzón decretó la prisión del general chileno Augusto Pinochet).

Entre los grandes cambios que ya son visibles (algunos) y que marcarán las ciencias criminales en el siglo XXI seguramente se incluye el nacimiento del *Tribunal Penal Internacional (TPI)*, que tendrá competencia para juzgar los llamados crímenes de lesa humanidad, incluyéndose el genocidio y los crímenes de guerra¹².

El Tribunal fue aprobado en Roma, en julio de 1998 (conf. su Estatuto/Tratado de Roma en el www.derechos.net/doc/tpi.html)¹³. Más de 130 países acataron la idea del Tribunal, que tendrá su

¹¹ Conf. CERVINI, Raúl y JUÁREZ TAVARES, *Princípios de cooperação judicial penal internacional no protocolo do Mercosul*, São Paulo, RT, 2000.

¹² Sobre el Tribunal léase más en el www.derechos.org/nizkor/impu/tpi/.

¹³ Conf. *Tribunal penal internacional*, VV. AA., CHOUKR, Fauzi y AMBOS, Kai, orgs., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000; LAVIGNE, Arthur, Por que o tribunal, O Globo de 16.02.02, pág. 6.

sede en Holanda y será compuesto de dieciocho (18) jueces. Pero para que entrase en vigor y comenzase a funcionar 60 países deberían ratificarlo. En el inicio de abril de 2002 ese número ha sido alcanzado.

Será un Tribunal integrado por juristas (especialmente penalistas) con el propósito de garantizar juzgamientos justos, con todo respeto al debido proceso legal. Desde 1215, con la Carta de Juan Sin Tierra (art. 39), nadie puede ser privado de la vida, libertad o de sus bienes sin el *due process of law*. Pero solamente ahora, en el ámbito internacional, se está concretizando la idea de un Tribunal permanente.

En ese punto el TPI llevará mucha ventaja en relación a los actuales Tribunales creados por el Consejo de Seguridad de la ONU, que está constituido por quince miembros (15 países, de los 189 que la integran).

El TPI tendrá legitimidad, fuerza moral y fuerza jurídica, lo que no ocurre hoy con los Tribunales *ad hoc* (para la antigua Yugoslavia, Ruanda, etc.). Estos Tribunales satisfacen el criterio de justicia, señalizan oposición clara a las arbitrariedades y atrocidades cometidas en prácticamente todo el planeta, sin embargo, no son Tribunales predeterminados en ley ni constituidos previamente (violándose, así, el principio del juez natural o predeterminado).

La creación del TPI, de esa forma, significa respeto a la garantía del principio del juez natural, que posee dos dimensiones: a) juez previamente previsto en ley o constitución (juez competente); b) prohibición de juzgamientos o tribunales de excepción, o sea, *ad hoc* (conf. CF, art. 5º, inc. XXXVII y LIII)¹⁴.

La competencia del TPI no será retroactiva (sólo vale para hechos posteriores a su creación) y será además observado el principio de la complementariedad (o sea, el TPI sólo actúa si en el país se omite el juzgamiento de sus nacionales implicados en guerras, crímenes contra la humanidad o genocidio).

Su creación (que está siguiendo proceso acelerado) sólo fue posible en razón de la violación sistemática de los derechos humanos, particularmente por sistemas o regímenes represivos de todas las índoles (de derecha, de izquierda, religioso, etc.). Cerca de 130 millones de personas fueron víctimas de ese tipo de violencia desde la Segunda Guerra Mundial.

¹⁴ Conf. En la doctrina, *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*, coord. GOMES, Luiz Flávio y PIOVESAN, Flávia, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, pág. 194 y sigs.

Uno de los mayores obstáculos para la creación del TPI están siendo los EE.UU. (que no ratificaron el pacto de Roma). Tanto el partido Republicano (que viene presentando sucesivas enmiendas al *Foreign Relations Authorization Act* para prohibir cualquier tipo de colaboración con la idea) como el presidente Bush son contrarios a que sus nacionales sean juzgados por una justicia internacional. De todos los países presentes en Roma (en 07/98) apenas siete países (en aquel momento) recusaron el TPI: EE.UU., Israel, China, Irak, Yemen, Libia y Catar.

El TPI comenzará a actuar en breve (probablemente en el 2002). Se puede pronosticar que su importancia será cada vez mayor. Mejor sería vivir sin crímenes. Como eso es imposible, será cada vez más imprescindible la institución de una justicia penal internacional para juzgar (en el futuro) no solamente criminosos genocidas o dictadores (que todavía hoy son muchos, principalmente en Latinoamérica, Asia, África, etc.), sino sobretudo otros crímenes que provocan consecuencias dañosas para muchos países en razón de su transnacionalidad, como por ejemplo algunas modalidades de crimen organizado (tráfico de seres humanos, de órganos humanos, de animales, de armas, etc.), el crimen informático y el ecológico (de grandes dimensiones).

Con relación a las *transformaciones del Derecho criminal* se impone destacar las siguientes:

1ª) **Globalización de los crímenes y de los criminosos.** La era de la globalización coincide con la era de la explosión de la delincuencia organizada. Nadie ignora que el crimen organizado, en principio, tiene finalidad económica. Por eso parece apropiado decir que el crimen organizado (en la actualidad) es el crimen de los poderosos (*crímenes of the powerful*). En razón de todas las facilidades que la globalización proporciona (tránsito libre para mercancías, libre circulación financiera, informatización del planeta, etc.), algunos delincuentes se internacionalizaron e innumerables crímenes se globalizaron: narcotráfico, tráfico de seres humanos, tráfico de armas, tráfico de órganos humanos, tráfico de animales, corrupción internacional, ciberdelincuencia, etc.

2ª) **Globalización de los bienes jurídicos.** En el tiempo del Derecho penal tradicional se hablaba en ofensa a los derechos subjetivos del individuo; se evolucionó después respecto de la admisibilidad de ofensas a los derechos colectivos y de los bienes supraindividuales. Ahora, ya se propugna el reconocimiento de bienes jurídicos

universales o planetarios. La ecología, indiscutiblemente, constituye ejemplo patente de esa tendencia de globalización de los bienes jurídicos. Otros ejemplos son: genética, seguridad, informática, seguridad en las comunicaciones, seguridad en los medios transnacionales de transporte, seguridad en internet, etc.

3ª) **Globalización de las víctimas.** En el tiempo del Derecho penal liberal los delitos tenían víctimas ciertas, individualizadas. En la era de la globalización las víctimas tienden a ser también globalizadas. Recientemente, los virus *I love you* y *Melissa* (por ejemplo) victimaron incontables personas en todo el planeta. Muchos delitos ambientales, por otro lado, están afectando toda la humanidad. De la víctima individual pasamos a la víctima colectiva (supraindividual o difusa) y, ahora, ya es tiempo de hablar de la víctima planetaria o globalizada (léase: en victimación globalizada).

4ª) **Globalización de la explosión carcelaria.** No hubo ni siquiera un país, en las dos últimas décadas del siglo XX, que haya disminuido el número de las personas encarceladas. Por el contrario, el fenómeno de la explosión carcelaria es (se puede decir) global. La clara distinción entre globalizados y excluidos viene contribuyendo bastante para ese fenómeno. Para él también concurren otros factores (mayor eficiencia de la policía, más cárceles, mejor funcionamiento de la Justicia criminal, etc.). Entre ellos, se destaca indudablemente lo siguiente: en la sociedad globalizada también la distribución de renta es inversamente proporcional a la distribución de los castigos. A los globalizados mejor renta y menos castigos; a los excluidos menor renta y más castigos.

5ª) **Globalización de la desformalización de la Justicia penal.** La Justicia penal, como se sabe, nació formalizada porque el Estado Moderno fue creado bajo la vigencia del principio de legalidad. Estado moderno, principio de legalidad y jurisdicción (particularmente la penal) forman la trilogía base del Estado de Derecho liberal, fundado en la tripartición de los poderes (Ejecutivo, Legislativo y Judicial). Pero particularmente después de la Segunda Guerra Mundial lo que se nota es la casi total flexibilización de todas las garantías penales y procesales¹⁵. El pragmatismo-eficientista es la nota del Derecho Penal en esta era de la globalización. Lo que importa es que el sistema sea eficiente, que alcance sus resultados programados, aunque sea con un alto costo en el sentido de cortes de derechos y garantías fundamentales.

¹⁵ Conf. GOMES, Luiz Flávio y YACOBUCCI, Guillermo Jorge, *As grandes transformações do Direito penal tradicional*, São Paulo, RT, 2002, en prensa.

6ª) **Agravamiento incesante de la hipertrofia del Derecho penal.** El Derecho penal de la globalización no es, evidentemente, el responsable por la (clásica e histórica) *hipertrofia* del Derecho penal. Pero como enfatiza Silva Sánchez¹⁶, es (potencialmente) un (nuevo) factor de “multiplicación” o de “impulso” de esa hipertrofia (de esa “expansión”).

Siguiendo su argumentación, tanto la globalización como las integraciones supranacionales (Unión Europea, por ejemplo) postulan “exigencias prácticas”, quiere decir, un derecho “eficiente” y “rápido” (todo debe ser instrumentalizado en función de los objetivos económicos de la globalización). No hay ninguna preocupación “sistemática” o aun por la construcción de una “dogmática”.

Todo eso conduce, por consiguiente, a la “demolición del edificio conceptual de la teoría del delito” (y de todas las garantías que representa). Se admite, en consecuencia, la “flexibilización de las reglas de imputación así como de las garantías penales y procesales”. La tendencia, por lo tanto, es la construcción de un “derecho unificado”, pero, “menos garantizador”.

Lo que se pretende, en suma, es evitar los llamados “paraísos jurídico-penales”. En la era de la globalización la Justicia debe ser Universal y, respetadas las garantías individuales, no puede haber solución de continuidad en las puniciones. Por influencia del derecho de la *common law*, la tendencia es concebir la responsabilidad penal de la persona jurídica bien como el *plea bargaining* (transacciones penales); la imputación objetiva puede perder el valor que hoy posee, los crímenes de comisión por omisión (violación del deber de vigilancia) ganan relevo y puede haber inversión de la carga de la prueba; la delincuencia de la globalización es esencialmente económica y no cuenta con una reglamentación precisa.

El Derecho, en conclusión (que puede no ser el “penal”), tiende a tener carácter “excepcional” y ser más “severo”, más “represivo”.

3. Características del Derecho penal en la era de la globalización

El Derecho penal en la era de la globalización es el reflejo de todas las *transformaciones* (del Derecho penal tradicional) que fueron sucediendo a lo largo de los dos últimos siglos (XIX y XX), particu-

¹⁶ Conf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión del derecho penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, Cuadernos Civitas, 1999, pág. 63 y sigs.; “Bases de una dogmática jurídico-penal supranacional”, en *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 12, año 3, oct-dic/1995, pág. 34 y sigs.

larmente después de la Segunda Guerra Mundial, más las profundas y nuevas alteraciones innerentes a la propia globalización.

Las principales *características* de la *modernidad*¹⁷ penal, que están acentuándose o deteriorándose en la era de la globalización, entre otras, son¹⁸:

a) Deliberada política de “criminalización”, antes que de “descriminalización” o de despenalización

La expansión patológica del Derecho penal comenzó con la incriminación generalizada de las afectaciones lesivas mínimas, en flagrante menosprecio del principio de la intervención mínima -*subsidiariedad y fragmentariedad* del Derecho penal-. Si es verdad que esa *hipertrofia penal* se agravó con el modelo “social” del Estado, no menos verdadero es que, más recientemente (en las dos últimas décadas), esa situación degeneró en abusivas incriminaciones.

En la era de la globalización algunos delitos se internacionalizaron y los bienes jurídicos y las víctimas están globalizándose. Las comunidades locales así como algunos movimientos internacionales, frente a la inseguridad generada o incrementada por el proceso de globalización, tienden a pedir (cada vez más) la intervención del Derecho penal.

La novedad es que ahora el fenómeno de la hipertrofia del Derecho penal cuenta con una doble fuente de impulso: bajo el influjo del movimiento de la ley y orden (*law and order*) son atacadas las clases marginalizadas, o sea, postulan la criminalización (más dura) de la micro-criminalidad (de los *crímenes of the powerless*) así como el apriornamiento en masa de los excluidos (eso ya ocurre, por ejemplo, de modo candente, en los EE.UU.¹⁹); pero tampoco escapan las clases

¹⁷ Aquí se utiliza la palabra “modernidad” en el sentido de una nueva normalidad que no se encuadra en los criterios y tradiciones antiguas, pasadas (conf. SCHEERER, Sebastian, Prólogo a QUEIROZ, Paulo de Souza: *A tardia modernidade penal entre a hipertrofia e minimização (do sistema penal), do caráter subsidiário do Direito penal*, Belo Horizonte, Del Rey, 1998, pág. 12). Modernidad, así, significa hacer algo de forma diferente de lo que hacían los antepasados. En lo que concierne al Derecho penal, de instrumento (estático) de tutela de la libertad, se transforma en un (dinámico) instrumento de intervención social en las manos del Estado.

¹⁸ Conf. HASSEMER, Winfried y MUNOZ CONDE, Francisco, *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, págs. 26-37; HASSEMER, Winfried, “Perspectivas del Derecho penal futuro”, *Revista penal*, año I, n. 1, Huelva, Praxis, 1998, pág. 37 y sigs.

¹⁹ De acuerdo con José Eduardo Faria, “la mayoría de la población carcelaria es formada por negros e hispánicos, trabajadores informales y de baja renta y, en una proporción alarmante, mujeres de familias pobres. Desde 1980, la tasa de encarcelamiento de mujeres negras es superior a la de los hombres blancos” (Lições americanas, *Boletim IBCCRIM*, n. 70, set. de 98).

ricas, quiere decir que, hay un clamor general (pero principalmente de la “izquierda punitiva”) por la criminalización de la macro-criminalidad (criminalidad de los poderosos –*crímenes of the powerful*–).

Lo que existe en común en los dos movimientos es la bandera de la *criminalización* (o del endurecimiento del Derecho penal).

En el pasado tenían protagonismo exclusivamente las reivindicaciones político-criminales típicas del movimiento de la ley y orden (criminalización de los marginalizados y de la micro-criminalidad, encarcelamiento masivo de los excluidos, “tolerancia cero”, etc.); en la actualidad, en la era de la globalización, ese escenario está bastante modificado: la influencia de la prensa en la Justicia es enorme; las reivindicaciones de algunos sectores de la “izquierda” contra los poderosos es constante. Luego, la macro-criminalidad también ganó visibilidad (“noticias de primera página”); la reacción social contra esa criminalidad ya es claramente perceptible en esta era de la globalización.

b) Frecuentes y parciales alteraciones por el legislador de la Parte Especial del Código Penal o la edición de leyes penales especiales (estas últimas configuran el *locus* predilecto de las “novedades penales”)

La globalización del planeta, en su actual configuración, como se sabe, por otro lado, cuenta con nítido carácter *neoliberal*, lo que implica la pretensión de distanciar el Estado de la economía, que debería ser regida preponderantemente por las leyes del libre mercado. Si eso es verdad en el plano económico, en el ámbito del Derecho penal lo que se ve es un fenómeno exactamente opuesto: no sucedió ninguna inversión del sentido de su *hipertrofia*. Algunas tareas típicas del Estado fueron por él relegadas al plano secundario (educación, salud, etc.); otras pasó a desempeñarlas de manera absurdamente anómala, como es el caso de la cuestión de la seguridad pública.

c) Aumento de los marcos penales de los delitos clásicos

La ley de los crímenes odiosos (ley 8072/90), en Brasil, es el ejemplo más patente de esa tendencia. Sanciones previstas para diversos de los crímenes clasificados como hediondos fueron aumentadas considerablemente. Fue lo que ocurrió en relación a los crímenes de extorsión mediante secuestro, latrocinio, violación, atentado violento al pudor y asociación ilícita (para práctica de crimen hediondo o equiparado). La exacerbación punitiva fue tan elevada que en determinados casos las penas mínimas ya se igualaron, o superaron, el límite máximo de cumplimiento de

pena que, de acuerdo con el art. 75 del código penal, es de 30 años. Eso se da porque el art. 9º de la Ley de los Crímenes odiosos manda aumentar por la mitad las penas en los casos en que la víctima se encuentre en cualquiera de las situaciones previstas en el art. 224 del CP (menor de catorce años, situación de debilidad mental, etc.)²⁰ Por cuenta de tal determinación, la conminación penal, por ejemplo, de la extorsión mediante secuestro con resultado muerte, tratándose de víctima menor de 14 años, pasa a tener sus límites punitivos fijados entre 36 y 45 años. Como la pena máxima, conforme determina el propio art. 9º no puede superar los 30 años, resulta que los límites mínimo y máximo son igualados, lo que ofende, inclusive, el principio constitucional de la individualización de la pena (art. 5º, XLVI, Constitución Federal)²¹.

d) La **protección institucional (o funcional) de los bienes jurídicos** (clara preferencia por los bienes jurídicos supraindividuales -universales o colectivos/difusos-, forjados muchas veces de forma vaga y porosa, en detrimento de los individuales)²²; con eso, el principio de la protección de bienes jurídicos deja de cumplir su papel de límite “negativo” de la criminalización para asumir un “moderno” y “positivo” papel, que se materializa en exigencias hipertrofiadas de intervención penal²³.

e) **amplia utilización de la técnica de los delitos de peligro abstracto**, lo que no sólo dificulta enormemente la defensa, al mismo tiempo que facilita (inmensamente) la actividad de la *persecutio criminis*, produce una “relativización” del concepto de bien jurídico-penal. La multiplicidad, la contingencia y la inconsistencia de los bienes equivalen en realidad, a una desvalorización de la propia idea de bien²⁴.

La ley 7802/89 es una de entre tantas normas penales que se utilizan de ese recurso. En su art. 15 incrimina la acción de

²⁰ Art. 224: Se presume la violencia, si la víctima: a) no es mayor de 14 (catorce) años; b) es alienada o débil mental, y el agente conocía esta circunstancia; c) no puede, por cualquier otra causa, ofrecer resistencia.

²¹ Las críticas a tal exacerbación punitiva, con todas las consecuencias constitucionales que de ella se desprenden, pueden ser encontradas en FRANCO, Alberto Silva, *Crimes hediondos*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, pág. 294 y sigs.

²² Conf. en sentido crítico RAPOSO FERNANDEZ, “La expansión de la punición ‘simbólica’ y los principios tradicionales del Derecho penal”, *LL*, 1998-D-238, pág. 1567.

²³ Conf. GOMES, Luiz Flávio, *Norma e bem jurídico no Direito penal*, São Paulo, RT, 2002.

²⁴ Conf. MÉNDEZ RODRIGUEZ, Cristina, *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1993, pág. 6.

aquel que ha de “*producir, comercializar, transportar, aplicar o prestar servicio en la aplicación de agrotóxicos, sus componentes y afines, descumpliendo las exigencias establecidas en las leyes y en sus reglamentos*”, conminando la pena de reclusión de 2 (dos) a 4 (cuatro) años, además de la multa. En caso de culpa, la pena prevista es de reclusión de 1 (uno) a 3 (tres) años, además de la multa.

Se nota que si el agente incumpliera una exigencia, sin que eso importe en cualquier daño y, ni siquiera, en peligro de daño para el bien tutelado, habrá el encuadramiento formal en la conducta descrita en el art. 15. El dispositivo, al establecer punición para el agente que realizara las conductas previstas “incumpliendo las exigencias establecidas en las leyes y en los reglamentos”, trata, en verdad, de cuestión que sería mejor resuelta en sede del Derecho administrativo. Eso porque el Derecho penal exige, siempre, una ulterior consecuencia (ofensa al bien jurídico), o, en lo mínimo, un peligro concreto de lesión a aquel bien, el que no nace, necesariamente, de la falta de cumplimiento de las exigencias a la que remite el artículo.

Es importante resaltar, que los límites punitivos fueron fijados de modo bastante elevado, principalmente cuando se compara con otras conductas de idéntica o superior gravedad. Para la modalidad dolosa del delito está prevista una sanción cuyo límite mínimo es el mismo del previsto para la lesión corporal gravísima (art. 129, § 2º, CP), mientras que en la modalidad culposa la sanción conminada corresponde exactamente a aquella prevista para el homicidio culposo (art. 121, § 3º, CP). Por el contrario, la pena es aún más severa, visto que también hay previsión, acumulativamente, de pena pecuniaria.

f) **menosprecio patente al principio de lesividad o ofensividad**, lo que significa la difusión de los delitos de mera desobediencia a la norma²⁵.

La ley 8137/90, en su art. 1º, párrafo único, prevé que “la falta de acatamiento a la exigencia de la autoridad, en el plazo de 10 (diez) días, que podrá ser convertido en horas en razón de la mayor o menor complejidad de la materia o de la dificultad en cuanto al acatamiento de la exigencia, caracteriza la infracción prevista en el inc. V”, el cual, por su vez, trata de la acción de “negar o dejar de proveer, cuando es obligatorio, recibo o docu-

²⁵ Conf. GOMES, Luiz Flávio, *Princípio da ofensividade no direito penal*, São Paulo, RT, 2002.

mento equivalente, relativo a venta de mercadería o prestación de servicio, efectivamente realizada, o provista en desacuerdo con la legislación". La sanción establecida es de reclusión de 2 a 5 años y multa.

Como se puede percibir, se trata de un crimen de desobediencia. La punición, entre tanto, es mucho más acentuada que aquella prevista en el Código Penal (detención, de 15 días a 6 meses, y multa -art. 330-).

g) **erosión del contenido de la norma de conducta (de lo que está prohibido)** (léase: no cumplimiento del mandato taxativo; desplazamiento de los límites del contenido del injusto a difusos sectores de la Administración Pública -leyes penales en blanco-, etc.) *así como de la norma de sanción (del contenido de la sanción penal)*²⁶.

No son pocos los tipos penales en blanco encontrados en la Ley de los crímenes de responsabilidad fiscal (10.028/00), por ejemplo. Es el caso del art. 359-A, introducido en el Código Penal por fuerza del dispositivo legal mencionado. En su párrafo único consta que: "Incide en la misma pena quien ordena, autoriza o realiza operación de crédito, interno o externo: I. con inobservancia de límite, condición o monto, en ley o en resolución del Senado Federal; II. cuando el monto de la deuda consolidada sobrepasa el límite máximo autorizado por ley".

h) **uso del Derecho penal como instrumento de "política de seguridad"** (en flagrante contradicción con su naturaleza subsidiaria);

i) **poca preocupación con los principios de igualdad y de proporcionalidad**, para atender a una exacerbada preocupación *prevencionista* (ya no importa tanto retribuir proporcionalmente el mal causado, según la vieja doctrina de la pena-castigo -Kant-, sino prevenir futuras perturbaciones, mediante la intimidación)²⁷.

Determina el art. 242 del Estatuto del Niño y del Adolescente (ECA - ley 8069/90) para la acción de aquel que "venta, provea aun gratuitamente o entregue, de cualquier forma, a niño o ado-

²⁶ Conf. GOMES, Luiz Flávio, *Norma e bem jurídico no direito penal*, São Paulo, RT, 2002.

²⁷ Sobre la evolución del Estado para un "Estado de prevención" véase DENNINGER, *Der Präventionsstaat*, apud BARATTA, Alessandro, "Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho penal: una discusión en la perspectiva de la Criminología crítica", *Pena y Estado*, n. 1, Barcelona, Promociones y Publicaciones Universitarias, septiembre-diciembre de 1991, pág. 44, que señala: "En una confrontación con el modelo clásico, esta transformación significa que la *seguridad de los bienes jurídicos* tiende a prevalecer (...) sobre la seguridad o 'certeza' del Derecho. El Estado preventivo es entonces el 'Estado de la Seguridad'".

lescente, arma, munición o explosivo” la pena de detención de 6 meses a 2 años, mientras que el art. 10 de la ley 9437/97 (Ley de las Armas de Fuego) establece para las mismas conductas, sólo que sin especificar la participación del menor, la pena de detención de 1 a 2 años, y multa. La conducta prevista en el ECA, por involucrar a niño o adolescente, es más grave que la contemplada en la Ley de las Armas de Fuego, teniendo, contradictoriamente, una punición más blanda.

Tal hecho ocurrió porque el legislador, cuando en la elaboración de la última ley, no tuvo en consideración la alteración que constaba en el ECA, por medio de la cual hubo un incremento considerable de la punición, comparado con la pena hasta entonces existente. La única conducta antes criminalizada consistía en la acción de aquel que vendiese arma o munición, independientemente de la edad del comprador, y era sancionada a título de contravención penal, con pena correspondiente a prisión simple, de 3 meses a 1 año, o multa, o ambas acumulativamente (art. 18, decreto-ley 3688/41).

j) **transformación funcionalista de clásicas diferenciaciones dogmáticas** (autoría y participación, consumación y tentativa, dolo e imprudencia, etc.) fundadas en la imputación objetiva y subjetiva del delito, incluso porque la imputación individual acaba constituyendo un obstáculo para la eficacia de la nueva Política criminal.

Aquí es que entran en escena todos los tipos penales contruidos sobre la indefinida figura del “deber saber”. En el delito de receptación hubo la inclusión, por medio de la ley 9426/96, de una nueva figura agravada (§ 1º) la cual criminaliza la conducta de “adquirir, recibir, transportar, conducir, ocultar, tener en depósito, desmontar, montar, remontar, vender, exponer a venta, o de cualquier forma utilizar en provecho propio o ajeno, en el ejercicio de actividad comercial o industrial, cosa que debe saberse que es producto de crimen”. La pena prevista para el delito es de 3 a 8 años. Ya hace mucho tiempo se instaló una discusión en la doctrina acerca del real alcance de la expresión “deba saber”. Para algunos indica dolo, para otros culpa. La verdad es que si el agente *debía saber*, dos situaciones pueden incidir: o él sabía, o él desconocía el origen ilícito del producto. Pero, en todo caso, aunque se presente la última situación, o sea, desconocimiento acerca del origen ilícito, la norma sería aplicada, desde que se consiguiese comprobar que él tenía el deber y la posibilidad concreta de saber. De eso deviene un enorme problema: la misma conminación legal pasa a ser aplicable para situaciones totalmente diversas.

l) responsabilidad penal de la persona jurídica

Que está prevista en la Ley ambiental (ley 9605/98), art. 3°. El Derecho penal está fundamentado en la culpabilidad y en la responsabilidad personal, que significa que el agente sólo responde por el delito cuando tiene el poder de actuar de modo diferente y solamente él debe responder (nadie más). Eso implica un vínculo directo entre el agente y su acción (u omisión). La persona jurídica no tiene capacidad de culpabilidad. Es una anomalía hablar de responsabilidad “penal” de la persona jurídica. Lo que no significa que ella no tiene que ser responsabilizada, en ese caso (pero sí, civil, administrativamente, etc.).

m) endurecimiento de la fase ejecutiva de la pena, incluso por medio de inconstitucionales medidas provisionales del Presidente del país

Ese fenómeno ocurrió recientemente con la “Medida Provisoria” 28/02, que fue sancionada por el Presidente de la República para ampliar el poder de los directores de prisiones y agravar las penas de condenados que viniesen a ser culpados por infracciones al régimen carcelario al que están sujetos.

n) privatización o tercerización de la Justicia

Dos experiencias de privatización (tercerización) de prisiones se encuentran en curso en nuestro país: Guarapuava (PR) y Juazeiro do Norte (CE). Hasta ahora no ha habido huida de presos, ni motines y los presos trabajan; se privatizó (tercerizó): la contratación de los funcionarios, su preparación, material de hospedaje, manutención, seguridad y alimentación, salud y recreación; son presidios industriales; ventajas inherentes a las experiencias en curso: uso de la mano de obra del preso, mayor disciplina, trabajo integrado con las necesidades de la región, sin obligaciones laborales, remisión de la pena, ausencia de corrupción, etcétera. A pesar de todos los puntos positivos apuntados, es verdad que la privatización (o tercerización) del sistema penitenciario es señal inequívoca de un nuevo Derecho penal: o de la era de la globalización (neoliberal).

o) para alcanzar la meta de la efectividad, profundas *alteraciones están ocurriendo en el área del proceso penal*, casi siempre orientadas a la aceleración del procedimiento, agilización de la instrucción y rapidez de la Justicia, con *el corte de derechos y garantías fundamentales* para facilitar la operatividad de la intervención penal.

El funcionamiento del libre mercado aliado al ejercicio tendencialmente autoritario del poder que se verifica especialmente

en los países (periféricos) de democracia más formal que substancial²⁸, por el que se viene evidenciando, implica en la postergación o superación del liberalismo político clásico, que es personalista (respecto a la dignidad humana) y garantizador; eso significa que cada día se amplían las restricciones a las libertades democráticas y se *flexibilizan las garantías*.

Juarez Tavares²⁹, a propósito, enfatiza que “esta política criminal, que Hassemer califica de sombría y que se transforma gradualmente en el más perfecto instrumento de guerra a los preceptos que contemplan los derechos fundamentales, es vieja conocida de Latinoamérica, desde la aventura tan nuestra de la *seguridad nacional* hasta llegar a la práctica de los modelos neoliberales actuales, que se fundamentan en la extensión de la represión penal y en su diseminación”.

4. Globalización y Derecho penal: síntesis conclusiva

En este inicio del nuevo milenio, cuando ya se nota con claridad inequívoca una nueva era de la civilización (era de la globalización planetaria, que está siendo favorecida por la era informacional –Castells– o de la informatización), el Derecho penal tradicional, tal como estamos destacando en el libro *Las grandes transformaciones del Derecho penal tradicional*³⁰, se encuentra enormemente transformado. En algunos aspectos, para decir la verdad, está irreconociblemente deformado.

²⁸ Esa tendencia autoritaria en el ejercicio del poder encontró en las medidas provisionales su forma jurídica (poco ingeniosa, pero extremadamente funcional). Es un poder autoritario, por lo tanto, ejercido bajo la vestidura de la legalidad y con la connivencia del Poder Jurídico (Poder Judicial). Nunca fue tan necesaria la distinción entre legalidad (formal) y legitimidad substancial. De cualquier modo, no obstante la importancia, de poca utilidad será esa diferenciación si de ella no hace uso el Poder Jurídico.

²⁹ Conf. JUAREZ TAVARES, “La creciente legislación penal y los discursos de emergencia”, en *Teorías actuales en el Derecho penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1998, pág. 631, que apunta como características del modelo político-criminal neoliberal las siguientes: a) fomenta la orientación represiva extremadamente autoritaria para la “criminalidad de calle”; b) amplía la orientación preventiva, alcanzándose prioritariamente aquellas personas susceptibles de causar pérdidas económicas; c) estimula la extensión y la diversidad de las sanciones penales y extra penales”. Bajo la vigencia de este modelo penal intervencionista es que prácticamente toda legislación penal brasileña de esta década fue producida (véase JUAREZ TAVARES, *lug. cit.*, pág. 644 y sigs.).

³⁰ Conf. GOMES, Luiz Flávio y YACOBUCCI, Guillermo Jorge, *As grandes transformações do direito penal tradicional*, São Paulo, RT, 2002, en prensa.

Según nuestra concepción siete son los pecados capitales del Derecho penal en la era de la globalización: 1) hipertrofia irracional (caos normativo); 2) instrumentalización (del Derecho penal); 3) inoperatividad, selectividad y simbolismo; 4) excesiva anticipación de la tutela penal (prevencionismo); 5) descodificación; 6) desformalización (flexibilización de las garantías penales, procesales y ejecucionales) y 7) prisionización (explosión carcelaria).

Se impone definir con toda claridad para qué sirve el Derecho penal. Ese siempre fue el gran desafío de la ciencia penal. No se puede atribuir a él un papel que nunca conseguirá cumplir.

Valiéndonos de la imagen del elefante y de los ratones, da para ofrecer una idea (bastante próxima) de lo que viene ocurriendo con el tradicional Derecho penal, que es, en términos de velocidad, un verdadero *elefante* (teniendo en cuenta que se funda en la pena de prisión y exige, consecuentemente, el debido proceso legal clásico: investigación burocratizada, denuncia, pruebas, instrucción demorada, contradictorio, amplia defensa, sentencia, recursos, tribunales lentos y sobrecargados, etc.). La criminalidad de la era postindustrial y, ahora, de la globalización, a su vez, es muy veloz (tanto cuanto los *ratones*).

A lo largo del siglo XX, pero particularmente después de la Segunda Guerra Mundial, se creyó que sería posible contener o controlar ("combatir") los ratones con el elefante (con el Derecho penal tradicional), desde que alguna movilidad *extra* le fuese dada. El legislador, de esta forma, comenzó su *deformación* colocando algunas ruedas mecánicas en sus patas (léase: para enfrentar a la criminalidad moderna, comenzó a transformar el Derecho penal tradicional flexibilizando garantías, espiritualizando el concepto de bien jurídico, vaciando el principio de la ofensividad –mediante la construcción de tipos de peligro abstracto–, eliminando gran parte de la garantía de la legalidad, etc.).

Luego se percibió que la velocidad del elefante, aun ya deformado, seguía incompatible con la rapidez de la criminalidad. El proceso de motorización y, después, de turbinación de sus patas se dio en las tres últimas décadas del siglo XX: amplio proceso de criminalización, modificación constante del Código penal, aprobación masiva de leyes especiales, incremento de los tipos de peligro abstracto, agravamiento de penas, nuevos tipos penales, flexibilización de prácticamente todas las garantías penales y procesales, corte de derechos y garantías fundamentales, flexibilización de la prisión cautelar, prohibición del derecho de apelar, tutela prioritaria de bienes jurídicos supraindividuales (salud pública, consumidor, seguridad vial, etc.), anticipa-

ción de la tutela penal, admisión de la transacción penal, premios para el colaborador de la Justicia, *plea bargaining*, etc. Consecuencia: el elefante (el Derecho penal tradicional) se transformó radicalmente y está irreconocible.

Todo lo que la *intelligentsia* europea, norteamericana o aun nacional descubrió para “combatir” la criminalidad, aquí (en Brasil y nuestro entorno cultural) se adoptó (particularmente en los años 90). Son más de cien leyes (sólo en Brasil) en la esfera criminal.

Y fue con estas características que el Derecho penal llegó en la era de la globalización: hipertrofiado, confuso, caótico, simbólico, disfuncional, instrumentalizado, prevencionista exacerbado, descodificado, administrativizado, etc.

Es un elefante completamente deformado. Todavía continúa andando lentamente (léase: el Derecho penal funciona una vez u otra) pero es poco eficaz en la práctica (el índice de la cifra oscura aumenta cada día). Cuando actúa, (léase: donde coloca su pata) hace un estrago tremendo: la fuerza y el peso de su pata prácticamente aplasta los ratones que son alcanzados (esto quiere decir que, los pocos criminosos procesados y condenados son aplastados por larga prisión cautelar, severas penas aplicadas, inhumano sistema penitenciario, etc.).

La pregunta, entonces, que los profesores penalistas (dogmáticos) hoy formulan es la siguiente: ¿qué es lo que debemos hacer para contener la onda incesante de criminalidad (sea la convencional, sea la organizada) y al mismo tiempo respetar las clásicas garantías del Derecho penal tradicional?

Si admitimos la necesidad de protección de los bienes jurídicos para la convivencia social, la tendencia más clara en ese oscuro horizonte se inclina para la construcción de un sistema jurídico satelitario (PALAZZO) (que tiene mucha afinidad y avanza la idea del sistema penal de dos velocidades de Silva Sánchez –conf. *A expansão do direito penal*, São Paulo, RT, [en prensa]³¹), y que sería compuesto:

a) de un núcleo básico constituido por el clásico Derecho penal (fundado en la pena privativa de libertad y en el respeto a todas las garantías penales y procesales);

b) de un Derecho sancionador auxiliar (aplicado por el Poder Judicial, pero, sin hacer uso de la pena de prisión, lo que permite una cierta flexibilización de las garantías, del sistema de imputación, así como la posibilidad de elaboración de acuerdos, de transacción penal, etc.);

³¹ Conf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del Derecho penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, Cuadernos Civitas, 1999.

- c) del Derecho administrativo clásico (aplicado por la Administración Pública), y
- d) del Derecho civil, internacional, comercial, etcétera.

El Derecho penal sería el núcleo básico (el núcleo duro) de ese sistema jurídico satelitario. Tendría como ejes: la pena privativa de libertad, el debido proceso legal clásico, respeto a todas las garantías penales y procesales, etc. Sería, por otro lado, regido por varios principios cardinales: 1) de la exclusiva protección de bienes jurídicos; 2) de la intervención mínima (fragmentariedad y subsidiariedad del Derecho penal); 3) de la legalidad; 4) de la responsabilidad personal; 5) de la materialización del hecho (Derecho penal del hecho); 6) de la ofensividad; 7) de la responsabilidad subjetiva; 8) de la culpabilidad; 9) de la proporcionalidad; 10) de la igualdad y 11) de humanidad (o dignidad).

Todos esos principios cuentan con aprobación (explícita o implícita) constitucional. De otra parte, casi todos integran también el núcleo (duro) de la Política criminal. Abandonada la dogmática formalista y legalista y adoptado el método de la ponderación (solución justa para cada caso concreto, conforme propugnado por la dogmática teleológica, que persigue valores y fines constitucionales, según Roxin)³², se torna posible restablecer la estructura garantizadora del derecho penal tradicional, que debe ser reservado para la aplicación en pocos casos (solamente los más graves).

Ese parece ser el mejor camino para alcanzarse la desbanalización del Derecho penal, o sea, su no utilización emocional e irracional. Un Derecho penal así concebido (de intervención mínima, anclado en la pena de prisión, con total respeto al debido proceso legal, etc.) debería, además, ser protegido (conf. Ferrajoli) de dos formas:

- a) reserva de Código (todo lo que es más serio debe ir para dentro del Código Penal);

- b) reserva de ley complementaria (ninguna modificación puede ser realizada, a no ser que se haga por ley complementaria).

La mayor tarea del penalista en este inicio de tercer milenio, por consiguiente, consiste precisamente en combatir la irracionalidad de gran parte del Derecho penal exageradamente intervencionista y simbólico. El Derecho penal es instrumento de control social (for-

³² ROXIN, Claus, *Política criminal y sistema del Derecho penal*, Barcelona, Bosch, 1972.

mal) que sólo tiene sentido cuando es aplicado fragmentaria e subsidiariamente. Ese al menos es el discurso que debemos hacer nosotros los profesores.

5. Outras fontes bibliográficas consultadas y/o indicadas:

ALVES, Roque de Brito, "Globalização do crime", en *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 8, n. 88, mar. 2000, pág. 6.

BARROS-PLATIAU, Ana Flávia; GÓIS, Ancelmo César Lins de, "Direito Internacional e globalização", en *Cidadania e Justiça*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 8, 2000, págs. 27-42.

BATISTA, Carlos Roberto Rodrigues, "A globalização da Internet e a proliferação do crime de informática", en *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*, Brasília, n. 14, jul.-dez. 2000, págs. 51-67.

BAVA, Augusto Caccia, "A crítica reformista da exclusão social", en *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 7, n. 25, jan.-mar./99, págs. 240-245.

BELO, Warley Rodrigues, *A missão crítica do Direito Penal Comparado frente à globalização econômica*, en www.ibccrim.org.br, 28.11.01.

BESTER, Gisela Maria, "Estado-nação, soberania popular e poder constituinte originário frente ao processo globalizador", en *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, Bauru, n. 26, ago.-nov./99, págs. 53-70.

BICUDO, Tatiana Viggiani, "A globalização e as transformações no Direito Penal", en *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 6, n. 23, jul.-set./98, Ed. Especial, IV Seminário Internacional do IBCCrim, págs. 97-109.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos, "Direito Penal e globalização", en *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 7, n. 84, nov./99, pág. 4.

CASELLA, Paulo Borba, "Globalização, Direito e Estado: introdução", en *Mercosul*, Rio de Janeiro: Renovar, 2000, págs. 1-12.

CELLI JÚNIOR, Umberto, "Poder judiciário e globalização", en *Revista da AJUFE*, Brasília, v. 18, n. 61, abr.-jun./99, págs. 51-76.

COELHO, Edihermes Marques, "Democracia, cidadania e globalização", en *UNIJUS: revista jurídica*, Uberaba, v. 2, n. 1, out./99, págs. 75-94.

COELHO, Hercídia Mara Facuri, "Direito e globalização econômica", en *Revista Jurídica da Universidade de Franca*, Franca, v. 4, n. 6, maio/01, págs. 83-87.

- COSTA, José Francisco de Faria, "O fenômeno da globalização e o Direito Penal Econômico", em *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 9, n. 34, abr.-jun./01, págs. 09-25.
- DALLARI, Pedro Bohomoletz de Abreu, "Direito e globalização", em *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, Bauru, n. 23, ago.-nov./98, págs. 17-21.
- DAVID, Pedro R., *Globalización, prevención del delito y justicia penal*, Buenos Aires: Zavallia, 1999.
- DIP, Ricardo Henry Marques, "A globalização e a justiça penal - breves apontamentos sobre o Pacto de São José da Costa Rica", em *Justiça Penal-Críticas e Sugestões, 10 Anos da Constituição e a Justiça Penal, Meio Ambiente, Drogas, Globalização e o Caso Pataxó*, vol. 6, São Paulo, RT, 1999, pág. 136.
- DOBROWOLSKI, Silvio, *A Constituição no mundo globalizado*, Florianópolis, Diploma Legal, 2000.
- DOTTI, René Ariel, "A globalização e o Direito Penal", em *Boletim IBC-CRIM*, São Paulo, v. 7, n. 86, jan./00, pág. 9.
- FARIA, José Eduardo, "Declaração Universal dos Direitos Humanos: um cinquentenário à luz da globalização econômica", em *Revista CEJ - Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal*, n. 06, ano II, dez./98, pág. 49 y sigs.
- "Direitos humanos e globalização econômica: notas para uma discussão", em *Revista do Ministério Público*, Lisboa, v. 18, n. 71, jul.-set./97, págs. 33-47.
- "O judiciário após a globalização", em *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 4, n. 16, out.-dez./96, págs. 162-168.
- *O Direito na economia globalizada*, São Paulo: Malheiros, 1999.
- FARIÑAS DULCE, María José, "De la globalización económica a la globalización del Derecho: los nuevos escenarios jurídicos", em *Derechos y Libertades: revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Madrid, v. 5, n. 8, ene-jun/00, págs. 179-194.
- FRANCA FILHO, Márcilio Toscano, "Globalização e academia: a ordem internacional contemporânea e seus reflexos no Direito e seu ensino", em *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, Bauru, n. 17, abr.-jul./97, págs. 37-63.
- FRANCO, Alberto Silva, "Direito Penal e globalização", em *Direitos humanos: visões contemporâneas*, São Paulo: Associação Juízes para a Democracia, 2001, págs. 159-182.
- "Globalização e criminalidade dos poderosos", em *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, v. 10, n. 2, abr.-jun./00, págs.

- 183-228, en *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 8, n. 31, jul.-set./00, págs. 102-136 y en *Temas de Direito Penal Econômico*, Roberto Podval (org.), São Paulo, RT, 2000, págs. 235-277.
- “O perfil do juiz na sociedade em processo de globalização”, en *La administración de justicia: en los albores del tercer milenio*, Ana Messuti, Julio Andrés Sampredo Arrubla (comps.), Buenos Aires, Editorial Universidad, 2001, págs. 99-111.
- FURTADO, Márcio Medeiros, “Algumas consignações acerca do Tribunal Penal Internacional: origem, fundamento, características, competência, controvérsias e objetivos”, en *Revista dos Tribunais*, v. 783, ano 90, jan./01, págs. 469-503.
- GIDDENS, Anthony, *O mundo na era da globalização*, Lisboa: Editorial Presença, 2000.
- GOMES, Luiz Flávio, *A lavagem de capitais como expressão do “Direito Penal Globalizado”*: enfoque crítico, en www.ibccrim.org.br.
- GONÇALVES, Fernando Moreira, “Justiça penal e globalização”, en *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 8, n. 100, mar./01, pág. 16.
- GONZÁLEZ VIDAURRI, Alicia, “Globalización, post-modernidad y política criminal”, en *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 9, n. 36, out.-dez./01, págs. 9-32.
- LAFER, Celso, “Globalização econômica, políticas neoliberais e os direitos econômicos, sociais e culturais”, en *Encontro Brasileiro de Direitos Humanos (São Paulo: 1)*, São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 2001, págs. 47-55.
- MAIEROVITH, Walter Fanganiello, “A globalização e a justiça penal – As organizações internacionais criminosas e as drogas ilícitas”, en *Justiça Penal – Críticas e Sugestões, 10 Anos da Constituição e a Justiça Penal, Meio Ambiente, Drogas, Globalização e o Caso Pataxó*, v. 6, São Paulo, RT, 1999, pág. 119.
- MALEM SEÑA, Jorge, *Globalización, comercio internacional y corrupción*, Barcelona, Gedisa, 2000, (Cla De Ma Filosofía del Derecho).
- MINHOTO, Laurindo Dias, “Crime, castigo e distopia no capitalismo global”, en *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 9, n. 36, out.-dez./01, págs. 410-419.
- MOREIRA, Rômulo de Andrade, *Globalização e crime, Partes I, II e III*, en www.ibccrim.org.br, 14.08.01.
- NELKEN, David, “Globalizzazione del crimine e giustizia penale: ambiti e problemi”, en *Dei Delitti e delle Pene*, Napoli, n. 2, 1998, págs. 75-102.

- PINHEIRO, Paulo Sérgio, “Globalização econômica, políticas neoliberais e os direitos econômicos, sociais e culturais”, em *Encontro Brasileiro de Direitos Humanos* (São Paulo: 1), São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 2001, págs. 55-64.
- PISARELLO, Gerardo, “Globalización, constitucionalismo y derechos: las vías del cosmopolitismo jurídico”, em *Constitucionalismo, mundialización y crisis del concepto de soberanía*, Antonio del Cabo e Gerardo Pisarello (eds.), Alicante, Universidad de Alicante, 2000, págs. 23-53.
- SANDOVAL HUERTAS, Emiro, *Sistema Penal y Criminología Crítica, (El sistema penal colombiano desde la perspectiva de la Criminología Crítica)*, Bogotá-Colombia, Temis, 1985.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, “El Derecho Penal ante la globalización y la integración supranacional”, em *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 6, n. 24, out.-dez./98, págs. 65-78.
- SILVA, Tadeu A. Dix, “Globalização e Direito Penal Brasileiro: acomodação ou indiferença?”, em *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 6, n. 23, jul.-set./98, Ed. Especial, IV Seminário Internacional do IBCCrim, págs. 81-96.
- “O Direito Penal na contramão do processo globalizador”, em *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n.70/ed.esp., set./98, págs. 07-08.
- SOARES, Guido Fernando Silva, “A Globalização e a Justiça Penal – O Meio Ambiente e a Justiça no Mundo Globalizado”, in *Justiça Penal – Críticas e Sugestões, 10 Anos da Constituição e a Justiça Penal, Meio Ambiente, Drogas, Globalização e o Caso Pataxó*, v. 6, São Paulo, RT, 1999, pág.65.
- STRECK, Lenio Luiz, “Crise(s) paradigmática(s) no Direito e na dogmática jurídica: dos conflitos interindividuais aos conflitos transindividuais: a encruzilhada do Direito Penal e as possibilidades da justiça consensual”, em *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 7, n. 28, out.-dez./99, págs. 108-115.
- SUNDFELD, Carlos Ari, VIEIRA, Oscar Vilhena (coords.), *Direito global*, São Paulo, Max Limonad: SBDP, 1999.
- TENORIO TAGLE, Fernando, “Derechos fundamentales, control social y proceso de globalización: el Derecho Penal en el tercer milenio”, em *Iter Criminis: revista de Derecho y ciencias penales*, México, n. 5, 2000, págs. 143-164.
- VERANI, Sérgio, “A globalização do extermínio”, in *Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, 1996, págs. 131-139.

- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, “Desafios do Direito Penal na era da globalização”, en *Anais, 1º Encontro Nacional da Execução Penal*, Brasília: Fundação de Apoio à Pesquisa no Distrito Federal, 1998, pág.176 y sigs, y en *Cidadania e Justiça, Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros*, Rio de Janeiro, ano 2, n. 5, 2º sem./98, págs. 200-204 y sigs.
- “Globalização e sistema penal na América Latina: da segurança nacional à urbana”, en *Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade*, Rio de Janeiro, ano 2, n. 4, 2º sem./97, págs. 25-36.
 - “Globalización y sistema penal en America Latina: de la seguridad nacional a la urbana”, en *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 5, n. 20, out.-dez./97, págs. 13-23.
 - “La globalización y las actuales orientaciones de la política criminal”, en *Nueva doctrina penal*, Buenos Aires, n. A, págs. III-XXIV, 1999.