

LA POLÍTICA CRIMINAL DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES*

Jean Pierre Matus A.**

RESUMEN

El artículo expone las principales características comunes de los “delitos de trascendencia internacional” (*international crimes*) contemplados en tratados y convenciones, que no constituyen “crímenes de derecho internacional” (*crimes under international law*), presentando un rudimiento de sistematización de su parte general, en el sentido de la dogmática continental. Se sostiene que los hechos comprendidos en tales categorías, que en general afectan la libertad, la vida y la seguridad personal, se reconocen como delictivos por un amplio número de Estados, lo que podría ser indicador de la existencia de un incipiente “Estado mundial”, con reglas comunes de penalización al mismo tiempo necesitadas de implementación por parte de los Estados e independientes de la existencia de un órgano supranacional para hacerlas efectivas.

PALABRAS CLAVES

Delitos de trascendencia internacional – corrupción – trata de personas – tráfico de estupefacientes – lavado de dinero – derecho penal mundial.

ABSTRACT

This article exposes the principal characteristics that are common to the

* Trabajo preparado como coinvestigador del Proyecto FONDECYT N° 1060410, “Los nuevos desafíos que las nuevas estructuras sociales imponen al Derecho Penal”, dirigido en nuestro Centro de Estudios por el Dr. Raúl Carnevali. Una versión preliminar del texto se presentó en el Seminario de Política Criminal 2006, de nuestro Centro de Estudios de Derecho Penal, el día 10 de noviembre de 2006. Artículo recepcionado el 20 de diciembre de 2006 y aprobado el 10 de enero de 2007.

** Doctor en Derecho, Profesor Asociado y Director del Centro de Estudios de Derecho Penal de la Universidad de Talca (director@dpenal.cl).

international crimes contemplated in treaties and conventions which do not constitute “crimes under international law”, presenting a rudiment of systematization of its general part in the sense of the continental dogmatic. It is sustained that the facts understood in these categories, which in general affects the liberty, the life, and the personal security considered as crimes by a wide number of States which could be an indicator of the existence of an incipient “world state”, with common rules of penalization at the same time needed to implement by the states and independents of the existence of an supranational organ to make these effective.

KEY WORDS

International crimes – corruption – personal treatment – world penal law

1. Fenomenología

Según los listados proporcionados por la Secretaría General de las Naciones Unidas, actualizados al 1 de marzo de 2006,¹ los tratados y convenciones referidos a “cuestiones penales diversas” comprenden materias tan variadas como la antigua prohibición de la esclavitud y la trata de esclavos;² la toma de rehenes³ y la contratación de mercenarios;⁴ la prevención y el castigo de los delitos contra personas internacionalmente protegidas;⁵ la represión y financiamiento del terrorismo;⁶ la delincuencia organizada transnacional y la prevención, represión y sanción de la trata de personas, el tráfico ilícito de migrantes y el tráfico ilícito de armas;⁷ la corrupción⁸ y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.⁹ A estos tratados

¹ http://untreaty.un.org/English/TreatyEvent2006/All_treaties/spanish_2006.pdf, visitado 2.10.2006.

² Convención Sobre la Esclavitud, Ginebra, 1926, y su Protocolo de 1953; y Convención suplementaria Sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud, Ginebra, 1956.

³ Convención Internacional contra la Toma de Rehenes, Nueva York, 1979.

⁴ Convención Internacional contra el Reclutamiento, la Utilización, la Financiación y el Entrenamiento de Mercenarios, Nueva York, 1989.

⁵ Convención sobre la Prevención y el Castigo de los Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, inclusive los Agentes Diplomáticos, Nueva York, 1973; Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el Personal Asociado, Nueva York, 1994, y su Protocolo de 2005; y Acuerdo sobre los Privilegios e Inmunidades de la Corte Penal Internacional, Nueva York, 2002.

⁶ Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas, Nueva York, 1997; Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, Nueva York, 1999; Convenio Internacional para la Represión de los Actos de Terrorismo Nuclear, Nueva York, 2005.

⁷ Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Nueva York, 2000, y sus Protocolos para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños; Contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire (ambos de 2000); y Contra la Fabricación y el Tráfico Ilícitos de Armas de Fuego, sus Piezas y Componentes y Municiones, Nueva York, 2001.

⁸ Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, Nueva York, 2003.

⁹ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Roma, 1998.

se deben agregar los que Naciones Unidas califica como relativos a los “derechos humanos”, particularmente los referentes al genocidio,¹⁰ la tortura¹¹ y demás crímenes internacionales;¹² así como la larga lista de los relativos al tráfico ilícito de estupefacientes,¹³ la “trata de personas”,¹⁴ la represión de las “publicaciones obscenas”¹⁵ y de los atentados a naves¹⁶ y aeronaves.¹⁷ Además, deben incorporarse a esta lista los tratados sectoriales que, eventualmente, contienen disposiciones que obligan a una penalización, como sucede con ciertos tratados relativos al medio ambiente¹⁸ y la pornografía infantil.¹⁹

La extensión de estas obligaciones internacionales con relación al derecho penal puede aquilatarse en la compilación de Bassiouni, quien ha identificado en el derecho convencional 260 tratados relativos al derecho penal, entre los cuales 57 declaran una conducta como un crimen de trascendencia internacional, 183 contienen la obligación de perseguir o castigar una conducta, y 85 prevén expresamente la criminalización de una conducta.²⁰

¹⁰ Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, Nueva York, 1948.

¹¹ Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, Nueva York, 1984, sus Enmiendas de 1992, y su Protocolo Facultativo de 2002.

¹² Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, Nueva York, 1968; y Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid, Nueva York, 1973.

¹³ Protocolos, Convenios y Acuerdos que enmiendan los Acuerdos, Convenios y Protocolos sobre Estupefacientes y Opio, Nueva York, 1946; Protocolo para Limitar y Reglamentar el Cultivo de la Adormidera y la Producción, el Comercio Internacional, el Comercio al Por Mayor y el Uso del Opio, Nueva York, 1953; Convención Única sobre Estupefacientes, Nueva York, 1961, y sus Protocolos de 1972 y 1975; Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas, Viena, 1971; y Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias, Viena, 1988.

¹⁴ Convenio para la Represión de la Trata de Mujeres y Niños, Ginebra, 1921, y su Protocolo de 1947; Convenio para la Represión de la Trata de Mujeres Mayores de Edad, Ginebra, 1933, y su Protocolo de 1947; Acuerdo Internacional para Asegurar una Protección Eficaz contra el Tráfico Criminal Denominado Trata de Blancas, París, 1904, y su Protocolo de 1949; Convenio Internacional para la Represión de la Trata de Blancas, París, 1910, y su Protocolo de 1949; y Convenio Para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena y su Protocolo, Nueva York, 1950.

¹⁵ Acuerdo para la Represión de la Circulación de Publicaciones Obscenas, París, 1910, y su Protocolo de 1949; y Convenio para la Represión de la Circulación y el Tráfico de Publicaciones Obscenas, Ginebra, 1923, y su Protocolo de 1947.

¹⁶ Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Navegación Marítima, Roma, 1988.

¹⁷ Convenio Sobre las Infracciones y Ciertos Otros Actos Cometidos a Bordo de las Aeronaves, Tokyo, 1963; y Convención para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves, La Haya, 1970.

¹⁸ Una exposición análisis de los mismos puede verse en MATUS, Jean Pierre (editor). *Derecho penal del medio ambiente*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2004, 245 p., p. 17-52.

¹⁹ Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño Relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía, Nueva York, 2002.

²⁰ BASSIOUNI (editor). *International Criminal Law*. t. 1. 2ª ed. 1999, citado por WERLE, Gerhard. *Tratado de Derecho penal internacional*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2005 p. 93, cita 189.

1.1. Delimitación y características de los delitos de trascendencia internacional

Werle denomina al conjunto de normas que se derivan de este variopinto grupo de convenciones y tratados, Derecho de los “crímenes de trascendencia internacional” (*international crimes*), entre los cuales cabría distinguir claramente aquéllos que podemos denominar “crímenes de derecho internacional” (*crimes under international law*), que son penalizados directamente por el Derecho internacional y por organismos internacionales (como sucede típicamente con los delitos de lesa humanidad y demás crímenes internacionales reconocidos en el Estatuto de Roma); del resto de los crímenes de trascendencia internacional, respecto de los cuales el Derecho internacional impondría únicamente obligaciones de implementación de la penalización de determinadas conductas conforme al derecho interno de cada Estado, como sucede típicamente con las Convenciones de Viena de 1998 y de Palermo de 2000, contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y contra la Delincuencia Organizada Transnacional, respectivamente.²¹

No se comprende en estos grupos de casos las normas del llamado “derecho penal supranacional”, centro de la discusión en Europa a partir de la reciente sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 15 de septiembre de 2005, que reconoció la competencia de la Comisión Europea para imponer a los Estados miembros determinados tipos y sanciones penales con relación a la protección del medio ambiente, debido, básicamente, a su carácter regional, razón por la cual tampoco abordaremos su tratamiento en este lugar.²²

Una característica del conjunto de las convenciones y tratados que regulan los “crímenes de trascendencia internacional” que no constituyen “crímenes de derecho penal internacional” ni son parte de un “derecho penal supranacional”, es que en general sus normas no son

²¹ WERLE, *Tratado*, p. 92 y siguientes.

²² A modo de referencia reciente, ver al respecto, entre otros, en España: ESTRADA C. Albert. “Vía libre al Derecho penal europeo. Comentario a la Sentencia del TJCE de 13 de septiembre de 2005”. *InDret*. 2/2006, nº 341; y BLANCO LOZANO, Isidoro. “El Derecho penal y el primer pilar de la Unión Europea”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 06-05, 2004. En Alemania, la encendida discusión iniciada por HEFENDELF, Roland. “Europäischer Umweltschutz: Demokratiespritze für Europa oder Brüsseler Putsch”. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*. 4/2006, p. 161-167; “Europäisches Strafrecht: bis wohin und nicht weiter?”. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*. 6/2006, p. 229-236; POHL, Tobias. “Verfassungsvertrag durch Richterspruch. Die Entscheidung des EuGH zu Kompetenzen der Gemeinschaft im Umweltstrafrecht”. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*. 5/2006, p. 213-221. Para una visión general y menos apasionada del estado de la cuestión, véase AMBOS, Kai. *Internationales Strafrecht*. München: C.H. Beck, 2006, 491 p., p.375-403. Sobre la evolución del Derecho europeo en la materia antes del fallo comentado, véase el pionero trabajo de CARNEVALI, Raúl. *Derecho penal y derecho sancionador de la Unión Europea*. Granada: Comares, 2001, 472 p., donde, conforme al estado de la discusión en ese momento, se afirmaba la inconveniencia de un derecho penal supranacional, decantándose por favorecer un proceso acelerado de armonización y un empleo intensivo del derecho administrativo sancionador (p. 415-424).

“autoejecutables” (*self executing*),²³ sino obligaciones internacionales de diferente intensidad (según la clasificación de Virally: “invitaciones a observar comportamientos”, “obligaciones de desarrollo discrecional”, “obligaciones generales no concretadas”, y “obligaciones concretas”),²⁴ que en todo caso se encuentran necesitadas de implementación por parte de los Estados suscriptores,²⁵ conforme a su propio sistema jurídico.²⁶

Sin embargo, en la actualidad, dichos tratados y convenciones regularmente emplean mecanismos que van más allá de entregar su implementación a la interpretación que cada Estado haga de sus normas y a la vigilancia informal del conjunto de la comunidad internacional, recurriendo para ello a “técnicas organizadas”:²⁷ de una parte, mediante “técnicas convencionales”, obligando a que los Estados Parte informen periódicamente de los avances en la materia a alguna autoridad designada (Secretaría General, Conferencia o Asamblea de las Partes, etc.) en el Tratado respectivo para controlar su implementación;²⁸ y de otra, mediante

²³ La necesaria distinción entre las normas de un tratado que serían “autoejecutables” y aquellas que por el lenguaje empleado en el tratado o la naturaleza de las obligaciones contraídas, requieren de un acto del poder legislativo de cada Estado parte para tener aplicación directa en los tribunales internos ha sido desarrollada principalmente por la Corte Suprema de los Estados Unidos, en interpretación del art. 6º, inc. 2º de su Constitución, según el cual la “Constitución y las leyes de los estados Unidos que se expidan con arreglo a ella, y todos los tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la suprema ley del país y los jueces de cada Estado estarán obligados a observarlos”. Al respecto, los fallos donde se sientan las bases de esta doctrina que se ha mantenido inalterada hasta hoy día son *Foster v. Neilson*. 27 U.S. 253 (1829), y *U.S. v. Percheman*. 32 U.S. 51 (1833). Una aplicación reciente de la misma, puede verse en el controvertido caso *Hamdam v. Rumsfeld, Secretary of Defense et al.* 29.06.2006.

²⁴ La determinación del contenido preciso de una norma de derecho internacional queda, por tanto, entregada a la interpretación del lenguaje empleado. Ver al respecto: MATUS A., Jean Pierre; ORELLANA C., Marcos. “Acerca de la existencia de obligaciones internacionales de establecer delitos medioambientales, contempladas en los tratados suscritos por la República de Chile”. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*. t. XCVIII, nº 4, 2001, p. 93-113, p. 98-100, donde se encuentran las referencias a los tratadistas de derecho internacional pertinentes.

²⁵ Sobre la necesidad de “implementar” legislativamente las normas del Derecho internacional penal en general (y en particular, las del Estatuto de Roma), junto con una descripción de los para hacerlo, puede verse los textos de CÁRDENAS, Claudia. “Los crímenes del Estatuto de la Corte Penal Internacional en el derecho chileno, necesidad de una implementación”. *Polít. crim.* nº 2, A1, 2006, p. 1-17, y NAVARRO D., Roberto. “Los efectos en el sistema chileno de fuentes del Derecho penal de la incorporación de los tratados internacionales y del fenómeno de la globalización”. *Ius et Praxis*. Año 10, nº 1, 2004, p. 77-111.

²⁶ Para ilustrar este aspecto, tomemos como ejemplo la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Transnacional (Convención de Palermo de 2000, vigente desde el 29 de septiembre de 2003). Según las “Guías Legislativas” preparadas por la UNODC, primero hay que distinguir cuándo el tratado obliga determinadamente, entrega alternativas de acción o simplemente faculta (insta) a adoptar alguna medida; y en segundo término, si es necesario y cómo sería posible, de acuerdo a las regulaciones internas, modificar la legislación para cumplir con los mínimos y, si se quiere, recoger las invitaciones que hace la comunidad internacional (Nº 8).

²⁷ En general, sobre los procedimientos jurídicos para hacer cumplir las disposiciones de los tratados, véase CAMBACAU, Jean; SUR, Serge. *Droit international public*. Paris: Montchrestien, 1993, 821 p., p.165-216, y sobre las “técnicas organizadas” de implementación, particularmente, las p. 204-207.

²⁸ Pionera, la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes, que estableció como órganos internacionales de fiscalización de su implementación a la Comisión de Estupefacientes del Consejo Económico y Social y a la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes, que existían anteriormente. En los tratados más modernos

la “técnica institucional” de encomendar a un organismo internacional la vigilancia y verificación del cumplimiento del Tratado, con base en sus facultades generales, como sucede típicamente con la labor de la UNODC para proveer de asistencia legal (incluyendo la elaboración de legislaciones modelos y guías para su implementación), entrenamiento a legisladores, jueces y fiscales, y asesoría técnica para facilitar la colaboración judicial (traducciones, intermediación, etc.), con el propósito de hacer efectivos los objetivos de las principales convenciones sobre crímenes de trascendencia internacional.²⁹

Por lo tanto, la necesidad de ajustar nuestra legislación a los requerimientos que de esta multiplicidad de tratados se desprenden, esto es, de implementar en el derecho interno sus disposiciones, no está en discusión.

La cuestión no es “si” esto es necesario, sino “cómo” hacerlo en el marco de nuestro Estado de Derecho, teniendo en cuenta que no sólo estamos ante obligaciones internacionales requeridas de implementación, sino que se debe ser muy cuidadoso a la hora de interpretar los instrumentos internacionales respectivos, pues estas “obligaciones” pueden ser de muy diferente intensidad: sólo en casos contados suponen una verdadera obligación modificar el derecho interno para darle cumplimiento. Las indicaciones generales de las *Guías Legislativas* elaboradas por la UNODC para la implementación de la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000 son muy claras a este respecto:

“8. Al establecer sus prioridades, los legisladores nacionales deberán tener presente que las disposiciones de la Convención y de sus Protocolos no tienen todas el mismo grado de obligación. En general, las disposiciones pueden agruparse en las tres categorías siguientes:

- a) Medidas que son obligatorias (ya sea absolutamente o cuando se hayan cumplido determinadas condiciones);
- b) Medidas cuya aplicación los Estados Parte deben considerar o procurar;
- c) Medidas que son facultativas”

Y en cuanto al modo de hacer cumplir las obligaciones de tipificación en particular, se agrega:

se utiliza el expediente de la “Conferencia de Partes” como autoridad encargada de supervigilar su implementación, bajo el control indirecto de la Secretaría General (así, los Convenios CITES y la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional).

²⁹ Véase el *brouchure* UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. *Global programmes. Update november 2003*. En http://www.unodc.org/pdf/crime/publications/cicp_global_programmes.pdf [visitado el 14.12.2006].

“13. Se recomienda que los legisladores verifiquen la coherencia con otros delitos, definiciones y usos legislativos antes de emplear las formulaciones o la terminología de la Convención. La Convención se redactó con fines generales y va dirigida a los gobiernos nacionales. Por consiguiente, su nivel de abstracción es mayor que el necesario para la legislación interna. De ahí que los legisladores deban tener cuidado de no incorporar literalmente partes del texto. En lugar de ello, se les anima a que capten el espíritu y significado de los distintos artículos...”

Insistiéndose después en que

“43. Los legisladores nacionales deberán concentrarse en la sustancia y el espíritu de la Convención, y no intentar traducir simplemente su texto o incluirlo literalmente en nuevas leyes o enmiendas. La redacción de leyes sobre nuevos delitos y su aplicación, incluidos los medios jurídicos de defensa y demás principios jurídicos, quedan reservadas a los Estados Parte (...). Por consiguiente, los legisladores deden cerciorarse de que los nuevos artículos estén en consonancia con la tradición jurídica, los principios y las leyes fundamentales del propio país. Así se evitará el riesgo de conflictos e incertidumbre acerca de la interpretación de las nuevas disposiciones por parte de los tribunales o los jueces”.

1.2.3. Objeto de análisis: los “seis programas globales” de la UNODC. Sus características principales.

Por las razones señaladas en los apartados anteriores, nos concentraremos en este lugar únicamente en describir los elementos comunes de la regulación del resto del “crímenes de trascendencia internacional” que tienen alguna relevancia para Chile (por ser suscriptor de los tratados concernidos) y que conciernen a la comunidad internacional toda,³⁰ tomando como

³⁰ Naturalmente, Chile también es suscriptor de diversos tratados que se refieren a temas similares, celebrados en el marco de la Organización de los Estados Americanos, cuyo contenido y alcance no puedo analizar en este lugar, salvo para afirmar que, en lo esencial, las obligaciones que ellos contienen no difieren sustancialmente de las comprendidas en la regulación de las Naciones Unidas, aunque su intensidad es menor. Los principales tratados celebrados en este ámbito regional son: Convención para Prevenir y Sancionar los Actos de Terrorismo Configurados en Delitos Contra las Personas y la Extorsión Conexa Cuando éstos Tengan Trascendencia Internacional, 1971 (suscrita, pero no ratificada por Chile); Convención Interamericana Sobre Extradición de 1981 (suscrita, pero no ratificada por Chile); Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura de 1985 (ratificada por Chile en 1988); Convención Interamericana Sobre Asistencia Mutua en Materia Penal de 1992 y su Protocolo de 1995 (ratificados por Chile en 2004); Convención Interamericana Sobre Desaparición de Personas de 1994 (suscrita, pero no ratificada por Chile); Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer »Convención De Belem Do Para« de 1994 (ratificada por Chile que protejan a víctimas y testigos;³⁰ en 1994); Convención Interamericana Sobre Tráfico Internacional de Menores

muestra los que la Oficina de las Naciones Unidas sobre Drogas y Crimen (en adelante UNODC), había incorporado en 2003 a sus “seis programas globales”, a saber, los relativos a drogas, crimen organizado, tráfico de personas, lavado de dinero, corrupción y terrorismo, y que hoy se encuentran comprendidos dentro del *Crime Programme*.³¹

Típicamente, en un Tratado que configura delitos de trascendencia internacional, aparte de las definiciones y los aspectos técnicos relativos a ratificación y vigencia, se establecen alguna o varias de las siguientes obligaciones internacionales:

En materia penal, propiamente tal:

- Que los Estados Parte tipifiquen determinados delitos, más o menos detalladamente descritos en el tratado, los cuales, siendo de carácter común, pueden tener efectos transnacionales imponiéndoles penas privativas de libertad más o menos graves;³²
- Que los Estados Parte impongan, además, el más amplio comiso posible de los bienes producto de dichos delitos y de los que los sustituyan;³³
- Que los Estados Parte establezcan medidas para hacer efectiva la responsabilidad de las personas jurídicas por su participación en dichos delitos;³⁴ y
- Que los Estados Parte adopten reglas que favorezcan la delación compensada como eximente (“inmunidad judicial”) o atenuante.³⁵

En materia procesal penal:

- Que los Estados Parte adopten ciertas medidas procesales que hagan más efectiva la persecución y el castigo de esos delitos, en el ámbito interno, incluyendo la adopción de técnicas de investigación especiales (entregas vigiladas, vigilancia electrónica, agentes encubiertos), y medidas
- Que los Estados Parte adopten ciertas medidas procesales y administrativas, que impidan convertirlos en “paraísos” o “refugios” de quienes cometen los delitos a que se refiere, incluyendo medidas de levantamiento del secreto bancario³⁶, colaboración con la administración de justicia de los otros Estados parte, el establecimiento de reglas que permitan la jurisdicción sobre territorios no sometidos

de 1994 (no suscrita por Chile); Convención Interamericana Contra la Corrupción de 1996 (ratificada por Chile en 1998); Convención Interamericana Contra la Fabricación y el Tráfico Ilícitos de Armas de Fuego, Municiones, Explosivos y Otros Materiales Relacionados de 1997 (ratificada por Chile en 2003); y Convención Interamericana Contra el Terrorismo (ratificada por Chile en 2004).

³¹ Véase la página web de esta oficina: http://www.unodc.org/unodc/en/crime_cicp.html [visitada el 14.12.2006].

³² Art. 36 de la Convención Única sobre Estupefacientes de 1961.

³³ Art. 5 de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias de 1988.

³⁴ Art. 26 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003.

³⁵ Art. 3.6. Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias de 1988.

³⁶ Art. 12.2 del Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo de 1999.

a la de otros estados³⁷ y que impidan la existencia de hechos “sin jurisdicción”,³⁸ y regulaciones específicas sobre los procesos de extradición, para facilitarlos o, en caso que sea denegada, permitir el enjuiciamiento en el país requerido.³⁹

2. Un rudimiento de sistematización de la parte general de los delitos de trascendencia internacional

Como señalásemos en el apartado anterior, en cierto sentido, pertenecen al Derecho internacional penal tanto los “crímenes internacionales” (Derecho penal internacional, *Völkerstrafrecht*), actualmente regulados en el Estatuto de Roma del Tribunal Penal Internacional, como los “crímenes de trascendencia internacional” que aquí estudiamos. Por lo mismo, adoptaremos en esta exposición un método similar al que Ambos emplea para el derecho penal internacional, esto es, un método *funcionalista*, pero no en el sentido radical, sino en el de encontrarse *empíricamente orientado a los problemas*, buscando determinar “la función y el rol que los institutos jurídicos juegan en la resolución de esos problemas”, para de este modo lograr construir un sistema libre de los conceptos sistemáticos de un único ordenamiento jurídico, requisito indispensable para la sistematización de un derecho aplicable al conjunto de naciones del orbe⁴⁰. El sistema que de esta aproximación se deriva consiste en dividir los principios generales de responsabilidad de las particularidades de la parte especial (en la medida de lo posible, ya que todo el Derecho internacional penal es, básicamente, parte especial, como ilustrativamente lo señalan los títulos de las Convenciones aplicables), y los primeros, entre los presupuestos de la responsabilidad individual y las reglas relativas a las defensas o eximentes, sin hacer distinción entre antijuricidad y culpabilidad. En este lugar, sólo me referiré a los aspectos de parte general, ya que el programa de la parte especial del Derecho internacional penal sólo puede ser enunciado, como se hizo al describir el fenómeno, dada su extensión, imposible de abordar en un trabajo de esta naturaleza.⁴¹

³⁷ Art. 3.2. del Convenio Sobre las Infracciones y Ciertos Otros Actos Cometidos a Bordo de las Aeronaves de 1963.

³⁸ Art. 4 de la Convención para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves de 1970.

³⁹ Art. 36.2.a) iv) de la Convención Única sobre Estupeficientes de 1961, enmendada por el protocolo de 1972.

⁴⁰ AMBOS, Kai. *Der allgemeine Teil des Völkerstrafrechts. Ansätze einer Dogmatisierung*, 2ª ed. Berlin: Duncker & Humblot, 2004, 1057 p., p. 44. Con un método similar FLETCHER, George. *Conceptos Básicos de Derecho Penal* (trad. de Fco. Muñoz Conde), Valencia 1997, intenta construir lo que denomina una “gramática universal del Derecho penal” (p. 19), no siendo por ello casualidad el importante lugar que a este autor americano tiene entre las citas de Ambos al explicar el sentido de la terminología y conceptos del *common law* involucrados en los problemas que estudia. Entre nosotros, puede verse un intento similar en la obra de POLITOFF, Sergio / KOOPMANS, / RAMÍREZ, Mª Cecilia. “Chile”. En: BANPLAIN, R. (Editor). *International Encyclopaedia of Laws*, 2ª ed. La Haya: Kluwer 1999, Suppl. 16 (July 1999), 248 p., donde se ofrece una sistematización del derecho penal patrio de acuerdo al entendimiento del *common law*.

⁴¹ Un notable esfuerzo y modelo de sistematización de esta parte especial, puede verse en QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado*, t. I, p. 335-377, comprendiendo los, en términos del autor, “delitos de fuente internacional en vía acordada” vigentes en 1957: esclavitud, trata de mujeres y niños, publicaciones obscenas, estupeficientes,

2.1. La responsabilidad individual

2.1.1. Elementos objetivos

En su aspecto objetivo, los delitos de trascendencia internacional exigen la externalización de una conducta humana, aunque ésta puede tomar varias formas, según la materia de regulación: puede tratarse de un acto del habla (p. ej., en el soborno de funcionarios públicos: “la promesa” y “el ofrecimiento” de un beneficio indebido),⁴² de una vinculación subjetiva con un objeto ilícito (la “posesión” de estupefacientes para su “consumo personal”),⁴³ de una acción material, con o sin resultado separable de la misma (falsificación de documentos⁴⁴, destrucción de medios de transporte⁴⁵).

Además, en general, las descripciones típicas que se proponen a los Estados parte, basadas en el interés de no dejar “lagunas de punibilidad”, son extremadamente detallistas y fatigosas⁴⁶, por lo que a su respecto no parece del todo aplicable el temor de que en su implementación se lesione el principio de determinación o tipicidad⁴⁷, sino al contrario: lo más probable es que al implementarse en sistemas legalistas, el excesivo detalle lleve a dejar lagunas de punibilidad.

daños en cables submarinos y falsificación de monedas. Entre nosotros, pueden verse acercamientos parciales a cada clase de delito de trascendencia internacional en MATUS/ORELLANA, “Obligaciones”; PALMA, Carlos. “El derecho internacional del tráfico ilícito de estupefacientes y los problemas de territorialidad y extraterritorialidad de las ley penal chilena”. En: POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre (coordinadores). *Lavado de dinero y tráfico ilícito de estupefacientes*. Santiago: Lexis-Nexis1999, 507 p., p. 265-460. Sobre el contenido del terrorismo y la corrupción como delitos de trascendencia internacional en la actualidad, ver los textos de contenidos en LOSANO G., Mario; MUÑOZ CONDE, Francisco (coordinadores). *El derecho ante la globalización y el terrorismo*. <<Cedant ama togae>>. Valencia: Tirant Lo Blanch, 459 p.

⁴² Art. 15 a) de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003.

⁴³ Art. 3.2. de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988.

⁴⁴ Art. 6. i) del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, de 2000.

⁴⁵ Art. 3.1.a. Convención Para reprimir los Actos contra la Navegación Marítima,

⁴⁶ Por todos, ver el Art. 3 de la de la Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988.

⁴⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús M^a. *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2^a ed., revisada y ampliada. Madrid: Civitas 2001, 167 p., p. 100. En este punto, el fundado temor de Silva Sánchez puede dirigirse no a un futuro “derecho penal de la globalización”, sino al estado actual de relativización general de este principio en la dogmática alemana, como se afirma (crificándola) por SÜß, Franck. “El trato actual del mandato de determinación”. En INSTITUTO DE CIENCIAS CRIMINALES DE FRANKFURT; ÁREA DE DERECHO PENAL DE LA UNIVERSIDAD POMPEU FABRA (editores). *La insostenible situación del Derecho penal*. Granada: Comares 2000, 552 p., p. 223-247; y también, desde un punto de vista más discutible, por NAUCKE, Wolfgang. “La progresiva pérdida de contenido del principio de legalidad penal como consecuencia de un positivismo relativista y politizado”. En INSTITUTO / ÁREA, *La insostenible*, p. 531-550.

El riesgo señalado anteriormente es bien claro, tratándose de “omisiones”. No existen por regla general figuras de “omisión propia” ni reglas que expresamente permitan extender la responsabilidad personal directa por omisiones equivalentes a las conductas descritas, como las del §13 del Código penal alemán⁴⁸ o el Art. 11 del Código penal español.⁴⁹ La cuestión quedará entregada a la interpretación que los Estados Parte realicen conforme a sus propias reglas de imputación, con los eventuales problemas de doble incriminación que ello conllevaría, salvo que entre dichas reglas se acepte la comisión por omisión sin disposición legal expresa,⁵⁰ como se hace entre nosotros.⁵¹ Desde este punto de vista, es posible minimizar el riesgo de “expansión” que señala Silva Sánchez, en el sentido de que el derecho penal de la globalización podría llevar a establecer reglas más laxas de imputación en la omisión:⁵² éstas serán, al igual que, como acabamos de ver sucede con el principio de legalidad, tan laxas como sea la dogmática de cada Estado Parte.⁵³

Tampoco existen reglas sobre imputación objetiva en el sentido de vinculación o nexo causal, pues en este punto la regulación de los crímenes de trascendencia internacional va más allá de los justificados temores manifestados por Silva Sánchez, pues sencillamente el escasísimo número de descripciones típicas que contemplan como requisito la realización de un resultado, se acompaña de un requerimiento de castigo, en el mismo nivel de gravedad, de los actos de tentativa.⁵⁴

⁴⁸ Para una descripción del estado actual de la cuestión en Alemania, ver STRATENWERTH, Günther. *Derecho penal. Parte General*. 4ª ed. totalmente reelaborada (2000). Trad. M. CANCIO y M. SANCINETTI. Buenos Aires: Hammurabi, 2005, 568 p., p. 453-497

⁴⁹ Por todos, para la situación posterior al Código de 1995, ver GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. “El delito de omisión impropia”. *Revista de derecho penal y criminología*. n° 4, 1999, p. 525-554.

⁵⁰ Como fundamentaba conceptualmente para España, antes del Código de 1995, SILVA SÁNCHEZ, Jesús Mª. *El delito de omisión. Concepto y sistema*. Barcelona: Bosch: 1986, 387 p., p. 158-162, sobre la base de que un mandato puede contenerse en expresiones formalmente prohibitivas, siempre que la prescripción consista en evitar la lesión de un bien jurídico.

⁵¹ CURY, Enrique. *Derecho penal*. 7ª ed. Santiago: P. Universidad Católica de Chile, 2005, 812 p., p.673-679. Y siguiendo las tesis de Silva Sánchez, CARNEVALI, Raúl. “El delito de omisión. En particular, la comisión por omisión.” *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*. n° 9, 2002, p. 69-82.

⁵² SILVA SÁNCHEZ, *Expansión*, p. 98.

⁵³ De hecho, la aceptación inveterada de los delitos de comisión por omisión por la doctrina de nuestro ámbito cultural no está exenta de la crítica de laxitud, en el sentido de que ella importa en sí misma extender la incriminación a hechos no contemplados en la ley, crítica que lleva a rechazar su admisibilidad allí donde no está establecida expresamente por la ley, como afirma aisladamente NOVOA MONREAL, Eduardo. *Fundamentos de los delitos de omisión*. Buenos Aires: Depalma, 1983, 214 p., p. 189.

⁵⁴ Así, en los Arts. 1º y 2º de la Convención para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves de La Haya, 1970, donde “los Estados Contratantes se obligan a establecer para el delito penas severas” (art. 2º), definiéndose que comete el mismo toda persona que “a) Ilícitamente, mediante violencia o cualquier otra forma de intimidación, se apodere de tal aeronave, ejerza el control de la misma o intente cometer tales actos”.

2.1.2. Elementos subjetivos

Desafiando la dogmática que afirma la inexistencia de algo así como el elemento volitivo o la intencionalidad como requisitos del dolo,⁵⁵ los delitos de trascendencia internacional exigen la “intencionalidad” (*willfully*) en prácticamente todas las figuras penales. Para que no quede duda de que la intencionalidad o voluntariedad es algo diferente de otros ánimos exigidos o del conocimiento de ciertos elementos del tipo, muchas figuras agregan además los requisitos de actuar “con el propósito de” (traficar, por ejemplo)⁵⁶ y “a sabiendas de” (por ejemplo, el origen ilícito de un objeto).⁵⁷

Para compensar la alta exigencia probatoria que los elementos subjetivos imponen, el Derecho internacional penal suele consagrar explícitamente la regla de que “el conocimiento, la intención o la finalidad requeridos como elementos de los delitos ... podrá inferirse de las circunstancias objetivas del caso”.⁵⁸ Nótese que, por “permissiva” con la parte acusadora que parezca la regla, ella impone la prueba efectiva de dichos elementos, más allá de la prueba del elemento objetivo del delito, en circunstancias que nuestro Código vigente todavía establece en su texto (muy debatido, por lo demás) una presunción simplemente legal de la voluntariedad (dolo en los términos de la jurisprudencia y doctrina mayoritarias), con la sola prueba de la realización de la conducta.⁵⁹

En contra de estas exigencias subjetivas, se podría afirmar que se trata de expresiones sin contenido, ya que reflejarían conceptos que no corresponderían al estado actual de la “ciencia” penal. Pero cuando ellas se presentan en la mayor parte de los hechos que se pide se consideren delitos, tienen un sentido bastante claro en el lenguaje natural y en los documentos

⁵⁵ En español, el trabajo de RAGUÉS I VALLÉS, Ramón. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Bogotá: Bosch y U. Externado, 2002, 566 p., es una de las mejores obras recientes que afirman la tesis puramente cognitiva y normativa del dolo, excluyendo toda remisión a elementos psicológicos. Por el contrario, entre los importantes autores que todavía mantienen un concepto de dolo en que el elemento volitivo juega un rol fundamental, se puede mencionar a ROXIN, Claus. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. 2ª ed. t. I. München: C.H. Beck, 1994, 957 p., p. 347 y siguientes.

⁵⁶ Art. 3º de la Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988.

⁵⁷ Art. 6.1. a) i) de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000.

⁵⁸ Art. 3.3. de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988.

⁵⁹ Véase sobre el alcance de la discusión KÜNSEMÜLLER, Carlos. *Culpabilidad y finalidad*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2001, 281 p., p. 250-269, donde las citas a la doctrina mayoritaria se encuentran en la p. 255, y su posición personal (que por rechazar la “presunción de dolo” extiende el ámbito del art. 1º a “la culpabilidad” en el “amplio” sentido de “atribuibilidad”, o más específicamente, de “pertenencia subjetiva” del hecho al sujeto, en relación a su capacidad genérica de obrar conforme a derecho”) en la p. 263.

interpretativos,⁶⁰ desconocerlas supone una argumentación que debe superar el principio del *effet utile* en la interpretación de los tratados, según el cual “el intérprete de un tratado no tiene libertad para adoptar una lectura que haga inútiles o redundantes partes enteras del tratado”,⁶¹ y, además, justificar por qué, al momento de imputar subjetivamente el hecho, se habría de exigir dogmáticamente menos elementos probatorios que los textos positivos, en vez de desarrollar una dogmática que le dé sentido procesal a esas exigencias adicionales en el ámbito de lo subjetivo, tal como propone Hassemer⁶². De nuevo, parece aquí que el temor de que la incorporación de los delitos de trascendencia internacional al ordenamiento interno importe que “la trabajosa distinción entre dolo eventual y culpa consciente pued[a] difuminarse”,⁶³ refleja algo que, con independencia de la “globalización”, ya está pasando en la dogmática continental de raigambre alemana, como puede verse en la discusión que en contra de ello emprende Roxin.⁶⁴

2.1.3. Responsabilidad de las personas jurídicas

No existe una decisión consistente de los Estados en torno a establecer las responsabilidad penal de las personas jurídicas como tal, pero sí de establecer su responsabilidad, sea penal, civil o administrativa, por los delitos que cometan, sin perjuicio de la que les cabe a las personas naturales que hayan cometido los delitos, y siempre procurando que las sanciones impuestas, en caso de no ser penales, sean “eficaces, proporcionales y disuasivas, incluidas sanciones monetarias”.⁶⁵

Como se puede apreciar, se trata de un claro “fraude de etiquetas”, al parecer, para evitar conflictos con (la doctrina de) aquellos Estados donde –por razones dogmáticas– se considera imposible establecer una “responsabilidad penal de las personas jurídicas”, admitiéndose

⁶⁰ Así, respecto de la norma citada en la nota anterior, la *Guía Legislativa* preparada por la UNODC especifica: “100. En lo que respecta a los elementos de intencionalidad requeridos, la conversión o la transferencia deben ser intencionales, el acusado debe tener conocimiento en el momento de la conversión o la transferencia de que los bienes son producto del delito y el acto o los actos deben realizarse con la finalidad ya sea de ocultar o disimular su origen delictivo (por ejemplo, ayudando a impedir su descubrimiento) o de ayudar a una persona a eludir la responsabilidad penal por el delito que generó el producto”.

⁶¹ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. *Informe del Órgano de Apelación en el caso “Canadá - medidas que afectan a la importación de leche y a las exportaciones de productos lácteos. AB-1999-4”*. En : http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/repertory_s/i3_s.htm#1.3.7.4 [visitado en 14.12.2006].

⁶² HASSEMER, Wiefried. “Los elementos característicos del dolo”. En: *Persona, mundo y responsabilidad*. Bogotá: Temis 1999, 167 p., p. 63-84.

⁶³ SILVA SÁNCHEZ, *Expansión*, p. 98.

⁶⁴ ROXIN, Claus. “Acerca de la normativización del *dolo eventualis* y la doctrina del peligro de dolo”. En: *La teoría del delito en la discusión actual*. Trad. : M. ABANTO. Lima: Grijley 2006, 562 p., p.167-194.

⁶⁵ Art. 10 de la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000.

únicamente la administrativa o civil.⁶⁶

En compensación, no se entregan otros requisitos para la responsabilidad de las personas jurídicas que su vinculación con el hecho de que ella debe provenir de un delito cometido por personas naturales (independientemente responsables), sin siquiera señalarse qué grado de vinculación han de tener éstas con aquéllas, lo que queda completamente entregado a los “principios jurídicos” de cada Estado parte.⁶⁷

2.2. Formas de intervención punible y otras extensiones de la punibilidad

2.2.1. Intervención punible

La práctica del Derecho internacional desconoce, en general, las distinciones entre formas de participación y de desarrollo del delito, *more tedesco*,⁶⁸ y en particular, en la mayor parte de los delitos de trascendencia internacional se considera que cada persona enjuiciada por la participación en la realización de un hecho descrito como delito tiene una responsabilidad penal independiente de los eventuales otros partícipes y, en principio, de un mismo valor.⁶⁹

Con todo, mientras el plan de “tipificar como delito” “cualquier forma de participación, ya sea como cómplice, colaborador o instigador”, “toda tentativa de cometer un delito” y “la preparación con miras a cometer un delito” se realice conforme a los “conceptos fundamentales” del “derecho interno”,⁷⁰ sigue pudiéndose intentar una dogmática diferenciadora, sin que con ello se dejen de cumplir las obligaciones internacionales.⁷¹ Lamentablemente, los legisladores

⁶⁶ Así todavía en España, MIR PUIG, Santiago. “Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas”. *Revista eletrónica de ciencia Penal y Criminología*. 06-01, 2004, quien afirma, refiriéndose a las “consecuencias accesorias” del art. 129 del Código Penal español de 1995 : “no hay duda de que la voluntad del legislador expresada en la ley ha sido la de salir al paso del peligro que pueden representar las personas jurídicas y empresas utilizadas para la comisión de delitos, sin cuestionar el principio de que el delito es únicamente un hecho humano” (p. 3).

⁶⁷ Para la discusión en nuestro ámbito cultural, véase la recopilación de trabajos de Jakobs, Silva Sánchez, Seelman, S. Bacigalupo, Feijoo Sánchez, Gómez-Jara, Mazuelos y García Caveró, contenidas en el volumen de GARCÍA CAVERO, Percy (coordinador). *La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes*. Lima: Ara 2002, 502 p.

⁶⁸ AMBOS, *Völkerstrafrechts*, p. 362.

⁶⁹ Así, el Art. 3.1. de la Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988 reúne en un mismo nivel de gravedad diversas conductas que podrían considerarse formas diferentes de participación, en una interpretación desde el punto de vista de la dogmática alemana: desde la realización del tráfico en sí, hasta su financiamiento, el encubrimiento, el “ayudar” a eludir las consecuencias jurídicas, “instigar” o “inducir” “públicamente”, y en general, “la participación en la comisión de alguno de los delitos tipificados de conformidad con lo dispuesto en el presente artículo, la asociación y la confabulación para cometerlos, la tentativa de cometerlos, y la asistencia, la incitación, la facilitación o el asesoramiento en relación con su comisión” (Art. 3.1.c). iv)).

⁷⁰ Art. 27 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003.

⁷¹ Como el esfuerzo que, para el caso español hace FARALDO, Patricia. “Formas de autoría y participación en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y su equivalencia en el Derecho penal español”. *Revista de Derecho penal y criminología*. 2ª época, n° 16, 2005, p. 29-78.

de los Estados donde influye la dogmática alemana (como Chile) suelen reducir las posibilidades de diferenciación, mediante la tipificación de las diversas formas de participación como delitos independientes.⁷²

2.2.2. Penalidad, concursos y circunstancias modificatorias

a) Clase y cuantía de la pena

La exigencia de que los delitos de trascendencia internacional se castiguen con “sanciones que tengan en cuenta la gravedad de esos delitos”,⁷³ esto es, con “penas severas”⁷⁴ “que tomen en cuenta su naturaleza grave”,⁷⁵ ha cristalizado en la idea de que dichas sanciones debían contemplar, al menos, “la pena de prisión u otras formas de privación de libertad, las sanciones pecuniarias y el decomiso”.⁷⁶ Además, para el caso especial de los delitos de corrupción, existen en la Convención respectiva indicaciones de penalidades especiales: la “inhabilitación” para “ejercer cargos públicos” y “ejercer cargos en una empresa de propiedad total o parcial del Estado”, “por un tiempo determinado”.⁷⁷ Por otra parte, el Art. 2.b9 de la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000 nos entrega una guía indirecta acerca de la cuantía apropiada de las penas privativas de libertad para estos delitos, al incorporar entre los delitos de trascendencia internacional todo “delito grave”, esto es, toda “conducta que constituya un delito punible con una privación de libertad máxima de la menos cuatro años o con una pena más grave”.⁷⁸

b) Concursos

La cuestión concursal es soslayada en la mayor parte de las Convenciones aplicables, aunque desde antiguo se considera que en caso de que el delito tenga efectos transnacionales, al menos debe considerarse cometido un delito en cada jurisdicción donde la actividad criminal se desarrolló⁷⁹. La razón de esta aparente omisión puede encontrarse en la poca necesidad de

⁷² Véase al respecto nuestro análisis de la actual Ley N° 20.000 sobre Tráfico Ilícito de Estupefacientes en POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, M° Cecilia. *Lecciones de Derecho penal Chileno. Parte especial*. 2ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005, 689 p., p.573-632.

⁷³ Art. 30.1. de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003.

⁷⁴ Art. 2º de la Convención para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves de La Haya de 1970.

⁷⁵ Art. 2.2. de la Convención sobre la Prevención y el Castigo de los Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, inclusive los Agentes Diplomáticos de 1973.

⁷⁶ Art. 3.4.a) de la Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988.

⁷⁷ Art. 30.7. de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003. ¡Nótese el indirecto rechazo a las sanciones “perpetuas”!.

⁷⁸ Art. 2.b) de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000.

⁷⁹ Art. 2.a).i). de la Convención Única sobre Estupefacientes de 1961.

una regulación de este aspecto, que depende de las particulares reglas de acumulación delictiva de cada país y de las facultades que al efecto se le otorguen a los Tribunales por el derecho interno. Aquí se demuestra, otra vez, que la regulación concursal no es consecuencia necesaria del principio de legalidad, sino sólo contingente, según la regulación procesal aplicable.⁸⁰

c) *Circunstancias modificatorias*

Al respecto, la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000, establece indirectamente en sus arts. 3 y 34, dos circunstancias que podemos considerar aplicables “agravantes” aplicables toda clase de “delitos graves”: a) que el delito tenga efectivamente un “carácter transnacional”; y b) que el delito se cometa participando en un “grupo organizado delictivo”. Estas circunstancias, que determinan la preocupación internacional por esta clase de delitos y cuya existencia es precisamente el objetivo contra el cual se dirige la Convención y su ámbito de aplicación, no deben sin embargo, según el art. 34 de la propia Convención, ser consideradas como “elementos de los delitos” cuya penalización se ordena (blanqueo de dinero, corrupción, obstrucción a la justicia, trata de personas, tráfico ilícito de migrantes y tráfico ilícito de armas; salvo respecto del delito de participación en grupos delictivos organizados, pero en este caso no se debería considerar como elemento del delito su carácter transnacional), para evitar que estas exigencias hagan inoperantes las reglas de colaboración internacional basadas en el principio de “doble incriminación”.⁸¹

No obstante lo anterior, es evidente que la razón práctica para no incluir tales circunstancias como “elementos de los delitos”, no alcanza a su consideración como agravantes genéricas (aplicables a todo “delito grave”, no sólo a los mencionados expresamente en la Convención), dado que la represión de la criminalidad cometida con tales circunstancias es precisamente el objetivo de la Convención, tratándose de circunstancias que aumentan la gravedad de los delitos, al involucrar a varios Estados y representar una fuente de peligro objetivo para los bienes jurídicos en juego,⁸² como específicamente se considera la “participación en el delito de un grupo delictivo organizado” en la Convención sobre Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988.⁸³

⁸⁰ POLITOFF / MATUS / RAMÍREZ, *Parte general*, nota al pie 228 en p. 445 y siguiente.

⁸¹ UNODC, *Guía Legislativa*, p. 10 y siguiente.

⁸² Idea que se encuentra presente de antiguo en delitos comunes, como en la agravante específica del Art. 456 bis n° 3 de nuestro Código penal, que agrava la responsabilidad penal en la comisión del robo o hurto por “dos o mal malhechores” (POLITOFF / MATUS / RAMÍREZ, *Parte especial*, p. 395).

⁸³ Artículo 3.5.a) de la Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988.

2.3. Defensas

El principio general que rige en esta materia es que la determinación de “los medios jurídicos de defensa aplicables o demás principios jurídicos que informan la legalidad de una conducta queda reservada al derecho interno de los Estados Parte y de que esos delitos han de ser perseguidos y sancionados conforme a ese derecho”.⁸⁴

Dicho esto, que otorga a los sistemas dogmáticos dominantes en cada país una relevancia fundamental (a través de la expresión “principios jurídicos que informan la legalidad de una conducta”), cabe agregar que el Derecho internacional penal sí propone un número limitado, pero importante, de reglas que enfrentan “pragmáticamente” las vías de defensa. Estas reglas procuran al mismo tiempo reducir el efecto eximente de ciertas “defensas” tradicionalmente admitidas y ampliar el ámbito de la exención discrecional cuando ello sea útil para la investigación de estos delitos.

a) *Cuestiones de jurisdicción*

Esta clase de reglas son, de lejos, las más antiguas del “derecho internacional penal” (incluidas incluso en nuestro viejo Código de Derecho Internacional Privado de 1928 al establecer en sus artículos 307 y 308 el principio de universalidad en la persecución de los delitos de trata de blancas, piratería, trata de negros y comercio de esclavos, destrucción de cables submarinos “y los demás delitos de la misma índole contra el derecho internacional”).⁸⁵ La principal preocupación del Derecho internacional penal en este punto es evitar que la defensa de “falta de jurisdicción” permita crear Estados “paraísos” para dirigir desde ellos la comisión de delitos en otros Estados. El principio general que rige en estas materias es similar del “complementariedad” contenido en el Estatuto de Roma, pero sin referencia a una competencia residual de un organismo internacional,⁸⁶ sino entregando esa competencia residual a los Estados. Así, las reglas consolidadas desde la década de 1960 establecen que, sin perjuicio de las reglas de derecho interno, los Estados Parte deberían declararse competentes para conocer: a) de los delitos total o parcialmente cometidos sobre su territorio o en las naves y aeronaves que circulan bajo su bandera (territorialidad);⁸⁷ b) cuando dichos delitos son cometidos por o afectan a sus

⁸⁴ Art. 11. 6 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000.

⁸⁵ Las complejidades de esta materia, como ya dijimos, de antigua data, en el ámbito de la aplicación espacial de la ley pueden verse el extenso tratamiento que le otorga QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio. *Tratado de derecho penal internacional e internacional penal*. 2 t. Madrid: Instituto Francisco de Vitoria, 1957, t. II, p. 401 p., p. 9-130; y en el de la cooperación internacional, en AA.VV. *Curso de cooperación penal internacional*. Montevideo: Álvarez, 1994, 275 p. Para una visión global de estos asuntos en el derecho chileno, ver POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, M^a Cecilia. *Lecciones de Derecho penal chileno. Parte general*. 2^a ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2004, 613 p., p. 115-159.

⁸⁶ Al respecto, ver CÁRDENAS, “Implementación”, p. 10.

⁸⁷ Art. 2.a).iv) de la Convención Única sobre Estupefacientes de 1961.

ciudadanos (personalidad);⁸⁸ c) o ponen en peligro la seguridad del Estado (defensa);⁸⁹ y d) en general, si por cualquier razón, el responsable se encuentra en su territorio y no puede ser extraditado al Estado competente según las reglas anteriores (universalidad).⁹⁰

b) *Prescripción*

Tratándose de delitos de trascendencia internacional, la obligación que tienen los Estados es de establecer “un plazo prolongado dentro del cual se pueda iniciar el procesamiento”, el que “será mayor cuando el presunto delincuente hubiese eludido la administración de justicia”⁹¹.

c) *Inmunidades personales y atenuación de la pena por colaborar con la justicia*

Las Convenciones relativas a los delitos de trascendencia internacional permiten e instan a los Estados Parte que tienen mecanismos discrecionales de término del procedimiento y de presentación de acusaciones (como sucede típicamente en los sistemas acusatorios) a utilizarlos “para dar la máxima eficacia a las medidas de detección y represión de esos delitos”.⁹² Se trata aquí de favorecer la “delación compensada”, incluyendo la posibilidad de otorgar plena inmunidad, si con ello se pueden “prevenir” otros delitos.⁹³

La perplejidad que esto puede provocar en quienes están acostumbrados a la regla de la legalidad estricta en la persecución penal⁹⁴ no debe hacernos olvidar que esta es una de las pocas vías por las cuales se puede hacer “efectiva la ley”, sin necesidad de que todos los

⁸⁸ Art. 4.b. del Convenio Sobre las Infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de las Aeronaves de 1963.

⁸⁹ Art. 2.a).iv) de la Convención Única sobre Estupefacientes de 1961.

⁹⁰ Art. 4.2 de la Convención para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves de La Haya de 1970.

⁹¹ Art. 29 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003.

⁹² Art. 3.6. de la Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988.

⁹³ Art. 30.3. de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003. Un efecto indirecto de la posibilidad de otorgar inmunidades de jurisdicción, se encuentra en la posibilidad de que a los agentes del Estado e incluso a particulares se les otorguen dichas inmunidades para facilitar el descubrimiento y prueba de delitos cometidos por terceros, mediante la utilización de técnicas de investigación como la “entrega vigilada”, la “vigilancia electrónica” y la realización de “operaciones encubiertas”. La general autorización que las Convenciones otorgan para realizar esta clase de investigaciones, donde los investigados desconocen que están siendo objeto de las mismas y que difícilmente lograrán sus objetivos últimos, se encuentra limitada por el principio de que tales métodos sólo son admisibles “con el fin de descubrir los delitos” que ya se están cometiendo (Art. 11 de la Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988) y no si ellos no consisten en sí mismo en la inducción o facilitación de un delito que sin la intervención estatal no se habría de cometer.

⁹⁴ Un ejemplo español de defensa de este principio, puede verse en ARMANTA DEU, Teresa. *Principio acusatorio y Derecho penal*. Barcelona: Bosch, 1995, 155 p., p. 37 y siguiente, donde se sostiene que “existe práctica unanimidad en la doctrina” acerca de “la ausencia de poder de disposición sobre el <<ius puniendi>>”.

responsables de los delitos sean sometidos a juicio y pena. Naturalmente, se trata de un pensamiento “pragmático” pero que aquí cumple la doble función de facilitar la persecución de delitos que efectivamente se cometen y de reducir el número de personas sometidas a prisión por esos delitos, finalidades similares a las que, entre nosotros, se reconocen para los institutos procesales de “oportunidad” y “suspensión condicional del procedimiento”.⁹⁵ Como en todo el resto del Derecho internacional penal, los requisitos de legitimidad de estas inmunidades quedan entregadas al derecho interno.

d) Inimputabilidad e imputabilidad disminuida

Aunque no existe una regulación específica en la materia, la Convención sobre Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988, nos ofrece el principio general que podrían regir la defensa por privación temporal de la razón derivada del uso de drogas o alcohol y por imputabilidad disminuida producto de la toxicomanía: no exime de responsabilidad penal en los casos “graves” de tráfico, pero en los “leves” permite una importante atenuación, e incluso la sustitución de la condena por tratamientos de rehabilitación; sustitución que siempre es posible en los casos de posesión para el consumo (Art. 3.4. b), c) y d)).

Qué casos han de considerarse “graves” y cuáles “leves”, es algo que no resuelve directamente la Convención, pero de la sistemática de los artículos parece posible afirmar que los casos “leves” serán supuestos de tráfico cercanos a la posesión para el propio consumo, esto es, lo que entre nosotros se denomina ahora “microtráfico”,⁹⁶ siempre que sus responsables lo sean por estar bajo los efectos de las drogas o padecer una toxicomanía.

3. Justificación y crítica

William Clifford, Secretario Ejecutivo del Cuarto Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, realizado en Kyoto (Japón) entre el 17 y el 26 de agosto de 1970, describía así, en los trabajos preparatorios de dicho Congreso, el interés de la ONU en el delito:

“El problema del crimen en el mundo interesa a la ONU por muchas razones. Evidentemente, está directamente vinculado al objetivo principal de la Organización de sus Estados miembros: la paz mundial. Porque la paz es indivisible y no puede considerarse independientemente de la acción recíproca de los pueblos, tanto en la esfera interna, como a un lado y otro de las fronteras. Cabe pensar que media una gran distancia entre los crímenes

⁹⁵ HORVITZ L., M^a Inés; LÓPEZ M., Julián. *Derecho procesal penal chileno*. t. I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2002, 638 p., p. 48-52 y 553.

⁹⁶ POLITOFF / MATUS / RAMÍREZ, *Parte Especial*, p. 583-586.

cometidos por asociaciones de delincuentes, los robos a mano armada, los abusos de confianza y la diplomacia internacional y las negociaciones entre los miembros del Consejo de Seguridad. Sin embargo, los asesinatos, la piratería, los secuestros internacionales han causado guerras. Hoy en día el tráfico ilícito de estupefacientes, el contrabando de armas, las exportaciones ilegales de oro, el secuestro de diplomáticos, el desvío de aeronaves y su sabotaje, la protección concedida a los criminales que huyen, constituyen causas de tensión y conflictos internacionales...⁹⁷

Naturalmente, en una época donde no se hablaba de la “globalización”, las palabras recién transcritas podrían haberse considerado como un simple discurso interesado. Sin embargo, ellas parecen describir sucesos tan recientes como los atentados del 11-S o la invasión en 2006 del Líbano por parte del ejército israelí. En este contexto, es claro que el Derecho penal internacional como un todo (y no sólo el denominado “derecho penal de la emergencia”)⁹⁸ no se encuentra únicamente legitimado por su función en el ordenamiento estatal interno, cualquiera que sea la que se le asigne, sino por su eventual utilidad como instrumento para la conservación de “la paz y seguridad mundial”,⁹⁹ por medio no sólo del mantenimiento de los derechos humanos básicos, como acontece con las reglas del derecho internacional penal,¹⁰⁰ sino también de las más pedestres reglas comunes para la prevención y control de los delitos comunes que pueden tener trascendencia internacional.

Mi hipótesis es que, más allá de la existencia de fuertes intereses económicos en el origen de estas reglas,¹⁰¹ burocracias internacionales dependientes (p. ej., la UNODC y las múltiples ONG de protección de “víctimas”) y “emprendedores morales atípicos” interesados;¹⁰² las Convenciones que regulan los delitos de trascendencia internacional (sujetas al procedimiento de ratificación y, por tanto, ajenas a la crítica de la falta de legitimidad democrática de que son objeto organismos supranacionales como la Comisión Europea¹⁰³) parecen comprender un conjunto de hechos que,

⁹⁷ ONU. *Chronique mensuelle*. Vol. VII, n° 5, 1970, p. 73. Citado por MARTÍ DE VESES, Ma. Del Carmen. “El Derecho internacional público y el consumo y tráfico de drogas y estupefacientes”. En: AUTORES VARIOS. *Delitos contra la Salud Pública. Tráfico ilegal de drogas tóxicas o estupefacientes*. Valencia: Universidad de Valencia, 1977, p. 257-295, p. 258.

⁹⁸ Críticamente, ver al respecto BRANDARIZ G. José Ángel. “Itinerarios de evolución del sistema penal como mecanismo de control social en las sociedades contemporáneas”. En: FARALDO C., Patricia (Directora). *Nuevos retos del Derecho Penal en la era de la globalización*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2004, p. 15-64, especialmente p. 54-60. También críticamente contra este concepto, aplicado precisamente a los delitos terroristas, VILLEGAS, Myrna. “Los delitos de terrorismo en el Anteproyecto de Código Penal”. *Polít. crim.* n° 2, A3, 2006, p. 1-31, p. 3.

⁹⁹ Las dificultades de dotar de contenido a esta expresión pueden verse en COMBACAU / SUR, *Droit International*, p. 619 y siguientes.

¹⁰⁰ AMBOS, *Völkerstrafrecht*, p. 66 y siguiente, siguiendo a Höffe y a Habermas, ve en la protección de estos derechos la función de la “República mundial” en formación.

¹⁰¹ Como pone énfasis, respecto a las relativas a la corrupción, ABANTO, Manuel. “La lucha contra la corrupción en un mundo globalizado”. En LOSANO / MUÑOZ CONDE, *Globalización*, p. 273-327, p. 313-322.

¹⁰² SILVA SÁNCHEZ, *Expansión*, p. 66-69, 81-102.

¹⁰³ Ver nota al pie n° 22.

según cada uno de los Estados Parte, son merecedores de pena en su propio ordenamiento interno, con independencia de si son o no cometidos “por los poderosos” (el funcionario corrupto que exige una prestación miserable por un servicio esencial puede ser tan poco “poderoso” como el “dealer” que distribuye estupefacientes a los alumnos de un colegio o el fanático que se inmola haciendo estallar un carro de ferrocarril)¹⁰⁴ y aún de sus potenciales efectos transnacionales.

Lo anterior se refuerza por el hecho de que buena parte de estos “delitos de trascendencia internacional” no son novedosos en modo alguno, salvo en formas completamente casuales de manifestación, derivadas de los avances tecnológicos y las facilidades de comunicación y transporte: el asesinato de personas por motivos políticos, la corrupción funcionaria, las organizaciones criminales, el tráfico ilícito de productos nocivos para la salud, la piratería, las falsificaciones, la corrupción de menores y el secuestro de personas, e incluso la criminalidad económica, son todos hechos sancionados de una forma u otra en todos los códigos decimonónicos y aún, entre nosotros, desde las Partidas.¹⁰⁵

¹⁰⁴ Por eso no resulta de recibo, a este respecto, la tesis de GRACIA MARTÍN, Luis. *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de la resistencia*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2003, p. 190, en el sentido de que, si este derecho penal internacional integrase el que denomina “Derecho penal moderno”, tendría como finalidad la “criminalización formal ... del sistema de acción ético-socialmente reprochable de las clases socialmente poderosas”. Esta idea, que supondría una asimilación del Derecho penal internacional a una suerte de movimiento socialdemocrático propio de la Europa continental, carece de base empírica en este ámbito, donde confluyen los más diversos sistemas económicos y sociales. Al respecto, ver las lúcidas críticas de PAREDES CASTAÑÓN, José M. “Recensión: GRACIA MARTÍN, Luis. *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de la resistencia*”. *Polít. crim.* n.º 2, R7, p. 1-27, especialmente p. 20-24.

¹⁰⁵ Para justificar este aserto, invito al lector a revisar desprejuiciadamente la primera edición de la obra de PACHECO, Joaquín F. *El Código penal concordado y anotado*. 3 t. Madrid: Imprenta Saunaque, 1848 (t. I, 551 p. y II, 532 p.) y 1949 (t. III, 503 p.), donde encontrará comentarios del autor y referencias de las Partidas y otros códigos de la época para los siguientes temas “modernos”: el asesinato de personas por motivos políticos (p. 108-109 y 125-139, t. II), la corrupción funcionaria (p. 395-530, t. II), las organizaciones criminales (p. 253-265, t. II), el tráfico ilícito de productos nocivos para la salud (p. 362-371, t. II), la piratería (p. 112-117 t. II), las falsificaciones (p. 266-331, t. II), la corrupción de menores (p. 134-147, t. III), el secuestro de personas (p. 243-255, t. III). Allí podrá observarse que el castigo de las formas preparatorias de comisión del delito y aún de la no denuncia de éstos, así como la asimilación de la consumación a la tentativa eran propias de los delitos que afectaban a la seguridad del Estado, particularmente cuando se trataba de atentados al soberano; los comentarios de Pacheco sobre la estructura general de los delitos de corrupción funcionaria: “su materia es sumamente extensa; sus preceptos, que deben abarcarla toda, no pueden menos que correr una inmensa escala, desde lo más sencillo a lo más grave” (p. 395, t. II); sobre la necesidad de castigar la falsificación de monedas extranjeras, que “no es nunca una acción que puede practicarse con buen fin” (p. 290, t. II); y sobre cómo respecto de la piratería “todas las naciones se han creído con derecho para castigar este crimen” (p. 115, t. II). Además, respecto del tráfico de productos nocivos para la salud incluyendo el opio (p. 367, t. II), que hoy en día cabe dentro de las prohibiciones del tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, la regulación vigente en 1848 castigaba, de manera similar a la actual, no sólo la venta sin la competente autorización de esas sustancias, sino también su “elaboración”, “despacho” y “comercio”; así como el despacho y “suministro” autorizados, pero realizados “sin cumplir con las formalidades prescritas en los respectivos reglamentos” (arts. 246 y 247 del Código penal español de 1848).

Por lo tanto, si la crítica a este desarrollo del Derecho internacional penal, se dirige al hecho de que, de todas maneras, generaría un “Derecho penal más autoritario de lo normal ... legitimando la creación a nivel nacional de una legislación excepcional en materia de terrorismo, lucha contra la criminalidad organizada, narcotráfico, inmigración ilegal, etc., que no respeta las garantías y derechos fundamentales reconocidos a nivel constitucional y que constituyen las bases del Derecho penal del Estado de Derecho”;¹⁰⁶ hay que admitir que ella estaría a lo sumo justificada respecto al “cómo” cada Estado y su propia dogmática entienden actualmente la política criminal y las garantías personales,¹⁰⁷ pero no al “si” los hechos en ellas comprendidas son merecedores de una sanción penal más o menos uniforme en el concierto de las naciones.

Pero con lo anterior tampoco se responde la pregunta de fondo de si son los delitos de trascendencia transnacional parte del derecho penal mundial, compartiendo un fundamento común con los “crímenes internacionales”, que justificaría el “si” de su imposición a través de las fronteras nacionales mediante distintas formas de presión (y aunque no exista un órgano “supranacional” para hacerlas afectivas), conformando de este modo un nuevo “Estado mundial”.¹⁰⁸

En primer lugar, la asunción voluntaria de obligaciones por parte de Estados que luego refrendan los tratados en cuestión de manera democrática (en nuestra órbita occidental), no debe dejarse de lado como fuente legitimidad de estas obligaciones de penalización. Incluso el hecho de que también adhieran a estos tratados un no despreciable número de Estados de distintas culturas jurídicas, no necesariamente democráticas, da cuenta de que más allá de estas diferencias culturales, existe un consenso generalizado de que ciertos hechos que deben ser castigados penalmente de manera relativamente uniforme. A este respecto, no debe olvidarse que la existencia de un conjunto de normas penales uniformes a las que se recurre en diversas jurisdicciones no sometidas a un poder común, no es un fenómeno nuevo (aunque sí pueda

Finalmente, en cuanto a la criminalidad económica, baste esta cita de Pacheco para demostrar lo poco “moderna” que, en cierto sentido, es su represión: “Una carta falsa leída en la Bolsa, un posta simulado que se haga entrar ostensiblemente para divulgar cierta noticia, un anuncio hábil inserto en un periódico, pueden en determinadas circunstancias causar un trastorno en los precios, que enriquezca y arruine á mil personas. En esto hay delito real y verdadero. Por mas que pocas veces pueda alcanzarse á su autor” (p. 387, t. III). El comentario se refiere al art. 451 del Código español de 1848, que castigaba a “los que esparciendo falsos rumores, ó usando de cualquier otro artificio, consiguieren alterar los precios naturales que resultarían de la libre concurrencia en las mercancías, acciones, rentas públicas ó privadas, ó cualesquiera otras cosas que fueren objeto de contratación”. MUÑOZ CONDE, Francisco. *El nuevo Derecho penal autoritario*. En: LOSANO / MUÑOZ CONDE, *Globalización*, p. 161-183, p. 162.

¹⁰⁶ Una exposición crítica, denunciando el estado de la cuestión en la dogmática alemana puede verse en HASSEMER, Wiefried. “Viejo y nuevo derecho penal”, en *Persona*, p. 15-37, especialmente p.19-29.

¹⁰⁷ En el término que usa FERRERO, Agustín. “Gobernabilidad y Derecho en el proceso de globalización”. En: LOSANO / MUÑOZ CONDE, *Globalización*, p. 79-98.

¹⁰⁸ Definido como aquél que tiene la capacidad autónoma de producir y aplicar el Derecho, capacidades que ya se

serlo frente al arquetipo de “Estado soberano”¹⁰⁹): esta era la situación en Europa respecto de buena parte del Derecho romano antes de la codificación,¹¹⁰ y también fue la de las colonias americanas inmediatamente después de su independencia con España, en las cuales el derecho penal de las Siete Partidas no se reemplazó inmediatamente, sino, como en el caso de Chile, varias décadas después.¹¹¹

Por otra parte, si comparamos el fundamento de la penalización de estos crímenes de trascendencia internacional con el de los propios “crímenes internacionales”, paradigmáticamente regulados en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, las diferencias no son tan grandes como parecen en principio. Así, si según Höffe al derecho penal mundial le correspondería eventualmente la protección de “la libertad frente a la arbitrariedad y la violencia, esto es la protección del cuerpo, la vida y la libertad”,¹¹² la cuestión sería si se encuentran estos bienes jurídicos detrás de las obligaciones de penalización de los “delitos de trascendencia internacional”. Y no parece muy discutible la afirmativa tratándose de terrorismo, trata de personas y delincuencia organizada, como lo destaca Quintero Olivares tratándose de los delitos de corrupción de menores cometidos por los “turistas sexuales” europeos en países asiáticos.¹¹³ En el caso de la corrupción, la vinculación es más tenue. Sin embargo, no es difícil ver las limitaciones a la vida, libertad y seguridad personal, junto con el favorecimiento de la arbitrariedad, que la corrupción trae consigo, especialmente cuando ésta se inserta en los aparatos judiciales y policiales.¹¹⁴

habrían perdido en los Estados nacionales actuales, según BERGALLI, Roberto. “Globalización y jurisdicción penal: un desafío para la cultura jurídica moderna”. En GÓMEZ MÉNDEZ, Alfonso (editor). *Sentido y contenidos del sistema penal en la globalización*. Bogotá: Ediciones Gustavo Ibáñez, 2000, 454 p., p. 39-54, p. 44.

¹¹⁰ Así expresamente BOCK, Dennis. “Die erste Europäisierung der Strafrechtswissenschaft: Das gemeine Strafrecht auf römisch-rechtlicher Grundlage”. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*. 1/2006, p. 7-17.

¹¹¹ Así pueden verse las múltiples citas que a las Partidas y a la Novísima Recopilación se hacen en una “obra aprobada por la Universidad” se hacían a principios de la década de 1870: LIRA, José B. *Prontuario de los juicios o tratado de procedimientos judiciales i administrativos con arreglo a la legislación chilena*. 2ª ed. Santiago: 1872, Imprenta Librería El Mercurio, 3 t., t. II, 529 p., p. 5-86.

¹¹² HÖFFE, Otfried. *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht?*. Frankfurt: 1999., citado por AMBOS, *Völkerstrafrecht*, p. 66.

¹¹³ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. “El derecho penal ante la globalización”. En: ZÚÑIGA, Laura; MÉNDEZ, Cristina; DIEGO, Mª Rosario (coordinadoras). *El derecho penal ante la globalización*. Madrid: Colex, 2002, 191 p., p. 11-26. El ejemplo (p. 18, con extensa nota acaloratoria, n° 2) proviene de la identificación que hace el autor entre antijuridicidad material y la violación a los derechos humanos.

¹¹⁴ Con todo, es discutible si detrás de esta pretensión de asegurar la libertad, seguridad y vida del mayor número de seres humanos no se encuentra sencillamente una suerte de “arrogancia ética, fundamentalista, aunque pretenciosamente civilizada y presentando índices sociales de gran éxito”, como denuncia ADEODATO, Joao M. “La pretensión de universalización del Derecho como ambiente ético común”. En LOSANO / MUÑOZ CONDE, *Globalización*, p. 99-108, p. 108.
