

SOBRE LA UNIVERSALIDAD DEL SISTEMA PENAL Y SUS PLANTEAMIENTOS METODOLÓGICOS*

EMILIANO BORJA JIMÉNEZ
Profesor Titular de Derecho Penal. Universidad de Valencia

I. INTRODUCCIÓN

Todo Estado plasma jurídicamente su modelo de convivencia de forma positiva y de forma negativa. Mediante su sistema constitucional, establece los valores, las pautas y los principios fundamentales que han de regir la coexistencia social (modelo positivo de convivencia). A través del sistema penal desvalora los comportamientos humanos que considera más insoportables en la medida en que atacan los bienes jurídicos más relevantes para el orden de la vida social (modelo negativo de convivencia). Y a su vez, cada esquema de convivencia viene conformado a lo largo de décadas, o incluso de siglos, por la historia, por la cultura, por la estructura social, económica y política que haya ido imponiéndose a

* El presente trabajo representa los primeros resultados de mi contribución al Proyecto I+D de la Universidad de Valencia (y otorgado por el Ministerio de Educación y Ciencia), dirigido precisamente por nuestro homenajeado, el Profesor Dr. Tomás Salvador VIVES ANTÓN, “La libertad como proyecto de convivencia: fundamentación y crisis” (SEJ 2005-03480). Sirva el presente artículo para homenajear al Prof. Dr. Tomás Salvador VIVES ANTÓN tras su reciente jubilación y nombramiento como catedrático emérito de la Universidad de Valencia.

lo largo del tiempo. Es por ello que cada forma de entender la vida en común en el colectivo del respectivo Estado, adopta su propio sistema jurídico.

Tomando en consideración exclusivamente el sistema penal, la tendencia en el último siglo ha sido, sin embargo, la de llevar a cabo una extensión, más allá de las fronteras de cada Estado, de sus normas básicas, instituciones y procedimientos. Ello podría explicarse merced al lento y progresivo proceso de estandarización de pautas y valores que se ha ido produciendo desde el mundo occidental al resto de espacios geopolíticos del Planeta, lo cual implica, sobre todo en las grandes ciudades, que las específicas formas de entender la coexistencia humana cada vez se parezcan más entre sí. Y aunque es cierto que existen notables diferencias entre los denominados sistemas jurídicos anglosajón y continental, la Parte General (por ejemplo) de Códigos penales como el español, italiano, alemán, boliviano o argentino, muestran mayores afinidades que diferencias. Algo similar ocurre en relación con la estructura del proceso penal o la legislación relativa a la ejecución penitenciaria.

La universalización del sistema penal se ha producido en mayor medida (algo que también puede considerarse como lógico) en la disciplina que lo estudia y que lo explica en las universidades, esto es, en el seno de la Ciencia del Derecho Penal (entendida comúnmente bajo la tendencia metodológica de la denominada Dogmática). La conceptualización y discusión de sus principios orientadores, de sus fundamentos en la teoría del delito o en la teoría de la pena o de la misma estructura de la norma jurídico-penal, han llegado a países como Japón, Corea del Sur o Colombia. Y, sin embargo, habrá que admitir que entre (por poner un ejemplo) la sociedad japonesa y la sociedad colombiana se pueden apreciar algunas diferencias desde el plano cultural, étnico, histórico, político, ético y religioso...

Han existido otros factores que han determinado un mayor acercamiento entre las diferentes legislaciones y administraciones de Justicia. La actuación de agencias internacionales como USAID (Estados Unidos), GTZ (Alemania) o AECID (España) han influido notablemente en las reformas penales (materiales y procesales) en gran parte de América del Sur y América Central. También los

instrumentos normativos de la Unión Europea o del Consejo de Europa han tenido gran relevancia en la homogenización de algunas relevantes reformas punitivas de ciertos sectores de los países que integran las correspondientes organizaciones. De igual forma, desde Naciones Unidas se ha impulsado la elaboración de determinada legislación penal en ámbitos concretos (tráfico de drogas, delincuencia organizada o criminalidad racista, entre otros). Desde de este mismo organismo internacional, se han llevado a cabo diversas tentativas con el fin de establecer un sistema de Justicia universal que han culminado con la creación de la Corte Penal Internacional. Sin duda alguna, tales procesos y acontecimientos también han favorecido una extensión, más allá de las fronteras de cada Estado, del modo de concebir el sistema penal.

Por cierto, antes de continuar hay que aclarar que la referencia al *sistema penal* no se circunscribe única y exclusivamente al conjunto de conocimientos que integran el Derecho Penal material como disciplina. Aquí se toma en consideración la locución *sistema penal* como unidad en la que confluyen elementos dispares referidos a la norma penal, y en el que se incluirían, además de ésta y los procedimientos de su génesis, ámbitos o instituciones como los principios penales, los delitos, las sanciones (y otras consecuencias jurídicas), el proceso penal y las autoridades que dirimen o intervienen en el mismo¹. Es decir, utilizo los vocablos

¹ No es mi pretensión definir ahora el concepto de *sistema penal*. Ello implicaría explicar la categoría de *sistema*, y si el mismo WITTGENSTEIN afirmó que no tenía una definición para este vocablo, evidentemente va a ser difícil encontrar aquí una concreción bien limitada de su significado. Tan sólo me referiré al mismo con la idea de reflejar una unidad de diferentes

sistema penal de forma instrumental, como esquema en el que se integran determinados problemas o cuestiones que se quieren abordar y explicar con un cierto orden y sentido².

Con estos antecedentes, es entonces cuando cabe formular la siguiente cuestión: ¿Qué hay de universal y qué hay de específico en el sistema penal a la luz de de las diversas culturas y civilizaciones? ¿Cuáles son los fundamentos que se pueden predicar con relación a cualquier ordenamiento jurídico sancionador, y qué componentes difieren de un pueblo a otro, de una cultura a otra, de una civilización a otra?

instituciones penales que guardan relación entre ellas y que se aplican con cierto sentido en un ámbito determinado de la vida humana, como pueda ser el Estado o una comunidad concreta de individuos. Sobre la idea de sistema desde el más profundo sentido del lenguaje, puede tomarse en consideración las atinadas reflexiones de nuestro homenajeado. VIVES ANTÓN, T. S.: *Estudio Preliminar* en RAMOS VÁZQUEZ, J. A.: *Concepción significativa de la acción y teoría jurídica del delito*. Valencia, 2008; págs. 40 y 41.

² En este sentido, VIVES ANTÓN, T. S.: *Principio de legalidad, interpretación de la ley y Dogmática penal* en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M./GARCÍA AMADO, J. A. (Dir.) .: *Estudios de Filosofía del Derecho Penal*. Universidad del Externado, Bogotá, 2006; págs. 343-344. VIVES ANTÓN: *Estudio Preliminar...* cit.; págs. 61-63.

Por poner un ejemplo, cuando Walter PERRON habla de sistema penal en el ámbito de la Unión Europea, toma en consideración un aparato normativo, con los correspondientes órganos de persecución penal, y un Tribunal Superior Europeo. PERRON, Walter: *Perspektiven der Europäischen Strafrechtintegration*. Festschrift für Wilfried Küper zum 70. Geburtstag. Heidelberg, München, Lansberg, Berlin, 2007; págs. 429 y ss., 440.

Así, desde la órbita cultural del mundo occidental, los principios fundamentales del sistema penal obedecen a una determinada concepción del poder público en sus relaciones con el ciudadano. Se toman como ejemplo paradigmático los principios de legalidad y culpabilidad, que representan una visión de la intervención punitiva limitada y proyectada sobre la consideración del individuo como portador de dignidad humana³.

Los principios de legalidad y culpabilidad reflejarían, por tanto, las características propias del Estado democrático de Derecho. El primero de ellos, porque se fundamenta en el aseguramiento de las condiciones básicas de la seguridad jurídica, del respeto a la soberanía popular en la determinación del ámbito de lo punible y de lo no punible; y del tratamiento igualitario de todos los ciudadanos ante la aplicación de la ley penal. El segundo, porque se asienta en el reconocimiento de una faceta de autonomía del ciudadano que legitima al Estado exigirle responsabilidad por su actuación antijurídica, imponiéndole en tal caso la sanción. Cuando no existe libertad, cuando no existe capacidad normal para ser motivado por la norma penal, no procede la exigencia de tal responsabilidad ni el reproche que implica la pena. El principio de culpabilidad, de este modo, representa el reconocimiento del respeto a la dignidad humana, concebida individualmente, en el sistema penal.

³ Esta relación entre principio de legalidad y culpabilidad, y fundamentos políticos e ideológicos del Estado social y democrático de Derecho, es aceptada hoy en día mayoritariamente en la doctrina penalista. Así, por todos, ROXIN, Claus: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. Band I. Grundlagen der Aufbau der Veerbrechenslehre. 4ª Edic. München, 2006: págs. 145-148.

Pero, como se acaba de señalar, dicha concepción del individuo en relación con el poder público en este marco de la intervención punitiva del Estado, es propia de los valores de un sistema político y cultural que se corresponde con las sociedades occidentales. La cuestión a determinar, entonces, es ésta de si también desde una óptica universal ha de considerarse en todo modelo penal, calificado como racional y humano, dichos axiomas fundamentales y otros de similar entidad.

Aquí es donde radica precisamente la duda de si se puede hablar de una estructura axiomática universal que deba estar presente en todo sistema penal. ¿Puede calificarse de racional y humana, de técnicamente jurídica, una forma de administración reglada de los conflictos más graves de convivencia en una comunidad sin estar presentes estas instituciones fundamentales? ¿Se puede hablar, en última instancia, de Derecho Penal si un conjunto normativo sancionador regulador de la coexistencia social prescinde de principios tan esenciales como los de legalidad y culpabilidad? Esta es una duda metódica que he querido resolver a lo largo de varios trabajos en los que se condensan las reflexiones y experiencias de varios años dedicados a esta investigación.

No es mi intención ahora dar una concreta respuesta a la cuestión formulada. Abordaré, más bien, algunas metodologías que han pretendido, desde perspectivas muy diferentes, descubrir o desvelar los fundamentos más comunes a todo sistema penal. Ello con el fin último de comparar los diferentes análisis y mostrar aquí el modelo que personalmente he adoptado para pronunciarme sobre

la universalidad de dicho sistema penal, adelantando (de forma todavía muy provisional) algunas de las conclusiones alcanzadas⁴.

¿Y qué sentido tiene preguntarse ahora por la universalidad del Derecho Penal? Como puse de manifiesto hace algunos años, y en este punto me identifico con nuestro homenajeado, creo que la Dogmática penal está exagerando en los últimos tiempos su preocupación por la creación de una teoría (lógica, sistematizada, y por tanto, “universal”) que le conduzca a ser calificada como disciplina “científica”⁵. De este modo, se está olvidando de los problemas reales

⁴ Un interesante trabajo sobre la elaboración de metodologías en el ámbito del Derecho Penal y de la Criminología en HOFFMANN-HOLLAND, Klaus: *Der Modellgedanke im Strafrecht. Eine kriminologische und strafrechtliche Analyse von Modellversuche*. Tübingen, 2007. Y sobre la relación entre ideología y creación teórica doctrinal y jurisprudencial, GROMMES, Sabine: *Der Sühnebegriff in der Rechtsprechung. Eine ideologiekritische Betrachtung*. Berlin, 2005.

⁵ “La Dogmática penal, en su afán de constante perfeccionamiento, de alcanzar un sistema cerrado capaz de responder a todos los problemas que plantean las instituciones penales desde el punto de vista de la lógica y de la coherencia interna, ha terminado contemplándose a sí misma. Ha pretendido, como dijo un famoso penalista, partir un pelo por la mitad y ha dejado de lado el aspecto humano del Derecho Penal. Los juristas, especialmente los penalistas, nos hemos preocupado tanto por el método, por la sistematización de las categorías, por su aptitud para encasillar perfectamente cada pieza en el complicado engranaje dogmático, que hemos olvidado los verdaderos fundamentos de todo ordenamiento jurídico. En esa búsqueda de la universalidad, de la irrefutabilidad, de la constatación lógica, para resolver problemas estrictamente humanos, hemos recurrido a los parámetros del pensamiento “cientifista”. Y de tanto complicar nuestra disciplina, hemos sustituido el Derecho Penal de las garantías por el Derecho Penal del sistema. Y ya nadie nos entiende. Y pervertimos los fundamentos y la propia razón de ser de la elaboración

de la Justicia penal. Es decir, la tecnificación del engranaje lógico y conceptual del Derecho Penal continental está dejando a un lado lo que considero uno de sus cometidos fundamentales: resolver problemas humanos con reglas jurídicas. Y todo ese esfuerzo se realiza con la pretensión de alcanzar una (inalcanzable) perfección técnico-jurídica fuera de toda consideración antropológica. No parece ser ésta la mejor de las vías para conseguir los fines que persigue el ordenamiento jurídico punitivo.

Si se intenta desvelar lo común de todo sistema penal, quizás se acabe descubriendo el camino que nos dirija a lo común de todos los seres humanos. Y en la imagen del Derecho como producto humano para resolver problemas humanos, podremos, tal vez, vislumbrar el reflejo de lo que deben ser los verdaderos objetivos del Derecho Penal⁶.

teórica en el marco punitivo...". BORJA JIMÉNEZ, E.: *Algunas reflexiones sobre el objeto, el sistema y la función ideológica del Derecho Penal*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP). Tomo LI (1998); pág. 244.

⁶ Esta crítica sobre las exageraciones de la Dogmática y sobre la pérdida del rumbo del Derecho Penal en la búsqueda errada de su (inexistente) carácter científico, se encuentra muy presente en la obra de nuestro autor. A tales efectos, recientemente ha escrito: "... esa búsqueda desesperada de un objeto sobre el que hacer descansar el pensamiento nace de una suerte de embrujo: el embrujo de la teoría concebida como saber científico". VIVES ANTÓN, T. S.: *Reexamen del dolo* en MUÑOZ CONDE, F. (Dir.): *Problemas actuales del Derecho Penal y de la Criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*. Valencia, 2008; págs. 369, y ss, 383. "La investigación doctrinal debería abandonar sus pretensiones de "cientificidad" y sustituirlas por otras, relativas a la mejora del sistema jurídico". VIVES ANTÓN: *Principio de*

II. DIVERSOS TRATAMIENTOS METODOLÓGICOS SOBRE LA PROBLEMÁTICA DE LA UNIVERSALIDAD DEL SISTEMA PENAL

Han sido muchos los planteamientos que, desde diferentes caminos, han pretendido explicar los principios y las instituciones más comunes del Derecho Penal, con independencia del Estado en el que se origina y se aplica. Con el fin de aligerar la explicación, tomaré un ejemplo representativo de algunos de los grupos de modelos más relevantes. Como los planteamientos son muy diversos, y afrontan la temática desde perspectivas muy distintas, las formas de investigación también son muy diferentes. También hay que tener presente que esta temática afecta de una u otra forma al pluralismo jurídico, lo cual explica que, para alcanzar consecuencias generales en el plano de la diversidad, haya que partir del postulado de la apertura y de la superación metodológica⁷.

legalidad, interpretación de la ley y Dogmática penal... cit.; pág. 343. VIVES ANTÓN: *Estudio Preliminar...* cit.; pág. 62. Y ya unos años antes, nos adelantaba su propuesta de cambio metodológico: "Pues fuera de la lógica no hay un "saber" que excluya el error. Y como la lógica no dice nada del mundo, tanto en los tribunales como en la ciencia hemos de conformarnos con un saber menos fuerte, es decir, hemos de renunciar al conocimiento irrefutable y operar con la *certeza práctica*". VIVES ANTÓN, T. S.: *Fundamentos del sistema penal*. Valencia, 1996; pág. 248.

⁷ En este sentido, VOGEL, Joachim: *Europäische Kriminalpolitik – europäische Strafrechtsdogmatik*. Goldammer Archv's für Strafrecht, núm. 149 (2002); págs. 517-534, 522. El autor, siguiendo a KÜHL, define el denominado principio de "apertura metodológica", el cual establecería que todas las posiciones metodológicas (sea el pensamiento ontológico, o

A) La extensión supranacional de la Dogmática y de la Política Criminal

Tal y como se señalaba en el apartado anterior, la Dogmática penal, especialmente en lo que atañe a los principios penales y a la teoría jurídica del delito, ha experimentado una notable extensión, más allá de las fronteras de los países en los que se originó (Alemania, y en menor medida, Italia). Dicha influencia no sólo ha afectado a la explicación del Derecho Penal en las Universidades, sino incluso a las propias reformas de las leyes penales. Por poner un ejemplo, la Parte General de algunos textos punitivos de países como Paraguay o Bolivia son muy similares al StGB alemán. Y las escuelas del Derecho Penal alemán (clasicismo, neoclasicismo, finalismo, postfinalismo, funcionalismo, etc.), han encontrado un reflejo en países europeos (España, Italia, Portugal y Grecia, entre otros) y en Latinoamérica (destacando Argentina, Chile, Colombia o México)⁸.

normativista, o de las estructuras lógico-objetivas, o funcionalista, ya se trate del moderno pensamiento de la eficacia o el tradicional europeo de los principios) deben ser admitidas por igual.

⁸ Cito ahora tres trabajos en los que me ocupé en su día de esta problemática. BORJA JIMÉNEZ, E.: *Algunos planteamientos dogmáticos en la teoría jurídica del delito en Alemania, Italia y España*. Nuevo Foro Penal, núm. 59 (1993); págs. 24-72. BORJA JIMÉNEZ, E.: *Últimas tendencias en la teoría jurídica del delito en Alemania, Italia y España*. Cuadernos de Política Criminal, núm. 63 (1997); Págs. 595-652. BORJA JIMÉNEZ, E.: *Tendencias contemporáneas en la teoría jurídica del delito*. San José de Costa Rica, 2000.

Uno de los autores cuya obra ha encontrado una gran recepción en diversas latitudes del Planeta es Claus ROXIN. Él mismo explica las claves de la generalización de la Ciencia Penal alemana en estos espacios geopolíticos. Y además, es un firme defensor de la creación de una Dogmática penal universal adscrita a una Política Criminal con fundamentos comunes en relación con las sociedades gobernadas por Estados democráticos⁹.

Por tanto, en este apartado voy a tomar como referencia a este autor alemán en su exposición de la idea de la existencia de un Derecho Penal cada vez más común en Estados con sociedades culturalmente muy distintas¹⁰.

⁹ ROXIN, Claus: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. Band I... cit.; pág. 131. "Hay que pensar, además, que las teorías generales del Derecho Penal y los planteamientos político-criminales que los presiden (como el principio de legalidad, el principio de culpabilidad y el Derecho Penal del hecho) ya son, desde hace mucho tiempo, objeto de intensos esfuerzos científicos desde la perspectiva intercultural y han conducido a un considerable acercamiento de ordenamientos penales en muchas partes del mundo. Hay que contar, por tanto, con ciertos frutos de un Derecho Penal intercultural...".

¹⁰ Son muchos los autores y los trabajos que se han ocupado del carácter supranacional de la Dogmática penal. Por no hacer muy prolija la exposición, considero a ROXIN como máximo exponente porque en su obra converge una buena representación de las justificaciones y motivos que explican esa extensión de la Ciencia Penal más allá de las fronteras de un determinado Estado. Entre sus muchos trabajos, destaco ROXIN, Claus: *Die Strafrechtswissenschaft vor den Aufgaben der Zukunft* en ESER, Albin/HASSEMER, Winfried/BURKHARDT, Björn (Coords.): *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor den Jahrtausendewende*. München, 2000; págs. 369-395

ROXIN va a justificar este acercamiento atendiendo a varias razones relacionadas con distintas problemáticas, las cuales voy a tratar de sintetizar en los párrafos sucesivos.

Una primera razón que explicaría esta tendencia a la unidad vendría determinada por las formas de manifestación de la criminalidad. En este sentido, se afirma que es un fenómeno que tiene lugar con cierta similitud en todos los modernos Estados industriales. De tal suerte que los presupuestos de la punibilidad no serían producto de la arbitrariedad, sino de las condiciones requeridas por una convivencia social libre y segura. Y ello explicaría que, desde tiempos remotos, el núcleo del Derecho Penal en cualquier sociedad venga integrado por los tipos penales más clásicos. Es decir, que toda sociedad, que no quiera sumirse en el caos, tendría que castigar delitos como asesinato, hurto, violación o detenciones ilegales, y otros muchos cuya tolerancia perturbaría el sistema social, y para cuya protección se ha recurrido al Derecho Penal¹¹.

Una segunda razón que podría justificar cierta homogeneidad supranacional del Derecho Penal atendería a criterios dogmáticos. Esto es, no se explicaría sólo atendiendo exclusivamente a los tipos delictivos, sino también teniendo presente las categorías jurídicas de la teoría general del delito, las cuales han sido (y están siendo) objeto de investigación universal de toda ciencia jurídico-penal medianamente desarrollada. De tal modo que institutos jurídicos como la “legítima defensa” o el “estado de necesidad” necesariamente juegan un papel relevante en

¹¹ ROXIN: Die Strafrechtswissenschaft vor den Aufgaben der Zukunft... cit.; pág. 379.

todo ordenamiento jurídico, porque las situaciones de la vida (a las que se debe su origen) serían equiparables¹².

El autor reconoce, sin embargo, que no se puede pasar por alto el hecho de que las condiciones previas políticas, sociales y culturales no son idénticas en todas partes, y sobre todo, en todos los ámbitos jurídicos¹³. De hecho, serían posibles distintas respuestas atendiendo a cada tradición jurídica, sin que ello signifique rechazar la universalidad de los métodos científico-penales empleados en su desvelamiento y fundamentación. El progreso científico en Derecho Penal consistiría entonces en superar el propio tiempo traspasando la doctrina y jurisprudencia nacional e integrando la discusión en el ámbito internacional. De hecho, ROXIN ve la necesidad de recopilar todos los conocimientos fundamentales, teóricos y prácticos, en una obra de Derecho Penal en el plano mundial¹⁴.

En materia político-criminal se afirma que los criterios que tiene que seguir el legislador en toda elaboración de la ley penal deben de atender a la Constitución, esto es, al principio del Estado social de Derecho, a la absoluta vigencia de la dignidad humana, a la relevancia de los derechos humanos y a los resultados de la discusión internacional de las reforma penales¹⁵.

¹² ROXIN: Die Strafrechtswissenschaft vor den Aufgaben der Zukunft... cit.; pág. 380.

¹³ ROXIN: Die Strafrechtswissenschaft vor den Aufgaben der Zukunft... cit.; pág. 381.

¹⁴ ROXIN: Die Strafrechtswissenschaft vor den Aufgaben der Zukunft... cit.; pág. 382 y ss.

¹⁵ ROXIN: Die Strafrechtswissenschaft vor den Aufgaben der Zukunft... cit.; pág. 387.

Y en cuanto a la cuestión que nos formulamos los penalistas sobre el futuro de un Código penal europeo, se llega a la conclusión de que ello difícilmente es posible y tampoco deseable. Las razones que se abogan, y las cuales comparto, toman en consideración el dato de que la ley penal responde a la tradición jurídica y cultural de cada país, que la elaboración de un Código penal europeo respondería más a constelaciones de poder que a criterios científicos, y que para llevar a cabo esta tarea es necesario un consenso y compromiso que para ser alcanzado requiere en ocasiones el establecimiento de regulaciones contradictorias¹⁶.

B) El Derecho Penal comparado y la internacionalización del Derecho Penal

Una forma de desvelar los principios y las instituciones jurídico-penales que son comunes a todas las sociedades, o a un concreto espacio geopolítico supranacional, es recurriendo al análisis de cada uno de los sistemas jurídico-nacionales, compararlos entre sí y extraer consecuencias generales. El recurso al Derecho Penal comparado, pues, se utiliza como un método adecuado para investigar sobre el carácter universal de ciertos componentes del sistema penal.

Otra vía muy similar a ésta, y que en realidad constituye una prolongación de la misma (que va más allá de la comparación de los ordenamientos y de las instituciones jurídicas), viene establecida por la plasmación de un orden

¹⁶ ROXIN: Die Strafrechtswissenschaft vor den Aufgaben der Zukunft... cit.; pág. 391.

internacional en materia penal, creando regulaciones que superan la competencia de los Estados y que muestran una naturaleza propia. Los estudios e investigaciones sobre jurisdicciones internacionales, como la Corte Penal Internacional u otras similares, pueden ofrecer interesantes resultados sobre las posibilidades y límites de un sistema penal universal.

Se ofrece de nuevo la esquemática visión representativa de algunos autores que han llevado a cabo este tipo de metodología¹⁷.

¹⁷ La bibliografía especializada (tanto de Derecho Penal comparado, como de Derecho Penal Internacional) se ha multiplicado exponencialmente en los últimos años. Aquí se van a tener en cuenta algunos trabajos que llevan a cabo una reflexión moderna sobre las cuestiones metodológicas en el sentido apuntado en el texto. Así, destacan los que se citan a continuación. SIEBER, Ulrich: *Strachrechtsvergleichung im Wandel. Aufgaben, Methoden und Theorieansätze der vergleichenden Strafrechtswissenschaft* en SIEBER, Ulrich/ALBRECHT, Hans-Jorg (Coords.): *Strafrecht und Kriminologie unter einem Dach*. Berlin, 2006; págs. 78 y ss. FLETCHER, Georg: *The grammar of Criminal Law. American, comparative and international*. Vol. I. Foundations. New York, 2007. JUNG, Heine: *Wertende (Straf-)Rechtsvergleichung. Betrachtungen über einen elastischen Begriff*. *Goltdammer Archiv's für Strafrecht*, núm. 152 (2005); págs. 1-10. HIRSCH, Hans Joachim: *Internationalisierung des Strafrechts und Strafrechtswissenschaft. Nationale und universale Strafrechtswissenschaft*. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, núm. 116 (2004); págs. 835-853. VOGEL, Joachim:

Europäische Kriminalpolitik – europäische Strafrechtsdogmatik. Goldammer Archv's für Strafrecht, núm. 149 (2002); págs. 517-534. PERRON, Walter: *Perspektiven der Europäischen Strafrechtintegration.* Festschrift für Wilfried Küper zum 70. Geburtstag. Heidelberg, München, Lansberg, Berlin, 2007; págs. 429 y ss. LAGODNY, Otto: *Überlegungen zu einem menschengerechten transnationales Straf- und Strafverfahrensrecht.* Festschrift für Albin ESER zum 70. Geburtstag. München, 2005; págs. 777-795. DANNECKER, Gerhard: *Die Dynamik des materiellen Strafrechts unter dem Einfluss europäischer und internationaler Entwicklungen.* Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, núm. 117 (2005); págs. 697-748. JESCHECK, Hans-Heinrich: *Neuren Entwicklungen im nationalen, europäischen und internationalen Strafrecht. Perspektiven für eine Kriminalpolitik im 21. Jahrhundert?* Festschrift für Albin ESER zum 70. Geburtstag. München, 2005; págs. 991-1003. AMBOS, Kai: *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts. Ansätze einer Dogmatisierung.* Berlin, 2002. AMBOS, Kai: *Principios e imputación en el Derecho Penal Internacional.* Barcelona, 2008. LAMPE, Ernst-Joachim: *Überindividuelle Rechtsgütern, Institutionen und Interessen en Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht. Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtsstaatsachen.* Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag. Köln, München, 2008; pág. 79 y ss.

Muchos son los estudios que se han realizado en el ámbito del Derecho Penal Internacional, especialmente en relación con la institución de la Corte Penal Internacional. Cito algunas obras recientes. TRIFFTERER, Otto: *Commentary on*

Las conclusiones de algunos de los estudiosos en relación con la extensión de la Ciencia Penal y la asimilación de las instituciones que regulan los distintos ordenamientos jurídicos, no son muy distintas de las que expresa ROXIN¹⁸. Pero aquí ha tenido mucha relevancia la influencia de los derechos humanos en el sistema penal. La fuerte implantación de los Estados constitucionales ha determinado que se haya recurrido frecuentemente a la categoría del bien jurídico vinculada a los derechos fundamentales como criterio de legitimación de la

the Rome Statute of the International Criminal Court. Baden-Baden, 2008. MORELL, Ana: *¿Justicia penal internacional?. Avances, incoherencias y límites en la tipificación, castigo y prevención de la violación grave y discriminación de los Derechos Humanos*. Madrid, 2008. MELENDO PARDOS, M.: *Imputación subjetiva y error en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. Desafíos para la Dogmática penal continental*. Barcelona, 2008.

¹⁸ En relación con el mundo occidental, esas causas de similitud entre los distintos sistemas penales se sitúan en torno a la existencia de una comunidad de valores, una forma de vida similar, procesos económicos vinculados por el fenómeno de la globalización, mecanismos de comunicación instantáneos a través de las nuevas tecnologías,, etc. Pero también adquiriría relevancia la fuerte unidad del asociacionismo, la multitud de coloquios y conferencias internacionales, así como la tendencia de los legisladores a tomar en consideración otros modelos procedentes de países vecinos. En este sentido, SIEBER,: *Strachrechtsvergleichung im Wandel. Aufgaben, Methoden und Theorieansätze der vergleichenden Strafrechtswissenschaft...* cit.: pág. 79.

creación y de la existencia de las normas penales¹⁹. En este mismo orden de cosas, también existe una tendencia supranacional a recurrir al Derecho Penal como mecanismo de protección de los derechos humanos. Incluso la creación de tribunales internacionales tras la Segunda Guerra Mundial para enjuiciar a los acusados de la perpetración de los crímenes más execrables contra la humanidad, ha actuado como factor relevante en la materialización de la vigencia de los derechos fundamentales²⁰. Y el esfuerzo por integrar globalmente todas las tendencias jurídicas (especialmente en la elaboración del Estatuto de Roma con el

¹⁹ En este sentido, VIVES ANTÓN, T. S.: *Sistema democrático y concepciones del bien jurídico*. Lusíada, Serie II, núms. 4-5 (2007); págs. 157-187; 186. “En la concepción que se propone, el bien jurídico concreto se conforma, no sólo a partir de los tipos penales; sino también de la Constitución y, específicamente, (pág. 187) del contenido de los derechos fundamentales, desde los que se decide hasta qué punto y en qué sentido una determinada prohibición penal resulta constitucionalmente legítima. El bien jurídico así determinado, por lo tanto, no preexiste al Derecho; pero sí a las concretas tipificaciones penales: se trata de una redefinición de los bienes jurídicos que asume como punto de referencia no sólo el Código penal, sino también la Constitución”.

²⁰ La protección internacional de los derechos humanos, para que sea efectiva e integra, requiere el necesario castigo de las conductas que los violan frontalmente. De esta forma, los aspectos más relevantes de dicha penalización transcurren por las fases de la lucha contra la impunidad, la condena de las amnistías abusivas y la creación de nuevas instituciones represivas como los tribunales internacionales *ad hoc* o la Corte Penal Internacional. Al respecto, TULKENS, Françoise/BEERNAERT, Marie-Aude: *Dans quelle mesure les juridictions pénales internationales peuvent et/ou doivent-elles prendre en compte le droit international des droits de l’homme?* Festschrift für Heike JUNG zum 66. Geburtstag. München, 2007; págs. 1005-1020, 1006.

que se crea y regula la Corte Penal Internacional) también es determinante en la universalización de ciertos principios, categorías e instituciones²¹.

Este acercamiento, a pesar de las notables divergencias²², se está produciendo incluso entre los sistemas penales de la órbita anglosajona y de la Europa continental. De hecho, el pensamiento problemático está cada vez más presente en países de la Unión Europea²³ y en los países anglosajones se recurre ahora muy frecuentemente a la ley como fuente del Derecho Penal²⁴. Y es por ello

²¹ SIEBER,,: Strachrechtsvergleichung im Wandel. Aufgaben, Methoden und Theorieansätze der vergleichenden Strafrechtswissenschaft... cit.: págs. 80-82.

²² Estas diferencias han sido apuntadas por HIRSCH: *Internationalisierung des Strafrechts und Strafrechtswissenschaft...*cit.; pág. 852. El autor lleva a cabo una serie de reflexiones sobre la universalidad del Derecho Penal de índole práctico. En el mismo mundo occidental, pone por ejemplo, la distancia entre los ámbitos del derecho anglosajón y el continental europeo, se produciría por razones de lenguaje, de distintas terminologías y concepciones en la conformación de los principios, y otras debido a deficiencias en el intercambio de información respecto de las correspondientes opiniones. En este sentido, el autor (pág. 846) toma en consideración la reflexión de JESCHECK considerando que el Derecho Penal, con su materia de normas elementales de conducta vigentes en un Estado, refleja internamente de modo específico la cultura jurídica de una sociedad.

²³ Esta idea preside todo el trabajo de Joachim VOGEL: *Europäische Kriminalpolitik – europäische Strafrechtsdogmatik...* cit.

²⁴ Y es que, en el fondo, uno de los elementos generales que proporciona el sistema de Derecho comparado basado en una valoración común (es decir, uno de los elementos fundamentales sobre los que puede estructurarse el sistema penal visto de forma universal), debe ser la pretensión de una mejor solución, de una solución más justa. Esa “mejor solución” es posible y conveniente allí

que uno de los autores anglosajones que mejor conoce el Derecho Penal continental, haya extraído consecuencias generales desde su propia valoración de los dos sistemas en relación con la conducta punible y la culpabilidad²⁵.

En este mismo orden de cosas, hay que señalar que en el Estatuto de Roma también se han tomado en consideración ciertas instituciones penales que son el fruto de la integración de las culturas jurídicas más relevantes del Planeta, de tal modo que se han universalizado principios jurídico-penales como el de legalidad²⁶, culpabilidad²⁷ y proporcionalidad²⁸. Y en los países de la Unión Europea, también están vigentes hoy estas garantías, con especial énfasis en el principio de humanidad de las penas y medidas cautelares privativas de derechos del acusado²⁹.

donde los diferentes ordenamientos jurídicos (comparados) parten de los mismos fundamentos según presupuestos materiales y concepciones dirigidas a un determinado fin. Al respecto, JUNG: *Wertende (Straf-)Rechtsvergleichung. Betrachtungen über einen elastischen Begriff...* cit.; pág. 5.

²⁵ FLETCHER: *The grammar of Criminal Law: American, comparative and international...* cit.; pág. 342. "Los elementos de la punición de la acción humana y de la culpabilidad son requerimientos universales de todo sistema de Derecho Penal".

²⁶ El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional regula este principio en los arts. 22, 23 y 24.

²⁷ Arts. 25; 26; 30; 31. 1, letras a), b) y d); 32 y 33 ERCPI.

²⁸ Art. 78 ERCPI.

²⁹ DANNECKER : *Die Dynamik des materiellen Strafrechts unter dem Einfluss europäischer und internationaler Entwicklungen...* cit.; pág. 735.

En el ámbito del proceso, el Derecho Penal Internacional está generalizando derechos fundamentales, tales como la presunción de inocencia, el derecho a un juez imparcial, el derecho a la defensa, el principio de igualdad de armas de las partes, y el principio del *non bis in idem*³⁰, entre otros³¹.

C) El Derecho Penal intercultural

También hay análisis que se preguntan por la existencia de un Derecho Penal intercultural, de tal forma que examinan y debaten el sistema penal en su conjunto, o alguna de sus instituciones fundamentales, desde la perspectiva de su

³⁰ TULKENS, Françoise/BEERNAERT, Marie-Aude: Dans quelle mesure les juridictions pénales internationales peuvent et/ou doivent-elles prendre en compte le droit international des droits de l'homme ?... cit. ; pág.. 1012. DANNECKER: Die Dynamik des materiellen Strafrechts unter dem Einfluss europäischer und internationaler Entwicklungen... cit.; págs. 736 y 737. El ERCPI recoge estas garantías procesales en el art. 20 (principio del non bis in idem), y art. 55 (principios de presunción de inocencia, y los derechos a guardar silencio, a no declararse culpable, o a la defensa letrada, entre otros).

³¹ Interesante la reflexiones de la investigación de NUOTIO, Kimmo: *Criminal law of a transnationale polity*. Festschrift für Heike JUNG zum 66. Geburtstag. München, 2007; págs. 685-698, 690. El autor aporta algunas ideas sobre criterios comunes que el sistema constitucional de los Estados miembros de la Unión Europea obliga a tomar en consideración a la hora de establecer la tipificación de los delitos y de las penas en el marco del Derecho Penal. En este sentido se habla del reconocimiento de principios básicos relacionados con los derechos humanos y las libertades

idoneidad para poder ser aceptados en sociedades con culturas y civilizaciones muy distintas. Dichos planteamientos suelen presentarse desde disciplinas ajenas a la jurídico-penal, tales como la Filosofía, la Sociología o la Antropología. Con el límite que nos marca el sentido común en la edición de la presente publicación, tomaré un ejemplo de este modelo, el que representa la obra de Otfried HÖFFE cuando en su mismo título nos pregunta si existe un Derecho Penal intercultural³². Dicho modelo refleja, una vez más, la influencia de las concepciones filosóficas que tanto han aportado a la disciplina jurídico-penal³³, y que continúan explicando,

públicas, como la inviolabilidad de la dignidad humana, la interdicción de la pena de muerte y de otros tratos crueles e inhumanos y la prohibición de la tortura.

³² HÖFFE, Otfried: *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht? Ein philosophischer Versuch*. Frankfurt am Main, 1999. Dicha obra responde al modelo filosófico, tal y como se expresa en el subtítulo. En la misma monografía aparecen unas contestaciones de autores tan relevantes como Dieter RÖSSNER, Joachim KERNSTEN, András SZABÓ y Winfried HASSEMER. Otro trabajo que se encuentra en la misma línea viene representado por WEIGEND, Thomas: *Strafrecht und Zeitgeist* en SIEBER, Ulrich/ALBRECHT, Hans-Jorg (Coords.): *Strafrecht und Kriminologie unter einem Dach*. Berlin, 2006; págs. 44-65.

³³ Las relaciones entre Filosofía y Derecho Penal son tan evidentes que no necesitan ninguna justificación. A mero título de ejemplo, en un reciente trabajo de ROXIN se nos muestran, de forma condensada, algunas de esas grandes aportaciones. ROXIN, Claus: *Selbstständigkeit und Abhängigkeit des Strafrechts im Verhältnis zu Politik, Philosophie, Moral und Religion*. Festschrift für Wilfried Küper zum 70. Geburtstag. Heidelberg, München, Lansberg, Berlin, 2007; págs. 489 y ss., 494 y 495.

Según el autor, destacarían las siguientes:

fundamentando o sometiendo a la crítica a las instituciones más relevantes de la misma³⁴.

-El modelo de pensamiento del contrato social en relación con los fines que persigue el Derecho Penal y la fundamentación del principio de legalidad, que es producto de la Filosofía de la Ilustración.

-No ha tenido tanta relevancia la teoría de la retribución de Kant en el moderno Derecho Penal.

-La concepción idealista de la pena tiene su arraigo en determinadas tendencias filosóficas.

-La teoría de la culpabilidad, y su plasmación en la idea de no instrumentalización del ser humano por parte del Estado, refleja la fuerte impronta de la Filosofía en el Derecho Penal.

-La teoría de la imputación objetiva procede de la teoría de la imputación de Hegel. De aquí también puede derivar la gran relevancia que adquiere la teoría del bien jurídico.

³⁴ En los últimos tiempos han aparecido investigaciones muy interesantes que, desde la perspectiva filosófica, aportan relevantes reflexiones sobre el Derecho Penal, o algunas de sus referencias fundamentales. Toda la obra de nuestro homenajeado, especialmente con la publicación de los *Fundamentos del sistema penal* y otros trabajos posteriores, representa una de las mayores contribuciones que ensamblan la filosofía del lenguaje, desde autores como WITTGENSTEIN o HABERMAS, con la explicación del ordenamiento punitivo. Y de ahí se explica que autores tan lejanos a VIVES ANTÓN hayan adoptado una teoría procedimental del bien jurídico muy similar a la que mantuvo aquél, dado el común de los presupuestos filosóficos de los que parten (HABERMAS). En este sentido, YANG, Chun-Soo: *Konzeption einer intersubjektiven Rechtsgutlehre. Teilnehmerrolle als ein diskurstheoretischer Rechtsgutsbegriff*. Frankfurt am Main, 2006. Repito, aquí la concepción del bien jurídico que mantiene éste último es similar a la presentada hace algún tiempo por VIVES ANTÓN (VIVES ANTÓN, T. S.: *Sistema democrático y concepciones del bien jurídico...* cit.) merced a ciertos presupuestos filosóficos comunes.

¿Existe un Derecho Penal válido en igual medida para negros y para blancos; para judíos, cristianos, musulmanes o budistas; para corredores de bolsa y cultivadores de arroz; para los soldados de la frontera de la antigua República Democrática de Alemania y para sus superiores; para militares serbios y muyahidines afganos? Esta es la cuestión que se plantean los modelos de reflexión intercultural³⁵.

En la teoría de la pena también han aparecido algunas relevantes monografías que destaco a renglón seguido. MERLE, Jean-Christophe: *Strafen aus Respekt vor der Menschenwürde. Eine Kritik am Retributivismus aus der Perspektive des deutschen Idealismus*. Berlín, 2007. BASTELBERGER, Marcus: *Die Legitimität des Strafrechts und der moralische Staat. Utilitaristische und retributivistische Strafrechtsbegründung und die rechtliche Verfassung der Freiheit*. Frankfurt am Main, 2006. CAMPAGNA, Norbert: *Strafrecht und unbestrafte Straftaten. Philosophische Überlegungen zur strafenden Gerechtigkeit und ihren Grenzen*. Stuttgart, 2007.

Una explicación de la culpabilidad jurídico-penal desde la perspectiva sociológica la encontramos en ZABEL, Benno: *Schuldtypisierung als Begriffanalyse. Tiefenstrukturen moderner Praxisformen und deren strafrechtlichen Transformation*. Berlín, 2007.

³⁵ HÖFFE: Gibt es ein interkulturelles Strafrecht?... cit.; pág. 7. Se muestra de acuerdo con esta posición, RÖSSNER, Dieter: *Kriminalrecht als unverzichtbare Kontrollinstitution. Zu einer interkulturellen Theorie des Strafrechts* en HÖFFE, Otfried: *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht? Ein philosophischer Versuch*. Frankfurt am Main, 1999; págs. 121 y ss., 125. Asume expresamente las tesis de ambos autores, ROXIN: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. 4ª Edic... cit.; pág. 131. En cambio, refleja mayor escepticismo HASSEMER, Winfried: *Vielfalt und Wandel. Offene Horizonte eines interkulturelles Strafrechts* en HÖFFE, Otfried: *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht? Ein philosophischer Versuch*. Frankfurt am Main, 1999; págs. 157 y ss. HASSEMER, Winfried:

Se parte de una idea que nos presenta una aparente contradicción en el marco de las Ciencias Sociales. Por un lado, entre etnólogos y antropólogos cada vez adquieren más relevancia las tesis que explican los valores sociales en términos de relativismo cultural atendiendo a las peculiaridades de cada comunidad. Pero, por otro lado, frente a este relativismo cultural constatado empíricamente, el Derecho Penal, material y adjetivo, representa una buena prueba de lo contrario, es decir, de su estructura similar en sociedades muy diferentes, presentándose (y empleo palabras del propio HÖFFE) como una “universalidad socio-cultural”. Esa universalidad se muestra claramente en el marco de las diferentes clases de delitos que se encuentran en la mayoría de las culturas (homicidios, lesiones, agresiones sexuales, infracciones contra el patrimonio, etc.). Y, sin embargo, el Derecho Penal representa un medio coactivo limitado, de tal forma que no puede ser calificado como mera tradición o convención, tal y como ocurre en otros sistemas normativos culturales³⁶.

La tesis fundamental que defiende el autor, y que explicaría cierta universalidad del núcleo esencial del Derecho Penal, vincula dos ideas fundamentales. Por un lado, el carácter liberal del Derecho Penal. Y, por otro lado,

Interkulturelles Strafrecht.en ZACZYK, Rainer/KÖHLER, Michael/KAHLO, Michael (Edits.): Festschrift für E. WOLFF. Berlin; 1998; págs. 101 y ss.

³⁶ HÖFFE: *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht?...* cit.; págs. 67 y ss. Este autor manifiesta expresamente la constatación empírica en los diferentes ordenamientos jurídicos del mundo de una sorprendente coincidencia del ámbito más común de la protección penal, de tal forma que el núcleo clásico del Derecho Penal tendría una (casi) absoluta validez intercultural.

su finalidad última, que consistiría en mantener eficazmente la vigencia de los derechos humanos y la protección de las víctimas frente a las fragantes violaciones de dichos derechos humanos³⁷.

A partir de aquí, la construcción de un Derecho Penal intercultural se basa en tres ideas rectoras. La primera, que expresa que el pensamiento filosófico de los derechos humanos ya no coincide con un catálogo concreto y determinado de los mismos. La segunda, según la cual la teoría de los derechos humanos tiene como misión principal proporcionar un núcleo universal integrado por elementos de las diferentes culturas, y en donde cada civilización puede reconocerse a sí misma y reconocer a las demás. Y la tercera, que pone el acento en el hecho de que el acervo de los derechos humanos no es hoy patrimonio exclusivo de la civilización occidental, sino que todas las culturas tienen derecho a reflejarse en su imagen y a ir integrándose en su seno, desarrollándose conforme a sus

³⁷ HÖFFE: *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht?*... cit.; pág. 8. "... El Derecho Penal no es la expresión de la necesidad atávica de punición, o del instinto de venganza, ni tampoco un medio de represión de una cámara de tortura estatal... tampoco necesita el Derecho Penal una excesiva justificación que clame una Justicia absoluta ... más bien constituye el componente fundamental de la naturaleza liberal del Derecho". "... El Derecho Penal representa el elemento irrenunciable de una organización autónoma de la sociedad comprometida con los derechos humanos. Pero no en otra sino sencillamente en esta función: como defensa de los derechos humanos y expresión del vínculo de la sociedad con las víctimas de las violaciones de los derechos humanos".

requerimientos mediante los correspondientes procesos de aprendizaje y transformación³⁸.

Con estas premisas, la explicación de HÖFFE de la gran similitud de las normas penales (sobre todo, en el mundo occidental) se fundamentaría en la legitimación de la elaboración del catálogo de delitos con criterios que vienen justificando la defensa del ser humano en su visión más genérica (que descansa en la misma idea de los derechos humanos). Por muchas que sean las diferencias existentes entre unas y otras culturas jurídicas, el suelo sobre el que se asienta su materia punitiva estará legitimado por el ataque y la violación de los derechos humanos, lo cual explicará que el libro de delitos de cada ordenamiento punitivo sea muy similar³⁹.

Y si es cierto que es muy difícil conseguir que las distintas civilizaciones se pongan de acuerdo en relación con lo que valoran positivamente; es más fácil, sin embargo, coincidir en lo que todas quieren rechazar como acciones perturbadoras de su coexistencia.

No obstante, el planteamiento del autor (pese a su expresa y aparente formulación en contrario) sigue estando limitado al sistema de vida propio del mundo occidental, aun concebido de forma muy amplia. Así se demuestra cuando, de conformidad con TIBI, postula por la exigencia en esta materia, de "... un

³⁸ HÖFFE: Gibt es ein interkulturelles Strafrecht?... cit.; pág. 79.

³⁹ HÖFFE: Gibt es ein interkulturelles Strafrecht?... cit.; pág. 107.

consenso valorativo entre las culturas, sin renunciar a los valores fundamentales de la Democracia y de la Ilustración”⁴⁰.

Otros autores (HASSEMER) entienden que esa universalidad del sistema penal es más difícil de contemplar fuera del mundo occidental⁴¹, pero mantienen la exigencia de una generalización de la cultura de los derechos humanos, lo cual implica a su vez una apuesta por la tendencia a la universalidad del Derecho Penal. Es así, entonces, como se concibe la tarea fundamental de un Derecho Penal intercultural, la de proyectar de forma general la instauración del reconocimiento, respeto y vigencia real de los derechos humanos. Ello comienza con el establecimiento común en las administraciones de Justicia de los distintos Estados de los principios básicos del proceso penal. También aquí se aboga por el necesario consenso (en parte alcanzado, en parte alcanzable) sobre el respeto a los derechos humanos frente a los menoscabos más relevantes⁴².

⁴⁰ HÖFFE: Gibt es ein interkulturelles Strafrecht?... cit.; pág. 108.

⁴¹ HASSEMER: *Vielfalt und Wandel. Offene Horizonte eines interkulturelles Strafrechts...* cit.; pág. 172. El autor pone como ejemplo las penas corporales y la instauración de la tortura, instituciones y prácticas que se rechazan en el mundo occidental aun cuando se demostrase que son económicas y eficaces; mientras que en el Sur de Asia, por ejemplo, forman parte de algunas tradiciones jurídico-penales.

⁴² HASSEMER: *Vielfalt und Wandel. Offene Horizonte eines interkulturelles Strafrechts...* cit.; págs. 178 y 179. “Pienso que la conmoción general sobre las atroces violaciones de los derechos humanos conocidas universalmente, puede constituir la causa motriz para un entendimiento intercultural sobre el contenido y la existencia de los derechos humanos”.

No quiero ahora extenderme más sobre esta temática. Simplemente anotaré que también se pronuncian tendencias que examinan los valores del Derecho desde la perspectiva transcultural más allá de la teoría de los derechos humanos, para situarse en ideas rectoras muy genéricas y trascendentales⁴³.

D) Sistema penal y globalización

En las últimas décadas prácticamente todos los países de la comunidad internacional se están viendo afectados por el denominado fenómeno de la globalización. Claro, que es difícil definir este vocablo con tantas referencias y significados. Sin embargo, ahora tan sólo pretendo apuntar algunos rasgos para explicar cómo el proceso de mundialización de la economía está influyendo en la homogenización de las instituciones jurídicas, y por supuesto, también de las jurídico-penales.

⁴³ LAMPE, Ernst-Joachim: *Überindividuelle Rechtsgütern, Institutionen und Interessen en Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht. Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtstaatsachen. Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag.* Köln, München, 2008; págs. 79 y ss., 93. De este modo, regirían especialmente como valiosas transculturalmente determinadas ideas rectoras que incentivan un progreso político, económico, social o cultural y que han encontrado para ello una adecuada forma de organización. Pues, se apunta, el valor transcultural de las instituciones sociales es aportado, en parte, por la *conditio humana*, y es determinado, también en parte, por las tendencias de la evolución biopsíquica y cultural.

Con el término globalización se quiere proporcionar una explicación de la realidad de la vida social y de la vida de los individuos desde una perspectiva planetaria, en un mundo sin fronteras, interdependiente e intercomunicado (a pesar de las distancias), y a su vez independiente de la pertenencia a los pueblos, a las etnias o a las culturas de cada uno de los operadores en el sistema económico, político o social.

El proceso afecta a todos los ámbitos de la vida humana, considerada individual o colectivamente, pero se expresa específicamente en tres relevantes manifestaciones. Así, en primer lugar, la globalización económica, que pondría el acento en un mundo sin fronteras, sin aranceles, sin límites en el intercambio mercancías y servicios y resaltaría el fenómeno de nuevas formas de organización de las empresas multinacionales o transnacionales. En segundo lugar, se habla de globalización política, y se resaltaría las nuevas realidades que afectan a la pérdida de la soberanía del Estado por dos razones: por la influencia de las transnacionales y por el sometimiento cada vez más fuerte a las organizaciones supraestatales de todo orden (Unión Europea, OTAN, Fondo Monetario Internacional, etc.). En tercer lugar, también destaca la globalización de las comunicaciones, merced al tremendo auge e impacto en la vida real de las nuevas tecnologías de la comunicación y de la información, las cuales permiten los

intercambios de toda índole en el amplio mundo, de forma vertiginosa (prácticamente en tiempo real) y en cuantía casi ilimitada⁴⁴.

La mundialización ha llegado, como no podía ser de otra forma, al ámbito de la criminalidad, y la delincuencia organizada se ha desarrollado estructuralmente con modernos criterios empresariales, adoptando en muchos

⁴⁴ Las fuentes bibliográficas sobre el fenómeno de la globalización son inagotables. Tan sólo citaré algunas obras clásicas, y de gran relevancia, en su última edición. BECK, Ulrich: *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*. Barcelona, 2008. GIDDENS, Anthony: *Consecuencias de la modernidad*. Madrid, 2004. HABERMAS, Jürgen: *La inclusión del otro*. Barcelona, 2008. INGLEHART, Ronald: *Modernización y postmodernización*. Madrid, 2001. WALLERSTEIN, Immanuel: *One World, Many Worlds*. New York, 1988.

Sobre las repercusiones de la globalización en el ámbito jurídico: CAPELLA HERNÁNDEZ, J. R. (Coord.): *Transformaciones del derecho en la mundialización*. Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. /MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C. /DIEGO DÍAZ SANTOS, M. R. (Coords.): *El derecho penal ante la globalización*. Madrid, 2002. TWINING, William: *Derecho y globalización*. Bogotá, 2003. LOSANO, Mario G./MUÑOZ CONDE, F. (Coords.): *El derecho ante la globalización y el terrorismo: cedant arma togae*. Actas del Coloquio Internacional Humboldt, Montevideo, abril 2003. Valencia, 2004. AYUSO, Miguel: *¿Ocaso o eclipse del Estado? Las transformaciones del derecho público en la era de la globalización*. Madrid, 2005. CANCIO MELIÁ, M. (Dir.): *Globalización y derecho*. Madrid, 2006. CUERDA RIEZU, A. (Dir.)/ROPERO CARRASCO, J. (Coord.): *Actas del II Encuentro de derecho y globalización*. Madrid, 2006. ESTÉVEZ ARAUJO, J. A.: *El revés del derecho. Transformaciones jurídicas en la globalización neoliberal*. Bogotá, 2006. DOMINGO, Rafael/SANTIVÁÑEZ, Martín/CAICEDO, Aparicio (Coords.): *Hacia un derecho global. Reflexiones en torno al derecho y la globalización*. Pamplona, 2006.

casos formas de gestión, de implantación y extensión en los diferentes Estados muy similar a las técnicas empleadas por las mismas multinacionales⁴⁵. Es por ello que se ha querido otorgar, de igual forma, una respuesta global ante las nuevas formas de manifestación de ciertos sectores de la criminalidad, y de nuevo se van creando y generalizando instituciones punitivas que traspasan las fronteras de los Estados.

Pero no sólo la delincuencia organizada e internacional está influyendo en la creación de instituciones comunes a un sistema penal que se ve obligado a reaccionar frente a ella. También existe una clara relación entre la evolución en la conformación del Estado, las diferentes revoluciones industriales, la implantación de las ideologías y el modelo penal, adjetivo y sustantivo⁴⁶. Y así, podemos trazar claras proyecciones en las recientes etapas históricas en las que se desarrollan las tres revoluciones industriales. Sin entrar ahora a desarrollar este punto, que excede con mucho las pretensiones de esta humilde contribución, tan sólo pondré

⁴⁵ Algunas aportaciones en ese sentido se pueden encontrar en el trabajo de KAISER, Günther: *Strafrechtliche Sozialkontrolle unter den Bedingungen der Globalisierung* Festschrift für Heike JUNG zum 66. Geburtstag. München, 2007; págs. 379-395. Clarificador el trabajo de ZAFFARONI, Eugenio Raúl: *Globalización y crimen organizado*. Conferencia de clausura de la *Primera Conferencia Mundial de Derecho Penal (AIDP)* pronunciada el 22 de noviembre de 2007 en Guadalajara, Jalisco, México.

⁴⁶ Un esquema explicativo de estas relaciones aparece, como una constante, en la obra de MIR PUIG. Así, una última versión de la proyección del Estado social y democrático de Derecho en el Derecho Penal lo encontramos en la última edición de su tratado. MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte General*. 8ª Edic. Barcelona, 2008; págs. 93 a 96, 104 y ss.

los ejemplos (conocidos por todos) de esta comunicación en las dos primeras revoluciones industriales, y su proyección en el momento actual.

En la primera, es evidente la relación entre la aparición de la industria (en particular, la relevancia de la máquina de vapor y el desarrollo manufacturado del producto), con el pensamiento liberal y la teoría del mercado. Ello determinó el origen del Derecho Penal liberal decimonónico, caracterizado por la protección de las libertades formales y la tutela de bienes jurídicos individuales, la existencia (casi única) de los delitos de acción,, el concepto causal de acción, la relevancia de las teorías de la relación de causalidad o la concepción retributiva de la pena.

Así, la segunda revolución industrial (caracterizada por el empleo de la energía eléctrica y los sistemas de organización del trabajo en cadena y en serie, con fuerte capitalización de las empresas), coincide con el nacimiento del Estado intervencionista (que va evolucionando a Estado social tras las dos guerras mundiales). Se desarrolla en los modelos ideológicos de las socialdemocracias (con gran relevancia de los derechos sociales) y también va a influir de forma decisiva en la transformación del sistema penal. De tal suerte que van a adquirir importancia los delitos de omisión y los bienes jurídicos colectivos, se va a desarrollar una concepción material de la antijuridicidad, y se implantarán con fuerza las teorías normativas de la culpabilidad.

De igual forma, también en la era de la globalización se observa esa vinculación entre la tercera revolución industrial, el proyecto ideológico del neoliberalismo y el nuevo Estado. Esa tercera revolución industrial (con el desarrollo vertiginoso de las nuevas tecnologías que dan origen o son consecuencia de los nuevos procesos económicos) se ha extendido produciendo nuevos bienes materiales e inmateriales y creando nuevos sistemas de organización del trabajo. Para ello ha sido necesario que se potencien las modernas fuentes e instituciones de financiación que posibilitan el incremento cuantitativo y el poder cualitativo de las multinacionales como los agentes más relevantes del sistema económico y político. Estos procesos económicos imponen la ideología de la eficiencia, que mide todo bajo los parámetros ingresos, costes y beneficios en la sociedad mundial del mercado. El Estado neoliberal queda

sometido a las nuevas tendencias, desvinculado de los proyectos políticos tradicionales de la izquierda o de la derecha y viendo limitada su soberanía por el poder de las transnacionales o por el de las organizaciones internacionales de las que forma parte e integra.

Bajo esta perspectiva, se van universalizando algunas concepciones del Derecho Penal, que, por obvias razones, sólo puedo mencionar ahora. Se explicaría así el origen de tendencias que son fruto de este pensamiento, tales como las teorías funcionalistas del Derecho Penal, el Derecho Penal simbólico y el Derecho Penal del enemigo. Pero también se desarrollan otras concepciones que representan reacciones que se enfrentan al proceso globalizador, como las referencias apuntadas en el marco del Derecho Penal intercultural.

Por otra parte, las instituciones clásicas del sistema penal, como el principio de legalidad, de intervención mínima o de culpabilidad, sufren una nueva formulación por la nueva realidad que les dota de otra función y significado. Esta nueva realidad permite que se desarrollen las nuevas teorías, como las del riesgo permitido en el marco de la imputación objetiva, la autopuesta en peligro de bienes jurídicos en el seno de la victimodogmática, y otras como la responsabilidad penal de las personas jurídicas o las de la coautoría en el marco de la criminalidad organizada. En la Parte Especial del Derecho Penal, aparecen nuevas figuras delictivas que se enfrentan a las nuevas formas de criminalidad, tales como los delitos informáticos, de manipulación genética, socioeconómicos, racistas, etc. Otros más conocidos, como el terrorismo, tráfico de drogas o hechos punibles contra el medio ambiente, se transforman en figuras con mayor represión punitiva.

La globalización, por tanto, también condiciona en gran medida la extensión del Derecho Penal por una doble vía (que ya ha sido examinada en los apartados anteriores). Por un lado, va generalizando teorías explicativas de los fundamentos del Derecho Penal (universalización de la Dogmática) que tienen que adaptar el sistema a la nueva realidad. Y, por otro lado, obliga a la comunidad internacional, o a un sector de la misma, a la creación de normas punitivas supranacionales para hacer frente al problema de la criminalidad global (auge del Derecho Penal

Internacional)⁴⁷. En todo caso, como acertadamente han apuntado algunos autores, el Derecho Penal de la globalización admitirá una apertura metodológica en el que cabrán la pluralidad de modelos en el análisis de las instituciones jurídico-penales comunes (ontológicos, normativistas, funcionalistas, etc.), y donde primará la elaboración del sistema penal tomando en consideración el pensamiento problemático-inductivo que atiende al análisis concreto de las cuestiones y casos, en detrimento del pensamiento sistemático-deductivo propio de la Dogmática tradicional⁴⁸.

III. UN NUEVO PLANTEAMIENTO METODOLÓGICO

⁴⁷ Sobre estas temáticas, pueden consultarse los siguientes trabajos: GARCÍA RIVAS, N.: *Globalización y justicia penal universal: paralelismos* en GARCÍA VALDÉS, C./CUERDA RIEZU, A./MARTÍNEZ ESCAMILLA, M./ALCÁCER GUIRAO, R./VALLE MARISCAL DE GANTE, M. (Coords.): *Estudios penales en homenaje a Enrique GIMBERNAT*. Tomo I. Madrid, 2008; págs. 293-309. AMBOS, Kai: *Dogmática jurídico-penal y concepto universal del hecho punible* en *Estudios penales en homenaje a Enrique GIMBERNAT...* cit.; págs. 97-124. VOGEL, Joachim: *Derecho Penal y globalización* en CANCIO MELIÁ, M.: *Globalización y derecho*. Madrid, 2006; págs. 113-126.

⁴⁸ En este sentido, y siguiendo a KÜHL (*vid supra* nota 7) VOGEL: *Derecho Penal y globalización...* cit.; págs. 124 y 125. En sus *Fundamentos del sistema penal* (cit.; pág. 248), VIVES ANTÓN plantea dar mayor relevancia a un conocimiento que se edifique en torno a la *certeza práctica* frente a una sistemática con pretensiones científicas asentada exclusivamente en la metodología lógico-deductiva (*vid supra* nota 6).

A) El recurso a un modelo de referencia

Con la pretensión de dar respuesta a la cuestión de si existe un sistema penal con fundamentos universales (centrándome en un primer momento a los principios de legalidad y culpabilidad), en el año 1999 inicié una investigación (que he desarrollado hasta el momento presente a lo largo de varias etapas) en relación con ordenamientos sancionadores originarios de pueblos indígenas latinoamericanos de Ecuador, Bolivia, Colombia, Brasil, Chile, Costa Rica, Guatemala y Panamá. En algunas de estas comunidades indígenas encontré sistemas jurídicos punitivos que funcionaban con absoluta autonomía en relación con el sistema oficial de Justicia y llevé a cabo el correspondiente estudio de su idiosincrasia cultural y jurídica, con especial atención a sus normas y principios penales, procedimientos, sistema de autoridades y competencia⁴⁹.

⁴⁹ Cito ahora las publicaciones en las que he desarrollado sucesivamente esta investigación sobre los sistemas punitivos de los pueblos originarios de Latinoamérica. Al respecto, BORJA JIMÉNEZ, E.: *Introducción a los fundamentos del Derecho Penal indígena*. Valencia, 2001. BORJA JIMÉNEZ, E.: *Derecho Penal y Derecho indígena: Cuatro tesis* en FLORES GIMÉNEZ, F. (Coord.): *Constitución y pluralismo jurídico*. Quito, 2004; págs. 111-152. BORJA JIMÉNEZ, E.: *¿Existe el derecho penal indígena?* Conferencias Magistrales, núm. 13. INACIPE, México, 2005. BORJA JIMÉNEZ, E.: *Sobre la existencia y principios básicos del sistema penal indígena* en BORJA JIMÉNEZ, E. (Coord.): *Diversidad cultural: Conflicto y Derecho. Nuevos horizontes del Derecho y de los derechos de los pueblos indígenas de Latinoamérica*. Valencia, 2006; págs. 259-372. BORJA JIMÉNEZ, E.: *Sobre los ordenamientos sancionadores originarios de Latinoamérica* en BERRAONDO, Mikel (Coord.): *Pueblos indígenas y derechos humanos*. Instituto de Derechos

No pretendo ahora volver a analizar los resultados de aquella investigación. Tan sólo quiero tomarlos en consideración en tanto que representan la explicación de un modelo jurídico-punitivo totalmente distinto al sistema penal occidental. En la medida en que logre desvelar las claves que rigen dicho modelo, y compararlas con el esquema de los ordenamientos jurídicos de corte occidental (cercano a los vigentes en la Europa continental), podría adelantar algunas hipótesis sobre la universalidad del Derecho Penal. Dicho de otra forma, se han querido tratar, también como resultado de toda esta experiencia acumulada y de la síntesis ulterior del trabajo especulativo, algunos de esos relevantes aspectos relacionados con la normativa sancionadora de los pueblos originarios de Latinoamérica. El fruto de ese trabajo nos podría ayudar, a través de un análisis comparativo, a determinar algunas cuestiones relevantes sobre los aspectos del sistema penal que pueden predicarse de cualquier civilización, y aquellos otros que muestran ciertas particularidades con base en la diversidad cultural.

Con estos presupuestos, ya se puede esbozar de forma más completa otra metodología que quiere llevar a cabo un esquema explicativo acerca de la universalidad del sistema penal.

Como hipótesis metodológica, por tanto, se recurriría a un ámbito de la convivencia humana con una cosmovisión, ya sea cultural, religiosa, política e incluso jurídica, distinta de la que coincide con la forma de vida propia de las

Humanos. Universidad de Deusto. Bilbao, 2006: págs. 663-683. BORJA JIMÉNEZ, E.: *Sobre los ordenamientos sancionadores originarios de Latinoamérica* en Derecho Penal y pluralidad cultural. Anuario de Derecho Penal, 2006 (Lima y Friburgo –Suiza-, 2007); págs. 101-152.

denominadas sociedades occidentales. Y aquí podemos observar dos grandes modelos.

Europa occidental representa en la actualidad un buen ejemplo de heterogeneidad étnica, cultural y religiosa. Si es cierto que a través de los recientes procesos de globalización, el mundo es cada vez más homogéneo, también es verdad que los fuertes movimientos de emigración que se están produciendo entre los diferentes Estados, inciden en la transformación de las sociedades occidentales, cada vez más heterogéneas desde la perspectiva cultural.

Sin embargo, pese a esa diversidad cultural que se impone en la sociedad europea, los diferentes grupos minoritarios todavía no han logrado mantener un sistema jurídico autónomo que se ajuste a su forma de vida, pautas religiosas y cosmovisión. Se admiten distintos órdenes culturales y religiosos, claro está, pero en el marco de un único ordenamiento jurídico regulador de la coexistencia de todos, pertenezcan a grupos mayoritarios o minoritarios.

Pero Europa no es el único ejemplo de heterogeneidad social atendiendo al origen nacional, étnico o religioso de la población que integra el Estado. Un segundo modelo vendría reflejado por Latinoamérica, ámbito geopolítico que se caracteriza por un auténtico marco de diversidad de culturas que conviven en el mismo territorio de cada país. En efecto, por un lado, nos encontramos ante un sistema político, jurídico y cultural que rige oficialmente y que coincide, con algunas diferencias, con el orden de representaciones propio del mundo occidental. Y, por otro lado, en muchos de sus países, existen pueblos indígenas que poseen su propia cultura, lengua (no siempre), tradiciones, formas de vida e incluso sistema jurídico, ámbitos diferenciados de la sociedad oficial. Pero, frente a lo que ocurre en Europa, cuyos grupos marginales se han ido incorporando en las últimas décadas a la sociedad compuesta y gobernada por la mayoría oficial, en Latinoamérica el proceso es diametralmente opuesto. Es decir, que el sistema de vida occidental se impuso a través de la colonización a las formas de existencia que mantenían los pueblos aborígenes, quedando éstos en un segundo plano y en la más absoluta discriminación desde todos los ámbitos (cultural, económico,

político, jurídico, etc.). Gran parte de estos pueblos ya contaban con un sistema jurídico que ordenaba la convivencia en cada aldea, poblado o ciudad. Sin embargo, dichos ordenamientos desaparecieron en la época de la conquista. Pero también es cierto que otros, muy pocos, siguieron estando vigentes y permanecen en la actualidad. No obstante, hasta finales de los años ochenta, en los países latinoamericanos regía oficialmente un único ordenamiento jurídico que formalmente se aplicaba a todos, indígenas y no indígenas. Aunque hoy, en parte, sigue siendo así, algo ha cambiado al menos desde el punto de vista legal con la aprobación del Convenio 169 de la OIT, pues existe un reconocimiento de la autonomía jurisdiccional de los pueblos originarios. Pero no quiero extenderme sobre este punto, dado que ahora se trata de presentar unas reflexiones metodológicas y algunas conclusiones provisionales sobre la universalidad del sistema penal que se extraen de lo que fue una investigación anterior mucho más profunda.

Los resultados sobre dicha investigación de los sistemas penales de los pueblos originarios de Latinoamérica, por tanto, pueden ser ahora utilizados como modelo de referencia. En este sentido, se aprovecha el aspecto metodológico del análisis realizado en relación con diferentes comunidades en las que podría suscitarse la existencia de un conjunto normativo sancionador distinto del sistema oficial de Justicia. Se toma, entonces, como paradigma el estudio de algunos pueblos originarios representativos de América Latina, buscando formas regladas de la coexistencia humana estructuradas con autonomía e independencia del Derecho del Estado.

Queda, de esta manera, perfilado un primer esbozo del modelo teórico propuesto para abordar la temática de la universalidad del sistema penal.

B) Los estadios del desarrollo metodológico

De esta forma, el método elegido transcurre a través de varias fases. En la primera de ellas, se toman en consideración determinados sistemas jurídicos que gocen de cierta autonomía. En la segunda, se analizan dichos sistemas jurídicos

desde sus propios principios e instituciones. En la tercera, se lleva a cabo un análisis comparativo, todavía en el plano técnico-jurídico, entre el conjunto normativo aborígen y el ordenamiento jurídico oficial del Estado. Finalmente, en la cuarta fase, se establece otro análisis comparativo, que tendría que poner en común los principios e instituciones fundamentales de cada uno de los ordenamientos estudiados, y que, en su coincidencia, se postulan como la herramienta adecuada para desentrañar las claves ocultas sobre la universalidad del Derecho Penal⁵⁰.

Avanzando un paso más, hay que señalar que estas fases metodológicas tendrían que desarrollarse en algunas de las instituciones más relevantes del sistema penal, tales como en materia de principios, de infracciones, de sanciones o del correspondiente proceso establecido para determinar las respectivas responsabilidades penales de los acusados.

Es sabido, y ya se ha señalado, que el moderno Derecho Penal de corte occidental, y más concretamente, el que se cobija bajo la órbita cultural del

⁵⁰ Este modelo metodológico se ha ido perfilando en las investigaciones objeto de las publicaciones señaladas en la nota anterior, aunque sólo en una de ellas fue expresado con cierto orden y sistema (BORJA JIMÉNEZ: *Sobre la existencia y principios básicos del sistema penal indígena...* cit.; págs. 264 y ss.). Sin embargo, no se llegó en su día a utilizar el planteamiento antropológico como modelo de referencia para extraer conclusiones en el marco del Derecho Penal con vocación universal. Es mi intención continuar con el desarrollo planteado en el texto en ulteriores investigaciones, sobre todo en el marco del proyecto que dirige nuestro profesor homenajeado.

denominado sistema continental, viene regido por axiomas tan relevantes e indiscutidos, entre otros, como el de legalidad, intervención mínima, culpabilidad o humanidad de las penas.

Este nuevo planteamiento teórico, por tanto, también llevaría a cabo un primer análisis en relación con los principios que inspiran los ordenamientos sancionadores aborígenes. En primer lugar, habría que aclarar si los axiomas de ese Derecho sancionador indígena son de la misma naturaleza que los mencionados de los sistemas penales occidentales. Y si no es así, si han de ser distintos, en segundo lugar tendría que explicar cuáles son, en qué se fundamenta su diferencia, cómo se postulan, dónde reside su justificación y cómo se describe su contenido esencial. De este modo podrá alcanzarse una conclusión provisional sobre el alcance y carácter universal de la estructura axiomática del sistema penal.

Junto a estos principios, también se debería llevar a cabo un análisis, quizás con menor intensidad, destinado a describir y verificar el catálogo de infracciones más común, el conjunto de consecuencias sancionadoras que le siguen, el sistema de autoridades que tienen capacidad para enjuiciar a los sospechosos de su perpetración y las reglas básicas que rigen el correspondiente proceso para declarar la absolución o culpabilidad del acusado. Es decir, tal y como se ha reiterado constantemente, se trata de ofrecer un fiel reflejo de los fundamentos del Derecho indígena sancionador, una vez se constató su existencia. Estas hipótesis serán de gran utilidad para determinar, a su vez, la mayor o menor idiosincrasia de elementos relevantes del sistema penal tales como el catálogo de infracciones, de consecuencias jurídicas o del procedimiento de determinación efectiva de responsabilidades penales frente a los sospechosos.

Tras superar estos dos peldaños en el modelo expuesto, se llega al tercer escalón metodológico. Porque al tiempo que se vaya descubriendo cada uno de sus elementos fundamentales (principios, muy en primer plano; infracciones, sanciones y procedimiento, en un segundo plano), se llevará a cabo un análisis comparativo con los componentes estructurales paralelos del derecho estatal oficial.

En la fase final se llega al último estadio de nuestro camino metodológico. Allí es donde se determinará si existe o no una estructura universal de los lineamientos del sistema penal, con independencia de la historia y de la cultura de una sociedad dada. Tomando en consideración dos modelos de coexistencia social tan diferentes, se buscarán los fundamentos comunes que permitan afirmar la legitimación de todo poder punitivo y los límites universales en la sanción de los comportamientos humanos.

Se ha visto en apartados anteriores que esta pretensión ya se ha formulado desde metodologías muy distintas. Así, la Dogmática penal ha tratado de llevar a cabo una generalización de los principios y de la teoría jurídica del delito más allá de los presupuestos de la norma penal estatal. El Derecho Penal comparado también realiza un análisis de las instituciones punitivas buscando lo común y lo diferente en cada una de ellas, atendiendo a la respectiva tradición jurídica nacional. De igual forma, el Derecho Penal Internacional regula la convivencia de los pueblos más allá de las fronteras de cada país, creando una normativa penal material y adjetiva, que trasciende al individuo y al Estado, y que se circunscribe al ámbito de la denominada comunidad internacional. E incluso se han descrito otros modelos, como la perspectiva intercultural, o la que se desarrolla en torno al análisis de los procesos de globalización económica (o una combinación de ambas), que tratan de ofrecer una explicación de los fenómenos que se proyectan en los problemas globales y que requieren la respuesta de instituciones jurídicas, entre las que se encuentran las punitivas, también universales.

La innovación que se presenta aquí también reside en el método empleado, que toma como parámetro la antropología jurídica desarrollada sobre el marco normativo sancionador de los pueblos originarios de Latinoamérica⁵¹.

⁵¹ No quiero extenderme ahora sobre el cometido y naturaleza de la Antropología Jurídica. En todo caso, se considera la obra de MALINOWSKI como la pionera de esta disciplina, y en la que llevó a cabo un análisis muy exhaustivo sobre la problemática relativa a la naturaleza de las reglas jurídicas en comunidades tribales (MALINOWSKI, Bronislaw: *Crimen y costumbre en la sociedad salvaje*.(1926) Traducción de J. y M. T. ALIER. Reed. Barcelona, 1991). Autores que se han planteado estas cuestiones son BOBBIO (BOBBIO, Norberto: *Teoría general del Derecho*. Bogota, 1997) o WEBER (*Economía y sociedad*. México, 1979), entre otros muchos, por no mencionar la extensa obra en este sentido del antropólogo Claude LEVI-STRAUSS.

Una obra clave de esta disciplina es la representada por ROULAND, Norbert: *Anthropologie juridique*. Paris, 1988. Otras obras destacables relacionadas con la Antropología Jurídica las encontramos en los siguientes autores: KROTZ, Esteban (Edit.): *Antropología jurídica. Perspectivas socioculturales en el estudio del Derecho*. Barcelona, 2002. HENDLER, Edmundo S.: *Las raíces arcaicas del Derecho Penal. Aportes de la antropología social al Derecho Penal*. Quito , 1995. WÜRTEMBERGER, Thomas: *Persona y ley jurídica. Contribución a una futura antropología del Derecho*. Córdoba (Argentina), 1967. MANOUVRIER, L.: *La antropología y el Derecho*. Versión castellana precedida de unas notas críticas de Francisco LOMBARDÍA Y SÁNCHEZ. Madrid, 1903. TAVARES DE MEDEIROS, J. J.: *Antropología y Derecho*. Traducido y aumentado con un apéndice sobre antropología criminal por Manuel TORRES CAMPOS. Madrid, 1893. ROULAND, Norbert (Dir.): *Derecho de las minorías y de los pueblos autóctonos*. Traducción de Isabel VERICAT NÚÑEZ. México, 1999. GLUCKMAN: *Política, Derecho y ritual en la sociedad tribal*. Madrid, 1978. BUBER, Martin: *¿Qué es el hombre?* Traducción de Eugenio IMAZ. México, 1964.

En lengua alemana, destacan las siguientes investigaciones: FIKENTSCHER, Wolfgang: *Wirtschaftliche Gerechtigkeit und kulturelle Gerechtigkeit. Vom Sinn der Kulturvergleichung in*

IV. A TÍTULO DE CONCLUSIÓN FINAL (Y PROVISIONAL)

Voy a adelantar alguna de las conclusiones que ya he formulado en anteriores ocasiones, pero sobre las que todavía no he extraído todas las consecuencias en orden a la determinación de cuáles son los fundamentos, los principios y las instituciones que pueden ser comunes a cualquier sistema penal. Como dichas hipótesis serán objeto de ulteriores formulaciones en trabajos posteriores, se justifica que a este apartado final también le acompañe el calificativo de provisional.

En primer lugar, hay que señalar que, fuera de la Justicia estatal, también existen ámbitos humanos conformados por un sistema de reglas establecidas para dar solución a los conflictos más graves de convivencia. Y estos ordenamientos manifiestan una racionalidad desde la propia cosmovisión indígena. No se trata, pues, de reacciones de venganza de un clan sobre otro, ni de linchamientos, ni de autojusticia primitiva. Claro, que no es un sistema perfecto. Los poderosos también quieren servirse de él para hacer valer determinados intereses ilegítimos. Otros lo tergiversan para alcanzar el poder o vengarse de sus enemigos. Pero

Anthropologie, Wirtschaft und Recht. Heidelberg,, 1997. POSPÍSIL, Leopold: Anthropologie des Rechts. Recht und Gesellschaft in archaischen und modernen Kulturen. München, 1982. BROEKMAN, Jan M.: Recht und Anthropologie. München, 1979. GRUEBER, Nils: Das Recht im Lichte der Anthropologie Graf Dürckheims. Studien zu einer philosophisch-anthropologischen Begründung des Rechts. Zürich, 1962.

estos defectos son más propios de la condición humana que de las instituciones consideradas en sí mismas⁵².

De aquí podríamos extraer una primera tesis según la cual toda comunidad humana, aun cuando sea poco compleja o tribal, establece un conjunto de reglas punitivas que guardan cierta racionalidad y son adecuadas para resolver los conflictos más graves de convivencia que se puedan producir en su seno.

En las comunidades indígenas, por tanto, existe un ordenamiento consuetudinario de resolución de conflictos que mantiene la pacífica convivencia de los pueblos originarios de Latinoamérica. No es un ordenamiento homogéneo, sino que varía de etnia a etnia, de pueblo a pueblo. Tampoco hay que olvidar que no todo grupo originario tiene su propio sistema de Administración de Justicia. El derecho autónomo no sólo se pierde a través de procesos violentos que obligan a las etnias primigenias a desplazamientos forzosos, o mediante la integración ante el imparable avance de la civilización occidental, sino también cuando se

⁵² En esta, y ulteriores notas, apunto cuatro obras en las que he creído demostrar cada una de las tesis que esgrimo en el texto. BORJA JIMÉNEZ: *Introducción a los fundamentos del Derecho Penal indígena...* cit.; pág. 106 y ss. BORJA JIMÉNEZ: *Derecho Penal y Derecho indígena: Cuatro tesis...* cit.; pág. 115 y ss. BORJA JIMÉNEZ: *¿Existe el derecho penal indígena?...* cit.; pág. 13 y ss. BORJA JIMÉNEZ: *Sobre la existencia y principios básicos del sistema penal indígena...* cit.; pág. 272 y ss.

establecen instituciones tuitivas que desde la oficialidad pretenden preservar y proteger a las culturas nativas⁵³.

En relación con esta afirmación de la existencia de ordenamientos sancionadores y consuetudinarios indígenas, podemos adelantar la siguiente conclusión (provisional) general. La naturaleza del Derecho Penal occidental (en su versión continental), como sector del ordenamiento jurídico cuya materia viene regulada por ley en sentido formal, esto es, instrumento normativo emanado de una asamblea parlamentaria representativa de la soberanía popular, puede ser concebida de forma universal allá donde encontremos un sistema de vida con la tradición histórica, los valores sociales, políticos, culturales, religiosos, e incluso jurídicos, propios del mundo occidental. Pero fuera de este ámbito, cuando se trata de otras dimensiones con formas de vida histórica y culturalmente diferenciadas, las fuentes del ordenamiento sancionador pueden cambiar. Por tanto, son posibles fuentes del Derecho Penal la ley (sistema europeo continental), el precedente jurídico (sistema anglosajón tradicional) o la costumbre (ordenamientos jurídicos aborígenes). También llega a variar su misma naturaleza en lo relativo a esa nítida distinción entre lo público y lo privado, o entre la norma jurídica y la norma ética o religiosa. Y cualquiera que sea la fuente o naturaleza de los ordenamientos de los

⁵³ El Derecho indígena, también el sancionador, es, ante todo, derecho consuetudinario. BORJA JIMÉNEZ: *Introducción a los fundamentos del Derecho Penal indígena...* cit.; pág. 118. BORJA JIMÉNEZ: *Derecho Penal y Derecho indígena: Cuatro tesis...* cit.; pág. 123. BORJA JIMÉNEZ: *¿Existe el derecho penal indígena?...* cit.; pág. 25. BORJA JIMÉNEZ: *Sobre la existencia y principios básicos del sistema penal indígena...* cit.; pág. 299.

pueblos originarios, siguen constituyendo por ello un sistema penal en la medida en que se conforman en torno a los elementos básicos del mismo: Las normas que lo constituyen vienen integradas por el presupuesto, que coincide con el delito, y la consecuencia jurídica, que se proyecta sobre la pena. Existen esos delitos, esas penas, un proceso, unas autoridades que dirimen el conflicto, un ámbito de competencia, y unos principios básicos sobre los que se estructura todo ese sistema.

En materia de principios, ni el de legalidad ni tampoco el de culpabilidad constituyen las bases del sistema penal indígena. El primero, porque requiere una legitimidad de representación parlamentaria que no existe en el seno de los pueblos originarios. El segundo, porque se fundamenta en la dignidad humana individualmente considerada, y la sociedad aborígen se caracteriza, en cambio, por estructurarse bajo los parámetros de la identidad colectiva, quedando el sujeto particular en un segundo plano. La primacía del individuo o de la comunidad en una u otra cultura determina la vigencia estructural de los axiomas del respectivo sistema penal. El carácter comunitario de la vida social de los pueblos originarios y el fuerte vínculo existente entre el individuo y la naturaleza, coadyuva a la plasmación de otros principios en su ordenamiento jurídico-punitivo. Es por ello que en estos ámbitos aparecen otros axiomas desconocidos en los ordenamientos occidentales, o, si no desconocidos, con una dimensión y relevancia diferente. Tal

es el caso de los principios de reciprocidad, de equilibrio, de mediación y de reintegración social del individuo⁵⁴.

De aquí podríamos extraer otra conclusión provisional. Ni el principio de legalidad, ni el de culpabilidad son universales. Sin embargo, no existe sociedad humana que desconozca los dos fundamentos más relevantes que legitiman dichos principios. Por un lado, la seguridad jurídica. Por otro lado, el binomio libertad/responsabilidad, según el cual a mayor capacidad de autonomía que la sociedad otorga al individuo, mayor es el grado de exigencia de la comunidad con relación a las consecuencias de su comportamiento con el grupo y sus miembros.

En los pueblos originarios de Latinoamérica, ese Derecho consuetudinario califica y desprecia comportamientos muy graves para la comunidad y los comuneros. Dichos comportamientos muestran elementos similares a los denominados delitos, y coinciden en gran medida con los tipificados en los códigos penales de corte occidental. He de dejar constancia, sin embargo, de que existen otros hechos punibles que se encuentran en la mayoría de los derechos originarios (adulterio, ociosidad y hechicería, entre otros) y que hoy en día son desconocidos en los sistemas occidentales⁵⁵.

⁵⁴ BORJA JIMÉNEZ: Introducción a los fundamentos del Derecho Penal indígena... cit.; pág. 133 y ss. BORJA JIMÉNEZ: Derecho Penal y Derecho indígena: Cuatro tesis... cit.; pág. 126 y ss. BORJA JIMÉNEZ: ¿Existe el derecho penal indígena?... cit.; pág. 32 y ss. BORJA JIMÉNEZ: Sobre la existencia y principios básicos del sistema penal indígena... cit.; pág. 317 y ss.

⁵⁵ BORJA JIMÉNEZ: Introducción a los fundamentos del Derecho Penal indígena... cit.; pág. 142 y ss. BORJA JIMÉNEZ: Derecho Penal y Derecho indígena: Cuatro tesis... cit.; pág. 133 y ss.

Una vez más, la relevancia de los valores comunitarios, la incesante búsqueda del frágil equilibrio o la concepción mágica del mundo explican la existencia de injustos punibles que son incomprensibles en el mundo continental europeo o en el anglosajón. Y de aquí podemos extraer otra tesis general y provisional. El catálogo de delitos que crean las sociedades a través de sus reglas punitivas son similares, pero existen diferencias en algunas prohibiciones acordes a la idiosincrasia de cada grupo humano. El principio de protección de bienes jurídicos no es universal, pero sí lo es el de lesividad u ofensividad, que incrimina los acontecimientos humanos gravemente perturbadores que lesionan o ponen en peligro las bases de la convivencia social.

En su día puse de manifiesto algunas notables divergencias en las sanciones utilizadas en uno y otro sistema punitivo. La pena de muerte es prácticamente inexistente (aunque no está totalmente erradicada) en las comunidades indígenas. Existen penas corporales, como el látigo o el cepo, que proceden del periodo colonizador, pero a las que se les ha otorgado un carácter más simbólico que aflictivo. Otras, como el hostigamiento o el baño en agua fría, parecen más propias de una larga tradición prehispánica, y mantienen ese estigma fuertemente ritualizado. También las hay muy semejantes a las que se

BORJA JIMÉNEZ: ¿Existe el derecho penal indígena?... cit.; pág. 40 y ss. BORJA JIMÉNEZ: Sobre la existencia y principios básicos del sistema penal indígena... cit.; pág. 329 y ss.

aplican en el derecho penal oficial, como los trabajos en beneficio de la comunidad o de la víctima, la multa o la reparación del daño⁵⁶.

Si se admite esta realidad de los ordenamientos punitivos indígenas, se podrá afirmar entonces que la sanción privativa de libertad (que apenas existe en estos ámbitos), no es universal, ni tampoco la prohibición de las penas corporales. Del sistema punitivo aborígen en comparación con los ordenamientos jurídicos occidentales, también se desprende el carácter común de considerar la pena como castigo por el actuar reprochable, De igual modo, adquieren cierta generalidad las funciones de la sanción penal en su vertiente de prevención general (tanto negativa como positiva) y de prevención especial (tanto intimidatoria como rehabilitadora).

Defendí en su momento la tesis según la cual el Derecho Penal material de los pueblos aborígenes encuentra su plasmación en un proceso formal que suele venir regido por la autoridad política de la comunidad y resuelto por el conjunto social reunido en asamblea a través de un procedimiento de negociación y de valoración de las pruebas, de evaluación de la implicación en los hechos de los acusados y de la sanción a imponer en su caso⁵⁷.

⁵⁶ BORJA JIMÉNEZ: Introducción a los fundamentos del Derecho Penal indígena... cit.; pág. 153 y ss. BORJA JIMÉNEZ: Derecho Penal y Derecho indígena: Cuatro tesis... cit.; pág. 138 y ss. BORJA JIMÉNEZ: ¿Existe el derecho penal indígena?... cit.; pág. 47 y ss. BORJA JIMÉNEZ: Sobre la existencia y principios básicos del sistema penal indígena... cit.; pág. 336 y ss.

⁵⁷ BORJA JIMÉNEZ: Introducción a los fundamentos del Derecho Penal indígena... cit.; pág. 162 y ss. BORJA JIMÉNEZ: Derecho Penal y Derecho indígena: Cuatro tesis... cit.; pág. 148. BORJA

De dicha apreciación, se puede extraer como conclusión en relación con todo proceso penal la existencia de dos fases (la de investigación y la de enjuiciamiento), siendo esta última la más relevante, y en la que predomina la oralidad y la publicidad. El proceso es dirigido y decidido por resolución de una autoridad reconocida oficialmente o socialmente, independiente de las partes, de la acusación y de la defensa. La mediación y la negociación entre dichas partes implicadas está adquiriendo una gran generalización en todos los sistemas penales.

Llegado a este punto, por tanto, se plantea la cuestión fundamental: ¿Y qué ocurre con la formulación universal de los derechos humanos? ¿Acaso el hecho de ser indígena, o de poseer otro acervo cultural, otra cosmovisión del mundo, otra forma de existencia individual y social, determina que las garantías individuales encuentran por esta razón un límite infranqueable en su pretensión de tutela? Para la cosmovisión occidental, la sanción del cepo o de latigazos viola fragantemente los más elementales derechos del individuo. Pero para la mentalidad indígena, la pena privativa de libertad supone uno de los atentados más graves que puede sufrir un ser humano, superior al menoscabo de la integridad física o incluso de la vida. Y es entonces cuando se cae en la cuenta de que lo común a todo sistema penal se encuentra en lo común al ámbito de garantías del individuo que toda civilización está dispuesta a tutelar. Y si se profundiza algo más, entonces llegaremos a la temática del alcance de la universalidad de los derechos humanos,

JIMÉNEZ: ¿Existe el derecho penal indígena?... cit.; pág. 59 y ss. BORJA JIMÉNEZ: Sobre la existencia y principios básicos del sistema penal indígena... cit.; pág. 346 y ss.

que está íntimamente relacionada con la concepción universal de la persona. Expresado de otra forma, el siguiente paso metodológico consistiría en determinar ese mínimo elenco de derechos que se le debe reconocer a todo ser humano, cualquiera que sea el sistema normativo y cultural en el que se desenvuelva⁵⁸.

En fin, quise demostrar que no existe un Derecho Penal con principios universales e inmutables que sea válido para resolver los conflictos de convivencia más relevantes en toda sociedad, en toda cultura o en toda civilización. Sin embargo, ha quedado claro que existen unos fundamentos muy básicos que todo sistema penal (como tal, racional y con coherencia normativa e institucional reglada) debe respetar, en la medida en que haya un mínimo consenso sobre la consideración de que todo ordenamiento jurídico debe contemplar al sospechoso, acusado o reo como ser portador de dignidad humana que le hace merecedor de respeto por el mero hecho de nacer como miembro de nuestra especie.

Pero ya me he excedido en algunas páginas (más de las deseables) en relación con la extensión de la presente contribución que los amables directores de la presente publicación nos habían aconsejado y limitado al solicitarnos nuestra

⁵⁸ Nuestro homenajeado señala, como se ha expuesto en otra cita, que la investigación doctrinal debería abandonar sus pretensiones de “cientificidad” y sustituirlas por otras, relativas a la mejora del funcionamiento del sistema jurídico (VIVES ANTÓN: *Principio de legalidad, interpretación de la ley y Dogmática penal...* cit.; pág. 343). Evidentemente, quien conoce la obra del autor, sabe que esa mejora del sistema jurídico está relacionada con la tarea de extender y hacer efectivo el conjunto de derechos y garantías fundamentales del ciudadano.

aportación. Será en ulteriores trabajos y publicaciones donde iré dando respuestas a estas cuestiones planteadas, y a otras que pronto surgirán.

