

## DERECHO PENAL Y GLOBALIZACIÓN

Rafael MARQUÉZ PIÑERO

*A mí distinguidísima amiga Emma Mendoza Bremauntz*

La globalización, produce un impacto en el sistema económico mundial. Wallerstein sostiene que la universalización y concentración de la lógica capitalista provoca contradicciones en el nivel mundial, y a tal cosa conviene añadir (según el mismo autor) las reacciones antioccidentales, antimodernas y fundamentalistas, así como el movimiento ecologista o las distintas corrientes neonacionalistas. La lógica interna del sistema mundial capitalista produce además dos cosas opuestas: integración y desmoronamiento universal.

En cuanto a la pregunta del poeta Erich Kastner <<¿Dónde está lo positivo?>> <<¿No encuentra en Wallerstein ninguna respuesta?>>. El cree que –finalmente– nos espera, (nos amenaza) el colapso del sistema mundial. Este razonamiento (que aquí solo podemos reproducir de manera muy simplificada) se caracteriza por dos rasgos principales: **es de índole monocausal y económica (¿Economista?)**. La globalización se determina simple y exclusivamente en cuanto a la institucionalización del mercado mundial.

A dicha teoría se le pueden determinar–tres observaciones críticas–. **En primer lugar**, ponen de manifiesto las dificultades de interpretar y revisar esta teoría de manera histórica –empírica–

**En segundo lugar**, si la globalización comienza en este marco referencial con el descubrimiento de Colón y el sometimiento del Nuevo Mundo, todo lo demás constituye también una especie de medicamentos específicos en la finalización del siglo XX. Lo que implica que el marco conceptual, que propone Wallerstein no permite determinarlo históricamente de lo transnacional.

**En tercer lugar** percibimos que aquí se razona a pesar de toda la dialéctica de manera lineal y que realmente no se trae a colación, ni se desarrolla la cuestión de si

*Entre libertad y castigo:  
Dilemas del Estado contemporáneo*

el mercado mundial entraña conflictos e identidades **cosmopolitas** imprevistas y no deseadas que Marx y Engels ya advirtieron en el **Manifiesto Comunista**.<sup>1</sup>

**El establishment** de la política exterior considera otras dimensiones distintas a las exclusivas del poder militar y económico, o de los proyectiles y los dólares. Ahora se han añadido los problemas globales, así como los derechos humanos a nivel mundial. Los programas para los refugiados y la necesidad de poner dique a los numerosos casos de corrupción y las catástrofes medioambientales. Esta globalidad transforma nuestra manera de pensar. Y a la pregunta de qué papel jugaba los ciudadanos y las iniciativas ciudadanas en su visión de la globalización, proporcionó las siguientes respuestas: << **El creciente influjo de las iniciativas de base es, además de la internacionalización, el segundo desafío que tiene ante sí, respecto del concepto de política que se ha mantenido hasta esta época.** >>.

Existe una enorme presión para que se produzca la descentralización de la política, presión que surge sólo a través de nuevas posibilidades de comunicación. En esta tesitura, el fax e Internet se encuentran cada vez más integrados en la autocomprensión cotidiana. Cualquiera puede hablar con otra persona, en cualquier punto del planeta, a la velocidad de un rayo, sin tener que depender de los canales gubernamentales ni diplomáticos.

El tránsito de la era nacional a la post-nacional lo relaciona asimismo Rosenau **en primer lugar** con las circunstancias del sistema político internacional y, **en segundo lugar**, con el hecho de que la estructura monocéntrica de poder de los Estados nacionales rivales ha sido sustituida por un reparto de poder policéntrico, que produce que una gran pluralidad de actores transnacionales y nacionales-estatales compitan, o en su caso, cooperen entre sí.

Existen también dos ámbitos de sociedad global:- **la sociedad de los Estados** donde las reglas de la diplomacia y del poder nacional siguen constituyendo unas variables clave; y **el mundo de la subpolítica transnacional**, lugar donde se dan cita actores tan distintos como las empresas multinacionales, Greenpeace, Amnistía Internacional, el Banco Mundial, la OTAN, la Unión Europea, y un amplio etcétera.

Conviene considerar la Política mundial policéntrica, que produce una situación interesante: La oposición entre sociedad mundial **duplicada** y teoría del sistema mundial es manifiesta: Rosenau pone en lugar de un único sistema de mercado mundial económicamente <<**controlado**>>, **una política mundial policéntrica**, en la cual ni el capital ni los gobiernos nacionales-estatales tiene la última palabra (ni tampoco las Naciones Unidas, el Banco Mundial, Greenpeace, etc.) sino que **todos**,

---

<sup>1</sup> Volver Bornschier viene elaborando empíricamente desde hace tiempo la teoría mundial; véase, últimamente, últimamente, V. Bornschier y B. Trezzini, <<Jenseits von Dependenz –versus Modernisierungstheorie: Differenzierungsprozesse in der Weltgesellschaft und ihre Erklärung>>, H. P. Müller (comp.), *Weltsystem und kulturelles Erbe*, Berlín, 1996, págs. 53-79.

*Estudios en homenaje a la maestra  
Emma Mendoza Bremauntz*

con oportunidades de poner bastante diferentes, disputan entre sí la consecución de sus respectivos objetivos.

El paso de la política regida <<**nacional-estatalmente**>> a la política policéntrica conduce a Rosenau (también contrariamente a Wallerstein) a pretender una dimensión tecnológica de la globalización con dinámica propia. En sus estudios sobre la ciencia política, resulta claro como el peso e importancia de las dependencias internacionales han cobrado una nueva cualidad. Esto lo explica mediante el enorme y perdurable auge de las tecnologías de la información y de la comunicación. Terminamos, pues, con la situación descrita y pasamos a ocuparnos de otras consideraciones.

El núcleo ideológico del globalismo reside en que da al traste con una distinción fundamental de la primera modernidad, a saber, la existente entre política y economía. La tarea principal de la política, delimitar bien los marcos jurídicos, sociales y ecológicos dentro de los cuales el quehacer económico es posible y legítimo socialmente, se sustrae así a la vista o se enajena. El globalismo pretende que un edificio tan complejo como Alemania -es decir- el Estado, la sociedad, la cultura y la política exterior debe ser tratado como una *empresa*.

En este sentido se trata de un imperialismo económico, bajo el cual las empresas exigen las condiciones básicas con las que poder optimizar sus objetivos. Resulta cuando menos singular el hecho de qué –y la manera de cuándo – el globalismo arrastra a su bando a sus mismos oponentes. Existe un globalismo **afirmador**, pero también, otro **negador**, el cual persuadido del predominio ineluctable del mercado global se acoge a varias formas de proteccionismo.

Los *proteccionistas negros* lamentan el hundimiento de los valores y la pérdida de la importancia de lo nacional, pero – al propio tiempo– y de manera un tanto contradictoria llevan a cabo la destrucción neoliberal del Estado neonacional.

Los **proteccionistas verdes** descubren el Estado nacional como un biotopo político amenazado de extinción, que protege los valores medioambientales contra las presiones del mercado internacional y, en tal sentido, merece ser protegido al igual que la misma naturaleza.

Los **proteccionistas rojos** siguen aireando en todas las cuestiones el lema de la lucha de clases; para ellos la globalización es un sinónimo más de <<**ya lo aviamos advertido**>>. Están celebrando la fiesta de una resurrección marxista. En cualquier caso, se trata de una cegada porfía de la utopía.

De todas estas trampas del globalismo hay que distinguir eso que – en la estela del debate anglosajón – he dado yo en llamar globalidad y globalización. **La globalidad** viene a significar lo siguiente **hace ya bastante tiempo que vivimos en una sociedad mundial**, de manera que la tesis de los espacios cerrados es ficticia no hay ningún país ni grupo que pueda vivir al margen de los demás. Es decir, por las distintas formas económicas, culturales y políticas no dejan de entre mezclarse y que las evidencias del modelo occidental se deben justificar de nuevo.

*Entre libertad y castigo:  
Dilemas del Estado contemporáneo*

De esta manera la sociedad mundial significa la totalidad de las relaciones sociales que no están integradas en la política del Estado nacional, ni están determinadas (ni son determinables) a través de ésta. Aquí la autopercepción juega un papel clave en cuanto que la sociedad mundial en sentido estricto –para proponer un criterio operativo (y políticamente relevante) – significa una sociedad mundial **percibida y reflexiva**. La pregunta de hasta qué será dicha sociedad se puede convertir empíricamente, según esto (de acuerdo con el Teorema de Thomas, según el cual lo que los hombres consideran real, se convierte en real), en la pregunta de cómo y hasta qué punto los hombres y **las culturas del mundo se perciben en sus referencias respectivas** y hasta qué punto esta auto percepción desde el punto de vista de la sociedad mundial se convierte relevante desde la perspectiva de la conducta.<sup>2</sup>

La base fundamental respecto de la aclaración de la relación del Derecho y de la Globalización, y más específicamente entre el Derecho Penal y el fenómeno Globalizador nos permite señalar tres etapas en su desarrollo:

- a) El fenómeno de la economización del derecho, lo que implica una estimación de la influencia determinante que la economía ejerce sobre la parcela jurídica en nuestra época.
- b) El debate sobre las consecuencias que la globalización ejerce sobre ese instrumento de control social que es el Derecho, en general y muy claramente sobre la función de la regulación social del Derecho Penal.
- c) Concreción de la relación y la interconexión inseparables entre el Derecho Penal de nuestra época y la Globalización. Ubicándose, específicamente, en el ámbito del impacto que la sociedad resultante de la actividad globalizadora produce sobre el Derecho Penal de forma intensa y concluyente.

En cuanto a la globalización del crimen, que pretende aunar esfuerzos de distintas bandas mafiosas y explotar la superioridad de redes transnacionales, de gran flexibilidad para sacar partido de su agilidad frente a la rigidez de burocracias estatales, muy reacias a salir de sus lugares comunes y que ponen en gran cuestionamiento la capacidad del Estado para mantener y hacer respetar los ordenamientos jurídicos y legales. Tal situación permitiría hablar (en sentido figurado) de unos embriones de cuasi Estados criminales con gran capacidad operativa.

En esta tesitura, los Estados nación han reaccionado de dos formas: **Primero**, aliándose entre ellos y **Segundo**, contestando a las amenazas mediante la descentralización autonómica y municipal.

Resumiendo: podemos afirmar que no nos encontramos ante el fin del Estado, ni siquiera del Estado nación, sino entre el surgimiento de una forma superior y más

---

<sup>2</sup> Beck, Ulrich. **¿QUÉ ES LA GLOBALIZACIÓN?. Falacias del globalismo, respuestas a la globalización**, Paidós mexicana, 2008, pp. 27,28 y ss.

*Estudios en homenaje a la maestra  
Emma Mendoza Bremauntz*

flexible de Estado comprensiva de las anteriores, y cuyo propósito consiste en agilizar su componente y hacer los operativos en el nuevo contexto mundial. En efecto, el Estado no será superado por la economía, lo que sí sucederá es que nos encontraremos en el inicio de un Estado, que profundiza sus raíces en la sociedad. Y, precisamente, **“como la sociedad internacional es variopinta, el Estado red es multiforme. En lugar de mandar habrá que navegar”**.

Con Herman Heller, un clásico en la materia, cabe preguntarse ¿Cuál es la naturaleza de la soberanía? Obviamente nos referimos a su naturaleza jurídica, aunque también puede contemplarse desde una perspectiva sociológico-política. Y el Ilustre Maestro se responde diciendo: **La soberanía es la cualidad de la independencia absoluta de una unidad de voluntad frente a cualquiera otra voluntad decisoria universal efectiva**. Lo anteriormente dicho, contemplado desde el punto de vista positivo supone **“que la unidad de voluntad, a la que corresponde la soberanía es la unidad decisoria universal suprema dentro del orden de poder de que se trate”**. En este sentido, el Jurista atribuye al Estado la calidad de persona, y efectivamente puede considerarse que el Estado es la persona moral por excelencia. Podría decirse que se trata de una concepción derivada de un trabajo de elaboración jurídica.<sup>3</sup>

Pero si la construcción jurídica (de que venimos hablando) es entendida como una simple ficción, es decir, si anida exclusivamente en la imaginación de los juristas, en un sentido auténtico no es factible hablar de la soberanía del Estado-persona. Cualquier concepto jurídico verdadero es la imagen de un proceso social real. Sin la referencia constante a la empiricidad de los hechos, la ciencia del derecho se diluye en un ámbito infinito. Claro está que esta referenciación a los hechos que, puede igualmente situarse desde un punto de vista sociológico, no debe apartarnos del camino, que sencillamente es la transformación del material precientífico en conceptos jurídicos concretos y aprovechables.

Cuando se actúa de esta manera, las realidades sociales dejan de ser meras ficciones o productos del método jurídico. El jurista, en su relación y en su actividad con la materia con la que va a operar, no está colocado frente una tabula rasa jurídica sino que, por el contrario, se encuentra frente a una realidad cultural, resultado de una lenta y rica elaboración. Su función consiste (ante esta realidad cultural) esencialmente en seguir el proceso de formación de los conceptos jurídicos, que le son proporcionados en forma precientífica, en ofrecer a la vida jurídica nuevas instituciones, en deslindar lo específicamente jurídico de todas aquellas manifestaciones vitales con la cual aparece confundido, elevándolo –finalmente– a la categoría de un sistema.

El aislamiento, la elaboración y la sistematización de la tarea jurídica tienen (primordialmente) idéntico sentido que corresponde a la actividad legislativa, o sea, la preparación de un orden justo y seguro que sea expresión de los dos valores jurídicos fundamentales: **la justicia y la seguridad para la vida social**.

---

<sup>3</sup> Heller, Herman. La soberanía, 2ed. Ed. Fondo de Cultura Económica/UNAM, 1995, passim

*Entre libertad y castigo:  
Dilemas del Estado contemporáneo*

El trabajo del jurista, por consiguiente, más o menos noble según intente la creación de un orden jurídico más o menos justo y seguro. Si los principios del Derecho positivo son pensamientos directores y causas justificadoras de una regulación, tiene que subyacer bajo ellos, un pensamiento más justo y tienen que servir por lo menos de indicadores de los principios del Derecho justo. El Doctor Mario de la Cueva, distinguidísimo Jurista mexicano, en su excelente *Estudio preliminar sobre la problemática de la soberanía* señala la lucha entre las dos corrientes fundamentales referentes a la soberanía, es decir, las concepciones **dualista** y **monista**.

**La primera de ellas**, muy difundida en el ambiente italiano, señala que el Derecho Internacional y el Derecho Nacional constituye dos órdenes jurídicos completamente separados, tanto por sus fundamentos de validez, como por los sujetos a los que se dirige. Lo anterior, es plenamente razonable, pues mientras el Derecho Internacional se origina en las relaciones entre los Estado y obliga exclusivamente a sujetos soberanos; el Derecho Nacional tiene su fuente en las constituciones estatales única forma de la que pueden nacer derechos y obligaciones para los individuos.

En contraposición a lo anterior, la concepción monista, que se mantiene en la creencia en la unidad de los órdenes jurídicos, se bifurca en dos grandes direcciones opuestas: **la primera** es la llamada doctrina de **la primacía del Derecho Nacional**, que señala que “**El Estado es la personificación del orden jurídico contenido en la Constitución, toda vez que es ella la que engloba todos los órdenes jurídicos parciales y la que determina cuáles acciones deben referirse a la Nación**”. En otras palabras tiene como finalidad considerar el Derecho Internacional como parte y subordinado al Derecho Nacional.

**La segunda posición**, dentro de esta dirección es la que **defiende la preeminencia del Derecho Internacional**, y ésta, a su vez, se subdivide en **el monismo internacionalista radical y el monismo internacional moderado**. Verdross (en uno de sus libros más clásicos) expone una escueta y magistral caracterización de las dos últimas tendencias.<sup>4</sup>

El **monismo internacionalista radical** declara el rechazo de un Derecho Nacional opuesto al Derecho Internacional, ya que las normas del primero serían indefectiblemente nulas. Sin embargo, **el monismo internacionalista moderado**, que todavía tiene una gran cantidad de partidarios acepta el punto de vista de la **concepción dualista**, que rechaza que el Derecho Nacional contrario al Derecho Internacional sea automáticamente nulo, ya que es obligatorio para las autoridades estatales.

Pero se aparta de la concepción dualista, en cuanto esta llega a la conclusión de que los dos órdenes jurídicos no tienen relación alguna, mientras que el **monismo**

---

4 Verdross, Alfred. Derecho Internacional (International Law), Logmas, Ed. Lauterpacht, Inglaterra, 1964, passim.

**moderado** mantiene que la expedición de una norma nacional contraria al **Derecho Internacional** no rompe la unidad del sistema porque dicha norma puede ser combatida conforme a los procedimientos del Derecho Internacional.

En resumen, el Profesor Verdross se inclina por la **primacía del Derecho Internacional**, en su versión del monismo moderado, pero advierte que esa posición no constituye una teoría internacionalmente aceptada. Y que los diversos autores tienen estimaciones distintas en relación de la problemática que nos ocupa. Adentrándose en la consideración de la soberanía, el Profesor Verdross señala que el dilema **primado del derecho Nacional o del Derecho internacional** carece de sentido.

Al razonar tal rechazó al enfrentamiento señalado, destaca que (en vez de plantear la subordinación absoluta de uno a otro) debe considerarse más bien su coordinación en beneficio de los hombres, pueblo y de la humanidad. Llegados a este punto esencial del razonamiento, Hermann Heller, que sin duda ha sido un gran conceder del tema de la soberanía y un asiduo defensor del principio de la autodeterminación de los pueblos, la parte final de la edición señalada *up supra* (Vid nota 4) ponen de manifiesto su inclinación hacia un claro concepto clásico del Derecho Internacional.

La postura de Heller de inclinarse hacia el **primado del Derecho Internacional**, en su consideración de monismo moderado, en alguna manera es compartida por el **Jefe de la Escuela Vienesa, es decir por Hans Kelsen**, quién después de inclinarse por esta tendencia del **monismo moderado** rechaza la dicotomía de la supremacía del **Derecho Nacional o supremacía del Derecho Internacional**.

Precisamente Hermann Heller señala en el texto ya reseñado referente a la soberanía su concepto de Derecho: **“Entendemos por derecho un orden social establecido por la autoridad de la comunidad, a fin de limitar normativamente la conducta externa, quiere decirse, la conducta social de los entes dotados de voluntad”**.

**En la estimación del Profesor Mario de la Cueva** nos encontramos, según sus propias palabras, que si tuviéramos que determinar el lugar que ocupa en la clasificación de Verdross y Oppenheim tendríamos, que señalar que Heller defiende una concepción dualista, pero hay que aclarar que la diferencia entre el orden jurídico nacional e internacional dimana más que de los fundamentos y de las materias que de uno y otro se ocupan de la manera como brotan de las relaciones humanas.

La falta de una distinción clara entre los dos sistemas es la fuente de las incomprensiones y de las dudas que existen acerca de las relaciones entre los conceptos de soberanía, **Derecho Nacional y Derecho Internacional**. Como se ve el Doctor Mario de la Cueva a parte de ser un conocedor exhaustivo del pensamiento de Heller plantea una cuestión de plena vigencia en la actualidad.<sup>5</sup>

---

5 Para Hans Kelsen en su Teoría Pura del Derecho, trad. Vernengo, México, Instituto de Investigaciones Jurídica/UNAM, 1985, pp. 330, 331 y ss. Concretamente plantea el dilema de las construcciones monistas en las páginas 241 y ss., y señala: literalmente:

*Entre libertad y castigo:  
Dilemas del Estado contemporáneo*

---

“Que con relación al tema que nos ocupa la formulación de la relación entre el Derecho Internacional y Derecho Nacional varia, pues según el sistema adoptado. Para la ciencia jurídica estos dos sistemas son igualmente admisibles pues no hay método jurídico que permita dar preferencia a uno en detrimento del otro.”

En este sentido el gran Kelsen considera que para que pueda construirse esta disciplina resulta preciso suponer la validez de uno de los dos términos del dilema, ya que los dos no pueden ser válidos al mismo tiempo, pero ocurre que no existe ningún criterio jurídico que nos permita decidirnos por el uno o por el otro (el Maestro escribe en función de la Teoría Pura del Derecho)”.