

CORDINI, Nicolás. “Derecho penal transnacional:
hacia una dogmática jurídico-penal regional”.
Polít. crim. Vol. 13, Nº 26 (Diciembre 2018) Art. 13, pp. 1140-1169.
[http://www.politicacriminal.cl/Vol_13/n_26/Vol13N26A13.pdf]

Derecho penal transnacional: hacia una dogmática jurídico-penal regional

Transnational Criminal Law: Towards a Regional Legal Theory of Criminal Law

Nicolás Santiago Cordini
Profesor de Derecho Penal
Universidad Nacional del Litoral
ncordini@fcjs.unl.edu.ar

Resumen

Afirmar que la dogmática jurídico-penal de base germánica atraviesa un periodo de crisis no constituye ninguna novedad. Desde hace décadas no existen grandes avances en el desarrollo de nuevos modelos de comprensión. A ello se le suma un proceso de internacionalización del Derecho penal y, con él, el influjo de nuevos conceptos, institutos, teorías, etc., no pensados primigeniamente para ser aplicados en nuestro Derecho penal, sino desde el sistema propio de los países del *Common Law*. Reconocer la situación de crisis constituye el primer paso, pero si deseamos que nuestra dogmática jurídico-penal no se convierta en una reliquia del pasado, no debemos quedarnos en la fase de quietismo. Debemos pasar a la acción y pensar estrategias que sirvan para revertir esta tendencia o, cuanto menos, contenerla. En el presente trabajo nos proponemos presentar, en términos generales, las características del fenómeno denominado “internacionalización del Derecho penal” así como las estrategias que resultan necesarias a los fines de constituir una dogmática jurídico-penal regional que no solo cumpla con su función clásica, sino que, al mismo tiempo, funcione como “*Ligne Maginot*” a fin de evitar que la receptación de ideas de otros sistemas legales desemboque en un Derecho penal del enemigo (*Feindstrafrecht*).

Palabras clave: internacionalización, transnacional, dogmática.

Abstract

To state that the German-based dogmatic (Legal Theory) of Criminal Law passes through a period of crisis is nothing new. For decades, there has been no progress on new theoretical models. In addition, there is a process of internationalization of Criminal Law, and with it, the influx of new concepts, institutes, theories, etc., which were not primevally thought to be applied in our Criminal Law, but from the legal system of Common Law. To recognize this critical situation constitutes the first step, but if we do not desire that the dogmatic of Criminal Law becomes a relic of the past, we do not stay in the stage of quietism. We should start acting and think strategies to reverse the current trend or, at least, to dam it. In this this paper we present the characteristics of the process named “internationalization of Criminal Law” as well as the strategies that are necessary to constitute a regional dogmatic of Criminal Law, which not only fulfil its classical function, but also, at the same time, it operates as “*Ligne*

Maginot” to avoid that the reception of ideas from other legal systems leads to a Criminal Law of the enemy (*Feindstrafrecht*).

Key words: internationalization, transnational, dogmatic.

Introducción

La dogmática jurídico-penal de tradición germana transita, desde hace tiempo, un periodo de crisis, crisis que trasciende a esta disciplina abarcando al Derecho penal en su totalidad. Afirmarla no constituye ninguna novedad. Sin embargo, nos interesa profundizar en una de sus manifestaciones, a saber, la reconfiguración del Derecho penal clásico, si es posible seguir utilizando dicha categoría teórica, a partir del proceso de internacionalización del Derecho penal.

El Derecho penal es un producto esencialmente moderno, fruto del surgimiento de los Estados nacionales y, con ellos, la potestad de ejercer el monopolio de la fuerza física legítima. La facultad de punir es, quizás, la máxima expresión de la soberanía. Siendo la actividad de definir delitos y aplicar las penas correspondientes una potestad exclusiva del Estado, el Derecho penal se pensó como un sistema unitario y cerrado. Sin embargo, estos atributos comienzan a ser puestos en duda en la segunda mitad del siglo xx, a partir de la aparición de normas penales de fuente internacional. El proceso de internacionalización de la disciplina penal se verá acrecentado con los procesos de globalización económica e integración regional. No sólo es puesta en duda la prerrogativa exclusiva del legislador nacional para criminalizar – o en su caso, desincriminar – conductas, sino, simultáneamente, se produce un “encuentro” de culturas jurídicas. Nuestro sistema de imputación jurídico-penal de base germana (*Civil Law*) se verá influenciado por otros sistemas de imputación jurídico-penal, en particular el sistema penal del *Common Law*.

Objeto del presente artículo es describir las características de este proceso de internacionalización del Derecho penal y, como no queremos quedarnos sólo en la crítica, presentamos líneas de acción a nivel regional para contrarrestar esta tendencia o, al menos, contenerla.

1. Marco institucional de la investigación y metodología seleccionada

El presente trabajo se enmarca en dos proyectos de investigación postdoctoral. El primero de ellos, financiado por el CONICET (Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas) con sede en el instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Gioja, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, cuyo objeto es determinar en qué medida la internacionalización del Derecho penal, en particular a partir de la proliferación de los delitos de organización, redefinen la estructura del ilícito. El segundo de los proyectos consistió en una investigación postdoctoral financiada y realizada en el Instituto Max Planck para el Derecho penal extranjero e internacional (*Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht*), Friburgo, Alemania, cuyo objetivo general fue la realización un estudio de Derecho comparado entre los sistemas penales de los países pertenecientes al

bloque económico MERCOSUR (Estados miembros y asociados) con el fin de determinar qué alternativas normativas existen para abordar el fenómeno de los delitos de organización; en particular, la participación en una organización criminal transnacional a partir del diseño de una jurisdicción regional en la materia. En el transcurso de dichas investigaciones se evidenció un fenómeno más amplio, estrechamente ligado a los tipos delictivos analizados, en particular el hecho de que el proceso de internacionalización del Derecho penal conlleva una pérdida de identidad de la dogmática jurídico-penal de tradición germana a partir de una receptación de conceptos, categorías e instituciones provenientes de otros sistemas de imputación jurídico-penal, en particular del sistema del *Common Law*. El objetivo del presente trabajo consiste en presentar, en términos generales, las características del fenómeno denominado “internacionalización del Derecho penal” así como las estrategias que, según nuestra perspectiva de análisis, resultan necesarias a los fines de constituir una dogmática jurídico-penal regional que no sólo cumpla con su función clásica sino que, al mismo tiempo, funcione como “*Ligne Maginot*” a fin de evitar que la receptación de ideas de otros modelos desemboque en un Derecho penal del enemigo (*Feindstrafrecht*).

La metodología seleccionada a los efectos de realizar el presente trabajo de investigación se basa en herramientas que se corresponden con una estrategia metodológica cualitativa. Se identifican como *unidades informantes* las siguientes: (i) legislación penal de los Estados partes del MERCOSUR y países asociados, en la que se recepte el elemento “organización”; demás legislación internacional en la materia: *Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción* de 2003, *Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos*, *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional* de 2000, *Convención de Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas* de 1988, *Convención de la UNESCO sobre las Medidas que Deben Adoptarse para Prohibir e Impedir la Importación, Exportación y la Transferencia de Propiedad Ilícita de Bienes Culturales* de 1970, *inter alia*, Legislación regional en la materia: *Convención Interamericana contra la Corrupción* de 1996, *Convención Americana Sobre Derechos Humanos*, Tratados, Protocolos y Acuerdos del MERCOSUR, etc.); (ii) Doctrina jurídica: monografías y revistas jurídicas especializadas tanto en Derecho penal como en Derecho penal internacional, tanto nacionales como extranjeras. Respecto de las *técnicas de investigación*, recurrimos al análisis documental: *análisis de contenido*. Para ello se conformaron una serie de instrumentos (fichas de análisis) adecuados para cada tipo de documento. Ello posibilitó la sistematización de datos, facilitando su correlación y su posterior procesamiento, a fin de constituir una muestra representativa sobre unidades informantes.

2. Características del nuevo Derecho penal: el proceso de internacionalización

El Derecho penal clásico es producto de ordenamientos jurídicos nacionales, unitarios y cerrados. El Derecho penal de la globalización económica y de la integración supranacional es, en cambio, un Derecho crecientemente unificado, pero, al mismo tiempo, menos garantista, en el que se flexibilizan las reglas de imputación y en el que se relativizan las

garantías político-criminales sustantivas y procesales.¹ Las notas distintivas de este nuevo modelo de Derecho penal son las siguientes:

(i) La internacionalización del Derecho penal se realiza a partir de instrumentos de Derecho internacional.² En un primer momento se desarrolló a partir del Derecho internacional consuetudinario, principios que fueron posteriormente codificados en el Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional, dando lugar a una gran codificación de los principios que conforman el Derecho penal internacional. Aunque son, principalmente, los tratados bi y multilaterales los que realizan el mencionado proceso de internacionalización. Estos convenios afectan a gran número de delitos tales como el terrorismo, el tráfico de armas y de drogas, la trata de personas, la prostitución y la pornografía infantil, la criminalidad organizada, el lavado de dinero, etc. Como veremos más adelante en profundidad, en la actualidad la proliferación de la legislación penal internacional se desarrolla a partir de un conjunto de normas de naturaleza penal que conforman el llamado “Derecho penal transnacional”.

(ii) El Derecho penal resultante del proceso de internacionalización es un Derecho orientado a dar respuesta a demandas fundamentalmente prácticas. El estilo de argumentación utilizado es más bien pragmático y, en primera línea, orientado a argumentos fácticos.³ El pragmatismo que caracteriza a este modelo se visualiza en que los actores – fundamentalmente los Estados – no discuten acerca de la creación de un nuevo Derecho penal basado en la redefinición de sus principios, sino que, ante una determinada problemática, por ejemplo, el narcotráfico o la criminalidad organizada, la respuesta es punitiva, plasmada en una convención internacional. El núcleo de este proceso de codificación está conformado por los llamados “*treaty crimes*”, y en ellos han retrocedido las discusiones dogmáticas, categoriales o

¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en sociedades postindustriales*, 2ª edición, Madrid: Civitas, 2001, p. 81.

² Siguiendo a Triffterer: “derecho penal internacional en sentido formal es el conjunto de todas las normas de naturaleza penal del derecho internacional, que conectan a una conducta determinada —crímenes internacionales— ciertas consecuencias típicamente reservadas al derecho penal y que, como tales, son aplicables directamente”. TRIFFTERER, Otto, *Dogmatische Untersuchungen zur Entwicklung des materiellen Völkerstrafrechts seit Nürnberg*, Freiburg i. Br., Albert, 1966, p. 34. Para Ambos se trata de una combinación de principios de Derecho penal y de Derecho internacional. Del primero toma las ideas de responsabilidad individual y de reprochabilidad de una determinada conducta, del segundo, en cambio, toma las figuras penales, sometiendo a la conducta en cuestión a una punibilidad autónoma de Derecho internacional (principio de responsabilidad penal directa del individuo según el derecho internacional). AMBOS, Kai, *Internationales Strafrecht. Strafanwendungsrecht – Völkerstrafrecht – Europäisches Strafrecht - Rechthilfe*, 4ª edición, München, C. H. Beck, 2014, pp. 100-101. Por su parte, Gil Gil y Maculan, definen al Derecho penal internacional como aquella rama del Derecho internacional que afirma y regula la responsabilidad penal individual por crímenes internacionales. Para estas autoras esta disciplina posee una “doble alma”, dado que participa del Derecho penal y del Derecho Internacional, combinando rasgos y elementos de cada una de dichos sectores del ordenamiento jurídico. GIL GIL, Alicia, MACULAN, Elena, “Qué es Derecho penal internacional”, en: GIL GIL, Alicia, MACULAN, Elena, *Derecho penal Internacional*, Dykinson, Madrid, pp. 37-50, p. 37.

³ PERRON, Walter, "Europäische und transnationale Strafrechtspflege als Herausforderung für eine moderne Strafrechtsgematik", en: TIEDEMANN, Klaus, et al (eds.) *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege. Erinnerung an Joachim Vogel*, Nomos: Baden-Baden, 2016, pp. 307-317, p. 316.

CORDINI, Nicolás. “Derecho penal transnacional:
hacia una dogmática jurídico-penal regional”.

sistemáticas.⁴ La exigencia de dar respuesta a la delincuencia de la globalización se concibe, en general, en términos punitivistas. A partir de acuerdos internacionales se intentan armonizar las legislaciones penales en aras de evitar que determinadas conductas permanezcan impunes en algunos territorios (“paraísos jurídico-penales”).⁵

Podemos definir a los “*treaty crimes*” como un conjunto de tipos penales que no están basados en ninguna concepción fundamental, sino que persiguen, de manera unilateral y en vista de un criterio de oportunidad, un sólo propósito: la protección de algunos intereses que aseguren la seguridad internacional. Así el logro de determinados objetivos referidos a la seguridad (la lucha contra el terrorismo y el crimen organizado), la supresión de determinados delitos indeseables (pornografía y prostitución infantil) o la protección de intereses financieros (v.gr. evitar el lavado de activos). Estas normas no están sistemáticamente organizadas ni basadas en una teoría penal unitaria. La clasificación de las normas penales y la selección de una teoría penal en la cual ellas pueden estar basadas se han dejado a los Estados firmantes.

(iii) El legislador nacional y los jueces nacionales no son más, desde hace tiempo, soberanos de la sanción y de la aplicación de las leyes penales, sino que están extensamente ligados a obligaciones internacionales.⁶ Para referirse a la actividad del legislador nacional en este proceso, Díez Ripollés ha adoptado el concepto “colonización jurídica” que define:

el proceso por el que un determinado Estado incorpora en su ordenamiento jurídico sus compromisos internacionales de un modo mecánico, sin molestarse en lograr su adecuada integración en su peculiar configuración constitucional y de legalidad ordinaria.⁷

⁴ AMBOS, Kai, “Zur Zukunft der deutschen Strafrechtswissenschaft: Offenheit und diskursive Methodik statt selbstbewusster Provinzialität“, en: TIEDEMMAN, Klaus, *et al* (eds.) *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege. Erinnerung an Joachim Vogel*, Nomos: Baden-Baden, 2016, pp. 321-347, p. 324.

⁵ La armonización del Derecho penal consiste en el proceso de modificación de las diferentes legislaciones penales en aras de mejorar su consistencia y eliminar las fricciones entre ellas. CALDERONI, Francesco, *Organized Crime Legislation in European Union. Harmonization and Approximation of Criminal Law, National Legislation and EU Framework Decision on the Fight Against Organized Crime*, Heidelberg: Springer, 2010, p. 3. Para Vogel, armonización significa la creación de unos estándares mínimos internacionalmente válidos para el Derecho penal y el proceso penal. Estos estándares mínimos se tienen que transponer rigurosamente, pero el legislador nacional es libre para prescribir normas todavía más severas. VOGEL, Joachim, “La internacionalización del Derecho penal y del Proceso penal”, *Revista penal*, vol. 22, 2008, pp. 160-167, p. 163.

⁶ PERRON, *Erinnerung an Vogel*, cit. nota nº 3, p. 319. En igual sentido se pronuncia Díez Ripollés: “ya no se trata de asumir sin reservas las propuestas internacionales, sino de una absoluta renuncia a cualquier intento de utilizar conceptos jurídicos propios de nuestro ordenamiento jurídico, e incluso del ámbito europeo al que pertenecemos, para introducir exigencias internacionales en nuestro Derecho Penal”. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, “El blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas. La recepción de la legislación internacional en el ordenamiento penal español”, *Actualidad Penal*, 1994, nº 32, pp. 583-613, pp. 601-602

⁷ DÍEZ RIPOLLÉS, cit. nota nº 6, p. 602. Sin embargo, Díez Ripollés, si bien reconoce el avance de las obligaciones internacionales en materia penal, no considera a dicho proceso de manera completamente negativa, por el contrario, su “influencia se ha de valorar, en términos generales, también de forma positiva, por más que su proceso de elaboración y su tendencia uniformadora provoquen con frecuencia justificadas tensiones y resistencias”. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, “La dimensión inclusión / exclusión social como guía de la política criminal comparada”. *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*. 2011, nº 13-12, pp. 1-36 <http://criminnet.ugr.es/recpc/13/recpc13-12.pdf> [visitado el 18/01/2018], p. 4.

Por su parte, Vogel al analizar este fenómeno propone utilizar el concepto “interlegalidad”; así,

[I]a internacionalización del Derecho penal y del proceso penal es una forma de aparición de la interlegalidad.⁸ Los sistemas jurídicos inter y supranacionales influyen en los ordenamientos jurídico penales nacionales y provocan su resistencia (...) El hecho de que la criminalidad actúe, a causa de la globalización, de forma cada vez más transnacional, como en el caso del terrorismo internacional, la criminalidad organizada internacional o el tráfico ilegal de drogas o de personas, hace de motor de la internacionalización.⁹

Se intenta atrapar el fenómeno de la globalización en el Derecho a través del discurso del pluralismo jurídico,¹⁰ la fragmentariedad y la interlegalidad. Se trata de reconocer que tanto las sociedades como también el Derecho internacional están influenciados por una pluralidad de normas jurídicas. De ello surge el fenómeno de la interlegalidad, esto es, la existencia de ordenamientos jurídicos en red, así como la fragmentariedad, es decir la existencia de diferentes regulaciones en diferentes fuentes jurídicas, lo que demuestra que el tradicional discurso del Derecho penal vinculado a la cultura (*Kulturgebundenheit*) debe ser considerado superado y, en todo caso, en el mundo jurídico del Derecho globalizado, la separación de algunos ordenamientos jurídicos no podría, ni debería, en absoluto, estar garantizada.¹¹ La supuesta sujeción a la cultura (*Kulturgebundenheit*) del Derecho penal confirma que la misma, desde una contemplación prospectiva, resulta una fantasía y no se adapta a los desafíos de la moderna política criminal como el terrorismo, la trata de personas, el tráfico de drogas, el cibercrimen, etc.¹² En todas partes el argumento de la cultura nacional es dudoso y políticamente peligroso porque está apoyado en una “propensión etnocéntrica al

⁸ Según De Sousa Santos “La interlegalidad es la dimensión fenomenológica del pluralismo jurídico. Se trata de un proceso altamente dinámico porque los diferentes espacios jurídicos no son sincrónicos y por eso también las mezclas de códigos de escala, de proyección o de simbolización son siempre desiguales e inestables. La mezcla de códigos es visible en todos los procesos sociales (...) Es también visible en el modo como el derecho global emergente (...) se apropia de los lenguajes jurídicos, locales o tradicionales”. DE SOUSA SANTOS, Boaventura, *Crítica de la razón indolente: contra el desperdicio de la experiencia: para un nuevo sentido común: la ciencia, el derecho y la política en la transición paradigmática*, Bilbao: Desclée de Brouwer, 2003, p. 251.

⁹ VOGEL, *Revista penal*, cit. nota nº5, p. 161. En igual sentido, VOGEL, Joachim, “Europäische Kriminalpolitik – europäische Strafrechtsdogmatik”, *Goltdammer’s Archiv für Strafrecht*, 2002, pp. 517-534, p. 520.

¹⁰ El pluralismo jurídico es una imagen contemporánea del derecho que ha sido adelantada por los sociólogos con la finalidad de dar una respuesta a la dominante imagen monolítica del derecho derivada del Estado y su progenitura. El pluralismo jurídico contemporáneo se ha focalizado en la negación del orden jurídico estatal como eje central de la normatividad jurídica, en la resistencia a las prescripciones del orden jurídico estatal y en la reconciliación de múltiples ordenamientos jurídicos competentes en un campo social o geográfico dado. KLEINHANS, Martha-Marie, MACDONALD, Roderick A., “What is a Critical Legal Pluralism?”, *Canadian Journal Law and Society/ La Revue Canadienne Droit et Société*, 1997, volumen 12, pp. 25-46, pp. 30-31.

¹¹ AMBOS, *Erinnerung an Vogel*, cit. nota nº4, 2016, p. 336.

¹² El actual cambio social en la sociedad del riesgo y de la información mundial, acarrea cambios en el desarrollo de la criminalidad, así como en el Derecho penal y la política criminal. SIEBER, Ulrich, “Strafrechtsvergleichung im Wandel – Aufgaben, Methoden und Theorieansätze der vergleichenden Strafrechtswissenschaft –” en: SIEBER, Ulrich, ALBRECHT, Hans-Jörg (eds.). *Strafrecht und Kriminologie unter einem Dach, Kolloquium zum 90. Geburtstag von Professor Dr. Dr. h.c. mult. Hans-Heinrich Jescheck am 10. Januar 2005*, Berlin: Duncker & Humblot, 2006, pp. 78-151, p. 80.

CORDINI, Nicolás. “Derecho penal transnacional:
hacia una dogmática jurídico-penal regional”.

chauvinismo jurídico y a la actitud unitaria”.¹³ Esto no implica no ofrecer resistencias frente a otros sistemas de imputación jurídico-penales, especialmente porque la importación de conceptos, principios, instituciones jurídicas, etc., provenientes de otras culturas jurídicas muchas veces terminan siendo disfuncionales cuando son aplicados en un contexto jurídico diverso.

(iv) Ante la necesidad de dar una respuesta (punitiva) a nuevos fenómenos delictivos,¹⁴ no resulta posible que el Derecho penal de base germánica prescindiera de la tradición jurídico-penal anglosajona (*Common Law*). Se percibe, en los últimos años, una pérdida ininterrumpida de significado internacional de la ciencia jurídico-penal alemana en todos los niveles. A pesar de que ella todavía conserva, de todas formas, influencia en numerosos Estados del llamado sistema del “*Civil Law*”.¹⁵ Sin embargo, los conceptos básicos de la dogmática jurídico-penal alemana, tales como bien jurídico o la división entre injusto y culpabilidad, no son tenidos en cuenta en el patrimonio penal común internacional o europeo.¹⁶ ¡Cuánto ha invertido la dogmática jurídico-penal alemana en el intento de zanjar la división entre injusto (*Unrecht*) y culpabilidad (*Schuld*)! Distinción que en otros sistemas jurídicos resulta, aún hoy, totalmente desconocida. El “encuentro de culturas jurídicas” resulta confuso,¹⁷ la receptación de conceptos y categorías teóricas provenientes de otras tradiciones jurídicas es, muchas veces, ignorado por el legislador local; es la dogmática jurídico-penal quien, en una suerte de defensa de trincheras, denuncia la proliferación de este fenómeno. Ante esta situación, una de las pocas conclusiones que pueden extraerse es que el

¹³ VOGEL, Joachim, "Strafrecht und Strafwissenschaft im internationalen und europäischen Rechtsraum", *Juristen Zeitung*, 2012, pp. 25-31, p. 29.

¹⁴ Siguiendo a Silva Sánchez: “los fenómenos económicos de la globalización y de la integración económica dan lugar a la conformación de modalidades nuevas de delitos clásicos, así como a la aparición de nuevas formas delictivas (...). Por lo demás, genera[n] la aparición de una nueva concepción de lo delictivo, centrada en elementos tradicionalmente ajenos a la idea de delincuencia como fenómeno marginal; en particular, los elementos de organización, transnacionalidad y poder económico”. SILVA SÁNCHEZ, *La expansión...*, cita nota n° 1, pp. 85-86.

¹⁵ Especialmente en Austria, Suiza, España, Portugal, Italia, Grecia, Latinoamérica y, de manera más reciente, en Turquía, China, Corea del Sur y Japón. AMBOS, *Erinnerung an Vogel*, cit. nota n° 4, p. 322.

¹⁶ VOGEL, *JZ*, cit. nota n° 13, p. 25. En el ámbito de la teoría general o parte general del Derecho penal es, en gran parte, ignorado el concepto de delito deductivamente aplicado y colocado a un alto nivel de abstracción con sus propias formas (el concepto final de acción con la consecuente división entre un dolo psicológico y una culpabilidad normativa, la diferencia entre causas de justificación y de exculpación así como el legitimado penalmente concepto de bien jurídico protegido). AMBOS, *Erinnerung an Vogel*, cit. nota n° 4, 2016, p. 323. Acertadamente Satzger sostiene que la complejidad de ninguna manera representa un déficit de una ciencia, sino precisamente es signo de una muy desarrollada dogmática; como en el ámbito del Derecho penal alemán sin un alto nivel de abstracción y complejidad, es evidente de inmediato que no pueden entenderse, en el primer intento, figuras y frases. STAZGER, Helmut, "Die Rolle einer modernen deutschen Strafrechtswissenschaft im europäischen und internationalen Kontext", en: TIEDEMANN, Klaus, et al (eds.) *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege. Erinnerung an Joachim Vogel*, Nomos: Baden-Baden, 2016, pp. 277-283, p. 280.

¹⁷ Para Silva Sánchez, existen serias reservas frente a las posibilidades de una uniformización “supracultural” de la ciencia del Derecho penal entre países que no comparten siquiera un horizonte valorativo común. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, “Retos científicos y retos políticos de la ciencia del Derecho penal”, en: ARROYO ZAPATERO, Luis, NEUMANN, Ulfrid, NIETO MARTÍN, Adán (coords), *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha: Cuenca, 2003, pp. 25-40, p. 27.

intento de universalizar la dogmática jurídico-penal alemana resulta una quimera.¹⁸ Ya a inicios del nuevo milenio Roxin anunciaba que “La ciencia del Derecho penal deberá fortalecer los fundamentos penales para un Derecho penal supranacional, esto es en un tiempo previsible: el Derecho penal europeo y un Derecho penal internacional”.¹⁹ Sin embargo, la ciencia jurídico-penal germánica sigue arraigada en su dimensión nacional.

3. Acerca de la naturaleza del Derecho penal transnacional

A veces los términos “crimen internacional” y “crimen transnacional” son usados de manera indistinta para describir una conducta delictiva que tiene dimensiones internacionales.²⁰ Bajo la óptica del Derecho internacional existe, sin embargo, una diferencia entre estos actos. Se trata principalmente, de la naturaleza del delito en cuestión. Los crímenes internacionales conciernen a la comunidad internacional como un todo, o *delicta juris gentium*. Son conductas que amenazan el orden internacional o la comunidad internacional. Estos delitos están directamente prohibidos por el Derecho internacional, a saber, por el “Derecho penal internacional” y establecen una responsabilidad criminal individual. Actualmente, el número de delitos que pertenecen a esta categoría es limitado y están codificados en el Estatuto de

¹⁸ Véase: WELZEL, Hans, *Vom Bleibenden und vom Vergänglichlichen in der Strafrechtswissenschaft*, Marburg a. d. Lahn: Elwert, 1964, pp. 16-17. KAUFMANN, Armin, "Das Übernationale und Überpositive in der Strafrechtswissenschaft", en: JESCHECK, Hans-Heinrich, *et al* (eds). *Gedächtnisschrift für Zong Uk Tjong*, Tokio: Seibundo, 1985, pp. 100-111.

¹⁹ ROXIN, Claus, "Die Strafrechtswissenschaft von den Angaben der Zukunft", en: Esser, Albin, *et al* (eds). *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick*, München: Beck, 2000, pp. 369-395, p. 369. De manera escéptica respecto del rol actual de la dogmática jurídico-penal alemana se manifiesta Silva Sánchez, al respecto sostiene “Debo confesar que abrigo el temor de que, para la dogmática, ‘cualquier tiempo pasado fue mejor’. En efecto, los grandes maestros alemanes se han jubilado o están a punto de hacerlo, y buena parte de sus sucesores – en todo caso, algunos de los más influyentes y brillantes – parecen más dispuestos a adorar al becerro de oro de Bruselas (o quizá de Washington) que a seguir a sus predecesores. *O tempora, o mores!*”. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, "Prólogo 2012. El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales", en: SCHÜNEMANN, Bernd (comp.) *El sistema moderno del derecho penal. Cuestiones fundamentales. Estudios en honor del Claus Roxin en su 50º aniversario*, 2ª edición, Buenos Aires, B de F, 2012, pp. XV-XVI, pp. XV-XVI. De manera crítica Fletcher se pregunta, si la dogmática jurídico-penal alemana seguido un patrón teológico (*theologischer Muster*) y si los científicos penales alemanes se sienten como sacerdotes de una comunidad de creyentes, que intentan tener cuidados de las influencias de otros sistemas jurídicos, persistiendo así, la ciencia penal alemana en un “autoconsciente provincialismo” (*selbstbewusste Provinzialität*). FLETCHER, George, "Die deutsche Strafrechtswissenschaft im Spiegel der Rechtsvergleichung", en: ESER, Albin, *et al* (eds.) *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende: Rückbesinnung und Ausblick. Dokumentation einer Tagung vom 3. -6. Oktober 1999 in der Berlin-Brandenburgischen Akademie der Wissenschaften*, München: C. H. Beck, 2000, pp. 235-253, p. 237.

²⁰ Esta problemática se da principalmente en la lengua inglesa donde ambas categorías son agrupadas bajo el concepto “*International Criminal Law*”. En lenguas romances como el español o el francés se puede distinguir entre “Derecho penal internacional” (“*Droit pénal International*”) y Derecho internacional penal (“*Droit International Pénal*”). Cassese sostiene que los juristas comunes, utilizan el concepto “*International Criminal Law*”, que incluye normas internacionales dirigidas a proscribir ciertas categorías de conductas (crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad, genocidio, etc.) y aquellas que posibilitan hacer responsables a aquellas personas que participan de dichas conductas. CASSESE, Antonio, *International Criminal Law*, 3ª edición, Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 3. Esta definición se aproxima al concepto “Derecho internacional penal” en español o “*Droit international pénal*” en francés. VAURS CHAUMETTE, Anne-Laure, *Les sujets du droit international pénal. Vers une nouvelle définition de la personnalité juridique internationale?*, Paris: Pedone, 2009, p. 18. En el mismo sentido, AMBOS, *Internationales Strafrecht*, cit. nota nº 4, pp. 1-2.

CORDINI, Nicolás. “Derecho penal transnacional:
hacia una dogmática jurídico-penal regional”.

Roma que crea la Corte Penal Internacional. Su prohibición está firmemente contemplada como costumbre internacional, y constituyen *ius cogens*.²¹ Estos delitos, a diferencia de los delitos transnacionales, son cometidos en el territorio de un solo Estado.²²

El crimen transnacional, por el contrario, no es generalmente considerado un delito concerniente a la comunidad internacional. Puede afectar intereses de más de un Estado, pero no a todos los Estados que colectivamente constituyen la comunidad internacional.²³ En otras palabras, el crimen transnacional no es visto tan grave como el crimen internacional. Los delitos pertenecientes a esta categoría (especialmente los delitos relacionados con el crimen organizado: tráfico de estupefacientes, trata de personas, lavado de activos, etc.) versan sobre una emergente rama del Derecho internacional conocida como “Derecho penal transnacional” que no establece responsabilidad penal individual en el Derecho internacional, no prohíbe conductas directamente. En su lugar, promueve prevención, persecución y sanción de delitos a través del Derecho penal interno, mediante la imposición a los Estados de promulgar legislación al respecto.

El propósito del Derecho penal transnacional es promover, de manera indirecta, la prevención de delitos en el nivel estatal. Por ejemplo, la *Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos* (UNTOC) obligan a los Estados signatarios a criminalizar varias conductas relacionadas con el crimen organizado. Esta convención no es el único instrumento internacional que establece este tipo de obligaciones internacionales. Hay otras convenciones, incluso preexistentes, que obligan a los Estados a prohibir determinadas actividades tales como el tráfico de drogas,²⁴ de propiedad cultural,²⁵ de material nuclear,²⁶ de especies en peligro de extinción,²⁷ delitos relacionados con la pornografía infantil,²⁸ el cibercrimen,²⁹ la falsificación de moneda,³⁰ etc.³¹ La UNTOC, sin embargo, no tiene un objeto específico de protección, su fortaleza yace en el hecho de que puede ser usada para perseguir y punir múltiples actividades criminales (delitos graves) en tanto ellas sean graves delitos perpetrados por un grupo delictivo organizado, siempre y cuando el delito revista naturaleza transnacional (art. 3 UNTOC).³²

²¹ BROWNLIE, Ian, *Principles of Public International Law*, 6th ed., Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 6.

²² OBOKATA, Tom, *Transnational Organised Crime in International Law*, Oxford, Hart Publishing, 2010, p. 30.

²³ CASSESE, *International Criminal Law*, cit. nota n° 20, p. 12.

²⁴ Convención de Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, Viena, 1988.

²⁵ Convención sobre las Medidas que Deben Adoptarse para Prohibir e Impedir la Importación, la Exportación y la Transferencia de Propiedad Ilícita de Bienes Culturales, UNESCO, París, 1970.

²⁶ Convención Protección Física de los Materiales Nucleares (International Atomic Energy Agency 1979).

²⁷ Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (Washington 1975).

²⁸ Protocolo Facultativo de la Convención de los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía (Asamblea General de las Naciones Unidas, 2001).

²⁹ Convenio sobre Cibercriminalidad (Consejo de la Europa).

³⁰ Convenio Internacional para la Represión de la Falsificación de Moneda, (Ginebra, 1929).

³¹ OBOKATA, *Transnational Organised Crime*, cit. nota n° 22, p. 40.

³² OBOKATA, *Transnational Organised Crime*, cit. nota n° 22, p. 40.

El Derecho penal transnacional tiene un rol esencial al obligar a los Estados a prohibir y castigar delitos transnacionales, obligación que es reforzada por otras ramas del Derecho internacional. El Derecho penal internacional es un buen ejemplo de ello. Esta disciplina deviene relevante cuando un delito es considerado un “crimen internacional”. Algunos autores, como Obokata, argumentan que, bajo determinadas circunstancias, delitos característicos del Derecho penal transnacional como lo es la trata de persona pueden ser considerados como un crimen contra la humanidad.³³ Además, algunos aspectos del crimen organizado han sido contemplados como hechos que afectan a la comunidad internacional o la paz internacional y existe una probabilidad de que en el futuro algunos de estos delitos sean elevados al estatus de “*delictia juris gentum*”.³⁴

Podrían considerarse que las normas que regulan la prevención, persecución y castigo del crimen organizado sean parte integrante del Derecho penal internacional en la medida que los Estados han prohibido esta práctica de una manera u otra en el curso de la historia y algunos instrumentos internacionales sobre esta materia existen desde hace tiempo. Sin embargo, en la actualidad no hay evidencia convincente del estado de la práctica ni de la *opinio juris* sobre la prohibición del crimen organizado *per se*, principalmente porque los Estados tienen una diversa comprensión acerca de lo que el “crimen organizado” es y la unificación a la que se ha intentado arribar a partir de las definiciones legales consensuadas en UNTOC aún no ha rendido sus frutos.³⁵ Si la prohibición del crimen organizado pueda ser contemplada como costumbre jurídica internacional dependerá del alcance dentro del cual los Estados puedan compartir un mutuo entendimiento y, en esta materia, la UNTOC puede jugar un rol clave. Además, los principios de *Princeton* sobre jurisdicción universal afirman

³³ OBAKATA, Tom, "Trafficking of Human Beings as a Crime Against Humanity: Some Implications for the International Legal System", *International and Comparative Law Quarterly*, 2005, vol. 54, pp. 445-457, p. 445.

³⁴ OBOKATA, *Transnational Organised Crime*, cit. nota n° 22, p. 45.

³⁵ Siguiendo a Lampe, es importante comprender por qué es tan difícil arribar a un concepto de crimen organizado y por qué, aún hoy, hay gran confusión. Contrariamente a lo que uno puede esperar, esto no tiene que ver tanto con las siniestras y clandestinas formas de los *gangsters* y mafiosos. En cambio, tiene que ver con un problema general de como las personas perciben y dan sentido al mundo en el que viven. En primer lugar, a las personas no les es posible comprender la realidad en toda su complejidad. Su percepción es inevitablemente selectiva, lo que significa que focalizan en ciertos aspectos mientras descartan otros. En segundo lugar, lo que ven intentan enmarcarlo en categorías que están en consonancia con sus puntos de vista preexistentes, actitudes y valores. En tercer lugar, las personas dan sentido al mundo no como individuos sino como seres sociales. Llegan a compartir comprensiones de cómo ver e interpretar la realidad en un proceso que ha sido llamado “construcción social de la realidad”. Es importante destacar que la construcción social de la realidad es un proceso dinámico, influenciado por diversos factores, con varias posibles consecuencias. Esto también es aplicable a la noción de crimen organizado. El crimen organizado no es algo que exista de manera claramente discernible fuera del mundo real. Esto no significa que él sea un producto de la imaginación sin ninguna relación con la realidad. Los diversos fenómenos valiosamente etiquetados como crimen organizado son bastante reales – a pesar de algunas exageraciones, incomprendiones y mistificaciones. Sin embargo, para poder hablar de crimen organizado, algunos aspectos del universo social deben, primeramente, ser separados de la densa red de individuos, acciones y estructuras e incorporadas en un contexto unificador en el nivel conceptual. En este caso, es un constructo, un intento de dar sentido a una compleja realidad social. Hablando estrictamente, el crimen organizado como algo inequívoco y autoevidente solo existe en el papel, en la combinación de dos palabras: “crimen” y “organizado”. Al mismo tiempo, el significado de ambas palabras es flácido, flexible y contradictorio. Por ejemplo, algunos asocian crimen organizado esencialmente con la organización criminal, mientras para otros el término crimen organizado refiere, principalmente, a la organización de los criminales. VON LAMPE, Klaus, *Organized Crime: Analyzing Illegal Activities, Criminal Structures, and Extra-Legal Governance*, Los Angeles: Sage, 2016, p. 11-12.

CORDINI, Nicolás. “Derecho penal transnacional:
hacia una dogmática jurídico-penal regional”.

que la “jurisdicción universal es una jurisdicción penal basada solamente en la naturaleza del delito”.³⁶ Siguiendo esta línea de razonamiento se acepta que la jurisdicción universal no es apropiada para el crimen organizado, porque esta práctica criminal no es contemplada como concerniente a la comunidad internacional.

Ello no implica que las disciplinas en cuestión se mantengan aisladas una de la otra. Por el contrario, existen múltiples relaciones. Así, los principios del Derecho penal internacional, tales como el principio de responsabilidad criminal individual, de legalidad de los delitos y las penas, de respeto de la dignidad humana, de igualdad, etc., que ya han sido reconocidos por tribunales internacionales, la Corte Penal Internacional y, a su vez, forman parte de la costumbre internacional también deben ser tenidos en cuenta por el Derecho penal transnacional a la hora de establecer nueva legislación penal transnacional.

4. La posición proliferación de la normativa penal transnacional y el *Common Law*

De un tiempo a esta parte, hemos pasado de convenciones internacionales que fijaban límites al poder punitivo del Estado a partir de la consagración de principios jurídico-penales a nivel internacional produciendo,³⁷ de ese modo, una armonización negativa de los diversos sistemas jurídicos a un modelo de armonización positiva que se manifiesta en convenciones internacionales que delinear nuevos tipos penales imponiendo la obligación a los Estados firmantes de introducir dichas figuras delictivas (o adaptarlas a los tipos penales ya existentes en sus respectivas legislaciones).³⁸ Si bien es posible encontrar antecedentes de este fenómeno ya a principios del siglo pasado con el *Convenio Internacional para la Represión de la Falsificación de Moneda* (Ginebra, 1929), la proliferación de la legislación penal a partir de esta modalidad se ha incrementado sustancialmente en las últimas décadas. De este modo, llamados “*treaty crimes*” son negociados en organizaciones internacionales como ONU, con la presencia activa de agentes no estatales tales como organismos internacionales y ONG internacionales (*atypische Moralunternehmer*) que fuerzan innovadoras agendas de política criminal.³⁹ El paradigma de los “*treaty crimes*” es el Derecho penal contra las drogas,

³⁶ Principio 1.1 bajo el principio 2, los delitos graves incluyen la piratería, la esclavitud, los crímenes de guerra, los crímenes contra la paz, los crímenes contra la humanidad, el genocidio y la tortura. Reinpresso en: MACEDO, Stephen (Ed.). *Universal Jurisdiction: National Courts and the Prosecution of Serious Crimes under International Law*, Philadelphia: Philadelphia University Press, 2004, pp. 24-25.

³⁷ Siguiendo a Vogel en la armonización “negativa”, también denominada “limitada”, se trata de fijar en favor de los ciudadanos los estándares mínimos penales y procesales obligatorios internacionalmente. Los Estados podrán establecer un nivel de protección más alto. Los estándares mínimos se encuentran, en lo esencial, en los instrumentos generales de derechos humanos universales o regionales, tal es el caso del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o, a nivel regional, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto San José de Costa Rica). Estos instrumentos fijan garantías político-criminales tales como el principio de legalidad, garantías en torno al proceso penal y a la ejecución de la pena privativa de la libertad. VOGEL, *Revista penal*, cit. nota n° 5, p. 163.

³⁸ La armonización “positiva” o “extensiva” supone que los Estados se obligan mediante instrumentos internacionales a sancionar al menos determinados comportamientos y a crear determinadas estructuras mínimas en el proceso penal que faciliten la persecución. Los Estados firmantes están autorizados a extender la penalidad más allá de los casos obligatorios o a facilitar más el procesamiento penal. VOGEL, *Revista penal*, cit. nota n° 5, p. 163.

³⁹ Los nuevos gestores de la moral colectiva son organizaciones no estatales en defensa de intereses tales como el medio ambiente, igualdad género, derechos de las víctimas de delitos, etc. Todas ellas propugnan la

surgido de las convenciones de ONU. Con esta Convención EEUU internacionalizó su llamada “*war on drugs*” con medios jurídico-penales.⁴⁰ De allí en adelante, algunas figuras delictivas importantes en la actualidad tales como el soborno y corrupción en negocios internacionales, la trata de personas o la participación en grupo delictivo organizado no tuvieron su origen en la genialidad de algún legislador nacional,⁴¹ sino que son consecuencia de convenciones internacionales y, en particular, de la posición dominante de EEUU en el establecimiento de la política criminal en la materia.⁴²

Ahora bien ¿cuál es la capacidad negociadora de los Estados de los países del *Civil Law* y, en particular, de aquellos que siguen la tradición alemana? La respuesta resulta más que obvia, Alemania no tiene un rol líder en el diseño de la normativa penal transnacional ni en el ámbito del Derecho penal europeo.⁴³ Poco se puede esperar de los demás Estados que comparten el sistema de imputación basado en la teoría del delito que logren algún tipo de influencia en el diseño de la política criminal internacional.

A partir de la proliferación de convenciones internacionales, la normativa penal resultante de dichas convenciones ha logrado influir en la legislación interna de varios países, tal es el caso de Argentina (así, la ley de estupefacientes n° 23.737 y sus modificatorias, la ley de trata de personas 26.364, ley n° 26.683 que introduce el tipo penal de lavado de activos, *inter alia*); la exportación de normas penales tanto sustantivas como procesales, tales como tipos delictivos que fueron primigeniamente diseñados para el sistema penal americano (v.gr., el concepto “organización criminal”,⁴⁴ el delito de tráfico de drogas, la trata de personas, etc.), o figuras procesales tales como el agente provocador o el *plea bargaining* cuyo éxito no está garantizado en sistemas jurídicos diversos a aquel para el cual fueron diseñados. Dicho brevemente, junto la exportación del Derecho penal se produce un aumento de las disfuncionalidades (en su mayoría en términos de inconstitucionalidad) cuando los tipos penales surgidos en convenciones internacionales son introducidos en la legislación interna de manera mecánica y se hacen operar dichas figuras en otros contextos normativos, provocando que, en varios casos, no superen el test de constitucionalidad.

ampliación del Derecho penal a partir de la protección de sus respectivos intereses. Véase: SHEERER, Sebastian, "Atypische Moralunternehmer" *Kriminologische Journal*, 1986, vol. 18, tomo 1, pp. 133-156.

⁴⁰ WOODIWISS, Mike, “Transnational organised crime: the global reach of an American concept”, en: EDWARDS, A., GILL, P., (eds.), *Transnational Organised Crime. Perspectives on global security*. London: Routledge, 2003, pp. 13-28, p. 19. NADELMANN, Ethan, *Cops Across Borders: The Internationalization of U.S. Criminal Law Enforcement*, Pennsylvania, State University Press, 1993, p. 466.

⁴¹ VOGEL, JZ, cit. nota n° 13, p. 26.

⁴² Para Artz identifica internacionalización del derecho penal con americanización, y a ésta con un empeoramiento desde la perspectiva del Estado de Derecho ARTZ, Gunther, "Wissenschaftsbedarf nach dem 6. StrRG", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1999, vol. 111, n° 4, pp. 757-784, pp. 768-780.

⁴³ Para mayor ahondamiento, véase: SCHÜNEMANN, Bernd, "Ein Gespenst geht um in Europa – Brüsseler ‘Strafrechtsplege’ intra muros" *Goltdammer’s Archiv für Strafrecht*, n° 151, 2002, pp. 501-516, p. 511. VOGEL, JZ, cit. nota n° 13, p. 25.

⁴⁴ El punto de partida de la noción internacional de criminalidad organizada lo marca la ley estadounidense *Organized Crime Control Act* de 1970, comprendida en la *Racketeer Influenced and Corrupt Organizations* (Ley sobre las organizaciones corruptas y extorsionadoras, mundialmente conocida como ley R.I.C.O.), que propone una visión relativamente más genérica del fenómeno en cuestión, poniendo de relieve el carácter organizativo y corruptivo del mismo, y renunciando a construir una definición más articulada y descriptiva de la complejidad del fenómeno que lo comprende. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel, *La criminalidad organizada. Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*, Madrid: Dykinson, 2005, p. 110.

5. El déficit de legitimidad de la norma penal transnacional: ¿hacia una dogmática jurídico-penal regional?

El problema que subyace a la internacionalización del Derecho penal radica en el hecho de que sus reglas no han sido pensadas a partir de un sistema de imputación específico y algunas de las reglas penales que de él emanan pueden devenir disfuncionales cuando son aplicadas de acuerdo con las reglas que gobiernan nuestro sistema de imputación penal basado en la teoría del delito. En este sentido Díez Ripollés ve con preocupación

la tendencia de los instrumentos internacionales, secundados por los por los derechos nacionales, a difuminar graduaciones tan significativas de la responsabilidad penal como las que marcan la distinción entre la preparación y la ejecución del delito, de lo que es un ejemplo paradigmático la configuración delictiva autónoma de la organización y el grupo criminales, o entre autoría y participación. Asimismo, el reconocimiento de las garantías penales ha dejado de ser uniforme, y experimenta restricciones significativas para determinados delincuentes; se ha consolidado un derecho penal de autor en el que los delincuentes violentos, sexuales, terroristas, integrantes de grupos organizados y reincidentes llevan la peor parte.⁴⁵

Además, algunos tipos delictivos característicos del *Common Law*, aparecen en convenciones internacionales. Tal es el caso del delito de *conspiracy*.⁴⁶ Este tipo penal es definido como un acuerdo para cometer un delito y, a veces, más ampliamente, como un acuerdo para

⁴⁵ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, "El abuso del sistema penal", *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, 2017, n° 19-01, pp. 1-24, <http://criminnet.ugr.es/recpc/19/recpc19-01.pdf> [visitado el 15/01/2018], p. 12. En sentido similar se expresa Silva Sánchez cuando afirma que "En el ámbito de las formas de intervención en el delito, tienden a imponerse fórmulas de no distinción entre autoría y participación; algo que ya se advierte en el plano de la pura tipificación si se examinan los tipos de delito en materia de tráfico de estupefacientes o blanqueo de capitales". SILVA SÁNCHEZ, *La expansión...*, cit. nota n° 1, p. 98.

⁴⁶ Art. 3 1. c iv Convención de Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas (Viena 1988); Art. 5 (a) (i) UNTOC (Palermo 2000). La primera de las Convenciones supedita la obligación de los Estados parte de tipificar la participación, la asociación o confabulación (*conspiracy*) en delitos relacionados a la producción y tráfico de estupefacientes y sustancias psicotrópicas en la medida que categorías no contravengan principios constitucionales y conceptos fundamentales del ordenamiento jurídico interno. Esta salvedad se debe a las resistencias que genera el modelo de *conspiracy* en legislaciones no afines con el *Common Law*. Sin embargo, Argentina, siguiendo la normativa internacional, introdujo en la *Ley de Estupefacientes* la figura de la confabulación (Art. 29 bis de la ley 23.737, introducido por su modificatoria, ley 24.424). El artículo 5 UNTOC, por su parte, ofrece dos enfoques alternativos a la criminalización de la participación en un grupo delictivo organizado, derivados de dos conceptos legales diferentes. La primera alternativa, es la participación en una conspiración tal como la define el art. 5.1(a) (i), que es propia de los países pertenecientes al sistema del *Common Law*. La segunda alternativa es la "participación en un grupo delictivo organizado" tal como es definida en el art. 5.1 (a) (ii), es el delito de organización típico de los países que siguen el sistema legal continental (*Civil Law*). De acuerdo con Vlassis, el objetivo de esta combinación fue promover la cooperación internacional bajo la UNTOC, garantizando la compatibilidad de los dos conceptos sin intentar, hasta el momento, armonizarlos de manera completa. VLASSIS, Dimitri, "The United Nations Convention Against Transnational Organized Crime and its Protocols: A New Era in International Cooperation", en: *The Changing Face of International Criminal Law: Selected Papers*, Vancouver: The International Centre for Criminal Law Reform and Criminal Justice Policy, 2002, pp. 75-103, p. 95.

alcanzar cualquier acto ilícito.⁴⁷ Una definición más estrecha del delito exige un acto manifiesto en cumplimiento del acuerdo (*overt act*).⁴⁸

En el derecho inglés,⁴⁹ el alcance del delito en cuestión ha variado a lo largo del tiempo; así, a fines del siglo XVIII la idea general era que el acuerdo para cometer un acto ilícito (*unlawful act*) podía ser una conspiración criminal, donde “*unlawful act*” significaba algo más amplio que simplemente criminal.⁵⁰ En otras palabras, en aquella época un acuerdo podía ser calificado como criminal a pesar de que los actos objeto del acuerdo no eran criminales en ausencia del mismo.⁵¹ De este modo, la aplicación de la conspiración fue ampliada más allá de las fronteras de lo que se considera, en sentido estricto, “delito penal” (*criminal offence*).⁵² La *Criminal Law Act 1977* pretendió limitar la *conspiracy*, primariamente, para acuerdos para cometer delitos penales. Sin embargo, temiendo que se pudieran crear lagunas y pendiente de una comprensiva revisión de la ley de fraude, obscenidad e indecencia, la ley de 1977 mantuvo determinadas conspiraciones del *Common Law*.⁵³ Así, en el sistema inglés conviven dos tipos de conspiraciones, la *statutory conspiracy*, o sea la tipificada por la ley de 1977,⁵⁴ y las conspiraciones del *Common Law*, ejemplos de esta última son las

⁴⁷ Véase: LAFAVE, Wayne R., *Criminal Law*, 5ª edición, Eagan, Minnesota, West Publishing, 2010, pp. 648 y ss., THE HARVARD LAW REVIEW ASSOCIATION, “Developments in the Law: Criminal Conspiracy”, *Harvard Law Review*, 1959, vol. 72, núm. 5, pp. 920-1008, p. 925.

⁴⁸ FLETCHER, George, (2000). *Rethinking Criminal Law*, New York, Oxford University Press, 2000, pp. 218-219.

⁴⁹ Sistema jurídico aplicable a Inglaterra y a Gales.

⁵⁰ HAZELL, Robert, *Conspiracy and civil liberties: a memorandum submitted to the Law commission by the Cobden Trust and the National Council for Civil Liberties*, London: bell, 1974, p. 15.

⁵¹ ROBERTSON, Geoffrey, *Whose Conspiracy?*, London: National Council for Civil Liberties, 1974, p. 14.

⁵² MALJEVIC, Almir “*Participation in a Criminal Organization*” and “*Conspiracy*”. *Different Legal Model Against Criminal Collectives*, Berlin; Duncker & Humblot, 2011, p. 72. Esta postura doctrinal puede hallarse en el pronunciamiento de Lord Denman (1832), en la cual él dice, “una conspiración criminal consiste en una combinación para lograr un fin ilícito, o un fin lícito por medios ilícitos”, dejando abierta la cuestión del preciso significado de la palabra “ilícito” (*unlawful*). HARRISON, David, *Conspiracy as a Crime and as a Tort in English Law*, London, Sweet & Maxwell, 1942, p.23. Por ejemplo, R v. Seward (1834), O’Connell v. Regl (1884), Mulcahy v.s Reg. (1868), Quinn v. Laethem (1901), entre otros.

⁵³ CLARKSON, C. M.V., KEATING, H. M., CUNNINGHAM, S. R. *Clarkson and Keating Criminal Law: Text and Materials*, 6ª edición, London: Sweet & Maxwell, 2007, p. 519.

⁵⁴ La ley de 1977, enmendada por la *Criminal Attempts Act 1981*, establece que el objeto de la *conspiracy* debe ser o, mejor dicho, que los conspiradores deben acordar: “1. un comportamiento a ser ejecutado; 2. que, si es llevado a cabo de acuerdo con sus intenciones; 3. necesariamente significará o comprenderá la comisión de un delito”. De este modo, los autores deben acordar los elementos básicos de su plan para cometer el delito, el mismo debe comprender las consecuencias. No existen demasiados requerimientos en torno a los elementos del acuerdo, ni la ley ni las cortes han definido con precisión qué constituye un acuerdo completo. Muy probablemente, un acuerdo, en el sentido del delito de *conspiracy*, no tiene que ser un acuerdo entendido en sentido estricto, en los términos del contrato civil. A los efectos del delito, el acuerdo existe si al menos dos partes en plena disposición de sus facultades alcanzan una decisión cuyo elemento principal es alcanzar algún objeto ilícito. De acuerdo con el punto 3, anteriormente mencionado, no significa que el delito de hecho será cometido, porque quizás la comisión del mismo es casi imposible, ni tampoco significa que los conspiradores tienen que saber que su conducta, junto a las consecuencias, constituyen un delito penal. Lo trascendente es si el plan, si es llevado con éxito, significaría o comprendería alguna actividad que la ley define como delito penal. Según la ley, una conspiración penal existe solo cuando el acuerdo, si es llevado a cabo de acuerdo con la intención de los acusados, necesariamente significa o comprende la comisión de un delito o de delitos por una o más partes del acuerdo. Por lo tanto, debe ser probado que al menos uno de los conspiradores se propone participar en la comisión del delito acordado como principal. Por otro lado, desde la ley de 1975 en Inglaterra

CORDINI, Nicolás. “Derecho penal transnacional:
hacia una dogmática jurídico-penal regional”.

conspiraciones para defraudar, para corromper la moral pública o ultrajar la decencia pública.⁵⁵ En el derecho inglés la *statutory conspiracy* cuenta con dos elementos: el acuerdo de cometer un delito penal que es el elemento objetivo (*actus reus*),⁵⁶ y la intención de acordar con otra persona para llevar adelante el delito pretendido, constituyendo éste el elemento subjetivo (*mens rea*).⁵⁷ La distinción de ambos elementos del delito de *conspiracy* no es siempre una cuestión sencilla, debido a que el acuerdo en sí mismo es considerado esencialmente un acto mental. El *mens rea* del delito en cuestión exige que cada conspirador conozca los hechos o circunstancias en relación con la finalidad del acuerdo, y debe querer ser parte del acuerdo, procurando también que su delito fin sea llevado a cabo.

En el caso del Derecho penal de los EEUU la cuestión se torna más dificultosa. Si bien han heredado el delito de *conspiracy* por su pertenencia al sistema del *Common Law*, el hecho de que existan tantos Derechos penales como estados federados, torna arduamente dificultoso el análisis de esta figura delictiva. El delito federal de *conspiracy* ha sido promulgado por ley del congreso como *general criminal conspiracy statute* U.S.C.A. 18 § 371 que considera delictiva la conspiración de cometer cualquier delito contra los EEUU o defraudar a los EEUU. El Código Penal Modelo - si bien no tiene vigencia puesto que el Congreso no lo ha adoptado como ley federal -, ha servido como modelo a muchos estados federados, el mismo restringe el ámbito de aplicación de la *conspiracy* a acuerdos cuya finalidad sea cometer delitos. Además, previsiones en otras leyes federales criminalizan la conspiración para cometer determinados delitos. La mayoría de los tipos penales de *conspiracy* han sido ampliamente restringidos, usualmente exigiendo para su criminalidad la exigencia de un acto manifiesto (*overt act*).⁵⁸ En resumen, de acuerdo con la ley federal la mayoría de las conspiraciones cuentan con tres elementos: a) un acuerdo para llevar adelante un acto ilícito (*actus reus*), b) con la intención de realizar el objeto del acuerdo (*mens rea*) y c) la comisión de un acto por uno o más miembros de la conspiración dirigido hacia la realización del objeto de la conspiración (*overt act*).

El modelo de *conspiracy*, tal como se presenta en los modelos del *Common Law* antes reseñados, es incompatible con los principios de responsabilidad criminal tal como son definidos por nuestro sistema de imputación jurídico-penal, de acuerdo con el cual las personas son consideradas responsables por sus propios hechos más que por lo que ellas

y Gales sólo pueden ser objeto de la *statutory conspiracy*, delitos penales (*criminal offences*), dejando atrás la jurisprudencia que avalaba la existencia del delito de conspiración incluso cuando su objeto no fuera ilícito, sino simplemente inmoral.

⁵⁵ CLARKSON, et al, cita nota n° 53, p. 519.

⁵⁶ En todos los delitos el *actus reus* es el elemento externo del mismo, el requerimiento objetivo necesario para constituir un delito. CLARKSON, et al, cita nota n° 53, p. 77.

⁵⁷ El *mens rea* puede ser definido como el estado mental, o en el caso de la negligencia como el fracaso de alcanzar cierto estándar de comportamiento, requerido por la definición del delito. El *mens rea* es, a veces, definido de manera negativa, como el remanente del delito una vez que el *actus reus* ha sido sustraído. Cabe aclarar que las dos partes del delito (*actus reus* y *mens rea*) no existen separadamente. El *mens rea* cualifica el *actus reus*. JEFFERSON, Michael, *Criminal Law*, 11ª edición, London: Pearson, 2013, p. 44. En un estricto y técnico sentido, *mens rea* sólo se refiere al estado mental requerido para la comisión de un delito en particular (intención, conocimiento, descuido, negligencia) y no tiene que ver con culpabilidad moral. SMITH, John Cyril, HOGAN, Brian, *Criminal Law*, 10ª edición, Bristol: Butterworth-Heinemann, 2003, pp. 69-70.

⁵⁸ AMENGE OKOTH, Juliet R., *The Crime of Conspiracy in International Criminal Law*, Heidelberg: Springer, 2014, p. 25.

piensan o acuerdan sobre ello.⁵⁹ Como es de esperar, algunos Estados que siguen la tradición legal del sistema continental nunca sumarán el concepto de *conspiracy* a sus legislaciones domésticas. Sin embargo, la tendencia opuesta no puede ser descartada y las legislaciones internas,⁶⁰ con el fin de considerar criminales conductas que, de una u otra forma, pueden no estar cubiertas por las previsiones sobre participación en asociaciones criminales, es posible que introduzcan tipos penales con características similares a la *conspiracy*.

Por otro lado, algunas de las normas jurídico-penales que dan forma al Derecho penal transnacional poseen un “déficit de legitimidad”, Dicho déficit no yace en el aspecto formal, desde que los tipos penales han sido introducidos por los respectivos cuerpos legislativos locales en cumplimiento de obligaciones internacionales, sino que el problema radica en su legitimidad material. Una norma penal, a pesar de haber sido introducida conforme a todas las formalidades democráticas, que colide con principios penales fundamentales, es tan ilegítima como una norma introducida arbitrariamente.

Las normas jurídico-penales del Derecho penal transnacional no pueden seguir siendo dispares e inconexas entre ellas, por lo que deben ser integradas en un sistema para cobrar armonía entre sí y en relación con los principios constitucionales propios de los Estados. A tal fin, dichas disposiciones no deben ser interpretadas de manera aislada únicamente en función del interés conforme al cual fueron creadas por el Derecho internacional, sino que deben ser interpretadas de acuerdo con la función de la dogmática jurídico-penal, esto es, en palabras de Mylonopoulos,

⁵⁹ Acertadamente Ambos afirma “Los sistemas que aceptan la aludida responsabilidad [responsabilidad por la conspiración] son, en este sentido, más represivos que aquellos que no lo hacen, toda vez que la conspiración para cometer un delito tiene lugar antes de su efectiva comisión, esto es, se corresponde con un típico acto preparatorio. Entre los sistemas que adoptan esta forma de responsabilidad (¡la gran mayoría!) se debe distinguir entre aquellos que consagran una forma limitada de conspiración (complot, por ejemplo, una ofensa o transgresión premeditada) y aquellos que poseen una forma ilimitada que básicamente castiga el pensamiento maldadoso o perverso, o el plan de los conspiradores. En un más elevado y abstracto nivel, la cuestión es cómo son tratados los actos preparatorios en los diferentes sistemas jurídico-penales. Adicionalmente, está la pregunta acerca de los límites entre los actos preparatorios y la tentativa y, como consecuencia, acerca de cuándo surge la punibilidad de la tentativa”. AMBOS, Kai, *Temas de Derecho penal internacional y europeo. Derechos humanos. Fines de la pena. Ius puniendi. Responsabilidad individual. Crímenes más graves. Derecho penal y guerra. Proceso penal internacional y europeo. inmunidades*, Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2006, pp. 102-103.

⁶⁰ Argentina, siguiendo la normativa internacional, introdujo en la *Ley de Estupefacientes* la figura de la confabulación (artículo 29 bis de la Ley de Estupefacientes n° 23.737) que estipula: “Será reprimido con reclusión o prisión de 1 a 6 años, el que tomare parte en una confabulación de dos o más personas, para cometer algunos de los delitos previstos en los artículos 5°, 6°, 7°, 8°, 10 y 25 de la presente ley, y en el artículo 866 del Código Aduanero”. Este tipo penal posee las características de la *conspiracy*, no exigiendo ni permanencia ni organización, como sí lo hace la figura asociación ilícita (artículo 210 CP argentino), reduciendo el tipo penal en cuestión a un mero delito de planeamiento. No existen razones político-criminales para fundar una punición tan adelantada y su aplicación produce una afectación del principio de lesividad (art. 19 Constitución Nacional). Además, intentar trasladar el funcionamiento de la *conspiracy*, con sus características de “delito autónomo” a nuestro sistema de imputación jurídico-penal, plantearía otras objeciones por la lesión del principio del *ne bis in idem* que generaría la aplicación concurrente de la confabulación y el delito fin para el que está se conformó. ZIFFER, Patricia, *El delito de asociación ilícita*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 2005, pp. 304-305.

CORDINI, Nicolás. “Derecho penal transnacional:
hacia una dogmática jurídico-penal regional”.

la protección de las libertades fundamentales mediante un sistema que posibilite la consecución intrasistémica de sus enunciados jurídico-penales, proporcione seguridad jurídica, excluya la arbitrariedad y la improvisación en la aplicación del Derecho y, finalmente refuerce la confianza en la vigencia del ordenamiento jurídico (...) esto es, la confianza en el sistema.⁶¹

La función de la dogmática jurídico-penal es dotar de legitimidad a dichas normas, por medio de una interpretación que sea conforme a los principios fundamentales del sistema, pues si los preceptos se configuran desvinculados de un sistema, su coherencia no puede revisarse y se complejiza su reducción a principios. Por otro lado, la jurisprudencia por sí sola no puede cumplir esta tarea, ya que la misma se limita únicamente a interpretar la norma en particular y solo en relación con el caso concreto.⁶² La principal función de una dogmática jurídico-penal regional, por su parte, debe consistir en que las normas penales surgidas en contextos internacionales no devengan un derecho penal de segunda velocidad, caracterizado por la flexibilización de las garantías tanto sustantivas como procesales. Algunas de estas normas se caracterizan por criminalizar conductas que no suponen un verdadero peligro para el bien jurídico en particular, adelantando la intervención del Derecho penal a estadios previos al comienzo de ejecución.⁶³ O bien, la aparición de institutos procesales como la figura del arrepentido,⁶⁴ el agente provocador, la extinción de dominio, etc., que basadas en la idea de agilizar los procesos, terminan socavando las garantías básicas del proceso penal.

⁶¹ MYLONOPOULOS, Christos, "Strafrechtsdogmatik in Europa nach dem Vertrag vom Lissabon – Zur materiellen Legitimation des Europäischen Strafrechts", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2011, vol. 123, pp. 633-650, p. 635. En sentido similar para Gimbernat la dogmática jurídico-penal “hace posible, por consiguiente, al señalar límites y definir conceptos, una aplicación segura y calculable del Derecho penal, hace posible sustraerle a la irracionalidad, a la arbitrariedad y a la improvisación. Cuanto menos desarrollada esté una dogmática, más imprevisible será la decisión de los tribunales, más dependerán del azar y de factores incontrolables la condena o la absolución”. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Estudios de Derecho penal*, 3ª edición, Madrid: Tecnos, 1990, p. 158.

⁶² MYLONOPOULOS, *ZStW*, cit. nota n° 51, p. 635. El problema radica en el hecho de que la judicatura ha asumido un rol conductor e, incluso, un rol de liderazgo indicando los patrones de desarrollo de la legislación penal internacional. La internacionalización de las fuentes y la ruptura de la vinculación de los Estados nación ha facilitado este proceso. De aquí surge, entre otras cosas, la necesaria puesta en cuestionamiento de toda dogmática orientada a la cultura, como aquella de la exclusiva casta académica de los juristas del *Civil Law*. DOMINI, Massimo, “El problema del método penal: de Arturo Rocco al europeísmo judicial”, en: DOMINI, Massimo, *Poder Judicial y ética pública. La crisis del legislador y de la ciencia penal en Europa*, Buenos Aires: B de F, 2015, pp. 15-105, p. 40.

⁶³ Jakobs sostiene que “Ya una mirada muy superficial al StGB pone de manifiesto que numerosos preceptos caen fuera del marco de lo que aquí se denomina Derecho penal de ciudadanos y pertenecen al Derecho penal de enemigos, en concreto todas las criminalizaciones de lo que materialmente son actos preparatorios, en la medida en que la conducta preparatoria se efectúe en el ámbito privado (...) pertenecen a este ámbito algunos delitos contra la seguridad del Estado, así como la constitución de asociaciones criminales o terroristas (§§ 129 y 129 a StGB)”. JAKOBS, Günther, "Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung", *Zeitschrift für die gesamte Strafwissenschaft*, 1985, vol. 97, pp. 751-785, pp 756-757.

⁶⁴ Herbel y Rego afirman que la figura en cuestión genera controversias, fundamentalmente, en torno a su constitucionalidad; bajo el ropaje de un modelo de investigación de naturaleza negocial o transaccional, se abre la posibilidad de utilizar métodos extorsivos para obtener información de quien es perseguido penalmente, con eventual lesión a la garantía contra la autoincriminación coacta. HERBEL, Gustavo A., REGO, Carlos S. *Investigación penal preparatoria. Estructuras del modelo procesal acusatorio*, Buenos Aires: Hammurabi, 2017, p.111. González de Liaño Fonseca-Herrero sostiene que los medios “extraordinarios de investigación” (grupo al que pertenece la delación institucionalizada) permiten “hablar de un derecho procesal de dos velocidades según estemos ante la tradicional delincuencia individual o ante los fenómenos delictivos organizados”. Sin embargo, “la idoneidad de los referidos medios de investigación no debe ir en detrimento de la plena vigencia de los derechos y principios constitucionales”. GONZÁLEZ DE LIAÑO FONSECA-

El problema consiste entonces en cómo lograr una armonización de las normas surgidas de obligaciones internacionales con las propias del Derecho interno entre los diferentes Estados que componen el Derecho penal latinoamericano. En vista de la falta de un bloque regional con competencias penales – contrariamente a lo que sucede en la actualidad en la Unión Europea – el desarrollo de una dogmática jurídico-penal regional deviene arduamente difícil. No debemos mirarnos en el espejo de Europa y, en particular, de la Unión Europea. Si bien este bloque tiene un avanzado nivel de integración tanto en materia económica como en material política y en lo que respecta al Derecho penal, a partir del establecimiento del tercer pilar,⁶⁵ también tiene sus desventajas, en lo que aquí nos interesa, la multiplicidad de sistemas jurídicos hace sumamente compleja la armonización entre ellos.⁶⁶ Ante el proceso de internacionalización y europeización del Derecho penal, las respuestas que se han formulado en el seno de la ciencia jurídico-penal alemana, en torno al objeto y método de la dogmática jurídico-penal, han sido variadas. En un extremo se encuentran aquellas posturas que consideran que el proceso de internacionalización del Derecho penal no resulta una amenaza para el modelo alemán sino que, por el contrario, este sistema y el del *Common Law* podrían adaptarse sin mayores dificultades.⁶⁷ En el otro extremo se hallan posturas que reconocen la existencia de una crisis y proponen una ampliación del objeto de la dogmática jurídico-penal,

HERRERO, Marta, *Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación*, Madrid: Colex, 2004, p. 44. También en sentido crítico respecto de esta figura se pronuncia Hassemer quien considera que el “testigo de la corona” (tal como se lo conoce en el Derecho alemán) constituye un ataque central a principios propios del Estado de Derecho. HASSEMER, Winfried, *Crítica al derecho penal de hoy, Norma, interpretación, procedimiento. Límites a la prisión preventiva*, traducción de Patricia Ziffer, Buenos Aires: Ad-hoc, 2003, p. 97.

⁶⁵ Desde el tratado de Maastricht (en vigor a partir del 01/11/1993), la Unión Europea es comúnmente dividida en tres pilares: La Comunidad Europea (primer pilar), las Políticas Comunes de Exterior y Seguridad (segundo pilar) y la Política de Cooperación Policial y Judicial en Asuntos Criminales desde la vigencia del Tratado de Ámsterdam (en vigor desde 01/05/1999), anteriormente Justicia y Asuntos Internos. Así, en un primer momento las Comunidades Europeas no tenían competencias en materia penal, la protección de sus intereses dependía de los Derechos penales de los Estados miembros; pero con el Tratado de Maastricht, con la creación del “tercer pilar” y, fundamentalmente, con la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam se puso en marcha mediante las llamadas decisiones marco un procedimiento que fue ampliando las competencias de las Comunidades Europeas en materia de legislación penal. Por medio de decisiones marco se obligó a los Estados a armonizar su legislación penal en materia de criminalidad organizada, terrorismo, blanqueo de capitales, corrupción, trata de personas, etc., dictando estos instrumentos incluso los tipos penales en cuestión. La legitimidad de las decisiones marco en materia penal resultó hartamente controvertida. Véase: MYLONOPOULOS, *ZStW*, cit. nota nº 51, p. 633. La controversia radica en el “déficit de legitimidad”, que trató de ser subsanado mediante el Tratado de Lisboa que crea el mecanismo de intervención del Parlamento Europeo y de los Parlamentos nacionales. Véase: SIEBER, Ulrich, “Rechtliche Ordnung in einer globalen Welt. Die Entwicklung zu einem fragmentierten System von nationalen, internationalen und privaten Normen”, *Rechtstheorie*, 2010, Vol. 41, No. 2, pp. 151-198, p. 185. SIEBER, Ulrich, “Die Zukunft des Europäischen Strafrechts – Ein neuer Ansatz zu den Zielen und Modellen des europäischen Strafrechtssystems–” *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2009, vol. 121, pp. 1-67, p. 1 y ss.

⁶⁶ Respecto de la llamada “armonización del derecho penal europeo”, véase: CALDERONI, nota cit. nº 5, pp. 1-20. Para Pieth “armonización del derecho penal” significa, con frecuencia, “expansión del derecho penal”. PIETH, Mark, “Internationale Harmonisierung von Strafrecht als Antwort auf transnationale Wirtschaftskriminalität”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1997, vol. 109, nº 4, pp. 756-776, p. 758. Respecto de las resistencias de las distintas culturas jurídico-penales a renunciar a instrumentos represivos de las mismas en dicho proceso, véase: ARTZ, *ZStW* 111, nota cit. nº 42, p. 769.

⁶⁷ ASHWORTH, Andrew, “Grunderfordemisse des Allgemeinen Teils für ein europäisches Sanktionenrecht. Landesbericht England”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1998, vol. 110, nº 2, pp. 461-472

CORDINI, Nicolás. "Derecho penal transnacional:
hacia una dogmática jurídico-penal regional".

integrando tanto cuestiones materiales como procesales, como así también de merecimiento y necesidad de pena.⁶⁸ Además, existen posturas intermedias que sugieren una sectorialización del Derecho penal.⁶⁹ América Latina, por su parte, tiene una ventaja en este aspecto, dado que goza de sistemas penales altamente similares, lo que facilitaría no sólo una mayor armonización entre los mismos, sino pensar, a partir de una dogmática jurídico-penal regional, respuestas comunes ante la receptación de manera acrítica de normas penales surgidas en instancias internacionales.

Una posible respuesta a este problema ha sido pensada a partir de la creación de una corte regional contra el crimen transnacional organizado con jurisdicción complementaria respecto a la de los Estados miembros. A partir de un estatuto que cree la corte no solo se definirían las reglas procesales sino, al igual que el Estatuto de Roma, definiría los delitos competencia de la corte y los principios y reglas generales que rigen la imputación penal.⁷⁰ La necesidad de existencia de una corte regional se funda en argumentos relacionados con la incapacidad de los Estados para perseguir y sancionar a grupos delictivos organizados que operan a escala más amplia que la estatal o bien, la impunidad de la que gozan estos grupos en uno o más Estados para desarrollar su actividad ilícita sin ser perseguidos por la justicia. La corte regional, en su función complementaria, solo intervendría en aquellos casos en que el Estado o los Estados en cuestión no puedan o no quieran perseguir y sancionar el o los delitos objeto de competencia de la corte. Sin embargo, al tratarse de una jurisdicción complementaria y no de una instancia supranacional podría fácilmente generarse jurisprudencia contradictoria entre la emanada de los tribunales locales y la surgida en la corte regional, dado que no existirían instancias de control entre ellas. No obstante, dado que sólo se trata de proyectos, la dogmática jurídico-penal no puede quedarse en una situación de quietismo, si no quiere que su Derecho interno desemboque en un Derecho penal de varias velocidades (Derecho penal del enemigo), relajando las garantías jurídico-penales (tanto sustantivas como procesales) para los *treaty crimes*.

La finalidad de crear una dogmática jurídico-penal contra cuyo objeto sea el Derecho penal transnacional no supone abandonar la tradición germánica de la teoría del delito sino, por el

⁶⁸ Wolter en su intento de elaborar un sistema integral del Derecho penal (*gesamtes Strafrechtssystem*), propone la elaboración de un sistema que integre tres perspectivas: la del derecho penal material, la del derecho procesal penal y la de la determinación de la pena. Véase: WOLTER, Jürgen: "Zur Dogmatik und Rangfolge von materiellen Ausschlußgründen, Verfahrenseinstellung, Absehen und Mildern von Strafe: Strukturen eines ganzheitlichen Straftat-, Strafprozeß- und Strafzumessungssystems", en: WOLTER, Jürgen, *et al* (eds) *Straftat, Strafzumessung und Strafprozeß im gesamten Strafrechtssystem: Straftatbegriff – Straftatzurechnung – Strafrechtswert – Strafausschluß – Strafverzicht – Strafklagverzicht*, Heidelberg: C.F. Müller, 1996, pp. 1-42.

⁶⁹ TIEDEMANN, Klaus, "Der Allgemeine Teil des Strafrechts im Lichte der europäischen Rechtsvergleichung" en: ESER, Albin, *et al* (eds) *Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag*, München: C.H. Beck, 1998, pp. 411-434, p. 419.

⁷⁰ En la actualidad existe el proyecto de UNASUR (Corte Penal Sudamericana), liderado por Fiscalía General del Estado de Ecuador. Véase: <http://www.fiscalia.gob.ec/index.php/sala-de-prensa/boletines/76-2016/diciembre-2016/591-la-corte-penal-para-la-unasur-un-proyecto-que-vio-la-luz-en-el-2016> [visitado el 18/01/2018]. Existe una resolución del Parlamento del MERCOSUR (MERCOSUR/PM/SO/DECL.18/2016) que promueve la creación de una Corte Penal Latinoamericana y del Caribe contra el Crimen Transnacional Organizado. Véase: <https://www.parlamentomercosur.org/innovaportal/file/12884/1/decl-18-2016.pdf> [visitado el 18/01/2018].

contrario, reforzarla. De lo que se trata es de desarrollar reglas de interpretación y aplicación adecuadas para compatibilizar las normas penales surgidas de obligaciones internacionales con el resto del sistema, evitando que dichas normas queden al margen de los principios y reglas que rigen nuestro sistema de imputación jurídico penal regional. Ante esta situación hemos pensado determinadas líneas de acción que pueden ayudar a la conformación de una dogmática jurídico-penal regional que cumpla las funciones antes señaladas. Ellas son:

5.1. Profundización de los estudios de Derecho penal comparado a nivel regional

En la actualidad los estudios de Derecho penal comparado entre los Estados latinoamericanos son realmente escasos.⁷¹ Los mismos sólo tienen una importancia marginal en el contexto académico y no existen manuales o tratados sobre la temática. No hay que perder de vista que la internacionalización del Derecho penal va de la mano de una pretendida “armonización” entre los distintos derechos locales, y los estudios comparados devienen así necesarios antes que una armonización sea factible. Existe una limitación de la dogmática jurídico-penal al estudio del material normativo vigente de un determinado ordenamiento positivo. En términos de Militello:

una Ciencia del Derecho penal que limita de tal manera su propio campo de observación se autocondena a una clausura nacionalista. El horizonte jurídico queda marcado por el ámbito de aplicación de las normas vigentes; las construcciones conceptuales elaboradas en sistemas positivos diversos son consideradas, salvo raras excepciones, con una desconfianza de fondo, en cuanto legitimadas por el material normativo precedente, más que por la racionalidad político-criminal de las soluciones a que llevan. Recíprocamente, se asigna un rol subordinado a la comparación, tanto sincrónica, como diacrónica, que es sustancialmente expulsada de la dogmática penal y relegada al espacio de las disciplinas *latu sensu* culturales, pero no jurídicas.⁷²

La escasez de estudios comparados se debe al enraizamiento nacional de los distintos sistemas penales,⁷³ lo que ha representado un obstáculo al surgimiento de un Derecho penal regional. Esta situación no ha impedido el gradual incremento de la atención supranacional con temas tales como la criminalidad organizada, la corrupción, etc., en los cuales es posible trazar determinadas similitudes.

⁷¹ Una excepción lo constituyen el Instituto Max Planck para el Derecho extranjero e internacional (Friburgo, Alemania) que dispone de un área dedicada al Derecho penal latinoamericano, el Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional de la Fundación Konrad Adenauer (Bogotá, Colombia), el Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano de la *Georg-August-Universität Göttingen* (Gotinga, Alemania). Respecto de estos dos últimos véase: AMBOS, Kai, *et al* (eds). *Drogas ilícitas y narcotráfico. Nuevos desarrollos en América Latina*, Bogotá: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2017.

⁷² MILITELLO, Vincenzo “Dogmática penal y política criminal en perspectiva europea”, en: ARROYO ZAPATERO, Luis, NEUMANN, Ulfrid, NIETO MARTÍN, Adán (coords) *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha: Cuenca, 2003, pp. 41-67, p. 44. El autor agrega que “desvalorar la comparación como instrumento en el arsenal del jurista conduce a reforzar la ya referida clausura nacionalista de la Ciencia penal”, p. 45.

⁷³ Para mayor profundidad véase: PERRON, Walter, “Sind die nationalen Grenzen des Strafrechts überwindbar? Überlegungen zu den strukturellen Voraussetzungen der Angleichung und Vereinheitlichung unterschiedlicher Strafrechtssysteme”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1997, vol.109, nº 2, pp.281-301, pp. 283 y ss.

CORDINI, Nicolás. “Derecho penal transnacional:
hacia una dogmática jurídico-penal regional”.

Ahora bien, ante la internacionalización del Derecho penal, la falta de información sobre cómo repercute la legislación internacional en países vecinos que comparten el mismo sistema de imputación penal conlleva a que exista una falta de previsión en cómo encarar el fenómeno y darle una respuesta adecuada. Poder conocer cómo otros países han resuelto determinada problemática, por ejemplo, cómo han logrado resolver la cuestión de la obligación internacional de punir la participación en un grupo delictivo organizado de la UNTOC con los respectivos (preexistentes) tipos penales de participación en una asociación criminal o ilícita, o bien comparar los distintos modelos de responsabilidad penal de la persona jurídica y las reglas de *compliance* a fin de adoptar una decisión legislativa adecuada a partir del conocimiento del éxito o, en su caso, del fracaso de la política criminal adoptada por el país vecino.

Como lo ha advertido Vogel, la salida a esta situación crítica debe consistir no sólo en una intensificación de los estudios de derecho comparado, sino también en un cambio de los métodos utilizados. Las investigaciones en Derecho penal comparado no deben limitarse al cotejo de normas, sino que deben tener como objeto los regímenes y sistemas jurídicos y,⁷⁴ finalmente, los sistemas de justicia criminal (*comparative criminal justice*).⁷⁵

5.2. Hacia una apertura metodológica

En la búsqueda de una dogmática jurídico-penal regional, esta no puede quedar encasillada en un determinado modelo de razonamiento teórico. Todos los países de la región (Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela) siguen la tradición jurídica continental europea y, en la dogmática jurídico-penal, la denominada teoría del delito.⁷⁶ Existe, asimismo, una gran similitud en las teorías penales propuestas por Raúl Eugenio Zaffaroni en Argentina, Juarez Estebam Xavier Tabares en Brasil, Bustos Ramírez en Chile, Gonzalo Fernández en Uruguay⁷⁷, etc. A su vez, en materia procesal penal se observa una clara tendencia a la consolidación del denominado sistema acusatorio, especialmente a partir de la exportación del modelo chileno. Estas características comunes no implican que, entre los diversos Estados, y aún al interior de los mismos, existan en el campo jurídico-penal diversas tendencias en busca de liderazgo,⁷⁸ en lo que a teoría del delito

⁷⁴ En sentido similar, Perron ha manifestado que la “perogrullada” (*Binsenweisheit*) de la comparación jurídica, esto es, que un sistema jurídico no puede ser comprendido sin la consideración integral de la realidad jurídica, debe ser parte del programa de la ciencia integral del Derecho penal (*gesamte Strafrechtswissenschaft*). PERRON, *ZStW* 109, cit. nota n° 73, p. 301.

⁷⁵ VOGEL, *JZ*, cit. nota n° 13, p. 30.

⁷⁶ JESCHECK, Hans-Heinrich, WIEGEND, Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5ª edición, Berlin: Duncker & Humblot, 1996, pp. 194-196. BACIGALUPO, Enrique, *Derecho Penal. Parte general*, 2ª edición, Buenos Aires: Hammurabi, 1999, p. 197. MURMANN, Uwe, *Grundkurs Strafrecht. Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte*, 2ª edición, München: C.H. Beck., 2013, pp. 50 y ss.

⁷⁷ Véase, ZAFFARONI, Raúl, *et al*, *Derecho penal: Parte General*, 2ª edición, Buenos Aires: Ediar 2003; TAVARES, Juarez Estebam Xavier, *Teoría del injusto penal*, Buenos Aires: B de F, 2010; BUSTOS RAMÍREZ, Juan, HORMAZABAL MALARÉE, Hernán, *Lecciones de Derecho Penal. Parte general*, Madrid: Trota, 2006; FERNÁNDEZ, Gonzalo, *Bien jurídico y sistema del delito*, B de F, Buenos Aires, 2004.

⁷⁸ Cuando hablamos de “campo” hacemos referencia a la categoría “campo científico” desarrollada por Bourdieu, quien lo define de la siguiente manera: “El campo científico como sistema de relaciones objetivas entre las posiciones adquiridas (por las luchas anteriores) es el lugar (es decir, el espacio de juego) de una lucha de competencia que tiene por desafío específico el monopolio de la autoridad científica, inseparablemente

se refiere. En algunos Estados sigue existiendo una fuerte impronta del modelo normativo-causal (por ejemplo, en Brasil), pasando por otros Estados en los que se visualiza un tránsito del modelo finalista hacia tendencias postfinalistas, especialmente a partir de los modelos funcionalistas de Roxin y Jakobs (tal es el caso de Argentina).

A la hora de pensar una dogmática jurídico-penal regional para el Derecho penal transnacional resulta necesario no limitarla al análisis y sistematización de la norma en su contexto de surgimiento, esto es a la interpretación conforme a la finalidad del legislador internacional. Las normas surgidas del proceso de internacionalización del Derecho penal deben ser integradas al sistema de imputación jurídico-penal imperante en la región, esto es, integrarlas a la teoría del delito y esta teoría debe ser lo suficientemente flexible a los fines de abrirse a la argumentación político-criminal,⁷⁹ integrando en su seno las garantías formales y materiales del Derecho penal. Solo un sistema flexible puede orientar la actividad dogmática.⁸⁰ Y, por ello mismo, sólo un sistema que, sin dejar de lado su coherencia interna, admita su progresiva modificación en función de los cambios de su objeto y de las necesidades de aplicación,⁸¹ puede constituir un marco de consenso mínimo entre el derecho interno y las exigencias internacionales.

Asumir que la dogmática jurídico-penal resultante debe tener una naturaleza “abierta”,⁸² no significa desconocer limitaciones ontológicas. La normativización reconoce un límite “óntico”,⁸³ dado que la elaboración jurídica se encuentra con una barrera constituida por los elementos de la estructura del ser. Sin embargo, a diferencia del finalismo, estas estructuras no definen el método.⁸⁴ Es el legislador quien, a partir de sus criterios valorativos, decide cuáles de dichos datos previos (ónticos) quiere convertir en regulación jurídica.⁸⁵ Así, la

definido como la capacidad técnica y como el poder social, o si se prefiere, el monopolio de la competencia científica, entendida en el sentido de la capacidad de hablar y actuar legítimamente (es decir, de manera autorizada y con autoridad) en materia de ciencia, que es socialmente reconocida a un agente determinado”. BOURDIEU, Pierre, “La spécificité du champ scientifique et les conditions sociales du progrès de la raison” *Sociologie et sociétés*, vol. 7, nº 1, 1975, pp. 91-118, pp. 91-92.

⁷⁹ SILVA SÁNCHEZ, *Retos científicos...*, cit. nota nº 17, p. 32.

⁸⁰ Siguiendo a Roxin el sistema cerrado de la teoría del delito aparta a la dogmática jurídico-penal, por un lado, de las decisiones valorativas político-criminales y, por, otro, la incomunica de la realidad social, en lugar de dejarle abierto el camino a ella. ROXIN, Claus, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2ª edición, Berlin-New York: Walter de Gruyter, 1973, p. 12.

⁸¹ SILVA SÁNCHEZ, *Retos científicos...*, cit. nota nº 17, p. 34.

⁸² Kühl, por su parte, ha propuesto el método de la apertura metodológica (*Prinzip der methodischen Offenheit*), según el cual deben ser consideradas todas las orientaciones metodológicas hasta ahora imperantes a fin de lograr una síntesis entre ellas. KÜHL, Kristian, “Europäisierung der Strafrechtswissenschaft”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1997, vol. 109, pp. 777-807, p. 801.

⁸³ Las materias de la regulación jurídica no reciben su contenido de sentido del legislador, del juez o del investigador, sino que éste es dado previamente a través de legalidades y estructuras de desarrollo ontológicas, éticas y – en sentido lato – sociales. Allí reside el concepto del método captador que pretenda ligar al legislador a determinados datos previos. ROXIN, Claus, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9ª edición, Berlin: Walter de Gruyter, 2015, p. 20.

⁸⁴ ROXIN, Claus, “Einige Bemerkungen zum Verhältnis von Rechtsidee und Rechtsstoff in der Systematik unseres Strafrechts”, en: KAUFMANN, Arthur (ed), *Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch 21.11.1878-23.11.1949*, Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1968, pp. 260-267, pp. 260-261.

⁸⁵ Allí reside el modo de proceder en el modelo teleológico –y no, como pretendía el finalismo, en la vinculación inmutable del legislador a las estructuras del ser –, dado que dichos datos previos que prefiguran la materia jurídica, a partir de contenidos de significado social de carácter difuso, no imponen una regulación sino que

CORDINI, Nicolás. “Derecho penal transnacional:
hacia una dogmática jurídico-penal regional”.

consideración del ser humano como persona,⁸⁶ portadora de derechos inalienables debe constituir el marco infranqueable,⁸⁷ dentro del cual se desarrolle la construcción jurídico-penal.⁸⁸

A su vez, la dogmática jurídico-penal regional debe ser capaz de integrar tanto los principios constitucionales de los Estados en los que ella opere, como así también los principios consagrados en convenciones internacionales incorporados al derecho interno a partir de los diversos procesos de constitucionalización de los tratados. La Constitución y los tratados constituyen un marco que ciertamente delimita las posibilidades de la construcción dogmática de *lege lata*.⁸⁹

5.3. Ahondar en la interdisciplinariedad

La dogmática jurídico-penal se caracteriza por poseer un campo científico y formas de trabajo bastante establecidos lo que trae aparejado una ya consagrada rígida identidad primaria a través la construcción y aplicación de una determinada metodología orientada al Derecho penal vigente. Si lo que se intenta satisfacer ya no es el análisis de la legislación local, sino un interés internacional en torno a la evolución del Derecho penal, se torna imprescindible variar la identidad disciplinaria, esto es, pluralizar y ampliar las referencias interdisciplinarias.⁹⁰

La apertura metodológica a la que hemos hecho referencia debe tener en cuenta los aportes de otras disciplinas penales tales como la política criminal, la criminología y la victimología e ir flexibilizando los muros disciplinarios al interior de la disciplina penal. Otras disciplinas extrapenales también deben ser de interés para el desarrollo de una dogmática jurídico-penal renovada; especial interés cobran otras disciplinas jurídicas como los *Critical Legal Studies* o bien, extrajurídicas como es el caso de las neurociencias.

5.4. Análisis de los tipos penales de la parte especial: en especial de los tipos penales surgidos del Derecho penal transnacional

Si bien la dogmática jurídico-penal estudia el conjunto de normas y principios que componen el sistema penal, tanto las normas que rigen el sistema de imputación jurídico-penal, pasando

posibilitan la actividad creadora del legislador a partir de criterios valorativos y es en la periferia de los conceptos jurídicos donde se halla el campo libre para la formación conceptual creativa. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, cit. nota n° 83, pp., 22-23.

⁸⁶ En términos de Kant: "...el hombre considerado como persona, es decir, como sujeto de una razón moral práctica, está situado por encima de todo precio, porque como tal (*homo noumenon*) no puede valorarse sólo como medio para fines ajenos, es decir, posee una dignidad (un valor interno absoluto), gracias a la cual infunde respeto hacia él todos los demás seres del mundo, puede medirse con cualquier otro de esta clase y valorarse en pie de igualdad". KANT, Immanuel (1797) "Die Metaphysik der Sitten", en: *Kant's gesammelte Schriften*. Berlin: Walter de Gruyter, 1907, tomo VI, pp. 203-549, p.434-435.

⁸⁷ STRATENWERTH, Günter, *Das rechtstheoretische Problem der „Natur der Sache“*, Heidelberg: Mohr Siebeck, 1957, p. 17.

⁸⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona: José María Bosch editor, 1992, pp. 138-139.

⁸⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Aproximación...*, cit. nota n° 88, p. 113.

⁹⁰ VOGEL, JZ, cit. nota n° 13, p. 30.

por los principios políticos-criminales que limitan el poder punitivo del Estado, como así también el análisis de los tipos penales a partir de las normas y principios que rigen la parte general del Derecho penal, deviene necesario realizar un estudio comparado de los tipos penales de la parte especial, en particular los “*treaty crimes*”. Aunque las descripciones de las conductas contenidas en la parte especial en los códigos penales están detalladamente normativizadas de manera típica, hay aquí numerosas cuestiones relevantes para interpretaciones y para la política-criminal (por ejemplo: acerca del bien jurídico protegido), que no pueden ser satisfactoriamente recurriendo solo al recurso de otras reglas del respectivo derecho positivo.⁹¹ Analizar cómo han sido introducidos los tipos penales emanados de convenciones internacionales en los distintos sistemas penales nacionales (tales como la producción y el tráfico de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, el lavado de activos, la trata de personas, etc.) resulta de fundamental interés. Preguntas tales como: ¿cuáles son sus similitudes y diferencias entre los tipos penales aludidos en las respectivas legislaciones nacionales?, ¿cómo lograron compatibilizarlos con el sistema a fin de evitar que los mismos devengan inconstitucionales? Pueden guiar la actividad dogmática en aras de conformar el mencionado muro defensivo.

Resulta necesario tener en cuenta que no se trata de una comparación aislada de los delitos en cuestión; pues la posibilidad de comparación de los sistemas jurídico-penales nacionales requiere no solamente del análisis comparativo de los tipos penales referidos, sino también, al mismo tiempo, de la relación necesaria con las reglas generales de imputación (parte general). La parte general y especial del Derecho penal están íntimamente interrelacionadas, esta última no puede ser comprendida sin recurrir a la primera, pues el alcance de la criminalización de la parte especial depende de las reglas de la parte general.⁹²

Conclusiones

El Derecho penal ya no puede ser pensado como un producto exclusivo del legislador nacional. Esta disciplina jurídica no escapa a los fenómenos de la “colonización jurídica” y de la “interlegalidad”. Hoy en día, nuevas figuras delictivas son delineadas en espacios internacionales.

La dogmática jurídico-penal ha advertido este fenómeno, pero no ha sido capaz de contrarrestar el efecto. Alemania no ejerce una función de liderazgo en las convenciones internacionales que versan sobre *treaty crimes*. El resultado es una internacionalización de la política criminal de los EEUU tanto en la fijación de los temas de interés como en el diseño de los nuevos tipos delictivos. A ello se le suma, la actitud casi mecánica del legislador nacional, que ha receptado, sin mayores observaciones, la normativa internacional, produciendo un relajamiento de las garantías tanto sustantivas como procesales. El Derecho

⁹¹ HÖRNLE, Tatjana "Plädoyer für eine transnationale Strafrechtswissenschaft", en: TIEDEMANN, Klaus, *et al* (eds.) *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege. Erinnerung an Joachim Vogel*, Baden-Baden: Nomos, 2016, pp. 289-306, p. 299.

⁹² AMBOS, Kai, *Temas de Derecho penal internacional y europeo. Derechos humanos. Fines de la pena. Ius puniendi. Responsabilidad individual. Crímenes más graves. Derecho penal y guerra. Proceso penal internacional y europeo. inmunidades*, Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2006, p. 102.

CORDINI, Nicolás. “Derecho penal transnacional:
hacia una dogmática jurídico-penal regional”.

penal resultante es menos garantista e influenciado por otras tradiciones jurídicas, en particular el *Common Law*.

El Derecho penal transnacional posee un déficit de legitimidad, dicho déficit yace en el hecho de que muchos de sus preceptos no son compatibles con los principios que rigen nuestro sistema de imputación jurídico-penal. Si el legislador recepta dichas normas y son aplicadas acríticamente por los tribunales, el Derecho penal podría adquirir diversas velocidades, desembocando en un Derecho penal del enemigo.

Asumir que la dogmática jurídico-penal regional debe funcionar como *ligne maginot* no supone dotar a la dogmática de una función de contención del cambio social, ni ello le compete, ni tampoco podría llevarlo a cabo, sino supone la de salvaguardar un Derecho penal garantista, frente a normas internacionales receptadas de manera acrítica por el legislador.

La función de salvaguarda será posible a partir de un sistema flexible, abierto a las finalidades político-criminales, que incorpore en su seno tanto las garantías materiales como formales del Derecho penal. Un sistema abierto, posibilita tanto una mayor flexibilidad a la hora de establecer un consenso mínimo entre las garantías propias del sistema y las exigencias internacionales como así también que, mediante la síntesis lograda entre el derecho interno y el derecho internacional, las normas resultantes de exigencias internacionales no desemboquen en un Derecho penal menos garantista que el resto del sistema. Un sistema así conformado, resulta completamente abierto a los cambios sociales y a la incorporación de nuevas concepciones teóricas.⁹³ Por lo demás, en aras de lograr una dogmática jurídico-penal regional cuyo objeto sean los delitos surgidos de exigencias internacionales, resultan de primordial interés profundizar en los estudios de derecho comparado y ahondar en la interdisciplina.

⁹³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Aproximación...*, cit. nota n° 88, p. 83.

Bibliografía

- AMBOS, Kai, *et al* (eds.), *Drogas ilícitas y narcotráfico. Nuevos desarrollos en América Latina*, Bogotá: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2017.
- AMBOS, Kai, "Zur Zukunft der deutschen Strafrechtswissenschaft: Offenheit und diskursive Methodik statt selbstbewusster Provinzialität", en: TIEDEMANN, Klaus, *et al* (eds.) *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege. Erinnerung an Joachim Vogel*, Baden-Baden: Nomos, 2016, pp. 321-347.
- AMBOS, Kai, *Internationales Strafrecht. Strafanwendungsrecht – Völkerstrafrecht – Europäisches Strafrecht - Rechthilfe*, 4ª edición, München: C. H. Beck, 2014.
- AMBOS, Kai, *Temas de Derecho penal internacional y europeo. Derechos humanos. Fines de la pena. Ius puniendi. Responsabilidad individual. Crímenes más graves. Derecho penal y guerra. Proceso penal internacional y europeo. Inmunidades*, Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2006.
- AMENGE OKOTH, Juliet R., *The Crime of Conspiracy in International Criminal Law*, Heidelberg: Springer, 2014.
- ARTZ, Gunther, "Wissenschaftsbedarf nach dem 6. StrRG", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1999, vol. 111, nº 4, pp. 757-784.
- ASHWORTH, Andrew, "Grunderfordemisse des Allgemeinen Teils für ein europäisches Sanktionenrecht. Landesbericht England", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1998, vol. 110, nº 2, pp. 461-472.
- BACIGALUPO, Enrique, *Derecho Penal. Parte general*, 2ª edición, Buenos Aires: Hammurabi, 1999.
- BOURDIEU, Pierre, "La spécificité du champ scientifique et les conditions sociales du progrès de la raison", *Sociologie et sociétés*, Paris, vol. 7, nº 1, 1975, pp. 91-118.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan, HORMAZABAL MALARÉE, Hernán, *Lecciones de Derecho Penal. Parte general*, Madrid: Trota, 2006.
- BROWNLIE, Ian, *Principles of Public International Law*, 6ª edición, Oxford: Oxford University Press, 2003.
- CALDERONI, Francesco, *Organized Crime Legislation in European Union. Harmonization and Approximation of Criminal Law, National Legislation and EU Framework Decision on the Fight Against Organized Crime*, Heidelberg: Springer, 2010.
- CASSESE, Antonio, *International Criminal Law*, 3ª edición, Oxford: Oxford University Press, 2013.
- CLARKSON, C. M.V., KEATING, H. M., CUNNINGHAM, S. R., *Clarkson and Keating Criminal Law: Text and Materials*, 6ª edición, London, Sweet & Maxwell, 2007.
- DE SOUSA SANTOS, Boaventura, *Crítica de la razón indolente: contra el desperdicio de la experiencia: para un nuevo sentido común: la ciencia, el derecho y la política en la transición paradigmática*, Bilbao: Desclée de Brouwer, 2003.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, "El abuso del sistema penal", *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, 2017, nº 19-01, pp. 1-24.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, "La dimensión inclusión / exclusión social como guía de la política criminal comparada", *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*. 2011, nº 13-12, pp. 1-36 <http://criminnet.ugr.es/recpc/13/recpc13-12.pdf> [visitado el 18/01/2018].

CORDINI, Nicolás. "Derecho penal transnacional:
hacia una dogmática jurídico-penal regional".

- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis "El blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas. La recepción de la legislación internacional en el ordenamiento penal español", *Actualidad Penal*, 1994, nº 32, pp. 583-613.
- DOMINI, Massimo, "El problema del método penal: de Arturo Rocco al europeísmo judicial", en: DOMINI, Massimo, *Poder Judicial y ética pública. La crisis del legislador y de la ciencia penal en Europa*, Buenos Aires: B de F, 2015, pp. 15-105.
- FERNÁNDEZ, Gonzalo, *Bien jurídico y sistema del delito*, B de F, Buenos Aires, 2004.
- FLETCHER, George, "Die deutsche Strafrechtswissenschaft im Spiegel der Rechtsvergleichung", en: ESER, Albin, *et al* (eds.) *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende: Rückbesinnung und Ausblick. Dokumentation einer Tagung vom 3.-6. Oktober 1999 in der Berlin-Brandenburgischen Akademie der Wissenschaften*, München: C. H. Beck, 2000, pp. 235-253.
- FLETCHER, George, *Rethinking Criminal Law*. New York: Oxford University Press, 2000.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Estudios de Derecho penal*, 3ª edición, Madrid: Tecnos, 1990.
- GONZÁLEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, Marta, *Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación*, Madrid: Colex, 2004.
- HARRISON, David, *Conspiracy as a Crime and as a Tort in English Law*, London, Sweet & Maxwell, 1942.
- HAZELL, Robert, *Conspiracy and civil liberties: a memorandum submitted to the Law commission by the Cobden Trust and the National Council for Civil Liberties*, London: Bell, 1974.
- HASSEMER, Winfried, *Crítica al derecho penal de hoy, Norma, interpretación, procedimiento. Límites a la prisión preventiva*, traducción de Patricia Ziffer, Buenos Aires: Ad-hoc, 2003.
- HERBEL, Gustavo A., REGO, Carlos S. *Investigación penal preparatoria. Estructuras del modelo procesal acusatorio*, Buenos Aires: Hammurabi, 2017.
- HÖRNLE, Tatjana "Plädoyer für eine transnationale Strafrechtswissenschaft", en: TIEDEMMAN, Klaus, *et al* (eds.) *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege. Erinnerung an Joachim Vogel*, Baden-Baden: Nomos, 2016, pp. 289-306.
- JAKOBS, Günther, "Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung" en: *Zeitschrift für die gesamte Strafwissenschaft*, 1985, vol. 97, pp. 751-785.
- JEFFERSON, Michael, *Criminal Law*, 11ª edición, London: Pearson, 2013.
- JESCHECK, Hans-Heinrich, WIEGEND, Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5ª edición, Berlin: Duncker & Humblot, 1996, pp. 194-196.
- KANT, Immanuel, (1797) "Die Metaphysik der Sitten", en: *Kant's gesammelte Schriften*. Berlin: Walter de Gruyter, 1907, tomo VI, pp. 203-549.
- KAUFMANN, Armin, "Das Übernationale und Überpositive in der Strafrechtswissenschaft", en: JESCHECK, Hans-Heinrich, *et al* (eds.), *Gedächtnisschrift für Zong Uk Tjong*, Tokio: Seibundo, 1985, pp. 100-111.
- KLEINHANS, Martha-Marie, MACDONALD, Roderick A., "What is a Critical Legal Pluralism?", *Canadian Journal Law and Society/ La Revue Canadienne Droit et Société*, 1997, vol. 12, pp. 25-46.
- KÜHL, Kristian, "Europäisierung der Strafrechtswissenschaft", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1997, vol. 109, pp. 777-807.

- LAFAVE, Wayne R., *Criminal Law*, 5ª edición, Eagan, Minnesota: West Publishing, 2010.
- VON LAMPE, Klaus. *Organized Crime: Analyzing Illegal Activities, Criminal Structures, and Extra-Legal Governance*, Los Angeles: Sage, 2016.
- MACEDO, Stephen (Ed.). *Universal Jurisdiction: National Courts and the Prosecution of Serious Crimes under International Law*, Philadelphia: Philadelphia University Press, 2004.
- MALJEVIC, Almir, "Participation in a Criminal Organization" and "Conspiracy". *Different Legal Model Against Criminal Collectives*, Berlín: Duncker & Humblot, 2011.
- MILITELLO, Vincenzo, "Dogmática penal y política criminal en perspectiva europea", en: ARROYO ZAPATERO, Luis, NEUMANN, Ulfrid, NIETO MARTÍN, Adán (coords) *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha: Cuenca, 2003, pp. 41-67.
- MURMANN, Uwe, *Grundkurs Strafrecht. Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte*, 2ª edición, München: C.H. Beck., 2013.
- NADELMANN, Ethan, *Cops Across Borders: The Internationalization of U.S. Criminal Law Enforcement*, Pennsylvania: State University Press, 1993.
- OBOOKATA, Tom, *Transnational Organised Crime in International Law*, Oxford: Hart Publishing 2010.
- OBOOKATA, Tom, "Trafficking of Human Beings as a Crime Against Humanity: Some Implications for the International Legal System", *International and Comparative Law Quarterly*, 2005, vol. 54, pp. 445-457.
- PERRON, Walter, "Europäische und transnationale Strafrechtspflege als Herausforderung für eine moderne Strafrechtsgematik", en: TIEDEMANN, Klaus, et al (eds.) *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege. Erinnerung an Joachim Vogel*, Baden-Baden: Nomos, 2016, pp. 307-317.
- PERRON, Walter, "Sind die nationalen Grenzen des Strafrechts überwindbar? Überlegungen zu den strukturellen Voraussetzungen der Angleichung und Vereinheitlichung unterschiedlicher Strafrechtssysteme", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1997, vol. 109, n° 2, pp.281-301.
- PIETH, Mark, "Internationale Harmonisierung von Strafrecht als Antwort auf transnationale Wirtschaftskriminalität", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1997, vol. 109, n° 4, pp. 756-776.
- ROBERTSON, Geoffrey, *Whose Conspiracy?*, London: National Council for Civil Liberties, 1974.
- ROXIN, Claus, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9ª edición, Berlin: Walter de Gruyter, 2015.
- ROXIN, Claus, "Die Strafrechtswissenschaft von den Angaben der Zukunft" en: ESSER, Albin, et al (eds.), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick*, München: Beck, 2000, pp. 369-395.
- ROXIN, Claus, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2ª edición, Berlin-New York: Walter de Gruyter, 1973.
- ROXIN, Claus, "Einige Bemerkungen zum Verhältnis von Rechtsidee und Rechtsstoff in der Systematik unseres Strafrechts", en: KAUFMANN, Arthur (ed.), *Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch 21.11.1878-23.11.1949*, Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1968, pp. 260-267.

CORDINI, Nicolás. "Derecho penal transnacional:
hacia una dogmática jurídico-penal regional".

- SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel, *La criminalidad organizada. Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*, Madrid: Dykinson, 2005.
- SCHÜNEMANN, Bernd, "Ein Gespenst geht um in Europa – Brüsseler 'Srafrechtsplege' intra muros", *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, nº 151, 2002, pp. 501-516.
- SHEERER, Sebastian, "Atypische Moralunternehmer", *Kriminologische Journal*, 1986, vol. 18, tomo 1, pp. 133-156.
- SIEBER, Ulrich, "Rechtliche Ordnung in einer globalen Welt. Die Entwicklung zu einem fragmentierten System von nationalen, internationalen und privaten Normen", *Rechtstheorie*, 2010, Vol. 41, nº 2, pp. 151-198.
- SIEBER, Ulrich, "Die Zukunft des Europäischen Strafrechts – Ein neuer Ansatz zu den Zielen und Modellen des europäischen Strafrechtssystems–", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2009, vol. 121, pp. 1-67.
- SIEBER, Ulrich, "Strafrechtsvergleichung im Wandel – Aufgaben, Methoden und Theorieansätze der vergleichenden Strafrechtswissenschaft –", en: SIEBER, Ulrich, ALBRECHT, Hans-Jörg (eds.), *Strafrecht und Kriminologie unter einem Dach, Kolloquium zum 90. Geburtstag von Professor Dr. Dr. h.c. mult. Hans-Heinrich Jescheck am 10. Januar 2005*, Berlin: Duncker & Humblot, 2006, pp. 78-151.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, "Prólogo 2012. El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales", en: SCHÜNEMANN, Bernd (comp.), *El sistema moderno del derecho penal. Cuestiones fundamentales. Estudios en honor del Claus Roxin en su 50º aniversario*, 2ª edición, Buenos Aires: B de F, 2012, pp. XV-XVI.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, "Retos científicos y retos políticos de la ciencia del Derecho penal", en: ARROYO ZAPATERO, Luis, NEUMANN, Ulfrid, NIETO MARTÍN, Adán (coords), *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha: Cuenca, 2003, pp. 25-40.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en sociedades postindustriales*, 2ª edición, Madrid: Civitas, 2001.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona: José María Bosch editor, 1992.
- SMITH, John Cyril, HOGAN, Brian, *Criminal Law*, 10ª edición, Bristol: Butterworth-Heinemann, 2003.
- STAZGER, Helmut, "Die Rolle einer modernen deutschen Strafrechtswissenschaft im europäischen und internationalen Kontext", en: TIEDEMANN, Klaus, *et al* (eds.), *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege. Erinnerung an Joachim Vogel*, Baden-Baden: Nomos, 2016, pp. 277-283.
- STRATENWERTH, Günter, *Das rechtstheoretische Problem der „Natur der Sache“*, Heidelberg: Mohr Siebeck, 1957.
- TAVARES, Juarez Esteban Xavier, *Teoría del injusto penal*, Buenos Aires: B de F, 2010.
- THE HARVARD LAW REVIEW ASSOCIATION, "Developments in the Law: Criminal Conspiracy", en: *Harvard Law Review*, 1959, vol., 72, nº. 5, pp. 920-1008.
- TIEDEMANN, Klaus, "Der Allgemeine Teil des Strafrechts im Lichte der europäischen Rechtsvergleichung" en: ESER, Albin, *et al* (eds.) *Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag*, München: C.H. Beck, 1998, pp. 411-434.
- TRIFFTERER, Otto, *Dogmatische Untersuchungen zur Entwicklung des materiellen Völkerstrafrechts seit Nürnberg*, Freiburg i. Br., Albert, 1966.

- VAURS CHAUMETTE, Anne-Laure, *Les sujets du droit international pénal. Vers une nouvelle définition de la personnalité juridique internationale?*, Paris: Pedone, 2009.
- VOGEL, Joachim, "Strafrecht und Strafwissenschaft im internationalen und europäischen Rechtsraum", *Juristen Zeitung*, 2012, pp. 25-31.
- VOGEL, Joachim, "La internacionalización del Derecho penal y del Proceso penal", *Revista penal*, 2008, vol. 22, pp. 160-167.
- VOGEL, Joachim, "Europäische Kriminalpolitik – europäische Strafrechtsdogmatik", *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 2002, pp. 517-534.
- WELZEL, Hans, *Vom Bleibenden und vom Vergänglichem in der Strafrechtswissenschaft*, Marburg a. d. Lahn, Elwert, 1964.
- WOLTER, Jürgen: "Zur Dogmatik und Rangfolge von materiellen Ausschlußgründen, Verfahrenseinstellung, Absehen und Mildern von Strafe: Strukturen eines ganzheitlichen Straftat-, Strafprozeß- und Strafzumessungssystems", en: WOLTER, Jürgen, *et al* (eds.), *Straftat, Strafzumessung und Strafprozeß im gesamten Strafrechtssystem: Straftatbegriff – Straftatzurechnung – Strafrechtswert – Strafausschluß – Strafverzicht – Strafklagverzicht*, Heidelberg: C.F. Müller, 1996, pp. 1-42.
- WOODIWISS, Mike, "Transnational organised crime: the global reach of an American concept", en: EDWARDS, A., GILL, P., (eds.), *Transnational Organised Crime. Perspectives on global security*, London: Routledge, 2003, pp. 13-28.
- ZAFFARONI, Raúl, *et al*, *Derecho penal: Parte General*, 2ª edición, Buenos Aires: Ediar, 2003.
- ZIFFER, Patricia, *El delito de asociación ilícita*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 2005.