

¿TRANSFORMACIÓN DEL DERECHO PENAL POR LA PROTECCIÓN
DE LA ESTABILIDAD FINANCIERA INTERNACIONAL
COMO BIEN JURÍDICO GLOBAL?

BERNARDO FEIJOO SÁNCHEZ
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: I. Planteamiento. La teoría de los bienes jurídicos globales desde la perspectiva de la teoría del Derecho Penal. II. ¿Existen bienes jurídicos globales en el ordenamiento jurídico-penal español? 1. No cabe duda de que el Código Penal español tipifica algunos delitos que protegen bienes jurídicos globales. 2. ¿Existen bienes jurídicos globales protegidos por el ordenamiento penal español fuera del Título dedicado a los delitos contra la Comunidad Internacional? a. Introducción. b. El debate en la doctrina jurídico-penal sobre los bienes jurídicos universales. c. Bienes jurídicos colectivos y globales. III. El presente: ¿Protege el Derecho Penal español la estabilidad financiera como bien jurídico global? IV. ¿Protección penal de los mercados financieros internacionales en el futuro sin una habilitación legal específica? V. Reflexiones. VI. Conclusiones.

PALABRAS CLAVE: Bienes jurídicos globales, protección penal de bienes jurídicos colectivos, globalización jurídica, Derecho Penal global, protección penal de mercados financieros internacionales, ámbito espacial de protección de las leyes penales, soft law y Derecho Penal, expansión del Derecho Penal.

I. PLANTEAMIENTO. LA TEORÍA DE LOS BIENES JURÍDICOS GLOBALES DESDE LA
PERSPECTIVA DE LA TEORÍA DEL DERECHO PENAL

La realidad social evoluciona y cambia y el Derecho no tiene más remedio que hacerlo con ella. Una parte de la doctrina internacionalista intenta dominar teóricamente y dirigir adecuadamente algunas de estas transformaciones mediante la referencia a la existencia de *bienes jurídicos globales* y ello explica la organización de unas Jornadas como las presentes que pretenden analizar y valorar este intento desde diversas perspectivas jurídicas y de las ciencias sociales. Lo primero que ha de hacerse ante un reto como el que nos han planteado los organizadores es intentar explicar qué se quiere decir cuando se hace referencia a bienes jurídicos globales y cómo se puede tratar teóricamente dicho concepto desde la perspectiva de la teoría de un orden tan peculiar como el Derecho Penal.

Tras una revisión de la literatura que puede dar pistas sobre la materia el penalista siente una cierta desazón e incomodidad derivada de la vaguedad del

concepto. Si el concepto de bien jurídico está siendo objeto en estos momentos de una profunda revisión crítica por parte de la Ciencia del Derecho Penal precisamente por estas razones¹, la incertidumbre y el escepticismo sobre su capacidad de rendimiento es todavía mayor cuando se ve acompañado de un concepto tan difuso como la referencia a la globalización sobre el que existe poco acuerdo más que el que tiene que ver con procesos de “desfronterización” o de difuminación de barreras naturales, políticas y jurídicas. Si los críticos con la teoría del bien jurídico como discurso esencial de legitimación del Derecho Penal le venimos reprochando su carácter de concepto vago y maleable y que carece de contenido material, el adjetivo global no hace más que profundizar estas deficiencias.

Si, salvando con mucha voluntad este escollo inicial, seguimos un *método inductivo* resulta muy difícil desarrollar un concepto de bien jurídico global a partir de los listados ejemplificativos que he ido encontrando de lo que podría entenderse como bien jurídico global: dignidad, derechos humanos, salud pública, protección del medio ambiente, paz y seguridad internacionales, estabilidad financiera internacional, patrimonio cultural de la humanidad, no impunidad, libertad y seguridad de los mares y del espacio aéreo, la libre inversión transfronteriza, etc. Es más, en mi opinión, la consulta que he tenido que hacer sobre este tema demuestra algo que venimos manteniendo los autores más críticos con el concepto de bien jurídico en Derecho Penal parafraseando un conocido ejemplo de la publicidad de un pan de molde: se trata de un concepto que lo aguantan todo.

Este punto de partida nos obligaría a quedarnos encerrados en él como si se tratara el salón de El Ángel Exterminador de Buñuel, por lo que partiremos –meramente– como hipótesis de trabajo de la validez teórica del concepto de bienes jurídicos globales que ha inspirado la organización de estas Jornadas. Se trataría de *bienes que deben ser identificados mediante creación de normas internacionales, de Derecho comparado y de “Derecho global”*², incluso aunque no tengan necesariamente el carácter de Derecho imperativo. De esta manera nos encontramos ante procesos de índole jurídica diversa que van desde el *ius cogens* (norma general y obligatoria con respecto a la que resulte irrelevante el Derecho interno de los Estados y cuyo cumplimiento es exigible a toda la humanidad) con sus correspon-

¹FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, Funcionalismo y teoría del bien jurídico, en MIR PUIG y QUERALT JIMÉNEZ, Constitución y principios del Derecho Penal: algunas bases constitucionales (Valencia, 2010), pp. 163 y ss. y del mismo, El actual debate alrededor de la teoría del bien jurídico, OLAECHEA/ABANTO/SALAZAR, Dogmática penal de Derecho Penal económico y política criminal, Volumen II (Lima, 2011), pp. 1075 y ss., en ambos casos con ulteriores referencias.

²Sobre la noción del Derecho global, véase BIANCHI, The Role of Non-State Actors in the Globalization of Human Rights, p. 203; KINGSBURY, Benedict, “The Concept of ‘Law’ in Global Administrative Law”, European Journal of International Law, Vol. 20, núm. 1 (2009), pp. 52 y ss.; TEUBNER, Gunther, ‘Global Bukowina’: Legal Pluralism in the World Society, en TEUBNER (edit.), Global Law Without a State (Aldershot, 1997), pp. 14 y ss.

dientes obligaciones *erga omnes* hasta la mera coincidencia en la jurisprudencia de diversos países, pasando por toda gama de normas internacionales, de organizaciones supranacionales regionales o recomendaciones de organismos internacionales.

Personalmente tengo la impresión de que, más que una referencia a la protección de un orden existente, los bienes jurídicos globales no son más que un eslogan en pro de una necesaria *globalización jurídica* y representan una armonización de valores y principios universales para promover un orden internacional que, además, podrían tener validez para interpretar los ordenamientos internos de conformidad con los mismos. Se trataría de valores y principios fundamentales, universales e indivisibles de la humanidad que se deben de optimizar y en este sentido parece que en última instancia lo que se está propugnando es la promoción de un orden mundial constitucionalizado que tenga como referente el desarrollo que los Derechos Humanos están teniendo desde la caída del muro de Berlín. De esta manera en última instancia se trataría de un proceso cuasi-constitucional a nivel internacional que reconoce y promueve –de manera ciertamente creativa– determinados principios y valores que se pueden entender como de toda la humanidad.

Si esto es así, dicho punto de partida plantea *serios problemas de legitimidad para una intervención de naturaleza penal y para la estabilización de reglas de conducta mediante penas*. El concepto de bien jurídico global tendría más un carácter promocional que protector de instituciones jurídicas existentes y se puede constatar un amplio acuerdo doctrinal sin argumentos contundentes en contra en que la pena no se puede utilizar legítimamente para promover la instauración de un orden inexistente. Desde esta perspectiva es preciso diferenciar las diversas dimensiones que los bienes jurídicos globales pueden detentar para el Derecho Privado, el Derecho Público y, dentro de éste, para el Derecho Penal en la medida en la que éste implica intensas restricciones de derechos fundamentales para individuos que, por ello, exigen una especial carga de legitimación. Desde el punto de vista de *lege ferenda* la experiencia europea nos demuestra que la política criminal no es más que una concreción de decisiones políticas de mayor calado y que el Derecho Penal precisa fuertes consensos políticos y valorativos previos, que es lo que precisamente pretende promover la idea de los bienes jurídicos globales. De forma muy especial cuando se trata de normas no dirigidas a los Estados, sino a sus ciudadanos y que implican que los Estados puedan imponer intensas restricciones de derechos.

El concepto de bien jurídico global tiene, por lo tanto, un rango de valor fundamental que no coincide con el concepto de bien jurídico que se suele utilizar en el discurso penal relativo a la protección de bienes jurídicos. Se trata de un concepto que resulta todavía más confuso que el de bien jurídico penal, que se trata ya de un concepto enormemente maleable. En todo caso ambos conceptos encierran una fuerte tendencia expansiva en la medida en la que ponen el foco de atención más en la importancia de lo que se protege que en la legitimidad de la imposición del castigo. Si nos fijamos más en el primer aspecto la tendencia es hacia la uni-

versalidad y la correspondiente expansión del Derecho Penal, pero si nos fijamos en el segundo el escepticismo hacia esa tendencia entra en escena. Si el Derecho Penal protege bienes a través de la estabilización de normas de comportamiento esenciales, primero es preciso que exista un orden normativo que estabilizar.

Desde el punto de vista de las propuestas más actuales en materia político-criminal la teoría de los bienes jurídicos globales entronca con los intentos de algunos penalistas de referencia como Schünemann en Alemania o Gracia Martín en España de promover una especie de “*Derecho Penal global*” que no se reduzca a los delitos actualmente reconocidos como crímenes internacionales. En esta línea Gracia Martín entiende que existen bienes jurídicos globales que están configurados por “*todos aquéllos substratos que constituyen el objeto de los derechos económicos, sociales y culturales de los que son titulares la totalidad de los seres humanos y pueblos integrantes de la Humanidad*”³. Mi co-ponente en estas Jornadas Nieto Martín parece que se sumaría también a esta visión de por donde deberían ir las cosas en un futuro próximo, tal y como se ha podido apreciar en su ponencia. El ejemplo prototípico suele ser el medio ambiente, pero también se está intentando trasladar estas ideas a un mayor control de los mercados. En los últimos años la estabilidad de los mercados financieros o, al menos, la prevención de las crisis económicas como mal global han surgido como problema mundial con especial virulencia. Estos autores, defensores entusiastas de la modernización del Derecho Penal, propugnan un Derecho Penal global o desfronterizado que se concretaría en “*un Derecho Penal internacional de la economía global*”⁴. A pesar de lo sugestivo de la propuesta, se echa en falta una mayor concreción y desarrollo, que Gracia hasta el momento no ha sido capaz de llevar más allá de la afirmación de que “*nos proyecta a un horizonte de utopía*”⁵.

Sin embargo, hasta el momento no se ha logrado configurar la protección de bienes jurídicos globales mediante un Derecho Penal global por lo que me ceñiré al plano –indudablemente más monótono– de *lege data*. Desde esta perspectiva, mientras no lleguemos al nuevo horizonte utópico anunciado, el único planteamiento posible actualmente es analizar la protección de bienes jurídicos globales a través de los ordenamientos penales nacionales. La cuestión que se nos plantea a los penalistas, por lo tanto, es determinar si la teoría de los bienes jurídicos globales

³ GRACIA MARTIN, Luis, El Derecho Penal ante la globalización económica, en SERRANO-PIEDRACASAS/DEMETRIO CRESPO (Dir.), El Derecho Penal económico y empresarial ante los desafíos de la sociedad mundial del riesgo (Madrid, 2010), p. 80.

⁴ *Ib.*

⁵ *Ib.* Mucho menos concreto todavía FERRAJOLI, Luigi, Criminalidad y globalización, en *Iter Criminis-Revista de Ciencias Penales* N° 1 (2005), pp. 71 y ss. en un trabajo que se queda en un panfleto contra la criminalidad de los “*poderosos*”, no haciendo más que extender los postulados de la criminología crítica al ámbito de la política criminal global.

podría dar lugar sin necesidad de reformas legislativas a *transformaciones expansivas del Derecho Penal* español vigente que optimicen o maximicen su dimensión global.

Curiosamente resulta interesante el aspecto terminológico. Como no se habla simplemente de principios, valores o instituciones fundamentales del Derecho Internacional, sino de aseguramiento o protección de bienes jurídicos mediante imposición de penas, el análisis no queda circunscrito a analizar cómo el Derecho Internacional ha dado lugar o puede dar lugar a determinadas criminalizaciones, sino que se extiende a un análisis sobre si el Derecho Penal protege bienes jurídicos que podamos definir como globales o, dicho de otra manera, que su disfrute no excluyente sea un derecho de toda la humanidad. No cabe duda de que el legislador español en los últimos tiempos suele hacer referencia a ciertos compromisos internacionales para introducir nuevas instituciones penales y figuras delictivas aunque, curiosamente, en muchas ocasiones dichos compromisos no existan. Ello no significa automáticamente que en esos casos se pueda hablar de bienes jurídicos globales en la medida en la que del dato de que una criminalización tenga que ver en origen con preocupaciones ampliamente compartidas a nivel internacional por sus efectos transnacionales o transfronterizos no se deriva necesariamente que ello dé lugar a la protección de bienes jurídicos de naturaleza global.

En este sentido se hace precisa una breve aproximación descriptiva al Derecho positivo para analizar si, más allá del dato del origen de determinadas instituciones y criminalizaciones en Tratados o Convenciones Internacionales, es posible hablar de la existencia de auténticos bienes jurídicos globales.

II. ¿EXISTEN BIENES JURÍDICOS GLOBALES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO-PENAL ESPAÑOL?

1. *No cabe duda de que el Código Penal español tipifica algunos delitos que protegen bienes jurídicos globales*

Sin duda el Código Penal español protege bienes jurídicos globales en el Título XXIV del Libro II dedicado a los *delitos contra la Comunidad Internacional*⁶. La principal característica de este Título de nueva aparición en el Código Penal de 1995 es que se encuentra relacionado con la protección de intereses comunes de diversos Estados (delitos contra el Derecho de gentes) y de elementos básicos del orden internacional como “la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad” que se pueden definir sin muchos problemas como bienes jurídicos globales. Este

⁶ Sobre las características de estos delitos FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *Delitos contra la comunidad internacional*, Memento de Derecho Penal (Madrid, 2010), pp. 509 y ss. y sobre su última reforma en el año 2010, del mismo, *La reforma de los delitos contra la Comunidad Internacional*, en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, *Estudios sobre las reformas del Código Penal operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero* (Pamplona 2011), pp. 671 y ss.

Título fue creado por el legislador de 1995 precisamente para dejar claro que estos delitos no eran meras modalidades de protección de lo que se venía denominando Defensa nacional y seguridad exterior sino que se trata de injustos que detentan una dimensión distinta, *más global y no tan vinculada a la soberanía nacional*. Estos delitos tienen como común denominador su relación con diferentes Tratados y Convenios Internacionales firmados por el Estado español e incorporados al Derecho interno (art. 96 CE), que son los que crean previamente los bienes jurídicos globales o supraestatales que responden a las necesidades de las relaciones internacionales o de la Comunidad Internacional.

Dentro de estos delitos destacan los vinculados al Derecho Internacional Humanitario y la protección de los derechos humanos (genocidio, lesa humanidad y relacionados con conflictos armados), que no cabe duda de que han dado lugar a un subsistema específico dentro del código con características muy peculiares. De hecho otros países como Alemania han creado un Código específico. En lo que interesa en esta ponencia, se trata de los únicos delitos que son también competencia de un Tribunal Penal Internacional que exige responsabilidades penales individuales. Además de las evidentes cuestiones competenciales en las que para su resolución entran en juego los principios de subsidiariedad y complementariedad, existen reglas especiales de imputación para estos delitos en los artículos 615 bis y 616 bis y es evidente que resulta imposible interpretar y aplicar estos delitos sin tener en cuenta no sólo las normas internacionales, sino también la jurisprudencia de Tribunales Internacionales. Incluso, con las matizaciones correspondientes, puede ser tomada en consideración la jurisprudencia de Tribunales mixtos en sus diversas variantes como los de Camboya, Kosovo, Bosnia-Herzegovina, Timor Oriental o Sierra Leona u órganos judiciales nacionales que actúen como fiduciarios de la Comunidad Internacional. La propia evolución del Derecho Internacional ha provocado que este Título se haya visto afectado por las dos reformas más importantes del vigente Código Penal, como la de 2003 y 2010, siempre introduciendo nuevas figuras delictivas o ampliando el alcance de las existentes. Esa evolución también ha impulsado una aplicación judicial que pretende maximizar la protección de los derechos humanos y que nos demuestra la inercia expansiva de la importancia de lo que se pretende tutelar.

Las transformaciones que ha sufrido el Derecho Penal en los últimos años en estas materias han sido ampliamente tratadas por la doctrina por lo que no parece necesario incidir en un conjunto de problemas que ya son sobradamente conocidos. En todo caso es evidente que el reconocimiento de ciertos bienes jurídicos como de la humanidad en su conjunto abre numerosos interrogantes que precisan una respuesta jurídica. Por ejemplo, en temas de competencia y de cosa juzgada. En España existe en estos momentos un intenso debate jurídico alrededor de las cuestiones de competencia vinculadas al principio de justicia universal. Los Autos de la Sala de lo penal de la Audiencia Nacional sobre la competencia en los casos

Tibet y Guantánamo, con decisiones reñidas y amplios votos particulares, son una demostración de las enormes dificultades que tienen los ordenamientos internos para proteger jurídicamente bienes globales⁷. El debate está contaminado por un error que consiste en creer que todo crimen internacional puede y debe ser perseguido con base en el principio de justicia universal. Una cosa es la definición del injusto como delito internacional y otra diferente en qué supuestos pueden los órganos jurisdiccionales españoles perseguir ese delito contra la Comunidad Internacional.

2. *¿Existen bienes jurídicos globales protegidos por el ordenamiento penal español fuera del Título dedicado a los delitos contra la Comunidad Internacional?*

a. *Introducción*

La gran pregunta que hay que contestar en estas Jornadas desde el punto del Derecho interno es si alguno de los bienes jurídicos protegidos fuera del Título de los delitos contra la Comunidad Internacional pueden ser tomados en consideración por los órganos jurisdiccionales españoles (aquí ya no existe un TPI) como bienes jurídicos globales. La contestación afirmativa significaría que el Estado español puede imponer una pena a una persona –física o jurídica– por realizar una conducta tipificada como delito cuya lesividad esté referida a un bien jurídico global.

Dejaremos fuera del foco de análisis los delitos que protegen los bienes jurídicos individuales (vida, salud, libertad, etc.) en la medida en la que su lesividad global estaría vinculada a un “elemento internacional” que justificaría la aplicación de los denominados crímenes internacionales tipificados en los artículos 608 y siguientes. La cuestión que me voy a plantear es, por tanto, ¿existen bienes jurídicos colectivos que estén también protegidos como globales?

Se podría objetar que dicho delitos protegen bienes jurídicos absolutamente básicos, pero no otros bienes jurídicos individuales como el patrimonio. En todo caso cuando se trata de la protección de los mercados financieros internacionales hay que tener claro que dicha tutela tiene que ver con la protección de elementos

⁷ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, El principio de justicia universal en el Derecho Penal español tras la reforma mediante la LO 1/2009. Comentario crítico al Auto del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 27 de octubre de 2010 (“caso Tibet”) y al Voto particular que formulan tres magistrados, en *InDret Penal* N° 1 (2011), pp. 1 y ss. Una demostración de lo dicho es que con respecto a las torturas realizadas en Guantánamo el Juzgado Central de Instrucción en las Diligencias Previas 150/2009 afirma mediante Auto de 13 de enero de 2012 la Jurisdicción española y acuerda diversas diligencias de investigación mientras el Juzgado Central de Instrucción N° 5 en las Diligencias Previas 134/2009 acuerda mediante el Auto de 13 de abril de 2011 el sobreseimiento provisional.

básicos para el funcionamiento de los mercados de valores e instrumentos financieros como la transparencia informativa y la correcta formación de los precios, pero no de forma directa con intereses patrimoniales, que no representan más que un “reflejo de protección” del Derecho Penal del mercado de valores e instrumentos financieros. Esto es evidente si tenemos en cuenta que en el delito de manipulación del mercado el delito perjudica a algunos, pero beneficia a los que se encuentran en la misma posición del manipulador (no siendo imposible que puedan ser más que los que se encuentran en la contraria).

b. El debate en la doctrina jurídico-penal sobre los bienes jurídicos universales

En el proceso de expansión que indiscutiblemente está sufriendo el Derecho Penal en los últimos años, la doctrina ha resaltado una serie de características de dicho proceso expansivo. Una de las dimensiones tiene que ver con las características de la sociedad como sociedad del riesgo —o, mejor dicho, como sociedad desconcertada por sus riesgos— y la adaptación de los ordenamientos penales a las nuevas necesidades de este tipo de sociedad interviniendo en ámbitos nuevos o con técnicas novedosas de tipificación cada vez más alejadas de los clásicos delitos de resultado o de lesión de bienes jurídicos (*expansión extensiva*). Otra tiene que ver con lo que se viene denominando populismo punitivo que representa una *expansión intensiva* en la generalizada aunque falsa creencia de que un incremento de la dureza de las sanciones puede resolver determinados problemas sociales. Y una tercera tiene que ver con un tratamiento penal especial y menos garantista de determinados grupos de autores a los que etiquetamos como “enemigos”, dimensión en la que se entremezclan elementos de peligrosidad criminal y de “lucha” contra organizaciones criminales o terroristas que motivan una respuesta punitiva diferente a los supuestos de criminalidad individual (lo que se puede denominar *expansión selectiva*). En el marco de la globalización como fenómeno expansivo esto tiene que ver con fenómenos como el terrorismo internacional o la transnacionalidad de las organizaciones criminales que no pueden ser tratados en esta ponencia. Las tres dimensiones mencionadas tienen que ver con la utilización simbólica de las leyes penales que, en algunos casos, es claramente ilegítima por no suponer más que una instrumentalización del Derecho Penal para fines electoralistas y que tiene que ver con las características de la sociedad en la que vivimos como sociedad de la información masiva.

Aquí me voy a centrar en el primer aspecto, que es el que nos interesa a efectos de la presente ponencia. Una de las consecuencias de la funcionalización social del Derecho Penal en las sociedades postindustriales reside en la necesidad de proteger bienes jurídicos colectivos como el medio ambiente o el orden socioeconómico. Contra esta dinámica un sector de la doctrina opuso una fuerte crítica.

Resumiendo mucho las críticas, se objeta que esta evolución de lo que se ha denominado “moderno Derecho Penal” o Derecho Penal vinculado a la “dialéctica de lo moderno” hace saltar las bases legitimadoras –liberales e ilustradas– del Derecho Penal en los Estados modernos que había surgido básicamente para proteger bienes individuales contra conductas lesivas dolosas, quedando de esta manera el ordenamiento punitivo progresivamente desnaturalizado a lo largo del proceso. Los críticos partieron en gran medida –utilizándola para sus fines de deslegitimación– de la teoría del sociólogo alemán Ulrich Beck de la sociedad del riesgo como un modelo que pretende afrontar los problemas de la denominada “segunda modernización” y que pone el énfasis en que hay peligros “fabricados” por el ser humano y que dependen de sus decisiones que no se dejan encerrar en fronteras espaciales, temporales o sociales, de tal manera que las condiciones e instituciones básicas de la primera modernidad industrial quedan superadas por esta evolución. Tildaron de ilegítimo lo que se denominó como “Derecho Penal del riesgo” entendido como el Derecho Penal que se amolda a este modelo de sociedad para pretender resolver sus problemas estructurales así como sus consecuencias, que se caracterizaría básicamente por la protección de bienes jurídicos universales, la creación de delitos de peligro y la anticipación de las barreras de punición en cuanto ya no se puede esperar a la lesión o a la catástrofe. Se habla en sentido crítico de protección de bienes jurídicos abstractos así como de protección abstracta de bienes jurídicos como frutos de la misma semilla.

No voy a reproducir aquí el intenso debate que se ha desarrollado en los últimos veinticinco años porque desde la perspectiva que nos ofrece el tiempo transcurrido se puede afirmar que los críticos no llegaron a convencer a la doctrina dominante. Ésta considera que no se puede negar apriorísticamente todo tipo de competencia del Derecho Penal para enfrentarse a los nuevos problemas sociales y que no se puede deslegitimar globalmente el proceso, si bien es cierto que siempre cabe la crítica de criminalizaciones concretas. Se han quedado en una posición intermedia sin convencer a la doctrina dominante los que, partiendo de una crítica más matizada a esta línea evolutiva del Derecho Penal, como Silva Sánchez⁸, consideran

⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, La expansión del Derecho Penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales, 2ª ed. (Madrid, 2001), pp. 26, 107, 149 y ss., 162 y *passim*. “En conclusión, puede afirmarse que ciertamente existe, como se indicara al principio, un espacio de expansión razonable del Derecho Penal. El espacio de la expansión razonable del Derecho Penal de la pena de prisión viene dado por la existencia de conductas que, por sí solas, lesionan o ponen en peligro real un bien individual; eventualmente, cabe admitir lo mismo a propósito de bienes supraindividuales, siempre que sea la conducta del concreto sujeto la que efectivamente los lesione o ponga en peligro real. En este ámbito, además, la razonabilidad de la expansión requeriría la plena salvaguarda de todos los criterios clásicos de imputación y principios de garantía. Al margen de lo anterior, puede admitirse resignadamente la expansión –ya producida– del Derecho Penal a ilícitos de acumulación o peligro presunto (...) pero la admisión

que por su escasa capacidad o idoneidad lesiva para bienes jurídicos de grandes dimensiones como el medio ambiente o el sistema económico la infracción no puede acarrear una privación de libertad.

La cuestión esencial, en mi opinión, tal y como he venido sosteniendo en diversos trabajos, no es si un bien jurídico se puede definir como personal o reconducir a intereses personales, sino bajo qué condiciones se puede imputar un hecho a una persona que encierre tal lesividad social que justifique la imposición de una pena. Desde el punto de vista jurídico el principal problema a resolver con relación a los bienes jurídicos colectivos, tanto desde un punto de vista dogmático como político-criminal, reside en determinar cuándo una determinada conducta encierra una lesividad social que justifique frente a su autor una intervención tan lesiva de derechos fundamentales (es decir, tan brutal) como la que lleva a cabo el aparato penal. El debate sobre la legitimidad en el ámbito penal de la existencia de estructuras típicas por acumulación⁹ que se basan no tanto en la lesividad individualizada sino en la lesividad derivada de que todo el mundo pudiera hacer lo mismo es un síntoma de este debate. Cuando un sector de la doctrina se refiere a la ilegitimidad de la protección de bienes jurídicos colectivos, en realidad se está refiriendo en gran medida a la ilegitimidad de la protección de bienes mediante estructuras típicas por acumulación. En este debate sobre el moderno Derecho Penal hemos descubierto que había aspectos que no estaban tan bien resueltos como parecía en el ámbito de la delincuencia tradicional y que lo que se predica en la actualidad de los delitos que protegen bienes jurídicos colectivos se puede predicar en realidad de todo delito. Dicho de forma gráfica, si bien es cierto que la contaminación de un río no acaba con el medio ambiente, tampoco acaba un homicidio con la vida humana como fenómeno biológico ni una amputación con la salud de una persona y si bien es cierto que un bien jurídico colectivo no puede ser destruido con una acción aislada (salvo catástrofe nuclear o similar), ningún bien jurídico (la vida humana, la salud, la libertad, etc.) puede serlo. Lo que castigamos son lesiones o perturbaciones socialmente intolerables desde la perspectiva de lo que se pretende proteger.

c. Bienes jurídicos colectivos y globales

Parte del sector crítico –denominados por algún autor como Gracia Martín como “discurso de la resistencia”– había denominado a los nuevos bienes jurídicos como el medioambiente o el orden económico como bienes jurídicos universales.

de la razonabilidad de esta segunda expansión (...) exigiría ineludiblemente que los referidos ilícitos no recibieran penas de prisión”.

⁹ FEIJOO SÁNCHEZ, L-H González Cuellar, pp. 159 y ss., con ulteriores referencias.

Sin embargo, en el debate de los años ochenta y noventa no había formado parte del debate la consecuencia de que una aceptación de estos bienes jurídicos podía conllevar su protección desfronterizada, es decir, aunque la conducta delictiva no se encuentre directamente relacionada con los intereses del Estado que castiga. El proceso de mundialización ha provocado que muchos de esos bienes colectivos tengan una dimensión global. Por ejemplo, la actual crisis económica ha hecho que exista una demanda en este sentido en los medios de comunicación en lo que respecta a la regulación de los mercados. El Derecho Penal económico, que surgió teóricamente de un concepto estricto referido a la protección de funciones estatales, parece demandar en la actualidad la perspectiva contraria. Si el Derecho Penal se tiene que amoldar a las nuevas necesidades sociales, una sociedad cada vez más global obliga a replantearse los límites de la intervención jurídico-penal, especialmente con respecto a los bienes jurídicos supraindividuales tan vinculados a la soberanía estatal.

Por lo tanto, cabe preguntarse desde una perspectiva general si una vez que el ordenamiento penal protege ciertos bienes jurídicos que tienen una dimensión global, y ello parece haber sido bendecido teóricamente por la doctrina dominante, ¿podemos afirmar sin cierta inquietud intelectual cuando se decide proteger bienes jurídicos colectivos que sólo protegemos el “trocito” de medioambiente que nos toca o sólo la economía española en el contexto de una economía globalizada? ¿Protegen los delitos contra el medio ambiente sólo el medio ambiente español (si existe algo así) o protegen los delitos contra el mercado sólo el mercado financiero español pero no otros mercados o sólo la competencia honesta y leal (utilizando palabras de la Exposición de Motivos de la LO 5/2010) en España pero no la competencia en un “mercado global”?

El modelo teórico de la sociedad del riesgo, que tanta importancia ha tenido en el debate político-criminal de los últimos 25 años, nos puede servir también para atisbar mejor el fundamento último de estas cuestiones. Si Ulrich Beck publicó en 1986 en alemán “La sociedad del riesgo” (*Risikogesellschaft*), trece años después, en 1999 publicó en inglés “La sociedad del riesgo mundial”¹⁰ (*World Risk Society*) que no vio la luz en alemán hasta una versión más completa en el 2007. Esta anécdota refleja la “visión cosmopolita” que aporta esta segunda parte del modelo sobre la denominada sociedad del riesgo. Como ya he dicho, el modelo social de Beck pretende afrontar ciertos problemas de la denominada “segunda modernización” poniendo el énfasis en que hay peligros de origen humano que no se dejan encerrar en fronteras espaciales, temporales o sociales, de tal manera que las condiciones e instituciones básicas de la primera modernidad industrial

¹⁰ Se cita aquí por la versión española de 2008. BECK, Ulrich, *La sociedad del riesgo mundial*. En busca de la seguridad perdida (Barcelona, 2008).

quedan superadas. Junto a los problemas tradicionales vinculados a los riesgos vinculados a la ciencia y técnica como los ecológicos o los relativos a la manipulación genética, en el segundo libro sobre sociedad del riesgo mundial surgen dos nuevos problemas con especial fuerza: el nuevo terrorismo global y las crisis financieras mundiales vinculadas a las incontables consecuencias que provocan los flujos financieros globales¹¹. En concreto, Beck pretende diferenciar tres “lógicas” de riesgos globales¹²: a) Crisis ecológicas; b) Riesgos financieros globales; c) Amenazas terroristas. Esta distinción obedece a las siguientes ideas: “Una diferencia esencial entre peligros ecológicos y económicos por un lado y la amenaza terrorista por el otro es que en el caso de esta última la casualidad es sustituida por la intención. Las crisis ecológicas y los peligros económicos derivados de la globalización de los flujos financieros tienen –a pesar de sus diferencias– un rasgo común: hay que situarlos en la dialéctica de *goods* y *bads*, o sea, como consecuencias indirectas casuales de decisiones tomadas en el proceso de modernización. No es éste el caso del nuevo terrorismo”¹³. Crisis ecológicas y riesgos financieros globales dan lugar a lo que Beck denomina “catástrofes-consecuencia indirecta” a diferencia de las “catástrofes premeditadas” que caracterizan a los riesgos terroristas¹⁴. En el caso de los riesgos financieros nadie tiene capacidad de controlar los flujos financieros y, por tanto, sus consecuencias indirectas (no sólo económicas, sino también sociales y políticas). Desde luego ningún mercado nacional puede hacerlo por sí solo. Estos riesgos financieros son también riesgos técnicos en la medida en la que sus efectos se encuentran estrechamente vinculados a las poderosas herramientas tecnológicas disponibles que permiten miles de órdenes en un corto espacio de tiempo. Los riesgos de consecuencias indirectas tienen el problema de una “irresponsabilidad organizada” que tiene que ver con “la fragmentación de los espacios legales”¹⁵. No se trata de una consecuencia buscada, sino que no es más que un diagnóstico de las dificultades en que se encuentra la imputación jurídica. Otro elemento esencial del libro de Beck es que la única respuesta al terror global, las crisis financieras globales, el cambio climático y el crimen organizado reside en lo que denomina “Realpolitik cosmopolita” que se concreta, en lo que aquí interesa, en la cooperación transnacional. “Para ello, los Estados nacionales, desapoderados de facto, tienen que saltar por encima de su propia sombra, de su ficción de autonomía, para otorgar a su lucha contra los problemas tanto nacionales como globales el valor añadido político de una nueva y coordinada soberanía, una sobera-

¹¹ *Ib.*, pp. 25, 40 y s. y *passim*.

¹² *Ib.*, pp. 32 y s., 270 y ss.

¹³ *Ib.*, p. 33.

¹⁴ *Ib.*, pp. 41, 273.

¹⁵ *Ib.*, p. 56.

nía conjunta”¹⁶. De esta manera surge con fuerza lo que se denomina “gobernanza global” como nueva filosofía política que se caracteriza por dar lugar a un *soft law* plural sustentada por consejos, reglas y estándares que se caracterizan por no ser jurídicamente vinculantes¹⁷. Si la globalización difumina las diferencias entre “lo nacional” y “lo internacional” se hace precisa una prevención de riesgos globales. En palabras de Beck, “la sociedad del riesgo mundial hace valer una nueva lógica histórica: ninguna nación puede solucionar sus problemas por sí sola”, por lo que “los problemas mundiales crean comunidades transnacionales (...). Los Estados nacionales –sean fuertes o débiles– ya no son las unidades primarias de la solución de los problemas nacionales (...). La cooperación ya no es el medio sino el objetivo”¹⁸.

En definitiva, ¿cuál puede ser la solución jurídica cuando un hecho tipificado como delito no encierra una lesividad interna sino exclusivamente global? Por ejemplo, imaginémos que Repsol tuviera un incidente similar a lo que le sucedió a BP en el Golfo de México en el año 2010 y ello tuviera relevancia como delito contra el medio ambiente.

La doctrina alemana, que es la que mejor ha tratado teóricamente estas cuestiones, considera, analizando el ámbito de protección espacial de las leyes penales, que mientras una protección absoluta de los bienes jurídicos resulta asumible con los bienes jurídicos individuales no sucede lo mismo con los bienes jurídicos colectivos extranjeros, que sólo son protegidos de forma extraordinaria¹⁹. En la

¹⁶ *Ib.*, p. 68.

¹⁷ *Ib.*, p. 253. En sentido crítico con este proceso SCHÜNEMANN, SCHÜNEMANN, Bernd, El Derecho en la globalización económica: imperialismo del líder y colonización de los órdenes jurídicos ¿Instrumentalización del Derecho Penal? Un análisis a partir del ejemplo de los Tribunales penales internacionales y de las convenciones internacionales sobre drogas y corrupción, en MORENO HERNÁNDEZ (Coord.), Globalización e internacionalización del Derecho Penal. Implicaciones político-criminales y dogmáticas (México, 2003), p. 117 y Globalisierung als Metamorphose oder Apokalypse des Rechts?, en JOERDEN/WITTMAN (Edits.), Recht und Politik, Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie, Beiheft N° 93 (Munich, 2004), pp. 133 y ss.

¹⁸ BECK, Ulrich, *op. cit.*, p. 279.

¹⁹ AMBOS, Kai, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Tomo 1 (Múnich, 2005), antes de 3-7/81 y ss., 86 y s.; BÖSE, Martin, Comentario previo al párrafo 3, en KINDHÄUSER/NEUMANN/PAEFFGEN, Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, 3ª ed. (Baden-Baden, 2010), antes de 3/55 y ss.; ESER, en Schönke/Schröder Strafgesetzbuch, antes de 3-9/ 31 y ss.; HOYER, Andreas, Comentario previo al párrafo 3, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 8ª ed. (Colonia, 2011), antes de 3/31 y ss.; JESCHECK, Hasn-Heinrich y WEIGEND, Thomas, Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil, 5ª ed. (Berlín, 1996), pp. 176 y s.; MÖHRENSCHLAGER, Doris, en WABNITZ/JANOVSKY, Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 3ª ed. (Munich, 2007), 3/2 y ss.; MÖLDERS, Simone, Bestechung und Bestechlichkeit im internationalen geschäftlichen Verkehr (Francfort a. M., 2009), pp. 163 y ss.; OEHLER, Dietrich, Internationales Strafrecht, 2ª ed. (Colonia y otras, 1983), pp. 202 y ss.; WERLE, Gerhard y JESSBERGER, Florian, Comentario previo al párrafo 3, Strafgesetzbuch.

doctrina alemana es dominante la idea de que las normas penales sólo protegen bienes jurídicos internos, salvo que se trate de bienes jurídicos individuales con respecto a los que rige un “estándar mínimo de justicia”, al menos en lo que respecta a derechos humanos fundamentales. Esta idea es absolutamente dominante cuando se trata de bienes jurídicos de titularidad de otro Estado (función recaudatoria, Administración de Justicia, etc.), cuyos intereses sólo son protegidos como los de cualquier particular. Este tema no ha tenido en la doctrina ni en la jurisprudencia españolas un desarrollo tan elaborado (por ejemplo, con respecto a temas de terrorismo internacional), pero no hay razón para llegar a conclusiones diferentes desde la perspectiva del ordenamiento español. Al menos, yo no veo ninguna razón para llegar a conclusiones distintas, salvo en lo que respecta a las diferencias derivadas de la formulación de las figuras delictivas concretas en la parte especial.

La novedad que plantea y el matiz que añade la teoría de los bienes jurídicos globales es que ya no hablaríamos de “bienes ajenos” sino de bienes compartidos con toda la Comunidad Internacional. Voy a dejar aquí de lado un desarrollo de las características que pueden convertir un hecho en un *delito con trascendencia internacional* y directamente intentaré analizar si presupuesto que concurren los elementos correspondientes existiría legitimidad para el castigo.

La cuestión no es sólo una cuestión de *competencia jurisdiccional*, sino que tiene que ver con el alcance o ámbito de protección de los tipos penales, que es una cuestión previa²⁰. No se trata de bajo qué condiciones pueden los órganos jurisdiccionales españoles perseguir y castigar un delito (extensión de las normas de sanción) –tema esencial, como hemos visto, en infracciones como los delitos contra la Comunidad Internacional donde no se discute de partida la protección transfronteriza–, sino si hay delito (extensión de las normas de conducta). En el Derecho Penal tradicional protector de bienes jurídicos individuales y de las instituciones básicas del Estado era evidente que las prohibiciones eran universales en el primer caso y no lo eran en el segundo. No se podía matar a nadie “al otro lado

Leipziger Kommentar, 12ª ed. (Berlín, 2007), antes de 3/271 y ss.; WOLLSCHLÄGER, Sebastian, Die Anwendbarkeit des § 299 StGB auf Auslandssachverhalte-frühere, aktuelle und geplante Tatbestandsfassung”, Strafverteidiger 7(2010), p. 386.

Existe un amplio acuerdo en la doctrina alemana (AMBOS, Kai, *op. cit.*, antes de 3/87; WERLE/JAESSBERGER, LK, antes de 3/275), lo cual es relevante a efectos de la protección jurídico-penal de los mercados, de considerar que el Derecho interno se extiende a la protección de bienes jurídicos no internos cuando además del bien jurídico colectivo el tipo protege un bien jurídico individual, pero no cuando se trata de un delito que sólo atenta contra un bien jurídico colectivo y con ello se consigue como efecto colateral la protección de intereses individuales.

²⁰ En la doctrina alemana, por todos, RÖNNAU, Thomas, en ACHENBACH/RANSIEK, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 2ª ed. (Heidelberg, 2008), III 2/45, con ulteriores referencias. La jurisprudencia alemana comparte esta posición de la doctrina: OLG Hamm, JZ 80, pp. 576 y s.; OLG Dusseldorf, NJW 82, p. 1242; BGHSt 22, p. 285.

de la frontera”, por lo que se ha impuesto la denominada “teoría de la ubicuidad” que ofrece una amplia protección²¹. No es este el lugar para discutir la legitimidad de una concepción tan amplia, sino que lo que quiero plantear es una pregunta esencial para el tema de este trabajo: ¿Se podría decir que la prohibición de manipulaciones en el mercado financiero (art. 284 CP) incluye a los mercados asiáticos o estadounidenses aunque la manipulación realizada desde España no tenga efectos mensurables en nuestro país? La “teoría de la ubicuidad” legitimaría de partida la intervención de los órganos jurisdiccionales españoles con base en un principio tan indubitado de competencia como el de territorialidad, pero no resuelve la cuestión esencial, ¿podría entender ese órgano que el delito de manipulación protege otros mercados distintos al español? Si se entiende que se trata de un “bien jurídico extranjero” la contestación tendría que ser negativa, posibilitando la teoría de los bienes jurídicos globales esa negación del bien como “extranjero”, es decir, como ajeno y a extramuros de la protección de las leyes penales españolas.

La cuestión se vuelve ciertamente apasionante tras la introducción en el año 2010 de la *responsabilidad penal de personas jurídicas* en un país con multinacionales importantes y con un banco entre la lista de las primeras 29 “Entidades financieras de relevancia sistémica global” (SIFI). Un delito económico o medioambiental cometido en el extranjero por uno o varios empleados de una multinacional española vinculado a la actividad delictiva o la infracción del deber de debido control de un administrador en la matriz española podría dar lugar a la responsabilidad penal de la persona jurídica española si se entiende que se trata de un bien jurídico de naturaleza global. En este sentido, por ejemplo, el artículo 31 de la Ley N° 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, regula la cuestión de las sucursales y filiales en terceros países estableciendo que “los sujetos obligados aplicarán en sus sucursales y filiales con participación mayoritaria situada en terceros países medidas de prevención de blanqueo de capitales y de financiación del terrorismo al menos equivalentes a las establecidas por el derecho comunitario”. Un simple vistazo a las reglas de competencia (art. 7) de la Decisión Marco 2003/568/JAI, de 22 de julio contra la corrupción en el sector privado demuestra que se trata de dos cuestiones íntimamente vinculadas.

La respuesta al interrogante sobre la existencia de bienes jurídicos globales fuera de los delitos contra la Comunidad Internacional es más sencilla cuando el propio legislador introduce en el Código Penal un “delito global” para cumplir

²¹ La teoría de la ubicuidad del Tribunal Supremo ha quedado confirmada a raíz de un conocido pleno no jurisdiccional del año 2005 (Acuerdo de la Sala Segunda de 3 de febrero de 2005):

“Principio de ubicuidad: El delito se comete en todas las jurisdicciones en las que se haya realizado algún elemento del tipo. En consecuencia, el Juez de cualquiera de ellas que primero haya iniciado las actuaciones procesales, será en principio competente para la instrucción de la causa”.

sus compromisos internacionales. En este sentido tenemos el ejemplo del artículo 445 relativo a los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales que tiene su origen en el Convenio OCDE de 1997 de “lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales”. Lo mismo sucede con la protección específica de organismos o Instituciones internacionales como sucede con la Corte Penal Internacional en el artículo 471 bis, lo cual demuestra que las leyes penales españolas sólo protegen de partida sus propias instituciones salvo tipificaciones o referencias específicas (Hacienda Pública española, Administración de Justicia española, Administración Pública española, etc.).

En lo que respecta a lo que podemos denominar “bienes jurídicos colectivos de nueva generación” excepcionalmente *el legislador “desfronteriza” expresamente la protección* de forma autónoma, tal y como sucede con el artículo 325 CP, tipo básico de delitos contra el medio ambiente, que se refiere al alta mar o a la “incidencia incluso en los espacios transfronterizos”. Sin duda los tratados internacionales sobre medio ambiente tienen mucho que ver con esta apertura tuitiva del tipo penal, que se encuentra también en las leyes penales de otros ordenamientos. Por ello la maximización de esa dimensión global dependerá en el futuro de la propia evolución del Derecho Internacional del medio ambiente, incluso aunque la Comunidad Internacional no sea proclive a la creación de una Corte Internacional que actúe cuando los Estados no quieran o no puedan proteger atentados contra el medio ambiente que encierren una dimensión global.

Esta cuestión debe quedar simplemente mencionada aquí como una dimensión de debate político-criminal con respecto a las *nuevas criminalizaciones* que tengan que ver con bienes jurídicos o necesidades de naturaleza universal. Se puede calificar como uno de los grandes debates político-criminales del siglo XXI y que condicionará en el futuro la evolución del Derecho Penal económico. Uno de los primeros ámbitos en los que se va a plantear esta cuestión es con respecto a la *protección de los mercados financieros internacionales*.

La cuestión esencial en este trabajo, y que afecta a la estabilidad de los mercados financieros internacionales como bien jurídico, es si salvo las decisiones legislativas expresas, en delitos que protegen bienes jurídicos colectivos *los órganos judiciales españoles podrían definir un bien jurídico como global e imponer la pena por su afectación como tal bien jurídico global, no existiendo ninguna norma internacional que establezca una obligación internacional de persecución y castigo*. Este creo que es el gran interrogante que nos plantean al día de hoy los organizadores de estas Jornadas a los penalistas y al que necesariamente hay que ofrecer alguna respuesta.

Con respecto a los bienes jurídicos colectivos no existe un grado de desarrollo normativo semejante al relativo a la protección de los derechos humanos contra los ataques más graves. Como he señalado, la protección transfronteriza del medio ambiente ha sido resuelta unilateralmente por el legislador español y no cabe duda

de que éste tiene toda la legitimidad para convertir bienes jurídicos colectivos en bienes jurídicos globales siempre que ello no sea contrario al Derecho Internacional. La cuestión es analizar *si con respecto a otros bienes jurídicos colectivos los aplicadores del Derecho podrían dar lugar a una expansión del ordenamiento penal* en este mismo sentido. Planteada la cuestión en estos términos, un órgano judicial español podría llegar a alguna de las siguientes conclusiones:

a) No existen bienes jurídicos globales fuera de los supuestos expresamente contemplados por la ley penal española. Tiene que existir una decisión legal específica.

b) Donde la ley no excluye no cabe excluir, por lo que si el hecho tiene una dimensión global puede ser castigado aunque no se vean afectados intereses internos. Es decir, el Derecho Penal español estaría habilitado para la prevención de males públicos o crisis internacionales de acuerdo con sus presupuestos competenciales (territorialidad y personalidad activa). Otro aspecto que aquí no se puede analizar es si tiene realmente dicha capacidad de prevención, que creo que no.

c) El bien jurídico es supranacional pero no es global, por lo que sólo son relevantes los hechos que afectan a determinados países como los Estados miembros de la Unión Europea. Esta interpretación extensiva ya no tendría, sin embargo, su fundamento teórico en la existencia de bienes jurídicos globales, sino en el principio de interpretación conforme al Derecho comunitario que se deriva de la asunción de competencias soberanas por parte de la Unión Europea, cuyos intereses son también intereses de los Estados miembros. Ello obliga a una interpretación favorable a los intereses de la comunidad²², si bien no se puede dejar de mencionar que este principio viene planteando muchos más problemas en el ámbito del Derecho Penal que en otros ámbitos. En todo caso, y ya que lo que nos estamos planteando son soluciones de problemas dogmáticos de cara al futuro, la entrada en vigor de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre las sanciones penales aplicables a las operaciones con información privilegiada y la manipulación del mercado²³ no dejará lugar a dudas en este sentido. La protección penal del mercado de valores se encuentra vinculado al proceso de unificación europeo y tiene que ver con la protección del mercado interior por lo que la ampliación del Derecho Penal interno del mercado de valores forma parte de un

²² Por muchos, BÖSE, *op. cit.*, antes de 3/61 y s.; MÖLDERS, Simone, *op. cit.*, pp. 86 y ss.; SATZGER, en SIEBER/BRÜNER/SATZGER/V. HEINTSCHEL-HEINEGG (edits.), *Europäisches Strafrecht* (Baden-Baden, 2011), 9/50 y ss. (específicamente en Derecho Penal 9/55 y ss.), TIEDEMANN, Klaus, *Manual de Derecho Penal Económico. Parte General y Especial* (Valencia, 2010), p. 83; WERLE/JESSBERGER, *op. cit.*, antes de 3/280 y ss., todos con ulteriores referencias doctrinales y jurisprudenciales.

²³ COM(2011) 654 final. La Directiva complementa la propuesta de un Reglamento sobre abuso de mercado –no disponible todavía en español– que actualiza el marco jurídico vigente de la UE y refuerza las sanciones administrativas [Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Insider Dealing and Market Manipulation (Market Abuse) COM(2011) 651 final].

proceso más amplio que se ha denominado por una parte de la doctrina como de “armonización unificadora” y que busca proporcionar una regulación y protección lo más armonizada posible, que ahora también se quiere que sea penal²⁴. Existe una preocupación especial por parte de la Unión Europea de proporcionar una protección lo más armonizada posible en estas materias, habiendo abandonado ya la pretensión de garantizar sólo una armonización meramente administrativa. No es casualidad que se trate del primer ámbito en el que la Comisión recurre a sus nuevos poderes en virtud del Tratado de Lisboa (art. 83.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea²⁵) para implantar una política básica de la UE mediante sanciones penales cuando de otra manera no se aplique eficazmente la normativa de la Unión Europea. Los ámbitos que también adquieren protagonismo para esta política criminal europea están relacionados con la falsificación de euros y la protección de los presupuestos de la Unión Europea.

Concretando las posibilidades expuestas en relación a las normas penales que protegen los mercados financieros, ¿sería punible una manipulación operativa realizada desde España contra un mercado financiero asiático o norteamericano? En casos como éste, ¿qué criterios normativos tendría que tener en cuenta un órgano judicial español para hacer una interpretación extensiva legítima de la ley penal española?

Baste poner aquí como ejemplo significativo lo sucedido en Alemania con el delito de corrupción entre particulares como delito de protección de la competencia. En la sentencia de 29 de agosto de 2008²⁶ el Tribunal Supremo alemán en el caso

²⁴ BÖSE/KOCH, en SIEBER/BRÜNER/SATZGER/V. HEINTSCHEL-HEINEGG (edits.), *Europäisches Strafrecht* (Baden-Baden, 2011), 17/2; NIETO MARTIN, Adán, *El abuso de mercado: un nuevo paradigma en el Derecho Penal económico europeo*, en SERRANO-PIEDRECASAS/DEMETRIO CRESPO (Dirs.), *El Derecho Penal económico y empresarial ante los desafíos de la sociedad mundial del riesgo* (Madrid, 2010), pp. 317 y ss.; SORGENFREI, en PARK, Tido, *Kapitalmarktstrafrecht*, 2ª ed. (Baden-Baden 2008), Kap. 4/4 y ss.; VOGEL, en ASSMAN, Heinz-Dieter y SCHNEIDER, Uwe H, *Wertpapierhandelsgesetz Kommentar*, 5ª ed. (Colonia, 2009), previo a 20/11 y ss. Se puede apreciar la concreción de esta idea en el párrafo 20 de la ley del mercado de valores alemana relativo a la prohibición de la manipulación del mercado.

²⁵ Junto a los denominados “delitos europeos” del apartado primero muy vinculados a la lucha contra la delincuencia organizada de todo tipo (terrorismo, trata de seres humanos, explotación sexual de mujeres y niños, tráfico ilícito de drogas, tráfico ilícito de armas, blanqueo de capitales, corrupción, falsificación de medios de pago, delincuencia informática, delincuencia organizada), el apartado segundo establece que “cuando la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros en materia penal resulta imprescindible para garantizar la ejecución eficaz de una política de la Unión en un ámbito que haya sido objeto de medidas de armonización, se podrá establecer mediante directivas normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en el ámbito de que se trate”.

²⁶ BGH NJW 2009, pp. 89 y ss., especialmente 92 y ss. (=StV 2009, pp. 21 y ss., especialmente 25 y s.). Esta posición había sido sostenida previamente por la jurisprudencia civil. Sobre esta

Siemens-Enel entendió que antes de la entrada en vigor del apartado 3 del párrafo 299 del Código Penal alemán mediante una ley de 22 de agosto de 2002, que extiende la protección a la competencia en el extranjero, la corrupción privada no afectaba a los delitos cometidos fuera de Alemania. El Tribunal Supremo alemán anuló una sentencia de la Audiencia de Darmstadt de mayo de 2007 referida a hechos delictivos cometidos en Italia (es decir, en un Estado miembro de la UE) por trabajadores de una filial de Siemens. Se trataba de unos sobornos de unos seis millones de euros entre 1999 y 2001 para conseguir un contrato de 450,3 millones de euros. La razón esgrimida fue que a las empresas alemanas que operan en otros mercados en los que no existen competidores alemanes no se les puede exigir estar sometidas a las estrictas reglas de competencia alemana que no rigen en el mercado correspondiente. Esta posición se correspondía con la posición de la doctrina alemana que consideraba que el delito de corrupción de particulares en su versión previa al 2002 no comprendía a hechos que no afectaran a intereses alemanes, siendo intensamente discutida por la doctrina la protección de la competencia dentro de la Unión Europea aunque no estuvieran intereses estrictamente nacionales en juego. En lo que interesa en este trabajo, la introducción del apartado tercero del párrafo 299 del Código penal alemán, que mediante la reforma del año 2002 extiende –de forma imprecisa– el alcance del tipo a hechos que afectan a la competencia en el extranjero, ha dado lugar a interpretaciones de lo más variado más allá del acuerdo mínimo existente en que no sólo está protegida la competencia en el mercado interior²⁷. Da la impresión en todo caso para un espectador externo que la extensión de la corrupción entre particulares fuera de las fronteras alemanas no se basa en el reconocimiento de un bien jurídico global –a pesar de las declaraciones del legislador–, sino más bien en la protección de intereses propios por parte de un país con una dimensión exportadora importante, por lo que difícilmente esta evolución legislativa sirve de ejemplo de influencia en otros ordenamientos de la constatación de la existencia de bienes jurídicos globales. La protección desfronterizada presenta otros aspectos interesantes más allá de lo estrictamente penal, como que impide, por ejemplo, a las empresas alemanas desgravarse los pagos realizados para conseguir contratos en la medida en la que, se castiguen o no, son actos antijurídicos. Por ejemplo, en el caso de la venta

sentencia MÖLDERS, Simone, *op. cit.*, pp. 178 y ss. y PELZ, Christian, Änderung des Schutzzwecks einer Norm durch Auslegung? Zur Reichweite des § 299 StGB, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 7(2008), pp. 333 y ss.

²⁷ DANNECKER, Gerhard, Comentario al párrafo 299, *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 3ª ed. (Baden-Baden, 2010), 299/74 y ss., con amplias referencias; KINDHÄUSER, Urs, Comentario al párrafo 299, en KINDHÄUSER/NEUMANN/PAEFFGEN, *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 3ª ed. (Baden-Baden, 2010), 299/74; KÜHL, Kristian, Lackner/Kühl *Strafgesetzbuch*, 27ª ed. (Múnich, 2011), 299/1; MÖLDERS, Simone, *op. cit.*, pp. 175 y ss.; RÖNNAU, Thomas, *op. cit.*, III 2/48 y ss.; TIEDEMANN, LK, 299/65 y s.

de tanques a Arabia Saudí la Sentencia del Tribunal Supremo alemán²⁸ declara como hecho probado la entrega de pagos no deducibles por un valor de 210 millones de marcos para conseguir un contrato con un volumen de 446 millones de marcos.

En todo caso, este ejemplo nos demuestra que tan importante como el alcance del bien jurídico protegido es la determinación de los criterios para legitimar la intervención del Derecho Penal de un Estado más allá de su ámbito de soberanía cuando se trata de bienes jurídicos supraindividuales.

III. EL PRESENTE: ¿PROTEGE EL DERECHO PENAL ESPAÑOL LA ESTABILIDAD FINANCIERA COMO BIEN JURÍDICO GLOBAL?

Sin duda la tendencia más clara en la globalización es la denominada *globalización económica*. El subsistema económico es el motor de la globalización y el Derecho, que carece de la misma musculatura, corre detrás con la lengua fuera y siempre llega tarde. Sin embargo, aunque la más reciente expansión del Derecho Penal económico (Derecho Penal del mercado de valores, delitos contra la competencia mediante corrupción²⁹, etc.) tiene su origen en tendencias internacionales, la teoría de los bienes jurídicos globales plantea muchos problemas como punto de partida de una interpretación y aplicación extensiva de los delitos económicos que englobe la protección de aspectos o elementos de un orden económico internacional desvinculados de intereses soberanos en la medida en la que no existen normas de Derecho Internacional Público que, como sustrato de la intervención jurídico-penal, hayan configurado unos bienes jurídico-penales globales.

Si reducimos los bienes jurídico-penales globales a aquellos que son creados por normas internacionales en beneficio de la humanidad en su conjunto o de la Comunidad Internacional es evidente que no se puede hablar en el Derecho Penal económico de protección de bienes globales. Salvo en lo que respecta a la protección de intereses financieros de la Unión Europea no existen normas que fundamenten la responsabilidad individual contra un orden socioeconómico supranacional al estilo del Derecho Internacional Humanitario o de los crímenes contra la humanidad. La extensión de la responsabilidad penal en el ámbito económico choca frontalmente con el principio de no injerencia en asuntos ajenos, que es una de las razones por las que tradicionalmente se ha venido renunciando a la protección de bienes jurídicos supraindividuales no nacionales por parte de los ordenamientos estatales.

²⁸ BGHSt 49, p. 317 (=NJW 2005, p. 300).

²⁹ El Preámbulo de la Decisión-Marco 2003/5668/JAI parte en su Considerando Primero de que “junto con la mundialización, los últimos años han traído un aumento del comercio transfronterizo de bienes y servicios, por lo que la corrupción en el sector privado de un Estado miembro ha dejado de ser un problema meramente interno para convertirse en un problema también transnacional, que se aborda más eficazmente mediante una actuación conjunta de la Unión Europea”.

En la medida en la que estamos hablando de Derecho Penal, la interpretación del alcance tuitivo de las leyes penales relativas al mercado de valores español debe respetar necesariamente el principio de legalidad. Lo primero que hay que analizar para concluir si existe una posibilidad de protección transfronteriza es si la legislación nacional y el tenor literal de los tipos pueden entenderse como neutros con respecto a la ampliación de los tipos penales o bien si dicha expansión se debe entender *contra legem*. Este es un punto de partida básico cuando se trata de interpretar, como estamos haciendo, el alcance de las leyes penales españolas.

De acuerdo con los criterios tradicionales de interpretación la regulación de los delitos contra el mercado en el Código Penal español respalda más bien la conclusión opuesta a la globalización de la protección. No se trata sólo de que no existan referencias específicas como en otros preceptos ya mencionados –lo cual abre la posibilidad de llegar a dicha conclusión negativa a través de una interpretación sistemática–, sino que las escasas referencias legales que existen vetan dicha posibilidad. La Sección dedicada a “los delitos relativos al mercado y a los consumidores” en la que se encuentra el Derecho Penal de mercado de valores (arts. 282 bis, 284 y 285) no habla como referencia tuitiva de mercados en plural, sino de un *único mercado*. La relevancia de la terminología empleada en esta parte del Código Penal ha sido poco estudiada por la doctrina española, pero con base en el criterio hermenéutico gramatical se puede entender que se tutela expresamente sólo el mercado español –incluyendo el mercado de valores y productos financieros– en la medida en la que en realidad no existe jurídicamente un “mercado global” sino diversos mercados fuertemente interrelacionados e interconectados de tal manera que la perturbación en el correcto funcionamiento de uno tiene efectos dominó y espiral en los otros mercados. Si bien es cierto que estamos en la era de los mercados financieros globalmente conectados y esa realidad exige la implantación de nuevas respuestas jurídicas así como que la actual crisis económica ha dejado en evidencia que la transmisión de perturbaciones se caracteriza por ser sistemáticamente volátil y no depende de criterios económicos que podamos definir como tradicionales, sino en muchos casos obedecen a “turbulencias de información” (que pueden haber sido o no manipuladas) que tienen que ver con la necesidad de tomar decisiones y de reaccionar a gran velocidad en un corto espacio de tiempo, no existe un único mercado mundial. Lo que podemos denominar estabilidad de los mercados financieros internacionales no es un bien protegido penalmente por el ordenamiento español en la medida en la que no pase por la protección del mercado interno. Podrá tratarse de un bien jurídico global desde otras perspectivas que aquí no se discuten³⁰, pero no desde la jurídico-penal.

³⁰ Hay que llamar la atención, en todo caso, sobre que en el programa de estas Jornadas frente a otros bienes jurídicos globales como el medio ambiente o la seguridad, la mesa dedicada a la

La legislación comunitaria habla incluso dentro de la Unión Europea de “mercados de valores” nacionales³¹ y si tenemos en cuenta el orden primario la conclusión se torna evidente. La ley del mercado de valores sólo tiene como ámbito de aplicación “todos los valores cuya emisión, negociación o comercialización tenga lugar en el territorio nacional” (art. 3 LMV). El ordenamiento jurídico-penal no puede ir más allá del ámbito de aplicación del orden primario que es el que construye el bien jurídico que aquél ha de proteger³². Si bien la globalización financiera es el núcleo duro de la globalización económica y dicha globalización se caracteriza, gracias al avance de las tecnologías, por el funcionamiento fáctico del sistema económico como una unidad planetaria en tiempo real (en el primer mundo) ello no significa que jurídicamente podamos hablar de un único mercado financiero a nivel mundial.

Las tendencias en *Derecho comparado* refrendan esta idea. En este sentido es ilustrativa la evolución de la jurisprudencia estadounidense, jurisdicción donde se ha planteado con mayor intensidad la cuestión de si el ordenamiento interno protege los mercados financieros internacionales a través de las *Class Actions* contra entidades emisoras extranjeras, apoyadas en muchos casos por la agencia federal encargada de la supervisión de los mercados financieros (*Securities and Exchange Commission*). El Tribunal Supremo de Estados Unidos limitó en junio de 2010³³ la intervención contra la manipulación de mercado y, en general, contra todo fraude relacionado con la compraventa de instrumentos financieros, al propio mercado estadounidense entendiéndose que el Derecho interno protege mercados financieros internacionales. La legislación anti-fraude no alcanza, según la Corte Suprema, a las transacciones realizadas por inversores no estadounidenses en valores de compañías no estadounidenses efectuadas en los mercados no estadounidenses, incluso aunque existan inversores que hayan sufrido pérdidas derivadas de esa manipulación de mercado en Estados Unidos o se constaten efectos en Estados Unidos. Los tribunales inferiores están siguiendo esta doctrina e, incluso, extendiendo la interpretación restrictiva de la sentencia. En el caso *Morrison* el Tribunal de

estabilidad financiera de los mercados es la única que tiene un interrogante sobre si se trata de un bien jurídico global.

³¹ Directiva 2003/6/CE, de 28 de enero.

³² En el mismo sentido en la doctrina alemana, exceptuando los supuestos en los que existe una decisión expresa del legislador penal que exceda el ámbito del Derecho administrativo, MÖHRENSCHLAGER, Doris, *op. cit.*, 3/16; SCHRÖDER, en ACHENBACH/RANSIEK, *Wirtschaftsstrafrecht*, X 2/3, 204; VOGEL, en ASSMAN y SCHNEIDER, *op. cit.*, 20a/36 y s., 45 y ss., 292, con amplias referencias, con respecto a la manipulación de mercado.

La legislación alemana, que regula los delitos bursátiles en la ley de mercado de valores, incluye expresamente dentro del concepto de mercado interno los mercados financieros de todos los Estados miembro de la Unión Europea.

³³ *Morrison v. National Bank of Australia* (Ponente ANTONIN SCALIA). 130 S. Ct. 2869 (2010). La decisión se centra en la Ley de valores de 1934, existiendo dudas de cómo se interpretará la sentencia con respecto a la de 1933 que regula emisiones en el mercado primario.

instancia había llegado al mismo resultado práctico tratándolo como una cuestión jurisdiccional o competencial, pero el Tribunal Supremo confirmó la conclusión por motivos diferentes vinculados a la interpretación de que la ley se aplicaría únicamente a transacciones internas. Por esta razón es interesante esta resolución desde la perspectiva que se ha venido manteniendo en este trabajo, a pesar de que se trate de un tema de jurisdicción civil. Representa un rechazo expreso al argumento de que la protección de mercados financieros no nacionales sea una cuestión competencial y, por consiguiente, afirma que el ámbito de protección de la norma “antifraude” estadounidense es una cuestión a tratar previamente, tal y como se ha sostenido en este trabajo³⁴. La sentencia se centró en la ubicación de la operación y dejó claro que las leyes de valores estadounidenses no tenían la finalidad de interferir con las leyes de valores de otros países, demostrando así el ponente su preocupación por evitar situaciones de conflicto entre la legislación estadounidense y las de otros países, preocupación que le llevó a minimizar la injerencia de los Estados Unidos, en concreto de su organismo regulador, en los asuntos de orden regulatorio de otros países. Desde este precedente es una cuestión esencial a efectos de tutela determinar si las operaciones se realizaron o no en Estados Unidos, lo cual está dando lugar a multitud de problemas de aplicación en órganos inferiores en función de los diversos problemas concretos que van apareciendo³⁵. Aquí no interesa el análisis de los criterios para resolver el alcance de protección de las normas estadounidenses, sino sólo resaltar que con independencia de cómo evolucione la legislación estadounidense contra los fraudes en el mercado de valores, es evidente que ya ni siquiera la SEC puede supervisar todos los mercados del mundo sin límites como “policía del mundo” en materia de mercados financieros y de valores, habiendo demostrado la sentencia *Morrison* la inidoneidad de un modelo de tutela global de los mercados financieros, al que desde luego el ordenamiento español tampoco puede aspirar.

IV. ¿PROTECCIÓN PENAL DE LOS MERCADOS FINANCIEROS EN EL FUTURO SIN UNA HABILITACIÓN LEGAL ESPECÍFICA?

Ante este estado de cosas, y a la vista de la solución dogmática apuntada que limita la protección a los mercados nacionales o equiparables, surge inevitable-

³⁴ P. 2877 (“La cuestión de qué conducta es contemplada por la sección 10(b) es equivalente a preguntar cuáles son las conductas que prohíbe dicha sección”).

³⁵ Entre otras *Stackhouse v. Toyota Motor Co.*, 2010 WL 337409 (C. D. Cal. de 16 de julio de 2010); *In re Societe Generale Sec. Litig.*, 2010 WL 3910286 (S. D. N. Y. de 29 de septiembre de 2010); *Plumber’s Union Local N° 12 Pension Fund v. Swiss Reinsurance Co.*, 2010 WL 3860397 (S. D. N. Y. de 4 de octubre de 2010); *In re Royal Bank of Scotland Group PLC Sec. Litig.*, 2011 WL 167749 (S. D. N. Y. de 4 de enero de 2011); *In re Vivendi Universal S.A. Sec. Litig.*, 2011 WL 590915 (S. D. N. Y. de 17 de febrero de 2011).

mente la situación planteada por Beck: la fragmentación de los espacios obliga a una gobernanza global al margen de los instrumentos jurídicos tradicionales. Si la teoría de los bienes jurídicos globales no sirve como respuesta jurídica a los déficits de protección que acarrearán las posibilidades que tienen actualmente los inversores de intervenir en cualquier mercado internacional y de jugar con las lagunas regulatorias que generan la multiplicidad de mercados con sus correspondientes organismos reguladores y jurisdicciones, los Estados acabarán saltando sobre su propia sombra y recurriendo a una “*Realpolitik cosmopolita*” que busque reaccionar frente a los nuevos problemas y las nuevas necesidades derivados de la globalización económica y de la internacionalización de la economía. Ello tiene que ver con una corriente de pensamiento jurídico-político y politológico que aboga por una globalización político-institucional como única forma de neutralizar los peligros de la globalización económica y que suele adoptar el modelo de la Unión Europea como orientación o guía de referencia³⁶ consistente en procesos policéntricos –aprovechando una afortunada expresión de Willke– y difusos que en algunos casos están siendo acompañados de un discurso académico.

El panorama fáctico y jurídico expuesto provocará probablemente que la solución a los déficits de protección y capacidad de intervención se canalice en gran medida a través de las vías apuntada por Beck: la configuración de un *soft law* plural sustentado por consejos, reglas y estándares. De esta manera irrumpe en escena un *soft law*³⁷ que encierra riesgos de que la *gobernanza global económica*

³⁶ MIR PUIGPELAT, Oriol, *Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho Administrativo* (Madrid, 2004), p. 214, con amplias referencias.

³⁷ Sobre el *soft law* desde la perspectiva del Derecho Público español, SARMIENTO, Daniel, *El soft law administrativo. Un estudio de los efectos jurídicos de las normas no vinculantes de la Administración* (Pamplona, 2008), pp. 76 y ss. y *passim* con un resumen de su posición en Cuadernos de Derecho Público 2007. Este autor señala como “el *soft law*, tal como lo conocemos en la actualidad, es una criatura del Derecho Internacional y, en especial, de las organizaciones internacionales, cuyas normas no siempre gozan de efectos jurídicos nítidos”, así como que “su razón de ser se debe a las dificultades que encuentran las normas jurídicas internacionales para resultar eficaces. Ante estas restricciones, el *soft law* surge como una alternativa que permite a las organizaciones internacionales regular, pero en condiciones más cómodas, para los Estados que conviven con ellas. Esta tensión entre la actuación de estructuras internacionales personificadas y los Estados-nación es un fenómeno sin precedentes en la historia de las relaciones internacionales, forzando así la aparición de nuevas formas de regulación que concilian la debilidad de los nuevos sujetos internacionales con la hegemonía, aunque declinante, de los Estados”. ESTEVE PARDO, Prólogo a *El soft law administrativo* de SARMIENTO, Daniel, *Administrativo, op. cit.*, p. 20, señala como si bien las fórmulas y realizaciones del *soft law* en los entornos internacionales o comunitarios no plantea problemas de legitimidad relevantes, “cuando los fórmulas de *soft law* se expanden por el derecho interno, conviene entonces valorar hasta qué punto los consensos cualificados y especializados en que se fundan les confiere la legitimidad suficiente para adquirir la relevancia y efectos que se les puede reconocer en el espacio propio del *hard law*, con unos exigentes mecanismos de habilitación y legitimación, tan trabajosamente contruidos”.

se encuentre, por un lado, caracterizada por lo que Schünemann ha denominado “imperialismo del líder y colonización de los órdenes jurídicos”³⁸ y, por otro, por el incremento del poder de actores globales privados en detrimento de los poderes soberanos³⁹. Seguramente la SEC estadounidense se dará cuenta, si no lo ha hecho ya, de que esta es una vía que le permitiría volver a supervisar –aunque sea de forma indirecta– los mercados de todo el mundo.

La cuestión es si un “*Derecho global*” de estas características podría provocar, sin reformas legislativas, que el cambio del contexto internacional influyera en una expansión jurisprudencial de la intervención jurídico-penal mediante una interpretación más proclive a la protección de otros mercados que lo que permite la literalidad del ordenamiento español. Es decir, una especie de interpretación favorable al Derecho global al estilo de lo que sucede con las directivas europeas. Cuando me refiero al Derecho global me refiero básicamente a reglas, estándares o recomendaciones emanados de organismos internacionales como IOSCO (Organización Internacional de Comisiones de Valores) orientados a la integración económica, más que de tratados entre Estados⁴⁰.

La mera referencia al Derecho global resulta, sin embargo, totalmente insuficiente para fundamentar la imposición de una pena a un ciudadano de acuerdo con el sistema de fuentes español. Por ello no se puede hablar de una “interpretación conforme al Derecho global” en la línea de la establecida para los Estados miembros de la Unión Europea que comparten un mercado armonizado. Si bien es cierto que la doctrina jurídico-penal todavía no ha reflexionado suficientemente sobre los nuevos problemas dogmáticos que ofrece este “Derecho blando” de efectos

³⁸ SCHÜNEMANN, Bernd, Globalización, *op. cit.*, pp. 115 y ss. En un sentido similar, Globalisierung, *op. cit.*, p. 156 y *passim*.

³⁹ Por muchos, ESTEBAN VELASCO, Gaudencio, Códigos de conducta y mercados financieros: cuestiones generales, en REAL PÉREZ (coord.), Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica (Madrid y otras, 2010), pp. 270 y ss.; MERINO SEGOVIA, Amparo, El surgimiento de un nuevo modelo de relaciones industriales transfronterizo: un desafío para las legislaciones nacionales, en GOÑI SEIN (Dir.), Ética empresarial y códigos de conducta (Madrid, 2011), pp. 157 y ss.

⁴⁰ Son organismos como el FMI (Fondo Monetario Internacional), el BM (Banco Mundial), la OCDE (Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico) o la OMC (Organización Mundial del Comercio) los que configuran lo que se puede denominar “Derecho Internacional económico”. SARMIENTO, Daniel, Administrativo, *op. cit.*, p. 78, describe cómo “el comercio internacional y la creación de políticas económicas de escala mundial son fenómenos íntimamente ligados al *soft law*. Las dificultades inherentes a la puesta en práctica de un Derecho económico internacional, justifican la adopción de actos e instrumentos flexibles y ajenos a la rigidez que presenta el Derecho internacional convencional. Y a pesar de que este sector del ordenamiento y de la práctica internacionales goza de una larga trayectoria y de un importante grado de institucionalización (FMI, Banco Mundial, OMC, OCDE, etc.), lo cierto es que el Derecho económico internacional es un espacio dominado por el *soft law*, tanto público como privado”.

indeterminados (sólo hay que pensar en la importancia de las Recomendaciones del GAFI con respecto al delito de blanqueo de capitales), no cabe duda de que no se trata de una fuente del Derecho en el ámbito penal y de que presenta serios *déficits de legitimación para que el Estado español se encuentre habilitado para la restricción de derechos fundamentales de una persona mediante una pena*. Existe un problema desde el punto de vista del principio de legalidad, no tanto como mero requisito formal para la intervención del Derecho Penal, sino más bien vinculado a la dimensión política que el principio de legalidad detenta en nuestro sistema jurídico de tal manera que una aplicación expansiva desvinculada de una decisión del legislador plantea un problema de déficit de legitimidad democrática, sobre todo cuando el legislador español en determinados ámbitos penales ha adoptado ya decisiones específicas al respecto. Si resulta ya un lugar común denunciar los déficits democráticos del denominado Derecho Penal europeo⁴¹, este problema se multiplica exponencialmente cuando se trata del “Derecho blando” de organizaciones internacionales como factor de expansión del ordenamiento penal. En todo caso una aplicación extensiva basada exclusivamente en una evolución del Derecho global plantearía también serios problemas desde el punto de vista formal de la previsibilidad de la sanción como contenido del mandato de determinación derivado del principio de legalidad.

En definitiva, la teoría de los bienes jurídicos globales lleva en sus genes la configuración de un orden postulado que, como tal, nunca puede ser estabilizado legítimamente mediante la imposición de penas a individuos. El mal denominado “Derecho global” no es un referente legítimo para que los órganos jurisdiccionales penales nacionales busquen soluciones unilaterales, sino que en los casos de delincuencia transnacional favorecida por los avances técnicos y las dinámicas sociales de la segunda modernidad la solución se encuentra en una mayor cooperación entre Estados. Cuando la cooperación no basta, entran en juego los instrumentos tradicionales del Derecho Internacional como Tratados y Convenios, tal y como está sucediendo con las diversas modalidades de corrupción que afectan a la competencia entre multinacionales. IOSCO se encuentra vinculado al G20, compartiendo sus orígenes con el Gafi, por lo que no cabe descartar *mutatis mutandis* dinámicas bastante parecidas en el futuro. El “Derecho global” en sus diversas manifestaciones puede dar lugar a políticas públicas y estatales que podrían provocar a su vez en el futuro a una reforma del Código Penal (al estilo de cómo las recomendaciones

⁴¹ FRISCH, Wolfgang, *Konzepte der Strafe und Entwicklungen des Strafrechts in Europa*, *Goldammer's Archiv für Strafrecht* 7 (2009), p. 405; RÖNNAU, Thomas, *op. cit.*, III 2/47; SATZGER, Helmut, *Internationales und europäisches Strafrecht*, 3ª ed. (Baden-Baden, 2009), 8/37, 40; SCHRÖDER, Christian, *Handbuch Kapitalmarktstrafrecht* (Colonia, 2007), N° marginal 108. Ello ha dado lugar a que se reconozca un papel más protagonista a los Parlamentos nacionales en el ámbito del Derecho Penal que en el contexto de otras políticas de la UE.

del GAFI van influyendo en las Directivas europeas y haciendo evolucionar la regulación del blanqueo en el ordenamiento español⁴²), pero no tiene validez autónomamente como fundamento legitimante de la expansión de la responsabilidad penal de cara a la protección de los mercados financieros internacionales.

Habría que tener en cuenta que, si el Tribunal Supremo (STS 798/2007, de 1 de octubre, Fundamento Jurídico sexto) considera que no es posible la aplicación directa del Derecho Internacional Penal en los sistemas como el español, que no contemplan la eficacia directa de las normas internacionales, siendo siempre necesaria una previa transposición operada según el derecho interno, con más motivo cabe predicar muchas reservas frente al *soft law* internacional. Como señala su sentencia de 2007, los Tribunales españoles “deben aplicar su propio ordenamiento. No obtienen su jurisdicción del derecho internacional consuetudinario o convencional, sino, a través del principio democrático, de la Constitución Española y de las leyes aprobadas por el Parlamento. El ejercicio del Poder Judicial se legitima, así, por su origen. Por lo tanto, no es posible ejercer ese poder más allá de los límites que la Constitución y la ley permiten, ni tampoco en forma contraria a sus propias disposiciones”. Si incluso los procesos de armonización europeos necesitan transposición de los Estados miembros, la conclusión es obvia cuando nos salimos del contexto de la Unión Europea. Como reconoce la Comunicación de la Comisión de 20 de septiembre de 2011 al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones titulada “Hacia una política el Derecho Penal de la UE: garantizar la aplicación efectiva de las políticas de la UE mediante el Derecho Penal”⁴³, las medidas penales a adoptar

⁴² ÁLVAREZ PASTOR, Daniel y EGUIDAZU PALACIOS, Fernando, Manual de prevención del blanqueo de capitales (Madrid, 2007), pp. 53 y ss.; BLANCO CORDERO, Isidoro y DEL CERRO ESTEBAN, José Antonio, Blanqueo de capitales, en La Armonización del Derecho Penal español: Una evaluación legislativa, Boletín de Información del Ministerio de Justicia, Suplemento al N° 2015 de 15 de junio de 2006, pp. 75 y ss.; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio, Recepción de las propuestas del GAFI y de las directivas europeas sobre el blanqueo de capitales en el Derecho español, en BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO SAGGESE, Política criminal y blanqueo de capitales (Madrid y otras, 2009), pp. 21 y ss.; MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, Carlos, La dimensión internacional del blanqueo de dinero, en El fenómeno de la internacionalización de la delincuencia económica, Estudios de Derecho Judicial N° 61 (Madrid, 2005), pp. 181 y ss.; PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel, Instrumentos internacionales de Derecho Penal económico, en SERRANO PIEDECASAS/DEMETRIO CRESPO (Dir.), Cuestiones actuales de Derecho Penal económico (Madrid, 2008), pp. 380 y ss.

Basándose en el ejemplo del GAFI, SARMIENTO, Daniel, Administrativo, *op. cit.*, p. 78, destaca la convivencia del *soft law* con un fuerte componente institucional “con los instrumentos atípicos adoptados por esferas de decisión intergubernamental, cuyas normas no cuentan con el aval de ningún Estado pero terminan asumiendo una relevancia de primera magnitud en ámbitos sectoriales”.

⁴³ COM(2011) 573 final.

a nivel de la UE por el Parlamento Europeo y el Consejo de Ministros se diferencian del Derecho Penal nacional en un aspecto importante: no pueden imponer obligaciones directas a los particulares. El Derecho Penal de la UE se limita a abrir la posibilidad de que se impongan sanciones a los particulares una vez que un Parlamento nacional haya incorporado las medidas a su propia legislación”. Si el Derecho de la Unión Europea no tiene más destinatario que los Estados, los déficits normativos se multiplican exponencialmente con respecto al denominado Derecho global, cuando ni siquiera podemos hablar de un Derecho Penal global cuyas bases estarían todavía pendientes de elaborar. Por esa razón, al margen de una decisión legislativa expresa, un juez penal no está legitimado para extender el alcance típico de los delitos contra los mercados de valores y financieros recurriendo a lo que venimos denominando Derecho global.

El *soft law* puede tener influencia en el futuro para resolver problemas de concurrencia de investigaciones. Un ejemplo de ello serían los Principios publicados por IOSCO para la cooperación en la supervisión transfronteriza (compartir información, investigaciones conjuntas, etc.). También puede cobrar relevancia para tener en cuenta la existencia de un “riesgo financiero permitido” global que excluya la tipicidad de la conducta⁴⁴ en caso de que en algún momento se pueda hablar de la estabilización de mercados financieros internacionales como bien jurídico-penal. No nos olvidemos que los mercados financieros internacionales se caracterizan por la innovación, la creatividad y los amplios márgenes de libertad, y no todas las conductas tienen un tratamiento homogéneo en todos los países. La protección jurídico-penal de mercados financieros internacionales abriría dimensiones fascinantes que, por desgracia, sólo pueden quedar apuntadas. En todo caso esto tampoco supondría una transformación radical del Derecho Penal, que hace tiempo que se tiene que enfrentar a la importancia de este tipo de “reglas de la técnica” para determinar la tipicidad de la conducta.

V. REFLEXIÓN FINAL

Por último quisiera dirigirme a los decepcionados con mi –monótona– postura positivista que me ha llevado a oponerme a una interpretación extensiva de los delitos contra el correcto funcionamiento de los mercados de capitales. La capacidad del Derecho Penal para aportar seguridad normativa frente a la anomia global o para prevenir crisis o catástrofes internacionales es nula. Todo lo que puede hacer es respaldar un orden internacional primario o una gobernanza global que reduzca la inestabilidad financiera asumiendo la supervisión o la gestión de los riesgos

⁴⁴ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, Imputación objetiva en el Derecho Penal económico: el alcance del riesgo permitido, en SILVA SÁNCHEZ/MIRO LLINARES (Coords.), *Práctica del Derecho Penal económico y teoría del delito* (Madrid, 2012).

en un mundo globalizado e interdependiente en lo económico. En todo caso el Derecho Penal no va a paliar los efectos del proceso de financiarización de dicha economía sino que no va a proteger nada más que el correcto funcionamiento de los mercados financieros como ejes o elementos esenciales de la economía global. El Derecho Penal del mercado de valores que tenemos actualmente no actúa frente a los efectos nocivos de los mercados financieros para particulares y Estados, sino exclusivamente frente a las perturbaciones del correcto funcionamiento de un mercado dominado por operadores altamente profesionalizados (*hedge funds* o fondos especulativos o de alto riesgo, *private equity* o fondos de capital privado, etc.). La protección que actualmente ofrece el Derecho Penal español se reduce a la transparencia informativa (arts. 282 bis y 285 CP) y la correcta formación de los precios (284.2º y 3º CP). El Derecho Penal económico nunca ha sido un instrumento para conducir la economía, mucho menos será un instrumento útil para conducir o transformar la economía mundial. Es ingenuo esperar que parte de la solución de la crisis económica que estamos padeciendo pase por el Derecho Penal⁴⁵, que debemos tener claro que no es un instrumento idóneo para conducir la economía global estabilizando una deseada y deseable ética de los negocios. La crisis económica nos ha mostrado algunas carencias de los ordenamientos penales, pero la solución a la crisis económica que estamos viviendo no pasa por el Derecho Penal. Si a los ciudadanos no nos gusta como se ha ido desarrollando la globalización y queremos gestionar de otra manera el proceso de globalización económica, son las instituciones políticas las que deben controlar las riendas de ese cambio porque todo obedece en origen a opciones políticas. El Derecho Penal económico sólo puede acompañar dicha profunda transformación con un papel absolutamente residual. No es nada nuevo el poder fáctico de las sumas astronómicas de dinero movilizadas por gestores de fondos de pensiones y de inversión colectiva, líderes de la nueva geoeconomía. La novedad es que ahora la opinión pública ya ha percibido en sus propias carnes que disponen de una capacidad lesiva única en la historia frente a la que el poder político se muestra impotente y que con su intervención en los mercados financieros tienen en su poder el destino de países, incluidos ya los del primer mundo.

VI. CONCLUSIONES

– La teoría de los bienes jurídicos globales, tal y como se encuentra formulada actualmente, tiene un difícil anclaje en los fundamentos de la responsabilidad

⁴⁵ FEIJOO SÁNCHEZ, Crisis económica y Derecho Penal: Responsabilidad de intermediarios financieros por la comercialización de productos de terceros, incremento de insolvencias y de la conflictividad social, en JOSÉ RAMÓN SERRANO-PIEDecasas y EDUARDO DEMETRIO CRESPO (Dir.), El Derecho Penal económico y empresarial ante los desafíos de la sociedad mundial del riesgo (Madrid, 2010), pp. 11 y ss.

penal como argumento legitimador para extender el ámbito de protección de las leyes penales nacionales.

– La teoría de los bienes jurídicos globales plantea problemas insuperables como punto de partida de una interpretación y aplicación extensiva de los delitos económicos que incluya la protección de mercados financieros distintos al español o de los Estados miembros de la Unión Europea.

– El “Derecho global”, entendido como conjunto de instrumentos de *soft law* emanados de organismos de integración como IOSCO (Organización Internacional de Comisiones de Valores), puede influir en políticas públicas y estatales pero no puede legitimar –ni siquiera por vía interpretativa– la intervención penal de los Estados contra sus ciudadanos. Los individuos no son destinatarios de estas recomendaciones, consejos y reglas.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ÁLVAREZ PASTOR, Daniel y EGUIDAZU PALACIOS, Fernando, Manual de prevención del blanqueo de capitales (Madrid, 2007).
- AMBOS, Kai, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Tomo 1 (Múnich, 2005).
- ASSMAN, Heinz-Dieter y SCHNEIDER, Uwe H, Wertpapierhandelsgesetz Kommentar, 5ª ed. (Colonia, 2009).
- BECK, Ulrich, La sociedad del riesgo mundial. En busca de la seguridad perdida (Barcelona, 2008).
- BIANCHI, Andrea, The Role of Non-State Actors in the Globalization of Human Rights: an International Lawyer’s Perspective, en TEUBNER (edit.), Global Law Without the State (Aldershot, 1997).
- BLANCO CORDERO, Isidoro y DEL CERRO ESTEBAN, José Antonio, Blanqueo de capitales, en La Armonización del Derecho Penal español: Una evaluación legislativa, Boletín de Información del Ministerio de Justicia, Suplemento al N° 2015 de 15 de junio de 2006.
- BÖSE, Martin, Comentario previo al párrafo 3, en KINDHÄUSER/NEUMANN/PAEFFGEN, Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, 3ª ed. (Baden-Baden, 2010).
- DANNECKER, Gerhard, Comentario al párrafo 299, Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, 3ª ed. (Baden-Baden, 2010).
- DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio, Recepción de las propuestas del GAFI y de las directivas europeas sobre el blanqueo de capitales en el Derecho español, en BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO SAGGESE, Política criminal y blanqueo de capitales (Madrid y otras, 2009).

- ESTEBAN VELASCO, Gaudencio, Códigos de conducta y mercados financieros: cuestiones generales, en REAL PÉREZ (coord.), Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica (Madrid y otras, 2010).
- FERRAJOLI, Luigi, Criminalidad y globalización, en *Iter Criminis-Revista de Ciencias Penales* N° 1 (2005) (disponible en <http://www.cienciaspenales.net>).
- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, Sobre la “administrativización” del Derecho Penal en la “sociedad del riesgo”. Un apunte sobre la política criminal a principios del siglo XXI, en *Derecho y Justicia penal en el siglo XXI. Liber amicorum en homenaje al Profesor Antonio González-Cuéllar García* (Madrid, 2006).
- . Funcionalismo y teoría del bien jurídico, en MIR PUIG y QUERALT JIMÉNEZ, *Constitución y principios del Derecho Penal: algunas bases constitucionales* (Valencia, 2010).
- . Crisis económica y Derecho Penal: Responsabilidad de intermediarios financieros por la comercialización de productos de terceros, incremento de insolvencias y de la conflictividad social, en JOSÉ RAMÓN SERRANO-PIEDECASAS y EDUARDO DEMETRIO CRESPO (Dirs.), *El Derecho Penal económico y empresarial ante los desafíos de la sociedad mundial del riesgo* (Madrid, 2010).
- . Delitos contra la comunidad internacional, *Memento de Derecho Penal* (Madrid, 2010).
- . La reforma de los delitos contra la Comunidad Internacional, en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, *Estudios sobre las reformas del Código Penal operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero* (Pamplona 2011).
- . El principio de justicia universal en el Derecho Penal español tras la reforma mediante la LO 1/2009. Comentario crítico al Auto del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 27 de octubre de 2010 (“caso Tibet”) y al Voto particular que formulan tres magistrados, en *InDret Penal* N° 1 (2011).
- . El actual debate alrededor de la teoría del bien jurídico, OLAECHEA/ABANTO/SALAZAR, *Dogmática penal de Derecho Penal económico y política criminal, Volumen II* (Lima, 2011).
- . Imputación objetiva en el Derecho Penal económico: el alcance del riesgo permitido, en SILVA SÁNCHEZ/MIRO LLINARES (Coords.), *Práctica del Derecho Penal económico y teoría del delito* (Madrid, 2012).
- FRISCH, Wolfgang, *Konzepte der Strafe und Entwicklungen des Strafrechts in Europa*, *Goldammer's Archiv für Strafrecht* 7 (2009).
- GRACIA MARTIN, Luis, El Derecho Penal ante la globalización económica, en SERRANO-PIEDECASAS/DEMETRIO CRESPO (Dirs.), *El Derecho Penal económico y empresarial ante los desafíos de la sociedad mundial del riesgo* (Madrid, 2010).

- HOYER, Andreas, Comentario previo al párrafo 3, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 8ª ed. (Colonia, 2011).
- JESCHECK, Hasn-Heinrich y WEIGEND, Thomas, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5ª ed. (Berlín, 1996).
- KINDHÄUSER, Urs, Comentario al párrafo 299, en KINDHÄUSER/NEUMANN/PAEFFGEN, *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 3ª ed. (Baden-Baden, 2010).
- KINGSBURY, Benedict, “The Concept of ‘Law’ in Global Administrative Law”, *European Journal of International Law*, Vol. 20 núm. 1 (2009).
- KÜHL, Kristian, *Lackner/Kühl Strafgesetzbuch*, 27ª ed. (Múnich, 2011).
- MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, Carlos, La dimensión internacional del blanqueo de dinero, en *El fenómeno de la internacionalización de la delincuencia económica*, Estudios de Derecho Judicial N° 61 (Madrid, 2005).
- MERINO SEGOVIA, Amparo, El surgimiento de un nuevo modelo de relaciones industriales transfronterizo: un desafío para las legislaciones nacionales, en GOÑI SEIN (Dir.), *Ética empresarial y códigos de conducta* (Madrid, 2011).
- MIR PUIGPELAT, Oriol, *Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho Administrativo* (Madrid, 2004).
- MÖHRENSCHLAGER, Doris, en WABNITZ/JANOVSKY, *Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts*, 3ª ed. (Munich, 2007).
- MÖLDERS, Simone, *Bestechung und Bestechlichkeit im internationalen geschäftlichen Verkehr* (Francfort a. M., 2009).
- NIETO MARTIN, Adán, El abuso de mercado: un nuevo paradigma en el Derecho Penal económico europeo, en SERRANO-PIEDecasas/DEMETRIO CRESPO (Dir.), *El Derecho Penal económico y empresarial ante los desafíos de la sociedad mundial del riesgo* (Madrid, 2010).
- OEHLE, Dietrich, *Internationales Strafrecht*, 2ª ed. (Colonia y otras, 1983).
- PARK, Tido, *Kapitalmarktstrafrecht*, 2ª ed. (Baden-Baden 2008).
- PELZ, Christian, Änderung des Schutzzwecks einer Norm durch Auslegung? Zur Reichweite des § 299 StGB, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 7(2008).
- PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel, Instrumentos internacionales de Derecho Penal económico, en SERRANO PIEDECASAS/DEMETRIO CRESPO (Dir.), *Cuestiones actuales de Derecho Penal económico* (Madrid, 2008).
- RÖNNAU, Thomas, en ACHENBACH/RANSIEK, *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, 2ª ed. (Heidelberg, 2008).
- SARMIENTO, Daniel, La autoridad del Derecho y la naturaleza del soft law, *Cuadernos de Derecho Público* (2007).

- . El soft law administrativo. Un estudio de los efectos jurídicos de las normas no vinculantes de la Administración (Pamplona, 2008).
- SATZGER, Helmut, Internationales und europäisches Strafrecht, 3ª ed. (Baden-Baden, 2009).
- SCHRÖDER, Christian, Handbuch Kapitalmarktstrafrecht (Colonia, 2007).
- SCHÜNEMANN, Bernd, El Derecho en la globalización económica: imperialismo del líder y colonización de los órdenes jurídicos ¿Instrumentalización del Derecho Penal? Un análisis a partir del ejemplo de los Tribunales penales internacionales y de las convenciones internacionales sobre drogas y corrupción, en MORENO HERNÁNDEZ (Coord.), Globalización e internacionalización del Derecho Penal. Implicaciones político-criminales y dogmáticas (México, 2003).
- . Globalisierung als Metamorphose oder Apokalypse des Rechts?, en JOERDEN/WITTMAN (Edits.), Recht und Politik, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beiheft N° 93 (Munich, 2004).
- SIEBER/BRÜNER/SATZGER/V. HEINTSCHEL-HEINEGG (edits.), Europäisches Strafrecht (Baden-Baden, 2011).
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, La expansión del Derecho Penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales, 2ª ed. (Madrid, 2001).
- TEUBNER, Gunther, ‘Global Bukowina’: Legal Pluralism in the World Society, en TEUBNER (edit.), Global Law Without a State (Aldershot, 1997).
- TIEDEMANN, Klaus, Manual de Derecho Penal Económico. Parte General y Especial (Valencia, 2010).
- WERLE, Gerhard y JESSBERGER, Florian, Comentario previo al parágrafo 3, Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar, 12ª ed. (Berlín, 2007).
- WOLLSCHLÄGER, Sebastian, Die Anwendbarkeit des § 299 StGB auf Auslands-sachverhalte-frühere, aktuelle und geplante Tatbestandsfassung”, *Strafverteidiger* 7(2010).