

DOGMÁTICA PENAL Y POLÍTICA CRIMINAL EN PERSPECTIVA EUROPEA

Prof. Vincenzo Militello

Universidad de Palermo

Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo.
Ediciones de la Universidad de Castilla- La Mancha (Estudios; 91),
Cuenca, 2003

<http://www.cienciaspenales.net>

DOGMÁTICA PENAL Y POLÍTICA CRIMINAL EN PERSPECTIVA EUROPEA

Prof. Vincenzo Militello*
Universidad de Palermo

I. INTRODUCCIÓN

1. La reflexión sobre las relaciones entre Ciencia del Derecho penal y política criminal a caballo entre los siglos XX y XXI se muestra tan difícil como al mismo tiempo necesaria. Difícil tanto a causa de la complejidad que las dos disciplinas han asumido progresivamente en el transcurso del siglo XX, como de la pluralidad de significados y de funciones que caracteriza la complejidad de sus relaciones recíprocas a la sombra del nuevo siglo. Lo que pone también de manifiesto la importancia de una aclaración previa a este punto, con el fin de verificar la legitimación de un sistema que confía a la pena la respuesta a los conflictos sociales, respuesta que continua siendo en la actualidad la más incisiva para los ciudadanos. Pero incluso quien quisiera afrontar apresuradamente la cuestión objeto de nuestro encuentro —«*Critica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo*»— deteniéndose en el mero dato fáctico de la permanencia de tal forma de control social en la actualidad y en probables escenarios próximos, debe reconocer que la sociedad de las nuevas tecnologías incide profundamente sobre los términos del problema penal. Pues los cambios que esta conlleva que no pueden resultar indiferentes ni para la ciencia del Derecho penal, ni mucho menos para la Política criminal.

A continuación, el término dogmática penal se utilizará como sinónimo del de ciencia del Derecho penal y el de política del Derecho penal como sinónimo de política criminal. Otros usos diferentes y más específicos son ciertamente concebibles, pero los elegidos tienen la ventaja de remitirnos al pensamiento europeo tradicional, el cual liga a los juristas españoles, alemanes e italianos reunidos en la presente ocasión. Se evidencia así que la cuestión de fondo se sitúa en una dimensión que no queda confinada al particular ordenamiento de procedencia, sino que se proyecta, sobre todo, en una escala supranacional y más concretamente europea. Esta perspectiva, que será objeto posteriormente de un análisis más detenido, induce ya a dejar de lado otras posibles —y no menos interesantes— claves de lectura de la relación entre ciencia y política del Derecho penal: tanto aquella dirigida a profundizar las rela-

* Trad. RODRÍGUEZ ARIAS, Miguel Ángel. UCLM.

ciones entre práctica y teoría del Derecho penal, como aquella que frente a un sistema cerrado y formalmente exento de contradicciones lógicas contraponen un sistema abierto a valoraciones diferenciadas, en cuanto fundado sobre la pluralidad de los sujetos y de las formas de creación, interpretación y valoración de las normas.

Para orientarse en una materia tan amplia, se seguirá un recorrido que identifica algunos posicionamientos característicos según una progresión ideal. Como en toda esquematización convencional, también ésta ha de afrontar de forma no exhaustiva todo un complejo ramificado de posiciones y soluciones; pues sería inútil pretender una exhaustiva reconstrucción de dicho objeto dentro de los límites a los que ha de ceñirse la presente contribución.

El punto de partida viene dado por el largo periodo de clara separación entre Derecho penal y Política criminal: situación de la cual serán evidenciados los inconvenientes más sobresalientes –dejando de lado los innegables resultados en relación a la confusa situación metodológica precedente– (*infra* II). En este sentido se abordarán algunas reacciones de apertura de la dogmática penal, referentes tanto al *output* como al *input* del sistema: en las primeras se sitúan aquellas que han incidido especialmente sobre las consecuencias a las que se orienta el ordenamiento penal, señalando por tanto la aportación de la Política criminal ya en sede de construcción dogmática; las segundas comprenden los intentos de ampliar los confines de validez del núcleo del sistema penal, considerando que la teoría del delito no está condicionada por las cambiantes decisiones del legislador, sino únicamente por la naturaleza de la materia a regular, revitalizando con ello un planteamiento ontológico (*infra* III). Se dirigirá después nuestra atención a las exigencias de asegurar en el futuro próximo un diálogo entre las dos disciplinas asumiendo como banco de pruebas algunos ámbitos de aplicación a nivel europeo que se muestran como especialmente significativos (*infra* IV). En ese punto, el material tomado en consideración, será, aún no siendo exhaustivo dado la amplitud de la cuestión, al menos suficiente para un balance sobre las tareas del Derecho penal y sobre los objetivos de la Política criminal. Una valoración a formular en la perspectiva de una penalista europeo que no acepte abdicar ante el desafío que plantea la moderna complejidad respecto a las cuestiones de fondo de la propia disciplina (*infra* V).

II. EL PUNTO DE PARTIDA, O LO QUE ES LO MISMO, LA INACEPTABLE SEPARACIÓN

2.1. El cuadro de las relaciones entre el Derecho penal, su elaboración teórica y las elecciones de Política criminal fue definido en la primera parte del siglo XX. El reconocimiento de un estatuto autónomo de las dos discipli-

nas y la consiguiente aceptación de una rígida línea divisoria puso fin a un prolongado periodo de incertidumbre metodológica de fondo.

Desde este momento, como si se tratara de redes paralelas carentes de cualquier tipo de conexión lógica, la dogmática penal, dedicada a la evaluación conceptual de los requisitos del delito definidos por las normas vigentes se desarrolla de modo diferente a la política criminal, entendida como el conjunto de las estrategias dirigidas a prevenir la comisión de los delitos. La primera se ocupa de conocer el derecho positivo y de aquilatar los distintos conceptos jurídicos con el fin de conseguir una aplicación más segura del derecho. La segunda analiza las necesidades de tutela existentes en la sociedad con el fin de reformar la normativa vigente.

Retrospectivamente, cualquier balance no puede obviar un dato de fondo: la competencia del penalista sobre ambos ámbitos, aún siendo inicialmente afirmada como línea de principio¹ no tardó en rebelarse como ilusoria. Las pretensiones de no querer restringir «los confines de la cultura del penalista»² quedaron en vagas intenciones; de hecho, el *tecnicismo* jugó a favor de una formalización de la investigación jurídica y terminó por descuidar todo dato de la vida real que no fuese reflejo de la formulación positiva de la norma.

Un resultado difícilmente comprensible para quien no perciba que las mayores ventajas de la posición técnico-jurídica implican al mismo tiempo sus mayores limitaciones o al menos están inextinguiblemente conexas: esta concepción maximiza las garantías de legalidad penal y la absoluta «majestad» de una pena «libre de objetivos»³. El modelo de Derecho penal al cual se adapta es el liberal, que aspira a tutelar al ciudadano, víctima o autor. Este objetivo se consigue mediante el recurso a un edificio teórico de tipo formal-idealístico, construido según un procedimiento conceptual donde inducción y deducción se integran mutuamente.

Los principios fundamentales del Derecho penal son elaborados a partir de sucesivas abstracciones normativas, y a su vez representan las «columnas de Hércules», insuperables en sede aplicativa⁴.

1 Para tal afirmación por ejemplo: ROCCO, *Il problema ed il método de la scienza del diritto penale* (1910), en *Opere Giuridiche*, III, Roma 1933, p. 263s., 289-294. La síntesis de Rocco no sólo penetró también en el ordenamiento positivista— v.ed es. GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, (1952) II.ed. I,p. 7 s.— si no que ha dominado durante mucho tiempo el escenario teórico: en términos análogos todavía, por ejemplo GIMBERNAT ORDEIG, *Concepto y método de la ciencia del derecho penal*, Madrid 1999, p.13, 32 s.

2 ROCCO, *op.cit.* nt. 1, p.294 nt. 2.

3 Cfr. MAURACH *Deutsches Strafrecht, AT, Karlsruhe 1971*, p.77.

4 Sobre la función explicativa y racionalizadora del derecho positivo, que es propia de la dogmática tradicional cfr. NAUCKE, *Grundlinien einer rechtsstaatlich-praktischen allgemeinen Straftatlehre*, Wiesbaden 1979, p.33. Sobre la contribución de la dogmática al funcionamiento del Estado de Derecho, *infra* par. 5.

Esta forma de proceder aunque incrementa la «objetividad» de la represión penal deja en segundo plano cualquier cuestión relativa a la necesidad de recurrir a la pena ante la lesión de bienes socialmente relevantes.

La pureza de la perspectiva idealista que impregnó las teorías penales en la primera parte de nuestro siglo –no exclusivo, por lo demás, del terreno penal⁵, ni limitado al siglo XX en sus ascendencias teóricas⁶–, fue puesta en crisis por las experiencias de los sistemas penales en los estados totalitarios. Hasta tal punto trágicas que en Alemania «a partir de 1945 ninguna jurisprudencia ni ninguna dogmática podía volver a ser como antes»⁷. Y aún con las debidas diferencias, también en la doctrina jurídica italiana de la segunda mitad del *novecento* se difunde una actitud de «revuelta contra el formalismo jurídico»⁸. En la última fase del paradigma «deductivo-idealístico» conexo al tecnicismo jurídico, los puntos menos consistentes fueron seguramente los tres que a continuación se examinan.

2.2. a) El repliegarse de la reflexión teórica sobre el material normativo vigente en un determinado ordenamiento positivo implica una primera consecuencia: una Ciencia del Derecho penal que limita de tal manera su propio campo de observación se autocondena a una clausura nacionalista. El horizonte jurídico queda marcado por el ámbito de aplicación de las normas vigentes⁹; las construcciones conceptuales elaboradas en sistemas positivos diversos son consideradas, salvo raras excepciones, con una desconfianza de fondo, en cuanto legitimadas por el material normativo precedente, más que por la racionalidad político-criminal de las soluciones a que llevan. Recíprocamente, se asigna un rol subordinado a la comparación, tanto sincrónica, como diacrónica, que es sustancialmente expulsada de la dogmática penal y relegada al espacio de las disciplinas *latu sensu* culturales, pero no jurídicas.

5 Cfr. por ejemplo, PARESCHE, *Dogmatica giuridica, Enc. Dir.*, vol. VI, Milano 1964, p. 678 s.

6 Para una completa afirmación nos podemos remontar ya a la concepción Kantiana de la ley penal como «imperativo categórico», en el cual la pena no debe perseguir ninguna utilidad social, «si no se quiere malvender por cualquier precio» la Justicia: cfr. KANT, *Metaphisik der Sitten*, 1797, *Das Staatsrecht*, § 49 Allgemeine Anmerkung E 1. También en HEGEL se encuentra una oposición a las concepciones utilitaristas: cfr. sus *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*, 1821, par. 97 s. a añadidas al par. 99.

7 HASSEMER, *Strafrechtswissenschaft in der BRD*, en SIMON (ed.), *Rechtswissenschaft in der Bonner Republik*, Frankfurt 1994, p. 259.

8 BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, Torino 1977, p. 79.

9 Tal anclaje nacional aseguraría, aun más, el carácter de conocimiento empírico de la dogmática, que por lo demás sería sólo ciencia formal y abstracta: así GRISPIGNI, *op.cit. nt. 1*, p. 10 s. y recientemente POTACS, *Rechtsdogmatik als Empirische Wissenschaft, Rechtstheorie* 1994, p. 191 s. Se desvela así la conexión entre el aspecto examinado y el segundo elemento, señalado a continuación en el texto, concierne a la insuficiente atención prestada a los contenidos materiales de los distintos institutos regulados.

A su vez, el desvalorar la comparación como instrumento en el arsenal del jurista conduce a reforzar la ya referida clausura nacionalista de la Ciencia penal. De ello se deriva una prolongada falta de conocimiento en ésta última de las posibilidades y de los límites de la aportación comparada para su propio desarrollo¹⁰. El proceso degeneró en un círculo vicioso: una vez confinada en una suerte de mundo de las ideas del jurista, la comparación corre el peligro de quedar reducida a un mero enciclopedismo y es también incapaz de proponerse como elemento de contraposición y estímulo crítico para la elaboración dogmática.

b) En segundo lugar, el prestar una atención preferente al mundo de las normas induce a perder de vista el papel que la materia regulada juega en sede de elaboración dogmática. De hecho, la más importante objeción a la escuela clásica de Derecho penal —el institucionalizar la noción de delito olvidando, sin embargo, al autor «en carne y hueso»— plantea un problema todavía más arduo: la relación entre normativismo y naturalismo que, también para el método técnico-jurídico, permanece como un dilema no resuelto.

Causalidad, culpabilidad, conducta humana, afflictividad de las sanciones penales, son todos pilares del edificio conceptual penalista que comportan construcciones diferentes según las características constitutivas atribuidas a los hechos respectivamente considerados. Las formulaciones normativas reflejan determinadas representaciones de contenidos materiales como fundamento de los distintos institutos y quedan, por lo tanto, subordinadas al desgaste provocado por el paso del tiempo conforme emergen nuevos paradigmas extrajurídicos. El proceso de envejecimiento de los textos positivos comporta, además, inevitables tensiones para una dogmática que ha sido elaborada exclusivamente con relación a estos.

c) Entra también en crisis, finalmente, el esfuerzo por vincular la faz del sistema penal a los trazos característicos delineados por el compromiso liberal entre garantía del autor del delito y tutela de la víctima. El surgir de una dimensión colectiva de ambos protagonistas del ilícito resulta difícilmente encuadrable en una dogmática fundada sobre una perspectiva idealística-deductiva. Más inadecuada se muestra la idea rectora de un Derecho penal que, para erigir una barrera insuperable ante la política criminal, se funde sobre una dogmática penal anclada a un «modelo bipolar del delito». En éste, el autor del delito y su víctima son sujetos individuales cuyo *trait d'union* es una conducta del primero que conlleva una ofensa para el segundo. Sobre el primer aspecto, junto al autor individual quedan los sujetos colectivos tanto en el ámbito de la actividad ordinariamente legal (piénsese en el relieve asumido en la actividad eco-

¹⁰ En el mismo encuentro de Toledo he comprobado una convergencia sobre este punto con la exposición de DONINI, *Metodo democratico e metodo scientifico nel rapporto fra diritto penale e politica*, p. 2 (del ejemplar mecanografiado).

nómica por los grupos de sociedad), como en aquel otro de las actividades programáticamente ilegales (por ejemplo, la criminalidad terrorista y organizada)¹¹. Y también en sede de exclusión de la responsabilidad emergen nuevas consideraciones materiales tanto en relación al conocimiento de la víctima respecto a los riesgos a los cuales se expone en la sociedad contemporánea, como respecto a la relevancia de la intervención de terceras personas en la determinación del contenido ofensivo¹².

Paralelamente, la aceptación tradicional del bien jurídico manifiesta una creciente incapacidad a desempeñar el propio rol de límite a la incriminación. Las razones sostenidas a favor de la intervención penal en la sociedad compleja, del riesgo, de la información, de la nueva economía, se revelan irreducibles a la lógica que mantiene la categoría liberal del bien jurídico. Una lógica en sí coherente, pero puesta en crisis por las transformaciones tanto de los objetos de tutela, como de sus titulares: aquella lógica quedaba de hecho anclada a una idea de bien material y aferrable que se muestra como reductiva en la sociedad contemporánea, en la cual múltiples intereses no son incorporados a ningún bien físico, pero no por ello aparecen como menos necesitados de tutela, incluso penal. Por otra parte, la concepción tradicional del bien jurídico quedaba modelada sobre el singular individuo, y no sobre la colectividad indeterminada de sujetos; como tal ésta difícilmente puede delimitar el ámbito de tutela concedido a las ofensas de intereses supraindividuales difusos en la sociedad contemporánea¹³.

Sería erróneo negar el valor que la impostación liberal, hecha a medida de la consideración del individuo, mantiene respecto al conjunto complejo del sistema penal, como ha quedado confirmado de manera incontestable por las trágicas experiencias de los totalitarismos en la primera mitad del siglo XX. El significado de aquella misma impostación peligra, en cualquier caso,

11 Lo amplio de las transformaciones señaladas en el texto induce a remitir a precedentes investigaciones para su ulterior desarrollo: cfr. MILITELLO, *Attività del gruppo e comportamenti illeciti: il gruppo come fattore criminogeno*, en riv. trim. dir. Econ., 1998, p. 367 s. (ed. esp. *La responsabilidad penal en los grupos de empresas: la experiencia italiana*, en actos del I Congreso hispano-italiano de derecho penal económico, Universidad da Coruña Collección: cursos, congresos, simposios, n.45 1998, p. 28 s.); y respectivamente ID., *Agli albori di un diritto penale comune in Europa: il contrasto al crimine organizzato*, en ID. ED AL. (cur.), *Il crimine organizzato come fenomeno transnazionale*, Milano-Freiburg 2000, p. 11 s. (ed. it. ID., *Europäische Einsatz und organisierte Kriminalität*, ID. ED AL. (Hrsg.), *Organisierte Kriminalität al transnationales Phänomen*, Freiburg 2000, p. 8).

12 Piénsese en la relevancia de la autodeterminación de la víctima respecto a los casos de fallecimiento derivados de la toma de sustancias estupefacientes: cfr. MILITELLO, *Responsabilità penali per morte o lesioni da stupefacenti*, en INSOLERA (coord.), *Le sostanze stupefacenti*, Torino 1998, 37-77. En cambio, sobre los casos de exclusión de la responsabilidad debidos a la intervención de un tercero, me remito a ID., *Rechtfertigung, Entschuldigung oder sonstige Straffreistellung aufgrund von Drittverhalten*, en ESER Ed AL. (Hrsg.), *Einzelverantwortung und Mitverantwortung im Strafrecht*, Freiburg 1998, p. 261 s.

13 Sobre los aspectos señalados cfr. p. ejem. PALAZZO, *I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di penalizzazione*, en riv. it. dir. proc. pen. 1992, p. 462 s.

con quedar minorado cuando el sistema penal no llega a contrastar adecuadamente las ofensas a la colectividad misma de los sujetos. Se corre así el riesgo de vanificar, en medida, creciente, la misma razón de ser por la cual la sociedad recurre al instrumento penal: la tutela de las potenciales víctimas. La atención a la garantía individual y la eficacia del sistema penal deben por lo tanto permanecer como dos aspectos inescindibles del trabajo intelectual del penalista, que aspire a incidir sobre el derecho vivo.

III. EL PRESENTE, O LO QUE ES LO MISMO, LA IMPOSIBLE IDENTIFICACIÓN

3. Quien intente poner de relieve las vías a través de las cuales la doctrina penal de la segunda mitad del siglo XX se ha empeñado en superar las dificultades, no resueltas, contenidas en el método idealista y técnico-jurídico, no tardará en individuar un punto clave común. Éste consiste en el peso específico atribuido a la axiología tanto en la actividad interpretativa, como en sede de elaboración dogmática. La apertura a los valores de la sociedad revitaliza aquellas normas penales que la pureza del método deductivo-idealístico corría el riesgo de reducir a esquemas inertes. Una vez superadas las rígidas barreras metodológicas erigidas en el pasado, las puertas han quedado abiertas a una pluralidad de posibles perspectivas en la búsqueda de los caracteres de la dogmática penal y en la definición de su relación con la política criminal. Entre los múltiples recorridos teóricos reconducibles al género axiológico, analizaré a continuación tres de los más significativos.

3.1. El primero es aquel que le da la vuelta la precedente impostación idealístico-deductiva, para propugnar una orientada a las consecuencias y por lo tanto de tipo empírico-inductivo. A tal paradigma se puede reconducir la presente invitación a repensar la dogmática penal a partir de las exigencias político-criminales. Ésta reúne y da voz orgánica a inquietudes zigzagueantes de la doctrina penal expresados en distintos países, cuando menos, a partir de los años 60, y que en Alemania, en particular, habían chocado frontalmente con la opuesta posición idealista en aquel campo de batalla político-criminal que siempre representa toda codificación penal. Así, la llamada a considerar los objetivos de la pena en la construcción de los institutos dogmáticos pone en crisis certezas consolidadas. Tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad cesan de ser esquemas teóricos indistintos sobre el plano de las respectivas funciones y descubren las respectivas, distintas, certezas político-criminales. Las clasificaciones abstractas y las relaciones formales entre conceptos son verificadas a la luz de las elecciones de valor político-criminales recabables en el ordenamiento. Al mismo tiempo, la construcción teórica considera los contenidos sustanciales de las conductas penalmente relevantes. El intento programático

es aquel de adecuar la dogmática al objetivo del entero sistema penal, es decir, aquel de prevenir las ofensas a bienes jurídicos, sin por ello renunciar a un cuadro de certeza del derecho¹⁴.

El equilibrio de tal síntesis unitaria entre ciencia y política del Derecho penal resulta todavía precario. Y ello ya en relación con los singulares capítulos de la teoría del delito: ejemplares a este respecto son las difíciles relaciones entre culpabilidad y exigencias preventivas, las cuales oscilan entre posiciones de límite y fundamento recíproco y rinden así inciertas las consecuencias penales para el autor de un delito. Más en general, resulta problemático el desarrollo de conjunto asumido por la política de los bienes jurídicos en las sociedades occidentales contemporáneas, en las que la penalización misma es reclamada ante la necesidad de tutelar adecuadamente zonas siempre más amplias de actividad. En pocas palabras, la emersión del fin sobre el escenario normativo corre el riesgo de transformarse en tiranía y superar los límites ya alcanzados desde la tradición dogmática de matriz liberal¹⁵.

La llamada a la consideración de las funciones político-criminales del Derecho penal no ha comportado, por lo demás, una superación del enraizado prejuicio nacionalista en la elaboración teórica. Las soluciones normativas y teóricas de otros sistemas siguen resultando prevalentemente extrañas incluso a las consideraciones dogmáticas que pretenden tomar en cuenta las exigencias de política criminal. De tal modo que, no obstante las distintas declaraciones de distanciamiento, el cambio de método se revela como sólo parcial en tanto que éste continúa descuidando las aportaciones de la comparación para el arsenal del penalista¹⁶.

14 Para una más madura formulación de cuanto ha sido afirmado por ROXIN desde *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem* de 1970, cfr. ID., *Strafrecht AT I*, Munchen 1997, § 7 n. 51 s., p. 167 s. No se olvida que fue más amplio el frente de los autores que en los años setenta señalaron con variedad de acentos, pero siempre con vigor, la exigencia de una sistemática teleológica: cfr. SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht. Lehrbuch A.T.*, ed. 2, Tübingen, 1975, p. 52 s. 139. También JAKOBS, con particular referencia a la culpabilidad, *SCHULD und Prävention*, Tübingen 1976 y en términos más generales, ID., *Strafrecht A.T.*, Berlin-New York, 1991, ed. 2., p. V s.

15 Que las impostaciones teleológicas comportasen un debilitamiento de la ordinaria aplicación del derecho y en el carácter general de la teoría del delito fue tempranamente señalado por NAUCKE, *op. cit.* Nt. 4, p. 18.

16 Es el más destacado autor de la escuela de la dogmática improntada hacia la «racionalidad de objetivo», el que reconoce que la teoría del delito constituye «un bien de exportación de la doctrina alemana»: ROXIN, *Die Strafrechtswissenschaft vor den Aufgaben der Zukunft*, en ESER ED AL. (HRSG.), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendewende*, München 2000, 37, el cual retoma una afortunada expresión de SCHÜNEMANN, *Einführung in das strafrechtliche Systemdenken*, en ID. (Hrsg.), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, Berlin 1984, p. 1. Que tal escuela –quizás también para desmentir con la fuerza de los hechos el dato de como esta habría puesto en peligro la difusión internacional de la doctrina alemana (HIRSCH, *25 Jahre Entwicklung des Strafrechts*, en *25 Jahre Rechtsentwicklung in Deutschland*, München, 1993, p. 50 y las otras contribuciones cfr. infra par. 3.3)– haya concebido el diálogo internacional en términos de discusión sobre los propios asuntos dogmáticos se ha puesto de manifiesto en distintos encuentros: ejemplar la impostación del simposio de Coimbra sobre los fundamentos de un Derecho penal europeo (expresada claramente en el prólogo: SCHÜNEMANN/DE

3.2. Un ulterior esfuerzo de conjugar la superación del formalismo con las exigencias de contención del ámbito de lo penalmente relevante lo constituye el punto de equilibrio más avanzado alcanzado entre el teleologismo y el anclaje a fuentes que pertenezcan siempre al ordenamiento positivo. La conexión entre dogmática y política criminal se realiza en tal orden de ideas a escala constitucional donde se recoge la tabla de los valores fundamentales de la sociedad. El anclaje constitucional se transforma en programa político-criminal: los bienes jurídicos constitucionales delimitan una materia penal que era ya desbordante en el momento de la primera formulación teórica, ya en los primeros años setenta¹⁷.

La recuperación en perspectiva constitucional de la función limitadora de la categoría del bien jurídico, se revela, sin embargo, cuando menos engañosa. La evolución de las sociedades contemporáneas no ha tardado en alcanzar estadios no previsibles en el momento en que vieron la luz las cartas

FIGUEREIDO DIAZ [Hrsg.], *Bausteine des europäischen Strafrechts. Coimbra-Symposium für Claus Roxin, Köln et al. 1995, specie p. V*) y la afirmación –en el transcurso de un Convenio en Madrid entre estudiosos españoles y alemanes– que la «teoría funcional de la acción y de la imputación de Roxin es capaz de fundar una nueva dogmática internacional del derecho penal» (WOLTER, *Objektive Zurechnung und modernes Strafrechtssystem*, en GIMBERNAT/SCHÜNEMANN/WOLTER [Hrsg.], *Internationale Dogmatik der objektiven Zurechnung und der Unterlassungsdelikte*, Heidelberg 1995, p. 24). La influencia de la doctrina alemana sobre la de los demás países viene por lo demás reconocida también por los observadores extranjeros: últimamente MUÑOZ CONDE, *Presente y futuro de la dogmática jurídico-penal*, en *Revista penal*, 2000, 45 (ed. Alem. *Geglückte und folgenlose Strafrechtsdogmatik? Kommentar*, en ESER ET AL. [Hrsg.], *op. cit.* p. 199).

Hay, quizás, en tal situación una causa no secundaria de la falta de un parejo desarrollo del rol de la comparación en el mismo ambiente alemán, que considerada en su complejidad –y por lo tanto más allá de singulares, por cuanto luminosas, excepciones– le ha en cambio otorgado un rol marginal (como ha reconocido lúcidamente HASSEMER, *Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft gegenüber den Herausforderungen ihrer Zeit*, en ESER ET AL [Hrsg.], *op. cit.*, p. 22 s. y denunciado en términos descartados por FLETCHER, *Die deutsche Strafrechtswissenschaft im Spiegel der Rechtsvergleichung*, en ESER ET AL [Hrsg.], *op. cit.*, p. 239 s. el cual no ha dudado de hablar de «provincianismo autoconsciente» de la doctrina alemana frente a los «estados generales» de esta última celebrados en Berlín en octubre de 1999).

17 En especial, BRICOLA, voz *Teoria del reato*, en *Noviss. Dig. It.*, Torino 1973, vol. XIX, c. 7 s.; y también, por el contraste con las otras imprecisiones teleológicas, ID., *Rapporti tra dottrina e politica criminale*, *Riv. it. dir. proc. pen.* 1988, p. 3 s. Respecto a su significado político-criminal la teoría referida ha recibido una atención en todo caso limitada en el debate penal internacional. En particular en la doctrina de lengua alemana, también a la luz de la perspectiva señalada en la nota precedente, Vid. TIEDEMANN, *Verfassungsrecht und Strafrecht*, Heidelberg 1991, p. 4 s. Particularmente grave el rol marginal atribuido en la amplia habilitación de LAGODNY, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, Tübingen 1996 y todavía más la falta de cualquier referencia en la monografía austríaca de LEWISCH, *Verfassung und Strafrecht*, Wien 1993, p. 385. Amplios reconocimientos se encuentran, en cualquier caso, en el volumen en memoria del maestro boloñés: CANESTRARI (cur.), *Il diritto penale alla svolta di fine millennio*, Torino 1998 (cfr. sobre todo la crítica puntual de JESCHECK, Franco Bricola e la sua opera vista dalla Germania, p. 14-15; y también ARROYO ZAPATERO, *I delitti contro l'ordine socio economico nel nuovo codice penale del 1995*, p. 123; DE FIGUEIREDO DIAS, *Sullo stato die rapporti fra politica criminale e dogmatica giuridico-penale*, p. 217; MAIWALD, *Criteri guida per una teoria generale del reato*, p. 233).

constitucionales hoy vigentes en la mayoría de los Estados Europeos. Tal fenómeno hace emerger, así, la más general problemática dogmática de la noción misma de bien jurídico¹⁸; en particular, se evidencia el dato de que esas Constituciones nada pueden decir en cuanto al merecimiento de pena por parte de comportamientos que agreden bienes totalmente nuevos o que, cuando menos, crean nuevas modalidades ofensivas a bienes ya existentes. La revolución informática, la difusión de sustancias estupefacientes, las manipulaciones genéticas y gran parte de la materia del trasplante de órganos, el irrumpir del SIDA, etc., representan otros tantos campos problemáticos: en cada uno de ellos los dados de la intervención penal no se juegan sobre la mesa del mero reconocimiento constitucional de los bienes puestos en juego en cada ocasión, sino que reclaman o bien ulteriores ponderaciones entre los intereses en juego, o bien la puesta en práctica de técnicas de tutela adecuadas a las características de las respectivas ofensas¹⁹.

Las dificultades a cuyo encuentro sale la perspectiva constitucional de la ciencia penal integrada se reflejan en un punto significativo: más que a una acepción fuerte del vínculo superior impuesto a la actividad del legislador penal, se queda obligado a propugnar una versión débil. En la Carta Constitucional no sólo se reconoce la legitimidad de todos los bienes reconocidos, siquiera sea implícitamente, sino que se reconduce a ésta una serie de principios de política criminal, como por ejemplo en tema de ofensividad, fragmentariedad y subsidiaridad. El ideal de la intangibilidad constitucional cede así el paso a un recurso a instrumentos, como los principios de política criminal, caracterizados de una inevitable porosidad y adaptabilidad a las características del ordenamiento en el que deben operar, aun siendo en grado de estimular indefinidamente una progresiva evolución²⁰.

Más allá de tal paradoja, la perspectiva constitucional representa un terreno fértil para abrir, finalmente, la dogmática penal a un contraste com-

18 Una problemática no superada a pesar de las energías dedicadas a la clarificación de la noción: cfr. entre lo más reciente la cuidada reseña crítica de STRATENWERTH, *Zum Begriff des «Rechtsgut»*, en ESER ED AL. (Hrsg.), FS- Lenckner, München 1998, p. 377 s., el cual concluye considerando insolucionable el problema de llegar a dar una definición de bien jurídico (388).

19 Cfr. en general PAGLIARO, *Principi di diritto penale*. P. G., Milano 2000, ed. 7, p. 234; DONINI, voz *Teoria del reato*, en *Digesto pen*, 1999, p. 268 s.; y para una ejemplificación MILITELLO, *Nuove esigenze di tutela penale e trattamento elettronico delle informazioni*, *Riv. trim. dir. pen. econ.* 1992, p. 365 s.

20 Se habla así, de retomar en la Constitución el fundamento de «directivas programáticas de tutela potencialmente vinculante»: FIANDACA, *Il bene giuridico come problema teorico e come problema di politica criminale*, en STILE (cur.), *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, Napoli 1985, p. 11. S., 35. Sobre la imposibilidad de recabar de la constitución alemana la precisa formulación de la norma de conducta contenida en un tipo penal y el consecuente reconocimiento de un amplio ámbito de discrecionalidad al legislador v. también LAGODNY, *op. cit.* Nt. 17 p. 271 s., 274, que paralelamente entiende infructuoso el punto de vista del bien jurídico respecto al problema de la tutela de los derechos fundamentales: p. 294. Análogas conclusiones expresa también FIANDACA, *Il sistema penale tra utopia e disincanto*, en CANESTRARI (cur), *op. cit.* nt. 17, p. 54.

parado: en el plano de normas fundamentales es más fácil encontrar correspondencias significativas, al menos en el vasto círculo de ordenamientos de tradición occidental. Los principios penales así recabados, aunque positivamente fundados, tienen, sin embargo, un alcance no contingente, lo que facilita la comparación entre las plasmaciones que esos principios han recibido en los singulares sistemas penales. Pero aún así, por otro lado, la propia teoría constitucional de los bienes jurídicos no trae el beneficio que se podría pensar a primera vista.

Llegados a este punto hemos de recordar el dato de como la amplia comunidad de las tradiciones constitucionales en los estados de la Unión Europea ha influido sobre la reciente aprobación de una «Carta de los Derechos Fundamentales»²¹. El importante documento no tiene la validez formal de una constitución, pero expresa, en cualquier caso, un núcleo cuando menos de asunción de un compromiso político en la entera Unión Europea. Se replantea de nuevo así, en términos actualizados, el interrogante de fondo de la perspectiva constitucional del Derecho penal y de sus confines. La Carta –además de afirmar algunos importantes puntos firmes en materia penal: legalidad y proporcionalidad entre el delito y la pena, prohibición de la pena de muerte, de la tortura, de penas inhumanas, prohibición de *bis in idem*– reconoce a los ciudadanos de la Unión Europea numerosos derechos fundamentales: a la vida, a la libertad, a la seguridad, al domicilio, al respeto de la vida privada, a la privacidad de las comunicaciones, a la protección de los datos personales, a la propiedad privada (art. 1-19). Es fácil observar que actualmente tales derechos, aún donde no estén presentes en las fuentes constitucionales de los singulares estados miembros, son tutelados de distintas maneras por éstos basándose en sus respectivas valoraciones respecto a la oportunidad de recurrir a los elementos penales para asegurar una tutela adecuada de los mismos. Los confines de la tutela penal no son, por lo tanto, fijados por la relevancia de tales derechos fundamentales – tan fuera de discusión, de hecho, como para ser merecedores de su mención en la Carta europea– sino siempre por la diferenciada valoración político-criminal de los distintos legisladores nacionales. Si parece posible, por otra parte, marcarle al nuevo documento supranacional un vínculo de tutela penal a favor de algunos derechos fundamentales: tal perspectiva no sólo no concuerda con la tradicional función de los derechos fundamentales

21 La voluntad de redactar una Carta de los derechos fundamentales ha sido afirmada por el Consejo europeo de Köln de junio de 1999 y precisada sobre el plano organizativo en la reunión especial del Consejo dedicada a la Justicia (Tampere, 15-16 octubre 1999). La carta ha sido finalmente aprobada en el Consejo de Niza de diciembre de 2000. Para una reconstrucción de los trabajos preparatorios cfr. ALBER/WIDMEIER, *Die EU-Charta der Grundrechte und ihre Auswirkungenn auf die Rechtsprechung, Europäische Grundrechte Zeitschrift* 2000, p. 497. Sobre las relaciones entre el nuevo documento y los ordenamientos nacionales de los Estados miembros, v. ZULEEG, *Zum Verhältnis nationaler und europäischer Grundrechte*, ivi, p. 511.

como instrumentos de defensa (*Abwehrrechte*) del ciudadano en contra de los abusos estatales²², sino también, y más específicamente, desmentiría la función limitadora con la cual ha surgido la aquí recordada teoría de los bienes jurídico-constitucionales.

3.3. La señalada constatación en el ámbito de la comparación pone de relieve el punto de partida que nos permite considerar un distinto recorrido a través del cual el axiologismo penetra en la dogmática penal y rediseña la relación con la política criminal. Nos referimos esta vez a una concepción del delito derivada esencialmente de nociones ontológicas del ser y del pensamiento y, en cuanto tales, válida más allá de particulares coordenadas espacio-temporales. Una teoría en la cual el tradicional atributo de «general» es entendido propiamente como expresión de (o mejor, como aspiración a) una validez potencialmente universal y ahistórica²³. Quien recientemente ha reafirmado la validez de tal concepción no es ciertamente tan ingenuo como para cerrar simplemente los ojos frente a las divergencias de los distintos ordenamientos penales, ni mucho menos a respectivas elaboraciones teóricas; sino que se ha tratado de reconducirlas sólo a una casual, y no relevante, mayor o menor distancia respecto de una escala de progresión ideal en el reconocimiento de los esquemas previamente dados. De tal modo, nada se opondría a la posibilidad, en línea de principio, de plantear la dogmática penal como disciplina por naturaleza propia «internacional»²⁴, o mejor «independiente» de los contextos nacionales²⁵ y por lo tanto, recurriendo a una fórmula en boga, «transnacional»²⁶.

En la más coherente formulación teórica, la elaboración conceptual en materia penal es considerada compatible sólo con juicios de veracidad/falsez, anclados en una «naturaleza de las cosas» que puede ser respetada o traicionada pero no diversamente valorada en el contexto de un abanico de alternativas todas potencialmente legítimas por igual. Serían, en consecuencia, inadmisibles —precedentemente, al menos, respecto a la parte general y

22 Para tal función cfr. por último MANSSEN, *Grundrechte*, München 2000, p. 11.

23 Así, por ejemplo, NAUCKE, *op. cit. nt 4*, p. 13-14 (y nt. 6), el cual diferencia entre una teoría del delito verdaderamente general, desvinculada de un derecho nacional, y sus mutables manifestaciones en los singulares ordenamientos (p. 20).

24 Así expresamente FLETCHER, *Criminal Theory as a International Discipline*, en ESER/FLETCHER (Hrsg.), *Rechtfertigung und Entschuldigung – Justifications and Excuse. Rechtsvergleichende Perspektiven – Comparative Perspectives*, Freiburg, vol. I, Freiburg 1987, p. 1597. La fórmula recurre también en WOLTER, *Menschenrechte und Rechtsgüterschutz in Europäischen Strafrechtssystem*, en SCHÜNEMANN/DE FIGUEIREDO DIAS (Hrsg.), *Bausteine des europäischen Strafrechts*, Köln et al. 1995, p. 31; v. también el volumen a cargo de GIMBERNAT ED AL. (Hrsg.), *op. cit. nt. 15*.

25 También aquí una fórmula esculpida en un título: HIRSCH, *Gibt es eine national unabhängige Strafrechtswissenschaft?* en SEEBODE (Hrsg.), *FS – Spindel*, Berlin – New York 1992, p. 43. Un eco en PERRÓN, *Sind die Nationalen Grenzen des Strafrechts überwindbar?*, ZStW 1997, p. 281.

26 Etiqueta cada vez más empleada en el debate político-criminal con referencia a fenómenos como aquel de la criminalidad organizada: cfr. la Convención de las Naciones Unidas destinada propiamente a la criminalidad organizada transnacional, y abierta a la firma en Palermo en Diciembre de 2000. Indicativo resulta también el nacimiento de revistas *ad hoc*, como *Transnational Organized Crime*, London, desde 1995.

respecto a grandes sectores de la parte especial—diferenciaciones dogmáticas, formuladas en relación con las específicas valoraciones operadas por los singulares contextos normativos o en cualquier caso influidos por las particularidades culturales presentes en los distintos ordenamientos²⁷. Variables pueden ser, en cambio, las específicas políticas criminales, que cada ordenamiento es libre de perseguir con plena autonomía. Sólo así se podría garantizar que la «ciencia» no se degrade a un mero producto ocasional del «trazado penal del legislador»²⁸, y, sobre todo, el que ésta ocupe un puesto junto a las otras disciplinas científicas, por naturaleza propia internacionales²⁹.

La conexión así operada entre viejo y nuevo es indudablemente sugestiva: la teoría en examen trata de dar respuesta al viejo debate sobre el *status* científico atribuible en general a las disciplinas jurídicas, la teoría en examen trata de dar respuesta al más allá que en relación a singulares problemas penales³⁰, proyectando la entera teoría del delito, es decir «el corazón» del derecho penal clásico y de la dogmática conexa, en una órbita caracterizada por una internacionalización y científicidad, características éstas típicas de la «modernidad»³¹.

La apertura hacia las perspectivas más recientes sobre «el Derecho Penal moderno»³² no puede hacer descuidar las raíces teóricas procedentes de una dogmática penal supranacional y unitaria. Es fácil observar como tales concepciones lleven a la extrema, pero coherente, consecuencia de la fundamental idea welzeliana de la preexistencia al derecho positivo de estructuras

27 Para una formulación más profunda Vid. HIRSCH, *op. cit. nt.* 25, *specie* p. 46 s., 55.; precedentemente también ID., *Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik in der Bundesrepublik Deutschland in grundsätzlicher Sicht*, en HIRSCH/WEIGEND (Hrsg.), *Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland*, Berlin 1989, p. 74; y, (lapidariamente), ID., *Die Stellung von Rechtfertigung und Entschuldigung in Strafrechtssystem*, en ESER/PERRON (Hrsg.), *Rechtfertigung und Entschuldigung III*, Freiburg i. Br. 1991, p. 54 (trad. it. de FORNASARI, *La posizione di giustificazione e scusa nel sistema del reato*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, p. 785).

28 La remisión al conocido paso de Kirchmann puesto como *incipit* del estudio de HIRSCH, *op. cit. nt.* 25, p.43, está en perfecta continuidad ideal con aquel análogo operado por WELZEL, *Vom Bleibenden und vom Vergänglichem in der Strafrechtswissenschaft*, en H. KAUFMANN ED AL. (Hrsg.), *Erinnerungsgabe für Max Grünhut*, Marburg 1965, p. 189-190, para defender el ontologismo finalista contra la objeción que señala la libertad del legislador en las propias construcciones conceptuales y normativas. Sobre la conexión con la impostación welzeliana v. más adelante en el texto.

29 Para un expreso paralelismo con la medicina todavía HIRSCH, *op. cit. nt.* 25, p. 45.

30 Por ejemplo, la disputa en tema de acción se ha resentido de la preocupación de fondo en mérito a la «cientificidad» del Derecho penal: cfr. NAUCKE, *op. cit. nt.* 4, p. 16.

31 La tendencia a la internacionalización como carácter de la modernidad queda destacada entre las contribuciones penales, por SIEBER, *Memorandum für ein Europäisches Modellstrafgesetzbuch*, *Juristenzeitung* 1997, p. 369.

32 A partir de la contribución de HASSEMER, *Kennzeichen und Krisis des modernen Strafrechts*, *Zeit für Rechtspolitik* 1992, p. 318. Una aguda desmitificación del contrapuesto modelo de un derecho penal de “los buenos viejos tiempos” en PADOVANI, *Spunti polemici e digressioni sparse sulla codificazione penale*, en CANESTRARI (cur.), *op. cit. nt.* 17, p. 96 s. Contra una acentuación de las diferencias entre las dos épocas penales y sus respectivos presupuestos teóricos v. también SCHÜNEMANN, *Kritische Anmerkungen zur gegenständlichen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft*, *Goldammer's Archiv* 1995, p. 204, 218.

ontológicas, que la dogmática debe individualar y que el legislador no puede sino respetar³³. El eterno regreso del paradigma ontológico no alcanza, sin embargo, a deslegitimar la primacía de las fuentes normativas respecto a la elaboración teórica, por razones que ya he intentado motivar en una precedente ocasión³⁴.

Aquí parece surgir a escena críticamente un aspecto ulterior de la teoría en examen y relativo a la afirmación de unicidad de la dogmática penal. Una actitud tal de «absolutismo dogmático», si bien sobre el plano histórico puede ser comprendida como intento de poner un límite insalvable al uso arbitrario del sistema penal en un estado totalitario³⁵, se muestra en cambio inconciliable con el estatuto pluralista que caracteriza y unifica los fundamentos constitucionales de las democracias occidentales contemporáneas³⁶. Ello no puede dejar de valer también en sede de elaboración teórica de los elementos atinentes a la relación entre Estado y ciudadanos en materia penal: negar a la dogmática

33 Para una defensa punto por punto de las numerosas críticas, WELZEL, *op. cit. nt. 28*, p. 173 s. Entre sus seguidores, fundamental la contribución de ARMIN KAUFMANN, *Lebendiges und totes in Bindings Normentheorie*. Normlogik und moderne Strafrechtsdogmatik. Göttingen 1954, p. VII, 195. A su vez, éste volverá a tratar en profundidad el punto en uno de sus últimos escritos, casi hasta señalar implícitamente la importancia de tal marco filosófico de fondo en el arco de la propia producción científica (ARMIN KAUFMANN, *Das Übernationale und Überpositive in der Strafrechtswissenschaft, in Gedächtnisschrift für Tjong, Jescheck et al.* [Hrsg.], Tokio 1985, p. 100.s.). Aquí, asumiendo la existencia de «doctrinas generales y de estructuras previamente dadas, que están desvinculadas de las particularidades nacionales, de los cambios históricos de las mismas codificaciones particulares», quedaban delineados amplios espacios de presencia de lo «supranacional» y de lo «suprapositivo» en la ciencia penal, especialmente en la parte general para aquello que se refiere al ilícito y a la culpabilidad. Ello, por lo demás, no precluía todas las posibilidades de que en este sector subsistiesen «soluciones de pareja estrigencia, es decir, más posibilidades de pareja eficacia en la realización del mismo objetivo» (ivi, 111). No se olvida tampoco que aquella idea fundamental es compartida por autores también externos a la escuela welzeliana: significativas llamadas al derecho natural como base de una teoría general del delito se contienen también, p. ejem. en NAUCKE, *op. cit. nt. 4*, p. 14 (nt.6).

34 Cfr. MILITELLO, *L' errore del non imputabile fra esegesi, dommatica e politica criminale*, Riv. it. dir. proc. pen. 1996, p. 553 s. (trad. esp., *El error del inimputable entre dogmática exégesis y política criminal*, Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña 1999, p. 405 s. Para consideraciones críticas de otro tenor, conexas al carácter excesivamente general de las estructuras ontológicas respecto a las posibilidades de recabar una entera construcción penalista, cfr. PERRON, *op. cit. nt. 25*, p. 300.

35 Significativa aparece la concordancia entre las aspiraciones supranacionales de la doctrina penal a la que se remite la nota 33 y la vigorosa «profesión de fe en lo supranacional» de HEINRICH MANN. La obra (*Das Bekenntnis zum Übernationalen*) fue publicada en diciembre de 1932 en el *Neuen Rundschau*, por lo tanto «antes de la catástrofe» de la deriva nacionalsocialista en Alemania (como escribió el mismo autor en la recopilación de sus trabajos publicada desde el exilio francés ya en diciembre de 1933). Con una impresionante lucidez en el anticipar los peligros inminentes, MANN se batía contra la irracional exaltación del espíritu nacionalista, expresándose en términos casi idénticos a aquellos referidos sesenta años después a la dogmática penal de HIRSCH (*infra texto relativo a nt. 56*): «Hay solamente un espíritu supranacional, existiendo sólo un espíritu, el cual no es ni francés, ni alemán» (H. Mann, *Der Haß. Deutsche Zeitgeschichte*, Frankfurt a. M. 1987, p. 35).

36 Subraya las consecuencias para la dogmática jurídica de aquel pluralismo ideal, que caracteriza a los ordenamientos contemporáneos, PAWLOWSKI, *Zur Aufgabe der Rechtsdogmatik im Staat der Glaubensfreiheit, Rechtstheorie* 1988, p. 409. En relación al ámbito propiamente penal v. ARNDT, *Strafrecht in einem offenen Gesellschaft*, München 1968, p. J 10.

penal la posibilidad de gozar de la libertad constitucionalmente asegurada a toda ciencia sería una evidente contradicción en cuanto equivaldría a abandonar los principios de base del ordenamiento democrático propiamente sobre el terreno en examen, donde la intervención del Estado sobre la posición del individuo se hace más incisiva³⁷. Si, además, un punto de vista como este no puede ya erigirse como única doctrina abstractamente concebible en el interior de un mismo ordenamiento jurídico³⁸ con mayor razón este peculiar «derecho a la diversidad» de las opiniones debe valer cuando las teorías son formuladas en contextos normativos no idénticos³⁹.

Para evitar equívocos es quizá oportuno añadir que cuanto aquí se ha observado no ha de confundirse con la actitud institucionalista que, incluso cuando no llega a considerar del todo superfluo cada procedimiento analítico que esparza «la unidad de las valoraciones»⁴⁰, retiene cuanto menos «intercambiables a voluntad» las categorías del delito⁴¹. La idea de «relativismo» dogmático aquí prospectada requiere, en cambio, que la preferencia a una u otra teoría del delito vaya establecida sobre la base de la respectiva racionalidad y por lo tanto sobre un plano esencialmente argumentativo, sobre el cual influyen y se confrontan factores diversos: por ejemplo, el grado de adherencia a los principios constitucionales, la capacidad explicativa y la eficacia resolutoria de los problemas jurídicos puestos por las normas positivas, la racionalidad lógica de las respectivas asunciones, la practicabilidad procesal de las soluciones prospectadas, etcétera.

IV. EL FUTURO, O BIEN, LAS NECESIDADES DE INTEGRACIÓN

4. Ninguna de las perspectivas axiológicas recordadas llega a encontrar un equilibrio convincente entre elaboración dogmática y política criminal, aunque la exigencia de asegurar un diálogo a tal propósito una las tres distintas impostaciones. Sería por lo demás reductivo pensar que la afirmación y la raíz

37 Que la ciencia penal —«al igual que toda ciencia»— goza de un estatuto de libertad constitucionalmente reconocido es recordado por HASSEMER, *op. cit. nt.* 16, p. 29.

38 La coexistencia de diversos sistemas conceptuales en el seno de la ciencia penal es en general reconocida por PULITANÒ, *Quale scienza del diritto penale?*, *Riv. it. dir. pen. proc.* 1993, 1222. También FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale. PG, Boloña* 1995, III ed., 150 subrayan «el carácter convencional» de las reconstrucciones posibles en tema de estructura del delito.

39 Dar por descontado, por lo demás, que una actitud tal ponga en peligro la posibilidad de exportar los resultados de una particular teoría —y en particular «la posibilidad de irradiar internacionalmente la ciencia penal alemana»: HIRSCH, *op. cit. nt.* 25, p. 47— no se muestra como un argumento en grado de convencer al menos a todos ellos que no compartan algún aspecto de la teoría asumida como única, desvelando más bien la aspiración de hegemonizar todo debate teórico, interno o internacional.

40 Así SCHAFFSTEIN, *Die materielle rechtswidrigkeit im kommenden Strafrecht*, *ZStW* 1936, p. 31; Contra esta y otras radicalizaciones de la Kieler Richtung, SCHWINGE-ZIMMERL, *Wesensschau und konkretes Ordnungsdenken im Strafrecht*, Bonn 1937, en especial p. 8 s., 27 s., 43 s.

de una toma de conciencia sea sólo fruto de elaboraciones teóricas y se produzca en lo cerrado de un estudio. Un rol nada despreciable en la progresión del diálogo en examen corresponde por el contrario a los nuevos espacios de integración entre formulaciones teóricas y directrices de política criminal que se abren en la realidad. Entre los ámbitos en los cuales el proceso en cuestión parece perfilarse con mayor nitidez, la cooperación penal en el seno de la Unión Europea ejemplifica bien las transformaciones más generales de la relación entre ciencia y política en materia penal.

El terreno indicado se presenta de gran interés a la luz del notable dato, de como el enraizamiento nacional de los distintos sistemas penales ha representado durante largo tiempo un serio obstáculo tanto al surgir de un Derecho penal europeo autónomo⁴², como a la implantación y, sobre todo, a la difusión de una teoría del delito generalmente compartida en el ámbito europeo⁴³. Una situación normativa y teórica que no ha impedido, sin embargo, el gradual incremento de atención supranacional en relación a temas que, como la criminalidad organizada o la corrupción, presentan indudables perfiles penales. A tal propósito se muestra particularmente significativa la precisa asunción de responsabilidad en el campo de la política criminal, que se registra en el último decenio por parte de las instituciones europeas, en un primer momento con documentos programáticos y después con intervenciones destinadas a estimular respuestas adecuadas de los estados miembros. Y se muestran las «acciones comunes» que el Consejo Europeo ha adoptado a finales de 1998 en tema de lucha a los beneficios del delito⁴⁴, de extensión de la punibilidad a la corrupción en el sector privado⁴⁵, y, sobre todo, de punibilidad de la participación en una asociación criminal⁴⁶.

En particular, el empeño europeo en el frente de la criminalidad organizada nos remite directamente a la propia cuestión penal en sus términos actua-

41 Señala los riesgos de tal ulterior posición MARINUCCI, *Fatto e scriminanti. Note dogmatiche e politico-criminali*, en MARINUCCI/DOLCINI (cur.), *Diritto penale in trasformazione*, Milano 1985, p. 182 s.

42 Sintetiza por último este difuso relieve JUNG, *Konturen und Perspektiven des europäischen Strafrechts*, Juristische Schulung 2000, p. 417.

43 La perdurante falta de una ciencia penal europea es señalada por KÜHL, *Europäisierung der Strafrechtswissenschaft*, ZStW 1997, p. 779. Las dificultades de asumir una singular tradición teórica nacional (por muy prestigiosa que sea, como lo es la alemana) como paradigma de una ciencia penal europea son reconocidas por PERRON, *Hat die deutsche Strafrechtssystematik eine europäische Zukunft?*, en ESER ED AL. (Hrsg.), op. cit. nt. 18, 228, 246.

44 Acción común, del 3 de diciembre de 1998, sobre el lavado de dinero y sobre la individuación, el apresamiento, la congelación o secuestro y confisca de los instrumentos y de los provechos del delito adoptada por el Consejo sobre la base del art. K.3 del Tratado de la Unión Europea, en GUCE L333 de 9.12.1998.

45 Acción común, del 22 de diciembre de 1998, adoptada por el Consejo sobre la base del art. K.3 del Tratado de la Unión Europea, sobre la corrupción en el sector privado en GUCE L357 del 31.12.1998.

46 Acción común, del 21 de diciembre de 1998, adoptada por el Consejo sobre la base del art. K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativa a la punibilidad de la participación en una organización criminal en los Estados miembros de la Unión Europea, en GUCE L351 de 29.12.1998.

les, como queda de manifiesto claramente con apenas reflexionar sobre el rol de «banco de pruebas» que la lucha a la criminalidad organizada reviste para el Derecho penal moderno. Es notorio que la evolución reciente de los sistemas penales nacionales ha quedado marcada precisamente, por las intervenciones en tema de criminalidad organizada en relación tanto al Derecho penal sustancial, cuanto a aquel procesal y penitenciario. El tema ha asumido, así, un valor emblemático para medir sentido, límites y elecciones de contenido, que caracterizan la tutela penal en un ordenamiento contemporáneo y que previsiblemente condicionarán también en el futuro el desarrollo ulterior⁴⁷. Por lo demás, las ya referidas tomas de posición europea en el considerar la mayor complejidad de los sujetos penalmente relevantes, la encuadran también en aquel «cambio de escala» desde hace tiempo auspiciado por las medidas de lucha a la criminalidad organizada, que las proyecta más allá de los confines nacionales sobre la base de un argumento difícilmente falseable: sólo una dimensión supranacional puede evitar que los esfuerzos de los singulares ordenamientos sean vanificados por la falta de coordinación recíproca⁴⁸.

En particular, desde el Tratado de Maastricht el objetivo de luchar contra el crimen organizado y los consecuentes fenómenos de infiltración/alteración en la vida política y en el mundo económico han representado un polo de atracción para la afirmación, si no todavía de un verdadero y propio «Derecho penal comunitario»⁴⁹, cuando menos de una política criminal eu-

47 La reflexión sobre las características del «derecho penal moderno» o «de la eficiencia» ha asumido precisamente la intervención en tema de criminalidad organizada como ejemplo privilegiado: cfr. HASSEMER, *Das Schicksal der Bürgerrechte im «effizientem» Strafrecht*, *Strafverteidiger* 1990, p. 328 s.; ID., *op. cit. nt. 32*, p. 381. En Italia, p. ejem, FIANDACA-MUSCO, *Perdita di legittimazione del diritto penale?*, *Riv. it. dir. proc. pen.* 1994, p. 28 s.; MOCCIA, *Aspetti involutivi del sistema penale*, en CANESTRARI (cur.), *op. cit. nt. 17*, p. 268. En España, cfr. SILVA SÁNCHEZ, *La expansion del Derecho penal*, Madrid, 1999, 22, 70, el cual conecta de forma precisa la temática de la criminalidad organizada a la globalización de las instancias de tutela actualmente confiadas al Derecho penal. El relieve asumido por el tema se ha reflejado en la decisión de dedicarle alguno de los principales encuentros internacionales de los últimos años: más allá de la ya recordada (*supra nt. 26*) Conferencia de Palermo, con ocasión de la firma de la Convención ONU sobre el crimen organizado transnacional, también el último congreso de la *Association International de droit pénal* ha profundizado en el tema en sus perfiles de Derecho penal sustancial, procesal y criminológico (Budapest, 5-11 settembre 1999).

48 En tal sentido, p. ejem. PISANI, *Criminalità organizzata e giustizia organizzata, Indice pen.* 1992, p. 494. Para un cuadro actualizado cfr. KRAUSE, *Perspektiven der internationalen OK-Bekämpfung, Kriminalistik* 1998, p. 12.

49 Todavía hoy la alocución «Derecho penal comunitario», aún estando presente desde hace tiempo en el léxico de los juristas (ad es. SGUBBI, *Diritto penale comunitario*, in *Noviss. Dig. it.*, app., Torino 1980, p. 1220) expresa una noción todavía inexistente sobre el plano jurídico-formal: así BERNARDI, *I tre volti del diritto penale comunitario*, en PICOTTI (cur.), *Possibilità e limiti di un diritto penale europeo*, Milano 1999, p. 41 s. Lo que, por otro lado, no es incompatible con el reconocimiento de una progresiva incidencia del derecho de origen comunitario en los sistemas penales de los países miembros: cfr. p. ej. RODGER FRANCE, *The Influence of European Community Law on the Criminal Law of the States Members*, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 1994, p. 324.

ropea⁵⁰. El cuadro ha asumido además cadencias temporales y objetivos de armonización precisos con la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam. En éste, al fin de crear un «espacio de libertad, seguridad, justicia» (art.2.1al. 4 Tratado U.E), entre las competencias reconducidas a los mecanismos operativos comunitarios (aún con algunas adaptaciones) se prevé también la adopción de medidas dirigidas a fijar normas mínimas comunes concernientes a los elementos constitutivos de los delitos y de las sanciones en las materias del terrorismo, de la criminalidad organizada y del tráfico ilícito de estupefacientes (art.31 letra E. Tratado U.E referido por el artículo 29.2 al.3 Tratado C.E)⁵¹.

Se regresa pues, en este punto, a la relación entre sistema penal y política criminal, pero esta vez los factores se presentan invertidos. Elemento coagulante a nivel supranacional no es ya la teoría del delito como construcción conceptual, más o menos fundada sobre estructuras ontológicas, o su finalidad sancionatoria generalmente compartida. Son sobre todo las específicas exigencias de tutela las que impulsan a los varios sistemas penales nacionales a tener pronta una respuesta común, y en virtud de ello más adecuada, a las características de determinados fenómenos criminales. Pueden ser intereses directamente adscribibles a la nueva entidad institucional europea (como aquellos considerados en el *Corpus juris* para la protección de las finanzas europeas)⁵² o incluso bienes ya regulados de modo homogéneo a nivel extrapenal entre los distintos ordenamientos de los estados miembros (por ejemplo, en campo económico y de la disciplina de los mercados financieros) o en cualquier caso agredidos de forma nueva por sujetos colectivos operantes sin barreras nacionales (es el caso, precisamente, de la criminalidad organizada). En cada uno de los sectores indicados, las correspondientes necesidades de tutela

50 A tal proposito v. GRASSO, *L'incidenza del diritto comunitario sulla politica criminale degli Stati membri: nascita di una "politica criminale europea"?*, *Indice pen.* 1993, p. 67, 81 s.

51 Los sectores referidos dejan fuera de juego la tradicional objeción a la intervención de los órganos europeos, aún quedando siempre condicionado al principio de subsidiariedad respecto a las competencias nacionales (recordado todavía tras el tratado de Amsterdam p. ejem. por DELMAS-MARTY, *Les défis d'un droit pénal européen*, en EISKANEN/KULOVESI (eds.), *Function and future of European Law*, Helsinki, 1999, 186). Está claro, de hecho, que los ordenamientos de los singulares Estados miembros son estructuralmente inadecuados para luchar contra los fenómenos criminales no limitados a los propios confines nacionales, respecto a los cuales, por lo tanto, la intervención supranacional es la única adecuada.

52 La experiencia desarrollada con relación a la tutela de los intereses financieros de la Unión Europea se muestra como instructiva de la nueva dimensión de la relación entre elaboración dogmática y elecciones de política criminal. En tal materia, el camino teórico ha recorrido un tramo en modo alguno breve: de frente a la creciente importancia de una adecuada protección de los intereses en juego, un grupo de juristas europeos a puesto a punto un texto que, bajo el comprometido título de *Corpus juris*, comprende normas sustanciales y procesuales dirigidas a definir una parte general común, específicos tipos y órganos de investigación a escala europea. La propuesta, después de una confrontación con otras posiciones teóricas (cfr. HUBER [Hrsg.], *Das Corpus Juris als Grundlage eines Europäischen Strafrechts*, Freiburg 2000) y una verificación de la compatibilidad respecto a los concretos ordenamientos de los estados miembros, ha sido por lo tanto presentada de nuevo en una nueva versión ampliada: DELMAS-MARTY / VERVAELE (eds.), *The implementation of the corpus juris in the member states*, Antwerp 2000, p. 187 s.

asumen de modo evidente una función catalizadora para el desarrollo de un Derecho penal europeo.

Sean cuales sean en los distintos sectores las dificultades para concretar efectivamente un objetivo tal se pone de relieve en cualquier caso la solución ya avanzada en la confrontación de algunas incógnitas conexas propiamente a la relación entre dogmática y política criminal en el actual contexto histórico. En particular, una paradoja parece cernirse sobre las perspectivas de unificación penal en materias como aquellas recordadas y especialmente en tema de criminalidad organizada: los riesgos de fáciles entusiasmos y huidas hacia adelante respecto a la realidad de una perdurable falta de una verdadera y propia competencia penal de la Union Europea se conjugan con aquellos de bajar el nivel de civilidad en los respectivos sistemas jurídicos implicados. En otras palabras, introducir instrumentos normativos unitarios que, al fin de ampliar los instrumentos de lucha a la criminalidad organizada, transformen el cuadro tradicional puede parecer un mal producto de las siempre más difundidas expectativas de un Derecho Penal europeo. De hecho, la consistencia del fenómeno “criminalidad organizada” no se muestra uniforme en el contexto de la Unión Europea, debido también a la diversidad de las características constitutivas atribuidas a la referida noción⁵³. Más genéricamentese observa, además, que la lógica de la eficiencia como directriz político-criminal dirigida a enduccioner la respuesta represiva –lógica que anima las propuestas en las materias recordadas– contrasta radicalmente con la función crítica de matriz liberal, inclinada en cambio al rol limitador de las garantías respecto a una realidad penal necesitada de contención y mitigación⁵⁴.

Es posible observar a tal propósito que no queda ignorada la permanencia de desajustes normativos en los singulares sistemas europeos y que, más aún, una adecuada consideración de tal estado de cosas es un presupuesto indispensable para cualquier perspectiva, siquiera sea de armonización entre los distintos ordenamientos. Sería, sin embargo, erróneo extraer de las reservas anteriormente señaladas la idea de que la alternativa practicable a las perspectivas que abre el Derecho Penal europeo pueda ser aquella de un retorno ideal a un nacionalismo penal. Un dato representa, en realidad, el núcleo de la entera cuestión teórica: la unificación normativa no es causa, sino más bien producto

53 Sobre la variedad de manifestaciones de la criminalidad organizada en el ámbito europeo FINJAUT, *Organisierte Kriminalität: eine wirkliche Bedrohung für die europäischer Union?*, en H.-J. ALBRECHT ED AL. (Hrsg.), *Festschrift für Kaiser*, Berlin, 1999, p. 518 s.; Sobre la exigencia de no extraer de consideraciones de tal tipo una general imposibilidad de definir algunos elementos estructurales comunes cfr. en cualquier caso MILITELLO, *Agli albori cit. nt.* 12, p. 19.

54 Para una puesta de relieve general v., p.ej., SEMINARA, *Diskussionsbericht*, en ESER ED AL. (Hrsg.), *op. cit. nt.* 12, p. 384. La unilateralidad de la lógica de la eficiencia es criticada en especial por P.A. ALBRECHT/BRAUM, *Defizite europäischer Strafrechtsentwicklung*, en *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* 1998 p. 464; y también con específica referencia al *Corpus juris* por HASSEMER, “*Corpus Juris*”: *Auf dem Weg zu einem europäischen Strafrecht?*, *ivi*, 1999, p. 133 s.

de las transformaciones en la sociedad y en la criminalidad, que tienden a poner en común perfiles y actividades cada vez más numerosas⁵⁵.

A la luz de esto, un problema como el de la criminalidad organizada parece ofrecer el terreno más indicado para contestar las conclusiones según las cuales la innegable diferenciación de las singulares legislaciones, condicionada por la mutabilidad de las singulares realidades político-criminales, no destruye la unidad de la dogmática penal inspirada en comunes principios de racionalidad⁵⁶. Estoy convencido, en cambio, de que una tal preeminencia de la dogmática sobre la política criminal sea engañosa, porque, en relación con la elaboración del derecho vivo, sólo donde las elecciones político-criminales se han formalizado en una común plataforma normativa es correcto elaborar una dogmática integralmente unitaria. A falta de dicho presupuesto normativo, la forma en que se debe verificar cuando la unificación de los conceptos es posible sobre el plano de la ciencia penal, y en perspectiva de reforma del cuadro positivo, es a través de una desarrollada sensibilidad comparada y de un puntual análisis de los sistemas vigentes.

Si es así, una reflexión que tome conciencia de las características de la criminalidad organizada y del consiguiente compromiso supranacional en su lucha induce a invertir la posición teórica anteriormente señalada: Hirsch lo plasmó en la fórmula «no existe una dogmática italiana, española o alemana, sino sólo una dogmática justa o equivocada»⁵⁷. En mi opinión, una tal irrelevancia de las distinciones nacionales concierne en cambio *in primis* la política criminal contemporánea: las actividades de la delincuencia organizada constituyen en el modo más claro un problema a afrontar en términos, no de una política criminal italiana, española, alemana, inglesa o francesa, sino sólo de una política criminal justa o equivocada⁵⁸.

La prueba definitiva para una verificación de tal tipo no puede, ciertamente, ser aquella de una abstracta uniformidad en las intervenciones normativas, que cubra incoherencias normativas, o peor, excesos de criminalización. Por

55 Entre quien sostiene, por lo tanto, que el motor de la unificación sea no ya una teoría del delito adecuadamente general, que pudiera estar incluso fundada sobre una rápida difusión internacional de las decisiones fundamentales de política criminal, (para un intento en tal sentido p. ej. SCHÜNEMANN, *Strafrechtssystem und Kriminalpolitik*, en *FS-Schmitt*, Tübingen 1992, 137), si no, más bien, las profundas transformaciones de la economía y de sus exigencias de globalización (en especial en el ámbito europeo: PERRON, *op.cit.nt.43*, p. 246), aparece como más conveniente esta última impostación.

56 La tesis fue expresada por HIRSCH, *Die Stellung*, cit. nt. 27, p. 54 (ed en trad. it. p. 785) precisamente en otro encuentro internacional, hace ya más de diez años, cuya estructura era muy similar a aquella del presente Convenio de Toledo en cuanto a proveniencia de los participantes (también Alemania, España, Italia, además de Portugal).

57 Cfr. nota precedente.

58 En lo que se refiere a la dogmática, la cualificación de acertada o equivocada dependerá, por lo tanto, también de la adherencia al respectivo sistema de pertenencia, que será analizado con sensibilidad comparativa. Para una tal aproximación al problema, propiamente por parte de un comparatista, aunque sea en el ámbito del derecho privado, cfr. KÖRZ, *Rechtsvergleichung und Rechtsdogmatik*, *RebelsZ* 1990, p. 203 s., 215.

otra parte la complejidad de las tareas a las que es llamada la Política criminal y la crisis misma del modelo bipolar del delito sobre el cual se ha desarrollado la dogmática penal clásica rinden impracticable el promover un regreso a un modelo de Derecho penal «clásico», al menos si es entendido como limitado a las formas tradicionales de ofensa y de respuesta represiva, más aún si se reflexiona sobre el dato de que un modelo tal quizás no ha existido nunca en su estado puro. Mediante la idea de flanquear este núcleo penal «puro y duro» con un autónomo «derecho de la intervención» capaz de responder a las nuevas exigencias de tutela típicas de la sociedad contemporánea sin desdibujar los trazos clásicos del Derecho penal, se llega ante una alternativa, en cualquier caso, insatisfactoria⁵⁹. Como primera posibilidad, un tal futurible ramo del ordenamiento podría de hecho reducirse a una mera operación nominalística, es decir, en la cual la etiqueta «derecho de la intervención» sirve sólo para indicar el subconjunto penal dirigido a satisfacer las nuevas exigencias de tutela. Y en caso contrario aquella fórmula no podría sino expresar, en síntesis, una relación diferente entre el Estado y el ciudadano, en la cual las garantías de los sujetos destinatarios de la intervención pública sean significativamente menos estrechas de aquellas que caracterizan el Derecho Penal de tipo liberal.

La línea a seguir va, en cambio, en una dirección exactamente opuesta: es precisamente el Derecho penal —y no una rama distinta del ordenamiento— el que debe beber hasta el fondo del cáliz de la modernidad, sin cerrarse de forma numantina para rechazar todo desafío que ponga en crisis viejos y nuevos «ontologismos» penales. El acuerdo de fondo sobre la necesidad de verificar las posibilidades de despenalizar parte significativa del archipiélago penal, no debe hacer olvidar la exigencia de actualizar las características de la intervención penal para la parte residual en la cual una tutela de este tipo permanece como necesaria⁶⁰. Un objetivo ciertamente ambicioso, cuya realización requiere, en primer lugar, una vigilante apertura hacia las aportaciones de las otras formas de conocimiento y de intervención que conciernen a los mismos fenómenos sociales⁶¹. Por otra parte, la exigencia de adoptar respuestas adecuadas a la gravedad de las ofensas en juego no debe hacer descuidar el cuadro

⁵⁹ La idea proviene, como es sabido, de HASSEMER, *op. cit. nt.38*, p. 318 s.

⁶⁰ Que la vía maestra de la despenalización no resuelva mágicamente todos los problemas, si no que pone a la ciencia penal de frente a nuevas responsabilidades ha sido señalado por DONINI, *La riforma della legislazione penale complementare: il suo significato "costituente" per la riforma del codice*, in *Id. (cur.) La riforma della legislazione penale complementare. Studi di diritto comparato*, Padova 2000, p. 14 s.

⁶¹ La orientación del derecho penal a las ciencias sociales y, más en general, la integración entre las cuestiones normativas y aquellas empíricas ha sido avanzado con vigor por la denominada Escuela de Frankfurt (ya a partir de HASSEMER, *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, Frankfurt a. M. 1973, spec. p.103 s. e v. también las contribuciones recogidas en *Id. ED AL., Fortschritte im Strafrecht durch die Sozialwissenschaften?*, Heidelberg 1983). Se trata de una óptica ya compartida por un amplio número de autores, entre los cuales se encuentran habitualmente, y no ciertamente por casualidad, aquellos con mayor sensibilidad por la comparación (p.ej. PERRON, *op.cit. nt.25*, p. 301).

de las garantías formales que compaginan derechos individuales y exigencias colectivas de tutela. La propia respuesta penal resulta, a fin de cuentas, adecuadamente verificada según su idoneidad a alcanzar un determinado resultado, aunque un juicio tal no pueda ser formulado sin resentirse de la diversidad de puntos de vista valorativos respecto a las causas de los problemas sociales y a sus respectivas soluciones preferibles.

V. UN POSIBLE BALANCE, O LO QUE ES LO MISMO, EL DIÁLOGO NECESARIO

5. Es ya el momento de formular algunas conclusiones respecto de cuanto hasta aquí se ha observado. Las relaciones entre ciencia y política del Derecho penal aparecen señaladas por las dos grandes opciones de fondo en el estudio de los problemas penales y más en general jurídicos: el positivismo, con su típico anclaje al dato normativo y, en el extremo opuesto, el axiologismo, en el cual son los valores los que asumen un rol preeminente respecto a las elecciones positivas de tutela operadas por un concreto ordenamiento. Una contraposición tal puede indicar las coordenadas de máxima que encuadran una historia del pensamiento jurídico, y penal en particular, de complejo desarrollo. Cuando, en cambio, la tarea sea aquella de analizar un particular material normativo, al menos como punto de partida para consideraciones ulteriores, se muestra como perspectiva más fructífera aquella que es en cierto grado intermedia entre los referidos extremos, en cuanto dirigida a individuar los valores reconocidos en el ordenamiento mediante el recurso a las particulares normas acompañadas de sanciones penales⁶².

Objetivos, modalidades, límites y potencialidades de tutela deben, por lo tanto, ser verificados a la luz de los principios más generales del ordenamiento y de los respectivos valores de base, los cuales en los ordenamientos contemporáneos encuentran su raíz normativa en las respectivas cartas constitucionales⁶³, además de, cada vez más a menudo, en actos internacionales de valor general⁶⁴.

62 A tal propósito, se podría hablar de método teleológico de valor (así ANGIONI, *Condizioni di punibilità e principio di colpevolezza*, en *Riv.it.dir.proc.pen.* 1989, p. 1440-1534, 89, p. 1440 s.).

63 De una difusa tendencia a la "constitucionalización" del Derecho penal y de sus principios habla PRADEL, *Droit pénal comparé*, 1995, p. 49 s.. Consecuentemente el recurso a tales principios se presta bien para la conducción de investigaciones relativas a las tendencias y desarrollos comunes a distintos ordenamientos positivos: en otras palabras, como método para estudios de comparación penal (así BERNARDI, "Principi di diritto" e *diritto penale europeo*, *Annali Ferrara*, 1988, p. 87, 100 s.; y para algunas aplicaciones MILITELLO, *Il diritto penale nel tempo della "ricodificazione"*, *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1995, p. 789 s.). Para un significativo recurso a los principios en sede de revisión de la tradicional teoría constitucional del delito cfr. en cambio DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova 1996, p.25 s.

64 Ejemplar, recientemente, la "Declaración de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea" (*supra*, nt.21).

La individuación de las categorías dogmáticas llega a ser, entonces, un proceso en el cual el material normativo, múltiple numéricamente y habitualmente diferenciado cualitativamente en relación con la eficacia de las respectivas fuentes, es reconducido a una red de conceptos, los cuales se extienden hasta comprender un número significativo de disposiciones. En la medida en la cual ello facilita la legibilidad del ordenamiento jurídico por parte del intérprete, la dogmática contribuye, en primer lugar, a la traducción aplicativa de las mismas normas a la luz de los valores del ordenamiento; al mismo tiempo, ésta permite un control crítico respecto de las fases de desarrollo de tal proceso hermenéutico y a sus posibles consecuencias⁶⁵.

Los inconvenientes de las dos concepciones absolutas, representadas por el método positivista y por el axiológico, pueden por tanto evitarse solamente mediante un esfuerzo continuo dirigido a conectar formulaciones positivas y consideraciones de valor, en un proceso dialéctico que refleja el aproximarse a una solución, cuya elección final presenta, en cualquier caso, ineliminables márgenes de opinabilidad sobre el plano argumentativo. Tal eco de incerteza, a la cual la moderna reflexión iusfilosofica está ya acostumbrada⁶⁶, no puede amedrentar al penalista contemporáneo, al menos a aquel que no esté dispuesto a sacrificar en el altar de la aspiración a un «sistema cerrado y unitario»⁶⁷, la real toma de conciencia de dos factores que obstaculizan la posibilidad de absolutizar las conclusiones dogmáticas: por un lado, las múltiples posibilidades combinatorias entre las distintas normas, también con relación a los diversos esquemas valorativos que operan en los respectivos contextos⁶⁸; pero por otro lado el rol desarrollado por elementos extratextuales y, en primer lugar, por principios que orientan las elecciones

65 En tal perspectiva, puede resultar equivocada la idea de que la dogmática penal multiplique el número de posibilidades a disposición del juez para juzgar los casos concretos (BACIGALUPO, *Delito y punibilidad*, Madrid 1983, p. 17). Tal dato, puramente formal, no presta suficiente atención a que la función de la dogmática es exactamente la opuesta, es decir, la de reducir la complejidad del conjunto normativo que un juez debe dominar: ello es obtenido precisamente mediante una matriz conceptual que orienta la aplicación de las normas al caso concreto. Ello señala exactamente que tal función delimitadora de los criterios de solución de los problemas liga la teoría del delito a todos los sistemas científicos, PUPPE, in *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 1995, vor par. 13 nm. I.

66 V. p. ej. GIULIANI, *Logica (teoría dell'argomentazione)*, en *Enc.dir.*, vol. XXV, 1975, p. 33 y también, aun en un contexto fuertemente iuspositivista, POTACS, *op.cit. nt. 9*, p. 198.

67 Prospectada p. ej. por HIRSCH, *Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik nach Welzel*, in *Festschrift Rechtswiss. Fakultät Köln*, Köln ed al. 1988., p. 418, en contraposición al "sistema abierto" del que habla SCHÜNEMANN, *op.cit. nt. 16*, 1984, p. 8, y que seguramente contrasta con la idea de una dogmática tan unitaria como para ser supranacional v. *supra* par. 3.3.).

68 La necesidad de considerar adecuadamente los específicos componentes teleológicos de las distintas ramas del derecho en sede interpretativa es señalada, por último, por PAGLIARO, *Testo ed interpretazione nel diritto penale*, *Riv.it.dir.proc.pen.* 2000, p. 434 s.

interpretativas⁶⁹ y condicionan las necesarias ponderaciones entre intereses enfrentados⁷⁰.

Se desvela así lo ilusorio de la idea de evitar los riesgos de indeterminación normativa «formalizando» el lenguaje legislativo⁷¹: sólo si no se descuida la, al menos en parte, ineliminable presencia de componentes valorativos en la operación de cualificación jurídica, puede asumir un significado no reductivo el esquema lógico de la subsunción silogística, todavía difundido para indicar la conexión de un hecho a una norma con el fin de verificar las relativas consecuencias⁷².

No menos erróneo sería, por otra parte, desvalorar la contribución ofrecida por el cuadro de referencia normativa respecto a las cadencias del razonamiento jurídico: sin tal mediación, las operaciones de elección y valoración de fines y medios de tutela efectuadas en cada ocasión por el singular interprete comportarían evidentes riesgos de arbitrariedad en el trato. Riesgos estos que, por lo demás, presentan una especial gravedad precisamente sobre el terreno penal, tanto por el particular tipo de intereses de la persona aquí implicados, cuanto por que tales disparidades aplicativas debilitan la confianza del ciudadano sobre el funcionamiento de la tutela penal⁷³.

69 Sobre tal rol de los componentes valutativos en el proceso hermeneútico, que rinden inaplicable al derecho el ideal científico fundado sobre el método axiomático, y a favor de un procedimiento fundado sobre argumentos de racionalidad, Vid. ENGISCH, *Sinn und Tragweite juristischer Systematik*, en *Studium Generale* 1957, p. 173 s.

70 Ejemplar, en relación a las ponderaciones requeridas en el estado de necesidad, LENCKNER, *Der rechtfertigende Notstand*, Tübingen 1965, p.185 s., el cual habla expresamente de un “residuo de incerteza” (186).

71 Los fracasos de tales intentos han sido sintetizados por ORRÙ, *Le definizioni del legislatore e le ridefinizioni della giurisprudenza*, en CADOPPI (COORD.) *Il problema delle definizioni legali nel diritto penale*, Padova 1996, p.147 s., 158.

72 Sin una precisión tal (para la cual Vid. p.ej. FIKENTSCHER, *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*, Band IV, Tübingen 1977, p. 182 s., 185; y entre los penalistas JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts AT*, ed. 5, Berlin, 1996, p. 42), no se comprende bien la, de por sí, correcta referencia a la necesidad de considerar el modo en el que la norma es interpretada en la práctica, operado en relación con la estructura del silogismo jurídico por PERRON, *Rechtfertigung und Entschuldigung im deutschen und spanischen Recht*, Baden Baden 1988, p. 35. Por otra parte, la toma de conciencia de tal ineliminable componente valutativo no debe inducir al radical rechazo del esquema silogístico, como si se tratase de dos puntos de vista inconciliables (como en cambio deja entrever FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Padova 1990, p. 233). No es difícil admitir que propiamente la incontestable naturaleza formal del juicio silogístico, deja del todo abierta la cuestión de individualizar y discutir los valores que le sirven de fundamento; por otra parte, precisamente ese esquema representa un importante modelo lógico de control que puede contribuir a una verificación en términos de certeza o, al menos, de previsibilidad, de los juicios. Para una reafirmación reciente de la necesidad de integrar el momento lógico y el momento teleológico de la interpretación, propiamente en relación con las posibilidades y a los límites del esquema silogístico cfr. PAGLIARO, *op.cit. nt. 68*, p. 440 s.

73 Los riesgos señalados no parecen adecuadamente tomados en consideración asumiendo como punto de partida de la dogmática no las normas positivas –y sólo mediante éstas los fines que son en estas objetivados, pero también inevitablemente filtrados por la formulación legal– si no un *continuum* entre la «determinación de los fines políticos últimos», el articularse de estos «en el sistema legal» y, en fin, el

En otros términos, también frente a las características de los fenómenos criminales contemporáneos y a las conexas respuestas supranacionales que inciden sobre trazos significativos de los sistemas penales (recordándose a tal propósito aquí la intervención de la Unión Europea en la lucha a la criminalidad organizada), no se trata de abandonar la relación entre las tradicionales funciones sistemática y crítica de la dogmática, sino de actualizarla, enriqueciéndola con la insustituible aportación de la comparación⁷⁴.

Como necesaria permanece, por lo tanto, la actividad teórica que toma su punto de partida de la comprensión del derecho vigente, lo elabora en modo conceptual y sistemático, para desarrollar propuestas de solución de los problemas jurídicos⁷⁵. Ello sirve tanto para delimitar el ámbito operativo del órgano llamado a aplicar la ley en relación a un caso concreto, como para determinar la base legal para la relativa solución jurídica⁷⁶. Se contribuye, de tal modo, a la calculabilidad de las consecuencias jurídicas y por lo tanto se incrementa la capacidad del ordenamiento para orientar las conductas de los consociados⁷⁷. Una contribución, esta última, cuyo valor específico aumenta enormemente en

«concretarse en la cualificación jurídico-penal de cada caso específico» (así, en cambio, PULITANÒ, *Politica criminale*, en MARINUCCI/DOLCINI (cur.), *op.cit.* nt. 41, p. 37 s.; y más recientemente, en relación al caso que ha llegado a ser internacionalmente conocido con el nombre de “tangentopoli” y “manos limpias”, ID., *La giustizia alla prova del fuoco*, *Riv.it.dir.proc.pen.* 1997, p.16). Si bien entiendo esta integración de momentos, se legitima así una elección directa de fines políticos últimos por parte del intérprete, al menos cada vez que la relativa concretización legislativa sea (reputada como) insuficiente. Razonando así, sin embargo, se corre el riesgo de descuidar la exigencia de que la formulación de la norma ejerza de límite insalvable en sede aplicativa: la innegable porosidad de la formulación textual no debe, de hecho, erigirse como pretexto para legitimar todo arbitrio en la lectura de la norma mediante la referencia directa a los fines políticos últimos que el intérprete pretenda individuar.

74 Para una clara reafirmación de tal duplicidad de funciones, cfr. MAIWALD, *Dogmatik und Gesetzgebung im Strafrecht der Gegenwart*, en *Gesetzgebung und Dogmatik*, BEHREND/S/HENKEL (Hrsg.), Göttingen 1989, p. 120 s. Últimamente se viene señalando toda una lista de siete funciones/tareas atribuidas a la dogmática penal en el debate alemán (sin que en ningún punto se ponga de relieve la comparación) BURKHARDT, *Geglückte und folgenlose Strafrechtsdogmatik*, en ESER ED AL., *op. cit.* nt. 16, p. 118 s. (y en p. 117, nt. 24 añade todavía otros también mencionados en la doctrina). Aún así de una adecuada integración de la comparación en el exámen dogmático y político criminal no faltan ejemplos, como aquel magistral de JESCHECK, *Neue Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik in rechtsvergleichender Sicht*, *ZStW* 1985, p. 1 s. (trad. it., de DONINI, *Dogmatica penale e politica criminale nuove in prospettiva comparata*, *Indice pen.* 1985, p. 507 s.; trad. españ. en *Anuario de derecho penal y ciencias penales* 1986, p. 9 s.).

75 Así, en general, ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation*, Frankfurt a. M. 1991, p. 308. Sobre el rol central que continúa correspondiendo a la dogmática entre las tareas del penalista, y sobre las posibilidades de su ulterior evolución, cfr. ROXIN *op. cit.* nt. 16, p. 370.

76 No se desconoce el relieve que asume la intervención del intérprete en el proceso de concretización de la regla jurídica, si no que se preocupa por restringir los márgenes en términos compatibles con las instancias garantistas confiadas en derecho penal al principio de legalidad. A tal fin se trata de indicar las condiciones que legitiman la especificación de las reglas de conducta contenidas en las más abstractas proposiciones legales (para una ejemplificación BACIGALUPO, *op. cit.* nt. 65, p. 17).

77 Ya subrayaba con vigor tal extremo GIMBERNAT ORDEIG, *Hat die Strafrechtsdogmatik eine Zukunft?*, en *ZStW* 1970, p. 405-406. Cfr. también MAURACH/ZIFF, *Strafrecht AT*, vol. 1, ed. 8, Heidelberg 1992, p. 40; ZIFF, *Kriminalpolitik. Lehrbuch* (1980), trad. it. de BAZZONI, *Politica criminale*, Milano 1989, p. 20.

un tiempo de verdadero aluvión normativo: un cuadro conceptual de referencia es indispensable, sea tanto para ordenar el imparable flujo de nuevas reglas, sea para señalarles las contradicciones internas, su carácter erosionador hacia el estado de derecho, lo inadecuado de éstas para realizar los objetivos político-criminales, en ocasiones sólo simbólicamente proclamados⁷⁸.

Distinciones como aquella operada entre lógica y hermeneútica, o entre la misma dogmática y la casuística, pueden entonces representar solamente útiles puntos de referencia para indicar los polos principales del método jurídico; al mismo tiempo conviene evitar el asumirlos como alternativas necesarias e inconciliables: una vez determinada la centralidad de los valores y de los objetivos que la norma penal tutela y afirma con cada una de sus aplicaciones, no ha de olvidarse que un control lógico y sistemático de tales múltiples concretizaciones constituye en cualquier caso un fundamental factor de garantía para los ciudadanos⁷⁹.

En tal compleja operación, es ciertamente posible la referencia a esquemas lingüísticos y conceptuales elaborados más allá de los confines nacionales, cuando ello incremente la racionalidad del sistema conceptual, o su adecuación a individuar una solución aplicativa, y siempre a condición de no descuidar el marco normativo objetivado en el texto de ley vigente en el ordenamiento considerado. Cuando en cambio de la referida comparación emerja un contraste insuperable dentro del marco de las alternativas compatibles con el texto positivo, la que entrará en juego será la función crítica y de propuesta de la dogmática. La formulación de soluciones innovadoras está sostenida esencialmente por la idea de objetivo, la cual puede desarrollarse en modo libre a partir del cuadro positivo recibido, cuando se trata no de aplicar una norma vigente, sino de prospectar otra futura y más adecuada. En tal fase podrán poner de manifiesto tanto la exigencia de concretar mejor determinados principios constitucionales o supranacionales, como tales no vinculados por la normativa ordinaria, como la confrontación con diversas soluciones adoptadas en otros ordenamientos, de nuevo nacionales o supranacionales.

78 Sobre la necesidad para la ciencia penal, de no perder de vista tales evoluciones de la más reciente política criminal, HASSEMER, *op. cit. nt. 16*, p. 41.

79 La difundida crítica a la *Begriffjurisprudenz* como construcción lógica de conceptos jurídicos tales como para formar un sistema del que recabar soluciones para casos concretos, y el más reciente reconocimiento de excesos conceptuales en categorías de limitada relevancia aplicativa (en campo penal p. ej. HIRSCH, *op.cit. nt. 67*, p. 426 s.; JESCHECK/WEIGEND, *op.cit. nt. 72*, p. 196 s.) no pretenden negar el empleo de argumentos conceptuales y sistemáticos. Más bien estos van aplicados junto a otros, en especial argumentos conexos a la dimensión práctica del derecho (v. igualmente ALEXY, *op.cit. nt.75*, p. 308, 312 y, con una referencia más directa al derecho penal, NAUCKE, *op. cit. nt 4.*, p. 35 s.). También lo que ha demostrado la imposibilidad de un sistema conceptual «axiomático-deductivo» en el sector de la ciencia jurídica no pretende renunciar a un sistema de pensamiento, que más aún, consideran irrenunciable para cualquiera que deba elaborar conceptualmente un ordenamiento jurídico efectivo (ENGISCH, *op. cit. nt.79*, p. 173 s.; ZIPPELIUS, *Recht und Gerechtigkeit in der offenen Gesellschaft*, Berlin 1996, p. 404 s).

En relación con esta última referencia conviene precisar que no se trata de uniformarse al consabido modelo unitario de teoría científica del delito, sino de verificar como un determinado problema sustancial es afrontado en los distintos ordenamientos; en caso de constatar la existencia de diferencias, se deberá por lo tanto precisar que soluciones aparecen preferibles tanto sobre el plano del encuadramiento conceptual, como, y sobre todo, sobre el plano de la eficacia. Sobre tal base, se abre una nueva dimensión de política criminal, sostenida, sin embargo, de una más madura toma de conciencia de los problemas y de las soluciones alternativas practicables.

Una tal integración con la política criminal y con la comparación no debe obtenerse a costa de un debilitamiento de la dogmática: tal resultado podría derivarse, sobre todo, tanto de una servidumbre de ésta última ante la idea positivista de la primacía de la legalidad⁸⁰, como descuidando los aspectos sustanciales de las múltiples construcciones teóricas potencialmente reconducibles al sistema normativo considerado⁸¹.

Contra toda apariencia, la dogmática se refuerza y se hace más madura ante las condiciones que aquí han sido esbozadas: por un lado, se aprende de la comparación como método a respetar la diversidad de teorías del delito, todas igualmente legítimas mientras carezcan de contradicciones internas y sean adecuadas al objetivo de garantizar certeza aplicativa y respeto de los valores guía del ordenamiento, y, por otro lado, se considera la política criminal como indispensable elemento para completar la propia aportación a la vida del ordenamiento.

Un método, por lo tanto, que vive de la continúa aportación de los puntos de vista en juego y cuya aplicación no conduce a resultados que aspiran a agotar todas las posibles combinaciones de valor. Pero sin una llamada a la propia responsabilidad, el penalista europeo llamado a operar en el siglo XXI difícilmente podría encontrar una respuesta adecuada a la complejidad de las relaciones entre dogmática y política criminal.

80 Una idea "ciertamente respetable, pero también algo engañosa», como observa agudamente DONINI, *Illecito e colpevolezza nella teoria del reato*, Milano 1991, p. 366.

81 Los riesgos de un relativismo político, como consecuencia del método positivista, son subrayados por NAUCKE, *Die Aushöhlung der strafrechtlichen Gesetzmäßigkeit durch den relativistischen, politisch aufgeladenen strafrechtlichen Positivismus*, en P. ALBRECHT ET AL. (Hrsg.), *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*, Frankfurt 1995, p. 494 (ed. spañ. *La progresiva pérdida de contenido del principio de legalidad penal como consecuencia de un positivismo relativista y politizado*, en *La insostenible situación del Derecho penal*, Granada 2000, p. 531 s.).