

POLÍTICA CRIMINAL Y DOGMÁTICA PENAL EUROPEAS

Prof. Dr. Joachim Vogel

Tübingen

Revista Penal, nº 11

<http://www.cienciaspenales.net>



## Política criminal y dogmática penal europeas (\*)

Prof. Dr. Joachim Vogel

Tübingen

### I. Introducción

La realidad del derecho penal europeo ha desbordado a la Ciencia penal. En el Consejo de Europa y el Consejo europeo, en la Consejo de la UE y en la Comisión de la Comunidad se elabora desde hace algún tiempo una política criminal europea. Sus plasmaciones más importantes son un derecho sancionador administrativo, directamente aplicable a los operadores económicos, conformado por una pluralidad de reglamentos comunitarios, y una legislación penal marco procedente de los Convenios del Consejo de Europa y de la Unión Europea, de las directivas comunitarias y decisiones marcos. Esta política criminal afecta tanto a la Parte General como a la armonización de las penas, al derecho penal internacional o a la responsabilidad de las personas jurídicas. Igualmente ha conformado vastos dominios de la Parte especial: blanqueo de capitales, abuso de información privilegiada, corrupción, protección penal de la competencia, falsificación del euro y de otros medios de pago, criminalidad organizada, tráfico ilegal de drogas, de personas, abusos sexuales de menores, pornografía infantil, criminalidad informática, delitos contra el medio ambiente, terrorismo, racismo y xenofobia. Por si lo anterior fuera poco, la realidad penal europea ha revolucionado la cooperación penal y policial entre los países de la Comunidad como demuestran los términos de Schengen, Europol, Eurojust, OLAF o la

orden de detención europea. Al socaire de este derecho penal europeo se ha desarrollado una dogmática penal europea independiente de instancias y modelos nacionales y aunque todavía suene a "música de futuro" en la Convención europea se discute sobre la "comunitarización" del tercer pilar de la UE, esto es, la transmisión de la Cooperación en materia judicial y policial al TCE; una posible concesión de poderes para dictar normas penales directamente aplicables, dotada de un ámbito competencial claramente más amplio que el actual; y la probable creación de una policía criminal, ministerio fiscal y justicia penal europea<sup>1</sup>.

En claro contraste con estos hechos consumados, la teoría continúa estancada en la elaboración de principios escasamente comprometidos<sup>2</sup>. Sólo una minoría, entre la que destaca mi maestro, el Profesor Tiedemann<sup>3</sup>, ha acometido la tarea de acompañar esta práctica con una teoría realmente eficaz y comprometida<sup>4</sup>. A ella deseo adherirme estableciendo tres tesis programáticas. *Primera*: el debate acerca de la posibilidad y necesidad de una política criminal y una dogmática penal europea deben concluir. Aunque pueda resultar muy atractivo especular con Kant acerca de la imposibilidad filosófica o con Hegel acerca de la necesidad histórica de un derecho penal europeo, la tarea de futuro es abordar la rápida e imparable europeización del derecho penal, lo que además ha de realizarse en competencia directa con el ordenamiento penal

(\*) Trad. Adán Nieto Martín. UCLM, del artículo aparecido en GA y que constituye la lección de entrada del autor en la Universidad de Tübingen, pronunciada el 20-6-2002.

1. Documento del Convención CONV 69/02 de 31-5-2002; vid. además supra. not 77.

2. En este sentido JUNG (ZStW 113 [2001], 855 en su crítica a la ponencia PRITZWITZ en las Jornadas de profesores de derecho penal correspondientes al 2001, celebradas en Passau ("Nachgeholt Prolegomena zu einem künftigen Corpus Juris Criminalis für Europa", ZStW 113 [2001], 774 ss.)

3. Vid. entre sus últimos trabajos los aparecidos en Roxin-FS, 2001, pp. 1401 y ss.; en: Spinellis-FS, 2001, p. 1097 ff.; (Hrsg.) Wirtschaftsstrafrecht in der Europäischen Union, 2002; en: Stortoni/Donini (Hrsg.) *Il Diritto Penale nella Prospettiva Europea* (erscheint 2003).

4. Pese a todo ha aparecido una bibliografía impresionante, como muestra la exhaustiva bibliografía recogidas por SATZGER *Die Europäisierung des Strafrechts*, 2001, p. 719 ss. por C. SCHRÖDER *Europäische Richtlinien und deutsches Strafrecht*, 2002, pp. 467 y ss., entre los trabajos aparecidos

más innovador e influyente del mundo, el de los Estados Unidos de América. *Segunda:* Ha de darse prioridad a problemas y cuestiones de hecho y sólo ulteriormente acometer la construcción sistemática y la elaboración de categorías. El derecho penal europeo se construye sobre la base de sistemas y categorías diferentes cuya igual validez debe reconocerse recíprocamente. *Tercera:* la Ciencia penal europea debe prestar igual atención a las cuestiones de política criminal que a las dogmáticas, pues sólo de este modo puede cumplimentar democráticamente su responsabilidad con el derecho penal europeo.

En lo que sigue y para profundizar en estas tesis fundamentaré brevemente y en primer término la posibilidad y necesidad de una política y dogmática penal europea, ocupándome sobre todo de su trasfondo teórico, el pluralismo jurídico y la interlegalidad, y práctico, la europeización o americanización del derecho penal (II). Posteriormente me ocuparé de cuestiones metodológicas, defendiendo para el derecho penal europeo el principio de apertura metodológica, así como la primacía del pensamiento problemático frente al sistemático (III). Ulteriormente abordaré problemas y cuestiones prácticas fundamentales para la política criminal (IV) y dogmática penal europea (V) y concluiré con un alegato en el que se critica la exhaustiva dedicación de la Ciencia penal a la dogmática y se aboga por una orientación, al menos pareja, a la política criminal (VI).

## II. Posibilidad y necesidad de una política criminal y dogmática penal europeas

1. Una primera afirmación en contra de la posibilidad de realizar una política criminal y dogmática europea podría consistir en señalar que ésta carecería de objeto<sup>5</sup>, pues al día de hoy ni existe un derecho penal europeo directamente vinculante, ni tan siquiera contamos con algo semejante a un Código penal modelo<sup>6</sup>. Esta conclusión resulta errónea tanto en lo que se refiere a la política criminal, cuyo propio concepto hace referencia al

deber ser del derecho penal europeo, la *lex criminalis desiderata*, como a la propia dogmática penal, con la que nos referimos al derecho penal vigente, esto es, a la *lex criminalis lata*. El preguntarse por las dimensiones, ámbitos y contenidos que debe tener el derecho penal europeo resulta una cuestión absolutamente razonable para la política criminal y ello pese a que se carezca de un derecho penal directamente aplicable. Esta pregunta ya no sólo razonable, sino incluso urgente, si de lo que se trata es de establecer en qué dirección ha de desarrollarse el derecho sancionador administrativo europeo<sup>7</sup>, que, como es sabido, resulta directamente aplicable. Pero hay más. Quien no se interroge acerca de los espacios del derecho penal nacional llamados a europeizarse y, concretamente, a armonizarse, simplemente estará dando la espalda a una realidad que se plantea ya hoy en numerosos ámbitos del derecho penal.

Las cosas sólo son aparentemente distintas en lo tocante a la dogmática penal. En este sentido se ha mantenido que, en ausencia de un derecho directamente aplicable, la dogmática sólo tendría sentido con el fin de agrupar a los Estados miembros en torno a "discurso penal europeo"<sup>8</sup> que se ocupara de comparar los distintos sistemas penales, para a partir de aquí desarrollar soluciones consensuadas y conjuntas. En cualquier caso la posibilidad de hacer dogmática penal, en el sentido usual que este término tiene, resulta ya posible con relación al derecho sancionador administrativo comunitario y en aquellos dominios en los que el derecho penal nacional resulta accesorio, aunque sea parcialmente, del comunitario, como ocurre con el derecho penal ambiental o el alimentario. Los distintos instrumentos mediante los que se procede a la armonización del derecho penal, los que antes denominaba legislación penal marco, resultan también objetos idóneos para la dogmática penal europea. Su conformación resulta similar a la del derecho penal nacional, con tipos penales, consecuencias jurídicas, tipos cualificados, privilegiados o bien, en otra terminología, casos especialmente graves o atenuados, y contie-

posteriormente cabe señalar BACIGALUPO in: Roxin-FS, 2001, S. 1361 ff.; HECKER *Strafbare Produktwerbung im Lichte des Gemeinschaftsrechts*, 2001; HEFENDEHL in: Lüderssen-FS, 2002, pp. 411 y ss.

5. BACIGALUPO (not. 4), p. 1363: "Limitación nacional de la Ciencia del derecho penal"; vid., sin embargo KÜHL ZStW 109 (1997), 777 (785 y ss.); PERRON ZStW 109 (1997), 281 (283 y ss.).

6. Vid. en este sentido el alegato de SIEBER JZ 1997, pp. 369 y ss.

7. Un inventario del mismo en BÖSE *Strafen und Sanktionen im Europäischen Gemeinschaftsrecht*, 1996; HEITZER *Punitive Sanktionen im europäischen Gemeinschaftsrecht*, 1997.

8. El concepto de "discurso penal europeo" fue utilizado por primera vez por KÜHL (nota 4) p. 787.

nen incluso preceptos de carácter general como los que se refieren a su validez espacial, a la participación o al desistimiento. Tal como atestiguan los numerosos trabajos que han analizado el delito de Fraude a la Comunidad contenido en el art. 1 del Convenio para la protección de los intereses financieros, nada impide que el análisis dogmático recaiga sobre los mismos<sup>9</sup>. Negarse a analizarlos, alegando que sólo la norma que los transforme en derecho interno resulta de aplicación inmediata, resulta simplemente corto de miras, pues se trata en cualquier caso de derecho ya vigente en el plano interestatal, de la Unión Europea o del derecho comunitario, e igualmente y a corto o largo plazo habrá de ser traspuesto al derecho interno, en el que además esta normativa habrá de interpretarse conforme al derecho internacional, de la Unión o comunitario<sup>10</sup>.

2. En lo teórico, la oposición a la política y dogmática criminal europea se fundamenta en una perspectiva positivista, cerrada y uniforme de los ordenamientos nacionales que desde hace ya tiempo resulta ficticia o responde simplemente a una determinada posición ideológica del *status quo* jurídico<sup>11</sup>. La realidad es otra, tal como demuestran en lo político las agrupaciones postnacionales y en lo económico la globalización. En el ámbito jurídico, el concepto de pluralismo legal, sobre el que se ha venido discutiendo en los últimos años, ha roto igualmente con esa representación cerrada de la realidad: "*Rather than being ordered by a single legal order, modern societies are ordered by a plurality of legal orders*"<sup>12</sup>. Se trata de ordenamientos jurídicos situados en distintos estratos —infranacional, nacional o internacional— cuya validez se manifiesta de distintas formas, directa o indirecta, como *soft* o *hard law*, jurídica o social y que son generados de diversos actores los estados nacionales, sus parlamentos, regiones, administraciones, organizaciones internacionales o supranacionales, instancias no estatales y sociales. La consecuencia de todo esto es la interlegalidad (*interlegality*): "*We live in a time of (...) networks of legal orders forcing us to constant transations and trespassings (...) that is, (...) interlegality*"<sup>13</sup>. En este contexto el derecho es más un

proceso dinámico de intercambio entre los distintos órdenes de intereses que la realidad estática de un determinado ordenamiento. Existen ordenamientos locales o regionales cuya influencia se extiende globalmente a otras regiones; ordenamientos transnacionales que influyen en los nacionales o que entran en contradicción con los mismos y conceptos oriundos de sistemas supranacionales o incluso universales. La interlegalidad no es otra cosa que la esencia de este proceso de intercambio y constituye una de las piezas claves del derecho actual. Incluso en el marco de los ordenamientos nacionales, la interlegalidad constituye un impulso decisivo para la evolución del derecho en la actualidad, como muestra la interacción entre las distintas ramas del derecho con el derecho constitucional y la constitucionalización completa de materias como la protección del honor.

La europeización del derecho penal es una manifestación de esta interlegalidad. De un lado, el ordenamiento transnacional, el derecho comunitario y el de la Unión Europea, influyen en el sistema penal nacional y al mismo tiempo resultan una fuente de contradicciones con el mismo. De otro lado, el "*espace judiciaire européen*", el "espacio de libertad, seguridad y justicia", constituye un concepto genuino de ordenamiento supranacional que implica y legitima un sistema de persecución penal supranacional. En este contexto merece atención un fenómeno más de la interlegalidad que hasta ahora ha pasado desapercibido: la influencia en el derecho penal europeo del ordenamiento penal de los Estados Unidos de América, esto es, la influencia de un ordenamiento local que se extiende globalmente. La evolución y los cambios más importantes que se han producido en los últimos años en el derecho penal provienen de este ordenamiento. En el ámbito de la parte general del derecho penal señalaría como botón de muestra el derecho penal de la empresa, la fijación de las consecuencias jurídicas en atención a la retribución ("*just desert*"), el establecimiento de penas privativas de libertad rigurosas y esquemáticas ("*sentencing schemes*"), endurecimiento de la pena como consecuencia de la reincidencia ("*three strikes-and you are out*") y

9. Por ejemplo DANNECKER ZStW 108 (1996), 577 (pp. 596 y ss.).

10. Sobre ello SATZGER, 2001, pp. 518 y ss. y en concreto sobre la interpretación conforme a una directiva en el derecho penal C. SCHRÖDER, pp. 321 y ss.

11. En relación con estas cuestiones, instructivo K. GÜNTHER en: HabermasFS, 2001, pp. 539 y ss. con ulteriores referencias; vid. además los distintos trabajos aparecidos en: LAMPE (Hrsg.) *Rechtsgleichheit und Rechtspluralismus*, 1995.

12. DE SOUSA SANTOS *Toward a New Common Sense*, 1995, p. 114.

13. DE SOUSA SANTOS, S. 473.

la aplicación restrictiva de las especiales consecuencias jurídicas del derecho penal juvenil ("you do adult crime-you do adult time"). En la parte especial podrían mencionarse ámbitos como los delitos económicos, informáticos, la criminalidad organizada y el blanqueo de capitales<sup>14</sup>, la "guerra" penal contra las drogas y el terrorismo, y la remodelación del derecho penal sexual ("sexual harassment"). Todos estos sectores se han generado en los Estados Unidos y se han extendido, se extienden o se extenderán previsiblemente a Europa. Lo que patentiza que en la actualidad el sistema norteamericano es el más influyente del mundo. Este influjo, en lo político, se produce de un modo informal, a través de contactos entre autoridades e instancias policiales y políticas, pero también formalmente mediante tratados internacionales cuyos borradores han sido acuñados en EE.UU. y, en la actualidad, mediante las resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas impulsadas por los EE.UU.<sup>15</sup>.

3. La europeización y americanización del derecho penal no son fenómenos que han de abordarse resignadamente como si se tratara de una evolución a la que inevitablemente estamos, ni como una más manifestación del paradigma económico de la globalización o del social tecnológico de la "fuerza de la realidad". Al contrario, se trata de hechos que pueden y deben ser objeto de análisis y crítica, con el fin de separar lo deseable de lo que no lo es y lo legítimo de lo que no puede serlo. Y aquí está el cometido de la

dogmática y política criminal europeas, que han de actuar negativamente, como filtro por el que han de pasar los impulsos procedentes de la interlegalidad antes de ser acogidos por las instancias europeas, pero también positivamente, contribuyendo a la creación de una identidad penal europea que debe buscarse en las constituciones y en la historia de nuestro derecho penal y sobre todo en el derecho vivo y vigente en la actualidad<sup>16</sup>. A esta identidad pertenece sin duda un humanismo específico que se traduce en la proscripción de penas extremas como la de muerte o la cadena perpetua<sup>17</sup>. Existe igualmente un particular entendimiento europeo de la tolerancia que resulta opuesto a una política de tolerancia cero contra meras contravenciones de carácter moral<sup>18</sup>. Una reciente aportación a la identidad penal europea es el reconocimiento del tribunal penal internacional aun a costa de una confrontación política y en parte también jurídica con los Estados Unidos<sup>19</sup>. Mantener e incrementar esta identidad penal es el cometido de la dogmática y de la política criminal europeas.

### III. La apertura metodológica y la primacía del pensamiento problemático frente al sistemático

1. El pluralismo y la apertura metodológica son consecuencias de la interlegalidad y del pluralismo jurídico, por ello en el marco de la política cri-

14. El blanqueo de capitales puede considerarse uno de los paradigmas de la americanización del derecho penal europeo (en el mismo sentido SCHUBARTH en: Bemann-FS, 1997, p. 430: "Geldwäscherei - Rezeption amerikanischen Rechts"; lo que a continuación se indica se fundamenta en la instructiva exposición realizada por KERN *Geldwäsche und organisierte Kriminalität*, Dis. jur. Regensburg 1993, pp. 79 y ss., 124 ss.). El concepto de "lavado de dinero" era en Europa absolutamente desconocido hasta la segunda mitad de la década de los ochenta del siglo XX. Su primera formulación se produce en el informe *Organized Crime and Money Laundering*, Washington D.C. 1984, presentado por el President's Commission on Organized Crime que había sido nombrado por el Presidente REAGAN. En ese mismo año se produce una regulación parcial del blanqueo de capitales en USA (*Comprehensive Crime Control Act of 1984*), dos años después se sanciona ya de forma completa (*Anti Drug Abuse Act of 1986*, vid. ahora 18 *United States Code* § 1956). El blanqueo de capitales tal como había sido conformado en los años 80 en América, se convierte en Europa en tema dogmático y político criminal, como consecuencia de la "masiva... presión" (Arzt NSZ 1990, 1) efectuada por los EE.UU. para que todos los Estados establezcan preceptos similares. En el Convenio de Viena sobre drogas de 1988, mediante el que los EE.UU. globalizaron jurídicamente su guerra contra las drogas, se contempla ya un precepto de blanqueo de capitales (art. 3.1 b). Desde el punto de vista político los EE.UU. procedieron tanto desde un modo bilateral (vid. ARZT op. cit. p. 1 s.), como multilateral en la cumbre de París del grupo del G7 de 1989 mediante el establecimiento de la Financial Action Task Force. Las recomendaciones de este grupo aprobadas en 1990 con el fin de impedir el blanqueo de capitales, fueron el fundamento de la directiva del Consejo de 10.6.1991 con el fin de impedir la utilización de sistema financiero para el blanqueo de capitales (DOCE L 166 de 28.6.1991 p. 77). Ya en 1990 el Consejo de Europa había aprobado su *Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds of Crime* (ETS Nr. 41). En la RFA estas disposiciones se introducen en 1992 y 1993 a través de la Ley contra la criminalidad organizada (OrgKG) y la Ley relativa al blanqueo de capitales (GwG).

15. La Resolución (1373) 2001 de 28.9.2001 acerca de la lucha contra el terrorismo internacional ha sido pionera en este punto.

16. En esta línea SIEBER ZStW 103 (1991), 957 (963).

17. Acerca de la pena de muerte, vid. Protocolo Nr. 6 de 28.4.1983 de la Convención para la protección de los derechos del hombre y las libertades fundamentales relativo a la abolición de la pena de muerte, ETS Nr. 114 y sobre el mismo MÖHRENSCHLAGER in: Baumann-FS, 1992, S. 297 (pp. 298 y ss.). Acerca de la cadena perpetua, vid. H.-M. WEBER *Die Abschaffung der lebenslangen Freiheitsstrafe*, 1999, p. 31 f. und 209 y s., en ambos casos con ulteriores referencias.

18. Acerca de la idea de tolerancia U. WEBER en: Kessler/Vitzthum/Wertheimer (Hrsg.) *Konflikt und Toleranz?*, 2002, pp. 227 y ss.

19. Vid. resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas 1422 (2002) v. 12.7.2002.

minal y dogmática penal europea resulta singularmente válido el que *Kuhl*<sup>20</sup> ha denominado "principio de apertura metodológica": todas las posiciones, ya sean "ontológicas" o "normativas", lógicas o funcionales, comprometidas con la idea ("moderna") de efectividad o con los viejos principios liberales, son igualmente válidas. La discusión alemana relativa a qué método por sí sólo resulta de aplicación en el contexto penal europeo<sup>21</sup> resulta errónea e incomprensible. En los centros donde se elabora el derecho penal europeo, esto es, en el Consejo de Europa, en la UE y en los correspondientes Tribunales, esta apertura metodológica no constituye un mero principio reconocido normativamente, sino una condición de las posibilidades de integración europea que se aprecia cotidianamente. Esta apertura no debe confundirse con arbitrariedad metodológica. Por citar nuevamente a *Kuhl*: "en la necesaria discusión acerca de un problema penal deben valorarse los distintos métodos y escoger aquel que aporte los mejores argumentos"<sup>22</sup>. A través de la alusión a la fuerza del mejor argumento se acoge la teoría de la argumentación, que aunque no constituye un método jurídico, representa un marco teórico y metodológico fructífero para Europa.

2. Además del postulado al que se acaba de hacer referencia, ha de otorgársele prioridad al pensamiento problemático frente al sistemático y a la resolución de cuestiones de hecho antes que a las cuestiones categóricas.

a) Esta primacía resulta indiscutida e incluso obvia en el marco de la política criminal europea, pues ésta se ocupa sobre todo de solucionar problemas sociales y normativos y sólo posteriormente de construcciones sistemáticas y categóricas. No obstante, existen en Europa un haz de principios político criminales como el de humanidad, tolerancia o culpabilidad. Estos principios no constituyen un sistema en el sentido de un conjunto de conceptos lógicos ordenados internamente de modo coherente y que permite establecer relaciones entre los distintos conocimientos singulares y derivar otros nuevos, si no que más bien, y no es poco, se trata de principios directrices de las diversas argumentaciones rela-

tivas a casos problemáticos singulares. Lo fructífero de tales argumentos lo muestra por ejemplo el vivo debate en el Consejo de la UE acerca de los límites de la punibilidad del comercio con la denominada pornografía virtual infantil, esto es, aquella elaborada mediante computador o a partir de imágenes de adultos<sup>23</sup>. En torno a este problema se han focalizado diversas cuestiones referentes a los principios de la política criminal: ¿dado que la experiencia en la persecución de estas conductas demuestra que no siempre es fácil refutar el argumento según el cual las imágenes se habrían elaborado a partir de adultos o mediante la utilización del computador, resulta admisible la creación de delitos de sospecha?; ¿pueden incriminarse conductas que son meramente amorales y cuáles son los límites político criminales a la hora de tutelar bienes jurídicos indirectos o hipotéticos?; ¿a la luz de derechos fundamentales como el de libertad de expresión o principios como el de proporcionalidad, resultan admisibles estos delitos?<sup>24</sup>. En el derecho alemán en relación con el § 184 IV, V StGB, en su redacción tras el art. 4.4 de la Ley de servidores de comunicación e información, no se ha producido hasta la fecha una discusión semejante en intensidad y cualidad.

b) No resulta tan sencillo fundamentar por qué también en la dogmática penal europea el pensamiento problemático ha de tener prioridad frente al sistemático. Para muchos una dogmática orientada al caso o al problema, que no opere deductivamente con conceptos o categorías enmarcadas a su vez dentro de un sistema de relaciones lógicas, constituye una *contradictio in adiecto*. La discusión es meramente terminológica. Las formulaciones dogmáticas, esto es, aquellas que se elaboran a partir del derecho vigente, pueden desarrollarse también inductivamente a partir de casos y problemas concretos, tal como demuestra cualquier "derecho de casos", cuyos precedentes, además, más que simples "dogmas" equivalen a los disposiciones de la ley en el derecho continental. En alguno de los países miembros de la UE, y entre ellos Alemania, se mantiene que resulta indispensable acoger una dogmática construida so-

20. (not. 6) p. 801.

21. Cf. SCHÜNEMANN en Roxin-FS, 2001, p. 1 (2 y ss., 12 y ss.).

22. (not. 6) p. 801.

23. El debate puede consultarse en el Registro oficial del Consejo de la Unión Europea a partir de la palabra clave "pornografía infantil" (<http://consilium.register.eu.int>). De acuerdo con el compromiso que hasta ahora se ha alcanzado —a mediados de Julio del 2002 aún no se ha aprobado ninguna versión final— los Estados miembros no están obligados a sancionar la pornografía infantil elaborada a partir de imágenes de adultos (art. 3 II a del Proyecto de una decisión marco del Consejo relativa a la lucha contra la explotación de niños y la pornografía infantil). La misma decisión se ha tomado en relación con imágenes construidas virtualmente y a la pornografía infantil elaborada para un uso privado [Art. II c) del Proyecto].

24. En relación con estas cuestiones vid. las consideraciones del TS de la Estados Unidos de América en su sentencia de 16.4.2000, John D. Ashcroft v. The Free Speech Coalition, 535 U.S. Part 1 (2002).

bre sistemas y categorías. Esta afirmación, en realidad, con frecuencia no significa otra cosa que la afirmación de que el propio sistema, por ejemplo, el alemán construido a partir de las categorías de acción, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad, es el más desarrollado, avanzado o simplemente el mejor y que por lo tanto debe ser adoptado en el derecho penal europeo<sup>25</sup>. Pues bien, aunque realmente hubiese una determinada dogmática penal que fuera sin lugar a dudas la mejor e incluso si el sistema acuñado en Alemania debiera considerarse obligatorio, no sería ni funcional ni normativamente adecuado transferirlo tal cual al derecho penal europeo. Desde un punto de vista normativo el derecho europeo es autónomo por lo que también lo es metodológicamente. Para la Unión Europea todos los ordenamientos nacionales deben tener igual valor, lo que implica a su vez que los correspondientes métodos con los que se elabora el derecho penal poseen también igual valor. Funcionalmente, la tarea de la dogmática es encontrar predicados dogmáticos referentes al derecho penal europeo comprensibles para todos. Como consecuencia de las diferentes construcciones sistemáticas nacionales resulta casi imposible un acuerdo amplio sobre los sistemas, lo cual por otro lado tampoco es cuestión prioritaria, pues las cuestiones de hecho tienen prioridad frente a las sistemáticas y categoriales<sup>26</sup>. La cuestión de si el dolo pertenece al injusto o a la culpabilidad o a ambas, resulta extraña para el *barrister* inglés o el *maître* francés que entienden los conceptos de injusto y culpabilidad no tanto como categorías dogmáticas, sino filosóficas o morales. Ante esta pregunta responderían qué consecuencias se derivan de una u otra posición y cuándo los jueces alemanes consideran existente el dolo, pregunta que a su vez colocaría a los juristas alemanes en un aprieto<sup>27</sup>. Los problemas penales, las cuestiones de hecho y las consecuencias que de ellas se desprenden se plantean en todos los ámbitos y pueden ser comprendidas por todos los penalistas. La cuestión, siguiendo con nuestro ejemplo, de los requisitos que son necesarios para afirmar y probar la existencia del dolo resultan de inmediato

comprensibles para el *maître* francés o el *barrister* inglés y en relación con las mismas tienen mucho que decir, pues se trata de un problema abordado en todos los ordenamientos penales europeos y aún fuera de este ámbito<sup>28</sup>. Los acuerdos que se alcancen en relación con estas cuestiones cristalizarán en soluciones conceptuales referentes a problemas que habrán de plasmarse en conceptos, dotados de lógica interna, lo que permitirá un control consistente de las decisiones arbitrarias o caprichosas, tarea que en definitiva constituye la razón de ser del pensamiento sistemático. En este sentido he intentado mostrar recientemente cómo, por ejemplo, en la dogmática de la participación pueden extraerse un gran número de conceptos relativos a la solución de problemas de carácter natural o normativo, individual o sistemático, orientados a la medición de la pena o a la responsabilidad, generales o particulares, relativos o no al carácter accesorio de la participación o referentes a la responsabilidad por supervisión, por conspiración o finalmente colectiva<sup>29</sup>. Esta manera de proceder disipa los temores de que una dogmática orientada al problema y a las cuestiones de hecho se traduzca en una creación libre del derecho o en una mera subjetividad tópica y divagante.

#### IV. Los problemas de la política criminal europea

1. Los problemas y las cuestiones de la política criminal europea<sup>30</sup> se dividen en dos grupos: aquellos que conciernen precisamente a las dimensiones que ésta puede alcanzar y aquellos otros cuyo punto de partida resulta también conocido en la política criminal nacional.

a) La cuestión político criminal más importante radica en cómo garantizar la legitimación democrática del derecho penal europeo<sup>31</sup>. En la actualidad ésta se satisface de un modo derivado mediante la legitimación democrática que tienen sus protagonistas, rehusando con ello a que el derecho penal europeo tenga eficacia directa. De este modo el principio penal de reserva de ley parla-

25. En este sentido SCHUNEMANN (not. 21, p. 11) para quien el nivel analítico alcanzado en Alemania debe ser también exigido y defendido en Europa frente a sistemas penales que, como el inglés andado en el siglo XVIII o el francés en el XIX, nos remontarían a una ideología "premoderna".

26. En sentido similar KÜHL (not. 6) pp. 801 y ss.

27. En relación con el problema de la dogmática carente de consecuencias prácticas, interesada únicamente en la sistematización y categorización, vid. los distintos trabajos de BURKHARDT, FRISCH, MUÑOZ CONDE und SALDIT in: Eser/Hassemer/Burkhardt (Hrsg.) *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, 2000, pp. 111 y ss.

28. Así por ejemplo la reciente investigación de KUGLER *Direct and Oblique Intention in the Criminal Law*, 2002 en el derecho israelí, que a decir de SACHAR representa una "island of lucidity in the ocean of criminal law theory" pues muestra que a los juristas no alemanes no les falta en modo alguno autoconciencia.

29. Vogel ZStW 114 (2002) 403 (404 y ss.).

30. Fundamental DELMAS-MARTY (Hrsg.) *Quelle politique pénale pour l'Europe?* 1993; vid. ahora JUNG en: Eser/Huber (Hrsg.) *Neighbours in Law*, 2001, pp. 141 y ss.

mentaria se salvaguarda formalmente: los parlamentos nacionales resultan siempre competentes para transponer los preceptos penales europeos, ya sea directivas, decisiones marco o Convenios. Desde un punto de vista material este hecho significa sin embargo un menoscabo de la reserva de ley, pues, en especial, las directivas y las decisiones marcos deben ser obligatoriamente traspuestas por los Estados miembros. Esta situación puede tolerarse cuando los instrumentos penales internacionales o supranacionales requieren del consentimiento de todos los Estados afectados, mediante el cual un gobierno puede rehusar obligar a su país cuando lo considere necesario. No obstante, cuando el principio mayoritario se introduce en el ámbito internacional o supranacional y unos Estados pueden imponerse sobre otros resulta necesario asegurar ya en este ámbito una participación parlamentaria<sup>32</sup>. En el marco de la Unión Europea se requiere por ello un derecho de iniciativa y al menos de codecisión por parte del Parlamento Europeo.

El segundo problema de política criminal europea radica en el control constitucional y judicial del derecho penal<sup>33</sup>. Singularmente en lo que se refiere a las decisiones marco (art. 34 II b TUE) existe una "laguna de control" en cuanto que, de un lado, el TJCE tiene en este ámbito una competencia restringida y de otro lado resulta también limitado el control por parte de los Tribunales Constitucionales nacionales. Un derecho penal constitucional europeo, tal como el que se configura en los art. 47 y ss. de la Carta europea de derechos fundamentales, y un control constitucional supranacional que pueda ser activado también por reclamaciones de los particulares resultan condiciones imprescindibles, tanto desde el punto de vista político criminal como constitucional, pa-

ra avanzar en la construcción del derecho penal europeo.

La tercera problemática de la que ha de ocuparse la política criminal europea consiste en determinar en qué ámbitos debe generarse un derecho penal europeo o procederse a una europeización del derecho penal nacional. La discusión en este punto puede empezar, por ejemplo, con la exigencia de que el derecho penal europeo se limitara a la descripción de los comportamientos típicos sin fijar las sanciones aplicables<sup>34</sup>. A este respecto ha de tenerse en cuenta también que la coordinación del sistema político criminal europeo se ha asegurado normativamente situándola en el núcleo del derecho primario de la Unión, en el espacio de seguridad y justicia, en la cooperación, coordinación y armonización. Desde un punto de práctico, este sistema coordinado de política criminal requiere determinar los problemas de Parte General y de Parte Especial que deben ser europeizados. En la actualidad esta europeización se realiza a partir de tres principios de política criminal: el principio de protección de los intereses propiamente europeos —como la protección de los intereses financieros de la Comunidad—<sup>35</sup>; el principio de lucha contra formas de criminalidad típicamente transfronteriza<sup>36</sup> —como ocurre con el derecho penal internacional, la criminalidad económica transnacional o el terrorismo internacional— y el principio de anexión, como ocurre con los preceptos penales que tienen que ver con el derecho agrario o del medio ambiente<sup>37</sup>.

c) Al lado de estos problemas existen otras cuestiones de política criminal europea cuyos puntos de partida no difieren de los que se plantean internamente: En todos los países se suscita el interrogante relativo a los sectores en los que debe prescindirse del derecho penal y sustituirlo por otras alternativas (desde la *Diversión* a la *Nonintervention*)<sup>38</sup>, o los sec-

31. Como ya había señalado SIEBER ZStW 103 (1991), 957 (969 y ss.); sobre esta cuestión y diferenciando vid. ahora SATZGER, S. 110 y ss., 121 y ss. con ulteriores referencias.

32. Sobre este punto de vista DOHRING DVBl. 1997, 1133 (1134); SEELER EuR 1998, 721 (729); relativizando SATZGER, p. 133 en not. 689.

33. El problema, aunque se plantea de un modo general, se ha discutido hasta ahora fundamentalmente en relación con Europol (al respecto resumidamente GLEB/GROTE/HEINE [Hrsg.] *Justizielle Einbindung und Kontrolle von Europol*, 2 Bde. 2001).

34. Vid. TIEDEMANN NJW 1993, 23 (26).

35. Para un resumen SATZGER (not. 4) pp. 328 y ss., con ulteriores referencias.

36. Aunque el tenor literal del art. 29 II del TUE se refiere a cualquier tipo de criminalidad, el principio de subsidiariedad obligaría a restringir por regla general la actividad comunitaria a los casos de criminalidad transfronteriza grave; en este sentido GEIGER, EUV/EGV, 2. Aufl. 2000, Art. 29 Rn 6.

37. Resulta especialmente clara en este sentido la fundamentación de la Propuesta de la Comisión de la directiva sobre la protección penal del medio ambiente COM(2001)139fin. de 13.3.2001. Resulta reconocido por el derecho comunitario que los Estados miembros en aras a una efectiva y no discriminatoria ejecución del correspondiente derecho comunitario —y no sólo en relación con la protección de los intereses propios de la Comunidad— deben preocuparse por establecer las sanciones pertinentes, incluso de naturaleza penal; sobre esta cuestión Satzger (not. 4) pp. 340 y ss., con ulteriores referencias.

38. En relación con las alternativas jurídicas al derecho penal L. SCHULZ en: Reichertz (Hrsg.) *Untersuchungen zu gesellschaftlichen Reaktionen auf Rechtsverletzungen*, 1998, pp. 116 y ss., e igualmente en: Haft/Wesche (Hrsg.) *Bausteine zu einer Verhaltenstheorie des Rechts*, 2001, pp. 420 y ss.



tores en los que debe ser limitarlo en aras a la libertad individual, mantener su status actual o expandirse<sup>39</sup>. En todos los lugares resulta necesaria la pregunta referente a la medida justa y adecuada de lo punible. Y en todos los países el legislador ha decidir las consecuencias jurídicas y las bases político criminales del sistema procesal penal: quién ha de decidir, con qué proceso y con qué criterios y quién debe ser perseguido y con qué finalidad. No obstante y a diferencia de lo que ocurre en la política criminal nacional, donde con frecuencia intervienen fines electoralistas, ideológicos o ex cátedra, en el marco europeo resulta una evidencia que la respuesta a las cuestiones anteriores ha de orientarse a partir de los criterios de razonabilidad que emanan del consenso alcanzado en un proceso de negociación entre las distintas delegaciones nacionales. Este modo de proceder exige de los teóricos la elaboración de estudios de política criminal comparada, disciplina que al día de hoy en Alemania aún se encuentra en sus comienzos<sup>40</sup>.

Ante este estado de cosas me limitaré a exponer resumidamente los rasgos esenciales de la actual política criminal europea: Salvo en lo que se refiere a la pena de muerte en la que ésta es claramente abolicionista<sup>41</sup>, en la actualidad la tendencia imperante es expansiva, en el sentido de que la "legislación marco" europea establece un mínimo sancionador común que los Estados miembros pueden superar pero no rebajar. Para la política criminal europea resultan inaceptables la existencia de paraísos jurídicos (*save heavens*) en los que una determinada conducta resulta impune: si tan sólo un Estado miembro tolerara conductas como el blanqueo de capitales, la represión de este comportamiento en el espacio europeo sería una farsa. Igualmente tampoco resulta aceptable político criminalmente en el marco europeo la existencia de un derecho penal fragmentario, en el sentido peyo-

rativo del término, esto es, con lagunas irracionales de punibilidad<sup>42</sup>. Por eso la lesión de los bienes jurídicos europeos debe ser sancionada con penas similares a la lesión de los bienes jurídicos nacionales similares, tal como proclama el principio de asimilación<sup>43</sup>. Más aún, la salvaguarda de la seguridad tanto para el conjunto de la sociedad como para los ciudadanos como potenciales víctimas de delito constituye en la actualidad el principio codificador principal contenido en el art. 29 I del TUE. El derecho penal, a tenor de este principio, es un derecho de seguridad, enderezado a una lucha y protección efectivas, a un control efectivo de la criminalidad y a una salvaguarda efectiva del cumplimiento de las normas jurídicas. La Unión está obligada por ello a impedir las agresiones a las libertades fundamentales de los ciudadanos<sup>44</sup> y por ello en la política criminal europea se reconoce que el derecho penal engendra un cuadro de relaciones tridimensional del que no forman tan sólo parte el Estado que sanciona y el autor que es castigado, sino también el resto de perjudicados por el hecho punible: los individuos, el propio estado, la sociedad y la economía. En este contexto resulta obvio para la política criminal europea que para generar seguridad las medidas penales y las de carácter extrapenal deben operar conjuntamente<sup>45</sup>. Si bien, y de otro lado, también constituye un principio fundamental el que ante las infracciones más graves (*grave breaches*) debe reaccionarse mediante el derecho penal y que la reacción penal tiene incluso carácter prioritario con el fin de evitar controles administrativos que graven indiscriminadamente a todos los ciudadanos y someter únicamente al infractor al control penal<sup>46</sup>.

La política criminal europea es especialmente innovadora en el ámbito de las consecuencias jurídicas. La necesidad de que las sanciones sean eficaces, proporcionadas y disuasivas, la denominado

39. Al respecto críticamente SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del derecho penal*, 1999.

40. Vid. JESCHECK en: Miyazawa-FS, 1995, pp. 363 y s. Entre la literatura extranjera, fundamental, DELMAS-MARTY *Les grands systèmes de politique criminelle*, 1992.

41. Vid. not. 17.

42. Como es conocido BINDING acuñó su conocida expresión del carácter fragmentario del derecho penal con una intención crítica (*Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts Besonderer Teil*, Bd. I, 2. Aufl. 1902, pp. 20 y ss.)

43. Vid. además TIEDEMANN NJW 1993, 23 (s.) y exhaustivamente GRÖBLINGHOFF *Die Verpflichtung des deutschen Strafgesetzgebers zum Schutz der Interessen der Europäischen Gemeinschaften*, 1996.

44. En relación con la problemática constitucional y europea de las obligaciones de protección, vid. recientemente JAECKEL *Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht*, 2001; SZCZEKALLA *Die sogenannten grundrechtlichen Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht*, 2002.

45. Vid. las Decisiones del Consejo de 28.5. und 28.6.2001 relativas a la consecución de una red europea para la prevención de la criminalidad y sobre el Programa para el desarrollo, el intercambio, la formación y el trabajo en común en el ámbito de la prevención de la criminalidad (Hippokratés), DOCE L 153 de 8.6.2001 p. 1 y L 186 de 7.7.2001 p. 11.

46. Vid. de nuevo la fundamentación de la propuesta de la Comisión citada en la not. 37. Esta argumentación ha sido utilizada por TIEDEMANN (últimamente en: Stree-Wessels-FS, 1993, p. 527 [530 y s.]) y resulta discutida en la literatura alemana (críticamente F. HERZOG *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge*, 1991, pp. 119 y ss.; VOLK JZ 1982, 85 [88]; WEIGEND en: Triffterer-FS, 1996, p. 695 [711 en not. 93]).

“trilogía de mínimos”<sup>47</sup>, se ha convertido en una expresión constante. Bajo el término “armonización de la pena” se ha conformado un sistema de marcos penales razonable que comprende, en los supuestos básicos, una pena lo suficientemente grave para permitir la extradición, esto es, una pena de prisión de al menos un año, límite que sólo se supera en los casos de comportamientos especialmente graves en los que se ha de imponer una pena de al menos diez años<sup>48</sup>. Igualmente se ha desarrollado un elenco de sanciones contra las personas jurídicas<sup>49</sup>. De un modo más incisivo que el existente en algunos ordenamientos, la política criminal europea ha activado medidas de confiscación de beneficios<sup>50</sup>. Finalmente la política criminal se ha completado en este terreno mediante una serie de medidas enderezadas a complementar y a ampliar los mecanismos de persecución penal, cuyos conceptos claves son la cooperación y la coordinación y que tomando como punto de partida el principio de reconocimiento mutuo, resulta tremendamente dinámica<sup>51</sup>.

2. La crítica a la política criminal europea se escandaliza de su retórica altamente punitiva: en ella se habla mucho de “lucha”, de “control” de la criminalidad, de justicia o de medidas de ejecución y poco de libertad, derechos o del principio de última ratio. El latín, definitivamente, no es el lenguaje de esta política criminal. No obstante, la alocución tan repetida de “respeto a los derechos y libertades fundamentales” no debe entenderse como una simple licencia retórica. Y así, y a modo de ejemplo, el Consejo de la Unión es consciente de que en la armonización de los preceptos penales sobre racismo y xenofobia debe encontrarse un punto de equilibrio con la libertad de expresión, de prensa y de asociación<sup>52</sup>. En cualquier caso no resulta desacertado señalar que las posiciones críticas y alejadas del aparato estatal, como singularmente la de los grupos de abogados, no han encontrado aún una representación adecuada ante las instancias comunitarias y no son tenidas

en cuenta. Igualmente tampoco ha tenido excesiva resonancia en Bruselas el que la existencia de ordenamientos y sistemas penales no armonizados y los costes de fricción que de ello se derivan pudieran tener el sentido de garantizar una división de poderes internacional y “checks and balances”<sup>53</sup>.

### V. Problemas y cuestiones de hecho de la dogmática penal europea

1. Como ya se ha indicado el cometido de la denominada dogmática penal europea radica en establecer los postulados del derecho penal europeo vigente, tanto si éste tiene eficacia directa como si se trata de derecho que en principio sólo resulta válido entre los diversos Estados miembros. El primer problema con que se encuentra esta dogmática penal afecta a su propia denominación: ¿resulta acertada la elección del término dogmática? En el contexto europeo se habla simplemente de “doctrina” del derecho penal o de teoría. De un modo aún más sencillo, PRADEL y CORSTENS han titulado “Droit pénal europenn” (1999) al primer manual dedicado de una manera exhaustiva al derecho penal europeo. De hecho fuera del derecho alemán y de su círculo de influencias resulta complejo explicar qué se quiere señalar al decir que el “derecho penal debe ser elaborado dogmáticamente” y no de un modo orientado al caso o al problema o de manera sistemática o teórica. En el contexto alemán por lo demás se empiezan a introducir conceptos como los que acaban de mencionarse<sup>54</sup>.

2. El objeto de la dogmática penal europea lo constituye en primer término los tipos penales europeos o “europeizados”, esto es, la Parte Especial<sup>55</sup>. De aquí puede extraerse una Parte General de la Parte Especial<sup>56</sup>, que habría de ocuparse de lo que en el lenguaje penal europeo se denomina “defini-

47. Al respecto GRÖBLINGHOFF, op. cit., pp. 24 y ss. y ahora SATZGER, op. cit., pp. 333 y ss.

48. Lo cual es políticamente vinculante tras la decisión 2423 adoptada en la reunión del Consejo de Justicia e Interior celebrado el 25./26.4.2002, vid. Documento del Consejo 7991/02 de 26.4.2002.

49. Contemplado por primera vez en el art. 5 del Segundo Protocolo de 19.6.1997 al Convenio de 26.7.1995 sobre la protección de los intereses financieros de la Comunidad, DOCE C 221 de 19.7.1997 p. 11, que con el tiempo se ha convertido en el texto base de los instrumentos penales.

50. Vid. últimamente Initiative of the Kingdom of Denmark with a view to the adoption of a Council Framework Decision on the execution in the European Union of confiscation orders, Ratsdok. 10701/02 v. 18.7.2002.

51. Al respecto VOGEL en: Vitzthum/Peno (Hrsg.) *L'identité de l'Europe*, 2002, pp. 353 y ss. con ulteriores referencias.

52. Vid. las conclusiones finales del documento del Consejo 8136/3/02 REV 3 de 29.4.2002.

53. VOGEL, op. cit., pp. 362 y s.

54. Acerca de la historia de este concepto vid. HERBERGER, *Dogmatik*, 1981.

55. Vid. nuevamente los trabajos de ARROYO, NIETO, DANNECKER, HÖPFEL, TIEDEMANN, PRADEL, KÜHL y FOFFANI en: Tiedemann (Hrsg.) *Wirtschaftsstrafrecht in der Europäischen Union*, 2002, pp. 199 y ss.

56. En relación con este concepto desarrollado por E. Wolf, vid. TIEDEMANN en: Baumann-FS, 1992, p. 7 (8, 10) con referencias.

ción" del hecho, en Francia "infracción", en el Reino Unido "offence" y en Alemania "tipo penal" y que se compone en todos los casos de un elemento objetivo (*élément matériel*, actus reus, tipo objetivo) de otro subjetivo (*élément moral*, mens rea, tipo subjetivo)<sup>57</sup>. O *sit venia verbo germanico*: La dogmática europea es en primer lugar dogmática relativa al tipo penal y sus problemas y cuestiones de hecho son los ubicados en la tipicidad.

Para la resolución de estos problemas resulta extraño a la dogmática penal europea un concepto característico de la dogmática alemana y de su ámbito de influencia: el bien jurídico. Este concepto no se encuentra dentro del acervo comunitario. De hecho los tipos penales europeos no se justifican únicamente mediante bienes jurídicos, sino también a través de intereses que resultan importantes para el bienestar común<sup>58</sup>. Esta circunstancia no supone un defecto de la dogmática penal europea; antes al contrario<sup>59</sup>. No todo aquello que legitima la intervención del derecho penal debe forzosamente pasar por la "cama de Procuero" del concepto de bien jurídico, tal como evidencian formulaciones, tan complejas de formular a la luz de este concepto, como "la seguridad del tráfico probatorio a través de los documentos" o la "lealtad en el ejercicio de la función pública". Y a la inversa, tal como muestra la impunidad de los daños imprudentes contra la propiedad, o más aún el patrimonio, la existencia de un bien jurídico por sí solo no justifica la intervención del derecho penal, ni las críticas que pueden efectuarse contra una determinada ley penal pueden reducirse a la ausencia de bien jurídico. Por lo que se refiere a su función inmanente, el servir de guía a la interpretación, el concepto de bien jurídico conjuntamente con la doctrina del fin de protección de la norma resulta superfluo y, desde un punto de vista lógico, circular, en cuanto que la determi-

nación de cuál es el bien jurídico protegido sólo puede alcanzarse a su vez por la vía de la interpretación<sup>60</sup>. Y por lo que se refiere a su función "trascendente", el servir de límite o crítica al derecho penal, ni históricamente ni en la actualidad ha sido cumplida de forma satisfactoria<sup>61</sup>. Mucho más efectivos han sido en este punto, tanto en el marco constitucional nacional como en el de la Unión Europea, el papel desempeñado por los derechos fundamentales o por los derechos humanos<sup>62</sup>.

b) De modo contrario a lo que sucede con el bien jurídico, otros conceptos de la teoría del tipo penal como el "comportamiento" (o, de una forma más usual, "acción"), la "consecuencia" (o "el resultado" en una terminología más frecuente) o la causalidad sí que resultan conocidos y abordados por la dogmática penal europea. No obstante, y en concreto, ésta se ha ocupado de aquellos problemas y cuestiones de hecho que se encuentran unidas a las funciones del tipo penal, su función formal y material y su cometido a la hora de establecer cuál debe ser el contenido del dolo y el ámbito del error<sup>63</sup>. En el derecho penal europeo es posible encontrar numerosos preceptos penales pertenecientes al "moderno derecho penal", poco determinados desde un punto de vista formal y muy amplios desde el material y que plantean numerosas cuestiones relativas al dolo o al error. Merecen subrayarse en este sentido dos tipologías de preceptos penales que propongo denominar como "mandatos de aislamiento" o "prohibiciones de corrupción".

Los primeros tienen como cometido el conseguir el aislamiento de determinadas materias o sustancias prohibidas o de potenciales autores de hechos punibles, prohibiendo cualquier tipo de contacto con los mismos: Nadie debe tener contacto alguno, comerciar, importar, exportar, adquirir, donar, solicitar, elaborar, facilitar el acce-

57. Al respecto VOGEL GA 1998, pp. 127 y ss.

58. En las consideraciones mediante las que se fundamentan los instrumentos de la CE o bien de la UE al lado de bienes jurídicos como el medio ambiente (vid. infra. Not. 37), se habla de derechos como, en relación con la explotación de menores y pornografía infantil, del derecho del niño a un desarrollo y crecimiento armónico, y de principios jurídicos como el racismo y la xenofobia (vid. DOCE C.75E de 26.3.2002 p. 269); de principios como libertad, democracia, respeto a los derechos fundamentales y humanos y de intereses protegidos jurídicamente como la protección de los intereses financieros de la Comunidad. Igualmente también se emplean otras expresiones como las de "condiciones importantes para el bienestar común", como ocurre con relación al abuso de información privilegiada y el blanqueo de dinero, en donde se habla de la transparencia y apertura del comercio internacional y del prestigio y la confianza en el sistema financiero.

59. Como han puesto de manifiesto APPEL *Verfassung und Strafe*, 1998, S. 311 ff. y LAGODNY *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, 1996, S. 141 ff., también desde la perspectiva constitucional depende en mayor medida del bienestar común que de bienes jurídicos.

60. Vid. NELLES *Untreue zum Nachteil von Gesellschaften*, 1991, pp. 289 y s.

61. Fundamental en este punto AMELUNG *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, 1972.

62. Como aquí APPEL y LAGODNY; críticamente NAUCKE *Strafrecht*, 9. Aufl. 2000, § 2 Rn 101: "nicht inhaltsreich genug".

63. Fundamental TIEDEMANN *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht*, 1969; vid. ahora ROXIN *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Bd. 1, 3. Aufl. 1997, § 10 Rn 1 y ss. En general acerca del pensamiento funcional en el derecho penal europeo VOGEL JZ 1995, 331 (336); y las reflexiones críticas en este punto de WEIGEND in: Roxin-FS, 2001, p. 1375 (1381 y s.).

so, poseer, guardar, utilizar con drogas ilegales, armas, imágenes de pornografía infantil o ganancias procedentes de hechos delictivos e igualmente nadie debe tener contacto alguno con potenciales autores de hechos punibles, o asociarse criminalmente con ellos, o formar parte de este tipo de asociaciones o apoyarlas, financiarlas o hacer propaganda de las mismas. En el caso de las "prohibiciones de corrupción" se trata de mantener libres de toda influencia los procesos de decisión, ya sean administrativos, políticos o económicos: Nadie debe por ello en uno de estos procesos ofrecer ventajas patrimoniales o bien solicitarlas, aceptarlas o exigir las.

Estos tipos penales plantean problemas desde el punto de vista del principio de determinación formal, pero también y sobre todo en lo referente a su contenido material de injusto. En ellos se prescinde de la tradicional distinción entre autoría y participación o entre tentativa y consumación e igualmente resultan mucho más difusos que en el derecho penal tradicional los límites entre el ámbito típico y comportamientos social o profesionalmente adecuados. Así ocurre, por ejemplo, con el abogado defensor que es pagado con dinero procedente de actividades delictivas<sup>64</sup> o con el vendedor que suministra bienes de "dual use" a una organización criminal o con el director de una clínica y profesor de universidad que acepta dinero para la investigación de industrias farmacéuticas sobre las cuales quizás deba emitir en el futuro dictámenes imparciales<sup>65</sup>. En estos preceptos se plantean también cuestiones relativas al dolo y a su prueba, como acaece especialmente con el dolo referente a la ilegalidad del objeto "aislado" o lo ajeno del beneficio. A la vista de esta serie de problemas, una de las tareas esenciales de la dogmática penal europea consiste en elaborar restricciones típicas convincentes y funcionales. De este modo, para cumplir con la función de garantía formal del tipo penal debe quedar excluida una interpretación y utilización extensiva de estos preceptos e igualmente, para respetar la función material de la tipicidad, la materia prohibida de-

ber ser delimitada por medio de una interpretación conforme con la Constitución, en aquellos casos en los que el comportamiento prohibido cae dentro del ámbito de protección de un derecho constitucional o humano, como ocurriría, en los casos anteriores, con el derecho a una defensa efectiva y la libertad de investigación. En lo que atañe a las funciones del dolo o el error, el error de valoración ha de tener como efecto la exclusión del dolo, la simple posibilidad no debe ser equiparada sin más al dolo y la prueba del dolo a partir de una serie de circunstancias objetivas, algo que por cierto permite expresamente el derecho penal europeo<sup>66</sup>, no debe operar como una suerte de presunción del dolo o delito de sospecha<sup>67</sup>.

3. En la dogmática penal europea, además de las cuestiones referentes al tipo penal, se conocen igualmente los presupuestos esenciales de la exclusión de responsabilidad que se corresponden con las causas de justificación y de exclusión de la culpabilidad en la sistemática alemana. En este sentido se diferencia entre justificación y exculpación, por resultar funcionalmente necesario a la hora de abordar cuestiones de hecho como si la persona que actúa posee un derecho de intervención que se corresponde con una obligación de tolerar por parte del afectado<sup>68</sup>. Pese a ello las categorías positivas de injusto y culpabilidad resultan ajenas a esta dogmática. A mi juicio esto no supone tampoco carencia alguna. Pues tanto el injusto, como la culpabilidad son categorías cuyos contenidos no están fijados de manera positiva sino negativa, esto es, como ausencia de causas de justificación, de exclusión de la culpabilidad o de exculpación. Y aunque ciertamente resulta necesario discutir los principios de las causas de justificación, exclusión de la culpabilidad y exculpación, de lo que pueden resultar conclusiones relativas a los conceptos de injusto y culpabilidad, sería un error proceder de manera contraria<sup>69</sup>. En cualquier caso ha de reconocerse que ni las causas de justificación ni las de exculpación constituyen aspectos centrales de la dogmática penal europea<sup>70</sup>. Pues en relación con muchos de los tipos penales europeos, por ejemplo, el fraude a los intereses fi-

64. BGHSr 47, 68.

65. BGH. Ur. de 23-5-2002 - 1StR 372/01.

66. Vid. art. 1 IV del Convenio de 26.7.1995 relativo a la protección de los intereses financieros de la Comunidad, DOCE C 316 de 27.11.1995 p. 49.

67. Sobre la imputación subjetiva en el derecho penal europeo vid. VOGEL en: Tiedemann (Hrsg.) *Wirtschaftsstrafrecht in der Europäischen Union*, 2002, pp. 125 y ss.

68. VOGEL op. cit. p. 146. Acerca del derecho penal francés vid. art. 122-5 I Code pénal, en el que se contiene como condición de la legítima defensa que se trate de una agresión antijurídica ("atteinte injustifiée"); sobre el derecho inglés vid. WATZEK *Rechtfertigung und Entschuldigung im englischen Strafrecht*, 1997.

69. Cf. H.-L. GÜNTHER *Strafrechtswidrigkeit und Strafrechtsausschluss*, 1983.

70. Vid. sin embargo, DANNECKER en: Tiedemann (Hrsg.) *Wirtschaftsstrafrecht in der Europäischen Union*, 2002, pp. 147 y ss.

nancieros de la comunidad, los abusos sexuales sobre niños o la falsificación del euro, apenas sí pueden imaginarse supuestos de justificación o exculpación. En el marco de otros tipos penales, como delitos contra el medio ambiente o contra la competencia que pueden ser realizados en situaciones de estado de necesidad económico, la existencia de justificación o exculpación suele fracasar ya que la situación de necesidad puede superarse de un modo exigible a través de comportamientos distintos al comportamiento delictivo<sup>71</sup>.

En este lugar sólo pueden mencionarse otros sectores que han sido abordados por la dogmática penal europea tales como la tentativa, el desistimiento activo especialmente en la constelación relativa a la delación y a los testigos protegidos, la participación, la imprudencia o el derecho penal internacional<sup>72</sup>. Igualmente ha de reseñarse que aunque hasta la fecha la dogmática penal europea no ha desarrollado un sistema penal generalmente reconocido, esta circunstancia tampoco constituye, en mi opinión, carencia alguna. Pues allí donde han de resolverse problemas y cuestiones de hecho se ha sido capaz de aportar soluciones que tanto analítica como constructivamente resultan impresionantes, tal como demuestra la responsabilidad de las personas jurídicas<sup>73</sup> en el derecho sancionador de la competencia<sup>74</sup>. En este sentido, la crítica en parte ideológica que se efectúa en este punto desconoce con frecuencia el nivel analítico y constructivo alcanzado<sup>75</sup>.

## VI. La equiparación entre la dogmática penal y la política criminal

1. El derecho penal europeo es un ámbito jurídico que pese a su reciente aparición se ha desarrollado con rapidez. Por esta razón la cuestión político criminal relativa a cuál ha de ser su evolución resulta, al menos, de tanta importancia como el análisis dogmático del derecho penal europeo vigente en el plano interestatal. De facto el derecho penal europeo ha conseguido reanimar el discurso político criminal en Europa que o bien se encontraba adormecido o a remolque de las elaboraciones norteamericanas. Esta discusión ha cristalizado en el "Corpus Iuris relativo a la protección de los intereses financieros de la comunidad", un estudio realizado por especialistas, por encargo de la Comisión y el Parlamento Europeo, sobre el derecho penal fiscal europeo y la estructura en esta materia de una fiscalía europea. A partir de las bases allí establecidas, pero con un contenido propio, la Comisión ha presentado el "Libro verde para la protección de los intereses financieros de la Comunidad y la creación de un Ministerio Fiscal europeo" con el fin de impulsar una amplia discusión político criminal<sup>76</sup>. Aunque la suerte final de estas iniciativas está aún abierta<sup>77</sup>, desde el punto de vista de la Ciencia penal las decisiones políticas no resultan aún decisivas, sino precisamente la dirección conjunta y la reanimación en el ámbito europeo de la discusión político criminal.

71. En el ámbito de la criminalidad organizada existen supuestos de justificación y exculpación que han de tomarse en serio, pues de un lado existen determinados autores que pueden encontrarse en una situación de estado de necesidad coactivo y, de otro, en relación con infiltrados con relación a los cuales también puede producirse una situación de estado de necesidad cuando no pueden realizar averiguaciones eficaces sin una participación en hechos delictivos o sin incurrir a su realización a los potenciales autores. En relación con estas cuestiones no parece aconsejable una discusión relativa a cuestiones sistemáticas o categoriales, en cuanto que las cuestiones que aquí se plantean trascienden a este tipo de discusión: así en los casos de estado de necesidad coactivo están a caballo entre la justificación, la exculpación y la mediación de la pena y en los casos de necesidad del agente infiltrado se entremezclan también cuestiones de derecho procesal.

72. Vid. al respecto nuevamente los trabajos de VOGEL, SCHÜNEMANN, DANNECKER, CANCIO y SUÁREZ en: Tiedemann (Hrsg.) *Wirtschaftsstrafrecht in der Europäischen Union*, 2002, pp. 91 y ss.

73. Resumidamente DANNECKER GA 2001, pp. 101 y ss.

74. Fundamental DANNECKER/FISCHER-FRITSCH *Das EG-Kartellrecht in der Bußgeldpraxis*, 1989; y ahora, DANNECKER en: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.) *EG-Wettbewerbsrecht*, 1997, Bd. I, art. 15 VO 17 Rn 68 y ss.

75. Cfr. KALIFA-GBANDI en: Huber (Hrsg.) *Das Corpus Juris als Grundlage eines Europäischen Strafrechts*, 2000, p. 91 (103 y ss.).

76. Documento de la Comisión, COM(2001)715final. De 11.12.2001; vid. al respecto la página de Internet [http://www.europa.eu.int/comm/anti\\_fraud/green\\_paper/index\\_en.html](http://www.europa.eu.int/comm/anti_fraud/green_paper/index_en.html). Sobre el Corpus Iuris vid. los estudios de DELMAS-MARTY (Hrsg.) *Corpus Juris portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne*, 1997; DELMAS-MARTY/VERVAELE (Hrsg.) *The implementation of the Corpus Juris in the Member States*, Bd. HV 2000-2001; VAN DEN WYNGAERT, *The Protection of the Financial Interests of the EU in the Candidate States. Perspectives on the Future of Judicial Intergration in Europe*, ERA-Forum 3-2001; y además los distintos trabajos en HUBER; BRAUM, JZ 2000, 493 ff.; HASSEMER, KritV 1999, 133 ff.; MANOLEDAKIS, KritV 1999, 191 ff.; OTTO, Jura 2000, 98 ff.; SPINELLIS, KritV 1999, 141 ff.; WATTENBERG, StV 2000, 95 ff.

77. Tras la discusión que sobre el "Libro Verde" tuvo lugar en la Jornada 2411 del Consejo de la UE para asuntos de justicia e interior y protección ante las catástrofes naturales el 28.2.2002, este proyecto ha sido rechazado, con el argumento de que aún no ha llegado el momento para dar este paso, vid. Documento del Consejo 6422/02 de 28.2.2002. Las tomas de posición de los gobiernos sobre el libro verde (pueden consultarse en la página de Internet citada en la not. 76) pueden dividirse entre aquellas que rechazan totalmente el proyecto (Irlanda y RU), aquellas que muestran sus reservas

2. Mas no es mi intención acabar diagnosticando únicamente el renacer de la política criminal en Europa, sino que más allá de este punto deseo para el futuro plantear la necesidad de que la Ciencia del derecho penal otorgue igual importancia a la política criminal. Necesidad que me gustaría fundamentar en primer lugar a partir de consideraciones específicamente europeas y en segundo lugar con reflexiones que se refieren a la discutible relación entre política criminal y dogmática<sup>78</sup>.

a) Mediante la discusión pública acerca del derecho penal europeo, la Ciencia penal debería contribuir a reducir el tan deplorado déficit de transparencia y democracia de la Unión Europea, la cual por cierto tras la publicación del Reglamento n.º 1049/2001 relativo al acceso público a los documentos del Parlamento Europeo<sup>79</sup>, del Consejo y Comisión tiene realmente un grado de transparencia superior al de los procesos nacionales comparables. No obstante, en cuanto que esta transparencia alcanza únicamente a los expertos, pero no a la opinión pública, una Ciencia penal que se siente vinculada al pensamiento democrático, está en la obligación de mediar, y traducir la discusión político criminal, entre las instituciones comunitarias, de un lado, y la opinión pública de otro. A ello difícilmente puede contribuir una Ciencia del derecho penal atrincherada en la torre de marfil de la dogmática con discursos difícilmente comprensibles para la opinión pública.

b) Con lo anterior he anunciado ya con carácter general mi conclusión final. Una Ciencia penal europea democráticamente orientada no puede ocuparse exclusivamente de cuestiones dogmáticas, sino que debe abordar con igual intensidad problemas político criminales, tal como han hecho siempre los "grandes" nombres del derecho penal europeo, y citaría aquí únicamente a VON LISZT

y ANCEL. En la actualidad la Ciencia penal en algunos Estados miembros otorga una importancia desproporcionada a las cuestiones dogmáticas, así, por ejemplo, en el marco alemán mientras que existen decenas de manuales de derecho penal, sólo existe uno, y por cierto no actual, de política criminal<sup>80</sup>. Una razón que explica este estado de cosas, bien podría radicar en que la política criminal es un ámbito esencialmente democrático y la Ciencia penal, tal como ha señalado DONNINI<sup>81</sup>, no se conceptúa como "*democrazia penale*", sino más bien como "*aristocrazia penale*". Dicho de una manera más gráfica: si hubiese un derecho penal ideal, del cual tuviera noticia un determinado penalista y éste lo transmitiera a sus fieles discípulos y a su vez en la legislación se vislumbrara su sombra de una forma más o menos incompleta, entonces sería lo mejor dedicarse a cultivar su teoría en estado puro en lugar de transitar los turbios territorios de la política criminal de cada día. Pero en democracia todo derecho, y también el derecho penal, proviene del pueblo y por ello los contornos del derecho penal vigente están determinados, dentro de los límites establecidos por el derecho constitucional, por el discurso político criminal preponderante en la opinión pública. Una Ciencia penal europea democráticamente orientada debe ser consciente de esta circunstancia con el fin de tomar parte e influir eficazmente en el discurso político criminal, mediante una voz que se sustente únicamente en la fuerza del mejor argumento. Igualmente el discurso dogmático no debe perder su relación con la política criminal y el derecho constitucional, pues en otro caso la dogmática penal sería marginada precisamente por estas materias. En este punto la Ciencia europea del derecho penal podría aprender algo de la norteamericana.

(Finlandia, Suecia y Alemania, vid. al respecto la Toma de posición común del Gobierno alemán y de los distintos Länder (s.f) y la resolución del Bundesrat de 31-5-2002, BT-DrS. 51/02) y las que lo apoyan, como es el caso de Holanda. Por esta razón la Comisión en la actualidad pretende realizar este proyecto a través de la Convención Europea, dr. Documento de la Comisión COM(2002)247in. de 22.5.2002 y las conclusiones que han resultado de la reunión de 16-17 de julio del 2002 en Bruselas. Entre las cuestiones que están en la agenda de la presidencia de la Convención Europea se encuentra por tanto la creación de una Fiscalía General Europa y que por tanto no tienen por qué ceñirse ha una fiscalía centrada en la protección de los intereses financieros de la Comunidad; vid. Documento del Convenio, not. 1.

78. Fundamental ROXIN *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 1971; HASSEMER *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, 1973. Vid. recientemente BAHLMANN *Rechts- oder kriminalpolitische Argumente innerhalb der Strafgesetzauslegung und anwendung*, 1999; MOCCIA in: Schönemann u.a. (Hrsg.) *Bausteine des europäischen Strafrechts*, 1995, pp. 45 y ss.; MORENO HERNÁNDEZ en: *Roxin-FS*, 2001, pp. 69 y ss.

79. DOCEL 145 de 31-5-2001, p. 43.

80. ZIPF *Kriminalpolitik*, 2. Aufl. 1980.

81. Vid. sólo la contribución de DONNINI a este volumen.