

XXI SEMINARIO INTERUNIVERSITARIO INTERNACIONAL DE DERECHO PENAL

DERECHO PENAL GENERAL Y DE LA EMPRESA

Jueves 14- viernes 15/06/2018

ÁREA DE DERECHO PENAL UNIV. DE ALCALÁ / FUNDACIÓN INTERNACIONAL DE CIENCIAS PENALES

RELACIÓN SOBRE EL DEBATE DE LA PONENCIA: EL ROL DE LA DOGMÁTICA PENAL ANTE LA TRANSFORMACIÓN DE LA POLÍTICA CRIMINAL Y DEL DERECHO PENAL, del Prof. Dr. D. SERGIO MOCCIA.

Viernes 15 de junio de 2018, 10 - 20 h.

Ponente: Prof. Dr. D. SERGIO MOCCIA.

Moderador: Prof. Dr. Dr. h. c. D. JAVIER DE VICENTE REMESAL.

Relator: Prof. Dr. D. VIRXILIO RODRÍGUEZ VÁZQUEZ.



EL ROL DE LA DOGMÁTICA PENAL ANTE LA TRANSFORMACIÓN DE LA POLÍTICA CRIMINAL Y DEL DERECHO PENAL

Ponente: Prof. Dr. D. SERGIO MOCCIA. Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Nápoles Federico II (Italia). Socio de la FICP.

Moderador: Prof. Dr. Dr. h. c. D. JAVIER DE VICENTE REMESAL. Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Vigo. Presidente de la FICP.

Intervinientes en el debate: Prof. Dr. Dres. h. c. D. MIGUEL DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO; Profa. Dra. Dña. INÉS OLAIZOLA NOGALES; Prof. Dr. Dr. h. c. mult. D. DIEGO-MANUEL LUZÓN PEÑA.

Relator: Prof. Dr. D. VIRXILIO RODRÍGUEZ VÁZQUEZ. Profesor Contratado Doctor (acred. Titular) de la Universidad de Vigo. Socio de la FICP.

Una vez terminada la ponencia, el moderador del debate, Prof. De Vicente Remesal, agradece al Prof. Moccia su intervención y, a continuación, concede la palabra al Prof. Díaz y García Conlledo.

El Prof. Díaz advierte que no va a hacer una pregunta suya, sino del Prof. Juan Antonio García Amado quien en una reciente reunión de colegas de penal y filosofía del Derecho preguntaba: ¿Cómo es posible que se pueda hacer dogmática en un régimen como el nazi o en el postnazismo, etc.?

El Prof. Moccia responde que la dogmática es un instrumento que está orientado por las elecciones de política criminal y, entonces, que es perfectamente legítima la dogmática nazista, en el sentido en que en la época pensaban que no valía el hecho sino el autor. Por lo que, ante esto, se puede contestar desde un punto de vista político: “no estoy de acuerdo”, pero otra cosa diferente es la dogmática que se crea con base en dichas premisas políticas.

A continuación interviene la Profa. Olaizola Nogales quien señala que ve en la actualidad dificultades para hacer dogmática debido a la mala técnica legislativa, por ejemplo con la transposición directa de normativa europea sin tener en cuenta la normativa interna.

El Prof. Moccia, contesta que Europa no crea normas penales sino que expresa que un cierto fenómeno o conducta debe ser resuelto con sanciones. Así que el país que recibe puede empeorar las cosas pero no mejorarlas porque el mínimo sancionatorio de la conducta es señalado por Europa. A continuación ilustra con base en la normativa europea que existe en materia de terrorismo que tendrían dolo de terrorismo, por ejemplo, los monjes budistas de Birmania que protestaban contra el gobierno, o los activistas que condenen la excavación de un túnel en una montaña para un tren de alta velocidad en Italia, o los jóvenes que se manifiesten en contra de la contaminación. Por lo tanto, dice que Europa transgrede garantías penales que los ordenamientos internos ofrecen. Así que a Europa no le importa que se cambie un principio fundamental sobre el que se funda la democracia, por ejemplo la legalidad o la irretroactividad de las normas penales. El Prof. Moccia declara que él cree en Europa, pero no en la Europa de las finanzas, sino en la Europa del Estado social, de la democracia, del Estado social de Derecho. Todo lo que reste civismo europeo, no es europeo. Por lo tanto se debe distinguir entre la Europa de la Europa y la Europa de los ciudadanos europeos, porque la Europa de la Europa significa la Europa de la burocracia, pero la Europa del civismo, de la cultura, es otra cosa y muchas veces resulta contraria a la primera de las Europas.

Finalmente, el moderador le concede la palabra al Prof. Luzón Peña quien expresa que hará dos reflexiones o preguntas. En primer lugar explica que la dogmática hace un análisis lógico, sistemático, técnicamente bien fundamentado del Derecho positivo vigente en un determinado momento y país, que le permite a los aplicadores del Derecho conocer cuáles son las diversas posibilidades de interpretación y de aplicación de ese Derecho positivo. Sin embargo, si la dogmática es más que pura técnica debería ser sincera y debería poner de manifiesto cuál es el trasfondo político criminal del Derecho positivo de un determinado país. Así, si en un país se observa una tendencia claramente expansiva, no restrictiva, de la legislación punitiva, ampliando cada vez más los tipos penales, avanzando las fronteras del Derecho penal más allá del daño concreto verificable, a un peligro concreto e inminente que requiere de una situación de inseguridad para el bien jurídico, y también a tipos de peligro abstracto, con un peligro tan lejano, que son presunciones *iuris et de iure* de peligrosidad muy remota; si un Derecho positivo tiende a esto, va en esta dirección, ¿qué le parece al Prof. Moccia la posición más legítima y más correcta como labor dogmática, aquella que se limita a decir, tipo Jakobs, yo no legitimo ese Derecho penal punitivista y expansivo que

adelanta cada vez más las barreras de protección penal muy lejos del daño concreto, pero describo la situación y digo que este es un Derecho que castiga los actos preparatorios o incluso describo que según este Derecho hay cierto tipo de delincuentes, de autores, profesionales, criminalidad organizada, terroristas (describo, no legitimo) que son enemigos que hay que eliminar o que combatir más eficazmente? Es decir, ¿resultaría más legítimo este Derecho penal explicativo que diga precisamente porque reconozco la orientación de política legislativa de un país en un sentido de dureza y de expansión del Derecho penal, opto por plantearle a los aplicadores del Derecho una interpretación más coherente con esa orientación más punitiva y expansiva, o por el contrario es más legítima una dogmática anti-legislador, que intentara no ya de *lege ferenda* sino de *lege lata* plantearle al aplicador del Derecho, al Ministerio Público, a los jueces y a los abogados, pautas de aplicación más restrictivas, considerando que este Derecho no es legítimo? ¿O una tercera vía, de la neutralidad, no en el sentido Jakobs, sino en un sentido de poner de manifiesto que existen las dos posibilidades interpretativas y dejar que sea el aplicador del Derecho quien opte por una u otra?

En segundo lugar el Prof. Luzón explica que en nuestro país Muñoz Conde defendió la legitimidad y corrección de una dogmática crítica, comprometida, alternativa, es decir, de una dogmática no aséptica, ni neutral, sino crítica con el Derecho vigente cuando este es irracional, excesivamente punitivo o clasista. Por lo tanto, le pregunta al Prof. Moccia, ¿es correcto hablar de dogmática crítica o por el contrario la dogmática debería ser más bien neutral?

A la intervención del Prof. Luzón el ponente contesta que la dogmática se limita a describir, por lo tanto si una norma escrita dice “se condena el pensamiento y no la acción”, la dogmática no puede decir “se condena la acción y no el pensamiento”, se tendrá que decir que en ese ámbito político la conducta consiste en un “pensamiento”. Pero esta es una decisión política y encontramos muchos argumentos para decir que esta decisión política, no técnica, es una decisión legítima, en el sentido de posible. Pero dentro de un sistema que conoce de Derechos fundamentales esta norma es ilegítima, no en el sentido de que no existe. Si yo debo hacer la interpretación de una norma no puedo decir: “bueno sí, se ha escrito pensamiento pero se debe entender acción”. Pensamiento es pensamiento y es ilegítimo. Por lo tanto, puedo pedirle al juez tomar decisiones de legitimidad constitucional o recoger firmas para hacer una reforma legislativa que

suprima esta norma. Es más, indica el Prof. Moccia, incluso Jakobs cuando dice que “describe”, al hacer afirmaciones, “prescribe”: cuando dice que “el terrorista o el mafioso no tienen la dignidad del hombre” es una decisión de valor conforme a la cual toda la descripción que hace es correcta. Por eso, el Prof. Moccia insiste en que la referencia a los principios son principios normativos, no son principios de la buena voluntad o de nuestras utopías (aunque pueden incluso coincidir); son principios de la Constitución que con una hermenéutica incluso sencilla se logran contraponer a tantas decisiones políticas que se toman en tantos países europeos. Por lo que esa presunción de inocencia que tenemos en relación con Europa, tiene que acabarse. No es inocente Europa cuando, sin una línea de política criminal, o mejor dicho, con una línea represiva, prescribe normas que pueden ser solo empeoradas. Esto está muy lejano de una democracia.