



La internacionalización del Derecho penal como reto para el principio de determinación penal

Helmut Satzger

Universidad de Munich

Revista Penal, n.º 21.—Enero 2008

RESUMEN: Los mandatos del principio de determinación penal no son fáciles de materializar en el ámbito nacional. Dificultades casi insuperables surgen si Derecho internacional y Derecho europeo influyen en el contenido de los tipos penales. Objeto de las siguientes consideraciones es indagar si en este ámbito se pueden hacer reducciones en las exigencias de determinación.

PALABRAS CLAVES: Derecho penal internacional, Derecho penal europeo, principio de legalidad, principio de determinación, interpretación de tipos penales, Corte Penal Internacional, Código penal internacional, crímenes contra la humanidad, leyes penales en blanco, cláusulas generales.

ZUSAMMENFASSUNG: Die Vorgaben des strafrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatzes sind bereits auf nationaler Ebene nicht leicht zu Erfüllen. Nahezu unüberwindbare Schwierigkeiten können entstehen, wenn Europa— und Völkerrecht den Inhalt von Straftatbeständen (mit-)beeinflussen. Ob hier Abstriche an die Bestimmtheitsanforderungen gemacht werden können, ist Gegenstand der folgenden Betrachtungen.

SCHLÜSSELWÖRTER: Völkerstrafrecht, Europäisches Strafrecht, Gesetzlichkeitsprinzip, Bestimmtheitsgrundsatz, Auslegung von Tatbeständen, Internationaler Strafgerichtshof, Völkerstrafgesetzbuch, Verbrechen gegen die Menschlichkeit, Blankettstrafgesetze, Generalklauseln.

SUMARIO. I. Introducción. II. El principio de determinación penal. 1. Componente garantizador de libertad del principio de determinación. 2. El componente asignador de competencia del principio de determinación. III. Derecho penal internacional y principio de determinación. IV. Derecho penal europeo y principio de determinación. V. Observación final.

I. Introducción

El mandato de determinación constituye —junto con la prohibición de retroactividad, prohibición de analogía y prohibición de la costumbre como fundamento de sanción penal— un elemento del principio de legalidad, el cual está previsto en el párrafo primero del Código penal

alemán (*Strafgesetzbuch*, StGB)¹. Allí se establece: «Un hecho solo puede ser penado si la punibilidad ha sido determinada legalmente antes que el hecho se hubiere cometido». Este dispositivo, que fue llevado por el autor de la influyente Ley Criminal de Baviera de 1813 —*Anselm von Feuerbach*— a la conocida formulación latina² «*nulla poena sine lege*», se presenta hoy, a primera vista, como

1. Cfr. KREY, *Keine Strafe ohne Gesetz*, 1983, n.º marg. 1; con mayores indicaciones GRIBBOHM, en *LK-StGB*, 11.ª ed. (1992), § 1, n.º marg. 1.

2. ESER, en SCHRÖNKE/SCHRÖDER, *StGB*, 26.ª ed. (2001), § 1, n.º marg. 1; KREY (nota 1), n.º marg. 17; SCHMITZ, en *MünchKomm-StGB*, 2003, § 1, n.º marg. 1.

evidente. El ordenamiento jurídico asigna claramente a este principio el más alto significado no solo a través de su ubicación en la primera línea del StGB, sino también a través de su repetición literal en el art. 103 II de la Constitución Federal Alemana (*Grundgesetz*, GG). Sin embargo, cuan poco evidente es el cumplimiento del principio de legalidad lo muestra una mirada a nuestra historia reciente: la legislación bajo el dominio del nacional socialismo es una muestra visible de la fragilidad y predisposición del principio «*nullum crimen*». En 1935 se dejaron de lado, de un plumazo, todas las garantías penales elementales con las que se contaba³.

El nuevo § 2 StGB de aquel entonces, que estuvo vigente hasta 1945, indicaba: «Será sancionado, quien realice un hecho que la ley declara punible o quien según el principio de una ley penal y según el sentimiento sano del pueblo debe ser sancionado. Si no se encuentra una determinada ley penal de aplicación inmediata al hecho, entonces el hecho debe ser sancionado conforme a la ley cuyo sentido se adecue mejor al caso». ¡Aquí no queda rezago alguno del principio de legalidad!

En lo que sigue, se realiza un acercamiento a la problemática del mandato de determinación de las leyes penales en un contexto internacional. Se profundizará en aquellos problemas de creciente importancia en el Derecho europeo y en el Derecho penal internacional frente a los cuales se encuentra hoy el principio «*nullum crimen*» del Derecho alemán.

II. El principio de determinación penal

1. Componente garantizador de libertad del principio de determinación

Comúnmente se atribuyen al mandato de determinación dos direcciones bastante distintas. La primera contiene un componente que garantiza la libertad, el cual consiste en que obliga al legislador a delimitar claramente lo prohibido de lo permitido. Los elementos del tipo deben estar descritos taxativamente de modo tal que el alcance y el ámbito de aplicación de los tipos penales sean reconocibles y se dejen determinar mediante interpretación⁴. Sin

embargo, en la práctica estas exigencias no se realizan a plenitud. De otro lado, en la jurisprudencia constitucional se encuentran solamente ejemplos aislados de tipos penales cuya insuficiencia en determinación ha sido comprobada⁵.

Así, el tipo que declara: «Quien lesiona el orden público o quien actúa contra los intereses de las fuerzas armadas aliadas o contra uno de sus miembros será sancionado penalmente...», fue declarado nulo⁶ por su insuficiente nivel de determinación —sin duda alguna con razón—. Sin embargo, otros tipos que poseen valores expresivos igualmente deficientes ante los ojos del BVerfG se mantienen (todavía) conformes a la Constitución, así p.e. la extremadamente breve redacción del tipo de injuria («La injuria será sancionada penalmente...»)⁷. Con el componente garantizador de libertad del principio de determinación se hace referencia a un derecho subjetivo del ciudadano. Éste debe estar en condiciones, debido a una clara formulación de la ley penal, de poder evitar una sanción penal a través de un comportamiento correcto⁸. De esto se sigue que el contenido y el significado de las prescripciones penales se determinan fundamentalmente desde el punto de vista del ciudadano, por ser éste el primer destinatario de la ley penal⁹. Naturalmente no existe «el ciudadano» y, con ello, «el destinatario» y nunca puede ser tomado en cuenta cada individuo —piénsese p.e. en un enfermo mental o en un analfabeto—. Pero esto corresponde a un problema general: ninguna ley puede ser formulada de manera tan correcta que pueda ser comprendida, en todo su alcance, por cada destinatario de la norma. Correctamente el BVerfG concede aquí al legislador un amplio margen de discrecionalidad en la tipificación y abstracción empleada pues sino, las leyes serían muy rígidas y casuísticas y no se podrían adaptar «ni al cambio de las circunstancias, ni a la particularidad de cada caso»¹⁰. Así p.e. las cláusulas generales necesitadas de interpretación no están *per se* prohibidas¹¹. Pero, en la medida en que el legislador —autorizadamente— se sirva de normas necesitadas de interpretación, para la pregunta de la determinación no tiene que referirse a cada ciudadano, sino a la capacidad de comprensión de un «destinatario razonable de la norma»¹². Pero con esto solo ha quedado aclarado la perspectiva mediante la cual se tiene que valorar la obligación de determinación.

3. GRIBBOHM (nota 1), vor § 1, n.º marg. 1 (Historia de surgimiento); KREY (nota 1), n.º marg. 24 y ss.

4. Res. Jurisprudenciales, cfr. BVerfGE 25, 269 (285) = NJW 1969, 1059; 75, 329 (340 y s.) = NJW 1987, 3175 = NSZ 1987, 450.

5. KUNIG, en v. MÜNCH/KUNIG, GG III, 4.ª/5.ª ed. (2003), art. 103, n.º marg. 27.

6. Cfr. BayVerfGHE 4, 194 (204); v. SCHMITZ (nota 2), § 1, n.º marg. 46.

7. BVerfGE 93, 266 (290) = NJW 1995, 3303 = NSZ 1966, 127 = NVwZ 1966, 159.

8. V. p.e. BGHSt 28, 313; cfr. también SCHMITZ (nota 2), § 1, n.º marg. 39; ESER (nota 2), § 1, n.º marg. 20.

9. V. BVerfGE 71, 108 (116) = NJW 1986, 1671 = NVwZ 1986, 631; 73, 206 (236) = NJW 1987, 43; BVerfG, NJW 1995, 1883.

10. BVerfGE 75, 329 (342) = NJW 1987, 3175 = NSZ 1987, 450; 81, 70 (94) = NJW 1990, 1349 = NVwZ 1990, 551.

11. BVerfGE 45, 363 (371) = NJW 1977, 1815; 48, 48 (56) = NJW 1978, 1423.

12. Cfr. RÜPING, en BK-GG, 1990, art. 103 II, n.º marg. 24 («comprensión... no como diagnóstico psicológico-individual, sino como posibilidad de conocimiento generalizado»); similar SCHMIDT-ARMANN, en MAUNZ/DÜRIG, GG, 1992, art. 103 II, n.º marg. 179.

El siguiente paso es importante: saber si este ciudadano razonable en verdad puede reconocer o no la punibilidad de un determinado comportamiento contenido en una norma penal es resultado de un «acto de búsqueda del Derecho» [ndt.: en sentido de «acto de interpretación»]¹³. Esta labor puede exigir poco «esfuerzo intelectual» del ciudadano si los presupuestos de punibilidad se hayan descritos con términos relativamente exactos y cercanos al lenguaje coloquial; como en el caso del delito de daños cuando solamente se trata de constatar si alguien efectivamente ha dañado o destruido una cosa ajena. Pero esta labor se puede convertir en una empresa apenas realizable¹⁴ para el ciudadano razonable —como frecuente ocurre cuando un sector del Derecho penal se haya previsto en diversas leyes especiales con sus remisiones, cláusulas generales y conceptos que son propios de cada especialidad—. Adicionalmente, al valorar el grado de dificultad y, con ello, el grado de tolerancia de la «búsqueda del Derecho», se debe considerar que en este sector se trata en gran parte de un «Derecho penal de expertos» (p.e. Derecho penal de vinos o Derecho penal de alimentos). Si aquí el autor pertenece al círculo de «expertos» a los cuales están dirigidas las normas penales, entonces se pueden imponer mayores exigencias a su nivel de «entendimiento». Pero también aquí se debe tener cuidado: el criterio del «experto razonable» no debe inducirnos a orientar la norma solamente a «los viejos zorros» dentro de un grupo profesional. El Derecho penal es punto de orientación también para los inexpertos, incluso también para potenciales miembros de dicho grupo profesional¹⁵. Esto debe ser tomado en cuenta.

2. El componente asignador de competencia del principio de determinación

El segundo elemento del principio de determinación —el cual tiene el mismo grado de importancia que el componente garantizador de la libertad— es su componente asignador de competencia. En tanto que no se exige cualquier tipo de determinación, sino una determinación realizada por la ley, el § 1 StGB y el art. 103 II GG precisan una reserva legal¹⁶. Si bien con ello no se cierra la posibilidad de que el legislador estipule prescripciones penales a

través de reglamentos, sin embargo, esto siempre supondrá que los presupuestos de la punibilidad así como el tipo y la medida de la pena, tengan que poder ser reconocidos por el ciudadano desde el momento de la autorización legal para la expedición del reglamento. El legislador solo debe dejar en manos de quien expide el reglamento la especificación del tipo penal¹⁷.

III. Derecho penal internacional y principio de determinación

Con este entendimiento de la determinación penal de fondo, puramente nacional, dirigimos la mirada ahora al ordenamiento jurídico internacional. Desde hace diez años vemos noticias —casi a diario— sobre el trabajo del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia en Den Haag. *Carla del Ponte* —la responsable de entablar las denuncias—, las imágenes del proceso contra *Milosevic* y otros procesos seguidos ante este tribunal —abreviado en el uso internacional como ICTY¹⁸— nos son bien conocidas por periódicos y televisión. Una jurisdicción internacional de este tipo habría sido absolutamente impensable hace pocos años —en tiempos de la guerra fría—. Con la consolidación de la Corte Penal Internacional (CPI), impulsada por la voluntad y la política de los Estados individuales¹⁹, se logra un foro permanente para juzgar delitos internacionales—surgido ya no bajo la sombra de una justicia de vencedores—. Con esto se ha hecho realidad un viejo sueño de la humanidad pese a la oposición de algunos Estados —especialmente USA—.

Estos tribunales internacionales no aplican Derecho nacional, sino directamente Derecho penal internacional. El Derecho penal internacional comprende todas las normas que fundamentan una punibilidad directa del individuo conforme al Derecho internacional²⁰. El contenido y extensión del Derecho penal internacional es determinado solo por el Derecho internacional²¹. El Derecho penal internacional conoce hoy cuatro crímenes internacionales: genocidio, crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra y agresión. Sus presupuestos —con excepción de la agresión— son enumerados detalladamente en el Estatuto de Roma²² para definir la

13. Cfr. SATZGER, *Die Europäisierung des Strafr.*, 2001, p. 246.

14. Consideraciones de exigibilidad son expuestas en la literatura en este contexto, p.e. KARPEN, *Die Verweisung als Mittel der Gesetzgebungstechnik*, 1970, p. 1961.

15. Sobre la problemática del «Derecho penal de expertos» en detalle SATZGER (nota 13), p. 242 y ss.

16. Sin embargo, esta es más especial que la reserva legal general de Derecho público, véase KREY, *Studien zum Gesetzesvorbehalt*, 1977, p. 38; VEIT, *Die Rezeption technischer Regeln im Strafr und Ordnungswidrigkeitenr.*, 1989, p. 90; cfr. También TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafr.*, 1969, p. 193.

17. Véase solo *BVerfGE* 22, 1 (18) = *NJW* 1967, 1555; 78, 374 (383) = *NJW* 1989, 1663 = *NSZ* 1989, 229; *BVerfG*, *NJW* 1993, 1909.

18. Abreviatura para Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia.

19. En detalle sobre el particular SATZGER, *Int. und Europ. Strafr.*, 2004, Cap. 4.

20. WERLE, *Völkerstraf.*, 2003, n. marg. 71.

21. EISELE, *JA* 2000, n. marg. 424.

22. Sartorius II, Nr. 35.

extensión de la competencia material de la Corte Penal Internacional.

Si en el Derecho penal internacional se exigiera la validez de un principio similar al principio de determinación del Derecho alemán, entonces no solo todos los tipos penales contenidos en el Estatuto de la CPI tendrían que poseer un grado correspondiente de determinación para poder ser fundamento suficiente en futuros juzgamientos, sino que tendrían que ser medidos bajo estas mismas exigencias todos los tipos penales internacionales empleados por los tribunales internacionales hasta el momento. Ya una mirada al tipo de crímenes contra la humanidad, como fue formulado en el Estatuto del *Tribunal Militar de Nürnberg* (23) —el ejemplo histórico para todos los tribunales internacionales posteriores—, pone de relieve que aquí se conformaron, evidentemente, con un escaso grado de determinación. En el art. 6 I, lit. c. se indica: «Crímenes contra la humanidad son: asesinato, exterminio, esclavización, deportación y otras acciones inhumanas...». Aquí el concepto de «otras acciones inhumanas» no se adecúa, con seguridad, al estándar de determinación que exige la Constitución debido a que el ciudadano razonable no podría reconocer, sin más, qué se debe entender por tales acciones.

Pero si contra la legitimidad de los tipos penales internacionales se objeta una falta de determinación, no se está valorando ni el surgimiento del Derecho penal internacional ni su naturaleza. El Derecho penal internacional surgió como Derecho de la costumbre internacional, donde la costumbre en el ámbito del Derecho internacional constituye —junto con el Derecho de los tratados internacionales— una de las más importantes fuentes de Derecho²⁴. Por esto, desde el inicio fue imposible que los tipos penales internacionales sean considerados como una «gran obra» de un legislador imaginario. Éstos solo pudieron desarrollarse poco a poco de la mano de acontecimientos individuales. Es por ello que los estatutos de los tribunales penales internacionales habidos hasta el momento, estuvieron siempre orientados a codificar la costumbre internacional existente, pero no a la creación de nuevo Derecho penal internacional.

Esta particularidad objetiva del Derecho penal internacional debería ser una explicación suficiente de que en el Derecho penal internacional no se puede exigir un «determinación legal»; pues una determinación buscada mediante la costumbre jurídica tiene que permanecer, necesariamente, detrás de las exigencias de determinación válidas para un ordenamiento jurídico normado y escrito. Por eso, en el Derecho penal internacional solo puede existir un principio de determinación relativizado, cuyas exigencias

permanecen considerablemente detrás de las exigencias del Derecho penal alemán²⁵.

Ahora, si esto es un problema o no, y en caso de respuesta afirmativa, cómo se puede remediar esto, no será abordado aquí. Baste decir que el déficit de determinación necesario es, de momento, un hecho inevitable.

Otros problemas interesantes se presentan si dejamos el ámbito del Derecho penal internacional puro y nos adentramos en un estudio que lo relacione con el Derecho alemán y, con ello, con el mandato de determinación alemán. Esto sucede cuando los delitos internacionales, tal como han sido materializados en el Derecho internacional, tienen que ser juzgados ante tribunales alemanes. Esto es posible e incluso aconsejable —también después del establecimiento permanente de la Corte Penal Internacional— pues la CPI no tiene que ser la encargada de juzgar centralizadamente todos los delitos internacionales cometidos en el mundo. La Corte no está en capacidad de esto, ni organizativamente, ni en lo que se refiere al personal necesario. Antes bien, en el Estatuto de Roma subyace el llamado principio de «complementariedad». Esto significa que la CPI ejerce su jurisdicción solo cuando un Estado —quien realmente sería el llamado a juzgar a través de sus tribunales nacionales, especialmente porque los crímenes internacionales han sido cometidos en su territorio— «no tiene la voluntad o no está en la capacidad»²⁶ de ejercitar la persecución penal. El Estatuto de Roma se basa así en el concepto según el cual, en primera línea, han de ser los propios estados los competentes para juzgar los crímenes internacionales conforme a su Derecho penal y a través de sus propios tribunales nacionales. Solo si no lo hacen o no lo realizan debidamente, será la Corte la llamada a llevar a cabo el juzgamiento.

Con la finalidad de que los tribunales alemanes estén en la capacidad de juzgar conforme al Derecho penal alemán todos los crímenes internacionales de la forma en que éstos han sido establecidos en el Estatuto de Roma²⁷, se ha complementado el Derecho penal alemán —conforme a la idea principal del Estatuto— con el Código Penal Internacional (*Völkerstrafgesetzbuch*, VStGB) que entró en vigencia el 30.06.2002²⁸. En esta ley se formulan, en lo fundamental, los tipos penales del Estatuto de Roma y se les integra en la sistemática del Derecho penal alemán. En los hechos se procedió a transformar los tipos penales del Estatuto en Derecho alemán.

Pero si los tipos penales del ordenamiento jurídico internacional que —como ha sido visto— solamente conocen un mandato de determinación relativizado, son integrados casi en su totalidad sin modificación alguna, en el ordenamiento jurídico alemán en el que rige un exigente prin-

23. Accesible en Internet bajo www.icls.de/dokumente/imt_statut_dt.pdf (Actualización: Agosto 2004).

24. Cfr. art. 38 I, lit. B IGH-Statut (Sartorius II, Nr. 2).

25. Sobre las consecuencias de la aplicación directa del Derecho internacional en Alemania SATZGER, *NSStZ* 2002, 126.

26. Cfr. art. 17 Estatuto CPI.

27. Sobre los motivos para la dación del Código penal internacional alemán véase *die Begr. RegE* BD-Dr 29/02, p. 23.

28. BGBl 2002 I, 2254.

cipio *nullum-crimen* —por lo menos aproximadamente—, entonces se pre-programa directamente un conflicto con el principio de determinación de acuñación alemana. Y de hecho aquí radicó una de las tareas más difíciles en la elaboración del Código penal internacional: de un lado, en razón a la complementariedad se debió transformar el Estatuto de Roma en Derecho alemán de la manera más fiel posible; de otro lado, el VStGB —como ley alemana— debió ser configurado de tal modo que compatibilice —todavía— con las disposiciones constitucionales. Sobre todo en cuanto al cumplimiento del principio de determinación penal del art. 103 II GG²⁹.

En algunos puntos, el VStGB ha sacrificado el principio de complementariedad —en relación al mandato de determinación— permaneciendo, conscientemente, detrás del Estatuto de Roma³⁰. Una transformación que tomase en consideración al mismo tiempo el estándar de determinación alemán fue aquí evidentemente imposible: p.e. el § 7 del VStGB prevé, como una variante de crímenes contra la humanidad, que el autor mediante violencia mantenga detenida a una mujer embarazada con la intención de influenciar la composición étnica de un pueblo. El tipo similar del Estatuto de Roma prevé por el contrario un tipo subjetivo mucho más amplio que contiene una alternativa adicional: la detención forzada de las embarazadas también constituye crimen contra la humanidad si el autor obra con la intención de lograr «otras lesiones graves del Derecho internacional» —nada taxativas—³¹. Con una transformación de esta parte del tipo subjetivo no se hubiese alcanzado, con seguridad, la medida alemana de determinación del tipo, de tal modo que el legislador alemán ha hecho bien en formular el tipo penal más restrictivamente en el VStGB y, de este modo, con un mayor grado de determinación³². Una aclaración: por supuesto que con esto la extensión del tipo de crímenes contra la humanidad en el caso de embarazos forzados —reconocidos por la costumbre jurídica internacional— permanece intacto, únicamente se busca que el tribunal alemán trabaje con el tipo alemán estricto del VStGB.

No obstante, visto de modo general, la posición del VStGB detrás del Estatuto de Roma es la excepción. De ahí que se encuentran por lo menos un conjunto de conceptos y disposiciones que se deberían tomar con cierto escepticismo, si se tienen en cuenta las consideraciones hechas más arriba respecto al principio de determinación

del art. 103 II GG, § 1 StGB. Antes de ver un par de ejemplos concretos pasamos a aclarar una pregunta fundamental:

¿Rige en realidad el principio de determinación constitucional para el VStGB *en la misma medida que para el StGB*? Naturalmente, la respuesta espontánea debería ser afirmativa, se trata finalmente de una ley penal alemana. Sin embargo, si se piensa que esta ley contribuye funcionalmente a garantizar la aplicación del Derecho penal internacional y la capacidad de funcionamiento de la Corte Penal Internacional a través de una justicia penal nacional cooperadora, entonces la promulgación y estructuración del VStGB tienen que ser vistos en conexión con la compatibilidad general con el Derecho internacional (*Völkerrechtsfreundlichkeit*) de la Constitución. El Tribunal Constitucional deriva la «tendencia compatible con el Derecho internacional» de la Constitución de la misma ley fundamental, esto es, de una visión general tanto del Preámbulo como también de los dispositivos constitucionales más importantes (en especial de los arts. 24-26 y arts. 1 II, 9 II GG)³³. Esta compatibilidad con el Derecho internacional de la Constitución influye no solo en la interpretación de las leyes, sino también en la interpretación de la Constitución misma³⁴. Finalmente, como «principio constitucional»³⁵ o por lo menos como «línea directriz constitucional»³⁶, la compatibilidad con el Derecho internacional está en el mismo nivel que el mandato de determinación penal. Con seguridad, el art. 103 II GG no puede ni debe ser anulado, tampoco ser relativizado a gusto, pero sus exigencias deben estar en concordancia con el principio de compatibilidad con el Derecho internacional —en el camino de la concordancia práctica— de tal modo que tiene que aceptarse una medida de determinación atenuada —solamente, claro está, en la medida en que no sea posible por otros caminos una adecuación del Derecho penal alemán a las especificaciones de Derecho penal internacional—. En los resultados esto significa que el destinatario razonable de las normas, hoy como antes, tiene que poder deducir del VStGB si una determinada acción es punible. No obstante, el contexto jurídico internacional general y la compatibilidad con el Derecho internacional de la Constitución deberían concitar la debida atención; también los difíciles actos de búsqueda del Derecho que no serían exigibles al «ciudadano razonable normal» podrían ser considerados como aceptables si la pregunta

29. Véase sobre este problema KREICKER, en ESER/KREICKER, *Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen*, t. 1, p. 82 y ss.; SATZGER, *NSiZ* 2002, 127.

30. En detalle sobre la «ubicación» del VStGB detrás del Estatuto de Roma SATZGER, *NSiZ* 2002, 127.

31. Sobre esta anomalía véase también GROPENGIEBER, en ESER/KREICKER (nota 29), p. 131; SATZGER, *NSiZ* 2002, 129.

32. En general sobre las discordancias en las exigencias del tipo subjetivo SATZGER, *NSiZ* 2002, 127.

33. *BVerfGE* 31, 58 (75) = *NJW* 1971, 1509; 63, 1 (20) = *NVwZ* 1983, 537; en detalle al respecto Kreicker, en: *Eser/Kreicker* (nota 29), p. 83 y ss.

34. ROJAHN, en v. MÜNCH/KUNIG, *GG* II, 4.^a/5.^a ed. (2001), art. 24. n. marg. 4; TOMUSCHAT, en ISENSEE/KIRCHHOF, *Hdb-Str VII*, 1992, § 172, n. marg. 28.

35. BERNHARDT, en STARCK, *Festg. F. das VVerfG*, t. II, 1976, p. 160.

36. STERN, *Das Staatsr der BRep. Dtlid.*, t. 1, 2. ed. (1984), p. 476.

sobre la punibilidad puede ser respondida con ciertos conocimientos previos del Derecho internacional y con ciertas aptitudes de técnica jurídica³⁷. Esto rige sobre todo en ámbitos donde el Derecho penal internacional es un «Derecho penal de expertos»³⁸, en el cual —como vimos en el ámbito nacional puro— se puede justificar una cierta reducción en el grado de la determinación. Como han indicado con mucha razón *Werle* y *Jefberger*,³⁹ el Derecho penal de expertos existe, por lo menos en parte, en el ámbito de los crímenes de guerra. Una mirada al sistema completo, compuesto por el Derecho internacional y el Derecho penal nacional, confirmaría que una determinación cuidadosamente relativizada, también frente al individuo, aparece como defendible y no es materialmente injusta. Incluso en los casos en los que una norma del VStGB no reuniera las exigencias tradicionales del principio de determinación constitucional y sería «salvable constitucionalmente» únicamente a través de una interpretación extensiva compatible con el Derecho internacional del art. 103 II GG, surgiría en cada caso una punibilidad directa conforme al Derecho penal internacional. Esta punibilidad podría ser ejecutada en cada momento a través de la CPI —subsidiariamente, si un mandato de determinación alemán interpretado restrictivamente impidiera el recurso al Derecho penal alemán—. Por lo tanto, no se trata, en absoluto, de si es fundada una punibilidad, sino si adicionalmente ella es fundada —junto al Derecho penal internacional en general— a través del VStGB.

De este panorama se extrae que no solo se puede vivir con las cláusulas generales indeterminadas y los elementos del tipo del VStGB que necesitan ser «llenados», sino que incluso serían aceptables bajo el criterio de taxatividad nacional. Como ejemplo sea mencionado la formulación del § 7 I Nr. 3 VStGB, según el cual se hace punible por un crimen contra la humanidad aquél que negocia a una persona o de otro modo esclaviza a una ser humano arrogándose un Derecho de propiedad sobre ella.

Más tolerables aparecen las *complicadas remisiones* al —y dentro del— tratado internacional⁽⁴⁰⁾ como son previstas en el ámbito de los crímenes de guerra para determinar el correspondiente círculo de personas protegidas. Allí se remite frecuentemente a la «persona protegida según el Derecho internacional humanitario» como p.e. en el § 8 I Nr. 1 VStGB donde se sanciona con la pena privativa de libertad de cadena perpetua a aquél

que —en el contexto de un conflicto internacional o conflicto armado no internacional— mata a una persona protegida conforme al Derecho internacional humanitario. Con ello se hace referencia a las Convenciones⁴¹ de Ginebra y al Protocolo Adicional⁴², donde —si se mira allí— los grupos de personas no son protegidos *per se* (como heridos, enfermos, prisioneros de guerra, personas civiles), sino en razón a que están, adicionalmente, en determinadas circunstancias. Luego, para precisar mejor se introduce una condición tal como el cumplimiento «de las leyes y usos de guerra»⁴³. Según mi opinión, el valor fronterizo de un tal prescripción es fácilmente visible, por eso su clasificación como un dispositivo que todavía está suficientemente determinado se puede lograr solo con grandes esfuerzos intelectuales bajo la consideración, de un lado, de la compatibilidad con el Derecho internacional de la Constitución, y de otro lado, con el carácter del Derecho internacional de guerra como un «Derecho penal de expertos» en sentido amplio.

Sin embargo, se iría muy lejos si un tipo penal del VStGB remitiera globalmente a la costumbre jurídica internacional y colocara la infracción contra aquélla en el centro de la punibilidad⁴⁴. Aquí se debe mencionar sobre todo el § 7 I Nr. 4 VStGB. Este tipo amenaza con pena a quien «en el marco de un ataque prolongado o sistemático contra una población civil, expulsa o transporta a una persona que radica con derecho en un territorio, llevándolo a otro Estado o a otro territorio mediante deportación u otras medidas violentas, infringiendo una regla general del Derecho internacional»⁴⁵. En sus presupuestos, el § 7 I Nr. 4 VStGB contiene una clara remisión a la costumbre jurídica internacional: la acción típica se convertirá en un crimen internacional recién a través de la lesión del Derecho internacional que subyace, pues la formulación «reglas generales del Derecho internacional» remite especialmente a la costumbre jurídica internacional⁴⁶. Sin embargo, con la conexión a una infracción del deber de la costumbre jurídica internacional, el VStGB establece un presupuesto típico que solo es marcado por la costumbre jurídica (internacional) y con ello no puede considerarse más como «determinado legalmente». ¿Cómo debe el ciudadano razonable constatar aquí la costumbre jurídica, que por lo demás es dinámica y se encuentra en constante cambio? Por lo demás el principio *nullum crimen* prohíbe también,

37. Cfr. Sobre este «privilegio del legislador», SATZGER, *NStZ* 2002, 130.

38. Sobre el concepto cfr. SATZGER (nota 13), p. 242 y ss.

39. WERLE/JEFBERGER, *JZ* 2002, 730.

40. También en los tratados internacionales transformados en Derecho alemán rigen en lo fundamental las exigencias de taxatividad del art. 103 II GG; véase SCHMIDT-ARMANN, en MAUNZ/DÜRIG (nota 12), art. 103 II, n.º marg. 251.

41. Sartorius II Nrs. 53, 54 (Konvention III, IV).

42. Sartorius II, Nr. 54.^a

43. Así art. 4 del III. Tratado de Ginebra.

44. Profundizando SATZGER, *NStZ* 2002, 130.

45. Acentuación propia.

46. Véase *die Begr. RegE*, BR-Dr 29/02, p. 46.

como hemos visto, la fundamentación penal en base a la costumbre jurídica; y, a través de la remisión del § 7 VStGB a la costumbre jurídica internacional no se logra hacer otra cosa.

Resumiendo, en relación a la internacionalización a través del Derecho penal internacional se confirma que deben admitirse reducciones, en cierta medida, en el nivel de determinación que se exige en el delito internacional transformado en Derecho alemán. Finalmente, esto es una consecuencia de la compatibilidad con el Derecho internacional de la Constitución que toma en cuenta la particularidad del Derecho penal internacional surgido de la costumbre jurídica internacional en el que, conforme a su naturaleza, no puede haber sitio para un mandato de determinación estricto.

IV. Derecho penal europeo y principio de determinación

Si nos avocamos al Derecho penal europeo constataremos que hasta el momento no existe ningún Derecho penal criminal de la CE/UE; sin embargo, sus órganos pueden imponer sanciones absolutamente graves y de hecho hacen uso de esta posibilidad. Precisamente en el ámbito del Derecho de carteles europeo la Comisión impone constantemente multas de cuantías astronómicas: así por ejemplo hace algunos años impuso una multa contra Hoffmann-LaRoche de 462 millones de Euros en relación con el cartel de vitaminas. Aunque estas sanciones, en la terminología del Derecho-CE, no son de tipo penal, sin embargo, se puede hablar, con buenas razones, de un Derecho penal europeo en sentido amplio⁴⁷.

También en el Derecho europeo se puede demostrar un principio de determinación general —en principio de un carácter no penal—. El Tribunal Europeo ha declarado con precisión en la Resolución *Könecke*⁴⁸ que aunque se trate de una sanción que no posee carácter penal ésta solamente puede ser impuesta si se basa en un fundamento jurídico claro y nada ambiguo. Además, se puede comprobar que existe un principio de determinación penal prácticamente en todos los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, de tal modo que también el Tribunal Europeo parte de un correspondiente principio jurídico general de la comunidad⁴⁹. Es más, el principio «*nullum crimen*» se encuentra previsto en el art. 7

CEDH, que alcanzó obligatoriedad para el Derecho de la Unión a través del art. 6 II UE. Finalmente, este principio es a partir de ahora también parte de la carta de derechos fundamentales de la UE (Art. 49), que como segunda parte de la Constitución Europea⁵⁰ debe alcanzar obligatoriedad jurídica.

Para nuestros fines, basta con subrayar que el ordenamiento jurídico europeo que se viene desarrollando y consolidando se ha prescrito a sí mismo un principio de determinación que incluye —precisamente— al Derecho penal. Así el Derecho penal europeo que surja en una competencia específica y se apoye en la nueva Constitución Europea⁵¹ tiene la obligación de tomar en cuenta aquello. Aquí la situación de partida para las exigencias de determinación en el Derecho penal se diferencia claramente de la situación jurídica en el Derecho internacional y presenta más bien paralelos a la situación jurídica dentro de un Estado. Es cierto que respecto a las exigencias —de contenido— del grado de determinación típica en el ámbito europeo no se ha dicho nada en detalle con esto. Esta interrogante tampoco se abordará en este lugar. En todo caso se debe tomar en cuenta que una relativización general de las exigencias de determinación como sucede en el Derecho penal internacional no sería justificable en el Derecho Europeo. A pesar de que sea reconocido un mandato de determinación en el Derecho europeo asoman peligros considerables para la taxatividad de las normas penales en Alemania en el juego conjunto de actos jurídicos europeos y normas penales alemanas —es decir, en lo que se entiende como europeización del Derecho penal alemán⁵²—. De manera pronunciada encontramos este problema en las denominadas leyes penales en blanco que remiten al Derecho europeo. Su estructura se corresponde aproximadamente con el siguiente modelo: «§ X: Quien infringe el art. Y del reglamento Z de CE (DOCE...), será penado...».

Aquí § X constituye un tipo penal de una ley alemana. Él remite a un reglamento, es decir, a un acto jurídico de validez general del Derecho-CE (Cfr. art. 249 II CE) aplicable inmediatamente. Para saber qué comportamiento es punible, el aplicador del Derecho tiene que leer en el tipo del § X el contenido del art. Y del Reglamento-CE, p.e. la prohibición de utilizar ciertos químicos en la producción de alimentos. Encontrar el reglamento no debería ser difi-

47. Sobre el concepto SATZGER (nota 13), p. 63 y ss. Sobre el concepto de normas de sanción «punitiva» cfr. e.o. HEITZER, *Punitive Sanktionen im Europ. Gemeinschaftsr*, 1997, p. 9 y ss.; SCHUTTE, en ESER/LAGODNY, *Principles and procedures for a new transnational criminal law*, 1992, p. 391.

48. *EuGHE* 1984, 3291 – Rs. 117/83 «*Könecke*» (n.º marg. 11).

49. Cfr. *EuGHE* 1984, 3291 – Rs. 117/83 «*Könecke*» (n.º marg. 11); *EuGHE* 1987, 4587 – Rs. 137/85 «*Maizena*» (n.º marg. 15); *EuGHE* 1991, I-2431 – Rs. C-328/89 «*Berner Allgemeine Versicherungsanstalt*» (n.º marg. 21); *EuGHE* 1999, I-8453 – verb. Rs. C-369 y 376/96 «*Arblade und Leloup*» (n.º marg. 43).

50. V. El Proyecto de Constitución-UE, AB1EG 2003, C 169, p. 1.

51. V. art. III-321 IV 1 Proyecto de Constitución-UE (nota 50).

52. Sobre este concepto cfr. solo TIEDEMANN, en KREUZER/SCHUEING/SIEBER, *Die Europäisierung der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen in der EU*, 1997, p. 133 y ss., así como SATZGER (nota 13), p. 8 y s. con mayores detalles.

cil en el presente caso si se trata de una remisión estática, es decir, de aquella que toma en consideración un objeto de complemento en una versión determinada. El carácter estático de esta remisión se hace evidente en nuestro ejemplo pues el legislador ha dado la ubicación del Reglamento-CE entre paréntesis.

Pero ¿qué particularidades se debe observar en relación al mandato de determinación en este tipo de ley en blanco? En principio, se trata ahora de una simple «adecuación» de las exigencias de determinación encontradas hasta ahora a las particularidades de esta técnica legislativa. En cuanto a la determinación, el BVerfG —en las remisiones dentro del Derecho nacional como también en las remisiones efectuadas por una ley alemana a un Reglamento-CE— se exige que tanto la misma norma penal en blanco como el dispositivo que la complementa deben de estar suficientemente determinadas⁵³. Esto es evidente si se piensa que la norma en blanco y la norma de complemento tienen que ser leídas en conjunto. A la determinación de la ley penal en blanco pertenece, adicionalmente, la exigencia de que sea suficientemente reconocible a dónde se dirige la remisión⁵⁴. Los destinatarios del Derecho —en el sentido del criterio de exigibilidad referido al inicio— deben estar en condiciones de poder reconocer, sin especiales conocimientos, los dispositivos en referencia y su contenido⁵⁵.

A nuestro tipo-modelo § X —simplificado conscientemente— apenas podrá criticársele su falta de taxatividad. No obstante surge la pregunta general de si sería defendible suprimir el hecho de la remisión a una norma-CE. ¿Acaso no son reconocibles circunstancias que tornan difícil la comprensión de una tal remisión al Derecho-CE para el «ciudadano razonable» que luego deberían ser tomadas en cuenta cuando se evalúe la razonabilidad de la búsqueda del Derecho?

Si se considera que la pregunta ¿qué comportamiento es punible? —en el ejemplo arriba mencionado— es respondida sobre todo por el art. Y del Reglamento-CE, entonces es una norma jurídica europea —aunque relevante en el marco de un dispositivo penal alemán— la que determina finalmente la extensión de la punibilidad. Pero, dentro del ordenamiento jurídico europeo autónomo⁵⁶—frente al ordenamiento jurídico alemán— rigen en parte otras reglas, sobre todo en

lo que se refiere a la interpretación del Derecho-CE⁵⁷. No solo los objetivos del Tratado CE o UE encuentran aquí atención en medida especial, si se atiende sobre todo al «efecto útil» de un dispositivo —es decir, a su eficacia práctica—. Más importante es tener en cuenta que jurídico-técnicamente no se trata en absoluto de una remisión al texto literal *del* art. Y del Reglamento —lo que apenas se discute abiertamente—, sino más bien una remisión al art. Y tomado en consideración⁵⁸ en todos los idiomas oficiales. Por esto, el juez alemán que emplea el § X arriba mencionado deberá tomar en consideración en su interpretación no solo el texto literal alemán del art. Y, sino también a su versión en todos los demás idiomas oficiales, p.e. danés, griego, portugués y, a partir de ahora también, el polaco, checo, estonio, etc., para encontrar el resultado de la interpretación «correcta».

Por eso, para poder constatar qué comportamiento se encuentra realmente penado, el juez competente y finalmente también el mismo destinatario de la norma, tendrían que dar el paso hacia el ordenamiento jurídico europeo, encontrar allí el correspondiente acto jurídico y finalmente considerar todas las reglas de interpretación europeas teniendo en cuenta todos los idiomas oficiales. Entonces, nuevamente surge la pregunta: ¿acaso no son reconocibles aquí elementos que dificultan la búsqueda del Derecho frente a las simples remisiones nacionales?

Tomando en consideración la avanzada relación existente entre el ordenamiento jurídico europeo⁵⁹ y el alemán sería ir contra la realidad prohibir de modo general leyes penales en blanco alemanas para retribuir las lesiones contra el Derecho comunitario. Precisamente, en el ejercicio de la competencia legislativa en materia penal y en Derecho económico que se constata actualmente, se trataría —desde la perspectiva del legislador— de la forma más efectiva y económica de legislar.

Pero igualmente no se debe olvidar que hasta ahora solamente hemos analizado un simple modelo ficticio de una remisión estática al Derecho comunitario. Bastante más problemático resulta la llamada remisión dinámica al Derecho-CE⁶⁰. Esta se caracteriza en que no remite —como en el ejemplo anterior— a un reglamento en una versión determinada —en el mejor de los casos in-

53. BVerfGE 23, 265 (270) = NJW 1968, 1515; igualmente la literatura dominante, véase solo KREY, EWR 1981, 179; BAUMANN/WEBER/MITSCH, AT, § 9, n. marg. 28.

54. BVerfGE 48, 48 (55) = NJW 1978, 1423; 51, 60 (74) = NJW 1979, 1981.

55. BVerfGE 5, 25 (33 y s.) = NJW 1956, 1025; 22, 330 (346).

56. Sobre la autonomía del ordenamiento jurídico de la comunidad EuGHE 1964, 1251 (1269 y ss.) – Rs. 6/64 «Costa/ENEL»; igualmente BVerfGE 22, 293 (296) = NJW 1968, 348; al respecto también SCHWARZE, JZ 1999, 639.

57. Decisivo es aquí la tesis de la «interpretación autónoma» defendida por EuGH, es decir, una interpretación independiente de las reglas de interpretación nacionales; véase PASCHKEL/ILIOPOULOS, Europ. Privatr., 1998, p. 82 con más detalles.

58. Véase sobre la consideración de los distintos idiomas oficiales EuGHE 1996, I-5005 – Rs. C-64/95 «Konservenfabrik Lubella Friedrich Bueker GmbH & Co. KG/Hauptzollamt Cottbus» (n.º marg. 17); EuGHE 1998, I-8679 «Codan» (n.º marg. 25 y ss.); en detalle también LUTTERMANN, EuZW 1999, 401.

59. Más detalles sobre este «engranaje» y los distintos ámbitos de la influencia mutua STREINZ, Europar., 6.ª ed. (2003), n.º marg. 175 y ss.

60. Sobre la delimitación de las remisiones dinámicas respecto de las remisiones estáticas SATZGER (nota 13), p. 216 y s.

cluso dando la información de su ubicación en el boletín de normas del CE—. Las remisiones dinámicas hacen referencia a un objeto «en su correspondiente versión vigente». Esto significa que las reformas legales en el objeto de remisión pasan directamente a la norma en blanco⁶¹. Si el Reglamento-CE es modificado, entonces la norma penal en blanco no tiene que ser modificada para adecuar la modificación legal en el Derecho-CE. Aquí radica la virtud legislativa de las remisiones dinámicas de cara a la frecuencia y al breve plazo en que se dan las modificaciones legales comunitarias.

Para valorar la taxatividad de este tipo de remisión se debe tener en cuenta que conforme a su naturaleza en una remisión dinámica nunca será posible dar una ubicación concreta del objeto de remisión —este puede cambiar constantemente—. Se obliga entonces al ciudadano a encontrar la nueva versión del objeto de remisión. Esto puede resultar muy complicado incluso para objetos de remisión alemanes de tal modo que, conforme a una recta observación, se debería exigir un alto nivel de determinación también para las remisiones dinámicas internas⁶². En la totalidad del Derecho europeo⁶³, complejo, con su sinnúmero de dispositivos de modificación y sus actos jurídicos consolidados solo en parte, radica un problema aún más grande de búsqueda del Derecho para el ciudadano razonable. La frontera de la tolerabilidad de la búsqueda del Derecho sería rebasada aquí rápidamente de tal modo que las remisiones dinámicas al Derecho-CE —con excepción de los delitos de bagatela o tipos pertenecientes al Derecho penal de expertos— deberían ser consideradas en lo fundamental como inconstitucionales⁶⁴.

Algo distinto podría regir si se pudiese poner en relación con el Derecho europeo menores exigencias de taxatividad tal como ocurre en el ámbito del Derecho penal internacional. ¿Acaso no se debe tener en cuenta también aquí la compatibilidad con el Derecho europeo de la Constitución? Por eso ¿acaso no se puede decir que las leyes penales en blanco que remiten al Derecho-CE son privilegiadas en relación al mandato de determinación? Con

seguridad es correcto que la constitución se abra conscientemente a una integración europea⁶⁵. Sin embargo, la situación inicial en el Derecho-CE/UE es totalmente distinta a la del Derecho internacional en general. Primero, el ordenamiento jurídico europeo —como lo vimos— pudo imponerse el principio de determinación (también jurídico penalmente). Aquí no hay ningún déficit de taxatividad —causado por la formación de Derecho penal basado en la costumbre jurídica—. Finalmente, no se trata de que la realización del Derecho-CE/UE no sería posible de otro modo sino a través de remisiones dinámicas en normas penales en blanco. Existen otros caminos, pensables serían p. e. las remisiones estáticas combinadas con procedimientos simplificados de adecuación de leyes, ya conocidas en el extranjero.

V. Observación final

Nuestro punto de partida fue el § 1 StGB, nuestras posteriores consideraciones abordaron tanto el Derecho internacional como el Derecho europeo. En este camino hemos planteado constantemente preguntas sobre el Derecho constitucional alemán. Con ello debería quedar claro lo siguiente: el Derecho penal de nuestro tiempo es mucho más que la sola aplicación de las disposiciones de nuestro Código penal. La «mirada más allá de las fronteras» en un mundo que se desarrolla cada vez más en conjunto significa no solo estudiar otros ordenamientos jurídicos en el marco del Derecho penal comparado, con seguridad indispensable, para encontrar tanto diferencias como también aspectos en común en los distintos ordenamientos jurídicos penales y extraer de esta labor nuevos conocimientos. La mirada más allá de las fronteras significa aquí la necesidad de ir más allá de las líneas divisorias entre especialidades clásicas frecuentemente vistas como demasiado estrictas. Aquí surge un interesante campo de investigación entre el Derecho penal, el Derecho europeo y el Derecho internacional que espera ser abordado por jóvenes juristas.

61. Cfr. KARPEN, *Die Verweisung als Mittel der Gesetzgebungstechnik*, 1970, p. 67; KREY, *EWR* 1981, 128; MOLL, *Europ. Strafr durch nationale Blankettstrafgesetzgebung*, 1998, p. 44.

62. SATZGER (nota 13), p. 257.

63. Cfr. p. e. GRAMS, *Zur Gesetzgebung der Europäischen Union*, 1998, p. 194 y ss.; SCHWARZE, *JZ* 1999, 642, quien reclama mejoras.

64. Similar OLG KOBLENZ, *NStZ* 1989, 188 (189); crítico p. e. también BÖSE, *Strafen und Sanktionen im Europ. Gemeinschaftsr*, 1996, p. 154; de otra opinión STREINZ, *WVerw* 1993, 33.

65. Cfr. solo art. 23 GG.