

La herencia de Bricola y el constitucionalismo penal como método. Raíces nacionales y desarrollos supranacionales*

MASSIMO DONINI**

Resumen

La orientación constitucional del Derecho penal, aquel rostro constitucional del delito, son preocupación constante para Franco Bricola. Los alcances de este carácter constitucional, implican la deducción e inducción de reglas y principios supraordenados para la aplicación de éste, por ejemplo, para Bricola sólo se pueden tutelar los bienes jurídicos de relevancia constitucional en materia penal. En este sentido, las principales categorías sistemáticas y las disciplinas científicas penales, han sido permeadas a la luz del garantismo de los principios de la Carta Magna: desde la tipicidad, hasta la antijuridicidad, atravesando las categorías, sin dejar de lado los *institutos* de la parte general hasta llegar a la política criminal e incluso hasta la sociología criminal. Así, la orientación constitucional es el fundamento y no sólo el límite de la intervención penal, y el límite a la libertad fundamental del Parlamento para la construcción de la responsabilidad penal.

* Este texto es el prólogo a la obra de Franco Bricola, *Teoría general del delito*, de próxima publicación por B. de F.

** Profesor ordinario de Derecho Penal en la Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia, Italia.

Abstract

The constitutional perspective in Criminal Law, as the crime's constitutional guaranties, was a Franco Bricola's constant concern. Their scopes involve the deduction and induction superordinate rules and principles, like the strict liability only if the legal asset has a constitutional significance in criminal matters. In this way, the main systematic categories and the scientific criminal disciplines have been pervaded through the "Guarantism" by the Magna Charta principles: from the liability, until the unlawfulness, across the categories, without forgetting the general part *institutions*, the Criminal Policy and even the Sociology of Punishment. Thereby, the constitutional orientation is the foundation and not just the limit in the criminal intervention, or as the limit of the Parliament configuration freedom in the construction of the criminal responsibility.

Palabras Clave

Constitucionalismo, fines de la pena, método, principios, garantías, bien jurídico.

Key words

Constitutionalism, Purposes of criminal punishment, method, principles, guaranties, legal asset.

Sumario

1. El hombre y su obra. A modo de retrato. 2. El rostro constitucional del delito y sus aparentes bases iuslegalistas. 3. Los aspectos que se alejan del tecnicismo jurídico. 4. Perspectivas no académicas del nuevo método. 5. Las implicaciones institucionales de la orientación constitucionalista. Diferencias respecto a la dogmática clásica. 6. *Habent sua fata libelli*: la suerte de la obra y de su método. 7. Versiones "fuertes" y versiones "débiles" de la orientación constitucionalista en Italia. 8. El interés que la orientación constitucionalista italiana, actualizada en una perspectiva europea, debería suscitar en el extranjero. 9. Pruebas del constitucionalismo penal: los paradigmáticos casos de "la Comisión Bicameral" italiana, del Código penal español y de la iniciativa europea de introducir macro-delitos en el Derecho penal ambiental. 10. Escenarios europeos de constitucionalización de un Derecho penal "de rostro protector": de la subsidiariedad a la proporción, de la necesidad de tutela al bien jurídico. 11. Las «doctrinas no escritas»; entre los elementos caracterizadores de la hermenéutica penal nacional y el diálogo internacional.

1. El hombre y su obra. A modo de retrato

Es motivo de gran satisfacción presentar al público de lengua castellana la traducción de la obra más famosa de Franco Bricola¹, la cual surge como una “voz enciclopédica” –una tradición italiana de recopilación de ensayos, a veces de gran trabajo teórico, en donde se encuentran auténticos clásicos del pensamiento jurídico-publicada en 1973 en el *Novissimo Digesto italiano* (vol. XIV, Torino, Utet, pp. 7-93)².

Cuando Bricola (Novi Ligure, 19 de septiembre de 1934 - París, 29 de mayo de 1994) publicó este ensayo, no tenía ni cuarenta años y ya había ganado la cátedra de Derecho penal en la Universidad de Bolonia desde 1967. Habiéndose formado en la Universidad de Pavía bajo la guía de Pietro Nuvolone, además de en Alemania, en el Max Planck Institut de Friburgo, que para entonces ya dirigía el Prof. Hans-Heinrich Jescheck, Bricola une a un gran dominio técnico de las fuentes jurídicas, incluso las extrapenales (lo que lo llevará a una visión “de conjunto” del Derecho penal), con un extraordinario conocimiento de la literatura jurídica italiana e internacional, que interpreta de un modo diferente al correspondiente al estilo de la dogmática clásica, a través de una sobresaliente sensibilidad político criminal. Sin embargo, no se trata de una orientación político criminal de carácter iusracionalista, o cripto-iusnaturalista, como sucedía con su Maestro Nuvolone, o como se estaba desarrollando en el área alemana, española y en menor medida italiana, después del finalismo. De hecho, las raíces de su construcción teórica sobre los principales problemas del Derecho penal, desde la parte general hasta la especial, del Derecho penal económico al Derecho penal comparado y al sistema sancionatorio, se basan en una reorientación del sistema penal sobre bases constitucionales y a través de una auténtica sensibilidad de comparatista, que lo llevó a relativizar las soluciones y las culturas nacionales, lo que puede permitir un diálogo internacional más fructífero y de mutuo intercambio, antes

1 Al presentar al lector “hispano hablante” esta cuidadosa y precisa traducción de la “Teoría” de Bricola, realizada por Diana Restrepo Rodríguez, de la Universidad de Antioquia, en Medellín (Colombia), quisiera agradecer por haber tenido esta iniciativa, además de a la misma Diana, al profesor David Carpio Briz, de la Universidad Central de Barcelona, y de manera especial también a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo, quien se empeñó con determinación en pro de la finalización de esta tarea. Se trató de una convergencia de esfuerzos que inicialmente no solicité. Esto me hace verdaderamente feliz, pues se trata del reconocimiento de la importancia objetiva, cultural, de una iniciativa que tiene el valor de un gesto de homenaje. Es con este espíritu que presentamos esta obra al público de lengua castellana.

2 En lo que sigue, en las notas, abreviada como “TGD”. En realidad, el *Novissimo Digesto* se publicó en 1974, pero de esta “voz”, terminada el año precedente, se anticipó la publicación de una separata en 1973. Actualmente se la puede encontrar también en la recopilación de los escritos de Bricola, presentada en 4 tomos (más un quinto tomo posterior que recoge las monografías): F. BRICOLA, *Scritti di diritto penale*, vol. I, tomo I, editado por S. Canestrari y A. Melchionda, Milano, Giuffrè, 1997, pp. 539-809.

que tender a absolutizar las experiencias extranjeras como si fueran ordenamientos-modelo, o tradiciones-modelo³.

Bricola no creía en el Derecho natural, ni en la argumentación meramente iusfilosófica, o en una dogmática supratemporal, separada de un específico ordenamiento, sino en la exigencia de encontrar un vínculo y una base de Derecho positivo para las conquistas del pensamiento jurídico. No obstante, aun siendo un iuspositivista declarado, incluso en la orientación constitucionalista, las raíces culturales de su obra se salen de la experiencia técnica del estudioso del Derecho. Junto a la construcción de esta *summa* del constitucionalismo penal de principios de los años setenta, que aquí se está exponiendo, Bricola inició la experiencia de un compacto e intenso diálogo cultural y político criminal con Alessandro Baratta y la criminología crítica, fundando con él la revista "*La questione criminale*" (1975-1981)⁴.

No es fácil comprender cómo se pudieran conciliar la refundación del Derecho penal italiano sobre bases constitucionales a través de una obra de un esfuerzo jurídico tan perspicaz y cuidadoso, tan respetuoso con la letra de la Carta fundamental, y también del Derecho en general, con el compromiso crítico "de izquierda" que poseía Bricola, para plantear los lineamientos de una "política criminal del movimiento obrero". Cómo podían unirse el rigor dogmático del estudioso, que se formó sobre los clásicos alemanes y no sólo italianos, su iuslegalismo aplicado a la Constitución, y un compromiso de vanguardia en la crítica a la política criminal de los gobiernos y del parlamento italiano de los años setenta. Estos mundos aparentemente paralelos, pero que en realidad se cruzan, representan la época dorada, el periodo más formidable de la construcción teórica de Bricola: el momento más revolucionario de su producción. Revolucionario en el método de la teoría del delito, cada vez menos "dogmático" y más "por principios" constitucionales, y revolucionario en la política del Derecho, orientada ahora a una revisión crítica de los fundamentos de la legitimación de la pena a la luz de saberes extrajurídicos, económicos, criminológicos, sociológicos, muy cercanos a la crítica marxista del Derecho positivo.

3 A sus alumnos siempre les dijo que fueran a formarse también en Alemania pero que, llegado el momento de reincorporarse a sus propios países, recordaran "pasar por la aduana" las teorías aprendidas al cruzar la frontera. El momento en que vivió no era aún el del despliegue del europeísmo, aunque haya podido prever su evolución, en el cual se aplica a las fuentes superiores supranacionales el "método" de aproximación hermenéutico aplicado a la Constitución. Como mucho, lo que ha podido cambiar es el clima de mayor intervención de los tribunales superiores; lo que nos ha hecho hablar del "europeísmo judicial" como la etapa sucesiva, en Europa, a la de la orientación constitucionalista.

4 Esta experiencia será interrumpirá en 1981, como consecuencia de diferencias político-culturales. Bricola no podía seguir a Baratta en la idea de que el Derecho penal fuese sólo un Derecho de clase; no compartía el abolicionismo cada vez más marcado de su colega criminólogo, ni la idea de una ciencia penal "integrada" en la que (según Baratta) debía ser el Derecho penal el que se "integrara" cada vez más a la criminología crítica, hasta desaparecer. Para una posterior reflexión sobre esto, v. BRICOLA, "Rapporti tra dommatica e politica criminale", en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1988, pp. 5 y ss.

El compromiso civil y el sentido de justicia del estudioso es lo que une estas dos perspectivas tan revolucionarias, respecto al estilo de los académicos precedentes y también sucesivos a este periodo⁵. Ciertamente no lo inspiran las exhibiciones de citas doctas, la presentación de lecturas inusuales y cultas, el refinamiento estético de cada página, ni tampoco la dogmática como saber, no digo que cerrado en sí mismo, sino sólo aristocrático. Su escritura no es nunca un juego académico: habla de cuestiones serias, de derechos fundamentales, de garantías. Al contrario, son relevantes los aspectos de polémica y de censura contra un tecnicismo separado de la política, de la criminología y de la cultura extrajurídica. Y aún así, en el autor coexisten –tanto en esta obra como en otras precedentes y posteriores- un gran tecnicismo, una gran atención a la ley escrita, y la consciencia de la necesidad de reinterpretar, pero no de abandonar, la división de poderes; y aun más, un indestructible sentido de las garantías, o para ser más precisos, del garantismo. Como sucede con von Liszt, la política del Derecho, por cuanto apasionada y, en Bricola, real y verdaderamente *liberal* y despenalizadora, no debe suplantar a la *Magna Charta*, sino que la presupone⁶.

Por lo demás, la seriedad y el rigor intelectual de este trabajo se distinguían en Bricola gracias a un trato humano que nunca era autoritario, pero siempre era competente, que combinaba fluidez y perspicacia, ironía y humildad, jovialidad y rapidez de palabra, una incansable curiosidad unida a una gran tolerancia ideológica y teórica, y gran disponibilidad para discutir las posiciones asumidas, hasta el deseo de comunicar al último de los graduados el valor de la investigación como si traspasara un testimonio, diría casi que un *virus*, que te acompaña por toda la vida.

De estos ingredientes culturales, políticos y humanos, surge un absoluto clásico de la literatura penal italiana; con certeza, una de las obras más importantes de todo el siglo XX, tanto por el contenido como por la suerte que le ha acompañado.

2. El rostro constitucional del delito y sus aparentes bases iuslegalistas

La principal innovación de esta obra, lo que la hace aún hoy actual y paradigmática, es que ve en la Constitución, o en todo caso en fuentes jurídicas superiores a la ley ordinaria, no sólo un *límite*, sino también un *fundamento* del Derecho penal⁷. En

5 V. este argumento también en A. GAMBERINI, G. INSOLERA, *Presentazione* a F. BRICOLA, *Politica criminale e scienza penale*, Il Mulino, Bologna, 1997, pp. 9 y ss., 19 y ss.

6 V. simplemente, por lo paradigmático que es respecto a las características indicadas en el texto, el apartado 2 f de la TGD, dedicado a la relación entre la dogmática del hecho y la dogmática de autor, y los apartados 9 g-i sobre los límites del poder del intérprete, respecto a una interpretación conforme a la Constitución del principio de necesaria lesividad.

7 V. ampliamente, al respecto, M. DONINI, "Ragioni e limiti della fondazione del diritto penale sulla Carta costituzionale. Il significato dell'esperienza italiana", en *Foro italiano*, 2001, parte V, pp. 29 y

la Constitución no sólo hay vínculos y prohibiciones hacia el Parlamento (una especie de obstáculos que éste siempre tendrá que sortear) sino que allí está escrito el “rostro constitucional” del delito: ciertas líneas guía de un diseño que la ley ordinaria tiene que concretar, condicionando con disposiciones taxativas la aplicación judicial. Y ni siquiera esto es suficiente. Para Bricola se pueden tutelar penalmente sólo los bienes jurídicos de relevancia constitucional, al menos implícita, y sólo contra las agresiones de peligro concreto⁸.

El análisis del delito, la concepción del hecho típico, del ilícito, de la culpabilidad, la sistemática y la dogmática clásicas, están condicionadas, *en parte*, por el dictado constitucional⁹. Sin embargo, las cuestiones más importantes de fondo son otras: qué fines de la pena, qué bienes jurídicos proteger, contra qué formas de agresión y niveles de lesividad, cuáles son fuentes legítimas, con qué técnicas construir el delito y diferenciarlo del ilícito civil y del administrativo, qué espacio hay para las lógicas de autor o para los ilícitos con estructura contravencional y de peligro no concreto, qué márgenes dejar a los decretos-ley, a las fuentes subordinadas a la ley.

Para dar una respuesta a todos estos interrogantes, la Constitución, según Bricola, traza una verdadera imagen positiva de cómo el ilícito penal se debe diferenciar de los otros ilícitos. Esta teoría es «general» porque es prescriptiva y jurídicamente condicionante: no presenta la generalidad racionalista (abstracta) o inductiva (desde la

ss., publicado también en *Id.*, *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*, Cedam, Padova, 2003, pp. 65 y ss.; así como en castellano en *Revista penal*, 2001, pp. 24 y ss.; *Id.*, “Principi costituzionali e sistema penale. Modello e programma”, en *IUS17@unibo.it*, 2009, pp. 421 y ss., traducido al castellano en *Id.*, *El Derecho penal frente a los desafíos de la modernidad*, Ara Editores, Lima, 2010, pp. 335 y ss. (consultable también, aunque sin notas, en D. M. LUZÓN PEÑA (dir.), *Derecho penal del Estado social y democrático de derecho. Libro Homenaje a Santiago Mir Puig*, La Ley, Madrid, 2010, pp. 85 y ss.). Hoy se habla de la Convención Europea de Derechos Humanos como fundamento, antes que como mero límite, del Derecho penal (V. MANES, “La lunga marcia della Convenzione europea ed i “nuovi” vincoli per l’ordinamento (e per il giudice) interno”, en V. MANES y V. ZAGREBELSKY (coords.), *La convenzione europea dei diritti dell’uomo nell’ordinamento penale italiano*, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 49 y ss.). Sin embargo, todas las raíces de estas nuevas transposiciones se encuentran en la orientación constitucionalista, extendida actualmente a las “fuentes” supralegislativas, y precisamente aplicada a aquellas supranacionales.

8 TGD, apartados 9 g-i.

9 Para Bricola, por ejemplo, separar la punibilidad del delito, para otorgarle una dimensión autónoma, alejada y sucesiva respecto a la del ilícito (aún no punible), significa construir el delito prescindiendo de la pena, llegando a caminos potencialmente iusnaturalistas. En cambio, una concepción orientada a la Constitución supone que la legalidad de la pena y la del delito estén *pensadas juntas desde el principio*, en cuanto son precisamente la específica capacidad invasiva y aflictiva de la pena criminal las que condicionan la construcción de toda la teoría del delito con función garantista. Por eso mismo él no logra aceptar la existencia de un ilícito penal sin culpabilidad: sino hay aún culpabilidad (o al menos si no se verifica la existencia de dolo o culpa), no será un ilícito penal, sino una parte de éste, un hecho no justificado, un ilícito extrapenal. De este modo, la ilicitud penal y la antijuridicidad penal coinciden, en su pensamiento, con la posibilidad de sancionar el hecho con la pena. V. *infra*, nota 20.

base del sistema) de la vieja “allgemeine Rechtslehre” (teoría general del Derecho) y su heredera, la “allgemeine Verbrechenslehre” (teoría general del delito).

Cuando Luigi Ferrajoli, en 1989, dio fundamento filosófico general a la orientación constitucionalista en materia penal¹⁰, contaba con una obra como la *Teoría general del delito* de Bricola, que había anticipado en 15 años esta concreción jurídica. La diferencia es que Ferrajoli escribía con un lenguaje filosófico que es mucho más fácil de traducir y de exportar, mientras que Bricola seguía una argumentación que, de forma inmediata, es menos asimilable para juristas extranjeros o en el contexto internacional. De hecho, el condicionamiento al Derecho positivo imponía una teoría general “fundada en la exégesis” de un texto que, en 1973, aún era el que había surgido de la Asamblea Constituyente de 1947. Pero si se quiere una síntesis *jurídica* del modelo iusracional que el mismo Ferrajoli sistematizaría 15 años más tarde, es necesario regresar a Bricola¹¹.

A la objeción que se le hacía a Bricola, también por parte de quien escribe, en cuanto a estar introduciendo en ese texto nuevos significados, nuevos valores, ideas fundadas en bases iusracionalistas o políticas actuales y “no pensadas en 1947”, él respondía, con una sonrisa que no significaba la admisión del error en su método, haciendo entender que este resultado sí era posible como una especie de astucia de la razón. Sin embargo, su legitimidad dependía, en todo caso, de la posibilidad y del recurso al procedimiento de reconstrucción exegética del texto. Para Bricola este era un límite insuperable, porque pertenecía a las reglas de juego e incluso a la legitimidad de la interpretación. Se trataba de un método que se mantenía en la línea de una hermenéutica del texto. Sin importar cuáles fueran sus resultados especulativos –aunque fuesen muy innovadores-, éstos tenían que anclarse a esa base “epistemológica” que no se entendía como una mera convención, hasta el punto de acercarse a una verdadera fe en el iuspositivismo, en sus sorprendentes capacidades internas de renovación.

3. Los aspectos que se alejan del tecnicismo jurídico

A pesar de las observaciones realizadas hasta aquí, la estructura cultural que sostenía la reconstrucción de la teoría “general” del delito de base constitucionalista, estaba muy lejos del tecnicismo jurídico con el que compartía las mismas bases epistemológicas de una teoría iuspositiva.

10 L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Bari, 1989.

11 Bricola es un fundador, Ferrajoli un sistematizador. Esto puede parecer reductivo respecto a la obra de Ferrajoli, que contiene análisis filosóficos e históricos, y también procesales, de gran aliento y originalidad. Pero el asunto del que se está tratando se concentra en los aspectos esenciales de una orientación constitucional del Derecho penal, con función garantista y con un método fundacional del mismo.

Las diferencias eran de dos tipos: histórico-políticas y normativas.

Desde el punto de vista *histórico-político*, la oposición al tecnicismo no podía ser más clara: Bricola reprochaba a ese movimiento la aparente neutralidad del intérprete y en cambio reivindicaba la necesaria adhesión del penalista a la normativa constitucional de los principios y las reglas que deben guiar al legislador y al intérprete¹². Se trazaba entonces un acercamiento deontológico dirigido al parlamento y al juez, fundado además en un texto normativo obligatorio, y no sobre meras bases racionales, filosóficas, ideológicas, etc. De ahí la “fuerza de ley”, pero también el valor altamente crítico, respecto a la ley ordinaria, contenido en la fuente superior de la que trataba este nuevo método.

Cambiando el *objeto* de esta reconstrucción, representado por las reglas y los principios supraordenados, se modificaba también el *método* de una teoría fundada en la exégesis: ya no se trataba del horizonte cerrado de la ley ordinaria, modificable sólo por “los partidos políticos”, o administrado en un clima de inmovilismo o de conservadurismo durante los varios gobiernos de los primeros años de la República, sino más bien de un mandato constitucional, obligatorio para el parlamento, hacia la construcción de nuevos objetivos sociales, nuevos proyectos económico-políticos, nuevas tablas de valores de inmediata incidencia también en lo penal. Los valores y principios contenidos en la Constitución de 1947-1948, o que son reconducibles a este texto, imponían que el código penal tuviese que ser completamente reescrito. Por lo tanto, junto al clima histórico-político, cambiaba la base “normativa”, pero también política, del positivismo jurídico respecto a la época del tecnicismo. Las fuentes constitucionales prescribían *nuevos contenidos* a la ley ordinaria, aunque no se tratase, según Bricola, de obligaciones de incriminación. Su programa era fuertemente reductivo, era el producto de una “ciencia de los límites a la intervención penal”¹³,

12 La crítica al tecnicismo jurídico, por parte de Bricola, es aún más fuerte en las famosas “Dispense” para el *Curso de Instituciones de Derecho Penal*, publicadas como apuntes desde inicios de los años setenta. V. en una edición posterior F. BRICOLA, *Istituzioni di diritto penale*, coordinado por F. BRICOLA y F. SGUBBI, Litografía Lorenzini, Bologna, Año Académico 1981-82, pp. 54 y ss.; *ib.*, TGR, 11 y s., y la nota 10 (del texto original).

13 En el sentido de que una ciencia que sea *sólo* de los límites a la intervención penal (una “Strafbegrenzungswissenschaft”) puede querer ser una teoría *de lege ferenda*, pero no una construcción científica *de lege lata*, porque no se puede solamente limitar al Derecho penal cuando se lo está aplicando, o elegir sólo las interpretaciones de la defensa, del abogado defensor del imputado, teniendo que admitirse, también, un núcleo legislativo y hermenéutico de los delitos que no se puede reducir más allá de las aplicaciones concretas de normas legítimas, que implicará una aplicación punitiva y no siempre y exclusivamente de absolución o de no punibilidad. Al respecto v. lo indicado recientemente en M. DONINI, *La herencia de la dogmática clásica en el Derecho penal contemporáneo. Desde el tecnicismo a la postdogmática*, de próxima publicación, § 9 (trabajo publicado también en italiano en *Criminalia*, 2010, pp. 127 y ss., especialmente pp. 174 y s.). Por ello, una teoría general del delito con base constitucional, en la medida en que también ésta legitima el Derecho penal —si se le reconstruye

aunque se dirigiese a objetivos de relegitimación del Derecho penal y no a fines abolicionistas. Eran contenidos relativos a los “*bienes*” tutelables¹⁴ y a las “*técnicas*” penales de tutela (también éstas dentro de los límites que se pueden encontrar en la Carta Fundamental)¹⁵ que se dirigían a una realización sustancial del principio de *ultima ratio*, que en los años Setenta pretendía una obra de gran *despenalización*, que contrastaba con el fenómeno, que para entonces ya era muy claro, de la *expansión* del Derecho penal. Se trataba también de introducir en el sistema nuevos “*valores*”, pero valores para ser tutelados (también) penalmente¹⁶. La “*generalidad*” de esa teoría era de tanta obligatoriedad como para contener una especie de “*síntesis a priori*” del sistema penal¹⁷. En consecuencia, se trataba de una orientación prescriptiva, y el intérprete de la Carta Fundamental reunía en sí un estilo iuspositivista y una cultura democrática y pluralista, tan deudora del iluminismo jurídico como crítica hacia la ley ordinaria. Por ello era todo lo contrario de un tecnicismo que excluía el aspecto crítico de la fase reconstructiva del derecho *vigente*, que por definición era *válido*. En cambio, el Derecho penal de base constitucional que entonces se diseñaba, aunque fuese “*válido*”, podía no ser “*vigente*”, en cuanto estuviese a la espera de ser transformado o traducido en ley ordinaria, tanto bajo la forma directamente parlamentaria, como en el modo (permitido dentro de los límites de la reserva de ley) de la interpretación conforme a la Constitución.

sobre bases constitucionales- no puede entenderse en verdad únicamente como “*limitadora*”. También en la inicial perspectiva de Bricola (la de 1973), una vez reducido el Derecho penal, despenalizado hasta el punto necesario de acuerdo al principio de *ultima ratio*, abolidas las contravenciones, eliminados los delitos de peligro presunto, reconducido el contenido de los delitos a la lesividad y la culpabilidad, así como a su creación respetuosa de la reserva de ley y de la taxatividad, lo que quedase tendría que ser considerado legítimo y por eso mismo se le estaría “*fundamentando*”, y no ulteriormente reduciéndolo.

- 14 Muchos de los viejos “*bienes*” del código Rocco (o como fueran interpretados por la jurisprudencia bajo las reglas del código de 1930) no eran, según Bricola, bienes jurídicos, pues no estaban legitimados por la Constitución: desde la “*personalidad*” del Estado hasta el “*prestigio*” de la administración pública; desde la “*integridad de la estirpe*” hasta la misma “*fe pública*”. También el tradicional “*orden público*” podía ser ahora sólo un orden público (de matriz o con base) constitucional.
- 15 V. por todos, en una fase crucial del debate en Italia, F. BRICOLA, “*Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela*”, en AA.VV., *Funzioni e limiti del diritto penale*, coordinado por el Istituto Gramsci Veneto y por el Centro Maria Barone, Cedam, Padova, 1984, pp. 3 y ss.; AA.VV., *Materiali per una riforma del sistema penale*, Franco Angeli, Milano, 1984; AA.VV., *Beni e tecniche della tutela penale*, coordinado por el CRS, Franco Angeli, Milano, 1987; F. PALAZZO, “*Valori costituzionali e diritto penale (un contributo comparatistico allo studio del tema)*”, en A. PIZZORUSSO, V. VARANO (coords.), *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, tomo I, Giuffrè, Milano, 1985, pp. 531 y ss. En cuanto a evoluciones posteriores v. *infra*, nota 64.
- 16 V. sobre este tema, F. BRICOLA, “*Rapporti tra dommatica e politica criminale*”, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1988, p. 27, y ampliamente M. DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Giuffrè, 1991, pp. 162-168.
- 17 TGR, original, p. 24.

4. Perspectivas no académicas del nuevo método

Los principios que se sostenían eran los de reserva absoluta de ley, taxatividad y tipicidad, personalidad de la responsabilidad penal y culpabilidad, ofensividad (o necesaria lesividad), finalidad reeducativa de la pena, además de las tradicionales prohibiciones de retroactividad, de analogía, etc., así como la exigencia de superar el modelo contravencional del ilícito menor en vista de formas delictivas más significativas, de pensar una importante despenalización, etc. Toda una refundación argumentativa que se construía sobre normas positivas específicas de la Constitución italiana.

Por supuesto, no se negaban otras posibles argumentaciones, pero históricamente, temporalmente, se pensaba que había que prescindir de que fuese conveniente un anclaje en esos principios de estilos argumentativos, políticos y jurídicos diferentes (no siempre "iuslegalistas") que pudieran desarrollarse en *otros sistemas* que no disponían de bases normativas correspondientes a las italianas. De hecho, el objetivo era otorgarle una base *jurídica positiva* a esos principios. Desde esta perspectiva, la construcción inicial de Bricola estaba permeada por un interés o una exigencia nacional (si bien no nacionalista) de la construcción del Código y del Derecho penal. En efecto, su marcada sensibilidad comparatista le llevaba siempre a relativizar las soluciones aparentemente unificadoras, de tipo iusnaturalista, a tratarlas históricamente, y a excluir completamente la existencia de ordenamientos-modelo, de culturas-modelo, de tradiciones-modelo. Quizá la expresión más paradigmática de este tipo de cultura, de este espíritu de reorganización del Derecho penal sobre la base de los principios constitucionales, a nivel de los manuales, pueda encontrarse en primer lugar, cronológica e idealmente hablando, en el "Derecho penal" de Ferrando Mantovani, publicado por Cedam en su primera edición en 1979¹⁸. Éste contiene un *orden de los principios y no de las categorías*: antes que analizar *in primis* el delito de acuerdo a categorías sistemáticas (por ejemplo: hecho, antijuridicidad y culpabilidad) como contenedores o esquemas en torno a los que organizar el estudio de los problemas penales generales y también el estudio de las incriminaciones en particular, o la ubicación sistemática de casos prácticos. La atención se centraba en los grandes principios constitucionales, desde la legalidad hasta la materialidad de la lesividad y la culpabilidad. Posteriormente, "dentro" de estos principios deontológicos superiores se podía encontrar espacio para otros principios y categorías: desde el principio de objetividad y subjetividad (elementos objetivos y subjetivos), a las categorías de la acción, del hecho, de la ilicitud, del autor, de las formas de manifestación del delito, etc.

De esta forma se llevaba a cabo un claro predominio de la Constitución, o de los principios constitucionales y supralegales, respecto a la tradicional repartición

18 F. MANTOVANI, *Diritto penale, Parte generale*, Cedam, Padova, 1979¹, 2011⁷.

sistematizadora de tipo meramente analítico, tan desarrollada, por ejemplo, en el ámbito alemán, y que está fundada sobre categorías “dogmáticas” clásicas. Es más, se puede decir que a una dogmática clásica de categorías se unía (antes que sustituirla) una dogmática constitucional de los principios, que sin embargo asumía una clara prevalencia¹⁹. No se trata de que la culpabilidad se vea como una categoría que se debe ubicar “exactamente” *después* del elemento objetivo (concepción clásica), o *después* del dolo y la culpa (concepción postfinalista o postwelzeliana), o *antes* de la punibilidad, como aspecto central de discusión –lo que al legislador o al juez le interesaba muy poco²⁰ – sino de la exigencia de repensar *todas las categorías*, todas

19 En cuanto a la evolución de la transición del tecnicismo jurídico a la orientación constitucionalista y de una dogmática de categorías a una de principios, véase lo indicado en M. DONINI, *La herencia de la dogmática clásica en el derecho penal contemporáneo. Desde el tecnicismo a la postdogmática*, cit. En italiano: M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Giuffrè, Milano, 2011, cap. I. En la literatura latinoamericana, un reciente manual de parte general, construido de forma extraordinaria sobre principios antes que sobre categorías, es el de J. F. CARRASQUILLA, *Derecho penal, Parte general, Principios y categorías dogmáticas*, Ed. Ibañez, Bogotá, 2011. V. también, en un sentido más metodológico G. J. YACOBUCCI, *El sentido de los principios penales. Su naturaleza y funciones en la argumentación penal*, Edit. Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1998; O. SÁNCHEZ MÁRTINEZ, *Los principios en el Derecho penal y la dogmática penal*, Dykinson, Madrid, 2004. Sin embargo, cfr. también, sobre la aplicación de las nociones de principios, reglas y categorías en la teoría del delito M. DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Cedam, Padova, 1996, pp. 25 y ss. (cap. I), así como los artículos que allí se citan, y el texto de AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, coordinado por G. INSOLERA, N. MAZZACUVA, M. PAVARINI, M. ZANOTTI, Giappichelli, Torino, 2012⁴ (1997’).

20 En realidad, Bricola seguía una concepción bipartita del delito, con la división: elemento objetivo y elemento subjetivo (que comprende el elemento psicológico y la culpabilidad normativa), en el que las causas de justificación se entendían como elementos negativos del tipo que se aplicaban en el momento de analizar la parte objetiva. El ilícito, el injusto, era un elemento objetivo no justificado, pero antes del elemento subjetivo no se le podía definir como punible y por ende no era penalmente ilícito. Se trataba de una visión cercana a la de Karl Engisch y Arthur Kaufmann en Alemania, y a la de P. Nuvolone, F. Antolisei y M. Gallo (antes de Bricola) en Italia, así como a la que luego sostienen F. Mantovani, C.F. Grosso, A. Fiorella, además de encontrarse en la misma línea de la tradición italiana desde Carrara hasta Manzini, pasando por Arturo Rocco. La punibilidad misma era vista como algo intrínseco al delito: no hay delito sin punibilidad (TGR: § 7 a; Id., voz *Punibilità (condiciones objetivas de)*, en *Novissimo Dig. It.*, vol. XIV, 1967, pp. 592 y ss.). Es más, Bricola pensaba que separar la punibilidad del delito sirve para “librarse” de elementos que pueden ser decisivos en cuanto al ordenamiento constitucional de garantías que se le asignan a los elementos del hecho delictivo, y por eso sostenía tal teoría. Bricola no seguía la teoría de la imputación objetiva del resultado (por supuesto, en 1973 no lo hacía, pero tampoco luego, aunque manifestase curiosidad intelectual hacia esta idea). Por lo demás, el tema del riesgo permitido, en sus aspectos de conexión con el Derecho penal del trabajo, el delito culposo y el consenso de los trabajadores (o de terceros) a la autopuesta en peligro, había sido considerado, de manera premonitoria, en un famoso escrito suyo de inicios de los años sesenta (F. BRICOLA, *Aspetti problematici del c.d. rischio consentito nei reati colposi*, en *Bolletino di Istituzioni di Diritto penale*, Università di Pavia, Año académico 1960-61, pp. 89 y ss., publicado luego en lo., *Scritti di diritto penale*, vol. I, tomo I, cit., pp. 70 y ss.). Él no acogía, especialmente, la culpabilidad normativa postfinalista separada del dolo y la culpa. Bricola consideraba que un dolo sin culpabilidad era una categoría manca, que servía sólo para explicar el dolo del inimputable, pero no el de las personas capaces de comprender y querer (F. BRICOLA, *Fatto del non imputabile e pericolosità*, Giuffrè, Milano, 1960). Se presentaban, como de mayor

las soluciones, a la luz de los *principios superiores* de la legalidad, la taxatividad, la lesividad, la culpabilidad, la finalidad reeducativa, etc.

Evidentemente, de este modo nadie prohibía seguir estudiando *también* la dogmática clásica, dedicarse a los problemas de mero conocimiento de los institutos, de descubrir categorías nuevas, de realizar un diálogo internacional basado igualmente en las categorías, además de en los principios. Sin embargo, es claro que una dogmática post-constitucional de los principios parecía mucho más prometedora, en términos de la capacidad de generar consensos y desarrollar diálogos político-institucionales, respecto a una dogmática clásica de categorías sistemáticas. Por eso nadie negaba la legitimidad de los descubrimientos o las invenciones “científicas” que pudieran incluso trascender las formas de Estado y las ideologías jurídicas dominantes. No obstante, la verdadera propuesta de este *nuevo método* era que en aquel momento histórico, más importante que el simple *conocimiento* “científico”, era la necesidad de un *cambio*, de cambiar el Derecho penal ordinario *vigente* para llevar a la práctica uno más *válido* y de rango superior. Para alcanzar este objetivo, en una cultura con una fuerte tradición iuspositivista, era más útil o adecuada una orientación constitucionalista de base exegético-interpretativa, antes que una de tipo iusracional, también porque el texto de la Carta Fundamental, en Italia, realmente permitía y reclamaba una precisa realización. Para “dejar pasar” algunos principios, y a través de éstos algunas reformas, era más importante o útil anclarlos a fuentes normativas que a ideas radicadas exclusivamente en el pensamiento.

importancia que el concepto “unitario” o prejurídico de acción, los límites a la conducta penalmente relevante, valorados a través de las categorías de la adecuación social y del delito imposible (cfr. TGR, § 9, b-f). Sin embargo –como se observa claramente de la lectura de esta “Teoría general del delito”–, todas las tesis sustanciales principales que subyacen a esas evoluciones de la sistemática extranjera se valoran desde una perspectiva político criminal. Desde la “personalidad” del ilícito (entendida en realidad como sinónimo de la personalidad del “delito”, entendida por Bricola como la exigencia constitucional de un ilícito modal que contenga al menos dentro de sí a la culpa: TGR, § 8; esto, en cuanto en el *personales Unrecht* de origen alemán, él veía los riesgos de una infravaloración del desvalor de resultado y también de una tendencia, bastante peligrosa aún, hacia el *Gesinnungsstrafrecht*: TGR, §§ 8 c-f) hasta la posibilidad de conocer la ilicitud como requisito de la culpabilidad-responsabilidad penal (TGR, § 8 b, una obligación constitucional y no sólo “de la razón”), pasando por la exigencia de revisar constitucionalmente la gestión parlamentaria de lo relacionado con la punibilidad (causas de no punibilidad). Por no hablar de la exigencia de mantener siempre en el objeto del dolo un contenido lesivo, ofensivo, antisocial, o al menos antijurídico. Este problema está presente en F. BRICOLA, *Dolus in re ipsa. Osservazioni in tema di oggetto e di accertamento del dolo*, Giuffrè, 1960, con argumentaciones que recuerdan las de la *Vorsatztheorie* como derogación o limitación de la *Schuldtheorie* en los delitos (que hoy llamaríamos) de conducta neutral, que han sido profundizadas por quien escribe en M. DONINI, *Il delitto contravvenzionale. Culpa iuris e oggetto del dolo nei reati a condotta neutra*, Giuffrè, Milano, 1993. Pero todas estas anotaciones dogmático-sistemáticas, su lenguaje, pertenecen más al Bricola de los años sesenta. De los años setenta en adelante, la “vieja sistemática por categorías” será dejada un poco de lado en un contexto argumentativo nuevo, por el discurso sobre los principios.

De hecho, se trataba de dar *fuera de ley* a los principios condicionantes capaces de revolucionar la interpretación de casi todas las categorías analíticas de la tradición. Era pues una operación paralela, pero mucho más penetrante y ambiciosa, y mucho más profunda en la extensión de sus destinatarios, no sólo académicos, respecto a la que en aquellos años estaba cumpliendo Claus Roxin con su manifiesto berlinés de la *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem* (texto traducido al castellano como *Política Criminal y sistema de Derecho Penal*)²¹, cuyos destinatarios seguían siendo los profesores y los estudiosos académicos expertos en categorías dogmáticas²². La actividad descrita, entre otras cosas, no “abría” las categorías dogmáticas a las aventuras de la política criminal del intérprete y del juez, como se pueden concebir las posturas roxinianas²³, sino que encerraba los límites de las categorías en el panorama de los condicionamientos constitucionales.

A su vez, los manuales italianos posteriores a esto, adoptaron una especie de composición o de síntesis entre la dogmática clásica y aquella de orientación constitucional. Esto no se hacía englobando las categorías “dentro” o “debajo” de los principios constitucionales (como sí ocurría en el manual de F. Mantovani antes citado, o en algunos otros), sino anteponiendo un capítulo, o varios capítulos, dedicados únicamente a los principios, al análisis del delito según unos esquemas más cercanos a los del debate internacional y a la sistemática de origen alemán. Surgió así, de manera visible, esta diferencia esencial y característica del penalismo italiano de los últimos cuarenta años: el valor político-criminal y normativo de los principios.

Una tercera opción, más cercana al tiempo de las fuentes supranacionales actuales, podría ser la de integrar, después de un capítulo introductorio histórico-metodológico, los principios constitucionales y las fuentes supranacionales, diseminándolas a lo largo de todo el estudio de las categorías y de los institutos, donde pueden ser mejor comprendidos e interpretados: los principios *dentro* de las categorías y las reglas²⁴.

21 De Gruyter, Berlín, 1970, 1973².

22 Este es un juicio de quien escribe. Bricola, en realidad, al comentar más tarde la postura de Roxin respecto al ordenamiento constitucionalista italiano, ofrecerá una lectura más conciliadora, que evidenciaba los aspectos similares y de continuidad, sobre todo en el ámbito político-criminal, aunque revelando que los principios, en la postura de Roxin, estaban más vinculados a la política criminal, mientras que en la orientación que él seguía, tenían una base jurídico-constitucional: F. BRICOLA, *Rapporti tra dommatica e politica criminale*, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1988, pp. 3 y ss., 13. V. también, al respecto, la presentación a la traducción italiana de Roxin, escrita por S. MOCCIA, *Presentazione*, en C. ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale*, Guida Editori, Napoli³, 1991, pp. 7 y ss.

23 Sobre esta crítica, V. precisamente J.F. CARRASQUILLA, *Derecho penal, Parte general, Principios y categorías dogmáticas*, cit., pp. 53 y s.

24 En cuanto la *teoría del delito*, de orientación constitucionalista, no puede definirse en un sentido meramente *deductivo*, extrayendo de la Constitución categorías y reglas, como si éstas se encontrasen

5. Las implicaciones institucionales de la orientación constitucionalista. Diferencias respecto a la dogmática clásica

La orientación constitucionalista, aunque haya nacido en un contexto de aristocracia penal, de los académicos en diálogo con la Corte Constitucional, ampliaba el círculo de sus usuarios a todos los actores del sistema jurídico: congresistas, políticos, abogados, magistrados, juristas en general y obviamente profesores. Por lo tanto, se presentaba como *un método con una fuerte connotación institucional*, y no circunscrito a la clase académica (a diferencia de la dogmática clásica), orientado a cambiar los contenidos del Derecho vigente, antes que a, simplemente, explicar su funcionamiento.

En efecto, los principios constitucionales tienen dos destinatarios: el legislador y el juez, y pueden ser reconstruidos en las dos diferentes dimensiones que se refieren al Parlamento y al poder judicial. Sin embargo, los *actores* que los concretan pertenecen a categorías profesionales e institucionales más complejas y variadas.

La *dogmática clásica*, conformada por categorías y elaborada en la Universidad, se ve disminuida (no abandonada sino de alguna manera absorbida) en la línea de una

en aquella, sino que hay que obrar tanto de un modo *deductivo* de reglas y principios supraordenados, como de manera *inductiva*, a partir del sistema y de los materiales de conocimiento histórico y comparado, para poder reinterpretar los principios a través de un conjunto normativo históricamente existente o teóricamente hipotizable (por ejemplo, de la lectura de la Carta fundamental no se podría ni siquiera entender qué es un delito de peligro abstracto, indirecto, potencial, abstracto-concreto, etc.), y por ende también mediante las reglas mismas que pueden servir para la reconstrucción de los principios, o para su realización, M. DONINI, voz "Teoría del reato", en *Digesto delle Discipline Penali*, vol. XIV, Utet, Torino, 1999, p. 236.

Este discurso tiene implicaciones importantes. No es posible entender qué es un principio o una regla *constitucional* en material *penal*, si no se conocen las categorías y los materiales normativos en los que encuentran aplicación. Pero ese material normativo es "externo" a la Carta constitucional, o a los principios supraordenados. Ello conlleva que el Tribunal Constitucional no pueda adoptar verdaderamente una interpretación general de la Constitución (y dígame lo mismo para los otros Tribunales europeos, respectivamente) sin conocer las disciplinas a las que los principios se aplican. Entonces, es necesario, pero también problemático, pedirle a los magistrados constitucionales una interpretación conforme (a la Constitución). De hecho, haciendo esto, el Tribunal abdicaría de la interpretación misma de la Constitución, porque hay una parte importante de la interpretación constitucional misma que es imposible de desarrollar abstrayéndose de las "reglas" ordinarias. En efecto, una vez entendido este problema, se considera que la "mejor" interpretación de la Constitución en materia penal, laboral, tributaria, civil, etc., puedan darla frecuentemente sólo los juristas especializados en esos sectores. Sin embargo, si el Tribunal abdicase realmente de su función, favoreciendo sobre todo la interpretación conforme (por parte de los jueces ordinarios), podría llegar a faltar una función ordenadora y nomofiláctica superior. Lo importante es que la obligación de interpretación conforme no se vuelva de este modo una interpretación de la Constitución que, partiendo demasiado de la legislación ordinaria, disminuya su rol regulatorio superior a partir del texto fundamental, que debe reconstruirse dentro de un conjunto de valores coordinados a nivel supralegislativo y no en contextos sectoriales.

dogmática de principios, con orientación constitucionalista, que pone en juego una interpretación adecuada a la Constitución elaborada en los Tribunales e incluso en los debates públicos. En la *dogmática de orientación constitucional* (o de principios) se encontraba el *germen* de un programa de *democracia penal* más amplia²⁵, aunque no se percibiera el riesgo de una política criminal dominada por los medios de comunicación, lo cual estaba más allá de tal perspectiva. De todo esto, que señalamos, no había plena conciencia en los años setenta del siglo XX, pero mirando esta experiencia a la luz de lo que ha sucedido, este dato surge de manera evidente en el actual contexto europeo.

En ello quedan involucradas no sólo las grandes categorías sistemáticas, sino también *todos los institutos de la parte general*: de la causalidad al riesgo, de la conducta al resultado, de la culpa al dolo (conciencia del ilícito o de la ofensa), de la sucesión de leyes en el tiempo hasta el *bis in idem*, del concurso de personas al resultado. Las mismas ‘categorías’, a través de los ‘principios’, tenían que “reinterpretarse” en clave constitucional, expresándose así, en su hermenéutica, los valores de la legalidad, la determinación, la tipicidad, la necesaria lesividad, la “personalidad” de la responsabilidad penal, la finalidad reeducadora de la pena, etc.

6. *Habent sua fata libelli*: la suerte de la obra y de su método

Habent sua fata libelli. Partiendo de las bases culturales y políticas que se han indicado, la orientación constitucionalista conquistó una posición predominante en la formación y el desarrollo del penalista de los años setenta del siglo pasado y hasta inicios del siglo XXI. Aún hoy, éste constituye, *junto a una base técnico-jurídica que nunca ha sido abandonada* (distinción entre derecho positivo y saberes extrajurídicos, entre derecho vigente y perspectivas de reforma, entre política y Derecho, entre Derecho y sociología, etc.), el *lenguaje común* de la cultura penal italiana, incluso para quien siga sosteniendo que el constitucionalismo y la Constitución están en crisis²⁶, y también para quienes actualmente tienden a buscar una función crítica

25 Para un panorama de la “democracia penal” de base constitucional más cercano a nuestros días, escrito treinta años después de la voz “Teoría del delito” de Bricola, cfr. M. DONINI, *Il volto attuale dell’illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Giuffrè, Milano, 2004; así como, *Id.*, *Democrazia e scienza penale nell’Italia di oggi: un rapporto possibile?*, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2010, pp. 1067 y ss. G. FIANDACA, *Legalità penale e democrazia*, en *Quaderni Fiorentini*, 2007, pp. 1247 y ss.; A. MERLI, *Democrazia e diritto penale*, ESI, Napoli, 2008. V. también, sobre el mismo tema, AA.VV., *Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale*, coordinado por G. INSOLERA, Monduzzi, Bologna, 2005; los textos del Congreso de Ascoli Piceno llevado a cabo los días 5-7 de marzo de 2010 sobre: “Objeto y límites del poder coercitivo del Estado en las democracias constitucionales” (Università di Camerino), de próxima publicación, y los escritos de G. FIANDACA y C.E. PALIERO, en AA.VV., *Democrazia e autoritarismo nel diritto penale*, coordinado por A. M. STILE, ESI, Napoli, 2011.

26 Por ejemplo, recientemente G. FIANDACA, “La riforma codicistica tra mito accademico e realtà politico-culturale”, en AA.VV., *Gli ottant’anni del Codice Rocco*, coordinado por L. Stortoni y G. Insolera, Bononia

y legitimadora del Derecho penal en las fuentes supranacionales y europeas, que presuponen un modelo constitucional de referencia, sin el cual serían leyes ordinarias, que se podrían derogar.

Algunas sentencias “históricas” de la Corte Constitucional han recogido, casi textualmente, algunos aspectos centrales de la teoría de Bricola. Recuerdo, particularmente, la sentencia n. 364 del 23-24 de marzo de 1988, sobre la *ignorantia legis* y el principio de culpabilidad (*nullum crimen, nulla poena sine culpa*), donde la personalidad de la responsabilidad penal y la tendencia hacia una función reeducativa, la reprochabilidad subjetiva del hecho, y por ende al menos una atribución de culpa respecto a los elementos más importantes de la incriminación: regla constitucional construida sobre el principio de la posibilidad del conocimiento de la ley penal, fundado a su vez en la exigencia de tutela penal de los bienes de relevancia constitucional materializables (*afferrabili*) y taxativamente definidos por la ley. Está también la sentencia n. 409 del 6 de julio de 1989²⁷, donde se afirma que “no son legítimas las incriminaciones penales que tutelén bienes que no expresen valores constitucionalmente relevantes” (§ 2), y que “el legislador, sustancialmente, no es libre en sus elecciones criminalizadoras, sino que tiene que circunscribirse, en lo posible (teniendo en cuenta la libertad personal sacrificada con la pena), al ámbito de lo penalmente relevante, además de anclar cada tipificación como delito a un lesividad social real” (§ 4).

Desde la perspectiva de los resultados “oficiales”, las adquisiciones son notables y de reconocimiento general: se aseguró así el anclaje constitucional, a nivel de la Corte y no sólo de las obras científicas, de *muchos principios de rango constitucional, como tales obligatorios para el parlamento, aunque presenten diferentes grados de fuerza*. En el art. 25, primer inciso, Const., la *extrema ratio*, la legalidad, la reserva absoluta de ley, la estricta determinación y taxatividad, la tipicidad de los delitos, la prohibición de retroactividad, la prohibición de analogía; en el art. 27, inciso 1, Const., el de la personalidad de la responsabilidad penal –que se articula en el principio de responsabilidad por el hecho propio y en el principio de culpabilidad (*nullum crimen, nulla poena sine culpa*) –. En el art. 27, inciso 3, Const., la función reeducativa de la pena

University Press, Bologna, 2012, especialmente pp. 249 y ss., en donde se afirma: “en lo que tiene que ver con el contexto doctrinal italiano, el esfuerzo teórico más significativo de relegitimación en clave modernizante se puede identificar con seguridad en la teoría del delito constitucionalmente orientada, a cuya elaboración Bricola ha dado una contribución fundamental (casi todos –incluso quienes no hayan sido sus alumnos de manera directa– consideran a Bricola, aún hoy, el Maestro de referencia)”.

27 Sobre esta decisión, v. una reflexión actualizada en M. DONINI, “Serendipità e disillusioni della giurisprudenza. Che cosa è rimasto della sentenza n. 364/1988 sull’ignorantia legis”, en *Liber amicorum per Massimo Bione*, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 175 y ss. (publicado también en *JUS17@unibo*, 2011, pp. 243 y ss.), en donde se indican referencias históricas sobre las fuentes doctrinales de la sentencia, así como sobre sus desarrollos posteriores en la aplicación. Este texto se encuentra también en castellano: *Id.*, “El caso de la ignorancia invencible”, en P. SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ (Coord.), *Casos que hicieron doctrina en derecho penal*, La Ley, Madrid, 2011, pp. 335 y ss.

y el límite de la dignidad humana en su aplicación; arts. 3 y 25, primer inciso, Const.: proporcionalidad entre bienes y sanciones, lesividad (la construcción de delitos lesivos en abstracto de bienes jurídicos de rango constitucional o al menos comparables con el sacrificio de la libertad, la obligación para el juez de interpretar los tipos penales de manera no formal, sino que sean lesivos en concreto de los bienes tutelados); arts. 16 y 3 Const.: laicidad, igualdad y razonabilidad²⁸. En el ámbito procesal, la Constitución presenta una de las normas más analíticas sobre el denominado debido proceso (art. 111 Const.).

Este método sugería, aunque sólo lo hiciera de manera implícita, la obligatoriedad de una perspectiva en la que los mismos principios encontraran una adecuada expresión y reconocimiento en los principales textos constitucionales extranjeros o supranacionales: aunque *la base normativa* de partida fuese *italiana*, *la cultura jurídica* de referencia seguía siendo *internacional*.

En otras ocasiones hemos expresado la mayor dificultad que hay para que se puedan exportar las argumentaciones concretas de carácter iuslegalista de la orientación constitucionalista, como han sido desarrolladas en la Teoría general del delito de Bricola²⁹. Mayor dificultad de exportación respecto a la formulación de teorías generales construidas sin referencias específicas a ningún ordenamiento, como normalmente hacen, por ejemplo, los juristas de lengua alemana, que no dicen ser iusnaturalistas, pero escriben *como si* el derecho positivo fuese secundario, asegurando así a sus productos una licencia de exportación mucho más directa. Esto se da, especialmente, cuando quien recibe tal producción no se preocupa por analizar históricamente su cultura jurídica, ni parte del propio Derecho positivo vigente (o al menos compare los resultados teóricos que tendría en ese Derecho), porque lo consideran (implícitamente) ilegítimo para ser la base de una reflexión "científica".

Sin embargo, hay que admitir que una dogmática de principios es mucho más capaz de unificar las distintas tradiciones que una dogmática de categorías, pues tiene profundidad político criminal y valorativa. Y, en efecto, esta dirección se ve claramente reflejada en el desarrollo del Derecho europeo, y también del Derecho *penal* europeo³⁰:

28 Para una instructiva visión crítica, de hace pocos años, de uno de los principios constitucionales más importantes, reconocido en las sentencias de la Corte Constitucional italiana, cfr. A.A.Vv., *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, coordinado por G. VASSALLI, ESI, Napoli, 2006. V. también, más recientemente, V. MANES (coord.), *Principi costituzionali in materia penale*. Apuntes preparados en ocasión del encuentro trilateral de las Cortes Constitucionales italiana, española y portuguesa, Madrid, 13-15 de octubre de 2011, manuscrito.

29 M. DONINI, *Un derecho penal fundado en la Carta constitucional: razones y límites. La experiencia italiana*, en *Revista penal*, 2001, 24 ss., así como en Id., *El derecho penal frente a los desafíos de la modernidad*, cit., pp. 301 y ss.

30 Cfr. M. DONINI, "Prospettive europee del principio di offensività", en A.A.Vv., *Offensività e colpevolezza*, coordinado por A. CADOPPI, Cedam, Padova, 2002, pp. 109 y ss.

en los desarrollos que surgen de la Carta europea de derechos, en la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos del Hombre³¹, en la de la Corte de Justicia de la UE³². Y esta misma y continua exportación argumentativa de la jurisprudencia, la desarrolla la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las Cortes nacionales de América Latina³³.

Así, más allá de los desarrollos argumentativos específicos de la orientación constitucionalista italiana del Derecho penal, en el plano *metodológico* —y en parte también de los *contenidos*— éste se presenta, hoy, mucho más longevo, más útil, más rico de perspectivas y de contenidos, respecto a una tradición que obsesivamente repite o actualiza análisis bipartitos, tripartitos, cuartipartitos o pentapartitos del delito, que tantas energías y bibliotecas han ocupado en el siglo pasado y que constituyen *sólo una parte* (por lo demás siempre cultivada por quien escribe) del lenguaje, del objeto y de las tareas de la ciencia penal. De hecho, todas las principales categorías sistemáticas y las disciplinas científicas penales han sufrido una mutación genética, o político-criminal, precisamente a la luz del garantismo de los principios: desde la tipicidad hasta la antijuridicidad y la culpabilidad, de la causalidad al bien jurídico y las causas de justificación, desde la política criminal hasta la sociología criminal y la ciencia de la legislación. Toda la hermenéutica ha cambiado desde entonces. No existe, hoy, cuestión de legitimidad constitucional que no exija una previa *interpretación conforme a la Constitución* como premisa de admisibilidad de un problema ante la Corte: sólo se puede acudir a la acción de ilegitimidad de una norma si es imposible o insuficiente la (obligatoria y previa) interpretación conforme a la Constitución. Incluso la *reserva de ley* ha cambiado en gran medida: si el intérprete está autorizado para reescribir la “norma” que resulta de la interpretación de la “disposición” de ley, para hacerla conforme a la Constitución, esto implica que el espacio para una hermenéutica capaz de modificar el contenido normativo del Derecho (aunque excluyendo las analogías *in malam partem*) es bastante relevante. Los resultados de este “estilo” han sido objetivamente más importantes, para la experiencia *colectiva* de todos los intérpretes y operadores del Derecho penal, que los frutos de la teoría finalista de la acción y que la “construcción

31 V. MANES, *La lunga marcia*, cit., pp. 1 y ss.

32 A. BERNARDI, *L'approccio costituzionale al diritto penale di fonte sovranazionale. Note introduttive*, de próxima publicación.

33 Cfr. A. GIL GIL, “La fertilización cruzada entre las jurisprudencias de derechos humanos y de Derecho penal internacional y el uso defectuoso de la jurisprudencia ajena etc.”, en *Revista de derecho penal y derecho penal internacional*, Buenos Aires, Número extraordinario 2011, de próxima publicación; E. MALARINO, “Acerca la pretendida obligatoriedad de la jurisprudencia de los órganos interamericanos de protección de derechos humanos para los tribunales judiciales nacionales”, en AA.VV., *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, tomo II, ed. K. AMBOS, E. MALARINO, G. ELSNER, G.-A. Universität Göttingen, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2010, pp. 425 y ss.

diferenciada de los tipos penales”, o que las tesis del funcionalismo, o de las teorías de la imputación objetiva, etc., que igualmente configuran, para muchos (pero no para todos), una especie de “gramática común” que, en otro nivel de análisis y construcción, sirve para el conocimiento científico del Derecho.

Se puede afirmar incluso que han nacido *nuevas categorías*, como el *nexo del riesgo* y la *no punibilidad*, con significados contemporáneos desconocidos en el pasado³⁴; o también que han nacido nuevos principios, como el *principio de efectividad*³⁵, o el *principio de reserva de ley en sentido sustancial*³⁶, aunque ciertamente no es fácil, para quien ha visto y elaborado estas nociones, hacer que alcancen un reconocimiento general en contextos culturales tradicionalistas, por no decir *misoneístas*. Es mucho más fácil hacer ver que se están realizando o concretando, a través de esas categorías o nuevos principios, los “antiguos” principios de responsabilidad por el hecho propio y de *ultima ratio*. Será entonces más factible, al menos en Italia –que entre los países del *civil law* representa un área cultural particularmente conservadora, en el ámbito de una dogmática de categorías o respecto a los principios, escéptica frente a los que no manifiesten una cultura idealista, sino empirista y orientada a la medición de los efectos-, que mediante estos cánones hermenéuticos se llegue a soluciones adecuadas.

Es verdad que la *dogmática clásica* nos ha dividido, mientras que *la de los principios* nos une más: esto es hoy muy evidente a nivel europeo. E incluso cuando una diferente interpretación de los principios no llevara a esa unión –v. por ejemplo la diferencia entre el garantismo de los principios “reocéntricos”, orientados al autor y al Derecho penal como *Magna Charta* del reo, y la interpretación de los principios “victimocéntricos”, dirigidos de manera expansiva a la tutela de la víctima y a la

34 Sobre la “relación del riesgo” como verdadero contenido técnico (dogmático) de la categoría de la imputación objetiva, v. nuestra voz “Imputazione oggettiva dell’evento (diritto penale)”, en *Annali Enc. Dir.*, III, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 635 y ss.; *Id.*, *Imputazione oggettiva dell’evento. ‘Nesso di rischio’ e responsabilità per fatto proprio*, Giappichelli, Torino, 2006. Sobre la “no punibilidad” como nueva categoría moderna del Derecho penal, más allá de la teoría del delito, en el ámbito de actuación del principio de subsidiariedad, o de *ultima ratio*, cfr. nuevamente M. DONINI, *Non punibilità e idea negoziale*, en *Indice penale*, 2001, pp. 1035 y ss.; *Id.*, *Il volto attuale dell’illecito penale*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 259 y ss.; *Id.*, *La sintassi del rapporto fatto-autore nel Progetto Grosso*, en *Id.*, *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*, cit., pp. 304-312; *Id.*, “Le logiche del pentimento e del perdono nel sistema penale italiano vigente”, en *Scritti Coppi*, coordinado por D. BRUNELLI, vol. II, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 905 y ss., 952 y ss.

35 C.E. PALIERO, *Il principio di effettività nel diritto penale: profili politico-criminali*, in *Studi Nuvoletto*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1991, 395 ss.

36 Esto es, el principio que exige no sólo una mera mayoría parlamentaria para legitimar la legalidad penal (reserva de ley formal), sino también que la mayoría parlamentaria haya discutido y motivado sus decisiones de manera controlable, en atención a la razón pública: con leyes controlables en su contenido por parte de la minoría, en cuanto estén motivadas respecto a los fundamentos, las bases científicas, los fines y resultados esperados, a la luz de una cultura enfocada en lo empírico y no sólo en los valores: M. DONINI, *Il volto attuale*, cit., pp. 82 y ss.

política criminal como lucha contra el crimen³⁷. Estos representarían, en todo caso, un instrumento de comunicación mucho menos aristocrático y, como tal, más manejable por parte de una variedad de actores institucionales, de acuerdo a las formas de una democracia discursiva.

Por este motivo, considero que el destino científico de la obra que aquí se presenta, contiene muchas implicaciones para el presente, aunque el discurso actualmente se haya desplazado, con frecuencia, a un nivel de debate supranacional.

7. Versiones “fuertes” y versiones “débiles” de la orientación constitucionalista en Italia

De todos los principios constitucionalizados se puede hacer una lectura fuerte o una lectura débil; una interpretación maximalista o minimalista³⁸. Muchos de esos principios, aunque se apliquen en concreto, pocas veces para declarar la ilegitimidad de una norma legal, tienen una naturaleza *demonstrativa* (pueden ser empleados, por sí mismos, sin recurrir a otras normas constitucionales, para declarar la ilegitimidad de una ley común que esté en conflicto con éstos), mientras que otros tienen una naturaleza más *argumentativa* o *de dirección política* (no son tan “técnicos” como para permitirle a la Corte un juicio jurídico constitucional: esto sucede, por ejemplo, con el principio de *ultima ratio*)³⁹. El rasgo más característico de una *versión fuerte*, como la *bricoliana*, de la orientación constitucionalista, *en conjunto*, ha sido el de entender que en el pacto constitucional está el *fundamento*, y no sólo el límite, de la intervención penal. Éste contendría el “rostro constitucional” del ilícito penal, el *know-how* del modelo constitucional de ilícito penal y de la respectiva respuesta sancionatoria, capaz de diferenciarlo, en términos esenciales, del ilícito administrativo (por ejemplo: el peligro concreto o abstracto concreto vs. la mera inobservancia de cautelas o autorizaciones, o peligros presuntos) y del ilícito civil (enfocado en el desvalor de acción, la culpabilidad y la ofensa a un bien jurídico en el caso penal, y en el daño en el caso civil). En cambio, la *versión tradicional* entiende que en los principios constitucionales *sólo hay un límite*

37 Para una reinterpretación del europeísmo penal hoy, a la luz de la dicotomía entre una orientación continental “reocéntrica” y una orientación europea “victimocéntrica”, cfr. V. VALENTINI, *Diritto penale intertemporale*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 33 y ss. (cap. II); *ib.*, “European criminal Justice and continental Criminal law. A critical Overview”, en *EuCRL*, 2/2011, pp. 188 y ss. Obviamente, entendiendo que la interpretación victimocéntrica (dirigida a la defensa social) de los principios se da también en todas las versiones “continentales” y nacionales del Derecho penal, y no sólo en las fuentes y en las jurisprudencias europeas.

38 Para una especie de reseña histórica de los manuales y el penalismo italiano, según esta *summa divisio*, cfr. lo que se expusiera en M. DONINI, *Principi costituzionali e sistema penale. Modello e programma*, cit., pp. 421 y ss., también disponible en castellano en *ib.*, *El derecho penal frente a los desafíos de la modernidad*, cit., pp. 335 y ss.

39 En cuanto a esta distinción, cfr. M. DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, cit., pp. 25 y ss.; *ib.*, voz “Teoria del reato”, cit., pp. 234 y ss.

a la libertad fundamental del Parlamento para la construcción de la responsabilidad penal, como si la Constitución fuese una especie de alambrada que delimita ciertos espacios no disponibles por el legislador, con una relativización e historiación mucho más fuerte de los confines existentes entre los distintos modelos de ilícito jurídico: nada sería penal “en sí”, *todo sería decisión política*, con excepción de algunas prohibiciones.

La teoría “fuerte” es prescriptiva, mientras que la que se ha definido como “débil” es mucho más descriptiva y abierta a la gestión política de lo penal. Prescindiendo de los primeros momentos de “exaltación constitucional”⁴⁰, al estilo de los años setenta, nadie sostiene que de un texto escrito en 1947 sea posible y obligatorio deducir, actualmente, todo el Código penal; extraer una suerte de Constitución-código, capaz de contener las decisiones fundamentales en materia penal⁴¹. Antes bien, es posible sostener que la realización de la Constitución es algo tan históricamente condicionado, que implica que el Código penal actual, y conforme a la Constitución, sea la expresión del Derecho penal constitucional vigente en cierto momento histórico, un tipo de Código – Constitución. El Código, como se ha sostenido en la tradición constitucionalista española, sería una “Constitución en negativo”, un negativo constitucional⁴², según una relación dialéctica condicionante, pero no unidireccional (no de mera deducción del texto fundamental), entre la ley común “constitucionalizante” del sistema, y la fuente superior.

Con el fin de que esta idea no se reduzca a constitucionalizar lo existente, deconstruyendo continuamente la norma fundamental, al cambiar las exigencias históricas, y con el fin de mantener en la Carta fundamental un vínculo pre-legislativo permanente, es posible actualizar algunas conclusiones generales que caracterizan al modelo fuerte, que en todo caso es hoy mucho más relativo e histórico que aquél

40 Esta expresión es de F. PALAZZO, *Valori costituzionali e diritto penale (un contributo comparatistico allo studio del tema)*, cit., p. 545.

41 Para una crítica a esta idea, v. también lo expuesto en M. DONINI, “La riforma del codice penale tra politica e cultura giuridica”, en *Questione giust.*, 2004, pp. 492 y s.

42 Esta definición se ha hecho famosa porque ha sido recogida en la “Exposición de Motivos” del Código penal español de 1995, en donde se dice: «Si se ha llegado a definir el Ordenamiento jurídico como conjunto de normas que regulan el uso de la fuerza, puede entenderse fácilmente la importancia del Código Penal en cualquier sociedad civilizada. El Código Penal define los delitos y faltas que constituyen los presupuestos de la aplicación de la forma suprema que puede revestir el poder coactivo del Estado: la pena criminal. En consecuencia, ocupa un lugar preeminente en el conjunto del Ordenamiento, hasta el punto de que, no sin razón, se ha considerado como una especie de Constitución negativa. El Código Penal ha de tutelar los valores y principios básicos de la convivencia social. Cuando esos valores y principios cambian, debe también cambiar. En nuestro país, sin embargo, pese a las profundas modificaciones de orden social, económico y político, el texto vigente data, en lo que pudiera considerarse su núcleo básico, del pasado siglo. La necesidad de su reforma no puede, pues, discutirse». Cfr. al respecto J. TERRADILLOS BASOCO, “La Constitución penal. Los derechos de la libertad”, en J. R. CAPELLA (coord.), *Las sombras del sistema constitucional español*, Trotta, Madrid, 2003, pp. 355 y s.

ideado inicialmente en los años setenta. Esta tarea, que ha sido afrontada en otras oportunidades, no puede ser reiterada en este espacio. En cambio, es mucho más significativo evidenciar en estas últimas reflexiones introductorias a la obra de Bricola, el valor y la importancia que puede tener la experiencia italiana de la orientación constitucionalista.

8. El interés que la orientación constitucionalista italiana, actualizada en una perspectiva europea, debería suscitar en el extranjero

La experiencia italiana ha sido y sigue siendo paradigmática. Más allá de la construcción de los principios (fundados tanto en la exégesis como en una lógica normativa de garantías), ya puesta en evidencia, no existe una cuestión de Derecho penal que no haya tenido una reinterpretación (a veces exitosa, a veces no, pero esto no importa ahora) constitucionalizante, una nueva fundación: desde los fines de la pena⁴³

43 V. por todos, además de Bricola, F. STELLA, "Il problema della prevenzione della criminalità", en *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, coordinado por M. ROMANO, F. STELLA, Il Mulino, Bologna, 1980, pp. 13 y ss., 22 y ss.; M. ROMANO, "Prevenzione generale e prospettive di riforma del codice penale italiano", en *Teoria e prassi*, cit., especialmente pp. 156 y ss.; Id., *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, Art. 1-84, Giuffrè, Milano, 2004, sub Pre-Art. 1/37-39; L. MONACO, *Prospettive dell'idea dello 'scopo' nella teoria della pena*, Jovene, Napoli, 1985; S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, ESI, Napoli, 1992; E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, Cedam, Padova, 1979, pp. 153 y ss., 219 y ss.; Id., *La pena in Italia, oggi, tra diritto scritto e prassi applicativa*, en *Studi Marinucci*, vol. II, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 1073 y ss.; E. GALLO, "L'evoluzione del pensiero della Corte costituzionale in tema di funzione della pena", en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1994, pp. 3203 y ss.; G. FIANDACA, *Nessuna pena senza scopo*, en G. FIANDACA, G. DI CHIARA, *Una introduzione al sistema penale*, Jovene, Napoli, 2003, pp. 15 y ss.; Id., "Scopi della pena tra comminazione edittale e commisurazione giudiziale", en AA.Vv., *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, cit., pp. 131 y ss.; L. EUSEBI, *La pena 'in crisi'*, Morcelliana, Brescia, 1990; Id., "Pena criminale", en *Dizionario di diritto pubblico*, coordinado por S. CASSESE, V. Giuffrè, Milano, 2006, pp. 4190 y ss.; M. RONCO, *Il significato retributivo-rieducativo della pena*, en *Diritto penale e procedura*, 2005, pp. 137 y ss.; G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, I, Giappichelli, Torino, 2004, pp. 20 y s.; Id., "L'incerto percorso e le prospettive di approdo dell'idea di prevenzione generale positiva", en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2002, pp. 439 y ss.; M. DONINI, "Non punibilità e idea negoziale", en *Indice penale*, cit., pp. 1035 y ss.; Id., *Le tecniche di degradazione fra sussidiarietà e non punibilità*, *ivi*, 2003, pp. 75 y ss., 89 y ss.; Id., *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., pp. 259 y ss.; Id., *Le logiche del pentimento e del perdono nel sistema penale*, cit., pp. 889 y ss, 907 y ss.; C.E. PALIERO, *Il principio di effettività*, cit.; Id., "La società punita: del come, del perché e del per cosa", en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2008, pp. 1516 y ss.; F. GIUNTA, "Oltre la logica della punizione: linee evolutive e ruolo del diritto penale", en *Studi Marinucci*, vol. II, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 343 y ss.; C. MAZZUCATO, *Consenso alle norme e prevenzione dei reati*, Aracne, Roma, 2006.

hasta la causalidad⁴⁴, pasando por la tipicidad⁴⁵, la responsabilidad por el hecho propio⁴⁶, el bien jurídico⁴⁷, la sistematización⁴⁸, el injusto y la culpabilidad⁴⁹, la (no)

- 44 Sobre la relación entre la reconstrucción de la causalidad mediante leyes científicas y el principio de legalidad-determinación taxativa, cfr. F. STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale in diritto penale*, Giuffrè, 1975.
- 45 Sobre la constitucionalización del principio de tipicidad, cfr. M. RONCO, *Il principio di tipicità della fattispecie penale nell'ordinamento vigente*, Giappichelli, Torino, 1979, pp. 107 y ss.; G. VASSALLI, voz "Tipicità", en *Enc. Dir.*, XLIV, 1992, pp. 535 y ss.; en cuanto a la exigencia de que también el elemento subjetivo esté sometido a las garantías de la tipicidad penal, y por lo tanto sea parte del "hecho típico" (a lo que actualmente nos referiríamos con mayor precisión como la exigencia de una vinculación constitucional del contenido del hecho típico como categoría dogmática), cfr. M. DONINI, *Il delitto contravvenzionale*, cit., pp. 314-326. Desde una perspectiva histórica v. A. GARGANI, *Dal Corpus delicti al Tatbestand. Le origini della tipicità penale*, Giuffrè, Milano, 1997; V. también en el penalismo español a J. A. LASCURAIN SÁNCHEZ, *Sólo penas legales, precisas y previas: el derecho a la legalidad penal en la jurisprudencia constitucional*, Aranzadi-Thomson, Pamplona, 2009, pp. 103 y ss., 229 y ss.; y en ámbito latinoamericano el reciente artículo de A. VAN WEEZEL, *La garantía de tipicidad en la jurisprudencia del Tribunal constitucional*, Legal Publishing Chile-Thomson, Santiago de Chile, 2011, pp. 61 y ss.
- 46 Sobre la relación de causalidad, la relación de riesgo, la imputación del resultado y el principio de responsabilidad por el hecho propio: M. DONINI, voz "Imputazione oggettiva dell'evento", cit., pp. 638 y ss. (y antes v. Id., "Lettura sistematica delle teorie dell'imputazione oggettiva dell'evento", en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1989, pp. 588 y ss., 1114 y ss.); M. DONINI, L. RAMPONI, "Il principio di colpevolezza", en A.A.V.V., *Introduzione al sistema penale*, vol. I^a, cit., § 5. Sobre el principio de responsabilidad por el hecho propio, más en general, v. L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Giappichelli, Torino, 2004, pp. 17 y ss., 88 y ss.
- 47 V. las referencias cit. *infra* en la nota 65.
- 48 Las sistemáticas son pluralistas, pero casi todas, actualmente, aunque estén entre sí en conflicto, parten de bases constitucionales. Se tratará, ahora, de identificar denominadores comunes que permitan separar el núcleo de las garantías de las opciones culturales de las distintas tradiciones científicas. V., en el panorama italiano, a S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., pp. 26 y ss., 32 y ss.; A. FIORELLA, voz "Responsabilità penale", en *Enc. Dir.*, XXXIX, 1988, pp. 1289 y ss.; Id., voz "Reato in generale", en *Enc. Dir.*, XXXVIII, 1987, pp. 770 y ss.; M. DONINI, voz "Teoria del reato", cit., pp. 238 y ss.; Id., *Teoria del reato*, cit., pp. 108 y ss., 197 y ss., 251 y ss.; MARINUCCI, DOLCINI, *Corso di diritto penale*, I^a, Giuffrè, Milano, 2001, pp. 617 y ss.; A. PAGLIARO, "Il reato", en C. F. GROSSO, T. PADOVANI, A. PAGLIARO (coords.), *Trattato di diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 1 y ss.
- 49 Recuerdo que uno de los motivos de discusión frente a mi Maestro, Franco Bricola, a finales de los años ochenta del siglo pasado, cuando estaba por publicar mi primer libro —han pasado ya más de veinte años— era que en esa obra (*Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Giuffrè, 1991) realizaba una verdadera "deconstrucción del iuspositivismo de los principios", además de vincularlo de un modo más directo a la tradición del Derecho penal de las categorías (en perspectiva postwzeliana). En efecto, allí replicaba que esa manera de concretar los principios venía en verdad y exclusivamente del texto constitucional, considerando que tenían, más bien, una base iusracionalista, aunque estuviese históricamente caracterizada por un repensamiento actual, que era la verdadera "fuente" cognitiva, mientras que la reconstrucción exegética no era más que una "adaptación" del pensamiento jurídico a una exigencia de legalidad y el modo para dar fuerza de ley a esos resultados del pensamiento. Una operación que a veces salía bien y otras veces quedaba como algo evidentemente postizo. Incluso partiendo de esta objeción (*Op. ult.*, cit., pp. 162 y ss.), el trabajo que trataba de realizar con esa primera obra —y que me acompañaría por toda la vida— era el de reconstruir la parte general del Derecho penal

punibilidad⁵⁰, el concurso de personas⁵¹, la tentativa y los delitos de atentado⁵², la hermenéutica en general, desplegada en miles de corrientes por todo el código y las leyes complementarias.

Sin embargo, es necesario recordar que, aunque haya buenas representaciones a nivel internacional de importantes análisis sobre las relaciones entre el Derecho penal y la Constitución, *una verdadera orientación constitucionalista del Derecho penal, como experiencia colectiva, como la de Italia, no se encuentra ni en Alemania, ni en España, ni en América Latina.*

En Alemania se ha dicho (por Hassemer) que el Derecho *procesal* penal sería un Derecho constitucional aplicado (“angewandtes Verfassungsrecht”)⁵³, pero no se afirma lo mismo del Derecho penal sustancial, y el primer juez constitucional penalista fue precisamente el mismo Winfried Hassemer, quien después de esa experiencia, en su último libro, escribió literalmente, sobre los condicionamientos constitucionales para el legislador: “estos preceptos del Grundgesetz no llevan lejos: son escasos y extremadamente selectivos, muy lejanos de un sistema de reglas coherente... sólo son pequeñas nubes en el inmenso espacio de libertad del legislador. Y, sobre todo, el bien jurídico no se puede contar entre estas nubes”⁵⁴.

bajo el supuesto de la realización —es decir, como si realmente estuviese vigente el principio *nullum crimen, nulla poena sine culpa* (como en efecto lo estaba, a la luz de la sentencia n. 364 de 1988 de la Corte Constitucional). Una interpretación de todo el código penal *de plano* conforme a la Constitución y, por ende, de la cultura de la teoría general, mucho antes de que hubiese intervenido el legislador, a parte de la reforma de la imputación de las circunstancias agravantes de 1990. En mi opinión, esto se podía hacer bastante bien, sin violar la reserva de ley, por ser de carácter *demonstrativo* el principio de culpabilidad, a diferencia del de lesividad, que aunque estuviese mínimamente en fase de consolidación en cuanto a algunas de sus aplicaciones por parte de la Corte Constitucional, no permite una realización inmediata y total a través, exclusivamente, de la hermenéutica, sin la intervención del legislador. Para esta diferenciación, véase, ampliamente, M. DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, cit., pp. 25 y ss.

50 Cfr. D. PULITANÒ, “La non punibilità di fronte alla Corte costituzionale”, en *Foro italiano*, 1983, I, pp. 1815 y ss.; L. STORTONI, “Profili costituzionali della non punibilità”, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1984, pp. 626 y ss.; M. DONINI, *Non punibilità e idea negoziale*, cit.; *Id.*, *Le tecniche di degradazione fra sussidiarietà e non punibilità*, cit., pp. 75 y ss.

51 La regulación italiana de la participación (que es aún la del código Rocco de 1930 en donde no se diferencia entre autores y partícipes), ha sido poco a poco criticada y reinterpretada desde la perspectiva de los principios de tipicidad y de personalidad de la responsabilidad penal. Sólo desde inicios de los años ochenta del siglo pasado, este debate ha empezado a producir muchos textos, inclusive monográficos. Pero todavía hace falta una reforma legislativa que integre en parte estos *inputs*.

52 V. Por todos E. GALLO, voz “Attentato (delitto di)”, in *Novissimo Dig. It.*, Appendice I, Utet, Torino, 1980, 60 ss.; *Id.*, voz “Attentato (delitti di)”, in *Dig. Disc. Pen.*, vol. I, Utet, Torino, 1987, 340 ss.

53 W. HASSEMER, *Ein Strafrecht für Europa*, Würzburger Tagung, Juni 2002 (Typoskript), 9 s.; *Id.*, Vor § 1, in *Nomos Kommentar zum StGB*, Nomos, Baden-Baden, 1995.

54 W. HASSEMER, *Warum Strafe sein muss. Ein Plädoyer*, Ullstein, Berlin, 2009, trad. al italiano: *Perché*

En España se considera, como se ha dicho, que el Código penal es una especie de Constitución en negativo, o un negativo constitucional⁵⁵. De esta manera, por lo demás, se nota que se corre el riesgo de una *Inversionmethode*; esto es, de reinterpretar (o repensar) la Constitución no sólo en el tiempo histórico en que vive el intérprete (lo que es inevitable) sino también a través del Código, partiendo en realidad de la ley *subordinada*: esta inversión metodológica, mucho más grave cuando se está en presencia de un Código “viejo”, precedente a la Constitución, como ha sucedido con el Código penal italiano de 1930, es posible aunque se esté ante un código nuevo que debería realizar los mandatos de la norma fundamental pero que no debe inducir a “constitucionalizar lo existente”. De hecho, si la reflexión partiese en verdad desde lo alto de la fuente superior, ésta sería asumida realmente como un modelo prescriptivo, antes que como “confirmación” del espíritu del tiempo. Al respecto, aunque sobre todo algunos autores hayan desarrollado una fuerte reflexión sobre el Derecho penal y la Constitución, repensando el Derecho penal desde las bases de la Carta fundamental⁵⁶,

punire è necessario. Difesa del diritto penale, Il Mulino, Bologna, 2012, pp. 147 y s. Es verdad que en este texto, luego, se analizan, como parte de la teoría del bien jurídico (considerada por Hassemer como irrenunciable), también los principios (iconstitucionales!) de proporcionalidad, necesidad, adecuación, y exigibilidad de la tutela (*ivi*, pp. 153 y ss.), pero también se sostiene que el legislador tiene espacios de discrecionalidad muy amplios y que el control empírico sobre los mismo, allí donde sean posibles las verificaciones empíricas, no sería deseable exigirlo a los tribunales (*ivi*, p. 162). Se trata, entonces, de una defensa débil, pero no de una renuncia. Sin embargo, así, el Derecho penal reviste un carácter cada vez menos científico. Casi todo será en cambio política. Quizá porque ahora se cree que el Derecho penal es algo bueno, positivo, que tutela a las víctimas, y no ese Leviatán que oprimía los derechos de los ciudadanos (*ivi*, p. 150). Pero es precisamente esa la idea central, del último Hassemer, la cual es tan sugestiva como ambigua y contrasta con otras consideraciones del mismo autor. Para una visión diferente de lo que es el Derecho penal (un mal en parte útil y necesario que se le suma a otro mal) y cuál sea el rol de la ciencia frente a éste (contrapoder crítico, aparte de conocimiento), permítase remitir a M. DONINI, “Principios constitucionales y sistema penal. Modelo y programa”, en *Id.*, *El derecho penal frente a los desafíos de la modernidad*, cit., pp. 335 y ss.

55 V. *supra*, nota 43.

56 Cfr., entre otros, M. BARBERO SANTOS, *Derecho penal y política en España*, Tucur, Madrid, 1977; G. QUINTERO OLIVARES, *Represión penal y Estado de Derecho*, Diosa, Barcelona, 1976; T. VIVES ANTÓN, “Reforma política y Derecho penal”, en *Cuadernos de Política criminal*, 1977, pp. 73 y ss.; F. BUENO ARÚS, “Las normas penales en la Constitución española de 1978”, en *Revista general de doctrina y jurisprudencia*, 1979, pp. 25 y ss.; S. MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, 1979; *Id.*, *Bases constitucionales del derecho penal*, lustel, Madrid, 2011; L. ARROYO ZAPATERO, “Control constitucional del Derecho y de la Justicia Penal”, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 17, 1982, pp. 385-406; *Id.*, “Fundamento y función del sistema penal: el programa penal de la Constitución”, en *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, nº 1, 1987, pp. 9 y ss.; I. BERDUGO DE LA TORRE ET ALT., *Curso de derecho penal*, parte general, Ediciones Experiencia, Barcelona, 2004, pp. 43 y ss.; J. C. CARBONELL MATEU, *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999; J.A. LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Sólo penas legales, precisas y previas: el derecho a la legalidad penal en la jurisprudencia constitucional*, Aranzadi, Pamplona, 2009. V. también S. MIR PUIG, J. J. QUERALT JIMÉNEZ (dir.), *Constitución y principios del derecho penal: algunas bases constitucionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

no sería exacto pensar que la experiencia *colectiva* e institucional española (y lo mismo vale para la alemana) haya producido una reflexión constructiva y constante sobre el nexo entre el Derecho penal y la Constitución respecto a todo el sistema. Esto lo demuestran las sentencias de las Cortes Constitucionales: las de la Corte italiana son varios centenares, aunque muchas sean sentencias de rechazo o únicamente interpretativas, y a través de ellas es posible escribir *todo un comentario al Derecho penal*. A esto se le unen las innumerables decisiones de la magistratura, ordinaria y de Casación, que han reinterpretado el Derecho penal (y no sólo aquél contenido en el código de 1930) a la luz de la Constitución. Se trata de una obra inmensa de reinterpretación crítica y constante, aunque los resultados concretos habrían podido ser más incisivos, especialmente a nivel de la intervención legislativa.

Piénsese, por ejemplo, en los principios de lesividad y de responsabilidad por el hecho propio y, en el plano de las categorías, en los temas del bien jurídico, de la causalidad y del nexo del riesgo.

En el debate de lengua castellana, en nuestros días, es suficiente que salga un volumen en alemán sobre el *Rechtsgut*, o sobre cuestiones de imputación objetiva, e inmediatamente se traducen y se vuelven un punto de referencia para una nueva reflexión, aunque el trabajo extranjero se mueva sobre todo en el ámbito de un Derecho de categorías, antes que en uno de principios. Esto es consecuencia de un dominio cultural que no se basa en la comparación, sino que se construye sobre la asimilación (la dependencia de un "sistema-modelo", que no es tanto el legislativo, que casi nunca se toma como referencia de comparación, sino el cultural de una tradición extranjera), sólo explicable en parte, hoy, por la extraordinaria producción en lengua alemana publicada desde finales del siglo XIX hasta los años ochenta del siglo pasado. En cambio, ni siquiera se conoce, por ejemplo, la enorme e histórica reflexión de cuarenta años de todo un movimiento de juristas teóricos y prácticos que, en Italia, desde los años setenta han reelaborado no tanto los conceptos de peligro concreto, abstracto, presunto, abstracto-concreto, indirecto, potencial, etc. —lo que ha sucedido, en mi opinión, en la tradición *académica* de lengua alemana y española—, sino que ha reconstruido desde los fundamentos el estatuto epistemológico del principio constitucional de lesividad en sus relaciones con los de reserva de ley y de determinación, que han tenido en Italia una gran profundización *institucional*, en la *jurisprudencia* y no sólo en la *universidad*, restableciendo los *vínculos entre los principios* y las tipologías generales del ilícito, los modelos de ilícito menor, las diferencias entre los delitos del código y los de las leyes complementarias, etc.

Se podrán discutir los resultados prácticos, políticos, de este movimiento, y darse cuenta de que en Italia existen aún las contravenciones (es más, hay miles de

ellas)⁵⁷, aunque haya menos que en Francia y mucho menos que las numerosas *petty misdemeanors* americanas o las *summary offences* inglesas⁵⁸. Se podrá contestar que los delitos de peligro abstracto, o abstracto-presunto, son muchos todavía (ambos fenómenos se encuentran estrechamente relacionados), y que el bien jurídico ha servido con frecuencia para extender la punición, antes que para delimitarla⁵⁹. Sin embargo, precisamente de esta experiencia se pueden extraer importantes enseñanzas, en cuanto al tema de la evolución de los principios desde un ordenamiento meramente argumentativo y político-criminal hasta un ordenamiento demostrativo, de acuerdo a la importancia de la dimensión institucional del Derecho, antes que sólo de categorías o dogmática. Sin el bien jurídico no se construye un código ni es posible la interpretación de los tipos penales en particular. Sin el bien jurídico no se construye un sistema⁶⁰. Pero el bien jurídico por sí solo no basta: puede servir tanto para extender como para restringir la aplicación de una norma. Éste no tiene la vocación delimitadora del área penal que es propia del principio de lesividad⁶¹. Por otra parte, toda la línea de principios constitucionales, y no sólo el de la necesaria lesividad, debería servir para limitar o regular su uso (las concepciones “críticas” del bien jurídico, por sí solas, sirven muy poco). Que esto no se haya hecho aún suficientemente, depende de una debilidad en el control de legitimidad constitucional, demasiado servil a la legitimación

57 El mismo proyecto Pagliaro de reforma al Código penal (1992), de cuya Comisión también formaba parte Bricola, termina con la hipótesis de la conservación de las contravenciones, previstas también por todos los proyectos posteriores (proyecto Grosso de 2000 y Proyecto Pisapia de 2007), a excepción del Proyecto Nordio de 2005.

58 Una reflexión sobre estos modelos de ilícito, denominados menores, en M. DONINI, *Il delitto contravvenzionale*, cit.; *Id.*, *La riforma della legislazione penale complementare*, cit.; *Id.*, “Modelli di illecito penale minore”, en M. DONINI y D. CASTRONUOVO (coords.), *La riforma dei reati contro la salute pubblica. Sicurezza del lavoro, sicurezza alimentare, sicurezza dei prodotti*, Cedam, Padova, 2007, pp. 201 y ss.

59 Cfr. reflexiones de este tipo, entre otros, C. E. PALIERO, “La “doble función” del bien jurídico en el ordenamiento constitucional italiano”, en S. MIR PUIG, J. J. QUERALT JIMÉNEZ (dir.), *Constitución y principios del derecho penal: algunas bases constitucionales*, cit., especialmente pp. 153 y ss.; en un sentido similar *Id.*, “Sicurezza dei mercati o mercato delle (in)sicurezze? Prove libere di psicopolitica criminale”, en *Aa.Vv.*, *Sicurezza e diritto penale*, coordinado por M. DONINI y M. PAVARINI, Bononia University Press, Bologna, 2011, pp. 301 y ss.

60 Recientemente W. HASSEMER, *Warum Strafe sein muss*, traducción italiana: *Perché punire è necessario*, cit., p. 144: “Actualmente, sobre la idea de bien jurídico no hay una visión unánime: para algunos es una estrella polar (y yo estoy entre éstos), mientras que para otros es un espejismo [*fata morgana*]”. V. también sobre este tema M. DONINI, ““Danno” e “offesa” nella tutela penale dei sentimenti, Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell’“offense” di Joel Feinberg”, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2008, pp. 1546 y ss.

61 Ampliamente al respecto, M. DONINI, *Il contenuto vigente, e quello vitale, del principio di offensività*, ponencia realizada en Roma el 25 de mayo de 2012 en el Congreso “I principi fondamentali del diritto penale fra tradizioni nazionali e prospettive sovranazionali”.

de políticas instrumentales y coyunturales, pero también a la juventud del principio de lesividad, que requiere profundizaciones adicionales⁶².

Por supuesto, la idea inicial de deslegitimar los delitos de peligro abstracto-presunto como inconstitucionales, contrasta con todo el Derecho penal moderno y contemporáneo, con la política legislativa penal real: los delitos llevados demasiado hacia el peligro concreto siempre corren el riesgo de violar el principio de determinación o de reserva de ley, delegando al juez o a fuentes sublegislativas (por ejemplo a la Administración Pública) la determinación de los niveles de peligrosidad, o simplemente de los márgenes de tipicidad penalmente relevantes. Este es un gran tema para la ciencia de la legislación penal contemporánea, que se encuentra frente a dos opciones: o incriminaciones formales (por ejemplo contravencionales), o delitos que padecen de gigantismo (que prevén resultados gigantes, mega-ofensas a bienes enormes como la salud pública o la economía), poco aplicados o muy vagos. Sólo cuando se haya alcanzado una *técnica constructiva más refinada* y capaz de mediar entre esos extremos, será posible una respuesta no ideológica, pero tampoco cínica o resignada, al problema⁶³. De otro modo, el impulso hacia una lesividad muy concreta introduce una perspectiva de radical despenalización del Derecho penal actual, reduciéndolo *de hecho* a una realización problemática de ese Derecho penal mínimo que ha suscitado fuertes críticas a las propuestas de Luigi Ferrajoli⁶⁴; propuestas que, sin embargo, están completamente de acuerdo con la Teoría general de Bricola, o con el pensamiento

62 V. en todo caso, al respecto, la amplia e instructiva ponderación que se encuentra en la monografía de V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Giappichelli, Torino, 2005, pp. 129 y ss., 209 y ss.

63 Sobre un modelo, en esta dirección, para individualizar bienes intermedios materiales y no formales respecto de los delitos contra la salud pública, en la reforma de estos delitos y de los alimentarios, cfr. M. DONINI, "Progetto di riforma dei reati in materia di sicurezza alimentare", en *Cass. Pen.*, 2010, pp. 4457 y ss.

64 V. por ejemplo, aún con lo densas que son las argumentaciones polémicas dirigidas en contra de la postura de Luigi Ferrajoli, quien es acusado de buscar, al menos de hecho, una tutela "frente al Derecho penal" de las clases económicamente fuertes (las más "protegidas" por un Derecho penal mínimo) G. MARINUCCI y E. DOLCINI, "Diritto penale «minimo» e nuove forme di criminalità", en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1999, pp. 802 y ss. Estas argumentaciones han sido particularmente olvidadas, puesto que se trató de presentar una lectura crítica (con elogios difícilmente conciliables con las tesis sostenidas contra Ferrajoli) de las (en realidad totalmente homólogas) propuestas de F. STELLA, *Giustizia e modernità*, Giuffrè, Milano, 2001, pp. 391, 417 y ss.; *Id.*, 2ª ed., Giuffrè, 2002, pp. 449 y ss.; y *Id.*, 3ª ed., Giuffrè, 2003, pp. 519 y ss., 558 y ss.: v. G. MARINUCCI, *Il diritto penale messo in discussione*, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2002, pp. 1040 y ss. Con un tono diferente, pero igualmente crítico respecto al "mito" del Derecho penal mínimo, M. DONINI, *La riforma della legislazione penale complementare. Il suo significato "costituente" per la riforma del codice*, en *Indice penale*, 2000, pp. 657 y ss., posteriormente en *Id.*, *Alla ricerca di un disegno*, cit., especialmente pp. 188 y ss., 199 y ss.

“estampado” a inicios de los años setenta del siglo pasado⁶⁵.

- 65 Cfr., en el origen de esas propuestas, A. BARATTA (coord.), *Il diritto penale minimo. La questione criminale tra riduzionismo e abolizionismo*, ESI, Napoli, 1986, y en particular los aportes de BARATTA, *Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale*, ivi, pp. 443 y ss.; y de L. FERRAJOLI, *Il diritto penale minimo*, ivi, pp. 493 y ss.; cfr. además L. FERRAJOLI, “Per un programma di diritto penale minimo”, en AA.Vv., *La riforma del diritto penale*, Franco Angeli, Milano, 1993, pp. 57 y ss.; AA.Vv., *Diritto penale minimo*, coordinado por U. CURI y G. PALOMBARINI, Donzelli, Roma, 2002. Por lo demás, es verdad que el mismo Bricola, hoy, no podría seguir sosteniendo de la misma manera lo que escribía en 1973. Ya en 1984 su postura era en parte diferente (v. Id., *Tecniche di tutela*, cit. *supra*, nota 13). Sobre la evolución del tema de la lesividad y de los bienes y las técnicas de tutela penal en el debate italiano, (además de los textos mencionados *supra*, nota 13), v. entre muchos otros: G. VASSALLI, *Considerazioni sul principio di offensività*, en *Studi Pioletti*, Giuffrè, Milano, 1982, pp. 617 y ss.; T. PADOVANI, “La problematica del bene giuridico nella scelta delle sanzioni”, en *Dei delitti e delle pene*, 1984, 114 y ss.; F. PALAZZO, *I criteri di riparto tra sanzioni penali e sanzioni amministrative*, en *Indice penale*, 1986, pp. 35 y ss.; Id., “I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione”, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1992, pp. 453 y ss.; T. PADOVANI, “Tutela di beni e tutela di funzioni nella scelta fra delitto, contravvenzione e illecito amministrativo”, en *Cassazione Penale*, 1987, pp. 670 y ss. En los textos posteriores, cfr. G. FIANDACA, “Considerazioni sul principio di offensività e sul ruolo della teoria del bene giuridico tra elaborazione dottrinale e prassi giudiziaria”, en AA.Vv., *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, coordinado por A. M. STILE, Jovene, Nápoles, 1991, pp. 61 y ss.; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Costituzione e politica dei beni giuridici*, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1994, pp. 333 y ss.; M. DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, cit., pp. 18 y ss., 25 y ss., 45 y s., 117 y ss., 140 y ss.; Id., “L’art. 129 del progetto di revisione costituzionale approvato il 4 novembre 1997. Un contributo alla progressione «legale», prima che «giurisprudenziale», dei principi di offensività e di sussidiarietà”, en *Critica del Diritto*, 1998, pp. 95 y ss. (también en Id., *Alla ricerca di un disegno*, cit., pp. 68 y ss.); F. PALAZZO, “Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità del contenuto della legge penale”, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1998, pp. 350 y ss.; A. MANNA, “I reati di pericolo astratto e presunto e i modelli di diritto penale”, en AA.Vv., *Diritto penale minimo*, coordinado por U. CURI y G. PALOMBARINI, cit., pp. 35 y ss.; V. MANES, *Il principio di offensività*, cit., pp. 74 y ss., 129 y ss.; C. FIORE, “Il contributo della giurisprudenza costituzionale all’evoluzione del principio di offensività”, en AA.Vv., *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, coordinado por G. VASSALLI, cit., pp. 91 y ss. V. también A. MERLI, *Introduzione alla teoria generale del bene giuridico. Il problema. Le fonti. Le tecniche di tutela penale*, ESI, Napoli, 2006, pp. 283 y ss.

El tema de las técnicas de tutela y de los bienes tutelables se extiende en toda la parte especial y en la legislación complementaria. Se requerirían muchas páginas de bibliografía para dar cuenta del debate que se ha desarrollado sobre esto en Italia. *Sólo dos ejemplos*: la tutela penal del ambiente y la categoría de los delitos económicos. En cuanto al ambiente, cfr. M. CATENACCI, *La tutela penale dell’ambiente. Contributo all’analisi delle norme penali a struttura “sanzionatoria”*, Cedam, Padova, 1996, pp. 92 y ss., 140 y ss.; G. INSOLERA, “Modello penalistico puro per la tutela dell’ambiente”, en *Diritto penale e processuale*, 1997, pp. 737 y ss.; E. LO MONTE, *Diritto penale e tutela dell’ambiente. Tra esigenze di effettività e simbolismo involutivo*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 219 y ss., 447 y ss.; L. SIRACUSA, *La tutela penale dell’ambiente. Bene giuridico e tecniche di incriminazione*, Giuffrè, Milan, 2007, pp. 179 y ss., 309 y ss., 431 y ss.; C. BERNASCONI, *Il reato ambientale. Tipicità, offensività, antigiusdicità, colpevolezza*, ETS, Firenze, 2008, pp. 37 y ss., 119 y ss.; F. GIUNTA, “Tutela dell’ambiente (diritto penale)”, en *Enc. Dir., Annali II*, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 1153 y ss.; A. GARGANI, “La protezione immediata dell’ambiente tra obblighi comunitari di incriminazione e tutela giudiziaria”, en *Scritti in memoria di G. Marini*, Esi, Nápoles, 2010, pp. 403 y ss.; C. RUGA RIVA, *Diritto penale dell’ambiente*, Giappichelli, Turin, 2011, cap. I. De este estudio se evidencia con certeza la imposibilidad de soluciones unitarias como estas: sólo

No obstante, a nosotros no nos gustan ni las críticas aparentemente “de izquierda” al peligro concreto dirigidas a defender un Derecho penal moderno actualmente demasiado amplio, ni las críticas aparentemente “científicas” y “modernistas” a la teoría del bien jurídico que pretenden prescindir de su herencia garantista sólo porque no habría dado aún buenos frutos.

Esto contiene un verdadero banco de prueba de la herencia de Bricola que, sobre los bienes de relevancia constitucional y sobre la necesidad del peligro concreto, construyó el principio de necesaria lesividad. Es más, se podría, a cuarenta años de la publicación de esta obra, reflexionar de manera objetiva sobre la obligatoriedad de un modelo de Constitución o de política criminal de base constitucional que sea verdaderamente fundante (por la selección de los mismos bienes jurídicos penalmente tutelables) y no meramente delimitativo-regulador. Partiendo de esta consideración se podrían plantear nuevos interrogantes sobre el rol de Europa en la construcción, hoy,

delitos de resultado o sólo de peligro concreto; o bien la construcción de delitos sólo contra la persona o los bienes personales como objeto inmediato. La anticipación de la tutela y el incremento de los delitos de peligro se ha producido a costa de una atenuación de la carga sancionatoria, pero también de la formalización y de la presunción de las afectaciones. Si se quisiera pasar de este sector al de los *delitos económicos*, sería evidente que toda la legislación se ha desplazado de los bienes individuales a los colectivos, de la tutela de bienes a la de funciones y reglas (véase por todos T. PADOVANI, “Diritto penale della prevenzione e mercato finanziario”, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1995, pp. 639 y s.; A. ALESSANDRI, “Parte generale”, en PEDRAZZI, ALESSANDRI, FOFFANI, SEMINARA, SPAGNOLO, *Manuale di diritto penale dell’impresa. Parte generale e reati fallimentari*, Monduzzi, Bologna, 2003, pp. 24 y ss.; F. GIUNTA, “La vicenda delle false comunicazioni sociali. Dalla selezione degli obiettivi di tutela alla cornice degli interessi in gioco”, en *Rivista trimestrale di diritto penale economico*, 2003, pp. 603 y ss.; C. E. PALIERO, *Sicurezza dei mercati o mercato delle (in)sicurezze?*, cit., pp. 301 y ss.; L. FOFFANI, “Prospettive di armonizzazione europea del diritto penale dell’economia: le proposte del progetto “Eurodelitti” per la disciplina delle società commerciali, del fallimento, delle banche e dei mercati finanziari”, en *Studi Marinucci*, vol. III, Giuffrè, Milán, 2006, pp. 2321 y ss.; E. M. AMBROSETTI, E. MEZZETTI, M. RONCO, *Diritto penale dell’impresa*², Zanichelli, Bologna, 2009, pp. 19-25), y que si ha habido intentos de “materializar” las afectaciones finales en resultados de daño o de peligro concreto respecto a intereses *individuales* (v. por ejemplo la reforma del Derecho penal societario, y en particular de la falsedad en el balance, de 2002: d. lgs. n. 61/2002), esto ha implicado un debilitamiento de las posibilidades de aplicar los tipos penales inculpativos, al punto de poner en crisis toda la tutela penal: si se concreta mucho, con delitos de daño individual, da igual que esa tutela se vuelva civil (a parte de los tipos penales de bancarota). En conclusión, la idea del peligro necesariamente concreto, actualmente sólo se puede conciliar con una drástica reducción de lo penal; con su restricción tipológica a modelos que no logran, o no pretenden tutelar algunas realidades como los bienes colectivos y los económicos. Y esta es, en efecto, la tesis más adecuada para un *Derecho penal mínimo*, e incluso para el abandono de la tutela penal en los sectores más modernos de la política criminal de los últimos cuarenta años. De ahí las siguientes opciones: o se siguen las premisas bricolianas comprendiendo hasta el fondo que éstas llevan a un gran incremento de las sanciones administrativas y civiles, en desmedro de las penales; o se abandonan, *al menos en parte* (o se interpretan de otro modo) esas premisas, concretando el peligro (o la lesión) en sub-intereses más definidos, bienes intermedios, situaciones más circunscritas (pero no directamente ligadas) ni a bienes individuales, ni a macro-resultados indeterminados. Este último camino es el que ha seguido (al menos en parte) el legislador y la doctrina contemporánea, aunque el principio de lesividad siga siendo aún bastante joven y susceptible de avanzar hacia un estatus constitucional de mayor agudeza y, más exactamente, hacia una dimensión de un principio más demostrativo que simplemente político-criminal.

de un Derecho penal en sentido estricto sobre bases no relativistas ni convencionales de la distinción entre lo “penal” y el Derecho administrativo sancionatorio, cuando se proponen normas penales mínimas en torno al carácter “transnacional” de los delitos (cfr. el art. 83 del Tratado sobre el funcionamiento de la Unión Europea).

9. Pruebas del constitucionalismo penal: los paradigmáticos casos de “la Comisión Bicameral” italiana, del Código penal español y de la iniciativa europea de introducir macro-delitos en el Derecho penal ambiental

Algunas experiencias “italianas” y “europeas” nos parecen paradigmáticas y demuestran que la realización del programa bricoliano en Italia, a pesar de los grandes reconocimientos “oficiales”, incluso a nivel de las sentencias de la Corte Constitucional (*retro*, § 6), ha encontrado muchos frenos y resistencias, sólo parcialmente justificados y dignos de consideración.

En noviembre de 1997 la Comisión bicameral del Parlamento italiano aprobó un Proyecto preliminar de revisión de la Constitución que, entre otras cosas, en el art. 129, contemplaba algunas “normas sobre la jurisdicción” que, en sus cuatro incisos, en realidad, afectaban directamente el Derecho penal sustancial. El primer inciso del art. 129 («las normas penales tutelan bienes de relevancia constitucional») trataba de convertir en regla constitucional la principal tesis de la Teoría del delito de Bricola. El segundo inciso («no es punible quien ha cometido un hecho previsto como delito en el caso que éste no haya determinado una concreta lesividad»), parecía completar el diseño bricoliano, exigiendo también en la realización concreta del tipo penal un resultado de lesión o puesta en peligro concreto. Todo esto se habría debido aplicar *cum grano salis* y en virtud de varias mediaciones técnicas. Pero las decisiones tomadas estaban claras.

Los trabajos de las dos Cámaras no se concluyeron positivamente en el Parlamento (por razones que nada tenían que ver con el art. 129 en particular), y la revisión nunca se aprobó definitivamente. Es interesante resaltar, al respecto, que la doctrina italiana, con pocas excepciones, no mostró ningún entusiasmo por este proyecto, en cuanto las tesis fundamentales de Bricola sobre esto, ya habían sido degradadas a *principios de política criminal, jurídicamente no vinculantes*, y esto porque no se quería que se volvieran obligatorias, para dejar más espacio libre a la política criminal de experimentar incriminaciones de peligro abstracto y en tutela de bienes irreducibles directamente a los constitucionales⁶⁶.

66 Cfr. sobre la totalidad del proyecto, en sentido sustancialmente favorable al menos respecto a los incisos 1, 2 y 4 (el inciso 3 preveía una inexigible prohibición de interpretación extensiva), M. DONINI, *L'art. 129 del progetto di revisione costituzionale approvato il 4 novembre 1997*, cit., especialmente pp. 126 y ss.

Quien, al menos en apariencia, se tomó más en serio la idea de una legislación penal codificada vinculada a los bienes de relevancia constitucional, con ilícitos contruidos sobre formas de ofensa tendencialmente de lesión o de peligro concreto, fue el legislador español.

El ordenamiento español, tradicionalmente, ha carecido de una significativa legislación penal complementaria. Esto se explica por el clásico parentesco de las leyes especiales con las disciplinas “excepcionales” y las jurisdicciones “especiales”, de las que se abusó en el periodo franquista.

Incluso la reserva de “ley orgánica” impuesta en materia penal por la Constitución española de 1978 (art. 81.2), no tiene nada que ver con la exigencia —planteada por ejemplo por el art. 129, inciso 4, del proyecto de revisión de la Constitución italiana en su momento establecido por la Comisión Bicameral para las reformas constitucionales— de leyes extra código, concebidas como organización coherente, orgánica y exhaustiva de la materia regulada («Sólo se admiten nuevas normas penales si modifican el código penal o si están contenidas en leyes que disciplinen orgánicamente toda la materia a la que se refieran»⁶⁷). En cambio, la organicidad de las leyes penales españolas es de tipo procedimental (y no concierne a toda la materia penal) y está vinculada al *quorum* de la mayoría absoluta del Congreso, con votación final sobre el proyecto en su conjunto: sea éste “orgánico” o no, en cuanto al contenido. Si en apariencia la legislación española puede parecer “minimalista”, frente a la alemana, francesa, portuguesa e italiana, tan llenas de leyes especiales, no se puede decir que la “centralidad del código” se haya realizado sin costos: la posibilidad de introducir en pocas normas los delitos contra el orden económico, los societarios, tributarios, contra la propiedad intelectual e industrial, contra la seguridad social, el territorio, el ambiente, sobre el mercado, la tutela de los consumidores y los derechos de los trabajadores, etc., paga una cuota muy alta utilizando ampliamente una técnica legislativa rica en *elementos normativos indeterminados* y *normas en blanco*, o con *múltiples remisiones técnicas a violaciones extrapenales*. Como ha sido indicado en otro estudio, «la alternativa a la multiplicación taxativa de los preceptos penales, en una sociedad compleja que pretende disciplinar efectivamente materiales especializadas, no está conformadas por la eliminación de esos preceptos, sino por su ocultamiento en fuentes subordinadas o extrapenales, a las que se llama con la técnica del elemento normativo, de la norma en blanco, o de la

posteriormente *Id.*, *Alla ricerca d-i un disegno*, cit., pp. 68 y ss.; N. MAZZACUVA, “Intervento al dibattito su “Giustizia penale e riforma costituzionale nel testo approvato dalla Commissione bicamerale””, en *Critic edl diritto*, 1998, pp. 155 y ss.; A. CASTALDO, “Welches Strafrecht für das neue Jahrtausend?”, en *Fest. Roxin*, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 2001, pp. 1104 y ss.

67 Así, el art. 129.4 del Proyecto de la Comisión Bicameral, que además es retomado a nivel de la legislación ordinaria por los proyectos de reforma del Código penal: el Proyecto Grosso (2000), el Nordio (2005) y el Pisapia (2007), como regla que se introduciría, al menos, como disciplina legislativa “general”.

remisión. La operación del Código penal español, por tanto, no es el resultado de una política criminal reducida en cuanto al número de “preceptos”: éstos simplemente se encuentran más ocultos»⁶⁸.

Además, muchos delitos que en apariencia parecen contemplar resultados de peligro concreto respecto a bienes colectivos (por ejemplo, en materia de integridad del ambiente, de seguridad del trabajo, de los alimentos, etc.), son, de *facto*, vaciados de contenido por la jurisprudencia y transformados en delitos de peligro abstracto⁶⁹.

En conclusión, también un ordenamiento que parecería haber tomado mucho más en serio el proyecto de pocas normas, construidas sobre todo sobre delitos de lesión o de peligro respecto a bienes de relevancia constitucional, introduce una “decodificación” originaria o hermenéutica bajo la forma de la dependencia de la tipicidad de fuentes extrapenales o sublegislativas, y de la lesividad reinterpretada en clave de peligro abstracto.

Tampoco la extensión del área penalmente relevante parece ser menor por el más reducido número de incriminaciones: es similar, y resulta sólo más general una previsión del Código respecto a muchas, pero detalladas, incriminaciones extrapenales.

Si del modelo español pasamos a los paradigmas europeos de construcción de los delitos ambientales, también aquí la experiencia más reciente evidencia una actitud de no recepción *italiana* de las indicaciones provenientes del “modelo bricoliano” de tutela penal⁷⁰, que por lo demás fue recibido, de hecho, al nivel de la legislación-modelo *europea*.

Con la Directiva 99 CE de 2008 y la 123 CE de 2009 en materia ambiental⁷¹,

68 M. DONINI, *La riforma della legislazione penale complementare*, cit., pp. 193-197. V. también la discusión internacional sobre el enfrentamiento entre el modelo de Código penal español y los modelos ricos en leyes penales especiales, en los textos del Congreso realizado en Módena en el 2001, sobre este tema, en A.A.V.V., *Modelli ed esperienze di riforma della legislazione penale complementare*, coordinado por M. DONINI, Giuffrè, Milano, 2003.

69 Para una demostración de esto, permítase remitir a M. DONINI, *Modelli di illecito penale minore*, cit., pp. 227-235 y 270-282, con las necesarias referencias normativas y doctrinales.

70 V. además, precisamente al mismo tiempo que la TGR, las propuestas de F. BRICOLA, “Aspetti penalistici degli inquinamenti”, en *Rivista di diritto agrario*, 1973, pp. 573 y ss., especialmente pp. 604 y ss., que planteaba *de lege ferenda* afectaciones de peligro concreto y delitos de lesión, además de bienes jurídicos intermedios (pero considerados de relevancia constitucional) como el de la pureza de las aguas, etc. (aunque admitiendo, en este sector, la necesidad de tipos penales “obstáculo”, que serían de peligro abstracto).

71 Directivas que han sido el producto de la desprestigiada (y no sólo famosa) decisión, sobre el principio de legalidad y de división de poderes, del 13 de septiembre de 2005 de la CGCE, en C-176/03, y de la posterior, e “idéntica” decisión CGCE del 23 de octubre de 2007, en C-440/05, que decretaba “*por sentencia*” la competencia penal de la Unión europea, con instrumentos del primer pilar (eficacia jurídica directa en cuanto a los preceptos y las sanciones), fundándola sobre exigencias de “lucha a la criminalidad” ambiental (el “Derecho penal de lucha” funda nuevas competencias penales), antes de que fuese sancionada por el Tratado de Lisboa en el 2009, según los criterios de mayor taxatividad

el Parlamento europeo y el Consejo de la Comunidad Europea han configurado un Derecho penal en materia de tutela del ambiente de auténtica inspiración “bricoliana”, o “ferrajoliana”, en cuanto a la lesividad (más allá del hecho de que concretamente se ignoraran estas conexiones ideales). En efecto, se proyectaban macro-delitos que tenían como objeto jurídico y objeto material, al mismo tiempo, el ambiente o la calidad del aire, de las aguas o del suelo, o también la salud humana, como puntos de referencia de las conductas concretamente peligrosas o lesivas de estos bienes. Tipos penales de particular gravedad y de peligro concreto o de lesión, punibles sólo en caso de conductas intencionales o cometidas por culpa grave, que se agregaban o se unían a aquellas “menores” (de peligro abstracto-presunto, con superación de los límites o barreras de punibilidad, inobservancia de autorizaciones, etc.) tradicionalmente presentes en los sistemas penales europeos.

Adicionalmente, se preveía la introducción de la responsabilidad de las personas jurídicas para tales delitos.

Ahora bien, el *legislador* nacional, con el decreto legislativo n. 121 del 7 de julio de 2011, aún sabiendo que en la práctica no existían delitos en materia ambiental en el Código ni fuera de éste, se limitó a introducir un par de contravenciones en materia de muerte o destrucción de especies animales o de hábitats, extendiendo la responsabilidad por el delito de las personas jurídicas (decreto legislativo n. 231 de 2001, art. 25-*undecies*) frente a los principales delitos ambientales vigentes para entonces, que sin embargo son casi todos solamente contravenciones. La iniciativa europea hacia una represión de hechos concretamente lesivos o peligrosos cayó por ende en el vacío. Se le dio una realización en sentido “minimalista” a la Directiva, considerando que en Italia desde hace tiempo se sancionan penalmente hechos menos graves que los planteados por el legislador europeo, y que en la represión de tales hechos es posible, de manera adecuada y en concreto, la reacción punitiva respecto a manifestaciones más graves como las previstas por la directiva.

El modelo más comprometedor de una fuerte tutela contemplada dentro del Código, respecto a resultados verdaderamente criminales (resultados de peligro

legal. Para una síntesis eficaz de estas cuestiones legislativas, antes de Lisboa, cfr. G. MANNOZZI y F. CONSULICH, “La sentenza della Corte di Giustizia C-176-03: riflessi penalistici in tema di principio di legalità e politica dei beni giuridici”, en *Rivista trimestrale di diritto penale economico*, 2006, pp. 899 y ss., 909 y ss.; L. SIRACUSA, *La tutela comunitaria in ambito penale al banco di prova: la direttiva europea sulla tutela penale dell'ambiente*, *ibidem*, 2009, pp. 869 y ss.; y luego del Tratado de Lisboa: A. BERNARDI, “All’indomani di Lisbona: note sul principio europeo di legalità penale”, en *Quad. cost.*, 2009, pp. 40 y ss.; así como, en relación al tema de las técnicas de tutela del ambiente, un poco antes del decreto legislativo 121 de 2011: A. GARGANI, *La protezione immediata dell'ambiente*, cit., pp. 403 y ss. Sobre la realización o no de las directivas indicadas, por obra del decreto legislativo 121 de 2011, v. el amplio análisis de C. RUGA RIVA, *Il decreto legislativo di recepimento delle direttive comunitarie sulla tutela penale dell'ambiente*, en *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 8 de agosto de 2011.

concreto o de lesión respecto a bienes de *significativa* relevancia constitucional) producidos por pocas tipologías de conducta fuertemente tipificadas con la exigencia de dolo o culpa grave, ha sido rechazado, prefiriéndose la tutela formal, fuera del Código, de las violaciones contravencionales de peligro abstracto-presunto, con elementos subjetivos mixtos, indiferentemente dolosos o con culpa leve.

Esta experiencia es singular: de una Europa menos democráticamente cercana a la tradición penalista italiana provienen los paradigmas que parecen estar más cerca de la orientación constitucionalista italiana, pero en Italia no hay una recepción de esto, no obstante no se requeriría la *sustitución* de las leyes especiales (las más detalladas contravenciones) por estos macodelitos, bastando con *agregar* los delitos a las contravenciones, quizá reduciendo y reorganizando estas últimas según modelos de tutela menos formales⁷².

Una solución intermedia entre los extremos señalados aún no ha madurado a nivel legislativo, aunque no falten algunos planteamientos teóricos al respecto. Y, obviamente, esta es una decisión que no es científica, sino completamente política.

Es verdad que varias razones *técnicas* se oponen a sancionar penalmente ofensas directas e inmediatas a macro-bienes colectivos, por el exceso de indeterminación que se deriva de ello. El nivel de la discusión científica al respecto, en Italia, está bastante avanzado y es menos ideológico que en los años setenta; además, excluye de la tutela de bienes colectivos a los bienes jurídicos económicos. Sin embargo, que una política como la europea, que como se recordó hace poco, esté más cerca de las tradiciones teóricas del constitucionalismo penal italiano de cuanto lo esté nuestro legislador nacional⁷³, es un síntoma de los tiempos de crisis, una manifestación de las políticas criminales débiles e inseguras (no configuradas en torno a una verdadera *ultima ratio*), pero no es indicación de una sensibilidad técnica moderna que tenga el fin de evitar los excesos definitorios del poder judicial: de hecho, algunas normas que son recepción de las directivas europeas, habrían podido definir mejor los resultados lesivos en términos de mayor determinación⁷⁴. Sucede entonces, paradójicamente,

72 V. previamente las propuestas del mismo F. BRICOLA, *Aspetti penalistici degli inquinamenti*, cit., pp. 604 y ss.

73 Para una significativa propuesta de una mayor asunción del "constitucionalismo penal" en la política criminal europea, cfr. el *Manifesto sulla politica criminale europea*, en *Zeitschrift f. die internationale Strafrechtsdogmatik* (ZIS), 2009, pp. 539 y ss., también en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2010, pp. 1262 y ss., y por ende la Comunicación COM (2011) 573, del 20 de septiembre de 2011, titulada "*Verso una politica criminale europea: garantire l'efficace attuazione delle politiche dell'Unione europea attraverso il diritto penale*": un rostro humano y fundamentalista (de los derechos fundamentales) para legitimar mejor la "lucha" mediante el Derecho penal.

74 Sobre los aspectos de ilegitimidad comunitaria por la violación de estas directivas, y de ilegitimidad constitucional por la violación a la obligación comunitaria de la que trata el actual art. 117, inciso 1,

que antes que construir con leyes delitos mayores en un sector, se deja que lo haga la jurisprudencia, que extiende analógicamente tipos penales pensados para otros tipos de ofensa, como ocurrió con el delito de “desastre ambiental” inventado por sentencias que extendieron el vigente art. 434 CP, tipificado para la represión de desastres de proveniencia violenta, como *no son* los delitos ambientales⁷⁵.

El “largo camino” del principio de lesividad⁷⁶ y de la orientación constitucionalista no termina aquí. Y una vez más, es de Europa de donde vienen hoy los nuevos impulsos, frente a un estancamiento o un retroceso nacional.

10. Escenarios europeos de constitucionalización de un Derecho penal “de rostro protector”: de la subsidiariedad a la proporcionalidad, de la necesidad de tutela al bien jurídico

Si de la problemática cuestión de la “fortuna” o exportación del modelo italiano de la orientación constitucionalista pasamos a una dimensión estrictamente europea, podremos decir, en extrema síntesis, que en Europa no ha existido hasta ahora un concepto comparable al principio de lesividad, tal y como ha sido entendido en Italia, pero algunas recientes señales hacen pensar que se esté llevando a cabo una importante recuperación del tema. En cambio, es mucho más fuerte el movimiento colectivo de *constitucionalización europea del Derecho penal que se muestra como destinado a absorber, (pero sólo) en parte, a la orientación constitucionalista nacional*⁷⁷. Nos limitamos a aludir a esta perspectiva que se encuentra bastante marcada por la diversidad de las tradiciones nacionales y por la tradición italiana en particular.

El problema de la “lesividad social” del delito es asumido en las principales lenguas europeas a través de las categorías del *harm principle*, de la *Sozialschädlichkeit*, de la *intervención mínima* y, en parte, mediante la idea de la “*estricta necesidad*” de la tutela penal, que históricamente preveía el art. 8 de la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789. Ninguna de estas nociones coincide totalmente con el principio

Const., cfr. C. RUGA RIVA, *Il decreto legislativo di recepimento*, cit., p. 16; A. MANNA, “La “nuova” legislazione penale in tema di tutela dell’ambiente tra illegittimità comunitaria ed illegittimità costituzionale”, en *Arch. Pen.*, 2011, pp. 759 y ss.

75 Sobre este tema, en síntesis, V. de nuevo, A. GARGANI, *La protezione immediata dell’ambiente*, cit., pp. 419 y ss.

76 Cfr. G. NEPPI MODONA, “Il lungo cammino del principio di offensività”, en *Studi in onore di M. Gallo. Scritti degli allievi*, Giappichelli, Torino, 2004, pp. 89 y ss.

77 Cfr. E. HERLIN-KARNELL, *The constitutional Dimension of European Criminal Law*, Hart Publishing, 2012; A. BERNARDI, *L’approccio costituzionale*, cit.

de lesividad, ni mucho menos con la idea de la tutela penal de bienes de “significativa relevancia constitucional”⁷⁸. La lesividad pre-supone el bien jurídico, pero interpretado en cierto modo. No todos los bienes son tutelables; sólo los que sean comparables con el sacrificio potencial de la libertad. No todas las formas de afectación son relevantes penalmente; sólo las de peligro concreto (o abstracto-concreto, diríamos hoy frente a los bienes instrumentales, pero necesarios, afectables en situaciones anticipadas). La proporcionalidad –podemos agregar– no basta. No se puede sancionar penalmente la prohibición de aparcar en ciertos lugares, ni siquiera si se prevé una pena pecuniaria simbólica que no se pueda transformar en privación de la libertad. Eso no es algo penal. No puede ser “penal” esa violación de la norma, aunque la sanción sea proporcionada. Hay un problema axiológico (de principio), antes que de utilidad (de proporción, de conformidad de los medios con los fines), confiando en que el “estigma” penal pueda “servir”. En realidad, la cuestión prioritaria es la del nexo entre el ilícito y la sanción: *in primis*, hay que preguntarse si existen sanciones que por su ausencia de seriedad no puedan ser penales. Por eso es necesario responder a la pregunta: ¿cuándo una mera “multa” no puede ser calificada como penal porque sea irrisoria? Y se tiene que encontrar una respuesta, al menos de hecho, a través de ejemplos paradigmáticos. Si no, todo es política y la palabra misma que evoca una pretendida “ciencia penal” queda privada de sentido, como en el teatro del absurdo.

En cambio, en cuanto al ilícito, haciendo algunas necesarias excepciones (un genocidio, actualmente, no puede ser considerado algo diferente a un crimen), en muchísimos casos es más difícil sostener frente a un hecho lesivo una gravedad tal como para imponer *necesariamente* una pena de tipo criminal. Este tema se ve actualmente unido al problema de las obligaciones de criminalización. Si no hay obligaciones de criminalización –y casi nunca las hay, en términos absolutos, porque lo que hay es obligaciones de tutela–, es evidente que el trato penal no es “de derecho natural”, pero implica unas exigencias de igualdad en el trato *rebus sic stantibus* y en la distribución de un mal necesario.

En cambio, el discurso sobre la sanción intrínsecamente punitiva-penal se confunde hasta casi coincidir con el tema de la “*materia penal*”, que ha sido desde hace tiempo afrontado por las Cortes europeas⁷⁹: cuándo una sanción, establecida así por una legislación, se tiene que considerar, por lo aflictiva que es, que presenta un carácter “*intrínsecamente penal*”, más allá de cualquier fraude de etiquetas.

78 V. al respecto lo señalado en M. DONINI, *Prospettive europee del principio di offensività*, cit., pp. 109 y ss.

79 Con jurisprudencia hasta ahora demasiado indulgente en la ampliación (de las garantías) de lo “verdaderamente” penal, a situaciones francamente muy lejanas de cualquier trato criminal.

Sólo entonces empieza el problema de la proporcionalidad *penal*: se tratará de identificar un parámetro axiológico para excluir que a un cierto tipo de sanciones, que configuran la materia penal, les pueda corresponder una calificación penal, considerado el tipo de hecho que se quiere sancionar. Pero hasta que esa calificación siga existiendo, será necesario adoptar un estándar de garantías típicas de un asunto verdaderamente penal, dada la seriedad de la sanción.

Actualmente, la concreción de este problema se presenta con *mayor facilidad en el ámbito europeo que en el nacional*: por eso es más fácil seleccionar delitos muy graves, por la tipología de lesión y la forma de culpabilidad, que tengan relevancia "supranacional" y "transnacional", o "federal", que delitos referidos sólo a lo nacional o provincial, ligados a *politique politicienne* o que sean simplemente más contingentes.

Muchos de nosotros, incluyendo a quien escribe, han visto con escepticismo a esa Europa que nos induce a introducir más Derecho penal, cuando en realidad lo que se estaba pidiendo era especialmente protección de ciertos bienes. Sin embargo, hasta hace poco tiempo, la decisión sobre lo penal era verdaderamente nacional: los Estados podían, si estaban en capacidad de hacerlo, decidir la adopción de mecanismos de tutela eficaces, pero extrapenales. Sólo ahora, cuando surge una competencia europea para la construcción de obligaciones de tutela penal para los Estados, vemos que será más fácil que la política criminal europea se legitime mediante ilícitos "mayores", cercanos a un modelo constitucional, que si se pretendiese la penalización de ilícitos menores o de carácter más formal.

El problema de los ilícitos menores, de esos que se encuentran en los límites de la tutela extrapenal, es sobre todo de carácter nacional. De ahí que las políticas europeas sean ajenas al tema del mantenimiento, en los sistemas nacionales, de delitos contravencionales, o de cómo configurar los ilícitos penales menores.

Sin embargo, Europa presenta otras cuestiones preocupantes. En ésta circula con fuerza la idea de que el instrumento penal es un medio de "lucha" contra el crimen. La perspectiva de las "garantías", *et pour cause*, también está presente, pero la de la lucha es a veces desbordante. Ya que ésta se perfila como una lucha a favor de víctimas reales o potenciales, dejando a los Estados nacionales las cuestiones de Derecho penal político, contingente, instrumental, formal, menor; normalmente más odioso o menos serio, la perspectiva europea se presenta como la de un Derecho penal de rostro "protector", e incluso "bueno". Promete seguridades que se perciben como importantes.

Es así que, al menos en el discurso, se habla de principios orientados también a las consecuencias, a la exigencia de pruebas de la necesidad y adecuación a las finalidades, pero también de la medición de los efectos respecto a nuevas incriminaciones. De ahí

salen los principios de subsidiariedad penal y de la Unión Europea, que suponen e integran al de proporcionalidad, además del de necesidad de la tutela, y que acercan el discurso al del bien jurídico penalmente tutelable⁸⁰.

En el futuro veremos a qué desarrollos llevarán estas perspectivas, que aún son más declaradas que practicadas, sin aceptar que se crea que el verdadero Derecho penal; es decir, aquél paradigmático, es sólo el europeo de los delitos transnacionales, pues éste es sólo un ejemplo, aunque de gran importancia. El verdadero Derecho penal sigue siendo el que priva concretamente de la libertad y del honor, sobre todo a cierto tipo de autores. Y es para este tipo de ilícitos y sanciones que ha surgido el garantismo como característica de la ciencia penal moderna y de la orientación constitucionalista. Cuando ese Derecho penal ya no exista, entonces, quizá, podremos creer que ha adquirido un nuevo rostro bondadoso y protector. Mientras tanto, no nos dejaremos atrapar por la propaganda de lucha de la política criminal europea, que acude a los principios del constitucionalismo para poder ser efectivamente lesiva y para extender su campo de batalla, *sumándosele* al Derecho penal nacional que la política penal europea deja inmune.

11. Las «doctrinas no escritas»; entre los elementos caracterizadores de la hermenéutica penal nacional y el diálogo internacional

Cuando un jurista italiano o un jurista alemán, español, o de *common law*, afronta ciertos problemas, incluso frente a un mismo texto constitucional (por ejemplo uno europeo), razonan en parte de manera diferente, o lo aplican en modos distintos. Al menos dentro de ciertos límites su reflexión estará condicionada por los rasgos modeladores culturales nacionales, por las tradiciones nacionales o las que tengan que ver con el área del pensamiento jurídico. Por eso la comparación es algo tan difícil.

En un contexto de *civil law*, por ejemplo, es evidente que un penalista italiano se inclinará más hacia una dogmática de principios (orientación constitucionalista) que a una dogmática únicamente de categorías (tradicción primero del pandectismo y luego

80 Sobre la progresiva constitucionalización europea, "en el papel", de los principios de proporcionalidad, necesidad y subsidiariedad, v. por todos, con oportunas remisiones, M. DONINI, "Sussidiarietà penale e sussidiarietà comunitaria", en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2003, pp. 141 y ss.; lb., "Diritto penale europeo e principio di sussidiarietà", conferencia impartida en Verona, en septiembre de 2011, de próxima publicación; A. BERNARDI, "I principi di sussidiarietà e di legalità nel diritto penale europeo", conferencia realizada en Barcelona, en octubre de 2011, de próxima publicación; M. VAN DE KERCHOVE, *Le principe de subsidiarité en droit pénal européen*, 2010, manuscrito. V. además la citada Comunicación COM (2011), titulada: "*Verso una politica criminale europea: garantire l'efficace attuazione delle politiche dell'Unione europea attraverso il diritto penale*", así como el *Progetto di relazione 2010/2310(INI)* del 8 de febrero de 2012, que contiene una propuesta de resolución del Parlamento europeo sobre la orientación de la UE en ámbito penal.

de la teoría del delito sistematizadora de matriz alemana). Hoy, cuando ha crecido tanto la importancia de la jurisprudencia como fuente del Derecho, se extienden las costumbres de los sistemas de *common law*, dándole mucho más valor a la discusión sobre casos o a la determinación del contenido resolutorio de una sentencia. La comparación, en algunos contextos, ha servido para relativizar las culturas nacionales, haciendo entender que no eran Derecho natural; en otros contextos, ha servido para exportar el propio modelo a través, no de argumentaciones iuspositivistas, sino, al menos en apariencia, racionalistas, o (desde otro punto de vista) para importar modelos culturales ajenos, enriqueciendo el propio. La primera perspectiva es una orientación histórica, mientras que la segunda es racionalista. Se trata un poco de la historia de los instrumentos del colonialismo cultural, pero también de la influencia de los grandes modelos y de las distintas tradiciones jurídicas⁸¹. Sin embargo, la verdadera comparación lleva a relativizar, antes que a absolutizar, las experiencias nacionales, y sólo en algunos casos permitirá descubrir verdades o paradigmas supranacionales o que perduren en el tiempo⁸².

Una cosa es que ciertos principios o reglas superiores se presenten en un ordenamiento, y otra que estén en un ordenamiento organizado y construido de otro modo. Esto se explica con el hecho de que el Derecho no es sólo una serie de "disposiciones normativas" (reglas abstractas) sino que también está configurado por las decisiones (normas, decisiones, precedentes, máximas) e instituciones (dimensiones institucionales de las reglas que dependen del contexto en el que operan).

Las normas positivas y las tradiciones de un sistema jurídico nacional condicionan la comprensión de las mismas categorías clásicas (por ejemplo el hecho típico, la antijuridicidad, el resultado y la lesión, el injusto y la culpabilidad) y no sólo de los principios (por ejemplo el de legalidad, determinación, lesividad, etc.). Por ejemplo,

81 Para América Latina me parecen de gran utilidad las reflexiones, diversas y complementarias, contenidas en J. P. MATUS ACUÑA, "Por qué citamos a los alemanes y otros apuntes metodológicos", en *Id.*, *Derecho penal, criminología y política criminal en el cambio de siglo*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2011, pp. 311 y ss. (antes publicado en *Derecho penal mínimo, Revista de análisis jurídico penal*, n. 3/2010), pp. 147 y ss. y antes aún, en una versión inicial, en *Política Criminal*, n. 5 [www.politicacriminal.cl/n_05/a_5_5.pdf], 2008, pp. 1 y ss.; así como en D. RESTREPO, "El concepto de bien jurídico en Colombia: ¿de un 'Derecho penal colonizado' a un 'Derecho penal mestizo'?", en *Jueces para la Democracia*, 2010, pp. 77 y ss., especialmente pp. 84 y ss., y ampliamente *Id.*, "Genesi e sviluppo del concetto di bene giuridico in un "diritto penale colonizzato": il caso colombiano", en *Indice penale*, 2011, pp. 383 y ss., especialmente pp. 405 y ss., 419 y ss., 426 y ss. (texto también publicado en castellano en *Nuevo Foro Penal*, n. 75, Universidad EAFIT, Medellín, 2011, pp. 131 y ss.).

82 Para una remisión a los autores que sostienen formas de universalismo penal (unas veces sobre bases comparadas y otras no), al menos *junto* a una dimensión histórico-política, cfr. M. DONINI, "Scienza penale integrale", en *Id.*, *Europeismo giudiziario*, cit., pp. 128 y ss.; *Id.*, *Oggetto, metodo, compiti della scienza penale, ibidem*, pp. 175 y ss.

cuando se trata de construir un diálogo con los penalistas italianos o ingleses, se tendrían que tener presentes algunos datos que tienen que ver con los rasgos modeladores de los que hemos hablado antes.

Existen incluso, además de esos rasgos modeladores, «doctrinas no escritas» (la moral y el Derecho, los fines y las funciones de la pena, lo objetivo y lo subjetivo, la causalidad y la imputación objetiva, las causas de justificación y las de exculpación y *defenses*, los delitos y las contravenciones, la culpabilidad y la capacidad para delinquir, el hecho y el autor, el autor y el cómplice, la idoneidad e idoneidad de la tentativa, las diferentes tipologías de culpa, la responsabilidad objetiva y la culpa, etc.) que rigen nuestro modo de hacer y de pensar el Derecho y que a veces son profundamente diferentes en los sistemas jurídicos nacionales. No considerar estos rasgos y estas doctrinas no escritas, o no explicitadas, pero inmanentes, es altamente obstaculizante para un correcto entendimiento recíproco. *We talk past each other*⁸³.

No es menos ilusorio, aunque con frecuencia se pueda vender mejor pues exige menos estudio y menos investigación, confiarse a conceptos “supratemporales”, a conceptualizaciones pensadas en un contexto y exportadas a nivel mundial por la implícita presunción de ser Derecho natural o ser Derecho “supranacional”, el que efectivamente se puede internacionalizar, pero sólo después de una labor de traducción histórico-lingüística, de revisión crítica.

Me alegra subrayar, en este momento, la difícil belleza del diálogo intercultural, que requiere de la construcción de puentes, esperando que luego sean utilizados verdaderamente para un intercambio que siempre exige una voluntad de conocimiento recíproco por parte de quienes se sirven de ese diálogo. El intercambio no se da sin esfuerzos, pero cuando funciona, abre a nuevos mundos. Es con esta intención que se publica la traducción al castellano de la mayor obra de Franco Bricola.

83 Incluso la traducción del mismo texto normativo en varias lenguas contemporáneamente, que da lugar a su nacimiento “plurilingüe”, como con el Estatuto de Roma, plantea cuestiones relevantes de “comparación” lingüística. V. al respecto E. FRONZA, E. MALARINO, *Die Auslegung von multilingualen strafrechtlichen Texten am Beispiel des Statuts für den internationalen Strafgerichtshof*, en ZStW, 118, 2006, pp. 927 y ss.