GIOVANNI FIANDACA
ENZO MUSCO

DERECHO PENAL

Parte general

TEMIS

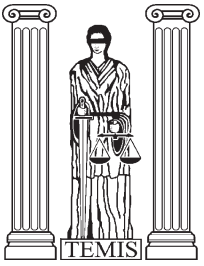
DERECHO PENAL
PARTE GENERAL

GIOVANNI FIANDACA
ENZO MUSCO

DERECHO PENAL
PARTE GENERAL

Traducción de
PABLO EIROA

Notas, prólogo y coordinación de la traducción
LUIS FERNANDO NIÑO



EDITORIAL TEMIS S. A.
Bogotá - Colombia
2021



ANTES QUE EL LIBRO CIENTÍFICO MUERA

El libro científico es un organismo que se basa en un delicado equilibrio. Los elevados costos iniciales (las horas de trabajo que requieren el autor, los redactores, los correctores, los ilustradores) solo se recuperan si las ventas alcanzan determinado número de ejemplares.

La fotocopia, en un primer momento, reduce las ventas y por este motivo contribuye al aumento del precio. En un segundo momento, elimina de raíz la posibilidad económica de producir nuevos libros, sobre todo científicos.

De conformidad con la ley colombiana, la fotocopia de un libro (o de parte de este) protegido por derecho de autor (copyright) es ilícita. Por consiguiente, toda fotocopia que burle la compra de un libro, es delito.

La fotocopia no solo es ilícita, sino que amenaza la supervivencia de un modo de transmitir la ciencia.

Quien fotocopia un libro, quien pone a disposición los medios para fotocopiar, quien de cualquier modo fomenta esta práctica, no solo se alza contra la ley, sino que particularmente se encuentra en la situación de quien recoge una flor de una especie protegida, y tal vez se dispone a coger la última flor de esa especie.

Título del original italiano:
Diritto penale. Parte generale
Quarta edizione, ottobre 2001
Zanichelli Editore S. p. A., via Irnerio 34, 40126 Bologna.

© Giovanni Fiandaca, Enzo Musco, 2021.
© Editorial Temis S. A., 2021.
Calle 17, núm. 68D-46, Bogotá.
www.editorialtemis.com
correo elec.: editorial@editorialtemis.com
© Pablo Eiroa, de la traducción.

Hecho el depósito que exige la ley.

ISBN 958-35-0588-9
2249 200600083000
ISBN e-book 978-958-35-1323-7

Queda prohibida la reproducción parcial o total de este libro, sin la autorización escrita de los titulares del copyright, por medio de cualquier proceso, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático.

Esta edición y sus características gráficas son propiedad de Editorial Temis S. A.

PRÓLOGO A LA EDICIÓN EN ESPAÑOL

I. Es de toda evidencia que, de dos siglos a esta parte, el péndulo del derecho penal occidental ha oscilado entre dos márgenes de opuesto signo: el del liberalismo, gestado en el período de enfrentamiento de la pujante burguesía con la nobleza y el clero del *Ancien Régime* y traducido en una serie de saludables frenos y cortapisas al avance del poder estatal sobre los derechos y garantías individuales, y el del autoritarismo, renacido en el seno de aquella misma clase social que, una vez convertida en protagonista cuasi excluyente de esta etapa de la historia de la humanidad, orientó sus afanes a la consolidación de su ventajoso sitial. La aparente paradoja se explica fácilmente: un sistema precedido por la acumulación originaria de capital, conformado sobre la base de la separación de los auténticos productores de la propiedad de los medios de producción e impulsado por la necesidad de los desposeídos, formalmente libres, de enajenar su fuerza de trabajo para subsistir, porta el estigma genético de la desigualdad. Si faltan mecanismos estatales tendentes a asegurar cierta equidad en la distribución de las riquezas, esa desigualdad genera conflictos y resta aceptación al orden instituido; y, dado que el orden, en cualquier sociedad, se logra a través del consenso o de la fuerza, no es extraño que el estamento que alcanzó hegemonía mediante tal proceso histórico haya acudido, para enfrentar la conflictividad emergente, a retomar discursos, normas y prácticas inquisitoriales propios del absolutismo monárquico, a valerse del utilitarismo de cuño benthamiano, combinado más modernamente con el arsenal pseudocientífico del positivismo criminológico, y a echar mano del decisionismo puro y duro, defendido por Carl Schmitt en el siglo pasado, pero presente ya en el poderoso monstruo estatal pergeñado por Hobbes.

II. La influencia del pensamiento penal italiano en los autores y en las legislaciones latinoamericanas, otrora significativa y actualmente desvaída a raíz de la hipertrofiada preponderancia de la doctrina penal alemana —y de la española, profundamente penetrada por los desarrollos teóricos de la germana—, estuvo configurada por dos cuerpos normativos, cada uno de los cuales representó la plasmación de una de aquellas corrientes antitéticas.

El *Códice* de Giuseppe Zanardelli, el primero en regir en toda la península itálica, que entró en vigor el primer día de 1890, tras la trabajosa unificación de las diferentes regiones componentes, representaba el precipitado doctrinal de juristas de la talla de Francesco Carrara y Enrico Pessina. Baste destacar aquí, para caracterizar básicamente su admirable cuño liberal y su prudencia político-criminal, la entronización de un derecho penal de culpabilidad, con la imputabilidad como condición basada en la conciencia y en la libertad del ser humano, la diferenciación entre el delito consumado y el frustrado y entre el obrar del autor y el del partícipe, la exención de pena en caso de tentativa imposible, la moderación en las reglas de penalización de la reincidencia, la adopción de un criterio composicional en la regulación de los concur-

sos, la fijación del límite mínimo de los veintiún años de edad, el carácter optativo de la medida de seguridad de internación respecto de los sujetos inimputables y la ausencia de previsiones en tal sentido respecto de los individuos con esa capacidad psíquica de culpabilidad disminuida.

La magna obra de ZANARDELLI, adoptada sin mayores modificaciones en su articulado, rigió desde 1897 hasta nuestros días en la actual República Bolivariana de Venezuela, con excepción de un breve lapso —entre 1904 y 1915— en que se lo sustituyó por el Código español de 1848-1850 reformado en 1870; pero constituyó así mismo una venerable fuente, debidamente considerada, a la hora de confeccionarse numerosos proyectos y códigos del continente, así como los de algunos Estados europeos.

Prácticamente en las antípodas, en términos político-criminales, se yergue el código elaborado por ALFREDO ROCCO. Si GIOVANNI GENTILE, desde su sillón ministerial en la cartera de Instrucción Pública, fue el filósofo y educador por excelencia del fascismo, ROCCO, ministro de Justicia del gabinete de Benito Mussolini, emergió como auténtico constructor de la legalidad de ese régimen, abarcando sus más diversos aspectos jurídicos, desde las relaciones laborales, progresivamente transformadas a partir de 1925 y resumidas en la célebre *Carta del Lavoro* de 1927, que diseñaba el nuevo Estado corporativo, hasta el sobredimensionado poder punitivo concentrado en el Código Penal presentado al vacilante rey Vittorio Emmanuele en la *Gaceta Oficial* del 26 de octubre de 1930.

Durante los tres cuartos de siglo que nos separan de esa data no faltaron voces que intentaron defender la supuesta asepsia de ese plexo normativo y la hipotética independencia de criterio de su autor respecto del actor político por antonomasia de ese período autoritario. Tal vez quienes así se expresan no hayan reparado suficientemente en los propios términos de aquel mensaje de presentación del proyecto, en el que ROCCO indicaba claramente que el nuevo Estado no se presentaba ya como la mera "suma aritmética de los individuos que lo componen, sino como la resultante, la síntesis o la composición de los individuos, de las categorías y de las clases que lo constituyen, teniendo vida propia, fines propios, necesidades propias e intereses que trascienden, por su extensión y duración, la vida misma de tales individuos, categorías y clases, y se extienden a todas las generaciones pasadas, presentes y futuras", añadiendo a ello que "el Estado se nos aparece como la nación misma en él organizada, ... como una unidad, no solo social sino también étnica, unida por vínculos de raza, de lengua, de costumbres, de tradiciones históricas, de moralidad, de religión, y viviente —por ende— no de puras necesidades materiales y económicas, sino también —y sobre todo— de necesidades psicológicas y espirituales ...".

El Código Rocco representó, por mencionar apenas una de sus características censurables, la consumación del perverso sistema de la doble vía o *doppio binario*, previsto ya por KARL STOOSS en el proyecto helvético de 1903, pero sistematizado rigurosamente en el caso italiano, al prever la imposición de una pena, como modo de responder al uso indebido de la libertad, seguido de la aplicación de una medida de seguridad, orientada a neutralizar el peligro representado por la inclinación al delito: la culpabilidad unida a la peligrosidad, traducidas ambas en respuestas institucionales de segregación y exclusión. Claro está que esa composición de intervenciones estata-

les complementaban el elenco configurado por la pena retributiva, aplicable a los claramente imputables, y por las medidas de seguridad disponibles respecto de los inimputables.

Los autores del Código Penal brasileño de 1940 se inspiraron en dicho cuerpo de leyes; al decir de Luiz Luisi, copiaron sus conceptos, adoptaron sus institutos e inclusive repitieron sus errores, tales como el censurable sistema del *doppio binario*.

Otro ordenamiento jurídico latinoamericano en el que el código fascista ejerció inocultable influencia fue el uruguayo. A despecho de quienes rechazan ese parentesco, el derecho sustantivo oriental hubo de acoger de manera palpable el sistema dualista, prescribiendo junto a la pena —y a materializarse tras su cumplimiento— las medidas de seguridad de sesgo eliminatorio, así como todo el elenco de medidas sustitutivas de la pena, tales como las curativas, aplicables a enfermos, alcoholizados, intoxicados por el uso de estupefacientes, sujetos declarados irresponsables y ebrios habituales, las educativas, destinadas a menores de edad y a sordomudos, y las preventivas, dirigidas a los autores de tentativas de delito imposible, de delito putativo o provocado por la autoridad.

III. Merece un profundo análisis, que desborda claramente la intención de esta sencilla nota introductoria, la supervivencia del Código Rocco y de los textos que padecieron su influencia, tras la derrota del régimen autoritario en el que aquel vio la luz.

Mas es justo y necesario dejar a salvo que esa persistencia no fue pacífica. Hombres de doctrina de talante democrático y liberal supieron pugnar por el encuadramiento de ese plexo normativo bajo la férula de la Constitución republicana de 1947, que reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre y consagra la igualdad y la dignidad social de todos los ciudadanos, sin distinción alguna. En el segmento jurídico que aquí nos interesa relevar, esa Ley Fundamental estatuye un derecho penal de acto y de culpabilidad, y acota la sujeción a medidas de seguridad a los casos previstos por la ley, a la vez que proclama la inviolabilidad de la defensa en juicio, garantiza la defensa oficial de los individuos carentes de recursos y prevé la reparación por error judicial, para sólo poner de manifiesto sus más elementales reglas.

Dos de esos ilustres actores de la indeclinable resistencia liberal a una legislación punitiva que, pese a las reformas habidas, continúa exhibiendo aun hoy vestigios de su estructura original son los eminentes profesores Enzo Musco, catedrático de la Universidad Tor Vergata de Roma, publicista prolífico y docente visitante en numerosas universidades europeas y latinoamericanas, y Giovanni Fiandaca, catedrático de la Universidad de Palermo y, al igual que el primero, autor de incontables publicaciones y asiduo convidado por las más reconocidas casas de altos estudios del Viejo Continente.

La mayor obra conjunta de estos insignes penalistas, que aquí se presenta traducida por primera vez a nuestra lengua, es mucho más que un tratado de derecho penal: se erige, además, como un programa para la intelección de las fórmulas legales a la luz de aquellos preceptos constitucionales y para la puesta en práctica de un *ius puniendi* redimido por la tendencia a la excepcionalidad de su aplicación.

Desde las primeras páginas de la Introducción se advierte la neta filiación iushumanista de los autores, como dignos herederos del universo de ideas de la Ilustración. Y basta abordar los párrafos iniciales de la parte primera para reconfortarse con su

definida vocación por un derecho penal en el que tres principios delimitadores de la *potentia puniendi* estatal —materialidad, lesividad necesaria u ofensividad y culpabilidad— son convocados para dar un perfil político-criminal coherente al objeto de estudio, ulteriormente analizado con exhaustividad dogmática, pero previamente caracterizado por su función esencial de tutela de los bienes jurídicos fundamentales de las personas.

Los restantes desarrollos, consagrados al análisis de los respectivos estadios de las teorías del delito y de la pena, reposan en ese firme punto de partida, componiendo un armonioso edificio conceptual en el que, con singular frecuencia, se trasluce la tensión entre los elementos remanentes del Código de 1930 y la reconducción doctrinal que los autores propician, en un constante esfuerzo de conciliación de los mandatos constitucionales y la legalidad en materia punitiva.

La prosa empleada es clara y por momentos vibrante, sin artificios que dificulten la explicación ni digresiones innecesarias. Por lo demás, el sistema de casos adoptado para exponer cada unidad temática brinda al lector, a cada paso, la oportunidad de relacionar teoría y praxis, con plausible efecto didáctico. Súmanse a ello las oportunas glosas a las reformas legislativas sucesivamente puestas en práctica, y a los institutos introducidos en fechas recientes, que en nada entorpecen el ritmo ágil impreso al decurso de la exposición.

Esta edición concurre, pues, a remediar la injusticia notoria de que tantas virtudes permanecieran escasamente conocidas por los estudiosos españoles y latinoamericanos, y se dirige a enriquecer, con las autorizadas plumas de sus autores, el acervo de todo penalista comprometido con la defensa de los derechos humanos y del sistema de garantías que los preserva.

No podría imaginarse ocasión más propicia que la actual, cuando la atmósfera de la ciencia penal de nuestra órbita cultural aparece enrarecida por la difusión de construcciones —de nuevo ropaje sociológico y vetusto andamiaje filosófico-político— que se encaminan a hacer tabla rasa con la moderada igualdad jurídica existente en el seno de las democracias contemporáneas y a revertir las conquistas de las constituciones de la posguerra europea mediante la instalación de un derecho penal "de dos o tres velocidades", o, lisa y llanamente, de un derecho penal para amigos y otro para supuestos enemigos.

El Tratado de los profesores Fiandaca y Musco se muestra, pues, como una magnífica herramienta de trabajo para quienes perseveramos en la lucha por el derecho con la brújula axiológica del liberalismo originario y con la impronta de solidaridad política, económica y social que caracteriza a un Estado social y democrático de derecho.

En lo personal —me permito añadir— es motivo de sincero gozo haber colaborado, dirigiendo el equipo de redacción y llevando a cabo la corrección de estilo y las notas complementarias, con la difusión de este noble y erudito monumento intelectual, cumpliendo así el compromiso contraído en la dorada Salamanca con el muy estimado profesor Musco, docente, como quien suscribe, de los cursos de posgrado de la más antigua universidad española.

IV. Un párrafo aparte merecen los colaboradores de esta empresa: el distinguido abogado Pablo Eiroa, responsable cabal de la primera etapa de la traducción, quien contó con un borrador de la primera mitad del Tratado elaborado por los abogados

Soledad Pennise Iantorno de Machado y Fernando Machado Pelloni; el profesor Dr. Alberto Filippi, director del Departamento de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de Camerino, que en un desinteresado aporte flexibilizó los contactos personales entre los componentes de nuestro equipo de traducción, el reconocido distribuidor de libros jurídicos Nicolás von der Pahlen, que promovió nuestro encuentro con el editor y fue el entusiasta enlace posterior entre Bogotá y Buenos Aires, y, *last but not least*, el gerente de la prestigiosa Editorial Temis y, más que ello, reproductor incansable de la cultura jurídica de ambos mundos, Erwin Guerrero Pinzón, sin cuya decisión este valioso volumen no hubiera contado con la merecida garantía de su difusión a escala continental.

Luis Fernando Niño
Buenos Aires, verano de 2006

ÍNDICE GENERAL

INTRODUCCIÓN

ORIGEN Y EVOLUCIÓN
DEL DERECHO PENAL MODERNO

PÁG.

1. El derecho penal premoderno: reseña 1
2. El iluminismo penal 2
3. El nacimiento de la moderna ciencia penal italiana y la denominada escuela clásica 7
4. La escuela positiva 10
5. Génesis y evolución de la orientación técnico-jurídica 15
6. El movimiento de la nueva defensa social 21
7. Las orientaciones actuales de la ciencia penal 23

PARTE PRIMERA

DERECHO PENAL Y LEY PENAL

CAPÍTULO 1

CARACTERÍSTICAS Y FUNCIONES
DEL DERECHO PENAL

1. Introducción 29
2. Funciones tutelares del derecho penal: la protección de los bienes jurídicos 30
3. Los principios de "subsidiariedad" y "merecimiento de la pena" 56
4. Principio de fragmentariedad 59
5. El principio de "autonomía" 62
6. Divisiones del derecho penal 64
7. Características del Código Rocco 65
8. Código Rocco, intervenciones reformadoras y legislación especial 66

Capítulo 2

LA FUNCIÓN GARANTISTA DE LA LEY PENAL

PÁG.

1. Premisas generales 74
2. La reserva de ley: fundamento y alcances 77
3. El concepto de "ley" en el artículo 25, párrafo 2º constitucional y en el artículo 1º del Código Penal 81
4. La relación entre la ley y una fuente subordinada: los diversos modelos de integración 84
5. La relación entre la ley y la costumbre 87
6. La reserva de ley y la normativa comunitaria 88
7. El principio "nulla poena sine lege" 92
8. El principio de taxatividad: introducción 94
9. Principio de taxatividad y técnicas de redacción de los tipos penales 100
10. El principio de irretroactividad 103
11. El régimen dictado por el artículo 2º del Código Penal 105
12. Continuación: sucesión de leyes y aplicación de las disposiciones más favorables al reo 109
13. Sucesión de leyes que integran elementos normativos de los hechos punibles (modificaciones "mediatas" de los tipos penales) 111
14. Sucesión de leyes temporales, excepcionales y financieras 113
15. Decretos-leyes no convertidos 115
16. Leyes declaradas inconstitucionales 117
17. Control de constitucionalidad sobre normas penales "en favor" 118
18. Tiempo de la comisión del delito 120
19. Prohibición de analogía 122

Capítulo 3

LA INTERPRETACIÓN DE LAS LEYES PENALES

1. Introducción 128
2. Clasificaciones de la interpretación según los sujetos típicos 128
3. Las razones del "carácter problemático" de la vinculación del juez a la ley penal 129
4. La letra de la ley y la intención del legislador 132
5. Los criterios hermenéuticos tradicionales 133
6. Desarrollos recientes de la teoría de la interpretación 139

CAPÍTULO 4

VALIDEZ ESPACIAL Y PERSONAL DE LA LEY PENAL

Sección I.—*Validez espacial de la ley penal*

PÁG.

1. Los principios que rigen la aplicación de la ley penal en el espacio. Introducción 144
2. Delitos cometidos en el territorio del Estado: concepto de territorio 145
3. Continuación: "locus commissi delicti" 146
4. Delitos comunes cometidos en el exterior 148
5. Delito político cometido en el exterior: concepto 150

Sección II.—*Validez personal de la ley penal*

1. Introducción 153
2. Fuente jurídica de las inmunidades: el derecho público interno 154
3. Continuación: el derecho internacional 158
4. Naturaleza jurídica de las inmunidades 160

CAPÍTULO 5

NOCIONES DE TEORÍA GENERAL DEL DELITO

Sección I.—*Conceptos generales*

1. Definición formal de delito 162
2. El problema de la definición sustancial de delito 163
3. Delitos y contravenciones 165
4. El sujeto activo del delito 170
5. El problema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas 172
6. El problema de los sujetos responsables 178
7. El sujeto pasivo del delito 180

Sección II.—*Estructura del delito*

1. Introducción 183
2. Análisis de la estructura del delito 185
3. El hecho típico 188
4. Tipicidad y ofensa del bien jurídico 190
5. Antijuridicidad 192
6. Culpabilidad 199
7. Análisis "particularizado" de los tipos delictivos 202
8. Clasificación de los delitos 204

Parte segunda

EL DELITO DOLOSO DE COMISIÓN

Capítulo 1

TIPICIDAD

PÁG.

1. Introducción: el tipo y sus elementos constitutivos 219
2. Concepto de acción 222
3. Acción determinada por fuerza mayor o fuerza física irresistible. Caso fortuito 225
4. Presupuestos de la acción 227
5. Objeto material de la acción 228
6. Resultado 230
7. Relación de causalidad: introducción 233
8. La teoría de la condición: insuficiencias 236
9. Continuación: correctivos 238
10. La teoría de la condición conformada al modelo de la "subsunción en leyes científicas" 240
11. La teoría de la causalidad adecuada 246
12. Teorías menores: la causalidad humana 250
13. La reciente teoría de la imputación objetiva del resultado 252
14. Concausas 255

Capítulo 2

ANTIJURIDICIDAD Y CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

1. Introducción 258
2. Fundamento sustancial y sistemática de las causas de justificación 260
3. Régimen de las causas de justificación 262
4. El consentimiento de la víctima 267
5. Ejercicio de un derecho 274
6. Cumplimiento de un deber 280
7. Legítima defensa 287
8. Uso legítimo de las armas 296
9. Estado de necesidad 300

Capítulo 3

LA CULPABILIDAD

Sección I.—*Nociones generales*

1. Introducción 310
2. Concepciones de la culpabilidad: la concepción psicológica 315

PÁG.

3. Continuación: la concepción normativa 317
4. Orientaciones actuales 319
5. Estructura de la culpabilidad 325

Sección II.—*Imputabilidad*

1. Introducción 327
2. La capacidad de comprender y de querer 331
3. Minoría de edad 333
4. Enfermedad mental 334
5. Embriaguez e intoxicación con estupefacientes 341
6. Sordomudez 346
7. "Actio libera in causa" 347

Sección III.—*Estructura y objeto del dolo*

1. El dolo: funciones y definición legislativa 349
2. Estructura del dolo: representación y voluntad 352
3. Objeto del dolo 358
4. Dolo y conciencia de la ofensa 361
5. Formas del dolo. Aproximación al problema de la prueba 365

Sección IV.—*Régimen legal del error*

1. Introducción 372
2. Error sobre el hecho 374
3. Error sobre el hecho determinado por un error sobre la ley extrapenal 378
4. Error determinado por engaño de terceros 384
5. Delito putativo 386

Sección V.—*El delito aberrante* (*aberratio ictus*)

1. Error-inhabilidad 387
2. "Aberratio delicti" 392

Sección VI.—*La conciencia de la ilicitud*

1. La posibilidad de conocer la norma penal 394

Sección VII.—*Causas de exclusión de la culpabilidad*

1. Dolo y normalidad del proceso de motivación: la llamada inexigibilidad 407
2. Excusantes legalmente reconocidas 413

Sección VIII.—*La culpabilidad en las contravenciones*

PÁG.

1. Los criterios de imputación subjetiva: dolo y culpa 414

CAPÍTULO 4

CIRCUNSTANCIAS DEL DELITO

1. Introducción 417
2. Clasificación de las circunstancias 419
3. Criterios de identificación de las circunstancias 420
4. Criterio de imputación de las circunstancias 422
5. Criterios de aplicación de las atenuantes o de las disminuciones de pena 425
6. Concurso de circunstancias agravantes y atenuantes 428
7. Aplicación de las circunstancias y mensuración de la pena 431
8. Las circunstancias agravantes comunes 432
9. Las circunstancias atenuantes comunes 439
10. Circunstancias atenuantes genéricas 445
11. La reincidencia 448

CAPÍTULO 5

DELITO TENTADO

1. Introducción: la consumación del delito 453
2. Delito tentado en general 454
3. El "inicio" de la actividad punible 458
4. Idoneidad de los actos 461
5. Univocidad de los actos 466
6. Elemento subjetivo 469
7. El problema de la posibilidad de la tentativa en las diversas tipologías delictivas 471
8. Tentativa y circunstancias 473
9. Desistimiento y receso activo 474
10. Tentativa y atentado 479
11. Delito imposible 480

CAPÍTULO 6

CONCURSO DE PERSONAS

1. Introducción 486
2. El problema de los modelos normativos del concurso criminal 487
3. Las teorías sobre el concurso criminal 492

PÁG.

4. Estructura del concurso criminal: pluralidad de agentes 495
5. Continuación: realización del tipo objetivo de un delito 497
6. Aportación de cada uno de los concurrentes: A) concurso material 498
7. B) Concurso moral 503
8. El elemento subjetivo del concurso criminal 507
9. El concurso en las contravenciones 511
10. Las circunstancias agravantes 512
11. Las circunstancias atenuantes y, en particular, la aportación de "mínima importancia" 514
12. La responsabilidad del partícipe por el delito distinto del querido 516
13. Concurso en el delito propio y cambio del título del delito para alguno de los concurrentes 519
14. La comunicabilidad de las circunstancias 522
15. La comunicabilidad de las causas de exclusión de la pena 524
16. Desistimiento voluntario y arrepentimiento operante 525
17. Extensibilidad de la disciplina del concurso "eventual" al concurso "necesario" 527
18. Concurso eventual y delitos asociativos 528

PARTE TERCERA

EL DELITO CULPOSO DE COMISIÓN

CAPÍTULO 1

EL DELITO CULPOSO DE COMISIÓN

Sección I.—*Tipicidad*

1. Introducción 536
2. El hecho culposo de comisión típico: acción 537
3. Inobservancia de las reglas precautorias de conducta 539
4. Criterios de identificación de las reglas de conducta: "previsibilidad" y "evitabilidad" del evento. El límite del caso fortuito 540
5. Fuentes y especies de las calificaciones normativas sobre el tipo culposo 542
6. Contenido de la regla de conducta 546
7. Estándar objetivo del deber de diligencia 547
8. Límites del deber de diligencia: A) riesgo permitido 549
9. B) El principio de confianza y el comportamiento del tercero 550
10. Causación del evento 553

Sección II.—*Antijuridicidad*

1. Introducción 556
2. Consenso del ofendido 557

PÁG.

3. Legítima defensa 558
4. Estado de necesidad 559

Sección III.—*Culpabilidad*

1. Estructura psicológica de la culpa 560
2. La medida "subjetiva" del deber de diligencia 562
3. El "grado" de la culpa 564
4. Causas de exclusión de la culpa 565

Sección IV.—*La cooperación culposa*

1. La regulación prevista en el artículo 113 del Código Penal 567

PARTE CUARTA

EL DELITO OMISIVO

CAPÍTULO 1

EL DELITO OMISIVO

Sección I.—*Nociones generales*

1. Introducción 575
2. Derecho penal de omisión y bien jurídico 578
3. La bipartición de los delitos omisivos en "propios" e "impropios" 579

Sección II.—*Estructura del delito omisivo*

I. *Tipicidad*

A. *El tipo objetivo del delito omisivo propio*

1. Situación típica 581
2. Conducta omisiva típica y posibilidad de actuar 582

B. *El tipo objetivo del delito omisivo impropio*

3. Introducción: autonomía del tipo omisivo impropio y principio de legalidad 584
4. La esfera de funcionalidad del artículo 40, párrafo 2º del Código Penal .. 586
5. Situación típica 591
6. Omisión de impedir el evento y equivalente normativo de la causalidad 591
7. La posición de garantía 598
8. La distinción entre "actuar" y "omitir" en los casos problemáticos 612

PÁG.

II. *Antijuridicidad* 613

III. *Culpabilidad*

1. Introducción 614
2. Dolo omisivo 614
3. Culpa 617
4. Conciencia de la ilicitud 619

IV. *Tentativa*

1. La tentativa 619

V. *Participación criminal*

1. Participación en el delito omisivo 621
2. Presupuestos y límites de la participación mediante omisión en el delito comisivo 622

PARTE QUINTA

LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA

CAPÍTULO 1

LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA

1. Introducción 627
2. Responsabilidad objetiva y principios constitucionales 630
3. Casos de responsabilidad objetiva "pura" 635
4. Continuación: delitos de prensa 636
5. Casos de responsabilidad objetiva "mixta": la preterintención 638
6. Los delitos agravados por el evento 641
7. Condiciones objetivas de punibilidad 645

PARTE SEXTA

CONCURSO DE DELITOS Y CONCURSO DE NORMAS

CAPÍTULO 1

CONCURSO DE DELITOS

1. Introducción 649
2. Unidad y pluralidad de acción 650

PÁG.

3. Unidad de acción en los delitos culposos y en los delitos omisivos 652
4. Concurso material 652
5. Concurso formal: requisitos 654
6. Continuación: régimen legal 656
7. Delito continuado: introducción 657
8. Elementos constitutivos del delito continuado 659
9. Régimen sancionatorio 662
10. Naturaleza jurídica 667

CAPÍTULO 2

CONCURSO APARENTE DE NORMAS

1. Introducción 669
2. Especialidad 670
3. Subsidiaridad 675
4. Absorción: "ne bis in idem" sustancial 676
5. Progresión criminal, ante-hecho y post-hecho no punibles 678
6. Delito complejo 680

PARTE SÉPTIMA

LAS SANCIONES

CAPÍTULO 1

LOS PRESUPUESTOS TEÓRICOS Y POLÍTICO-CRIMINALES DEL SISTEMA SANCIONADOR VIGENTE

1. Introducción 685
2. Las opciones sancionatorias originarias del Código Rocco 687
3. Contradicciones e insuficiencias del sistema del doble binario 688
4. La pena según la Constitución 690
5. Significado y límites de la idea reeducativa 692
6. La reeducación y la actuación legislativa 696
7. La evolución más reciente del debate sobre las funciones de la pena: A) la prevención general 700
8. B) La retribución 705
9. C) La prevención especial 708
10. El problema de la superación del doble binario 712
11. Actualidad y perspectivas de la pena en la realidad del ordenamiento 714

Capítulo 2

LAS PENAS EN SENTIDO ESTRICTO

PÁG.

1. Las penas principales 718
2. Las penas accesorias: premisas generales 725
3. Las penas accesorias en particular 728
4. Publicación de la sentencia penal de condena 734
5. Las penas sustitutivas: generalidades 734
6. Las penas sustitutivas en particular 737
7. Las medidas alternativas a la detención 743

Capítulo 3

LA DETERMINACIÓN DE LA PENA

1. Introducción: el poder discrecional del juez 767
2. Clasificación sistemática de los criterios de determinación 770
3. Los índices de determinación del artículo 133 del Código Penal: A) la gravedad del delito 771
4. Continuación: B) la capacidad para delinquir 772
5. Ambigüedad e insuficiencias del modelo previsto en el artículo 133 del Código Penal 777
6. La necesidad de una nueva lectura del artículo 133 Código Penal orientada constitucionalmente 779
7. Los términos del debate teórico actual 781
8. La determinación de la pena pecuniaria (C. P., art. 133 bis) 784
9. Poder discrecional del juez en la sustitución de las penas detentivas breves 787
10. Poder discrecional y medidas alternativas a la detención 788

Capítulo 4

LAS VICISITUDES DE LA PUNIBILIDAD

1. Condiciones objetivas de punibilidad 790
2. Las causas de extinción del delito 797
3. La muerte del reo 799
4. La amnistía propia 801
5. La prescripción 807
6. El pago voluntario de una suma de dinero como extinción de las contravenciones (oblación) 811
7. La suspensión condicional de la pena 813
8. El perdón judicial y otros institutos relativos a los menores 817
9. Las causas de extinción de la pena 821

PÁG.

10. La muerte del reo después de la condena 822
11. La amnistía impropia 822
12. La prescripción de la pena 823
13. El indulto 824
14. La gracia 825
15. La liberación condicional 826
16. La rehabilitación 829
17. La omisión de la mención de la condena en el certificado del archivo judicial 830

Capítulo 5

LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

1. Introducción 832
2. Aspectos garantistas de la normativa: A) principio de legalidad; B) prohibición de retroactividad 834
3. Los presupuestos de aplicación de las medidas de seguridad: el hecho previsto por la ley como delito 836
4. La peligrosidad social 837
5. Tipologías de peligrosidad social "específica" 842
6. La duración de la medida de seguridad 845
7. Clasificación de las medidas de seguridad 846
8. Medidas de seguridad privativas de la libertad: colonia agrícola y casa de trabajo 847
9. Casa de cura y custodia 848
10. Hospital psiquiátrico judicial 849
11. Reformatorio judicial 852
12. Medidas de seguridad personal no privativas de libertad: libertad vigilada 853
13. Prohibición de residencia 854
14. Prohibición de frecuentar tabernas y locales de venta de bebidas alcohólicas 855
15. Expulsión del extranjero del territorio del Estado 856
16. Las medidas de seguridad patrimoniales: caución de buena conducta 856
17. Confiscación 857
18. Aplicación y ejecución de las medidas de seguridad 860

Capítulo 6

LAS SANCIONES CIVILES

1. Introducción 863
2. Las sanciones en particular 863
3. Las garantías de las obligaciones civiles 869

PARTE OCTAVA

LOS INSTRUMENTOS ADMINISTRATIVOS DE CONTROL SOCIAL

CAPÍTULO 1

EL DERECHO PENAL ADMINISTRATIVO

PÁG.

1. Introducción 873
2. Los principios generales del ilícito despenalizado 875

CAPÍTULO 2

LAS MEDIDAS DE PREVENCIÓN

1. Introducción 880
2. Las medidas de prevención "personales" en particular 884
3. La prevención anti-mafia 888
4. La ley 152 del 22 de mayo de 1975 (Ley Reale) 891
5. Insuficiencias y aspectos de inconstitucionalidad del sistema preventivo vigente 893

Bibliografía 897
Índice de autores 967
Índice de materias 979

Introducción

ORIGEN Y EVOLUCIÓN DEL DERECHO PENAL MODERNO

1. El derecho penal premoderno: reseña

Los orígenes político-culturales del derecho penal moderno se remontan en buena medida al Iluminismo de 1700. El pensamiento iluminista elaboró, en efecto, un conjunto de principios fundamentales que le dieron un giro histórico a la situación penal del *Ancien Régime* y que mantienen hasta hoy validez con una perspectiva de racionalidad punitiva tendente a balancear eficiencia represiva y garantía de los derechos individuales.

Hasta la mitad del siglo XVIII, el mundo de los delitos y de las penas exhibía escenarios confusos y sombríos bajo el triple perfil de la definición normativa de los delitos, de los instrumentos sancionatorios y de la disciplina procesal.

El campo de los hechos punibles permanecía incierto por la falta de una codificación (en sentido moderno), por la caótica superposición de textos normativos heterogéneos y por las frecuentes interferencias del poder ejecutivo, que prevaricaba al poder judicial, a veces hasta el punto de reemplazarlo (piénsese, por ejemplo, en las célebres *lettres de cachet*, con las que el poder monárquico de la Francia prerrevolucionaria infligía directamente la pena). Además, la persistente confusión entre "crimen" y "pecado" contribuía a agravar esta situación, por lo que la justicia penal fungía también como brazo secular de la religión y del poder eclesiástico. En el contexto de esta concepción sacralizada y moralista del derecho penal emergían como crímenes muy graves las ofensas a la divinidad, como la blasfemia, o las infracciones a la moral sexual dominante, como el adulterio, la sodomía, etc.

Más sombrío aún era el cuadro de las sanciones punitivas, caracterizado por la arbitrariedad, el exceso, la crueldad y la exasperada espectacularidad. Las penas corporales eran todavía marcadamente dominantes y sus ejecuciones asumían una modalidad terrorífica que incidía de modo ambiguo en el público espectador: el "esplendor de los suplicios" tendía a intimidar, pero de hecho ejercía también fuerte seducción. Entre las penas corporales, era ejecutada de manera particularmente cruel y espectacular la pena de muerte por descuartizamiento, comúnmente precedida por torturas y sevicias: atenaza-

miento de brazos y piernas, con el añadido de plomo fundido y aceite hirviendo o quemadura de manos con fuego de azufre, etc.[1].

Finalmente, el proceso estaba dominado por los principios del más rígido modelo inquisitivo: secreto, escrituralidad y preponderancia cuasi absoluta del órgano de acusación. Para obtener la confesión de los imputados, considerada la reina de las pruebas, los magistrados recurrían al uso de la coerción corporal (torturas, etc.).

La situación de la justicia criminal preiluminista, en su conjunto, fue estigmatizada en estos términos por el tratadista francés HÉLIE[2]: la "legislación [...] armada de instrumentos de inaudita severidad, no tenía siquiera la idea de un derecho de defensa o de una proporción equitativa entre delito y pena. Trataba al acusado como un enemigo, lo secuestraba en lugar de facilitar su justificación. Lo culpaba antes de que resultara condenado. Su único principio era la venganza pública; su único objetivo, la intimidación".

Las premisas culturales para la superación de este derecho penal irracional y caótico comienzan, en realidad, a emerger en la especulación filosófica-jurídica, que madura a partir del siglo XVII. Se alude en particular a aquel movimiento de pensadores conocido como "iusnaturalismo laico", que —como es sabido— se preocupó por superar la concepción teocrática entonces dominante, anclando la legitimación de las instituciones estatales a un derecho natural laico y terrenal fundado en principios racionales: como principales exponentes se recuerda a GROCIO, PUFENDORF, THOMASIUS y LOCKE.

Esta perspectiva de pensamiento abría camino hacía un proceso de secularización y laicización del Estado, que no podía dejar de incidir en las instituciones penales: ciertamente, el mismo GROCIO teorizó acerca de la necesidad de desterrar la confusión entre delito y pecado, subrayando la autonomía de las respectivas esferas del derecho y la moral[3].

2. EL ILUMINISMO PENAL

El proceso de modernización del derecho penal alcanzó su maduración gracias al pensamiento iluminista. Contribuyeron decisivamente en ese aspecto pensadores pertenecientes a diversos países europeos: cabe recordar sobre todo a BENTHAM en Inglaterra, MONTESQUIEU y VOLTAIRE en Francia, HOMMEL y FEUERBACH en Alemania y BECCARIA, FILANGIERI y PAGANO en Italia.

[1] Cfr. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire*, trad. it., Torino, 1976, págs. 5 y ss. Hay edición en español: *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, 17ª ed., Buenos Aires, Siglo XXI Editores, Nueva Criminología, 1989. [N. del c.].

[2] FAUSTIN HÉLIE, *Introduction au Traité des délits et des peines,* Paris, 1870, pág. IX.

[3] En tal sentido, SERGIO MOCCIA, *Carpzov e Grozio. Dalla concezione teocratica alla concezione laica del diritto penale*, Napoli, 1979, *passim*.

La premisa común de la que partían estaba constituida por la preocupación de racionalizar el sistema penal para convertirlo en instrumento útil para prevenir efectivamente los delitos, combatir la arbitrariedad judicial, mitigar las penas y evitar injustificados excesos de sufrimiento a los condenados. La persecución de tales objetivos explica el interés prevaleciente en los iluministas por las cuestiones de política criminal y por los problemas de ciencia de la legislación: en términos modernos, ellos operaron más como "políticos del derecho" que como juristas en sentido estrictamente técnico. Por lo demás, ese estilo guardaba mayor coherencia con la inspiración de fondo de la filosofía del Iluminismo, globalmente considerada.

Los presupuestos de la reflexión penal del Iluminismo tienen sus raíces en las dos concepciones que caracterizaron, más genéricamente, a la filosofía político-jurídica de la época: el "contractualismo" y el "utilitarismo". Según aquel, que operó como modelo teórico del liberalismo clásico, las instituciones estatales obtienen su legitimación a partir de un acuerdo libremente estipulado entre los particulares y están, en consecuencia, orientadas por la finalidad de salvaguardia de los derechos naturales de cada individuo en particular. Desde esta perspectiva, la utilidad social no habría de ser más que el reflejo o el resultado de la mejor satisfacción de los derechos individuales.

2.1

De la matriz contractualista derivan precisas implicaciones de la definición de los hechos delictivos. Desempeña papel fundamental, ante todo, el principio de legalidad, aquel irrenunciable baluarte dispuesto para garantizar la libertad individual. Para emplear las mismas palabras de BECCARIA, principal representante del iluminismo penal italiano: "Solo las leyes pueden prescribir las penas de los delitos, y esta autoridad no puede residir sino en el legislador, que representa a toda la sociedad unida por un contrato social [...] El concepto que cualquier ciudadano debe tener, de poder hacer todo aquello que no sea contrario a la ley, sin temer otro inconveniente que aquel que pudiere originarse en la acción misma, este es el dogma político que debería ser creído por el pueblo; y predicado a los magistrados superiores, con la incorrupta custodia de las leyes"[4].

Parece evidente, según el pasaje citado, la estrecha conexión entre la predeterminación legal de los delitos y de las penas, la certeza del derecho y la salvaguardia de las expectativas individuales de cada uno.

Esta postura garantista se proyecta, coherentemente, en el plano de la interpretación de las leyes penales y —aun— en el de la selección legislativa de los hechos pasibles de incriminación.

En cuanto a la actividad interpretativa, predomina la preocupación de refrenar lo más posible la discrecionalidad de los jueces, que deberían ser re-

[4] CESARE BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* (ed. G. Armani), Milano, 1991, págs. 13 y 24. Hay edición en español: *De los delitos y de las penas*, Bogotá, Edit. Temis, 1986. [N. del c.].

ducidos a simples "bocas de la ley", al decir de MONTESQUIEU. La misma desconfianza frente a los magistrados la compartía BECCARIA, que no solo identifica la interpretación con un mecanismo de silogismo judicial, sino que pretende directamente desterrar el recurso de la *ratio legis*, como canon interpretativo: "No hay cosa más peligrosa que aquel axioma común que reputa necesario consultar el espíritu de la ley. Es cual un dique roto por el torrente de las opiniones [...] Cada hombre tiene su punto de vista; cada hombre, en diferentes tiempos, tiene uno diverso. El espíritu de la ley sería, por tanto, el resultado de la buena o mala lógica de un juez, de una fácil o malsana digestión, dependería de la violencia de sus pasiones, de la debilidad que sufriere, de las relaciones del juez con el ofendido y de todas aquellas mínimas fuerzas que cambian la apariencia de cada objeto en el ánimo fluctuante del hombre"[5].

Respecto a la selección legislativa de los hechos punibles, se afirma claramente la tendencia a mantener distinguidas las respectivas esferas de la moral y el derecho. La teoría de los bienes jurídicos se seculariza o laiciza: el así llamado "daño social" deviene criterio de identificación de los hechos punibles, lo que significa que merecen ser punidas solo las acciones que acarrean un concreto perjuicio a los derechos ajenos. De allí la crítica disparada por los pensadores iluministas a las no pocas figuras delictivas previstas en la legislación de su tiempo que se agotaban en la violación de preceptos religiosos o de reglas morales (blasfemia, sodomía, etc.).

2.2

Del terreno sancionatorio emerge una doble instancia: racionalizar y humanizar.

La inspiración contractualista impone desterrar el terrorismo punitivo: cada ciudadano, renunciando a una porción de libertad, puede delegar en el Estado la función de punir, solo en los estrictos límites en los que ello sea necesario para la defensa de la sociedad frente al crimen. Se perfila de tal suerte, aunque sea de manera implícita, la concepción de la pena como *extrema ratio* de tutela. La pena es irrenunciable solo en la medida en que sea necesaria o útil para la prevención de la criminalidad: es decir, citando también a BECCARIA, para "impedir al reo causar nuevos daños a sus conciudadanos" y "para evitar que otros obren igual"[6].

Se subraya también, cómo la eficacia preventiva se afianza, más que por la severidad, por la prontitud de la reacción punitiva. Esta reacción debe, puntualmente, resultar no solo necesaria, en el sentido precitado, sino también "proporcionada" a la gravedad del delito: y gravedad referida, a su vez, a la importancia del objetivo daño social provocado por el delito.

[5] BECCARIA, *Dei delitti*, *op. cit*., pág. 15.

[6] *Ibidem*, pág. 29.

2.3

La concepción penal iluminista, hasta aquí resumida sumariamente, recoge un conjunto de ideas guía destinadas a influir en la futura evolución de la legislación o de la ciencia penal.

Como sabemos, logró mayor fortuna por sobre todos el célebre libro *De los delitos y de las penas* de CESARE BECCARIA, compendio extraordinariamente eficaz, en su concisión y brevedad, de una política criminal racional y moderna.

Los correlativos principios de fondo lograron no solo revolucionar el debate teórico de la época, sino también despertar la atención de algunos soberanos iluminados (como Catalina II, emperatriz de Rusia, José II, emperador de Austria y Pedro Leopoldo, gran duque de Toscana), que decidieron asumirlos como criterios rectores de importantes reformas legislativas en materia penal.

Con referencia a la situación italiana de la época, merece ser recordada la reforma leopoldina de 1786, introducida en el gran ducado de Toscana: esta reforma convirtió en realidad normativa los principios iluministas de la mitigación de las penas y de la relación de proporcionalidad entre delito y sanción, procedió simultáneamente a tipificar con detalle las figuras delictivas y modificó en sentido marcadamente garantista la disciplina procesal, eliminando, por ejemplo, la tortura y aboliendo las pruebas privilegiadas[7].

De cuño iluminista son también —y, en rigor, no podía ser de otro modo— algunos principios político-criminales contenidos en la célebre *Declaración de los Derechos del Hombre,* redactada en 1789, en la Francia revolucionaria. Recordamos en particular el artículo 5º, que erige como criterio de criminalización el principio de la "lesividad social": "La ley no tiene el derecho de prohibir más que las acciones dañosas para la sociedad"; el artículo 7º, que establece el principio de legalidad: "Nadie puede ser acusado ni arrestado ni detenido sino en los casos determinados por la ley y según las formas por ella establecidas"; el artículo 8º, que afirma el principio de la "necesidad" de las penas: "La ley no debe fijar más penas que las clara y evidentemente necesarias"; y el artículo 9º *in fine*, que sanciona el principio de la presunción de inocencia: "Todo hombre se presume inocente hasta cuando sea declarado culpable".

Estos principios fueron más tarde recibidos y desarrollados en el Código Penal revolucionario de 1791 (modificado ulteriormente en 1795). Tal código tuvo, entre otros, el mérito de exaltar el principio de igualdad, introduciendo una disciplina general y abstracta por tipos de delito, que superaba la antigua formulación que clasificaba los ilícitos basada no ya en la naturaleza objetiva de la acción, sino en la calidad personal del autor y de la víctima. En

[7] Cfr. TULLIO PADOVANI, *Il legislatore alla scuola della ragione. Una introduzione allo studio del "Programma" di Francesco Carrara*, Lucca, 1985.

tanto, en el plano de las sanciones predominó una tendencia general a la reducción de las penas, expresada en el privilegio acordado a aquellas privativas de libertad y en la eliminación de las modalidades cruentas de ejecución de la pena capital. Al mismo tiempo, para satisfacer al máximo posible la exigencia de certeza, fue introducido un sistema de penas fijas para cada tipo de delito.

2.4

Entiéndase bien: los ideales iluministas, aun cuando fueron recogidos como normas, no alcanzaron a imponerse (por así decirlo) en forma pura: como casi siempre ha acaecido históricamente, aun las reformas más revolucionarias están constreñidas a pagar precios compromisorios a las tendencias conservadoras que les oponen resistencia. Es comprensible, por ello, que el iluminismo penal haya encontrado en su camino obstáculos crecientes, paralelamente a la explosión de la reacción antiiluminista, a principios de 1800.

Ya el célebre Código napoleónico de 1810 representó, bajo diversos aspectos, el fruto de un compromiso entre la filosofía iluminista y el giro autoritario impuesto por el cesarismo imperial de Napoleón. Desde este punto de vista, marcaron un regreso la extensión de los casos de aplicación de la pena de muerte; la reincorporación de penas infames y odiosas como la marca, la picota, la confiscación; la equiparación del tratamiento penal de la tentativa y la consumación; el endurecimiento de la respuesta penal a los delitos contra el Estado, etc. En realidad, esta acentuación del rigor penal estuvo completamente enderezada a reforzar la intimidación, en nombre de la conservación de un orden público burgués ya connotado por inclinaciones autoritarias.

La reacción antiiluminista se fue acentuando —en Alemania, Italia y hasta en Inglaterra— a medida que se adentraba el siglo XIX, por el efecto del resurgimiento de tendencias espiritualistas que se contraponían al utilitarismo del siglo XVII y revalorizaban el retribucionismo ético. Ejemplar, en esta perspectiva, es la obra de PELLEGRINO ROSSI, que —adverso a la doctrina iluminista de la defensa social y de la intimidación— pone como fundamento del sistema penal el principio según el cual "el orden moral exige la retribución del mal de la pena por el mal del delito" y "la potestad social debe hacerse cargo de esta alta exigencia del orden moral en los límites de la necesidad de conservación del orden social y de la imperfección de los medios de los cuales la sociedad humana puede disponer"[8].

Además, fue mudando genéricamente la "actitud política —ya no revolucionaria ni reformadora, sino conservadora y a veces reaccionaria— de la cultura jurídica liberal: preocupada de allí en adelante, más que de imponer límí-

[8] PELLEGRINO ROSSI, *Traité de droit pénal*, Paris, cap. III, 1829.

tes al Estado y garantías a la defensa de los ciudadanos, por defender al Estado y al nuevo orden económico y social"[9].

No por azar la concepción penal iluminista resultó violentamente atacada en los períodos históricos de resurgimiento del autoritarismo, como puntualmente ocurrió en el siglo pasado con la experiencia nazi en Alemania y la fascista en Italia. Por el contrario, ella tiende a ser revaluada a la hora en que deviene predominante la preocupación liberal-garantista de remarcar los límites de la intervención punitiva: y, en efecto, recuperaron explícitamente las matrices iluministas aquellos estudiosos que, a partir de la segunda posguerra, se avocaron a la empresa de refundamentar el derecho penal en clave constitucional (*vide infra*, cap. 1, núm. 2).

Reconocer la persistente validez del iluminismo penal no equivale, ciertamente, a ignorar la ambigüedad, insuficiencias y límites, conexos también con el iluminismo considerado como corriente filosófica más general. No siendo este el sitio para un balance crítico profundizado, aquí nos limitaremos a observar que algunas, entre las limitaciones más visibles, residen, por ejemplo, en la concepción demasiado mecanicista de la actividad interpretativa; en la preferencia por las penas fijas que descuida la exigencia de adaptación de la sanción al caso concreto; en el rígido anclaje de la graduación de las penas a la exclusiva gravedad de la lesión del bien jurídico, con la consiguiente y completa pérdida de importancia de las modalidades de la acción y de la personalidad del condenado.

Por el contrario, asuntos de fondo como la noción del derecho penal como *extrema ratio*, la teoría preventiva de la pena y la exigencia de la proporcionalidad entre delito y sanción, representan hasta hoy puntos firmes de una concepción penal de inspiración liberal, atenta a la necesidad de balancear la eficiencia represiva con la garantía de los derechos individuales.

3. El nacimiento de la moderna ciencia penal italiana y la denominada escuela clásica

Al reconstruir la evolución de la situación penal de nuestro país, es habitual resaltar el nacimiento de la moderna ciencia del derecho penal italiano con la denominada escuela clásica, desarrollada en la segunda mitad del siglo XIX, y cuyo máximo exponente fue Francesco Carrara[10].

[9] L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, 1989, págs. 213 y ss. Hay edición en español: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan C. Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantarero Bandrés, Madrid, Trotta, 1995). [N. del c.].

[10] Para reconstruir varios aspectos del pensamiento del gran maestro pisano, cfr. AA.VV., *Francesco Carrara in il primo centenario della morte* (*Atti del Convegno internazionale, Lucca-Pisa, 2-5 giugno 1988*), Milano, 1991. Existe un espléndido volumen en castellano sobre el tema: AA. VV., *Franceso Carrara: Homenaje en el centenario de su muerte*, Bogotá, Edit. Temis, 1988. [N. del c.].

Es oportuno advertir rápidamente que esta escuela de pensamiento (que será definida como "clásica" en una segunda etapa, con objeto de contraponerla a la denominada escuela "positiva", en la que nos ocuparemos en el próximo parágrafo), estaba, en realidad, más compuesta y articulada de lo que a simple vista parece: comprendía, en efecto, corrientes y estudiosos culturalmente muy distantes entre sí[11].

Aquí interesa más evidenciar aquellos puntos que fueron objeto de mayor convergencia, que permiten que se pueda hablar de la escuela clásica como de una orientación cultural no carente de un hilo conductor común.

Se puede decir, como punto de partida, que las teorizaciones de esta escuela desarrollan, sobre el plano de la construcción sistemática, principios racionalistas e iusnaturalistas de origen iluminista, pero con una perspectiva ecléctica que también le concede espacio al espiritualismo católico.

Los orígenes filosóficos, aunque heterogéneos, constituyen la base de una construcción teórica que pretende individualizar las leyes inmutables de la razón, para fundar un derecho penal justo y exento de arbitrariedad, y delinear una concepción iusnaturalista del delito como "entidad jurídica" que viola derechos contemplados por leyes absolutas.

La verdadera ciencia del derecho penal debería estudiar los principios universales deducibles de la verdad de la razón o de la naturaleza de las cosas y desatender, en cambio, todo aquello que sea temporalmente mutable y que dependa del capricho de algunos legisladores históricos. Si esta representa la auténtica parte "teórica" del derecho penal, existe sin embargo —como el mismo CARRARA estaba dispuesto a admitir— una parte "práctica" que también se estudia y que se identifica con el contenido del derecho positivo, tal como históricamente ha establecido la autoridad estatal.

La teoría del delito desarrollada por la escuela clásica se mueve, por consiguiente, dentro de un dualismo, o —inclusive— dentro de una contraposición entre el plano abstractamente teórico de la verdad de la razón y aquel otro, más técnico-jurídico, de los principios contenidos en el derecho penal positivo. No obstante, las construcciones jurídicas de CARRARA y de otros estudiosos, como, por ejemplo, PESSINA, BRUSA o BUCCELLATI, llegan a mantener cierta autonomía ante la premisa filosófica de la que parten. Eso explica cómo los célebres volúmenes del *Programma del corso di diritto criminale* de FRANCESCO CARRARA pueden representar, aun hoy, un gran monumento de ciencia penal aplicada también al derecho positivo.

Además de las hipótesis metafísicas, la consideración del delito como "entidad jurídica" sienta las bases de la teoría general del delito en sentido moderno: el ilícito penal aparece así científicamente estudiado, no como fenómeno

[11] Cfr. SBRICCOLI, "Il diritto penale liberale. La Rivista penale, di Luigi Lucchini 1874-1900", en *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno,* Milano, 1987, págs. 109 y ss.

empírico, natural o social, sino como concepto que adquiere específica relevancia *sub specie iuri.* En cuanto concepto jurídico, el delito consiste en una acción humana que nace de la libre voluntad de un sujeto moralmente responsable o plenamente imputable. La concepción jurídica del delito de la escuela clásica sobreentiende así una visión antropológica del hombre cara al liberalismo individualista y típica, en el terreno filosófico, del espiritualismo católico o idealista: cada hombre será capaz así de autodeterminarse responsablemente, porque está dotado de "libre arbitrio"; el delito, en consecuencia, no será jamás el resultado de las circunstancias del caso, o del ambiente, sino que siempre tendrá origen en una elección individual culpable.

Siempre sobre el terreno de la teoría del delito, va adscrita al mérito de CARRARA la descomposición de la estructura del ilícito penal en un elemento objetivo o material ("fuerza física") y un elemento psicológico ("fuerza moral"), según un modelo analítico que anticipa la teoría denominada bipartita (*vide infra*, cap. 5, sec. II, parg. 2).

La consideración del delito como entidad jurídica lleva a concentrar la valoración penal sobre cada singular hecho delictivo, asumido en su gravedad objetiva, medida según la importancia del derecho afectado. Es este un punto que hace resaltar claramente la inspiración liberal de la escuela clásica, bajo el perfil de la reafirmada autonomía entre derecho y moral: la irrelevancia de cada valoración inherente a la personalidad del reo refleja la idea de que el derecho penal juzga hechos y no hombres, a diferencia de la moral, que controla también las inclinaciones de cada individuo, su malevolencia o su propensión al bien.

En cuanto a la teoría de la pena, la escuela clásica no exhibe, en realidad, una dirección unitaria. Si hay una posición común, ella es identificable en el relieve de las teorías preventivas de cuño utilitarista, típicas del iluminismo penal del siglo XVIII. Mientras buena parte de los autores, (por ejemplo, PESSINA y BRUSA) entienden que la concepción de la pena más compatible con la teoría del delito, como concepto jurídico, es la "retribucionista" (y, más en particular, bajo la forma de retribución "jurídica"), la posición de CARRARA presenta, por el contrario, mayor complejidad[12].

El principal representante de la escuela clásica desarrolla su concepción de la pena diferenciando una vez más el plano de la valoración ética del correspondiente a la valoración jurídica. En esta perspectiva, el objeto de la pena no puede ser la retribución moral, porque la realización de la justicia absoluta debe ser dejada "en las manos de Dios", sino que ella consiste más bien en el restablecimiento del orden externo turbado por el delito. Escribe a propósito CARRARA: "El fin de la pena no es que se haga justicia; ni que la ofensa sea vengada; ni que sea resarcido el daño por él sufrido; ni que se aterren los ciudada-

[12] Cfr. FERRANDO MANTOVANI, "Francesco Carrara e la funzione della pena", en AA.VV., *Francesco Carrara*, *op. cit*., págs. 299 y ss.

nos; ni que el delincuente expíe su delito, ni que se obtenga su enmienda. Todas estas pueden ser consecuencias accesorias de la pena, y ser algunas de ellas deseables: pero la pena sería un acto exento de críticas aun cuando faltaren todos esos resultados. El fin primario de la pena es el restablecimiento del orden externo en la sociedad"[13].

Considerada críticamente y desde nuestra actualidad, la escuela clásica muestra partes "vivas" junto a no pocos aspectos "muertos". Es indudable que "nosotros ya no compartimos la confianza racionalista que tenía CARRARA de poder asir los principios inmutables de la razón que preceden a la teoría del delito, y que nos dejaría perplejos quien quisiera reponer la rígida contraposición construida por CARRARA entre la autoridad de la ley y la verdad que desciende de la naturaleza de las cosas y a la cual debe dirigirse el tratamiento teórico del derecho penal"[14].

Además de la ilusoria pretensión de poder mantener inmutable la verdad de la razón, la aspiración de construir un derecho penal siempre más racional y anclado a principios garantistas puede ser, en realidad, considerada el más auténtico y vital legado que ha dejado la escuela clásica. Y ello forma parte de una ciencia del derecho penal que no se reduce a una mera exégesis del derecho positivo, sino que ambiciona incluir en su horizonte teórico a la política criminal y a la ciencia de la legislación.

4. LA ESCUELA POSITIVA

En los últimos tres decenios del siglo XIX surgió en Italia un original movimiento de pensamiento que bajo diversos aspectos revolucionó el modo de concebir el delito y el derecho penal entero.

Aludimos a la denominada escuela positiva, representada, sobre todo, por CESARE LOMBROSO, ENRICO FERRI y RAFFAELE GAROFALO. El adjetivo "positiva", tradicionalmente utilizado para designar a esta escuela, evidencia que se trata de una corriente de pensamiento que recibe su inspiración de la más general filosofía positivista, madurada en Europa en la segunda mitad del siglo XIX y, en efecto, la escuela positiva se identifica con el "positivismo criminológico", vale decir, con la aplicación de los postulados generales del positivismo filosófico, también en el campo específico del derecho penal y de la criminología.

Conforme a estas premisas teóricas de fondo, cambia completamente la perspectiva con la que se observa al delito. Ya no se lo contempla como un

[13] F. CARRARA, *Programma del corso diritto criminale. Parte generale*, Lucca, 1871, págs. 614-615. Hay edición en español: *Programa de derecho criminal*, trad. de José J. Ortega Torres y Jorge Guerrero, Bogotá, Edit. Temis. [N. del c.].

[14] ALESSANDRO BARATTA, C*riminologia critica e critica del diritto penal*, Bolonia, 1982, pág. 31. Hay edición en español: *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, México, Siglo XXI Editores, 1986. [N. del c.].

concepto que tiene esencia jurídica y es construido según principios iusnaturalistas de razón, sino como un fenómeno natural, biopsicológico y social; esto es, como acción real de un hombre concreto, expuesto a la influencia contemporánea de factores físicos, antropológicos y sociales. Estos condicionamientos heterogéneos avanzarían hasta el punto de anular la libertad de querer: el hombre delincuente no sería libre de elegir entre el bien y el mal, sino que estaría "determinado" al delito en virtud de una fuerza, de una ley de causalidad natural que lo compele a consumar el delito. Si el "libre arbitrio" es una ilusión metafísica, aparecen ilusorios también el principio de la responsabilidad moral, la idea de culpabilidad como reproche y la concepción retributiva de la pena. Estos axiomas del derecho penal clásico quedan sustituidos por los conceptos positivistas de "peligrosidad social" y de reacción penal como instrumento de defensa social: el hombre que delinque es un sujeto socialmente peligroso, porque se inclina, por causas antropológicas o sociales, a cometer acciones que dañan la colectividad; y esta connatural inclinación al delito será encarada con instrumentos o remedios aptos para neutralizar la peligrosidad subjetiva del delincuente y proteger la sociedad. He aquí que, con tal perspectiva, el derecho penal tiende a transformarse en instrumento de "profilaxis social", y la atención habrá de centrarse, sobre todo, en la personalidad del condenado y en la clasificación tipológica de las distintas especies de hombres delincuentes.

Si bien estas son las premisas de fondo comunes a toda la escuela positiva, no es menos cierto que existen en su interior orientaciones diferenciadas en cuanto al respectivo peso que se les atribuye a los factores físicos, antropológicos y sociales.

CESARE LOMBROSO, fundador de la escuela con la célebre obra *L'uomo delinquente*, editada por primera vez en 1876, fue el más riguroso defensor del determinismo biológico. Mas, reconociendo la posible influencia de otras causas, hubo de remarcar el papel decisivo de los factores físicos y biológicos en la génesis del comportamiento criminal; y, por consiguiente, alentó una concepción del delincuente que lo hacia asimilable al enfermo, al ignorante o al loco. De allí la búsqueda de las particulares anomalías somáticas de los criminales; y de allí también los intereses, que alcanzaron los límites de lo grotesco, hasta la medición en centímetros de la circunferencia del cráneo, de la pared occipital o de otras partes del cuerpo de los autores del delito. El propio LOMBROSO refiere haber tenido una intuición decisiva en cuanto a las causas de la criminalidad, descubriendo, en el curso de una autopsia del bandido Vitella, una foseta[*] occipital media, típica de los estados embrionales y de los animales inferiores: "Viendo aquella *foseta*, me ha aparecido de repente, como

[*] Se mantiene el término (*fossetta*), convenientemente castellanizado, dado su uso generalizado en las obras clásicas de medicina legal y en los estudios dedicados a la historia de las ciencias penales. [N. del c.].

una larga planicie bajo un horizonte infinito, iluminado el problema de la naturaleza del delincuente, que debía reproducir en nuestros tiempos los caracteres del hombre primitivo, tan por debajo, cercano a los carnívoros"[15].

Se trata, como es fácil de advertir, de la parte más caduca, científicamente hablando, del positivismo criminológico. No solo no es predicable prueba científica alguna de la existencia de relaciones precisas entre la tendencia a delinquir y una determinada estructura corpórea de cada delincuente, sino que la misma idea de estas relaciones aparece peligrosa bajo el perfil de las posibles implicaciones ideológicas: es el peligro de que los delincuentes pasen a ser perseguidos y discriminados sobre bases biológicas, como una suerte de raza inferior y peligrosa, contra la cual la sociedad estaría legitimada a protegerse, aun recurriendo a los instrumentos más drásticos, autoritarios e inhumanos.

A GAROFALO se debe la acentuación de la importancia de los factores psicológicos. En la obra *Criminología,* aparecida por primera vez en 1905, el estudioso napolitano introduce un cambio de perspectiva, rechazando la aproximación lombrosiana, orientada hacia la investigación anatómica, y consiguiendo concentrar la atención en la personalidad del autor del delito y en sus presuntas anomalías psíquicas (tuvieran fundamento biológico o carecieran de él). Una postura semejante desembocaba en una concentración natural o social del delito, considerado como ofensa al nivel medio de los sentimientos altruistas de piedad y probidad. Aun cuando liberada de la hipótesis anatómica del antropologismo lombrosiano, también la concepción de GAROFALO se apoyaba en una petición de principio, y era difícilmente demostrable científicamente que cada delincuente poseyera características psicológicas anormales. La propia concepción psicológica de la criminalidad desarrollada por GAROFALO aparece, por lo demás, demasiado genérica, cuando no francamente evanescente.

Científicamente algo menos caduca, por ser sucesivamente datada bajo diversos aspectos, es la posición de FERRI. A diferencia de los otros dos autores, este resalta en particular los factores sociales de la delincuencia, evidenciando así —más modernamente— la influencia que el contexto social puede ejercer en la génesis del delito (aun cuando, en la última fase de su pensamiento, el autor intentó una síntesis "ecléctica" en la que fue revalorizado el peso de los factores bioantropológicos). En síntesis, puede entonces revelarse que el positivismo ferriano marca el pasaje de la antropología a la "sociología" criminal: esta consiste, puntualmente, en el estudio científico de los múltiples factores de orden socioeconómico y ambiental que inciden determinantemente en el delito. Esta aproximación sociológica no permanece cerrada en sí mis-

[15] Sobre este ejemplo, y, en general, sobre el método científico de LOMBROSO, cfr. VILLA, *Il deviante e i suoi segni. Lombroso e la nascita dell'antropologia criminale*, Milano, 1985, págs. 147 y ss.

ma, sino que tiende a proyectarse al plano de la política criminal, para sugerir reformas. Y, de hecho, la obra de FERRI reposó en la prospección de un sistema de instrumentos preventivos de defensa social contra el delito denominados "sustitutos penales"[16]: esto es, remedios o reformas de carácter social tendentes a modificar el contexto externo en el que el crimen se origina y, por ello, idóneos para remover preventivamente sus causas.

Se ha destacado muchas veces que la teoría de los sustitutos penales, que representa quizá la parte más vital de la elaboración de FERRI, propugna también remedios no faltos de ingenuidad (como, por ejemplo, para eliminar los hurtos, la sugerencia de construir las casas de modo tal que, para entrar a los departamentos, debiera pasarse siempre atravesarse el puesto del portero ...). Y, al mismo tiempo, toda la construcción ferriana no está exenta de una profunda ambigüedad en el plano ideológico. Por cuanto proyectado sobre la vertiente de las reformas sociales, el positivismo de FERRI no tuvo —al contrario de lo que a veces se ha sostenido— bases marxistas ni socialistas. Constituye prueba evidente de ello una polémica acerca de las causas de la criminalidad desatada entre el mismo FERRI y FILIPPO TURATTI. Mientras este tendía a basar las causas de la criminalidad sobre todo en la organización económica de la sociedad[17], aquel, en cambio, opinaba que la eventual superación de las desigualdades sociales eliminarían las formas de delincuencia ligadas a la organización social clasista, pero no otras formas de criminalidad[18].

En realidad, en el reformismo positivista confluían motivaciones ideológicas que si bien, por un lado podían —de hecho— coincidir con puntos de vista socialistas, por otro reflejaban una perspectiva de reformas graduales y concretas, claramente compatibles con una ideología liberal de molde burgués, permeada, por lo demás, de resabios autoritarios, pese a la prioridad acordada a la exigencia de defensa social de las garantías de los derechos del delincuente singular (esa ambigüedad ideológica habría de encontrar, en definitiva, confirmación póstuma en la ulterior adhesión de ENRICO FERRI al régimen fascista).

Resumiendo: las proposiciones centrales del positivismo criminológico, más allá de las diferencias relativas a cada autor en particular, recaen principalmente en los siguientes puntos.

a) La atención pasó del delito como concepto jurídico al delito como fenómeno natural o social. Esta mudanza de perspectiva tendió a transformar a la misma ciencia penal en ciencia empírico-social, con la consiguiente hibrida-

[16] E. FERRI, *Sociologia criminale*, t. I, 5ª ed., Torino, 1929, págs. 472 y ss. Hay diversas ediciones en español: una de ellas, *Sociología criminal*, Madrid, Centro Editorial de Góngora, s/f (con prólogo de Primitivo González del Alba). [N. del c.].

[17] TURATTI, *Il delitto e la questione sociale. Appunti sulla questione penale*, Milano, 1883.

[18] E. FERRI, *Socialismo e criminalità. Appunti*, Torino, 1883.

ción metodológica y la devaluación de la función individual-garantista atribuida —como habíamos visto— al derecho penal de la escuela clásica.

b) La negación del libre arbitrio tuvo como consecuencia la eliminación de la idea de culpabilidad individual y su sustitución por la de "responsabilidad social"; en otros términos: cada autor de un delito habría de ser considerado objetivamente responsable frente a la sociedad por el simple hecho de realizar comportamientos dañosos que tenían su causa en una condición subjetiva de peligrosidad. Esto equivale a sostener que la sociedad está legitimada para defenderse recurriendo a medidas de control del delincuente, independientemente de la posibilidad de dirigir al autor del hecho un verdadero y propio reproche de culpabilidad.

c) La desviación de la atención del delito hacia el delincuente requirió una profundización en el estudio de la personalidad criminal que derivó, a su vez, en una clasificación tipológica de los delincuentes.

Una primera clasificación, debida a LOMBROSO, se articulaba en las siguientes tres categorías: 1) delincuente nato (con características antropológicas de tipo atávico-regresivo); 2) delincuente ocasional (con trazos patológicos atenuados); 3) delincuentes pasionales (con debilitación momentánea del sentido moral y de los frenos inhibitorios).

La subdivisión por tipos fue seguidamente perfeccionada por FERRI, que la amplió del siguiente modo: 1) delincuentes locos; 2) delincuentes natos incorregibles; 3) delincuentes por hábito adquirido; 4) delincuentes ocasionales; 5) delincuentes pasionales.

Aunque carentes de un sólido fundamento científico, estos esquemas tipológicos ejercieron influencia en el debate cultural que preparó el terreno para la introducción de las medidas de seguridad en nuestro ordenamiento.

d) La preeminencia del concepto de "responsabilidad social" en lugar de los conceptos de imputabilidad y culpabilidad individual tuvo, finalmente, como consecuencia la crisis del tradicional concepto de pena retributiva mensurada en su entidad conforme a la culpa moral por el delito singular. En lugar de la pena retributiva, los positivistas teorizaron una "ciencia criminal" concebida como medio preventivo de defensa social o medidas de seguridad, de duración temporal aunque indeterminada en presencia de delincuentes considerados incorregibles. La sanción indeterminada en el tiempo (en sentido absoluto o relativo) parece así el punto de apoyo de la concepción positivista.

Es comprensible, en cualquier tiempo, cómo la indeterminación de la sanción choca con la exigencia de certeza jurídica y de salvaguarda de la libertad individual, típicas del estado de derecho liberal; pero en este caso, más aun.

La perspectiva reformista del positivismo criminológico se reveló carente de aquel valor humanista que sus seguidores se complacían en proclamar. En efecto, es harto dudoso que, bajo el perfil de la modernización y de la hu-

manización del derecho penal, sanciones tan drásticas como la pena de muerte o la segregación perpetua, aconsejadas para los delincuentes más peligrosos, pudiesen representar un progreso respecto de la tradicional pena carcelaria.

Sometido hoy a un juicio de conjunto, el positivismo criminológico no puede dejar de aparecer como un curioso fenómeno cultural, al menos por esto. Nacido con el compromiso de combatir el fenómeno criminal con las armas de la ciencia, y enemigo por tanto de la vieja metafísica, ha terminado, en las posiciones más radicales, por recaer en una suerte de metafísica de signo contrario, sustituyendo al racionalismo iusnaturalista por un determinismo naturalista, por añadidura privado de fundamento empírico seguro. No por acaso hubo de revelarse ideológicamente ambiguo y promotor de éxitos reformistas más que discutibles[19].

En el plano de la política legislativa, el Proyecto Ferri de 1921, de indudable inspiración positivista, surgió en una fase histórica de profunda crisis del régimen liberal. La iniciativa fue de MORTARA, guardasellos de la época, admirador del jefe de la escuela positiva y preocupado por encauzar, por medio de la introducción de nuevas medidas de defensa social, el crecimiento del delito y del desorden en la dramática primera posguerra. Limitado a la parte general, el Proyecto Ferri codificó los principios de la responsabilidad legal y de la peligrosidad del delincuente, introdujo las sanciones penales indeterminadas e hizo más riguroso el tratamiento penal equiparando en el régimen sancionatorio la tentativa y la consumación junto con las distintas formas de concurso criminal. Mas no alcanzó a ser discutido en sede parlamentaria, a causa de las vicisitudes políticas que se sucedieron inmediatamente y le prepararon el terreno al fascismo. En el plano teórico, la inspiración unilateral positivista provocó muchas discusiones que se prolongaron por algunos años más.

5. GÉNESIS Y EVOLUCIÓN DE LA ORIENTACIÓN TÉCNICO-JURÍDICA

La cultura penalista fue agitada en los últimos años del siglo XIX, por una áspera polémica entre "clásicos" y "positivistas": el conflicto se exasperó hasta tal punto que los contendientes tergiversaban intencionalmente las posiciones en contraste, con la consecuencia de desvirtuar una real confrontación de ideas[20].

[19] Para un balance crítico de la influencia de la escuela positiva sobre la cultura penal italiana, cfr. NEPPI MODONNA, "Diritto penale e positivismo", en AA.VV., *Il positivismo e la cultura italiana*, Milano, 1985, págs. 49 y ss.

[20] Cfr. SBRICCOLI, "La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unità", en AA.VV., *Stato e cultura giuridica in Italia* (ed. A. Schiavone), Bari, 1990, págs. 147 y ss.; ID., "Caratteri originari e permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)", en *Storia d'Italia, Annali 12, La criminalità* (ed. L. Violante), Torino, 1997, págs. 487 y ss.

De estos encuentros fueron surgiendo posiciones medias, caracterizadas por su tentativa de concretar compromisos entre los respectivos puntos de vista de la escuela clásica y de la escuela positiva. Se perfiló así un conjunto de orientaciones culturales menores, que se concretó en una "tercera escuela" o escuela "ecléctica" (ALIMENA, CARNEVALE, y otros), que buscó mediar entre las posiciones en conflicto, asumiendo cometidos de una y otra; por ejemplo, ALIMENA, rechazando los prejuicios filosóficos de la escuela positiva, no negó el concepto de imputabilidad, y lo fundó ya no sobre el libre arbitrio, sino sobre una noción de normalidad en sentido psicológico[21].

En este variado panorama se distingue también, germinando en parte del positivismo criminológico, una corriente de pensamiento de tendencia "socialista" (ELLERO, VACCARO, MANES, etc.) que acentuó el momento ideológico del análisis teórico, insistiendo sobre el carácter "clasista" del derecho penal y propuso, entonces, una sociología criminal "de izquierda", con el objetivo de reformar la legislación penal[22].

Sin embargo, la tendencia a concertar compromisos entre el derecho penal y las ciencias sociales no estuvo, en ese período histórico, limitada tan solo a nuestro país. En una perspectiva sustancialmente análoga, pero más rigurosa sobre el plano metodológico, se sitúa en Alemania la obra de FRANZ VON LISZT, que en el esfuerzo por equilibrar el naturalismo criminológico con el derecho penal entendido como *Magna Charta libertatis,* se preocupa por construir un modelo de *ciencia penal llamada integral.* En otros términos: conforme a este modelo teórico, la ciencia penal reconoce como competencia no solo reconstruir de modo sistemático el derecho positivo, sino también elaborar una política criminal basada en el conocimiento empírico de las causas del delito y de las tipologías de los delincuentes. En este cuadro teórico, ideológicamente inspirado en un liberalismo "de izquierda", abierto a las reformas graduales, se pone de resalto el momento teleológico de la pena, cuyo objeto principal se identifica modernamente con la prevención de los delitos[23].

No obstante la heterogeneidad de las posiciones teóricas, algunas veces confusas e inclusive aproximativas o superficiales, la cultura penal de fines del siglo XIX aparece caracterizada por muchos fermentos que la agitan y la proyectan fuera de sí misma, y la conducen al más amplio debate político-cultural de la época, de la que ella representa una parte nada irrelevante. Ni siquiera los estudiosos más críticos en las confrontaciones de la escuela positiva son

[21] ALIMENA, *I limiti e i modificatori dellímputabilitá*, Torino, 1894.

[22] NEPPI MODONA, "Una scuola dimenticata: il socialismo giuridico nel diritto penale", en *Giustizia e Costituzione,* 1971, núm. 4, pág. 29; SBRICCOLI, "Il diritto penale sociale", 1883-1912, en *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno,* 1974-1975, pág. 557.

[23] FRANZ VON LISZT, *La teoria de lo scopo in diritto penale,* trad. it., Milano, 1962. Hay edición en español: *La idea de fin en el derecho penal*, Valparaíso, Edeval, 1984. [N. del c.].

insensibles a las implicaciones metajurídicas del problema de la criminalidad, y admiten que la ciencia penal puede enriquecerse con los aportes de la sociología criminal y de las otras ciencias auxiliares[24].

La tendencia hacia alguna forma de integración entre el derecho penal y las ciencias sociales va, en cambio, retrocediendo a medida que avanza el nuevo siglo.

Este proceso regresivo es imputable a muchas causas, pasibles de ser reconducidas, sea al desarrollo del debate metodológico interno de la ciencia penal, sea al cambio en general del contexto político-cultural. Los dos factores, lejos de ser autónomos, se integran recíprocamente.

En el plano metodológico se asiste a un giro tendente a afirmar, también en nuestro país, el primado de la elaboración jurídica del derecho penal vigente. Una similar orientación, denominada "técnico-jurídica", acusaba manifiestamente la influencia de las concepciones iuspositivistas que ya se habían consolidado en Alemania, sobre todo en la obra de KARL BINDING.

El desfase temporal que caracteriza la consolidación del tecnicismo jurídico en Alemania y en Italia, es un reflejo de la diversa evolución cultural y política de los dos países.

El manifiesto programático de la nueva orientación suele ser identificado con el discurso de introducción al curso de derecho y procedimiento penal de ARTURO ROCCO, el 15 de enero de 1910, en la Universidad de Sassari[25]. Su admonición, dirigida al jurista en cuanto tal, lo insta a renunciar a debatir los fundamentos extrajurídicos (políticos, sociales, morales, psicológicos, etc.) del derecho penal, para limitarse al estudio técnico de las normas penales vigentes: en otras palabras: la ciencia del derecho penal se debe limitar a "estudiar el delito y la pena bajo su aspecto pura y simplemente jurídico, es decir, como hechos jurídicos de los cuales uno es la causa y otro el efecto o consecuencia jurídica, dejando a las otras ciencias, y precisamente a la antropología y a la sociología criminales, la tarea especial de estudiarlos, respectivamente, una como hecho individual y social, esto es bajo el aspecto natural, orgánico, y psíquico, y la otra, bajo el aspecto social, como hecho social [...]. Esta es, entonces, principal, si no exclusivamente, la competencia y la función de la ciencia del derecho penal: la elaboración técnico-jurídica del derecho penal positivo y vigente, el conocimiento científico, y no simplemente empírico, del sistema del derecho penal tal cual es, en virtud de las leyes que nos gobiernan"[26].

[24] Cfr. SBRICCOLI, *La penalistica civile*, *op. cit*., *passim*.

[25] ARTURO ROCCO, "Il problema e il metodo della scienza del diritto penale", en *Riv. it. dir. pen*., I, 1910, págs. 497-521 y 560-582. Existe traducción al castellano: *El problema y el método de la ciencia del derecho penal*, trad. de Rodrigo Naranjo Vallejo, Bogotá, Edit. Temis, 1986.

[26] ROCCO, *Il problema e il metodo*, *op. cit*., págs. 516 y ss. y 521.

Como surge de los pasajes citados, la preocupación que movía a ARTURO ROCCO era recuperar la identidad de la ciencia penal como disciplina jurídica similar a otras disciplinas jurídicas. Preocupación, por cierto, no injustificada, si se considera la situación penalista de la época, marcada por las orientaciones en conflicto, por una progresiva esterilidad del debate teórico y por no poca confusión metodológica.

Sin embargo, la exigencia de recuperar una extraviada integridad del método jurídico afloraba también en sectores diferentes del derecho penal, como lo comprueba el ejemplo de análogas amonestaciones dirigidas por VITTORIO EMANUELE ORLANDO a los estudiosos de derecho público[27].

Reconsiderada históricamente, la postura teórica desarrollada en la introducción al curso de SASSARI aparece fundamentalmente correcta. Tanto más si se tiene presente que el mismo ROCCO, al reivindicar el primado del método jurídico, no desconocía por entero la exigencia de un estudio interdisciplinario de los fenómenos criminales. La prueba está dada por este posterior pasaje de la célebre presentación: "[...] esto no quiere decir que el cultor del derecho penal no deba asumir algunas veces la visión del antropólogo, del psicólogo o del sociólogo; ni tampoco que en este estudio técnico del derecho no pueda y no deba seguir un método positivo y experimental. Distinción no es separación, ni, mucho menos, divorcio científico"[28].

Sean cuales fueren los reales propósitos subjetivos de ROCCO, lo cierto es que la concepción técnico-jurídica, favorecía —en el preciso momento histórico en el que fue teorizada— una "clausura" del derecho penal de signo ideológicamente conservador, si no directamente autoritario. No hay que olvidar, en efecto, que a principios de ese siglo el Estado liberal estaba empeñado en enfrentar los movimientos obreros y socialistas, ni que los contrastes políticos e ideológicos agitaban el mismo debate entre las diversas corrientes del penalismo. En este cuadro, de fuerte lucha político-ideológica, apelar al respeto del método técnico-jurídico equivalía a una invitación a dejar a un lado el problema de los fundamentos políticos del derecho penal.

Esta suerte de "esterilización" política del derecho punitivo era, en realidad, el reflejo del rígido positivismo jurídico que ROCCO quería imponer también en la ciencia penal; en otros términos: también para el estudioso penalista el principal objeto de investigación debe estar constituido por las normas penales vigentes, válidas en cuanto emanadas del Estado (su fundamento político-filósofico, su correspondencia con criterios de justicia sustancial, surgen como cuestiones metajurídicas que como tales no interesan directamente al jurista). Pero, si bien se ve, esta reclamación a la fidelidad de la norma escrita, lejos de garantizar la completa "apoliticidad" de la ciencia penal, se prestaba

[27] VITTORIO ORLANDO, "Il criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico", en *Archivo Giuridico*, 1889, págs. 107 y ss.

[28] A. ROCCO, *Il problema e il metodo*, *op. cit*., pág. 518.

objetivamente para darle cobertura teórica a las tentaciones autoritarias de un Estado liberal en creciente crisis y preocupado de salvaguardar el orden constituido.

Esta intrínseca vocación conservadora de la orientación técnico-jurídica se fue acentuando con el curso de los años. Los estudiosos alineados en esa dirección, entre los cuales sobresalía el MANZINI de la madurez, aplicaron en efecto el método técnico-jurídico de manera todavía más rígida que la teorizada por el mismo ROCCO.

Pero durante el fascismo, los potenciales rebordes autoritarios del tecnicismo encontraron descarga de la manera más inequívoca. En esta etapa histórica, en efecto, la orientación discursiva se tradujo en casi un completo aval del nuevo código del tercer decenio, permeado, también él, de ideología fascista. Así, la nueva codificación, que en algunos aspectos sancionó una suerte de compromiso entre las respectivas instancias de la escuela tradicional y el positivismo criminológico, tuvo como efecto la clausura del debate entre tales escuelas. En esta situación de apaciguamiento del conflicto, la orientación técnico-jurídica se encontró en la mejor condición para dominar el campo y descubrió en el Código ROCCO los flamantes materiales normativos de sus refinadas ejercitaciones.

Aunque invadidos por tendencias fuertemente autoritarias, tanto la orientación técnico-jurídica como el mismo Código Rocco mantuvieron firmes algunos baluartes de la tradición penal liberal, comenzando por el principio de legalidad y de la prohibición de analogía en materia penal. Esta persistente influencia del pensamiento penal liberal resultó, en realidad, rechazada por una orientación teórica minoritaria que ambicionaba llevar a consecuencias extremas en el campo del derecho penal la premisa teórica de una ideología totalitaria. Y, en efecto, una perspectiva de "totalitarismo penal" fue auspiciada por GIUSEPPE MAGGIORE: dicho autor, en algunos escritos aparecidos a fines del decenio del treinta, teorizó acerca de la exigencia de concebir el delito como violación de un deber de fidelidad en confrontación con el Estado, relevante inclusive en materia analógica, con la consiguiente superación del principio de estricta legalidad o del conexo principio liberal de la separación entre valoración jurídico-penal y valoración política. En concordancia con similares premisas, MAGGIORE proponía la siguiente modificación del artículo 1º del Código Penal:

"Es delito cada hecho expresamente previsto por la ley penal y reprimido con una pena por ella establecida.

"Es también delito cada hecho que ofende la autoridad del Estado y es merecedor de pena según el espíritu de la revolución fascista y la voluntad del *Duce*[*], único intérprete de la voluntad del pueblo italiano.

[*] Mantenemos el término italiano, que significa "jefe, general, caudillo, conductor, guía", por su inequívoca referencia contemporánea a Benito Mussolini. [N. del c.].

”Tal hecho, cuando no se halle previsto en una norma penal precisa, es punible por la fuerza de una disposición análoga”[29].

Dicha posición, que permaneció, no por acaso, como voz aislada, remedaba abiertamente posturas teóricas de sello totalitario nazi emergidas ya, y con muy distinto nivel de difusión, en el seno de la doctrina de lengua alemana (se alude sobre todo a DAHM, SCHAFFSTEIN y los otros estudiosos de la llamada “escuela de Kiel”).

La perspectiva metodológica del tecnicismo tuvo larga vida y acertó a dominar, sustancialmente indiscutida, hasta los umbrales del sexto decenio del siglo pasado. La literatura penal italiana se ha caracterizado, durante cerca de cincuenta años, como una producción científica fundamentalmente inspirada en los cánones del positivismo legal y con una dogmática conceptual inclinada, sobre todo, a la reconstrucción sistemática de los principios del derecho penal positivo. Aun las indagaciones más profundas y refinadas se han abstenido de afrontar de manera directa los problemas del fundamento del derecho penal, en el convencimiento —a menudo implícito— de que las cuestiones de orden filosófico-político no entran como tales en la competencia científica de los estudiosos del ordenamiento rigurosamente dogmático. Este prevaleciente repliegue dentro del cerrado horizonte del derecho positivo ha dado, ciertamente, buenos frutos en el plano de la reconstrucción técnica de los institutos. Pero también debe tomarse en cuenta hoy que el rechazo a afrontar las cuestiones de fondo del derecho penal determinó una esterilización cultural de la ciencia penal, que generalmente olvida su función —también esencial— de instancia crítica del derecho vigente.

Además, en el campo de la misma ciencia penal italiana existieron algunas significativas excepciones. Aludimos, sobre todo, al pensamiento penal de GIUSEPPE BETTIOL, caracterizado por la constante preocupación de recuperar los nexos entre derecho penal y filosofía, resguardando las dos cuestiones fundamentales de la individualización de los valores que se habrían de tutelar y los objetos de la pena[30].

En cuanto a sus matrices de fondo, el pensamiento de BETTIOL acusa recibo de variadas influencias, desde el iusnaturalismo católico a la filosofía de los valores de inspiración kantiana[31]. Estas inspiraciones son claramente visibles, sobre todo, en su concepción de los valores pasibles de tutela, denomi-

[29] MAGGIORE, “Diritto penale totalitario nello Stato totalitario”, en *Riv. it. dir. pen*., 1939, pág. 140.

[30] Cfr., entre otros el *Manuale di diritto penale* aparecido en numerosas ediciones; importante trabajo sobre los temas de fondo del derecho penal hoy recogidos en *Scritti giuridici*, Padova, 1966; *Scritti giuridici 1966-1980*, Padova, 1980; *Gli scritti 1980-1982 e la lezione di congedo*, Padova, 1984.

[31] Sobre estos orígenes filosóficos cfr. MARINI, *Giuseppe Bettiol. Diritto penale come filosofía,* Napoli, 1985.

nada "teleológica". La premisa está constituida por la refutación de la tesis que identifica el objeto de la tutela penal con un "interés", pues ella amenaza con degradar al bien protegido a la condición de entidad utilitarista-materialista, del tipo de las tuteladas en el derecho civil y el comercial. Por el contrario, el derecho penal debe alcanzar un umbral más elevado, en el que el bien protegido asuma las calidades de "valor", entendido como un *quid* metahistórico y, sin embargo, no abstracto ni irreal, sino inserto en el orden real del mundo. En efecto, según la misma definición del BETTIOL, valor es "la naturaleza de las cosas expresada en términos inteligibles a fin de que el hombre se pueda servir para sus fines morales".

Esta concepción, tendente a acercar derecho penal y moral, se desarrolla luego sobre el terreno de la culpabilidad y de la pena. Conjugando iusnaturalismo católico y liberalismo kantiano, BETTIOL se vio inducido a recuperar la dimensión moral de la culpabilidad y a reafirmar con fuerza el momento retributivo de la pena, fundándolo en el principio del libre arbitrio en sentido metafísico: solo de este modo, según el estudioso paduano, el derecho penal reconocería, aun en el sujeto que delinque, la dignidad inalienable de la persona humana.

El "teleologismo" de GIUSEPPE BETTIOL, lejos de contraponerse prejuiciosamente al tecnicismo jurídico fuertemente enraizado en la tradición italiana, pretendió integrarlo y vivificarlo. Pretensión indudablemente sugerente pero inevitablemente destinada al fracaso. Como todas las concepciones iusnaturalistas, también la de BETTIOL dejó sin resolver el problema de cómo conciliar las premisas filosóficas de fondo con los contenidos históricamente variables de la legislación positiva.

Esto es válido también para la reafirmación de la concepción retributiva de la pena, dado que nuestro ordenamiento se ha orientado en diferente dirección, al valorizar la ideología reeducativa.

El problema de la fundación filosófica del derecho penal ha sido finalmente investigado, especialmente bajo el perfil metodológico, por PETTOELLO MANTOVANI, discípulo de BETTIOL. Este autor desarrolla un pensamiento problemático que oportunamente pone en guardia tanto a los fáciles dogmatismos como a los fáciles empirismos[32].

6. EL MOVIMIENTO DE LA NUEVA DEFENSA SOCIAL

En el ambiente penalista italiano no ha carecido de ecos el movimiento de la nueva defensa social, desarrollado a partir de la segunda posguerra, especialmente en Francia.

[32] PETTOELLO MANTOVANI, *Il valore problematico della scienza penalistica*, Padova, 1961 (2ª ed. Milano, 1983).

Con raíces que se hunden, en parte, en el positivismo criminológico, pero con una inspiración humanitaria más marcada, tal movimiento ha tenido como objetivo modernizar el derecho penal y sobre todo el tratamiento punitivo, recibiendo las indicaciones de las más evolucionadas ciencias criminológicas. Pero no ha logrado consolidarse como una doctrina unitaria y coherente: se ha tratado, más bien, de un movimiento genérico e, inclusive, falto de coordinación, atravesado en su interior por corrientes contrapuestas de signo respectivamente radical y moderado.

La corriente "radical" consiguió menor repercusión en la doctrina italiana. Personificada sobre todo por FILIPPO GRAMATICA, estudioso genovés más apreciado en el exterior que en Italia, tal corriente ha proyectado un programa de política criminal enderezado a la completa superación del tradicional derecho punitivo. Las principales directrices de este programa consisten en la sustitución del concepto de responsabilidad penal, fundado en la realización de una especie delictiva, por el de "antisocialidad subjetiva". Según este, el término de referencia de la reacción punitiva del Estado resulta ser exclusivamente la "estructura biopsíquica de la personalidad"; además, contempla la adopción, en lugar de la vieja pena retributiva, de medidas de seguridad concebidas como medios preventivos de carácter pedagógico y terapéutico[33].

Prescindiendo del valor intrínseco de cada propuesta en particular, el límite infranqueable de la concepción de GRAMATICA radica en el evidente peligro de un total desmantelamiento de las funciones garantistas del derecho penal: el concepto de antisocialidad subjetiva como eje en torno al cual gira el sistema de la defensa social es, en efecto, genérico y manipulable en orden a consentir graves abusos en la sede de aplicación.

De orientación más moderada es, por el contrario, la corriente francesa liderada por MARC ANCEL, que no por azar alcanzó a ejercer mayor influencia internacional. La nueva defensa social, según la concepción de ANCEL, representa sobre todo "una postura espiritual": rechaza connotaciones ideológicas particulares y tiende tan solo a racionalizar y a volver más humano el derecho penal existente, perfeccionando en especial las técnicas sancionatorias en la perspectiva de la máxima individualización del tratamiento punitivo y de su adecuación a la idea resocializadora.

En esta perspectiva político-criminal, no es realmente necesario renunciar a las tradicionales hipótesis de hecho susceptibles de incriminación ni al principio de culpabilidad individual (basado ya no en el libre arbitrio en sentido filosófico, sino en el sentimiento de responsabilidad como dato empírico de la vida de relación de cada ser humano). Las instancias más innovadoras conciernen, más bien, al plano de la ejecución penal, en cuyo campo se trata

[33] FILIPPO GRAMATICA, *Principi di difesa sociale*, Padova, 1960.

de ampliar la tipología de las sanciones, de modo de adaptarlas también a las características biopsicológicas de los delincuentes individualmente considerados[34].

La presunta neutralidad ideológica o mejor la inspiración moderada de la nueva defensa social, en el sentido entendido por ANCEL, ha facilitado cierta difusión en la misma doctrina italiana tradicional fondeada en el tecnicismo jurídico. Entre los estudiosos más abiertos a la instancia de la nueva defensa social cabe recordar, en particular, a PIETRO NUVOLONE, que en numerosas ocasiones hubo de manifestar su preocupación por ligar los conceptos normativos a las adquisiciones de la disciplina criminológica, incluso con objeto de proyectar nuevas estrategias sancionatorias[35].

Al movimiento de la nueva defensa social se le ha atribuido con frecuencia el mérito de haber contribuido a la modernización del derecho penal y de haber influido en sentido positivo en su desarrollo. Reconsiderada hoy críticamente, esa aportación quizá presente como límite aquello que ha sido estimado su mayor punto de fuerza: en rigor, su moderación se ha traducido en una genérica reclamación en pos de la necesidad de vincularse a las ciencias sociales, y ha dejado, en cambio, pendientes de tratamiento, las más importantes cuestiones de fondo relativas a la legitimación del derecho penal.

7. LAS ORIENTACIONES ACTUALES DE LA CIENCIA PENAL

Caracterizada por la fidelidad al tradicional método técnico-jurídico hasta el quinto decenio, la doctrina penal italiana vuelve a ampliar sus horizontes a partir de la mitad del siguiente decenio. No se trata, entiéndase bien, de un rechazo al tecnicismo jurídico como tal. Más bien se moderniza y revitaliza su espíritu, asumiendo la nueva Constitución republicana el carácter de verdadera fuente normativa vinculante: en este sentido, el conjunto de principios y valores consagrados en el texto constitucional se convierte en el patrón crítico para reconstruir y revisar un sistema penal, en gran parte, hijo del anterior régimen[36].

En una primera fase, este esfuerzo reconstructivo se llevó a cabo, especialmente, sobre aquellas normas en las que la misma Constitución se refiere

[34] MARC ANCEL, *La défense sociale nouvelle,* Paris, 1956.

[35] PIETRO NUVOLONE, "Perspectives nouvelles de la défense sociale", en *Il diritto penale degli anni settant*, Padova, 1982, págs. 12 y ss.; ID., T*ecniche di individualizzazione giudiziaria e problematica giuridica*, págs. 21 y ss.

[36] Nos limitamos aquí a recordar a ROSSI, *Lineamenti di diritto penale costituzionale*, Palermo, 1953; NUVOLONE, *Le leggi penali e la Costituzione,* Milano, 1953; BRICOLA, *La discrezionalità nel dirittto penale,* Milano*,* 1965; SPASARI, *Diritto penale e Costituzione*, Milano, 1966; PORZIO*, Norme penali incostituzionale e sentenze interpretative della Corte Costituzionale,* Roma, 1966; SINISCALCO, *Giustizia penale e Costituzione,* Roma, 1968.

explícitamente a la materia penal (arts. 25 y 27). Emerge entonces la dimensión constitucional de los principios de legalidad e irretroactividad, mientras que, además, se interroga sobre el alcance efectivo atribuible al reconocimiento del carácter "personal" de la responsabilidad penal y de la nueva orientación reeducativa de la pena.

En realidad, esta primera lectura de las normas constitucionales relativas a la materia penal parece hoy condicionada por cierta timidez: el indudable intento de situar bajo una interpretación evolutiva el principio penal preexistente era acompañado, en efecto, por la preocupación de contener la fuerza innovadora de los principios constitucionales, para evitar contradicciones insuperables entre estos y la disciplina penal ordinaria. De allí también la recurrente tentación de interpretar las normas constitucionales al tenor de los contenidos de la legislación penal preexistente, pues se incurre así en una inadmisible inversión metodológica.

En una segunda fase, a partir de los primeros años del decenio del setenta, la aproximación constitucional se desarrolla con mayor arrojo y determinación. Es este un momento histórico atravesado por intensos fermentos innovadores que se proyectan desde el contexto general político-cultural sobre la misma cultura penal. No por azar en esta fase madura la elaboración de una teoría general del ilícito penal orientada en sentido constitucional, cuya parte fundamental es la teoría constitucional de los bienes jurídicos penalmente relevantes (*vide infra*, cap. 1, pargs. 2 y 3). Se trata, por lo demás, de elaboraciones teóricas no agotadas en sí mismas, sino conscientemente orientadas a proyectar profundas e incisivas reformas dirigidas a la adecuación del sistema penal al sistema constitucional.

Desgraciadamente, la empresa no ha llegado a buen puerto. En primer lugar, la propia concepción constitucionalmente orientada al derecho penal no ha logrado desembocar en reconstrucciones suficientemente unívocas y ampliamente compartidas, por lo que se ha difundido cierto desencanto alrededor de ella[37]. Además, la misma doctrina penal, a su vez, ha desmayado en su labor propulsora de instaurar circuitos de intercambio entre el saber del especialista y las sedes legislativas.

Sin embargo, más allá de los límites de la doctrina, cabe reconocer la principal causa de la fallida reforma en el progresivo y cada vez más grave deterioro del cuadro político institucional. La inquietante recurrencia de las diversas "emergencias" ha terminado por relegar "al libro de los sueños" la reforma integral del derecho penal sustancial, y le ha dejado espacio apenas para mo-

[37] Cfr. Fiandaca/Musco, "Perdita di legitimazione del diritto penale?", en *Riv.,it. dir. proc. pen*., 1993, págs. 16 y ss.