Doctrina

Un Derecho Penal fundado en la carta constitucional: razones y límites. La experiencia italiana (*)

Massimo Donini *Catedrático de Derecho Penal*
Universidad de Módena

SUMARIO: 1. La Constitución tiene un valor de "fundamento" más que de "límite" para el Derecho penal. Un recorrido iuspositivista. 2. Las dos razones históricas (o contingentes) que han hecho posible este enfoque en Italia. 3. Los caracteres peculiares de la experiencia italiana: un modelo teórico-práctico antes que uno metodológico, y una experiencia colectiva. 4. Un "estilo" diferente de los penalistas orientados a la Constitución en el período comprendido entre los años 70 y los 90. 5. De un Derecho penal de categorías y reglas a un Derecho penal de principios. 6. Balance positivo hasta los años 80. Vanguardia política y retraso sistemático. 7. El escepticismo y la tibieza de los últimos 10 años. La necesidad de una nueva fundamentación teórica y positiva del enfoque constitucionalista. 8. El art. 129 del proyecto de reforma constitucional de 1997. 9. La exigencia de un control institucional mayor sobre la política criminal legislativa, entre democracia penal y función de concretización de principios a través del Tribunal Constitucional.

1. La idea de que la Constitución tiene un valor de "fundamento" más que de "límite" para el Derecho penal. Un recorrido iuspositivista

El enfoque constitucionalista del Derecho penal no supone únicamente que el Derecho penal no pueda estar en contradicción con la Constitución. Evidentemente la ley ordinaria no puede violar la ley fundamental (que está por encima de ella). Si la experiencia italiana relativa a las relaciones entre Derecho penal y Constitución se limitase a esto último, no merecería quizá una mención específica. Por el contrario, a partir de los años setenta del siglo XX, este enfoque se caracteriza por entender que la Constitución *más que un mero límite*, constituye el *fundamento* de la pena y del Derecho penal[1].

Ya no se trata simplemente y desde un punto de vista negativo, de qué tipos de incriminación pueden ser ilegítimos, qué bienes jurídicos deben quedar al margen de la intervención penal, qué técnicas de tutela no pueden adoptarse desde una perspectiva penal, o qué tipos de sanción no son admisibles en el *jus criminale*[2]. Todas estas preguntas han seguido encontrando una respuesta y muchos estudiosos las han cultivado como era necesario hacer. Se trata de plantear una cuestión mucho más radical: si no es posible, o más bien, si no es necesario encontrar en la Carta constitucional una especie de síntesis *a priori*[3], un modelo de intervención penal que se imponga al Parlamento

(*) Traducción: Cristina Méndez Rodríguez, Prof. Titular de Derecho Penal. Universidad de Salamanca.

1. BRICOLA, voz *Teoria generale del reato*, en *Noviss.Dig.It.*, Utet, Torino, 1973, *passim*; para una reconstrucción amplia de la teoría del delito a partir de los fines de la pena (al menos los que pueden deducirse de la Constitución italiana), MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione dellal pena e sistematica teleologica*, ESI, Nápoles, 1992; para una reflexión metodológica sobre la perspectiva constitucionalista italiana, DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Cedam, Pádua, 1996, pp. 5 y ss.; del mismo, voz, *Teoria del reato*, en *Dig.Disc.Pen.*, vol. XIV, Utet, Turín, 1999, p. 226 y ss.; del mismo, *Dogmatica penale e politica criminal a orientamento costituzionalistico. Conoscenza e controllo critico delle secelte di criminalizzazione*, en *Dei delitti e delle pene*, n. 3/1998, pp. 37 y ss.

2. Todavía hoy sugiere la necesidad de limitarse a esta perspectiva "negativa" W. WOHLERS, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts- zur Dogmatik "moderner" Gefährdungsdelikte*, Duncker & Humblot, Berlín, 2000, pp. 262 y ss, y 279 en una contribución especialmente interesante por la atención dispensada a la compatibilización de las teorías del bien jurídico respecto a los modelos del Derecho penal "moderno", "complementario", etc.

3. La expresión en BRICOLA, voz *Teoria*, cit., p. 24.

desde fuera, o desde arriba. Un programa más o menos detallado que vincule al legislador tanto respecto a los *fines*, como a los *instrumentos* de tutela. Después, de este programa o modelo se podrían extraer también los límites negativos a la intervención penal: dentro, en esta medida, de un determinado diseño.

Según esta perspectiva mucho más comprometida, la Constitución sería el fundamento de todo el Derecho penal. Retomando algunas consideraciones propias de la obra de BRICOLA, en la Constitución misma sería posible encontrar un cuadro de valores y una jerarquía de bienes a los que el legislador debería atenerse para construir los intereses merecedores de protección penal.

Sólo los bienes de rango constitucional podrían comportar el sacrificio (necesario o eventual) de la libertad personal que el Derecho penal conlleva[4]. Los bienes jurídicos de nuevo cuño o de rango constitucional indirecto serían protegidos sólo en la medida en que constituyan el presupuesto necesario para la tutela de bienes de (primaria) relevancia constitucional. Descartadas las presunciones absolutas de peligro o los tipos de peligro abstracto en general, así como las faltas, la Constitución (y no simplemente la civilidad del Derecho) impondría también, entre otras cosas, la reserva absoluta de ley, y por tanto, la exclusión de fuentes secundarias (salvo una aprobación parlamentaria específica), el respeto al principio de taxatividad de las normas penales, la afirmación estricta del principio de culpabilidad y la orientación de la pena, en una dimensión solidaria, a objetivos de reeducación/resocialización. Finalmente, y con relación a la construcción de las normas penales, todos los delitos deberían rescribirse de manera que sus respectivos objetos jurídicos de tutela reflejen el programa de protección de los bienes de relevancia constitucional (por ejemplo, no la "fe pública" como bien tutelado en los delitos de falsedad, sino la "certeza de la prueba", no el "prestigio de la Administración Pública", sino su "imparcialidad", o bien "el correcto desarrollo" de su actividad, etc.).

Conforme a lecturas sucesivas y cada vez más avanzadas del principio de *extrema ratio*, el legislador estaría además obligado, antes de introducir nuevos tipos penales, a establecer procedimientos de tutela extrapenal o a verificar, en todo caso, la inutilidad o imposibilidad de técnicas de tutela extrapenal; de esta manera se respetaría el principio de subsidiariedad que goza también de rango constitucional[5].

Es preciso señalar cuanto antes que este tipo de programa, tal y como argumentan quienes lo han elaborado (en todo o en parte) tendría un *fundamento* estrictamente *iuspositivista*. Si no existe una Constitución que permita justificar positivamente estos vínculos, dicho programa sólo podría basarse en argumentos de racionalidad cultural, sin la "fuerza de la ley" que es propia de las normas jurídicas y de las constitucionales en particular. El proyecto extrae su fuerza ideológica y su proyección política, precisamente, de la racionalidad prejurídica: no del hecho de deducirse de un precepto u otro[6]. Sin embargo su base epistemológica se ha presentado y "argumentado" (con base en párrafos concretos de los artículos de la Constitución) como estrictamente positiva.

El primer problema de este programa (en orden cronológico) ha sido el de persuadir a los juristas de que era un programa *basado en el Derecho positivo*, un programa realmente impuesto por la Constitución vigente (sobre todo) en Italia, que es donde se ha formulado y ha conocido sus mayores éxitos.

Tras superar este primer escollo, el segundo problema que plantea un modelo de este tipo para un extranjero es que es *difícilmente exportable*: quien no posee el mismo texto constitucional, no puede argumentar del mismo modo, y se decanta con mayor facilidad por modelos de racionalidad jurídica que no se elaboran con base en un texto escrito, sino que se fundamentan en bases culturales, político-filosóficas, etc.

Finalmente, el tercer problema es probablemente el decisivo: si puede ser *intrínsecamente persuasivo* un modelo de Derecho penal con una base constitucional tan "fuerte" y, en cierta medida, "cerrado", y si es posible poner en práctica el proyecto ideológico que está en su base respecto a la selección de los bienes susceptibles de protección penal y a la individualización de técnicas de tutela específicamente penales (el peligro concreto y la lesión) y de técnicas seguramente no penales (el peligro abstracto, delitos con estructura de faltas, etc.).

A continuación realizaremos algunas reflexiones (aunque no se tratarán en este orden) sobre estos tres aspectos.

4. BRICOLA, voz, *Teoria*, cit., pp.14 y ss.

5. BRICOLA, *Carattere sussidiario del diritto penale e oggetto della tutela*, en *Studi Delitala*, vol., Giuffré, Milán, 1984, pp. 107 y ss, y 133.; PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale: profili politico-criminali*, en *Studi Nuvolone*, vol. I, Giuffré, Milán, 1991, p. 295 y ss.

6. Para una "objeción" de este tipo cfr. DONINI *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Giuffré, Milán, 1991, pp 162-168.

2. Las dos razones históricas (o contingentes) que han hecho posible en Italia este enfoque

La idea de que la Constitución debe representar el fundamento y el programa del Derecho penal ordinario y no sólo su límite, se ha asentado históricamente en Italia (a pesar de que nunca ha sido una opinión indiscutida en la praxis y en la ideología institucional de la jurisprudencia) por dos razones principales.

La primera razón es que cuando aquel programa se elaboró el legislador republicano aún no había realizado una reforma general del Código Rocco de 1930, y, por tanto, se encontraba retrasado respecto de dicho programa. Incluso hoy en día no conocemos en Italia más que reformas parciales del Código, sólo intervenciones que lo han ido parcheando[7]. El Código de 1930, en gran medida, ya no es el originario y, además, ha vivido la mayor parte de su existencia bajo la República y no bajo el fascismo. Pero todavía es preciso, sobre todo en relación con la parte especial, una revisión completa de todo el cuadro de valores del Código. Además, y respecto a la parte general, tanto el sistema sancionador, como algunos preceptos referidos a la actuación de los principios de legalidad, taxatividad, reserva de ley, culpabilidad y función reeducativa de la pena no pueden seguir como fueron escritos y elaborados en el año 1930. La misma actualización lingüística y científica del Código es una tarea a la que el legislador contemporáneo ya no puede sustraerse. A pesar de todo ello en la actualidad únicamente se suceden, entre la intermitencia y debilidad de los gobiernos, nuevas comisiones que elaboran proyectos de reforma parciales o totales que son sistemáticamente abandonados con los sucesivos cambios políticos[8].

Es, por tanto, lógico, ante esta situación, que la ciencia penal italiana haya depositado sus esperanzas en un mecanismo institucional más fuerte que el legislativo: el control de constitucionalidad de las leyes. La desconfianza en el Parlamento ha sostenido al movimiento que ha acudido a la Constitución y al Tribunal Constitucional para imponer al legislador desde arriba las reformas indispensables.

La segunda razón del éxito de este programa está estrechamente vinculada a la propia estructura de la constitución italiana: un texto de óptima factura que ha permitido formular de manera efectivamente iuspositivista muchas soluciones que de otra forma habrían de argumentarse con los principios de la civilidad del Derecho, dotados de la fuerza de la razón que no posee, sin embargo, la razón de la fuerza de la ley.

Estas dos condiciones históricas no se han producido en otros países: o porque en otros lugares ha intervenido mucho antes la reforma codificadora, o porque no era fácil encontrar en los documentos constitucionales asideros argumentativos y hermenéuticos lo suficientemente estrictos, o bien porque la tradición del pensamiento en otros lugares ha estado tradicionalmente mucho menos vinculada a premisas estrictamente iuspositivistas.

3. Los caracteres peculiares de la experiencia italiana: un modelo teórico-práctico antes que uno metodológico, y una experiencia colectiva

Una característica que destaca en la experiencia italiana relativa a la fundación constitucional del Derecho penal, ha sido *la preeminencia de la praxis hermenéutica sobre la teorización metodológica.*

No ha llevado mucho tiempo plantearse la corrección metodológica de ciertas argumentaciones: inmediatamente han sido adoptadas y experimentadas.

Como sucede respecto a otro tipo de experiencias jurídica, la praxis con poca teoría es mejor que mucha teoría sin praxis. Esta idea ha contado con un punto fuerte en su favor. En 1956, después de que comenzase a funcionar la Corte Constitucional, no tenía sentido continuar preguntándose si las normas constitucionales detentaban un valor preceptivo o simplemente programático –una cuestión que había atormentado el debate entre 1947 y 1956[9]– porque había llegado el momento

7. VASSALLI, *Il tormentato cammino della riforma nel cinquantennio republicano, in Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*, Giuffrè, Milán, 1996, pp. 5 y ss.; INSOLERA, *Progetti di riforma del codice Rocco: il volto attuale del sistema penale*, en AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, vol. I, a cargo de INSOLERA, MAZZACUVA, PAVARINI, ZANOTTI (2a ed. Revisada), Giappichelli, Turín, 2000, pp. 31 y ss.

8. Sobre las condiciones políticas y espirituales de la recodificación en Italia hoy en día, cfr. DONINI, *La riforma della legislazione complementare: il suo significato "costituente" per la riforma del codice*, en, y a cargo del mismo, *La riforma della legislazione penale complementare. Studi di diritto comparato*, Cedam, Pádua, 2000, pp. 8 y ss.

9. Respecto a esta literatura y problemática que ya es "histórica", entre otros, AZZARITI, *Problemi attuali di diritto costituzionale*, Giuffrè, Milán, 1951, p. 95 y ss.; BALLADORE PALLIERI, *La Costituzione italiana nel decorso quinquennio*, en *Il Foro padano*, 1954, p. 29 y ss. (del resumen); CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Giuffré, Milán, 1952, pp. 27 y ss.; CALAMANDREI, *La Costituzione e le leggi per attuarla* (1955), Giuffrè, Milán, 1999, pp. 25 y ss.

de aplicar la Constitución mediante decisiones de un órgano que había sido legitimado para promover su actuación. Por tanto, el movimiento para la aplicación de la Constitución ha diseñado un modelo para el legislador y le ha sustituido en parte, aprovechando su ausencia prolongada y culpable.

Por otra parte, no se ha tratado de una iniciativa de pocos juristas (aunque algunos han desempeñado un papel de *leadership*) y tampoco ha sufrido polémicas sibilinas carentes de relevancia práctica, como las que dividen a los teóricos sobre muchas cuestiones dogmáticas.

La perspectiva constitucionalista se ha ocupado de *cuestiones sustanciales y ha sido una experiencia colectiva de varias generaciones de juristas*[10].

Aunque aquí no se pueda reconstruir la historia[11], sí es posible distinguir *dos fases*, o dos estadios que se corresponden con la elaboración de *principios de carácter más formal* (legalidad, reserva de ley, taxatividad, etc.) o bien, *de carácter más sustancial* (culpabilidad, ofensividad, subsidiariedad, efectividad, proporcionalidad y racionalidad, etc.).

La primera fase se ha desarrollado sobre todo hasta los años setenta (aunque también ha habido contribuciones importantes después). Desde los años setenta en adelante ha comenzado un movimiento que se ha ocupado sobre todo de la elaboración de principios de naturaleza sustancial referidos a la propia política criminal del legislador, y a la determinación de criterios de legitimación del contenido positivo de las incriminaciones y de los criterios de imputación.

Esta segunda fase aún no ha concluido y ha requerido, como veremos enseguida, un estilo distinto de pensamiento y de argumentación.

4. Un "estilo" diferente de los penalistas orientados a la Constitución en el período comprendido entre los años 70 y los años 90

Al desplazarse la atención de los principios de carácter garantista-formal a los principios de naturaleza primordialmente sustancial[12] se transformó también el estilo argumentativo de los penalistas.

En los años cincuenta y sesenta predominaba una perspectiva más exegética, una dogmática fundada en la exégesis que había sido muy utilizada en el texto del código y que fue también aplicada al texto de la Constitución[13]. Era un estilo completamente adecuado a las premisas iuspositivistas del método que se seguía en aquel momento, y que no pretendía aún "romper" abiertamente con la tradición técnico-jurídica imperante. Pero el hecho de operar con un documento donde se contenían normas-valor, en vez de únicamente reglas técnicas que contenían instrucciones precisas, ponía en peligro la posibilidad de continuar fiel a un estilo tan lógico y técnico.

En efecto, el estilo argumentativo de la corriente constitucionalista ha sufrido una transformación a medida que la atención de los intérpretes se ha trasladado hacia los temas del bien jurídico, del criterio de proporcionalidad entre los bienes, de la culpabilidad, de la subsidiariedad y del control de racionalidad, para terminar con las formas de verificar la efectividad y la racionalidad de los tipos de incriminación.

Se ha pasado de los argumentos *a contrario*, de los vínculos que supone la interpretación sistemática de la Constitución, incluyendo las precisas deducciones que ponen en relación los apartados de las diversas disposiciones a una interpretación diversa, que utiliza los valores y su ponderación, y más recientemente, se ha modificado la perspectiva metodológica que remite a una racionalidad de valores y fines (*Zweck- y Wert-rationalität*) a través de interpretaciones orientadas de forma más real a las consecuencias (*Folgenorientierung*) y, por tanto, a criterios de *output* y de verificación empírica de los programas legislativos. Desde mi punto de vista, todavía no se ha valorado suficientemente en qué medida es distinta una metodología basada en la idea del fin y en valores, de una metodología orientada en sentido pragmático o empírico a las consecuencias, a los resultados, a la verificación estadística, económica, etc.

10. Sobre los aspectos de esta experiencia colectiva cfr. DONINI, voz *Teoria del reato*, cit., pp. 227 y ss.

11. Todavía hoy se echa en falta un trabajo de reconstrucción histórica de la experiencia constitucionalista italiana en materia penal. Una laguna que debería de ser llenada en clave historiográfica, antes que dogmática o ideológica.

12. Como es lógico, la distinción es relativa: el respeto a la legalidad, la prohibición de retroactividad de las leyes penales, la prohibición de la analogía, etc., no aseguran valores meramente formales, sino los derechos fundamentales del imputado. Estos principios, por otro lado, sólo se refieren indirectamente al "contenido" de las leyes y establecen, más bien, límites a los poderes del Estado que no son el poder legislativo. La distinción ha sido asumida por ejemplo, también por PALAZZO, *Introduzione ai principi del diritto penale*, Giappichelli, Turín, 1999, p. 120.

13. Con relación a este estilo hermenéutico cfr. las observaciones realizadas en DONINI, *Dogmatica penale e politica criminale*, cit., p .60-63; del mismo, voz *Teoria del reato*, cit., pp. 226-230.

En los últimos años, como luego se dirá, el movimiento constitucionalista ha vivido un período de obscuridad, por no decir de crisis y de desconfianza, que se ha manifestado en la gran tibieza con la que se han acogido algunas propuestas significativas de revisión de la Constitución en materia penal: el proyecto de 1997 que no llegó a probarse y del que hablaremos más adelante (*infra* 8).

Es, por otro lado, sintomático, que mientras los autores que han fundado o desarrollado el enfoque constitucionalista en los años sesenta y setenta se inventaron (transformando el método tradicional-técnico jurídico) un estilo hermenéutico basado en el texto de la Constitución, los penalistas que en los últimos tiempos han intentado reafirmar la importancia de la perspectiva constitucional en Derecho penal, hayan acudido a las sentencias de la Corte[14], que han ocupado el lugar de una Constitución que, por sí sola, resulta hoy poco locuaz.

Incluso la obra más completa y articulada que después de *Bricola* ha tenido mayor resonancia, incluso política, a favor del "minimalismo penal" con base (también) constitucional, es decir, la posición de Luigi *Ferrajoli*[15], sigue un camino no exegético iuspositivista, sino de tipo claramente filosófico, y las razones de su éxito en el plano, más que de los proyectos reales, de los *slogan*, se encuentran en el hecho de que la propuesta de *Ferrajoli*, que no contiene un auténtico programa de código, sino sólo algunas ideas-guía de carácter general, no siempre confrontadas con la mejor dogmática penal de los años ochenta y noventa (sino con la de los años sesenta hacia atrás) de hecho parece conciliarse con *las únicas preocupaciones efectivas de los gobernantes italianos*: adoptar medidas que reduzcan el número de procesos. Ya que, de hecho, el minimalismo penal se presenta como una receta de tipo sustancial que, sin embargo, haría mucho bien al proceso de deflación procesal (pocos delitos=pocos procesos); es un programa genérico, que, desde el punto de vista de la imagen, se concilia perfectamente con aquel objetivo concreto. Pero en el plano de las elecciones culturales de fondo, y de la política criminal efectiva, existe un abismo entre los proyectos que elabora el Ministerio de Justicia y las posiciones del minismalismo penal.

5. De un Derecho penal de categorías y de reglas a un derecho penal de principios

Una de las características del conocimiento hermenéutico más avanzado del texto constitucional se basa en una valoración adecuada, también en el campo penal, de la diferencia entre *categorías, principios* y *reglas*.

El Derecho penal tradicional conocido desde la época romana y medieval en adelante es un *Derecho penal de las categorías*, es decir, centrado en las nociones (de parte general) de pena, reo, acción, dolo, culpa, daño, agravio (ofensa/*iniuria*) imputabilidad e imputación, delitos cualificados por el resultado, circunstancias (y grados) tentativa, crimen, delito, *mala in se, mala quia prohibita*, etc.

A este Derecho penal que, quede claro, sigue siendo *insustituible* en la medida en que ofrece las nociones lingüísticas basilares del lenguaje y de la ciencia penal, le falta todavía una adecuada dimensión crítica y programática que adquirirá sólo después del Iluminismo. En la época del Iluminismo la intervención penal no se justifica ya de por sí, y necesita que se verifique su propia legitimación. De ahí nace *el Derecho penal de los principios*, es decir, la construcción político-racional en primer lugar y jurídico-constitucional después, de una serie de valores y de normas-garantía que someten al Derecho penal a un control crítico de legitimidad.

Sin embargo, el Derecho penal de los principios sólo en parte es un Derecho hecho de *reglas en sentido técnico*. Diversas normas constitucionales o de Cartas internacionales de derechos regulan de manera bastante precisa procedimientos, límites, prohibiciones y obligaciones del Estado y de los ciudadanos. Y otras disposiciones, en cuanto contenidas en aquellas Cartas, aunque son "normas" jurídicas y no meros valores culturales o políticos, no regulan sin embargo, casos determinados que puedan ser subsumidos en ellas: son indicaciones valorativas que establecen obligaciones "de máximos" para la construcción de reglas, muy dependientes de decisiones valorativas que, sin embargo, no pueden ser actuadas sin las propias reglas. Son normas-principio que pueden ser adoptadas (en el nivel legislativo) de modo muy diverso, ya que no parece posible, excepto a una mente autoritaria, "deducir" de estas normas un

14. Ejemplar Marinucci/Dolcini, *Costituzione e politica dei beni giuridici*, en *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1994, pp. 333 y ss.

15. En numerosos escritos a partir de Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Bari, 1989. Una visión de todos los trabajos del autor sobre este tema en, el mismo Ferrajoli, *Sul diritto penale minimo (risposta a Giorgio Marinucci e a Emilio Dolcini)*, en Foro *it.*, 2000, V, pp. 125 y ss., y nota 5.

articulado, un código, requiriéndose, por el contrario, muchas mediaciones (respecto a otros principios contrapuestos y que han de ser valorados entre ellos) en las que opera el pluralismo político-institucional.[16].

Mientras que las reglas son mucho más determinadas, taxativas y circunscritas a casos concretos, los principios tienen registros más flexibles y se pueden aplicar de forma maximalista o minimalista. De ahí la posibilidad de que se desarrollen históricamente más reglas, y de que una ley, aplicando sólo en parte el programa contenido en el principio, no esté en contradicción con éste, sino sólo con una lectura "maximalista" del principio mismo, que no se haya asentado históricamente.

El período constitucionalista italiano, de los años setenta en adelante, *no siempre ha tenido presente la distinción entre principios y reglas*, y ha considerado a las normas-principio como si fueran disposiciones taxativas y determinadas que implicasen soluciones legislativas unívocas e indiscutibles. También dentro de las propias normas-principio, no se ha distinguido entre principios de política criminal que tienen un carácter argumentativo u orientativo (por ejemplo, *extrema ratio* o subsidiaridedad) y principios que tienen "fuerza de ley" (por ejemplo, principio de reserva de ley, de culpabilidad, de taxatividad, etc.) que pueden ser utilizados autónomamente por la Corte Constitucional, por sí solos, sin el auxilio de otras normas de la Constitución, y que pueden anular las leyes que a ellos se opongan[17].

Si se prescinde de estos límites o excesos, sólo hoy evidentes, el impulso reformista inherente a aquel movimiento ha tenido grandes resultados, en parte traducidos precisamente en "reglas" (leyes ordinarias) y, en parte, sólo culturales y políticos y necesitados, por tanto, de una actuación legislativa cuando no de una reforma de la propia Constitución.

6. Balance positivo hasta los años ochenta. Vanguardia política y retraso sistemático

Quisiera recalcar lo que ya se ha afirmado en otro lugar, esto es, que el balance de la perspectiva constitucionalista me parece claramente positivo a pesar de algunos excesos y límites culturales o políticos de su historia menos reciente[18].

Entre estos *resultados* se pueden contabilizar tanto la elaboración de principios de garantía de carácter demostrativo (y no de mera orientación política) como el estímulo efectivo a la actuación de estos principios a través de una relectura crítica de leyes ordinarias que ha encontrado un desarrollo autónomo en una jurisprudencia muy rica de la Corte constitucional. En el ámbito de la actuación de los citados principios se puede mencionar:

1) haber asegurado que dentro de la previsión constitucional del principio de legalidad y de la prohibición de retroactividad de las normas penales incriminadoras (art. 25 Cost. It.) se comprende también el principio de reserva (tendencialmente absoluta) de ley y el principio de taxatividad o suficiente determinación;
2) haber construido, junto al principio de responsabilidad por el propio hecho, también el principio de responsabilidad por el propio hecho culpable o principio de culpabilidad (art. 27.1 Cost.I)
3) haber elaborado también en materia penal el principio constitucional de racionalidad y como corolario del principio de igualdad, el de proporcionalidad (art. 3.1 Cost. It).;
4) haber enriquecido el principio (expresamente previsto por la Constitución) de la finalidad reeducativa de la pena a través del art. 3. Cost. (igualdad sustancial) para darle un contenido de solidaridad social que lo estructure como un principio de resocialización;
5) haber construido el principio de ofensividad, o de necesaria lesividad del delito como principio de rango constitucional que tiene actualmente una dimensión que se coloca a medio camino entre los principios argumentativos y los demostrativos, de modo que es posible que evolucione en el futuro y se convierta en un instrumento técnico más fuerte y útil que permita a la Corte realizar un control de legitimidad sustancial respecto a la política criminal del Parlamento.

16. El tema merecería una mayor profundización que no puede hacerse en este lugar y que, en todo caso, no ha sido realizada adecuadamente por los penalistas. Me permito reenviar a una monografía mía que está en estos momentos en prensa: DONINI, *Democracia penale. L'impatto del pluralismo su una cultura aristocratica*, de próxima publicación.

17. En cuanto a la distinción entre principios con fuerza de ley demostrativa y principios con carácter más argumentativo o de orientación política (aun siendo ambos en algunos casos reconducibles a normas constitucionales, y por tanto a principios jurídicos, no meramente político-filosóficos) cfr. VASSALLI, *I principii generali di diritto nell'esperienza penalistica*, en *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1991, pp. 699 y ss. y 704 y ss.; DONINI, *Teoria del reato*, cit., pp. 25 y ss.; del mismo, voz *Teoria*, cit., pp. 234-236.

18. Sobre ello también PALAZZO, *Introduzione ai princìpi*, cit., 142-145.

De todos estos principios es posible encontrar un tratamiento, a veces muy amplio, en los principales manuales[19], y no es superfluo subrayar el carácter jurídico-constitucional de estos principios ya que su aplicación ha llevado varias veces a la Corte a declarar la ilegitimidad de leyes ordinarias que entran en contradicción con ellos (excepto en el caso del principio de ofensividad que ha sido siempre valorado bajo el punto de vista del principio de racionalidad)[20].

A ellos se suman otros principios político-constitucionales, a veces definidos como criterios informadores o de orientación, y en otros casos como "características" del sistema penal (subsidiariedad, fragmentariedad, laicicidad, efectividad, materialidad, etc.) cuyo significado político-criminal se acentúa en mayor medida respecto al vínculo jurídico constitucional, en el sentido de que el Parlamento resulta vinculado más en términos de lealtad política a un programa constitucional inspirado por ellos, que no a límites precisos establecidos por estos principios, ya que los márgenes de discrecionalidad política son tan amplios que no es posible, normalmente, que sean revisados por parte de la Corte constitucional.

Es preciso recordar que la Corte constitucional italiana ha formulado claramente en la sent. N. 409/1989 que "el legislador no es sustancialmente árbitro de sus decisiones criminalizadoras, sino que debe, además de vincular cada previsión de delito a una dañosidad social real, circunscribir, en la medida de lo posible y teniendo en cuenta el rango constitucional de la libertad personal (sacrificada con la pena), el ámbito de lo penalmente relevante[21]".

La Corte ha precisado, vistos los amplios márgenes de discrecionalidad política en la valoración de estos principios, que "la no aplicación, por parte del legislador ordinario, de los criterios que informan la política criminal (como el de 'subsidiariedad' del Derecho penal) sancionados constitucionalmente, puede ser, de hecho, censurada por esta Corte sólo por la violación del criterio de racionalidad y por la comprensión indebida del derecho fundamental a la libertad reconocido constitucionalmente"[22].

Ya que la Corte ha confirmado también, al mismo tiempo, la legitimidad de los delitos de peligro abstracto-presunto, siempre con el límite de la racionalidad, se ha marcado en este punto *el futuro del margen de control de las decisiones incriminadoras*: parece que las irracionalidades de la política criminal sólo pueden ser censuradas en los límites, precisamente... de la irracionalidad[23].

Para que todo ello no se reduzca a una fórmula vacía y, en cierta medida tautológica, no puede aplazarse más la exigencia de "llenar" de contenido operativo el parámetro de la racionalidad si se quiere hacer operativo el instrumento *jurídico* de control que es la revisión de legitimidad constitucional.

Cualquier discurso futuro en clave constitucionalista relativo a los controles de tipo "sustancial" tiene que (re)comenzar por aquí.

Al mismo tiempo es preciso reconocer que los resultados conseguidos hasta ahora parecen muy importantes y son mucho más que un simple punto de partida. Retomaremos el hilo de este discurso en los párrafos siguientes.

Hay, por otro lado, otra 'vertiente' tradicional del Derecho penal como ciencia y es *la elaboración dogmática*.

En cuanto a ella hay que reconocer que la vanguardia política y la sensibilidad del Derecho penal de los principios, no siempre se ve acompañada en Italia con la actualización correspondiente en el terreno dogmático y sistemático. Es más, se podría afirmar que la acentuación del primero de los aspectos ha conllevado, frecuentemente, la infravaloración del perfil dogmático-sistemático, considerándolo a menudo secundario.

Justamente al contrario que en la experiencia alemana donde el esplendor de la dogmática ha dejado en la sombra, a menudo, las cuestiones de sustancia, a pesar de que después de ROXIN se ha relanzado el diálogo entre categorías sistemáticas y objetivos político-criminales, el *mos italicus* se ha caracterizado por una perspectiva muy tradicional en términos dogmáticos, muy poco propensa a la renovación en el terreno de las categorías del análisis del delito. Así se explica, por ejemplo, que la dogmática más extendida se haya prácticamente "tomado prestada" de la elaborada en alemán, sin un diálogo constante e informado –como sucede, viceversa, en España– ya que suele ocurrir que un autor se forme siendo joven en los

19. Están especialmente desarrollados estos principios en los manuales de MANTOVANI, FIANDACA/MUSCO, MARINUCCI/DOLCINI; igualmente dedicado a la profundización de los principios constitucionales en materia penal, el primer volumen de AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, vol. I a cargo de INSOLERA, MAZZACUVA, PAVARINI, ZANOTTI, cit.

20. Una visión interesante se puede leer en el *Commentario costituzionale al codice penale e alle leggi di depenalizzazione*, a cargo de P. LONGO/N.GHEDINI, Cedam, Pádua, 2000.

21. C. Cost., 6 julio-18 de julio 1989, n. 409, en *Giur. Cost.*, 1989, 1916.

22. *Ibidem*.

23. Por todas, C. cost., 10-11 julio de 1991, n. 333, en *Giur. Cost.*, 1991, pp. 2646 y ss. y especialmente, 2658-2661.

autores alemanes y después de la primera, o como mucho, la segunda monografía, ya no mantenga los contactos que se van poco a poco relajando con relación a quienes escriben manuales u obras de carácter general. "Funcionan" en la práctica diálogos parciales, relativos a obras determinadas, pero cuando se pasa a cuestiones más generales de carácter sistemático-dogmático nos contentamos siempre con el sistema de GIACOMO DELITALA e GIUSEPPE BETIOL (un poco actualizado) y, para el resto, con las posiciones de FRANCESCO ANTOLISEI, PIETRO NUVOLONE y MARCELLO GALLO elaboradas entre los años cuarenta y cincuenta.

En algunos estudiosos ha arraigado la idea, aunque no se diga públicamente, de que la sistemática y la dogmática sirven sobre todo para acceder a la cátedra, para escribir obras juveniles de investigación o para actualizar el perfil estético (que no el realmente relevante) de un manual. Los autores mencionados anteriormente ya lo habrían "dicho todo", mientras que para las soluciones concretas sería mejor utilizar los principios constitucionales o político-criminales recordados más arriba, sobre todo si se traducen en reglas precisas, más que en categorías dogmáticas o en "esquemas lógico-sistemáticos" como la tipicidad, la antijuricidad, la imputación objetiva del resultado o las causas de exclusión de la responsabilidad.

Se explica así, aunque no se justifica, que *en las obras sistemáticas de carácter general prácticamente se haya interrumpido el diálogo* entre la ciencia penal italiana y la alemana desde WELZEL en adelante.

Es preciso dejar claro que la cultura penal alemana tiene en Italia, oficialmente, la más alta consideración dogmática (aunque también varios detractores "en privado") y que se cita continuamente y también se copia, por lo que hay que reconocer que (al menos) implícitamente se trata de un modelo caracterizado por una *leadership* cultural[24].

Además, de hecho, la producción alemana quintuplica como mínimo a la italiana, así que, al menos en el pasado, muchos podían ilusionarse (ya que efectivamente era una ilusión) leyendo o haciéndose traducir alguna obra determinada sin conocer el contexto cultural general. Era muy cómodo para "reducir el tiempo" de una investigación sobre una cuestión determinada, ponerse al día sobre "el estado de la cuestión" mediante un estudio reciente en lengua alemana, ahorrando así una gran cantidad de esfuerzo.

Respecto a las cuestiones generales del sistema, esta operación reduccionista se ha vuelto imposible, exigiendo esfuerzos realmente notables de actualización continua de carácter sistemático general que sólo unos pocos estudiosos, anteriores a las últimas generaciones, han sido capaces de realizar. Hay quien, sin embargo, bajo este último aspecto ha intentado retomar el diálogo, o ha dado marcha atrás retomando posiciones prewelzelianas (por ejemplo MARINUCCCI[25]) o ha intervenido parcialmente desde el punto de vista dogmático-sistemático en el debate postwelzeliano (por ejemplo, FIANDACA y MUSCO[26], o bien, M.ROMANO[27] o PADOVANI[28]). Sólo algunas posiciones individuales o de escuela de carácter minoritario se desmarcan de este panorama general[29]. Só-

24. En relación, sobre todo, a las cuestiones dogmático-sistemáticas: *vid.* las consideraciones efectuadas más ampliamente en DONINI, voz *Teoria del reato*, cit., pp. 238 y ss. (y nota 83).

25. Así se observa, por ejemplo, desde su posición en su obra *Il reato come 'azione'. Critica di un dogma*, Giuffrè, Milán, 1971, a la obra del mismo autor: *Fatto e scriminanti. Note dommatiche e politico-criminali*, en Riv.it.dir.proc.pen., 1983, pp. 1190 y ss.

26. Cuyo manual realiza hoy en día una especie de matrimonio (actualizado metodológicamente según una hermenéutica orientada constitucionalmente y atenta a los casos y al derecho jurisprudencial) entre el sistema de DELITALA (E. MUSCO es discípulo de STELLA, que a su vez lo fue de DELITALA) y la idea postwelzeliana de una construcción separada de la conducta culposa y de la dolosa que ya estaba presente en la obra de PAGLIARO (maestro de FIANDACA): v. sobre todo la tercera edición de FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale*, parte gen., Zanichelli, Bologna, 1995 donde la teoría de la doble posición del dolo y la culpa, así como de las causas de exclusión de la culpabilidad, está mejor desarrollada (en relación a las ediciones precedentes). Sin embargo, no se ha desarrollado posteriormente el diálogo entre las teorías del riesgo penalmente relevante y la imputación objetiva del resultado (problemática que se apuntaba ya en la primera edición) manteniendo una posición fiel a una construcción rígidamente "separada" de las conductas, sin intentar individualizar algún elemento unitario en el tratamiento del delito, algo que se anteponga al análisis del delito doloso, del culposo y del omisivo.

27. *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, 2ª ed., Giuffrè, Milán, 1995. MARIO ROMANO se encuentra entre los que conocen en Italia con mayor profundidad la literatura alemana cuyo influjo se hace notar en la recepción de la teoría de la imputación objetiva del resultado, aunque su concepción de la culpabilidad con relación al hecho típico es, sustancialmente, una puesta al día de la de Delitala.

28. PADOVANI, *Diritto penale*, parte gen., Giuffrè, Milán, 1999, cuyo "sistema" en relación a lo que aquí nos interesa, es muy similar al de ROMANO excepto por una individualización mayor de las causas de exclusión de la culpabilidad.

29. Recuerdo especialmente las posiciones de la escuela napolitana (desde SANTAMARIA a FIORE, PATALANO, STILE, G.V. DE FRANCESCO, MOCCIA, etc.) o bien los estudios de LATAGLIATA, así como, en el marco de posiciones más subjetivistas, MORSELLI. También hay que destacar (*vid.* todo lo que se ha dicho a propósito de FIANDACA y MUSCO en el texto) la originalísima posición de ANTONIO PAGLIARO.

lo en el último decenio y en las generaciones más jóvenes de estudiosos, se ha hecho evidente la necesidad de colmar la fractura histórica existente, ya que no se pueden utilizar las mismas categorías nominales pasando de von Liszt a Jakobs sin haber recapitulado sobre todo lo que ha ocurrido entre ambos[30].

En Italia, por ejemplo, se utiliza muchísimo el concepto de "hecho típico" pero en una acepción todavía belingniana o mezgeriana; el dolo es para muchos sólo culpabilidad, para algunos tanto tipicidad como culpabilidad; la culpa es tanto tipicidad como culpabilidad, pero esta doble valencia parece que representa una especie de problema sistemático "de por sí"; muchos discuten si el error de prohibición es una causa de exclusión de la culpabilidad o bien una mera causa de no punibilidad, prácticamente impersonal y objetivizada; las causas de justificación no contienen (según la doctrina predominante) elementos subjetivos; el error en las causas de justificación es sólo una causa de exclusión del dolo, exactamente igual que el error de tipo (posición que se comprendería mejor en el sistema bipartito tradicional); la misma culpabilidad es sobre todo una culpabilidad impersonal, por el hecho, con poco espacio para hipótesis de exclusión de la culpabilidad personalizadas, en el sentido de que cualquier discurso sobre el autor afecta o a la imputabilidad (que sin embargo no se encuadra en el ámbito de la culpabilidad, sino en el ámbito de una "teoría del reo"), o bien, a la medición de la pena (que en la praxis utiliza la pena-tarifa, que se mide normalmente teniendo en cuenta únicamente el hecho entendido impersonalmente, y el elemento subjetivo 'fáctico', también entendido de manera impersonal; en Italia no existe una verdadera cultura de la medición de la pena, excepto en algún libro, cuyos planteamientos son completamente ignorados por la praxis). Incluso las 'nuevas' categorías del injusto y de la culpabilidad (en una sistemática postwelzeliana) circulan como figuras esotéricas utilizadas por algunos estudiosos aislados y embebidos de cultura alemana.

Si se teme un exceso de sutilezas teóricas, o de precisiones, resultado de un diálogo actualizado con los planteamientos alemanes y, también con los españoles contemporáneos, y, por tanto, si se quiere optar por un mayor pragmatismo, "parando la historia dogmática en DELITALA" debo confesar que en el lugar de una "vieja tripartición" dan ganas de volver a la vieja "bipartición" (elemento objetivo/elemento subjetivo) sobre todo la que sigue MARCELLO GALLO en Italia o ARTHUR KAUFMANN en Alemania, mucho más cercanas a la praxis, a los países de lengua inglesa y francesa, y a un estilo didáctico simplificado en vez de complicado.

No es ésta, sin embargo, mi postura personal (más cercana a triparticiones postwelzelianas, revisadas y corregidas, en las que el injusto es una categoría impersonal aunque cualificada subjetivamente y donde dolo y culpa tienen una doble dimensión de tipicidad y de culpabilidad). Sin embargo, debo confesar que si se tratase de intentar exportar "a Europa" *lo mejor* de la ciencia penal italiana de la segunda mitad de este siglo, habría que acudir *al Derecho penal de los principios y no al de las categorías sistemáticas*[31].

7. El escepticismo y la tibieza de los últimos diez años. La necesidad de una nueva fundamentación teórica y positiva del enfoque constitucionalista

A pesar de que pueda decirse que la aportación de la ciencia penal italiana ha destacado en el campo del Derecho penal de los principios y por tanto, en esta medida, por su enfoque constitucionalista, es preciso poner de relieve el hecho de que en el último decenio han aumentado las posturas escépticas frente a la corriente constitucionalista del Derecho penal, y que éstas son actualmente las dominantes.

Estas posturas, que han existido siempre, se refieren a la idea de que la Constitución pueda o deba tener un valor "fundante" para el Derecho penal, en vez de representar un mero "límite" negativo. En los años setenta (y ochenta), por otro lado, las críticas a la tesis fundacional de la Constitución, se centraban en primer lugar en argumentos de Derecho positivo. Se rechazaba la idea

30. He intentado satisfacer esta exigencia de fondo en las obras principales que he dedicado a cuestiones de parte general y de sistemática. Entre otras, DONINI, *Illecito e colpevolezza nel 'imputazione del reato*, cit., del mismo, *Il delitto contravvenzionale. 'Culpa iuris' e oggetto del dolo nei reati a condotta neutra*, Giuffré, Milano, 1993; del mismo, *Teoria del reato. Una introduzione*,cit.; del mismo, voz *Teoria del reato*, cit., pp. 221-298. En estas obras he intentado justamente relanzar el diálogo con Alemania a *nivel de sistemática general*, aunque manteniendo al mismo tiempo una perspectiva comparada más amplia, que no se centre únicamente en las decisiones culturales alemanas. Sólo en los últimos años se aprecian en Italia los signos de una vuelta a la discusión en términos dogmáticos (postwelzelianos) modernos.

31. He expresado la misma idea de una forma más elaborada (y, si se quiere, menos directa) en DONINI, voz *Teoria del reato*, especialmente, pp. 238-247.

de que en la Carta constitucional italiana de 1947 se pudiesen encontrar normas positivas en las que basar esta tesis. Especialmente se negaba que la Constitución proporcionase la base para afirmar que el legislador estaba vinculado en la tutela por una especie de *numerus clausus* de bienes jurídicos[32]: se negaba que del hecho de que la pena supone el sacrificio de la libertad, se pudiese extraer un argumento suficiente contra la incriminación de conductas de peligro abstracto, potencialmente lesivas de bienes no comparables con la libertad; se negaba incluso que existiese un principio de ofensividad (demostrativo o argumentativo sin diferenciar, ya que en aquellos años no se advertía la diferencia) con rango constitucional y que fueran (o pudieran ser) ilegítimas las presunciones absolutas de ofensa o de peligro por parte del legislador ordinario.

Como pronto se comprendió, el problema mayor no era el fundamento positivo de estas tesis, sino su fundamentación racional y política (ya que si se llegaba a un acuerdo sobre esta última, siempre se hubiese podido llegar a un consenso sobre su fundamento positivo). ¿Eran tesis políticamente aceptables?, ¿o no? ¿Eran tesis técnicamente posibles? ¿o no?. ¿Y en qué medida? Ésta es la pregunta decisiva.

Pues bien, se puede decir que la mayoría de los penalistas considera hoy en día que no es posible vincular la tutela penal únicamente a los bienes de rango constitucional expreso, ya que el catálogo de bienes presentes en la Constitución de 1947 es incompleto. En cuanto a los bienes de rango constitucional implícito, es decir, los que constituyen el presupuesto necesario para la tutela de bienes de relevancia constitucional, se considera que podría desaparecer el significado selectivo que suponen en la medida en que demasiados intereses, incluso de carácter secundario, podrían incluirse dentro del número de los que se consideran legítimos.

Y no sólo esto. La opinión mayoritaria considera que si a las presunciones absolutas de peligro se le pueden hacer reservas desde el punto de vista de la racionalidad, también es cierto que los delitos de peligro abstracto (aunque se compruebe caso por caso) serían legítimos e incluso, en parte, necesarios, siempre que se refieran a situaciones en las que están en juego bienes colectivos, supraindividuales, o bien también personales "relevantes"[33]. Y sobre todo, se considera que el control de la política criminal del legislador debe ser un control político, no un control reservado a la Corte constitucional; en esta medida, al tratarse de un tipo de control necesariamente político, no sería posible atribuirlo a un órgano como el Tribunal Constitucional que carece de legitimación política. En todo caso, se rechaza la idea de que un texto escrito hace cincuenta años pueda contener una jerarquía de valores que pueda vincular actualmente; por el contrario, supondría una especie de bloqueo de la historia espiritual y política, una teología civil hostil a una democracia y a una Constitución "abierta".

Estas consideraciones críticas contienen, es preciso dejarlo claro, muchas reflexiones exactas; sin embargo, *han dado lugar a planteamientos aún más escépticos que afectan a todo el enfoque constitucionalista* y a la teoría del bien jurídico, que vive hoy en día, si se tiene en cuenta el contexto internacional, un momento cuanto menos incierto.

El hecho de que en la Corte Constitucional no hayan podido "pasar" varias de las interpretaciones más avanzadas sobre el control de las decisiones criminalizadoras del legislador (los llamados bienes de relevancia constitucional) ha truncado muchas esperanzas.

Por un lado parece que no es un criterio lo suficientemente operativo, útil para revisar la legitimidad de los delitos de peligro abstracto-presunto; por otro lado, respecto a los delitos de lesión (y no de peligro), falta un criterio para controlar los bienes que pueden ser legítimamente tutelados penalmente, excepto el límite extremo de la máxima desproporción y de la irracionalidad de la tutela. Si no existe un criterio axiológico operativo, el legislador siempre podrá afirmar que un hecho determinado, en su opinión, "ofende" en términos de lesión, en vez de como mero peligro, un bien determinado de carácter artificial (un bien instrumental, un bien institucional, un bien-función, etc.). ¿Cómo puede controlarse la posible irracionalidad de la política criminal que anida en esta libertad legislativa?

Todo ello ha debilitado enormemente la idea de que pueda encontrarse en la Constitución el fundamento, el código general del sistema penal del Estado.

32. En efecto, la idea de un número realmente "cerrado" de intereses penalmente tutelables nos parece políticamente insoportable y no sólo en una concepción democrática del Estado.

33. Por ejemplo, aunque con puntos de vista diversos, M. ROMANO, *Commentario sistematico2*, vol.. I, cit., Pre-Art. 39/ 115-117; FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale* 3, parte gen., cit., pp. 176 y ss; PADOVANI, *Diritto penale5*, cit., p. 179; PAGLIARO, *Principi di diritto penale* 7, parte gen., Giuffrè, Milán, 2000, p. 242; MARINUCCI/DOLCINI, *Corso di diritto penale2*, parte gen., Giuffré, Milán, 1999, pp. 420 y ss., PALAZZO, *Introduzione ai princìpi*, cit., pp. 156 y ss.

En este momento se está planteando históricamente un cambio necesario: o se renueva el método constitucionalista, y con él, eventualmente, la propia fuente positiva al que el mismo se refiere (el texto de la Constitución) o bien se vuelve a las posturas obvias y ya elaboradas que consideran a la Constitución como un mero límite a la intervención penal.

Frente a esta alternativa se encuentra hoy en día la ciencia penal italiana.

8. El art. 129 del proyecto de reforma constitucional de 1997

Frente a la exigencia de renovar el propio método, la perspectiva constitucionalista no estaba preparada además para una renovación iuspositivista, es decir, para proponer un nuevo texto constitucional. Ha sido en realidad, un "golpe de mano" jacobino realizado por un reducido círculo de juristas "de izquierda" que han intentado introducir principios nuevos vinculantes para la política criminal en el proyecto global de revisión de toda la Constitución (del que sólo se excluyó la "primera parte" de la Constitución relativa a los principios fundamentales) que fue elaborado en su momento y aprobado provisionalmente en el año 1997, y enseguida abandonado en un contexto de divisiones políticas de fondo en el Parlamento italiano.

El artículo en el que se concentraron las opciones de reforma penal sustancial fue el 129 que singularmente (y en buena medida impropiamente) estaba inserto en la sección de las "normas sobre la jurisdicción" y que disponía: *"Las normas penales protegen bienes de rango constitucional. No es punible la comisión de un hecho previsto como delito en el caso de que no haya comportado una ofensividad concreta. Las normas penales no pueden ser interpretadas de modo analógico o extensivo. Las nuevas normas penales que modifiquen el código penal, o que se contengan en leyes disciplinarias, sólo se admitirán si modifican orgánicamente toda la materia a la que se refieren".*

Seguidamente es preciso afirmar, sin poder realizar en este momento consideraciones que se han desarrollado ampliamente en otro lugar[34], que, a parte de la prohibición constitucional de interpretación extensiva que supuso un exceso reconocido por la mayoría, el primer párrafo intentaba traducir en una norma constitucional la idea que había cualificado el programa político-criminal de FRANCO BRICOLA: "las normas penales protegen bienes de rango constitucional".

El segundo párrafo, al prescribir el requisito de la concreta ofensividad del hecho punible, parecía vincular la responsabilidad penal al menos a hipótesis de peligro concreto.

En ambas prescripciones estaban presentes ideas fuertes, pero de difícil articulación legislativa y hermenéutica. No hubiese sido posible que entrasen en vigor sin una reforma importante de todo el ordenamiento penal. Ni hubiese sido posible evitar el riesgo de que muchos delitos de peligro abstracto, al ser entonces inconstitucionales, en vez de ser reescritos y reconvertidos en tipos de peligro concreto, fuesen interpretados *ex novo* por la jurisprudencia como delitos de lesión (y, por tanto, no de peligro) sustituyendo el viejo bien por un nuevo interés más institucional, formal, un bien-función, de tutela anticipada. Esto es posible porque las normas, habitualmente, no indican el bien que protegen, sino sólo la forma en que éste se afecta y, a partir de ella, el intérprete debe reconstruir el bien.

En Italia, por ejemplo, es punible el vertido no autorizado de ciertas sustancias residuales de las industrias, y no sólo cuando haya causado una situación que pueda "perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales" (como hace el art. 325 del Código penal español de 1995), sino que es punible (con la pena alternativa de arresto o de multa) efectuar vertidos de aguas industriales sin autorización (art. 59.1 de la ley de 11 de mayo de 1999, n.152); y además, se castiga más gravemente (con arresto y multa) el vertido de aguas que contengan ciertas sustancias previstas en listados de carácter ministerial que se anexan a la ley (art. 59.5, de la ley ya citada). Esta técnica legislativa tan detallada es muy común en Italia donde se castigan conductas que contraviniendo las leyes administrativas, son de peligro abstracto-presunto (o bien, ofenden el interés administrativo a un control preventivo en sectores de alto riesgo), a las que se unen las mismas conductas siempre que tengan características de peligrosidad abstracta más específicas; por tanto –prescindiendo de la violación del procedimiento administrativo de autorización– se castigan las conductas que superen un determinado "umbral" de peligro-

34. Para un comentario más amplio me permito remitir a mi trabajo DONINI, *L' art. 129 del progetto di revisione costituzionale approvato il 4 novembre 1997. Un contributo alla progressione 'legale', prima che 'giurisprudenziale', dei principi di offensività e di sussidiarietà*, en *Critica del diritto*, 1998, pp. 95 y ss.

sidad con lo que se atiende a parámetros de peligro muy abstractos respecto a un juicio previo efectivo con relación al "medioambiente".

Pues bien, no hay duda de que todos estos supuestos podrían ser considerados de lesión, en vez de serlo de peligro; es suficiente con decidir que el bien protegido es, en un caso, la función administrativa de control, o bien, en otro, es ya una ofensa que causa un daño (y no un peligro) la superación de un límite determinado establecido en los listados que acompañan a las leyes, en la medida en que –a través de una presunción legislativa– se estima que esta superación "perjudica" y, por tanto, deteriora y daña, el equilibrio del sistema natural. Es un "resultado contaminante", un resultado lesivo que prepara otros y aún más graves resultados lesivos (los que se producen por acumulación)[35].

Para evitar el riesgo inherente a esta "reconversión hermenéutica" de los bienes jurídicos, se hubiera debido valorizar más el primer párrafo del art. 129 sosteniendo, por ejemplo, que las "funciones de control" de la administración pública respecto a determinadas actividades, no son "bienes de relevancia constitucional". Es, por otro lado, una cuestión demasiado problemática como para dejarla completamente en manos de la Corte constitucional, que vería de esta manera aumentadas de forma probablemente insostenible (salvo modificaciones jurisdiccionales y de ordenamiento de la Corte) sus propias funciones de control de la política criminal del Parlamento: sería una supervisión de la ley penal de carácter político más que jurídico, que quedaría, además, en manos del consenso de unos pocos técnicos carentes de representatividad y de responsabilidad política[36].

Sin embargo, no han sido éstas las razones por las que fracasó el proyecto de revisión de la Constitución que resultó bloqueado por obstáculos de naturaleza política de carácter más general. Es preciso decir que la ciencia penal acogió con gran tibieza aquellas propuestas y que realizó críticas bastante negativas y sin ninguna aportación constructiva a las diversas formulaciones. A pesar de que no falten hoy en día posiciones que ven con buenos ojos una normación constitucional como la que se comenta[37], se trata de posturas aisladas: la idea que domina hoy día en Italia es que hay que centrarse completamente en la reforma ordinaria, sin esperar demasiado de garantías constitucionales superiores o de controles de la Corte[38].

De esta forma, hoy en día, la característica más relevante de la perspectiva constitucionalista italiana de los años setenta se encuentra comprometida. Creo y espero que no se trate de un adiós, sino de un *aplazamiento técnico*: es decir, antes de renovar las posibilidades operativas de los controles de legitimidad constitucional, es necesario que

35. Cualquiera puede entender los problemas que subyacen a una legislación que tiene muchísimas normas detalladas y específicas que tipifican situaciones de peligro como forma de tutela anticipada. Si nos contentamos con el peligro abstracto, la previsión es mucho más taxativa que la que pudiera suponer una cláusula general que requiriese un juicio anticipado y muy general de peligro para el equilibrio del sistema natural. La técnica legislativa que se utiliza en Italia conduce de esta forma a un número muy elevado de ilícitos. La adoptada en España, por el contrario, reduce muchísimo el número de delitos, pero al precio de utilizar cláusulas generales no siempre bien determinadas que "delegan" en gran medida en la jurisprudencia, además de utilizar frecuentemente normas penales en blanco y elementos normativos. Sobre ello, *vid.* las consideraciones que se efectúan con relación a la situación en España en, DONINI, *La riforma della legislazione penale complementare*, cit., pp. 33-37.

36. Cfr. Por ejemplo, las críticas de FIANDACA, *Intervento al dibattito su "giustizia penale e riforma costituzionale nel testo approvato dalla Commisione bicamerale"*, en *Critica del dir.*, 1998, p. 143-145 y las de PALAZZO, *Le riforme costituzionali proposte dalla Commisione bicamerale, B) diritto penale sostanziale*, en *Diritto penale e processo*, 1998, p. 41.

37. En particular MAZZACUVA, *Intervento* en el debate sobre *"Giustizia penale e riforma costituzionale nel testo approvato dalla Commissione bicamerale"* en *Critica del dir.*, 1998, pp. 155 y ss.; CASTALDO, *Welches Strafrecht für das neue Jahrtausend?*, en prensa en *Fest. Roxin* p. 11 y ss. (dactilografiado). *Vid.* También mi contribución ya citada, DONINI, *L'art. 129*, cit.

38. Emblemática, finalmente, *la Relazione sull'articolato* redactada por la *"Commissione Ministeriale per la riforma del codice penale con d.m. 1 ottobre 1998"* (la llamada Comisión Grosso) epígrafe B.1.3, en relación al art. 3.2 del Proyecto que prevé, a nivel de legislación ordinaria, lo que ya fue proyectado por la Comisión bicameral (art. 129.4 a nivel de reforma constitucional) y la Relación también de la comisión Grosso de 1999 (antes de formular un articulado) publicada en Quaderni de L'Indice penale: *Per un nuovo codice penale, II, Relazione della Commissione Grosso* (1999) a cargo de C. F. Grosso, Cedam, Pádua, 2000, sobre el principio de ofensividad : p. 3-5. El principio ha sido ahora acogido por el articulado elaborado por la Comisión en el art. 2.2: "las normas incriminadoras no pueden ser aplicadas a hechos que no supongan la ofensa de un bien jurídico". El articulado, junto al informe sobre el articulado ha sido divulgado, desde septiembre de 2000 en INTERNET, en la dirección; www.giustizia.it/studie-rapporti/riformacp/comm_grosso2_art.htm.

Algunas reservas significativas sobre el curso de las revisiones constitucionales (y en la misma línea de otras intervenciones suyas sobre el mismo tema) FIANDACA, *Intervento* en el debate su *"Giustizia penale e riforma costituzionale nel testo approvato dalla Commissione bicamerale"* en *Critica del dir.*, 1998, especialmente pp. 142-147; del mismo: *La legalità penale negli equilibri del sistema politico-costituzionale*, en *Foro it.*, 2000, V., pp. 137 y ss., y 141 y ss.

la legislación ordinaria sea reescrita, y que, por tanto, desde el principio, sea más acorde con las garantías de ofensividad, y de subsidiariedad cuya tutela se quiere confiar a la Corte. Después de esta primera fase, será posible anteponer a la legislación ordinaria una nueva carta constitucional que no esté demasiado alejada de la realidad normativa, precisamente porque esta última habrá sido pensada conforme a criterios más próximos a los ideales que se pretende introducir en la Constitución.

Justamente el haber proyectado una legislación ordinaria más conforme con aquellos principios, debería ofrecer a la Corte del mañana los instrumentos técnicos necesarios para valorizar las características del peligro concreto o abstracto-concreto compatibles con los nuevos *standard* constitucionales.

Veamos si es posible comprender mejor el sentido de esta perspectiva de futuro.

9. La exigencia de un control institucional mayor sobre la política criminal legislativa: entre democracia penal y función de concretización de principios a través del Tribunal Constitucional

Es evidente que el control que ejerce la Corte sobre la política criminal del legislador, no pasa sólo por la aplicación de "reglas" constitucionales aisladas, sino que requiere tanto *instrumentos de conocimiento empíricos más amplios* como –y aquí está el mayor problema– *poderes de intervención más significativos* respecto a los que le han sido asignados hasta ahora.

La revisión del respeto al vínculo de *extrema ratio*, al principio de ofensividad y a la legitimidad de los delitos de peligro abstracto "pasa", según la jurisprudencia de la Corte constitucional italiana consolidada –la que se basa en el texto de la Constitución de 1947– por valoraciones muy limitadas, que se compendian en el *control de racionalidad*[39].

En realidad, esta perspectiva está vinculada a una posición teleológica de *racionalidad en cuanto a valores y a objetivos* pero no está abierta *todavía a una cultura* más experimental como *la que tiene en cuenta las consecuencias*. Además, es una posición que no ha sido capaz, hasta ahora, de encauzar las continuas irracionalidades de la política criminal.

La política criminal real no es ciertamente la que discuten los penalistas en sus obras dogmáticas sobre los "objetivos de política criminal" que es preciso atribuir a las categorías del sistema. Mientras los estudiosos "que se orientan a fines" controlan únicamente sus categorías, la política criminal real carece hoy de controles adecuados de racionalidad, y lo demuestra cotidianamente.

No basta, por tanto, con tener la mejor ciencia de la legislación del mundo si después cualquier Parlamento se siente libre de no considerar o, incluso de ignorar, su existencia. Es preciso un remedio o un control de tipo *institucional*.

Si se quiere que el control de la Corte sea realmente un control sobre la extrema ratio, sobre la ofensividad, etc., es preciso confiar a la Corte: 1) el poder de definir históricamente *una jerarquía entre los bienes constitucionales*, o "de rango constitucional" *y los "sistemas de tutela" que le son compatibles*, de manera que se pueda excluir algunos del área de lo penalmente relevante (en la medida en que sean "incomparables" o inconmensurables" por ejemplo, con el bien de la libertad personal); poder que se traduce, como enseguida se verá, en una declinación más rica del principio de proporcionalidad; 2) *el poder de llevar a cabo investigaciones empíricas*, o bien de valorar la presentación ante la propia Corte de investigaciones empíricas sobre la efectividad y la eficacia de las sanciones alternativas a la penal.

En ausencia de estos nuevos poderes, el haber escrito en la Constitución que "las normas penales protegen bienes de rango constitucional" podría, efectivamente, surtir efectos modestos frente a un permanente *self-restraint* de la Corte[40].

39. Para una síntesis eficaz de los problemas a que da lugar el control de racionalidad del Derecho penal sustancial, cfr. INSOLERA, *Principio di eguaglianza e controllo di ragionevolezza sulle norme penali*, en AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, vol. I, 2ª ed. revisada, cit., pp. 288 y ss., y 295 y ss.; PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, en *Riv.it.dir. proc.pen.*, 1998, pp. 350 y ss.; MAUGERI, *I reati di sospetto dopo la pronuncia della Corte costituzionale n. 370 del 1996: alcuni spunti di riflessione sul principio di ragionevolezza, di proporzione e di tassatività* (parte I), en *Riv it.dir.proc.pen.*, 1999, pp. 434 y ss.

40. En este sentido se desarrolla la réplica de MAZZACUVA, *Intervento*, cit., pp. 159 y ss., allí donde observa –frente a mi perplejidad por la ausencia de límites seguros a futuros controles de constitucionalidad relativos a las decisiones claramente políticas del legislador– que no hay que temer un excesivo intervencionismo político de la Corte, ya que ésta ha demostrado en el pasado un gran autocontrol y porque en todo caso, un mayor intervencionismo sólo tendría efectos positivos en el Derecho penal (aunque sea cierto, esto no significa que suceda a favor de las posiciones liberales de garantía ya que puede favorecer a las instancias de defensa social). La réplica de MAZZACUVA además, no cae en la cuenta de que la perplejidad que manifesté no se refería a lo que

Por otro lado, como ya se ha dicho, el criterio de concretizar mejor aquel principio, es decir, de lo que implica en su esencia operativa, no supone un elenco taxativo de un *numerus clausus* de bienes, sino que *supone una doble declinación del principio de proporcionalidad* que resalte: a) un momento axiológico; b) un poder real de filtro de la política criminal.

Bajo el primer aspecto, el principio de proporcionalidad, en sí mismo considerado, podría incluso legitimar la incriminación de la prohibición de estacionamiento siempre que su inobservancia se sancionase con pena pecuniaria que no pudiese transformarse en pena restrictiva de libertad. Podría, en teoría, ser de hecho un ilícito administrativo (como lo es hoy), y, sin embargo, ser cualificado como un ilícito formalmente penal por la ley: la proporción se respetaría limitadamente según el tipo de sanción. Aunque a una valoración de tipo axiológico le repugnaría que en el Derecho "penal-criminal" pudieran confluir ilícitos de ese tipo. No se trata, por tanto, de *respetar una proporcionalidad de tipo agnóstico y relativo*, sino de conferir una mayor gravedad y seriedad a los *ilícitos* en el Derecho penal; sin ellas, no tendría razón su existencia.

Bajo el segundo aspecto, y bien es cierto que –superado un cierto 'umbral' de carácter axiológico– muchos bienes *de rango no constitucional* pueden ser protegidos penalmente, siempre que el derecho penal se concentre en las penas pecuniarias que no puedan ser sustituidas en la práctica (aunque en teoría lo sean) por penas restrictivas o privativas de libertad, o en trabajos en beneficio de la comunidad, etc., por otro lado, también es cierto que muchos bienes *de relevancia constitucional* no resultan tutelables penalmente como tales, sino sólo frente a determinadas modalidades de lesión[41].

Por tanto, el orden axiológico de los bienes, considerado aisladamente, nunca es suficiente. Del mismo modo, por ejemplo, nunca se debería perder la libertad por lesiones meramente patrimoniales: cosa que no se ha podido conseguir hasta hoy en ningún país del mundo por exigencias de prevención general (no siempre bien fundadas, aunque en parte sí lo sean)[42].

Por otro lado es cierto que confiar al Tribunal Constitucional tareas potencialmente tan amplias significa asignarle un papel más político. Por eso es necesario precisar mejor, disciplinar con leyes constitucionales un nuevo modelo de Tribunal, su composición relativa y sus consiguientes poderes de instrucción. Pero además es también preciso hacer operativas y más 'técnicas', y por tanto, necesariamente menos políticas, las claves de la lectura y de la actuación de aquellos principios (subsidiariedad, proporcionalidad, ofensividad). Al contrario que el principio de legalidad (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), de materialidad (*nullum crimen sine actione*), de culpabilidad (*nullum crimen sine culpa*), de dañosidad (*nullum crimen sine iniuria*), que tienen la ventaja de contar con una elaboración histórica en ocasiones milenaria y, en todo caso, mucho más antigua, los principios de subsidiariedad/proporcionalidad/ofensividad, entendidos en su conjunto y en una cultura orientada también a la empiria y a las consecuencias (y no sólo a los valores y a los fines) y como límites constitucionales al poder legislativo son *mucho más jóvenes*.

Por ello es completamente lógico que la elaboración de parámetros de racionalidad jurídica que les hagan operativos en el ámbito del control de los Tribunales constitucionales parezca y sea, aún hoy, subdesarrollada e insuficiente. Pero ésta no es razón para caer en el escepticismo constitucional, sino que más bien representa un desafío para las futuras generaciones. Tanto en los contextos nacionales como en los internacionales con los Tribunales constitucionales supranacionales (por ejemplo, de la Unión Europea), la perspectiva constitucionalista del derecho penal, tiene futuro, en mi opinión.

---

la Corte ha hecho en el sentido de cómo ha actuado hasta el momento, *sino al nuevo modelo de Corte prefigurado por el proyecto de la Comisión bicameral*. Se trataba, de todas formas, de una perplejidad que creía podía superarse reclamando mayores precisiones normativas de los poderes de la Corte (*vid. infra* en el texto).

41. Sobre este punto ya ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Giuffrè, Milano, 1983. En sentido análogo, *vid.* también PALAZZO, *Introduzione ai princìpi*, cit., p. 143; en la más reciente literatura alemana, cfr. igualmente, las relaciones entre Constitución y Derecho penal, también con referencia al principio de proporcionalidad, en LAGODNY, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, Mohr, Tübingen, 1996, especialmente, pp. 216 y ss.; APPEL, *Verfassung und Strafe. Zur den verfassungsrechtlichen Grenzen staatlichen Strafens*, Duncker & Humblot, Berlín, 1998, pp. 171 y ss.; STÄCHELIN, *Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat*, Duncker & Humblot, Berlín, 1998, pp. 101 y ss., WHOLERS, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts - zur Dogmatik "moderner" Gefährdungsdelikte*, Duncker & Humblot, Berlín, 2000; WEIGEND, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit als Grenze staatlicher Staatsgewalt*, en Fest.. Hirsch, W.De Gruyter, Berlín-New York, 1999, pp. 917 y ss.

42. Sobre el principio de proporcionalidad *vid.* el instructivo libro de AGUADO CORREA, *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*, Edersa, 1999 que contiene también una comparación significativa con la literatura italiana relativa a la perspectiva constitucionalista del Derecho penal en general (especialmente, 178 y ss., 283 y ss.).

Por eso continúa siendo válido un proyecto de una reforma constitucional dedicado a la materia penal que pueda perfeccionar y renovar el fundamento (también) iuspositivista de la argumentación constitucional. Sería mucho mejor, en efecto, que en Italia fuese precedido y no sólo acompañado o seguido, por una renovación del sistema penal, que de los 9.000/10.000 tipos penales actuales se redujese a 8 o 9/10[43]. En esta reforma el orden de valores del código debería interpretar y reflejar el del pacto constitucional, al que, en definitiva, deberían circunscribirse los objetos de tutela penal, los bienes reales que se pretende tutelar, así como las leyes penales complementarias, aunque se reduzca drásticamente su número, y así, al incluirse en el cuadro de valores del código, se haría lo propio con la Constitución que se expresa históricamente en las leyes ordinarias.

Es cierto también que algunos principios de relevancia constitucional tienen una dimensión sustancial y un papel 'fundante' (y no de mero límite) del sistema penal, pero también es cierto que la gestión hermenéutica de estos principios no puede actuar con las formas de una aristocracia penal, es decir, no puede basarse sobre una competencia inconcusa e indiscutible de una oligarquía de meros "expertos en valores" elegidos por el Parlamento o nombrados por el Presidente de la República.

Ya que un texto hecho de muchas normas-principio implica que su concretización sea confiada a la jurisprudencia, a órganos que no tienen ni pueden tener responsabilidades políticas, el método que los Tribunales constitucionales tienen que seguir se alinea con el método de la democracia: entendido no como la regla de las decisiones por mayoría –ya que los principios constitucionales aunque puedan ser concretados de forma distinta en las leyes ordinarias mediante decisiones mayoritarias, presentan una cierta resistencia frente a las reglas procedimentales y constituyen límites seguros a las mayorías democráticas– sino como método basado en decisiones controlables e informadas. La jurisprudencia constitucional, por tanto, debe ser una jurisprudencia fundada en valores, pero también en una lógica discursiva y en criterios de verificación empírica[44]. En esta dirección se concentran los esfuerzos de la ciencia penal, sin abandonarse al escepticismo destinado a recorrer los flujos de la historia y a disolver todo texto constitucional en un programa reescrito íntegramente por los modelos de sociedad que se van afirmando históricamente: estos modelos, por el contrario, tienen que actuarse en el marco, procedimientos pero también garantías y valores preconstituidos.

Las limitaciones evidentes en cuanto a su concreción y precisión que presenta una perspectiva constitucionalista de tipo 'fundacional', son, por tanto, menos insoportables que la ausencia de límites a la libre gestión de la política criminal por parte de los partidos políticos[45]. ●

43. Sobre este punto, DONINI, *Per un codice penale di mille incriminazioni. Progetto di depenalizzazione all'interno di un quadro del 'sistema'*, en *Diritto penale e processo*, 2000, 1652 y ss.

44. Más ampliamente sobre ello, cfr. DONINI, *Metodo democratico e metodo scienitico nel rapporto fra diritto penale e politica*, conferencia dictada en Toledo 13-15 de abril de 2000 en el Congreso *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo* (de próxima publicación).

45. Es incomprensible la agresión al Derecho penal con fundamento constitucional realizada por NAUCKE, *Die Legitimation strafrechtlicher Normen - durch Verfassung oder durch überpositive Quellen?* en LÜDERSSEN, *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?*, Bd. I, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1998, pp. 156 y ss. El éxito obtenido por la equiparación entre derecho penal constitucional y iusnaturalismo implica resignarse a la politización del Derecho penal que, al no poder ser controlado a través de procedimientos de constitucionalidad, es únicamente el establecido en la ley ordinaria: una politización negativa por otra parte: la misma contra la que el propio NAUCKE se ha pronunciado constantemente en su copiosa producción científica.