

D) ITALIA

Experiencia italiana en la reforma del Derecho penal

Profesor GIULIANO VASSALLI,

Catedrático de Derecho penal en la Universidad de Roma (*)

1. Deseo limitar mi intervención a algunas consideraciones acerca de la experiencia italiana en materia de codificación penal, en la cual se pueden distinguir claramente tres períodos: 1) el de la legislación democrático-liberal que dio vida al Código Zanardelli, a las escasas leyes posteriores y al proyecto Ferri de 1921; 2) el de la legislación fascista, centrada en el Código de 1930 y en las pocas leyes relevantes que le siguieron (de la minoridad de 1934 y los códigos penales militares de 1941); 3) el de estos últimos treinta y cinco años, en los que, salvo el ordenamiento penitenciario de 1975, sólo ha habido leyes especiales (sin tomar en cuenta el proyecto de Código de procedimiento penal, estancado por motivos políticos y estructurales, pero cuyo tratamiento no corresponde al tema de hoy).

Me permitiré resumir las características de cada uno de estos tres períodos:

1) En el primer período el debate se localizó sobre las grandes cuestiones de principios, sobre la elección de los criterios fundamentales inspirados en los diferentes puntos de vista en materia de función de la pena y de fines del Derecho penal, sobre las exigencias de la adecuación de la legislación penal —tanto general como especial— a los principios del Estado liberal y laico.

En el transcurso de la preparación del Código Zanardelli y en el tiempo inmediatamente posterior, el único material en que se fundaron las decisiones era proporcionado por las cuestiones de principios, por los problemas dogmáticos —aunque en menor medida— y por la experiencia práctica individual de quienes formulaban las proposiciones, tomaban parte en las discusiones o eran consultados. La nota de experiencia provenía del sector de los políticos, de los magistrados y de los abogados —frecuentemente eminentes e iluminados—, pero no pasaba de allí. Por cierto que tampoco se descuidó el estudio de otros sistemas, pero sin pasar del conocimiento del contenido de las leyes de otros países, eventualmente complementado por algún conocimiento directo, pero siempre a nivel de cultura individual.

Incluso cuando se encendió el debate entre neoclásicos y positivistas, el aporte de la investigación científico-criminológica fue muy relativo. La sociología ferriana estaba colmada de valores políticos, era rica en sensibilidad por la evolución de los tiempos, por las causas sociales del delito en una

(*) Intervención sostenida por el autor en la Conferencia de Siracusa sobre «Perspectivas contemporáneas en la filosofía del Derecho penal» (4 al 11 de enero de 1981). Traducción de Raúl Zaffaroni.

sociedad atrasada, por las exigencias de la lucha contra una criminalidad peligrosa, pero sería exagerado decir que se ha caracterizado por un aporte científico, comparable al intentado por la criminología de los últimos decenios, incluso la de vertiente sociológica.

2) El segundo período se caracterizó, por un lado, por el sello autoritario del régimen y la consiguiente reivindicación de las ideologías propias de éste, tanto en la parte general como en la especial, y, por el otro, por la ambición técnico-jurídica de un grupo de profesores.

Los trabajos preparatorios del Código se desarrollaron bajo la consigna de la rapidez y de la eficacia política y en pocos años fueron elaborados los Códigos Penales, el Reglamento Penitenciario, la Ley de Seguridad Pública, la Ley Penal Financiera General y otros textos fundamentales, todos coordinados entre sí, de modo tal que representan indudablemente un verdadero monumento de técnica jurídica.

No se recibieron aportes de la investigación comparativa, que era poco acorde, tanto con la ambición nacionalista como con el escasísimo número de ordenamientos no democráticos de los estados vecinos de tradición jurídica común o similar. También fue escasísima la contribución de la criminología científica, que, por otra parte, era desdeñada y hasta combatida, por considerársela políticamente sospechosa, limitándose todo a la recepción de algunos criterios político-criminales indicados por la escuela positiva, injertados en el sistema fuertemente represivo e intimidatorio que caracterizaba al complejo total de la reforma. Por cierto que entre el proyecto preliminar y el definitivo se escucharon las opiniones de los tribunales y de los colegios de abogados, pero —además de la influencia política también presente en esas consultas, por lo menos en gran número de casos— el aporte de estas instancias fue, como máximo, el de algunas experiencias individuales.

3) El tercer período se ha caracterizado por las inseguridades en las decisiones, vinculadas tanto a una visión incierta de la realidad italiana en desarrollo, como a disensiones de fondo de naturaleza política. También lo caracterizan la exageración de los defectos propios de un régimen democrático-parlamentario respecto de la labor codificadora y el escaso convencimiento de la burocracia ministerial acerca de la necesidad de una obra de reforma.

El mayor esfuerzo se orientó hacia la reforma del procedimiento penal, por obra de políticos, del sector forense, de las asociaciones de magistrados y de los profesores. Pero los resultados de esta reforma se articularon demasiado tarde, topándose contra las exigencias —ciertas o presuntas— de la lucha contra el terrorismo y contra una criminalidad siempre más difundida y organizada, además de resultar poco compatibles con un sistema que aún carece de las estructuras adecuadas.

Los únicos frutos de este período han sido el ordenamiento penitenciario, algunas reformas tendientes a aliviar el peso de las penas detentivas y algunas nuevas ramas de la parte especial, más sensibles a los movimientos sociales y culturales (prostitución, droga e interrupción del embarazo).

2. Resumidas de este modo en sus líneas más generales, veamos ahora qué nos dicen estas experiencias italianas, tan diferentes entre sí, sobre los problemas particulares del tema de hoy, conforme a lo que las indicaciones un tanto difusas del esbozo de programa y la relación de Ancel nos señalan como relevantes para nuestra discusión.

En general, me parece que tales problemas son los siguientes:

- a) Momento de la intervención legislativa.
- b) Alternativa entre reforma por novelas o reforma total.
- c) Método constitucional para la formación de las leyes penales.
- d) Individualización de los principios generales que deben seguirse y de los valores que deben tutelarse.
- e) Relaciones y prioridad entre la parte general y la especial.
- f) Aparte de la comparación jurídica.
- g) Aparte de la dogmática penal.
- h) Aparte de la práctica forense y judicial.
- i) Aparte de la criminología científica y empírica.
- j) Valoración del impacto administrativo y financiero.
- k) Revisión de los resultados y control de la operatividad y practicabilidad de las reformas efectuadas.

3. a) El problema del *momento de la intervención legislativa* depende de las condiciones históricas y culturales de cada país. Me limitaré a destacar que las exigencias de un cambio legislativo pueden provenir de razones de naturaleza harto diferente y variada, tales como la de acentuar la unidad de los Estados sobre el terreno de las leyes penales sustanciales (son fundamentales en este sentido, los ejemplos del Código alemán de 1871, del italiano de 1889, del suizo de 1937-1940, del movimiento para la adopción del Model Penal Code por parte de los Estados Americanos), la de dar leyes adecuadas a nuevas situaciones político-constitucional y político-sociales (los códigos de los países del Este europeo, el Código Rocco, la ambición nazi de 1938, el proyecto de nuevo código penal para la España democrática, etc.), la de inspirarse en nuevas concepciones en materia de prevención y promoción del delito, la de ponerse al día conforme a nuevos datos fácticos y a nuevos problemas, y la de sustituir, simplemente, los códigos envejecidos. Como es natural, los diversos fines, que a veces son concurrentes, ejercen influencia sobre los métodos y sobre otros elementos.

Corresponde insistir a este respecto en que es prudente seguir el camino de un justo medio, en el sentido de que no es necesario proceder a una renovación demasiado frecuente, especialmente de la parte general, sin antes haber valorado adecuadamente la prueba del sistema anteriormente vigente.

b) El tema se conecta aquí con el segundo punto, relativo a la *elección entre reforma por novelas o reforma global*.

La experiencia italiana de los últimos decenios—particularmente del último—nos ha puesto frente a repetidas novelas, algunas veces ocasionadas por el retardo de la reforma global, como en el caso de la de abril de 1974, y otras veces por el aumento de la delincuencia común o por la difusión del terrorismo y la consiguiente demanda de represión más severa.

Si bien no puede negarse totalmente la necesidad de estas novelas, no es menos cierto que se hace inevitable afirmar que ellas terminan, de uno a otro modo, aumentando la inseguridad jurídica, llevando a cabo injustificadas disparidades de tratamiento, y produciendo desórdenes en el interior del sistema.

En el marco general de una reforma, es posible admitir el método de reformar sector por sector de la parte especial, pero de cualquier modo, lo que se debe recomendar es la necesidad de tener presente, en tales reformas, todos los sectores conexos, como, por ejemplo, los existentes en las leyes especiales, de modo que al menos el sector sea reformado en su totalidad. En lugar, en lo que respecta a la parte general, dejando de lado la eliminación de las normas caídas en desuso o que no son más congruentes (ramas secas de la legislación penal), la reforma no puede hacer otra cosa que abarca esta parte por entero, a efectos de evitar inadmisibles, pero inevitables, desarmonías entre parte y parte, entre instituto e instituto, entre norma y norma.

En cuanto al *procedimiento constitucional de la reforma*, en los países con régimen parlamentario no se puede hacer otra cosa que aconsejar el sistema del decreto legislativo, o sea, de la ley de delegación votada por el Parlamento prefijando los criterios en la forma más precisa posible, y luego del decreto del Gobierno, de ser posible previamente controlado por una comisión parlamentaria en cuanto a su conformidad con la ley.

Resulta deseable—y desde mi punto de vista también necesario—insertar también, entre uno y otro momento, la remisión del texto preliminar a los colegios profesionales, a los tribunales y eventualmente a los sindicatos forenses ya las asociaciones de magistrados, para que expresen su parecer. En el fondo, fue el método seguido con el código de procedimiento penal (también, aunque en forma más simple, este sistema del decreto legislador fue el que se siguió en el pasado, tanto para el Código de Rocco como para el de Zanardelli).

Pese a que este método pueda parecer artificioso y complejo, siempre será mejor que una remisión directa a las Cámaras, que no se adecúan a la formulación de leyes tan delicadas y permanentes como son las de un Código. En este sentido es ya más que suficiente con que puedan proveer una ley de delegación congruente y bien detallada.

En cuanto a las comisiones ministeriales, es bueno que se compongan de profesores, magistrados y abogados, pero también de criminólogos y médicos forenses. Sería auspiciable una comisión permanente de reforma al Código penal, que en Italia jamás hemos tenido. El ideal sería que los miembros de las comisiones ministeriales—cosa que nunca hubo en Italia—fuesen liberados de cualquier otro compromiso, en forma tal de poder reunirse casi permanentemente y de poder trabajar del modo más concentrado posible y no diluido en el tiempo o con otras actividades.

d) La tarea encaminada a la *identificación de los principios directivos y generales (parte general del Derecho pena) y a los valores a ser tutelados (parte especial)* se desarrolló, por lo general, en Italia, haciéndose cargo de la primera los profesores y el sector forense—y algunas veces los magistrados—, en tanto que la segunda corrió preferentemente por cuenta de las.

fuerzas políticas. Esto ha tenido como consecuencia que las propuestas de los primeros no hayan hallado eco, en tanto que las segundas se empapan del clima político, de la escasa claridad de los principios perseguidos y de las presiones sectoriales más activas de la opinión pública. Los únicos ejemplos italianos de reforma importantes a la parte especial en el último treinta años son las dos leyes sobre drogas (1954 y 1975), la ley sobre prostitución (1958) y la ley sobre aborto (1978), que son ejemplos fuertemente politizados, pudiéndose decir algo análogo respecto de la legislación penal en materia de valores (1976) y de la anunciada reforma fiscal, como también de la legislación anti-terrorista.

Si bien en Italia no existe ningún comité o Comisión permanente, los ministerios competentes (no sólo el de Justicia, sino también el de Sanidad y otros) colaboran de vez en cuando, a veces incluso con grupos de expertos.

La situación puede cambiar cuando se trata de poner manos en una reforma global del sistema final sustancial. En este caso resulta claro que para la *identificación de los principios* resultará de gran ayuda la experiencia judicial y la elaboración de las aplicaciones concretas de los principios vigentes (y eventualmente en plan de modificarse) por parte de la jurisprudencia, en tanto que para la *identificación de los valores* lo serán las estadísticas judiciales, los estudios sociológicos y los estudios políticos. De cualquier manera, serán determinantes los datos empíricos, como también las grandes transformaciones de otros sectores del derecho (familia, sociedades comerciales, mundo del trabajo y similares).

e) Un punto de importancia primordial es el que se refiere a las *relaciones entre la parte general y la especial del Código penal*. Ya hemos visto que la reforma de la parte general debe ser hecha en su totalidad de una vez y en forma unitaria, en tanto que es en la parte especial donde únicamente se puede concebir que la reforma sea sectorial, como, por otra parte, sucede habitualmente en las materias regulada por leyes penales especiales. No obstante, este problema se plantea especialmente en aquellas legislaciones que a causa de radicales cambios políticos o por vetustez u otros motivos tienen urgencia en cuanto a la reforma de su parte general o de algunos sectores de su parte especial.

En otros casos, como es el de Italia, donde a lo largo de treinta y cinco años de régimen democrático algunas de las reformas más urgentes se han hecho tanto en la parte general como en la especial, la exigencia actual es la de reformar ambas en forma conjunta. El problema es muy diferente al de Alemania Federal, que tenía una parte general que se remontaba a 1871 y cuyos principios habrán sido sometidos a una elaboración doctrinaria y jurisprudencial secular. En Italia, en vez, la mayor parte de los principios en que se inspiró el Código Rocco son bastante claros, tratándose únicamente de saber si deben cambiarse y, en caso afirmativo, en qué medida debe hacerse. Lo mismo puede decirse del sistema de valores que inspira la parte especial.

La experiencia de modificar la parte general en función de las exigencias de la parte especial ya se ha hecho en abril de 1974 y, al menos en este aspecto, no se ha tratado de una reforma oportuna.

Los problemas particulares de los temas y de las circunstancias que las modifican deberán verse caso por caso, delito por delito. Así, en ningún caso puede tener la preferencia la reforma de la parte especial, lo que, salvo en el caso de algunos sectores, como ya ha sucedido, sería bien extraño.

Un Código penal serio, en condiciones de normalidad, desde mi punto de vista, sólo puede surgir de una reforma coordinada y conjunta de la parte general y de la especial, como, por otra parte, por lo general ha sucedido históricamente.

f) El *aporte de la comparación jurídica* a una reforma es de fundamental importancia. Muchos problemas que en los límites de la experiencia de un solo país y de sus disputas pueden parecer de difícil solución, encuentran soluciones imprevistamente simples cuando se repara atentamente en las codificaciones ajenas. Por otra parte, permite evitar que por influencia de la novedad, se introduzcan institutos que, puestos en práctica en otros ordenamientos, hayan dado por resultado experiencias negativas.

Pero no obstante la evidente necesidad de este aporte, lo cierto es que la referencia comparativa continúa siendo esporádica, ocasional, sólo procurada de vez en cuando y, obviamente, limitada a las experiencias más conocidas, cercanas o usuales. El Instituto de Estudios Legislativos y otras instituciones análogas se han ocupado siempre con preferencia del Derecho civil comercial, industrial, de la navegación, etc. Otras se han dedicado especialmente al Derecho constitucional. Sólo en los últimos tiempos se han dado algunos pasos en las investigaciones comparadas en Derecho penal, con trabajos *ad hoc* financiados por el Consejo Nacional de Investigaciones, pero a causa de su naturaleza y de sus múltiples objetivos, este último no puede dedicar mucha atención ni fondos a la investigación sobre el estado de la legislación y de la práctica judicial de otros países.

Sería importante que el Ministerio de Justicia estableciese un centro de investigación y documentación científica actualizada sobre todas las otras legislaciones penales, que permita una información permanente y que dé lugar a constantes reflexiones sobre los diferentes aspectos de la materia.

g) Obviamente, el *aporte de la dogmática* penal siempre será fundamental. La circunstancia de haber sido siempre o casi siempre los juristas, con su insustituible aporte, quienes han proporcionado la base de toda reforma fiscal, es una circunstancia que nos indica que ni siquiera hoy debemos perder de vista el carácter esencial de su contribución. Entre otras cosas, la elaboración de un código implica clara elaboración de principios, algunas veces de definiciones, como también una visión sistemática y coordinada, y para todo esto es imposible prescindir de los cultores de la ciencia jurídica.

De cualquier manera, los puntos de vista de los exponentes de esta última deberán coordinarse siempre con los datos de la criminología empírica, con la experiencia jurisprudencial y, sobre todo, con las experiencias prácticas que se hayan hecho de determinados institutos.

h) En este último aspecto es esencial el aporte de la *práctica judicial y forense*. No se trata sólo de la interpretación de ciertas normas bajo el tormento de la jurisprudencia, sino también de sus posibilidades prácticas.

Si en cierto contexto (terrorismo, «mafia», «camorra», mala vida) el poder discrecional del juez se ejerce siempre en el sentido más mitigante, hasta llegar a la despenalización respecto de ciertos institutos (agravación por reincidencia, negativa de suspensión, eliminación de temas de gravedad media), resulta claro que se hace necesario revisar atentamente los espacios concedidos a este poder.

Tanto por el aporte de experiencia judicial como por el estadístico y sociológico como también para la valoración del impacto administrativo, son fundamentales en Italia algunas encuestas—o mejor, relaciones documentadas— hechas en los últimos años por el Consejo Superior de la Magistratura el Parlamento, pese a ser un aporte más importante en el campo procesal, debido a que se limitan a aspectos del ordenamiento y estructura judiciales. Con todo, proporcionan datos interesantes al Derecho penal sustancial—hasta pensar en el tema de despenalización—y, naturalmente, al Derecho penitenciario.

i) En cuanto al *aporte de la criminología*, es obviamente del que no se podrá prescindir.

Algunos institutos del Código Rocco, como el delincuente por tendencia, que pretendían ser la recepción de algunas teorías criminológicas y su combinación con los puntos de vista político-criminales del legislador, han fracasado de inmediato por la falta de previo apoyo fundado en experiencias criminológicas reales, especialmente de técnica criminológica.

Toda reforma en materia de temas y medidas de seguridad, de su real función y confiabilidad, de suspensión condicional o de «probation», de tratamiento del reincidente y del habitual o profesional, no podrá prescindir nunca de los datos proporcionados por la criminología empírica. Lo mismo puede afirmarse respecto de los delitos cometidos en estado de embriaguez alcohólica o bajo la acción de estupefacientes, como para el tratamiento del menor y del psicópata. Incluso la experiencia penitenciaria entra en este cuadro.

No obstante que en una cierta medida el Derecho penal quedará siempre guiado por aspectos emocionales e intensivos, particularmente en el campo de la prevención general, de cualquier forma, será siempre indispensable una participación adecuada y orgánica del criminólogo en todos los aspectos de la reforma penal, quien debería participar en forma permanente en los trabajos y no sólo con el aporte de contribuciones escritas.

Por otra parte, resulta necesario que las estadísticas sean mejores y más precisas.

j) Pese a que frecuentemente ha faltado su ocasión de anteriores reformas, la fundamental la valoración del *impacto administrativo y financiero de las reformas penales*, como lo es en general para cualquier otra reforma. El problema de las estructuras y del funcionamiento de instancias administrativas no sólo es importantísimo para el procedimiento penal, sino que también lo es para algunas típicas reformas penales sustanciales. Basta pensar en la despenalización y en las sanciones alternativas y sustitutivas, como también en la reelaboración de las penas pecuniarias.

En las recientes experiencias de reforma procesal, hubo junto a las dos comisiones principales, una tercera dedicada al estudio de las estructuras.

k) Finalmente, me parece esencial el *examen periódico* y orgánico de los resultados de toda reforma, especialmente teniendo en cuenta que es menester cuidarse siempre de conclusiones prematuras. También en este aspecto me parecen importantes en Italia las referidas relaciones anuales del Consejo Nacional de la Magistratura.

Veo que el tiempo establecido para mi intervención ha transcurrido y, por ende, creo que conviene remitir este último tema a la discusión que a continuación tendrá lugar.