

Derecho penal (*)

CARMEN JUANATEY DORADO

1. DEFINICIÓN Y LÍMITES

Es el instrumento sancionador, y no las materias sometidas a la disciplina, en buena parte comunes a otras ramas del Derecho público o privado, lo que caracteriza y distingue al Derecho penal del resto del ordenamiento jurídico (1).

La sanción penal tradicional –la pena– se caracteriza por ser intencionalmente aflictiva: recae sobre el condenado (aunque inevitablemente el sacrificio implica a las personas cercanas a él) sin eliminar o compensar las consecuencias del ilícito y sin perseguir resultados útiles a corto plazo (más bien al contrario, comporta costes elevados para la misma colectividad) (2).

El carácter aflictivo no es suficiente, sin embargo, para diferenciar esta categoría, puesto que también se encuentran sanciones represivas en otras ramas del Derecho (administrativo, tributario, procesal: es más este fenómeno ni siquiera es ajeno al Derecho privado). En realidad, desde el punto de vista de los contenidos aflictivos, la sanción

(*) Traducción de la voz «Diritto penale» del *Digesto delle discipline penalistiche*, Tomo IV, 1990 (reimpresión 1992). Traducido por Carmen Juanatey Dorado, Profesora Titular de Derecho penal, Universidad de Alicante.

(1) Sobre la distinción entre «campo material» y «tipo de disciplina», cfr., AMATO, *Rapporti tra norme primarie e secondarie*, Milano, 1962, 89.

(2) Sobre la tipología de las sanciones cfr., PADOVANI, *Lectio brevis sulla sanzione*, en *Le pene private*, edición de Busnelli y Scalfi, Milano, 1985, 55.

propriadamente penal parece caracterizarse más por la cualidad que por la intensidad: ya sea porque afecta (al menos potencialmente, como la pena pecuniaria convertible en prisión en caso de insolvencia del condenado) al bien supremo de la libertad personal (o a la misma vida en el estrecho margen de las leyes penales de guerra: artículo 27, párrafo último de la Constitución); ya sea por su capacidad para no agotarse en sí misma, sino para dejar tras de sí una estela de «efectos penales» (art. 20 CP.) que continúan afectando negativamente a la posición jurídica del sujeto, acentuando los efectos estigmatizantes de la condena.

La caracterización desde el punto de vista del contenido no es por sí sola determinante: cumple una función constitutiva el criterio nominalista que se refleja en el elenco taxativo de las «penas principales» contenido en el artículo 17 CP (3). Lo que caracteriza a una norma como penal y a un ilícito sancionado como delito es la conminación de una pena principal. Así, son las penas principales las que pueden verse en parte reemplazadas por las «sanciones sustitutivas» introducidas por la Ley núm. 689 de 1981 (arts. 53 ss.), así como llevar consigo las penas accesorias (cuyo elenco no se agota en el artículo 19 CP) y los demás efectos penales de la condena. A la previsión de un hecho como delito (punible con una pena principal) se condiciona también la aplicación de las medidas de seguridad (art. 202 CP): las mismas figuras excepcionales de «cuasi-delito» (el delito imposible del art. 49, párrafo 21 CP, así como el acuerdo delictivo no ejecutado o la inducción al delito no aceptada regulados en el art. 115 CP), se construyen como tipos penales integradores, estructuralmente complementarios de un hecho penalmente sancionado (4).

Centrado, también desde la perspectiva constitucional (art. 27), en el mecanismo de la «responsabilidad», es decir, del sometimiento a las consecuencias sancionadoras de un ilícito, el ordenamiento penal tiene dificultades para asimilar, junto a las sanciones propiadamente punitivas (penas principales, accesorias, sustitutivas) el instituto de la medida de seguridad: aplicable tanto *post delictum* (salvo las excepciones de los cuasi-delitos, carentes de significado práctico), pero proporcionada a una magnitud totalmente subjetiva como es la peligrosidad, respecto a la cual el hecho delictivo juega como condición de relevancia, o todo lo más como síntoma; como apta para sacrificar o limitar (dejando a salvo la

(3) Sobre el nominalismo del criterio distintivo, cfr., DELITALA, «Diritto penale», en *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, 1095. En sentido crítico PAGLIARO, *Principi di diritto penale, parte generale*, III, Milano, 1987, 18.

(4) En el sentido de que el cuasi-delito, en cuanto no punible, no es verdadero delito véase ahora VASALLI, «Quasi-reato», en *Enc. dir.*, XXXVIII, Milano, 1987, 36; en otro sentido, PAGLIARO, *Principi*, cit., 219.

figura de la confiscación en cuanto tal) el bien de la libertad aun cuando su afflictividad constituye un medio y no un fin. A ello ha de añadirse el ambiguo régimen procesal: la aplicación de las medidas está ciertamente protegida por la garantía constitucional, pero no tiene técnicamente carácter de «condena» (arts. 205 CP y 479, último párrafo, CP).

Sobre la pertenencia de las medidas al Derecho penal, en un tiempo vivamente debatida, ya no es lícito dudar (5). Tanto por razones históricas y político-criminales, dado que la medida fue introducida en el Código Rocco como sustitutivo y complemento de la pena, en una estrategia unitaria de lucha contra la criminalidad; como por la función represiva que acaba por asumir no sólo de hecho, por el peso de su ineliminable afflictividad, sino también normativamente: a pesar de la reciente derogación del artículo 204 CP (art. 31, l. 10-10-1986, n1 663), el ámbito de aplicación de las medidas personales viene determinado principalmente, al margen de la necesaria comprobación de la peligrosidad, por la gravedad y por el tipo de delitos cometidos (la peligrosidad concreta cumple una función de límite, más que de fundamento: es casi una presunción *iuris tantum* en lugar de la suprimida presunción absoluta). Con la inclusión de las medidas de seguridad en el sistema también los inimputables (art. 203 CP) adquieren una (aunque reducida) capacidad jurídico-penal (6).

Han tenido escaso éxito las propuestas de cambio terminológico, que sugieren sustituir «sanciones penales» (y Derecho penal) por el término más amplio de «sanciones criminales» (y Derecho criminal), utilizando como criterio para ello el hecho generador, en lugar de la pluralidad de posibles sanciones (7). Al margen de la inoportunidad de abandonar el lenguaje del Código (y de la misma Constitución: art. 27), es innegable que la medida de seguridad, a pesar de la homologación constitucional (art. 25, párrafo 31), resulta en definitiva una institución marginal debido a su propia legitimación político-criminal, que resulta demasiado problemática como para situarla en el mismo plano que la pena (8).

(5) Por todos CARACCIOLI, *I problemi generali delle misure di sicurezza*, Milano, 1970, 237. Para una noción de responsabilidad penal «en sentido amplio», véase Boscarelli, *Compendio di diritto penale*, VI, Milano, 1988, 5.

(6) Cfr., M. GALLO, *La persona umana nel diritto penale*, RIDPP, 1956, 422; y ahora MARINI, *Lineamenti del sistema penale*, Torino, 1988, 93. Desde un punto de vista diferente DELL'ANDRO, «Capacità giuridica penale», en *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, 117.

(7) Así, por ejemplo, BOScarelli, *Compendio*, cit., 6.

(8) Sobre la «marginalidad» de la medida en el sistema sancionador, cfr., MUSCO, *La medida di sicurezza detentiva*, Milano, 1978, 278; sobre la pena como «eje central», cfr., MANTOVANI, *Diritto penale*, II, Padova, 1988, 4.

Irreducible a una dialéctica de la responsabilidad y, por ello, extraña al mundo penal, se encuentra, por el contrario, la institución de la medida de prevención, que responde a situaciones de mera sospecha, a manifestaciones antisociales no cualificadas penalmente, a indicios que aún no han alcanzado un nivel de concreción penalmente significativo (*). En contraposición a la medida de seguridad, se trata de una forma de prevención todavía más incierta en cuanto a sus presupuestos (9).

Al género represivo pertenece también sin duda la prohibición del ilícito castigado con la sanción administrativa del pago de una suma de dinero, regulada en el Capítulo I de la Ley 24-11-1981, n.º 689, represión que, no obstante, se sitúa fuera del Derecho propiamente penal (10) como reflejo de una política de despenalización dirigida a restablecer el prestigio y efectividad de la pena, a través de la remoción de excesos inflacionistas y de la degeneración que suponen los delitos de bagatela.

La relación entre disciplina punitiva y represión administrativa no pretende ser, sin embargo, de incomunicabilidad, sino de coordinación, gracias al apoyo técnico del «principio de especialidad» del artículo 9. La alternativa administrativa completa así el proyecto de un sistema represivo modulado (en este sentido, la ley n.º 689 postula la continuidad de una política coherente de elecciones) (11). La adopción de modelos penales en la construcción del ilícito administrativo acentúa la exigencia de un nivel de garantía mínimo, inherente a la sanción puni-

(*) Nota del traductor: «Las medidas de prevención» son medidas de prevención especial consideradas tradicionalmente –y desde el punto de vista formal– de naturaleza administrativa, dirigidas a evitar la comisión de delitos por parte de determinados sujetos considerados peligrosos. Se trata de medidas predelictivas que se aplican con independencia de la previa comisión de un hecho constitutivo de delito. Esto es lo que las diferencia de las medidas de seguridad, únicamente aplicables a sujetos peligrosos que hayan cometido un hecho delictivo.

(9) Sobre tal problemática véanse las actas del Convenio de Nicola sobre *Le misure di prevenzione*, Milano, 1975; define las medidas de prevención «sanciones criminales impropias e indirectas» NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, II, Padova, 1982, 18. De este último autor véase además *La prevenzione nella teoria generale della materia penale* (1956), en *Trent'anni di diritto e procedura penale*, I, Padova, 1969, 269.

(10) La naturaleza de pena es sin embargo afirmada por NUVOLONE, *Depenalizzazione apparente e norme penali sostanziali*, RIDPP, 1968, 68.

(11) Un útil documento programático sobre los «criterios orientativos para la elección entre sanciones penales y sanciones administrativas» lo representa la Circular del Presidente del Consejo de Ministros del 19-12-1983, en *GU Suppl. ord.* n.º 22 del 23 de enero de 1984. Sobre la relación entre los dos sistemas represivos cfr., DOLCINI, *Sui rapporti fra tecnica sanzionatoria penale e amministrativa*, RIDPP, 1987, 792.

tiva en cuanto tal (12). La rama penal del ordenamiento abarca la totalidad de las normas que contribuyen a disciplinar este tipo peculiar de responsabilidad, ya sea definiendo los tipos constitutivos, ya sea graduando las respuestas sancionadoras con las correspondientes circunstancias modificativas y extintivas (13). En el conjunto total de la disciplina encuentran su lugar también normas favorables, en relación con las cuales se plantea un problema de vigencia de los principios garantistas de legalidad y de taxatividad (14). No es incompatible con la represión penal la adopción de «técnicas premiales», tendentes a estimular mediante reducciones de la pena, manifestaciones de arrepentimiento y de abandono de la delincuencia (15).

El Derecho penal sustantivo encuentra un imprescindible complemento en el Derecho procesal penal: sólo a través del proceso penal, y con la salvaguarda de los valores garantistas, constitucionalmente reconocidos, que lo caracterizan, pueden imponerse sanciones penales. El carácter instrumental del ordenamiento procesal es, por tanto, insustituible. La distinción entre la categoría de la punibilidad y la de la procedibilidad se mide a través de los efectos de la declaración de sobreseimiento: la verificación de la ausencia de una condición de procedibilidad no impide por sí misma volver a plantear la acción penal (art. 17, en relación con el art. 90 del CP) (16).

(12) La extensión de las garantías procesales del artículo 6 de la Convención europea de los derechos del hombre a la materia de las Ordnungswidrigkeiten ha sido afirmada por la Corte de Estrasburgo en la sentencia Öztürk (21-2-1984), RIDPP, 1985, 894, e ivi nt. de PALIERO, *Materia penale e illecito amministrativo secondo la Corte Europea dei diritti dell'uomo: una questione «classica» e una svolta radicale*.

Sobre el problema de la extensión de las garantías más allá de la materia estrictamente penal cfr., in particular BRICOLA, *La depenalizzazione nella legge 24 novembre 1981, n. 689: una svolta «reale» nella politica criminale?*, PD, 1982, 369; ID, *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela*, en *Funzioni e limiti del diritto penale*, edición de De Acutis y Palombarini, Padova, 1984, 76; ID., *La riscoperta delle «pene private» nell'ottica del penalista*, en *Le pene private*, cit., 49; PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, 1979, 199; SINISCALCO, *Depenalizzazione e garanzia*, Bologna, 1983, 151.

(13) Cfr., M. GALLO, *La Legge penale*, Torino, 1967, 3. Sobre la tipología de las normas penales véase también MUSOTTO, *Diritto penale, parte generale*, Palermo, 1981, 28.

(14) Sobre el problema, por todos, PALAZZO, *Il principio di determinatezza*, cit., 248.

(15) Véanse las actas del simposio organizado por la Fundación Luzzani sobre *Diritto premiale e sistema penale*, Milano, 1983; así como las actas del Convenio de Nicola sobre *La legislazione premiale*, Milano, 1987. Véase, además, PADOVANI, *La soave inquisizione. Osservazioni e rilievi a proposito delle nuove ipotesi di «ravvedimento»*, RIDPP, 1981, 529, y FLORA, *Il ravvedimento del concorrente*, Padova, 1984, 99.

(16) Sobre la delimitación entre Derecho penal sustantivo y procesal véase en particular PAGLIARO, *Principi*, cit., 25.

2. LA FUNCIÓN

El problema de la función del Derecho penal deriva de la peculiaridad de los instrumentos sancionadores. Esto se puede plantear bien en términos de deber ser (de empleo constitucionalmente correcto y políticamente apropiado) o bien en términos (en absoluto coincidentes) de efectividad histórica (17), con frecuencia cambiantes en la práctica jurídica dependiendo de las coyunturas y de las materias (piénsese en la recurrente tentación de la ejemplaridad en situaciones de gran alarma social). Además, cada subtipo de sanción penal se caracteriza por una peculiar combinación teleológica.

A partir de tales premisas, la actual forma de enfocar la disciplina punitiva se puede resumir en la bipolaridad: en la coexistencia de una función de tutela jurídica y una función de promoción humana, reconducibles, respectivamente, a las perspectivas de la prevención general y de la prevención especial.

La tutela de un conjunto de condiciones para la vida en sociedad, articulada en el sistema de los «bienes jurídicos» (18), es inherente a la eficacia disuasoria de sanciones aflictivas establecidas previamente. La función de tutela, sin embargo, está sometida a los principios de legalidad y taxatividad (art. 25 Const.), que la sujetan en una red de preceptos inevitablemente contrarios al empuje de la demanda social y la constriñen a una fragmentariedad cuyo inventario responde más a un residuo histórico que a una planificación racional (19).

Tal tutela no es necesariamente síntoma de conservación social: aun con la moderación propuesta por las cautelas garantistas y político-criminales, la sanción penal parece prestarse también a usos promocionales, dirigidos a alentar relaciones sociales más satisfactorias (20) (pero

(17) Sobre la separación entre plano especulativo y plano realista cfr., PETTOELLO MANTOVANI, *Il valore problematico della scienza penalistica*, II, Milano, 1983, 151.

(18) Sobre esta categoría véase ahora ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983.

(19) Sobre el «principio de fragmentariedad», véase, por todos, FIANDACAMUSCO, *Diritto penale, parte generale*, Bologna, 1985, 9; PALIERO, «*Minima non curat praetor*», Padova, 1985, 159.

(20) Cfr., ANTOLISEI, *Problemi penali odierni*, Milano, 1940, 78; FIANDACA, *Il «bene giuridico» come problema teorico e come criterio di politica criminale*, RIDPP, 1982, 67 (limitado a la promoción de valores colectivos); MANTOVANI, *Diritto pen.*, cit., 27; NEPII MODONA, *Tecnicismo e scelte politiche nella riforma del diritto penale*, DD, 1977, 680; ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, Milano, 1987, 11. No faltan, sin embargo, las voces críticas: véase, por todos, PALIERO, *Minima*, cit., 139. Para un amplio examen puede verse ahora CADOPPI, *Il reato omisivo proprio*, I, Padova, 1988, 373.

no puede proporcionarse tutela a lo futuro en cuanto tal: los objetivos perseguidos por el legislador penal deben materializarse de algún modo, deben situarse en parámetros del ser, susceptibles de tipificación).

Las exigencias de tutela social encuentran su límite en los «derechos inviolables» de los que también el reo es titular: de la garantía prevista en el artículo 2 de la Constitución deriva, en el párrafo 31 del artículo 27, la prohibición de tratos inhumanos, límite perentorio de toda sanción de carácter afflictivo. Pero en su relación con el reo, el Derecho penal de nuestro tiempo no se mantiene en una actitud de mero respeto, sino que asume un compromiso de solidaridad que, en nuestro ordenamiento, se eleva a deber constitucional, con el énfasis puesto en la función de prevención especial en su versión más avanzada (no como neutralización o marginación, sino como «reeducación», previa a una plena reinserción en la vida social: art. 27, párrafo 31, reconducible al principio de igualdad material del art. 3, CP) (21).

En realidad, el humanismo del Derecho penal no se limita al ámbito de la sanción, al condicionar la elección, la medida, la ejecución y la extinción de la misma. El momento generador, el delito, se encuentra impregnado también de componentes personalistas: no sólo por la riqueza y plasticidad del tipo subjetivo, no reducible al formalismo de la imputación (22), sino también por la significación de su proyección exterior, que no se agota con la perspectiva de los efectos de la lesividad. En cuanto ilícito en su «modalidad de lesión» (23), el delito engloba un desvalor de la conducta que se añade al desvalor de resultado (24). La riqueza de los tipos no es sólo un producto de la taxatividad: expresa una diversidad de vocaciones personales de resonancia ético-social y de interés criminológico (25).

(21) Para esta conexión cfr., DOLCINI, *La commisurazione della pena*, Padova, 1979, 175. En el sentido de excluir una finalidad reeducativa véase ahora ROMANO, «Prevenzione generale e prospettive di riforma», en *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, edición de Romano y Stella, Bologna, 1980, 165; BRICOLA, *Tecniche di tutela*, cit., 2. La afirmación de una función «regulativa» de la reeducación parece recuperar la vieja tesis que refería el principio de la reeducación al momento de la ejecución (por todos BETTIOL, *Il mito della rieducazione*, en las actas del congreso *Sul problema della rieducazione del condannato*, Padova, 1964, 15).

(22) Por todos PADOVANI, *Appunti sull'evoluzione del concetto di colpevolezza*, RIDPP, 1973, 554.

(23) Así M. GALLO, *L'elemento oggettivo del reato*, Torino, s.d., 11.

(24) Sobre recientes direcciones doctrinales en materia de relaciones entre desvalor de acción y desvalor de resultado cfr., MAZZACUVA, *Il disvalore dell'evento nell'illecito penale*, Milano 1983, 29.

(25) Según DELITALA, *diritto pen.*, cit., 1099, las modalidades de la conducta representan «quizás el dato de carácter penal de mayor relieve». Con particular referencia a los delitos contra el patrimonio véase ahora SGUBBI, «Patrimonio

3. EL DERECHO PENAL Y LA MORAL

Como punto de partida hay que decir que se trata de un tema que se plantea de forma persistente: tan sólo si se sitúa la cuestión en el terreno del Derecho positivo, es evidente la distinción entre ambos planos. En la actualidad se admite de forma generalizada que en el Estado secular, orientado hacia objetivos terrenales, la inmoralidad del comportamiento no constituye razón suficiente para justificar la reacción punitiva (26).

No obstante, es igualmente innegable que la relación con la ética se presenta, para la rama penal del ordenamiento, en términos sumamente problemáticos. Nadie se atrevería a suponer que las convergencias normalmente apreciadas (la doctrina del «mínimo ético» (27) es sólo una fórmula particularmente expresiva) sean casuales.

Si como rama del ordenamiento positivo el Derecho penal encuentra su legitimación en la Constitución, desde el punto de vista de la funcionalidad social (como dato de la experiencia jurídica) es bien conocida la tendencia de la norma penal a evocar y defender valores metapositivos. Es común observar que una disciplina punitiva que renuncie a una pretensión de justicia (reduciendo la «justicia»... al aparato) renuncia a un factor básico de eficacia (28).

Ello es así, en primer lugar, en relación con la prevención general, que la doctrina más informada no entiende como mera intimidación, sino como acción social-pedagógica tendente a reforzar en la conciencia de los ciudadanos una determinada tabla de valores con las consiguientes directivas de conducta (29). Los intereses tutelados penalmente se imponen como «valores» en cuanto dotados de una intrínseca dignidad: el objeto de la tutela penal «antes que valor jurí-

(reati contro il)», en *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, 343; MOCCIA, *Tutela penale del patrimonio e principi costituzionali*, Padova, 1988, 121.

(26) Cfr. ROMANO, *Secolarizzazione, diritto penale moderno e sistema dei reati*, RIDPP, 1981, 477; STELLA, «Laicità dello Stato: fede e diritto penale», en *Diritto penale in trasformazione*, edición de Marinucci y Dolcini, Milano, 1985, 309; FIAN-DACA, *Problematica dell'osceno e tutela del buon costume*, Padova, 1984, 99; SIRACUSANO, *I delitti in materia di religione*, Milano, 1983, 86.

(27) Sobre ésta, en la doctrina italiana, véase, en particular, MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, I, IV, Torino, 1981, 35.

(28) Cfr., VASSALLI, *Funzioni e insufficienze della pena*, RIDPP, 1963, 303; MANTOVANI, *Diritto pen.*, cit., 7. Sobre el problema de la «justificación» de las normas penales cfr., RAMACCI, *Istituzioni di diritto penale*, Torino, 1988, 109.

(29) Véase, en particular, ANDENAES, «La prevenzione generale», en *teoria e prassi*, cit., 33; PAGLIARO, *Principi*, cit., 684; ROMANO, *Commentario*, cit., 3 y 8; MILITELLO, *Prevenzione generale e commisurazione della pena*, Milano, 1982, 83.

dico es un valor social, derivado del orden inmanente en la realidad de las cosas» (30). Una criminalización que se vea como un acto de abuso por parte de las clases dominantes o de fuerzas políticas hegemónicas carece de fuerza persuasiva (de capacidad estigmatizadora) (31).

A los fines de la prevención especial, una pena padecida como injusta (carente de legitimación retributiva) no puede aspirar a cumplir una función reeducativa: más bien al contrario incita a la rebelión (32). Una reeducación digna de ese nombre (dando no obstante por descontada una cierta ambigüedad) no persigue un efecto de condicionamiento fisio-psíquico; debe ser entendida como sensibilización a los valores consagrados por el ordenamiento: no adoctrinamiento forzoso, sino predisposición al reconocimiento y al respeto (aun cuando falte una íntima adhesión) (33).

La idea de la moral como «fuente sustancial» (para el legislador) es equivocada si identifica inmoralidad y merecimiento de pena. También la visión del Derecho penal como garante del «mínimo ético» corre el riesgo de olvidar que capítulos centrales de la ética, no relativos a las relaciones intersubjetivas, no admiten ser trasladados al Derecho positivo (véase la actual polémica sobre «delitos sin víctima», al margen del problema de la delimitación de la categoría) (34); por otro lado, el minimalismo puede parecer reductivo, vista la creciente propensión a sancionar penalmente deberes de solidaridad social, como pone de manifiesto el incremento de los tipos omisivos (35).

Establecida la distinción de los ámbitos y de los planos, la relación, en definitiva, es más de implicación que de ajenidad (36). Una cosa es rechazar la ecuación delito-pecado, otra cerrar los ojos a potenciales concordancias que los dictados de la ética social aconsejan sean atendidos por el legislador (sin perjuicio, claro está, de las decisivas

(30) Así BETTIOL, *Diritto penale*, XI, Padova, 1982, 83.

(31) Cfr., PAGLIARO, *Principi*, cit., 9. Para algunas observaciones a esta tesis, véase FIANDACA, *Considerazioni su colpevolezza e prevenzione*, RIDPP, 1987, 845.

(32) Véase MARINUCCI, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, J, 1974, 25.

(33) Para un planteamiento correcto cfr., DOLCINI, *La «rieducazione del condannato» tra mito e realtà*, RIDPP, 1979, 469.

(34) Por todos MANTOVANI, *Diritto pen.*, cit., 223; NUVOLONE, *Sistema*, cit., 240.

(35) En particular sobre los tipos omisivos propios: cfr., CADOPPI, *Il reato omisivo*, cit., 373; PALIERO, *Minima*, cit., 145. Pero el incremento afecta a la responsabilidad omisiva en general: por todos, SGUBBI, *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, Padova, 1975, 54.

(36) De una relación de *correlación* habla PAGLIARO, *Principi*, cit., 13 u 683. Un punto de referencia normativo orientado éticamente viene representado, según CARBONI, por la Constitución, en *Diritto ed etica*, RIDPP, 1984, 1244.

consideraciones de oportunidad político-criminal) (37). De hecho, las legislaciones penales contienen un núcleo tradicional que refleja valores éticos fundamentales (38).

Es frecuente objetar que, junto al catálogo de los *mala in se* la represión comprende también una masa de *mala prohibita*: violaciones de reglas de creación política, esencialmente técnicas, necesarias para el gobierno de sociedades complejas. El hecho es indiscutible, pero ello no impide la evidencia de que existen preceptos penales éticamente fundados, sentidos como Derecho penal por excelencia, cuyo realce puede favorecer la interiorización, por parte de la conciencia colectiva, de valores muy problemáticos para el Estado (la lealtad fiscal, el respeto al medio ambiente). Entre la conciencia social y los imperativos jurídico-penales tiende a establecerse una relación circular: una ley penal que hunda sus raíces en la conciencia social (39) puede aspirar al mismo tiempo a modelarla. En un ordenamiento plenamente legitimado en la conciencia social (en primer lugar, fuertemente deflacionado) la propia observancia de la ley positiva puede asumir el carácter de precepto moral, aun cuando se trate de contenidos éticamente neutrales.

La objeción fundada en el pluralismo de la sociedad actual, caracterizada por la libre elección de valores, olvida la capacidad unificadora del consenso sobre los valores humanos universales que encuentran en el Código Penal la más explícita traducción positiva (40). La dialéctica parlamentaria que viene impuesta por la reserva de ley, ayuda a asegurar que en la legislación penal pueda sentirse reflejado el más amplio sector social posible (41).

(37) Típicamente político-criminales las exigencias de pragmatismo y eficiencia que reclama MARINUCCI, *L'abbandono del Codice Rocco: tra rassegnazione e utopia*, en *Diritto pen. in trasformazione*, cit., 341. Advierte contra el irracionalismo de la «necesidad de pena» PULITANÒ, «Politica criminale», en *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, 96.

(38) Sobre este núcleo fundamental común, por todos, DELITALA, *Diritto pen. in trasformazione*, cit., 341; para la distinción entre constantes y variables históricas véase, MANTOVANI, *Diritto pen.*, cit., 5.

(39) Sobre esta condición de efectividad véase, PAGLIARO, *Aspetti giuridici della prevenzione*, IP, 1976, 5; y además ANDENAES, *Op. cit.*

(40) Véase, ROMANO, *Legislazione penale e consenso sociale*, J, 1985, 413

(41) Cfr. DELITALA, *Cesare Beccaria e il problema penale*, RIDPP, 1964, 968; CARBONI, *L'inosservanza dei provvedimenti dell'autorità*, Milano, 1970, 239. Subraya una exigencia de «decantación» BARATTA, «Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetto e limite della legge penale», en *Del. e pene*, 1985, 451.

4. SUBSIDIARIEDAD Y PROPORCIONALIDAD

El principio de subsidiariedad, de origen iluminista, exige que se recurra a la tutela penal como *ultima ratio*, sólo en los casos de probada (o presumible) insuficiencia de las sanciones previstas por otras ramas del ordenamiento (42). Esta máxima, comúnmente aceptada como fundamento de la política criminal, tuvo que hacer frente tradicionalmente a una objeción: de hecho, el recurso a la pena no siempre viene impuesto por la peligrosidad de la ofensa para el orden constituido; a menudo (baste pensar en el caso de las faltas) se castiga por falta de alternativas (por una razón, por así decir, de orden técnico): porque el tipo de ilícito no permite acudir a una reacción más atenuada (43). Con la construcción de un ilícito administrativo de alcance general (no circunscrito ya a la esfera de los intereses de la Administración pública) se reduce la eficacia del argumento (pero permanece, en amplísimos campos, la imposibilidad de suprimir una reacción de carácter represivo, como respuesta al ilícito elemental pero cualificado).

El discurso sobre la elección de las sanciones debe rechazar el postulado falaz de una fungibilidad general, de una mera diferencia de grado. Las sanciones de tipo restitutorio (civiles en primer lugar, pero también administrativas, tributarias, contables), desde el punto de vista funcional no son en realidad alternativas a la pena (el carácter reversible o reparable del daño, propio sobre todo de las ofensas patrimoniales, no es suficiente para hacer superflua la represión) (44). Esto no impide que una efectiva anulación de las consecuencias (y de los beneficios) del ilícito (piénsese, por ejemplo, en la denegación de protección jurídica mediante una declaración de invalidez, allí donde sea practicable) sea a menudo considerada como el remedio adecuado, gracias también a su innegable capacidad para desincentivar.

En el Estado contemporáneo la prevención se confía, en gran medida, a instrumentos de control administrativo, a un entramado de

(42) El principio es generalmente reconocido, si bien escasamente practicado: v. por ejemplo, además de la Circular citada en la nota 11, BRICOLA, *Tecniche di tutela*, cit., 4; DOLCINI, *Sanzione penale o sanzione amministrativa: problemi di scienza della legislazione*, RIDPP, 1984, 619; FIANDACA-MUSCO, *Diritto pen.*, cit., 7; MANTOVANI, *Diritto pen.*, cit., 14; MARINUCCI, *Politica criminale*, cit., 81; PULITANO, *Politica criminale*, cit., 78.

(43) Cfr., ANTOLISEI, *L'offesa e il danno nel reato*, Bergamo, 1930, 155; CARNE-LUTTI, *Il danno e il reato*, Padova, 1926, 54; DELITALA, *Diritto pen.*, cit., 1098.

(44) De sanciones alternativas y sanciones concurrentes habla GALGANO, *Criminalità economica: il punto di vista del civilista*, RS, 1980, 425; del mismo véase también «Civile e penale nella produzione di giustizia», en *Funzioni e limiti*, cit., 99.

incentivos y desincentivos. Tal método de orientación social no excluye, obviamente, un complemento represivo, pero tampoco lo exige necesariamente cuando los intereses en juego no sean de primera importancia (en la práctica legislativa la protección penal viene a menudo relegada por los intereses de fondo para la funcionalidad de los mecanismos de gobierno) (45).

La comparación se hace más directa dentro de la clase de las sanciones de tipo represivo: en relación con sanciones sobre todo de orden administrativo (y, marginalmente, también tributario, procesal, civil), la pena se distingue no sólo por una marcada fuerza preventiva, sino más aún por su expresividad: como expresión de reproche, en cuanto cargada de capacidad estigmatizadora tanto en el momento de la amenaza (de la «criminalización») como en el momento de la aplicación (46). Si la norma penalmente sancionada posee una operatividad específica, es en el sentido de proponer a los destinatarios algo más que un mero cálculo de conveniencia: una llamada a exigencias de valor. Una política coherente de *ultima ratio* busca valorizar este potencial cualificante y, al mismo tiempo, preservarlo, evitando que la sanción penal se banalice o asuma una connotación persecutoria (47).

El discurso sobre esta capacidad de la sanción penal no puede dejar de tener en cuenta otro llamativo aspecto de la represión penal: una flexibilidad que se manifiesta tanto en la vertiente de las sanciones como en la de los tipos. El carácter graduable de la pena desde las perspectivas tipológica (acentuado hoy por la búsqueda de sustitutivos de las penas tradicionales) y cuantitativa, con el juego de los «beneficios» y de las causas de extinción de la pena, hace de ella un instrumento único dentro del arsenal de las sanciones jurídicas, apto para acoger el componente personal del ilícito y utilizable a los fines de la prevención especial. Es igualmente digna de mención (en comparación con la esquematicidad del ilícito civil, centrado en las consecuencias) la ductilidad del tipo, capaz de establecer diferentes estadios del proceso lesivo, anticipando o retardando la intervención represiva:

(45) GALGANO, *Civile e penale*, cit., 87, describe un «derecho administrativo de la economía penalmente sancionado»; una administrativización del Derecho penal es señalada también por BARATTA, «Integrazione-prevenzione. Una “nuova” fondazione della pena all’interno della teoria sistemica», en *Del. e pene*, 1984, 13. Como ejemplo cfr., BAJNO, *La tutela penale del governo del territorio*, Milano, 1980, cap. I. Véase además RONCO, *Il principio di tipicità della fattispecie penale nell’ordinamento vigente*, Torino, 1979, 29.

(46) Por todos, sobre la «pública y solemne descalificación jurídica y social del hecho que se expresa a través de la pena» cfr., VASALLI, *Funzioni*, cit., 312.

(47) Para una definición de la criminalidad de bagatela v., PALIERO, *Minima*, cit., 627.

dentro del sistema coexisten delitos de daño, delitos de peligro concreto, delitos de peligro abstracto o presunto, e incluso, marginalmente, delitos de sospecha (48). En el plano subjetivo, la opción capital viene representada por la extensión de la responsabilidad al ámbito de la imprudencia.

De ello se sigue una exigencia de proporcionalidad, núcleo ineludible de la idea retributiva: proporcionalidad entre gravedad objetiva y subjetiva de la ofensa (también en consideración al diferente estadio del proceso lesivo) y límite máximo de las consecuencias sancionadoras (49).

Llegados a este punto, habrá que preguntarse si los principios de subsidiariedad y proporcionalidad no encuentran un necesario complemento en un compromiso de tutela penal de los valores que la conciencia social aprecia como esenciales para una convivencia ordenada (claro está, en el momento histórico dado, pero especialmente con respecto a las constantes históricas que confieren plausibilidad al fantasma del «delito natural») (50). Sin duda el dato estructural de la fragmentariedad (*supra*, par. 2) frena un ideal del carácter completo de la tutela, pero es igualmente sabido que la credibilidad del ordenamiento es sacudida, no menos que por los excesos represivos, por lagunas que hieren la sensibilidad común (ya se trate de nuevas necesidades de tutela o de áreas de inmunidad consideradas como inaceptables) (51). La doctrina tiende a excluir que se puedan extraer de la

(48) Véase sobre el argumento ANGIONI, *Contenuto e funzioni*, cit., 163; FIAN-DACA, *Note sui reati di pericolo*, TN, 1977, 173; ID., «La tipizzazione del pericolo», en *Del. e pene*, 1984, 441; MARINUCCI, *Il reato come azione*, 1971, 167; PULITANO, *Politica criminale*, cit., 91.

(49) Sobre el criterio de la proporcionalidad, por todos, DOLCINI, *Sanzione penale*, cit., 589. Para una rehabilitación de la retribución como garantía de proporcionalidad cfr. M. GALLO, en AA.VV., *Orientamenti per una riforma del diritto penale*, Napoli, 1976, 27; ROMANO, «Prevenzione generale e prospettive di riforma», en *Teoria e prassi*, cit., 161. Para una recuperación en clave psicodinámica véase MORSELLI, *Il significato della capacità a delinquere nell'applicazione della pena*, RIDPP, 1977, 1353; ID., *La prevenzione generale integratrice nella moderna prospettiva retribuzionistica*, RIDPP, 1988, 48. En sentido radicalmente crítico EUSEBI, *La «nuova» retribuzione*, RIDPP, 1983, 914 y 1315. Sobre el principio de culpabilidad como función de límite véase, en particular, BRICOLA, *Tecniche di tutela*, cit., 43; DOLCINI, *La commisurazione*, cit., 176. Crítica la contraposición entre «límite» y «fundamento» MORSELLI, *La prevenzione*, cit., 67.

(50) Para una remisión a la categoría del «delito natural», véase, MANTOVANI, *Diritto pen.*, cit., 5 y NUVOLONE, *Sistema*, cit., 81.

(51) Sobre el surgir de nuevos bienes merecedores de tutela, por todos, MARINUCCI, «Profili di una riforma del diritto penale», en *Beni e tecniche della tutela penale*, edición del CRS, Milano, 1987, 25.

Constitución imperativos de criminalización (52); sin embargo, es un dato de hecho que un número creciente de Tratados incorpora exigencias de represión penal sentidas por la Comunidad internacional (53).

5. ¿SUBJETIVIZACIÓN DE LA NORMA PENAL?

La tutela penal es esencialmente objetiva: opera independientemente de la voluntad de los portadores de los intereses protegidos, en relación con los cuales no crea situación jurídica activa alguna (54). El Derecho penal muestra así una peculiar aptitud para hacerse cargo de intereses difusos, pertenecientes a la entera comunidad social o a categorías o grupos no personificados (de ahí la tradicional clase de los «delitos vagos», carentes de sujeto pasivo individualizado).

No representa una excepción la eficacia despenalizadora reconocida al consentimiento del ofendido, que no excluye el automatismo de la reacción punitiva, sino que incide –inicialmente– sobre la misma configuración del ilícito (la «disponibilidad», que constituye su presupuesto, es una característica del «derecho» ofendido que no depende de la norma penal, la cual se limita a tomarla en consideración al no existir un imperioso interés público en la represión). Tampoco se puede apreciar una derogación en la existencia de delitos perseguibles mediante querrela o a instancia del ofendido; este último fenómeno no pone en cuestión la punibilidad del ilícito penal, pero se manifiesta posteriormente en el ámbito procesal, como establece el artículo 17 CP.

El *ius puniendi* representa un atributo de la soberanía estatal, que encuentra en la Constitución su fundamento y sus límites (55). Por

(52) V. en particular PULITANÒ, *La teoria del bene giuridico tra codice e costituzione*, QC, 1981, 111; ID., *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, RIDPP, 1983, 484; BRICOLA, *Tecniche di tutela*, cit., 9; FIANDACA, *Il «bene giuridico»*, cit., 73.

(53) La necesidad de una legislación penal para la protección de valores fundamentales y de aspectos esenciales de la vida privada, regulada en el artículo 8 de la Convención, ha sido afirmada en la sentencia 26-3-1985 (X e Y contra Países Bajos) del Tribunal europeo de Derechos Humanos. V. además BOSCARRELLI, *Considerazioni in tema di reati internazionali, con particolare riferimento a convenzioni stipulate dall'Italia*, RIDPP, 1987, 485.

(54) Cfr., ANTOLISEI, *L'offesa*, cit., 98; M. GALLO, «Capacità penale», en *NN.D.J.*, II, Torino, 1974, 889.

(55) Por todos DELOGU, *La loi pénale et son application*, Alexandrie, 1956-1957, 141; GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, I, II, Milano, 1947, 277; MANZINI, *Trattato*, cit., 92.

tanto, el carácter público del Derecho penal no puede ponerse en duda. Si bien es cierto que la obligatoriedad subrayada en el artículo 3 CP (en función de los límites de eficacia personal y espacial) no constituye una prerrogativa de la ley penal (56), sin embargo es igualmente cierto que la categoría de las normas dispositivas y supletorias, derogables por la voluntad de los particulares, quedan fuera del ámbito del Derecho penal (57). La inderogabilidad de la Ley penal viene además fortalecida, en nuestro ordenamiento, por la constitucionalización del principio de obligatoriedad de la acción penal (art. 112 Const.): los fenómenos de «selección» que se observan en sede aplicativa representan una disfunción (prácticamente inevitable) contra *legem* (58).

Del mismo modo, tiene una connotación puramente de Derecho público la «potestad punitiva» que se origina por la violación del precepto sancionado penalmente. Por el lado activo esa potestad se caracteriza como indisponible (59). Sólo impropriamente, en lenguaje empírico, en las manifestaciones del principio de indulgencia (amnistía, indulto y gracia) pueden reconocerse otras tantas formas de «renuncia» para hacer valer la pretensión punitiva: se trata en realidad de institutos dotados de una posición funcional e institucional autónoma que caen dentro de la competencia de órganos diversos de aquellos a los que viene asignada la aplicación de la Ley penal (60). Técnicamente, desde el punto de vista de los efectos, confluyen en el cauce de las causas de extinción de la responsabilidad criminal, puesto que el carácter ineluctable de la efectiva aplicación de la pena, sinónimo de intransigencia retributiva, ha sido superada por los modernos sistemas sancionadores (61).

Por el lado pasivo es igualmente clara la imposibilidad de proponer una «obligación» de someterse a la pena: la situación del reo es de mera «sujeción» (62), la cual pasa de potencia a acto en virtud de la condena (la posibilidad de sustraerse a la represión penal que ofrece el

(56) Cfr., DELOGU, *Op. cit.*, 147.

(57) Cfr. GRISPIGNI, *Diritto pen.*, cit., 257.

(58) Véase sobre el tema el análisis de PALIERO, *Minima*, cit., 203.

(59) Véase en particular VASSALLI, *La potestà punitiva*, Milano, 1942, 105.

(60) Cfr. VASSALLI, *Op. cit.*, 134.

(61) Para una visión histórica véase PADOVANI, *L'utopia punitiva*, Milano, 1981. Contra la exasperación del principio retributivo, por todos, DELITALA, *Prevenzione e repressione nella riforma penale*, RIDPP, 1950, 701.

(62) Por todos VASSALLI, *La potestà*, cit., 43 y 70; por el contrario, en el sentido de la obligación véase, DELOGU, *La loi*, cit., 152.

instituto de la oblazione (*) ha de incluirse también entre los mecanismos del sistema sancionador). Solamente pueden trazarse verdaderas y propias obligaciones (sancionadas penal o disciplinariamente) en la fase ejecutiva, en relación con la estructura de cada una de las concretas sanciones (piénsese en las situaciones subjetivas propias del régimen penitenciario, por no hablar de la prohibición de evasión, válida por otro lado para cualquier situación legítima de arresto o detención: art. 385 CP; piénsese también en las obligaciones y prohibiciones inherentes a las penas accesorias: art. 389 CP) (63).

Probablemente la misma noción de potestad punitiva representa una redundancia. Las consecuencias jurídicas de la norma penal sustancial se miden en el ámbito del proceso, donde dan lugar a posiciones de deber, en un primer momento del titular de la acción penal (obligado a proceder) y luego de los órganos jurisdiccionales [donde no hay espacio para el llamado «Estado-administración» (64)]. La sanción penal, baluarte de la norma penal, se procesualiza en la fase de aplicación.

6. DERECHO PENAL Y CONSTITUCIÓN

La relación de subordinación jerárquica no se agota en una red de límites deslegitimadores: en la fuente suprema la reciente doctrina ha apreciado un verdadero y propio sistema de principios constitutivos, sobre los que basar no sólo un programa de reforma, sino —ya de *lege data*— la reconstrucción de amplios sectores de la disciplina (65).

Incuestionablemente la Constitución no cumple sólo una función garantista entendida como mera preclusión, sino que fija las *têtes de chapitre* del ordenamiento penal: en materia de fuentes (los princi-

(*) Nota del traductor: La «oblazione» común se regula en el artículo 162 del Código Penal italiano. Este precepto establece que en las faltas castigadas con pena pecuniaria, el inculpado, antes de la apertura de la vista oral o bien antes de que se dicte «decreto di condanna» (resolución judicial, dictada sin previo juicio oral y a instancias del Ministerio Fiscal, que pone fin al juicio especial por decreto —arts. 459 y 460— del Código procesal italiano), podrá pagar una suma equivalente a la tercera parte del máximo de la pena establecida para la falta cometida, además de las costas procesales. El pago de dicha suma extingue el delito.

(63) En el sentido del texto, VASSALLI, *La potestà*, cit., 46.

(64) Sobre este punto véase, CORDERO, *Procedura penale*, IX, Milano, 1987, 9.

(65) Sobre la Constitución entendida como fundamento y no como límite cfr., en particular BRICOLA, *Legalità e crisi: l'articolo 25, commi 21 e 31, della Costituzione rivisitato alla fine degli anni 70*, *QC*, 1980, 180. Véase la sentencia núm. 364 de 1988 de la C. Cost. y la nota de PULITANÒ, *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*, *RIDPP*, 1988, 686.

pios de legalidad, taxatividad e irretroactividad: art. 25, párrafos 21 y 31), de fundamento de la responsabilidad (el «principio del hecho» del art. 25, párrafo 21; el carácter personal de la responsabilidad criminal del art. 27, párrafo 11), de articulación y límite de las consecuencias sancionadoras (la doble vía del art. 25, párrafos 21 y 31; los contenidos y la función de la pena, regulados en el art. 27, párrafos 31 y 41) (66).

Es discutida, sin embargo, la constitucionalización de un «principio de lesividad u ofensividad» que excluiría técnicas de tutela no sólo difícilmente sustituibles (nos referimos, en especial, a la fórmula del peligro presunto), sino suficientemente precisas bajo el aspecto descriptivo (cuando el tipo de interés en juego no permita expresar de manera directa el fenómeno lesivo) (67). También es problemático el esfuerzo por constreñir el empleo de la sanción penal, condicionándolo a un presupuesto constitucional: se discute si los valores constitucionalmente consagrados constituyen un *numerus clausus* de bienes objetivos penalmente tutelables (68); o si el principio de legalidad no comporta más que una delegación al legislador ordinario (claro está, dentro del respeto a los principios constitucionales) (69). El garantismo de la primera alternativa resulta más aparente que real, siendo necesario reconocer que el anclaje constitucional puede también estar implícito (70).

(66) Véase, por todos, BRICOLA, «Teoria generale del reato», en *NN.D.I.*, XIX, Torino, 1973, *passim*; MANTOVANI, *Diritto pen.*, cit., 25; PALAZZO, «Valori costituzionali e diritto penale (Un contributo comparatistico allo studio del tema)», en *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, Milano, 1985, 531; SINISCALCO, *Giustizia penale e costituzione*, Torino, 1968; SPASARI, *Diritto penale e Costituzione*, Milano, 1966.

(67) En sentido afirmativo véase, en particular, M. GALLO, *I reati di pericolo*, *FPe*, 1969, 9; BRICOLA, *Teoria*, cit., 81; MARINUCCI, *Il reato*, cit., 183. En sentido crítico, véase sobre todo VASSALLI, «Considerazioni sul principio di offensività», en *Scritti in memoria di Ugo Pioletti*, Milano, 1982, 659; ZUCCALÀ, «Sul preteso principio di necessaria offensività del reato», en *Studi in memoria di Giacomo Delitala*, III, Milano, 1984, 1700.

(68) En este sentido BRICOLA, *Teoria*, cit., 15; y más reciente *Tecniche di tutela*, cit., 22; MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Milano, 1974, 124. En ese mismo sentido también STELLA, *La teoria del bene giuridico e i c.d. fatti inoffensivi conformi al tipo*, *RIDPP*, 1973, 36.

(69) Véase en particular NUVOLONE, *Sistema*, cit., 51; PAGLIARO, *Principi*, cit., 231; ROMANO, *Commentario*, cit., 263. Sobre la perspectiva de una Constitución «abierta» cfr., PULITANÒ, «Bene giuridico e giustizia costituzionale», en *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, edición de Stile, Napoli, 1985, 158.

(70) Cfr., en particular FIANDACA, *Il «bene giuridico»*, cit., 57, y el mismo BRICOLA, *Legalità*, 227. Observa ANGIONI que el alcance selectivo de la relevancia constitucional es muy limitado, «porque pocos son los bienes jurídicos de los que pueda

Menos problemático resulta el fundamento constitucional de los principios político-criminales de la subsidiariedad y de la proporcionalidad (*supra*, p. 4), reconducibles, respectivamente, a la inviolabilidad de la libertad personal (art. 13, párrafo 11) y al principio de igualdad (art. 3). Pero la discrecionalidad de la valoración política ligada a ello no permite un control jurisdiccional más que en los límites de la irracionalidad (art. 28,1. 11-3-1953, núm. 87).

7. LA RELACIÓN CON LAS DEMÁS RAMAS DEL ORDENAMIENTO

La diferenciación de las otras ramas del Derecho público y privado —inequívoco dato positivo— no impide una exigencia de coordinación, dado el postulado de la unidad del ordenamiento, que implica coherencia en las valoraciones normativas y eliminación de cualquier antinomia a través de mecanismos internos (71).

a) La calificación de antijuridicidad, que se refleja en una sanción (penal, civil, administrativa), tiene que radicarse en un sector específico (72). El imperativo de armonización admite la compatibilidad de la valoración sectorial negativa con una actitud indiferente de las otras ramas (acción civilmente ilícita y penalmente indiferente): no con una valoración de signo positivo por parte de una norma diversa, donde quiera que esté situada, que autorice o imponga el mismo comportamiento (73). De ahí la eficacia eximente del ejercicio de un «derecho» (entendido como situación subjetiva tutelada de alguna forma) o del cumplimiento de un deber (art. 51 CP); y, por otro lado, la preclusión de la acción civil cuando haya sido comprobado por el juez penal que el hecho fue cometido en el cumplimiento de un deber o en el ejercicio de una facultad legítima (art. 25 CP).

Igualmente se ha de afirmar que la valoración de licitud o ilicitud se expresa con una coloración particular —en el ámbito y de acuerdo con los fines de cada sector— pero a la luz del ordenamiento en su

afirmarse que no son contemplados por la Constitución al menos implícitamente» (*Contenuto e funzioni*, cit., 202).

(71) Cfr., GAVAZZI, *Delle antinomie*, Torino, 1959, 75.

(72) Cfr., PETROCELLI, *L'antigiuridicità*, Padova, reimpresión, 1947, 26; y ROCCO, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, Torino, 1913, 471.

(73) Por todos MARINUCCI, *Fatto e scriminanti*, RIDPP, 1983, 1228.

conjunto (74). A ello ha de añadirse que entre las normas de uno y otro sector pueden establecerse nexos de implicación y condicionamiento no siempre fácilmente descifrables. Derechos de otra matriz pueden encontrar restricciones de orden penal: no tendría sentido invocar el ejercicio de un derecho, por ejemplo, frente a las numerosas normas penales que limitan el «*ius abutendi*» del propietario (a partir de la incriminación del incendio de cosa propia: art. 423, CP v. CP) (75).

b) Ha pasado de moda la teoría sancionadora del Derecho penal, cuya autonomía funcional es hoy enérgicamente reivindicada. La construcción no tenía su origen en la observación empírica, sino en una aproximación de teoría general: al reducir el Derecho penal al característico momento sancionador, debía encontrar una ubicación diferente para los preceptos penalmente sancionados. En el pensamiento de Binding la Ley penal (*Strafgesetz*) entra en función tras la comisión del delito, imponiendo al juez la aplicación de la sanción; suprimida de la Ley penal como cuerpo heterogéneo, la regla de conducta transgredida por el delito, la *Norm*, viene asignada al Derecho público (76).

En el pensamiento de Grispligni, el carácter «en último término sancionador» del Derecho penal viene, por el contrario, fundado en el principio político-criminal de la sanción penal como *ultima ratio*, en el sentido de que la tutela penal postula una tutela extrapenal previa cuya insuficiencia hace a aquella necesaria; pero la implicación, se precisa, es de orden lógico-sistemático, no de carácter histórico (77).

No es éste el lugar adecuado para una crítica interna. Desde el punto de vista histórico es evidente el papel de guía del Derecho penal (operante también en nuestros días) en la individualización de importantes bienes de la vida a los que extender la protección jurídica. Pero también, independientemente de la perspectiva evolutiva, es un hecho que en los actuales ordenamientos no pocos valores fundamentales,

(74) Por todos PETROCELLI, *L'antigiuridicità*, cit., 28. Para una síntesis, véase VASSALLI, *La dottrina italiana dell'antigiuridicità*, *Festschrift für H. -H. Jescheck*, Dunker e Humblot, Berlín, 1985, I, 427.

(75) Cfr., FROSALI, *L'esercizio di un diritto nel sistema delle cause di non punibilità*, en *Scritti giuridici in onore di Vincenzo Manzini*, Padova, 1954, 222; CARACCIOLI, *L'esercizio del diritto*, Milano, 1965, 41; MANTOVANI, «Esercizio del diritto», en *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, 634; y ahora MALINVERNI, *L'esercizio del diritto. Un metodo di interpretazione*, RIDPP, 1988, 367.

(76) Para una síntesis del pensamiento de Binding cfr. ARMIN KAUFMANN, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, Otto Schwartz, Göttingen, 1954, cap. I.

(77) Cfr. GRISPLIGNI, *Diritto pen.*, cit., 232. Para una formulación más cauta véase FROSALI, *Concorso di norme e concorso di reati*, rist., Milano, 1971, 12.

sean individuales, colectivos o estatales, alcanzan precisamente en la Ley penal el estatuto de «bienes jurídicos» (78).

La específica coloración de la cualificación de antijuridicidad, que se acaba de señalar, no excluye un proceso de difusión de la relevancia de un sector a otro. Sin embargo, es la cualificación penal la que se sitúa en lugar prioritario.

De acuerdo con el artículo 185 del Código Penal la criminalidad del hecho generador conlleva sin más la injusticia del daño, integrando el cuadro típico del artículo 2043 Código Civil; del mismo modo la actuación preventiva de la autoridad de policía (art. 1 t.u.l.p.s.), y más en general la sanción elemental consistente en impedir una acción derivan su legitimidad del hecho de que se trate de un ilícito penal. Pero bien mirado, ni siquiera en estos casos el reflejo extrapenal es automático y no puede darse por descontado cual sea el conjunto de calificaciones jurídicas. El delito obliga al resarcimiento en cuanto (artículo 185 CPv) «haya causado un daño patrimonial o no patrimonial»; una intervención para impedirlo (por parte de la fuerza pública o de los particulares) es admisible dentro de los límites de la proporcionalidad (excepcionalmente en relación con los ilícitos omisivos) (79).

c) Los vínculos intersectoriales se manifiestan en otro fenómeno bien conocido: la frecuente remisión por parte de la norma penal a conceptos e institutos definidos en otras ramas del ordenamiento. Precisamente porque se distingue por la originalidad de la sanción, no por las materias reguladas, la Ley penal se mueve a menudo en territorios ya encuadrados por normativas de Derecho privado o público: sus supuestos de hecho acogen, junto a fenómenos de carácter físico, biológico o psicológico, datos jurídicamente preformados (los elementos normativos por excelencia) (80).

(78) El examen crítico más profundo de la teoría sancionadora se debe a DELOGU, *La loi pénale*, cit., 180 ss. En el sentido de una «primacía» de hecho alcanzado por el Derecho penal sobre otras ramas del ordenamiento, recientemente, GALGANO, *Civile e penale*, cit., 85.

(79) Así, DELITALA, *Diritto pen.*, cit., 1098. Sobre el problema de *l'impedibilita* de los delitos omisivos véase en particular PADOVANI, *La condotta omissiva nel quadro della difesa legittima*, RIDPP, 1970, 675.

(80) Cfr., por todos, PULITANÒ, *La formulazione delle fattispecie di reato: oggetti e tecniche*, en *Beni e tecniche*, cit., 36. Sobre los elementos normativos véase, en particular, M. GALLO, «Dolo (diritto penale)», en *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964; PAGLIARO, *Il fatto di reato*, Priulla, 1960, 483; *ID.*, *Riserva di legge, elementi normativi e questioni pregiudiziali*, TN, 1977, 374; PULITANÒ, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Milano, 1976, 214; RUGGIERO, *GLi elementi normativi della fattispecie penale*, Napoli, 1965.

Tales remisiones exigen, sin embargo, cautela al intérprete: es preciso verificar si la coincidencia con la matriz extrapenal es efectiva, conceptual, o meramente terminológica, bajo la cual se esconde una conceptualización autónoma (como en el ejemplo emblemático de la «posesión») (81). Es un problema de interpretación a resolver caso por caso, a la luz de la íntima ratio de la norma incriminadora (incluso el dato topográfico tiene también su peso: piénsese en la ubicación en contextos legislativos esencialmente extrapenales y en los presumibles nexos con las reglamentaciones allí recogidas).

Ciertas posiciones doctrinales absolutizan la autonomía definitoria del Derecho penal. Se afirma que la norma penal, cuando asume como objeto situaciones creadas por el Derecho (por ejemplo, derechos patrimoniales), las reformula en función de sus propias exigencias hacia fines superiores característicos de sus propias sanciones [de ahí se deriva, innegablemente, una tutela de carácter público de los intereses privados (82), que puede ir más allá de las medidas de protección civil, normalmente anticipable al estadio del peligro, gracias a la figura general de la tentativa; piénsese además en la configuración del hurto en cuanto a los daños del ladrón o de la estafa en las relaciones ilícitas]. Se invoca el «realismo» que aporta el tipo penal al privilegiar las estructuras sustanciales, las relaciones económico-sociales, sobre las construcciones jurídico-formales, a menudo miméticas o falaces (83).

No negamos la validez programática de semejantes directivas, propias del funcionalismo del Derecho penal contemporáneo, pero una exégesis unilateralmente dominada por preocupaciones socioeconómicas corre el riesgo de caer en el arbitrio, cuando no de sustituir al legislador. El intérprete ha de ponerse en guardia frente a generalizaciones preconcebidas (84).

El problema es puramente interpretativo. Puesto que la norma penal es norma primaria, en ningún modo tributaria de otras ramas del

(81) Sobre ésta, véase recientemente MARINI, «Possesso (diritto penale)», en *NN.D.I.*, XIII, Torino, 1976, 409; RAMPIONI, «Possesso (dir. pen.)», en *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, 520.

(82) Una diferencia «ontológica» respecto al Derecho civil es afirmada por BETTIOL, *Diritto pen.*, cit., 100. En el sentido de una necesaria distinción de los respectivos preceptos, PETROCELLI, *L'antigiuridicità*, cit., 24; MOCCIA, *Tutela penale*, cit., 70.

(83) Véase, con varias acentuaciones, ANTOLISEI, *Problemi*, cit., 47; BETTIOL, *Concetto penalistico di patrimonio e momento consumativo della truffa*, *GI*, 1947, IV, 48; GUARNERI, *Diritto penale e influenze civilistiche*, Torino, 1947, 51; PAGLIARO, *L'altruità della cosa nei delitti contro il patrimonio*, *RIDPP*, 1965, 708.

(84) Para un reciente énfasis en la base civilista de las posiciones de garantía en el seno de la empresa cfr. PULITANÒ, *Posizioni di garanzia e criteri d'imputazione personale nel diritto penale del lavoro*, *RGL*, 1982, IV, 180.

ordenamiento, la visión autonomista es la única correcta. Dentro del límite de la conformidad a la Constitución, la norma penal debe ser interpretada de acuerdo con sus exigencias internas, en función de sus propios fines: sin olvidar las peculiaridades del régimen sancionador que la vincula a un sistema normativo (el Derecho penal en su conjunto) también caracterizado funcionalmente (85).

No es, sin embargo, lícito predeterminar los límites de la interpretación, a la cual no se le puede impedir fijar el puro y simple carácter extrapenal, sin manipulaciones, de algún extremo del supuesto de hecho (un ejemplo típico sería el «matrimonio que tiene efectos civiles» del art. 556 CP). Al igual que la obvia autonomía en la selección de los intereses dignos de tutela no excluye *a priori* una convergencia de objetivos con medios de protección extrapenales; las reivindicaciones de autonomía y de realismo no deben introducir subrepticamente apriorismos interpretativos. Igualmente, el problema de la relevancia de los vicios civiles o administrativos de los actos que juegan como elementos constitutivos o impositivos del delito únicamente se puede resolver en el ámbito de una interpretación del tipo específico orientada teleológicamente (86).

d) De hecho, en la realidad del vigente ordenamiento también tiene carta de naturaleza un Derecho penal sancionador, aun cuando sea como fenómeno circunscrito, periférico, en cuanto propio de la legislación complementaria (87); ello es fruto de una técnica legislativa sumaria, que olvida el fuerte carácter personalista del ilícito penal (88), lo cual a veces no es fácilmente eludible, entre otras cosas, porque es capaz de evitar contradicciones e insuficiencias en el ámbito de reglamentaciones globales.

(85) Cfr. PETROCELLI, *L'appropriazione indebita*, Napoli, 1933, 81; NUVOLONE, *Il possesso nel diritto penale*, Milano, 1942, 62. Véase, recientemente, PECORELLA, «*Patrimonio (delitti contro il)*», en *NN.D.J.*, XII, Torino, 1976, 632.

(86) Por todos CONTENTO, *Giudice penale e pubblica amministrazione*, Bari, 1979, *passim*.

(87) Reenviamos a nuestro escrito *Le rôle sanctionnateur du droit pénal*, edición de Gauthier, 1985, 15. Una acentuación de la función sancionadora en el Derecho penal contemporáneo es señalada por MANTOVANI, *Diritto pen.*, cit., 28

(88) Los inconvenientes de la técnica sancionadora han sido a menudo lamentados por la doctrina. Véase, en particular, ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, leggi complementari*, VI (edición de Conti), Milano, 1987, 284; CONTI, *Diritto penale commerciale*, I, II, Torino, 1980, 24; CRESPI, *Mauvaises pensées et autres sulle disposizioni penali del progetto per la riforma delle società*, RIDPP, 1966, 786; FLICK, *Problemi attuali e profili costituzionali del diritto penale di impresa*, RIDPP, 1983, 443; NUVOLONE, *Relazione introduttiva a los actos del Convenio de Nicola sobre el derecho penal de las sociedades comerciales*, Milano, 1973, 10.

Hablamos de Derecho penal sancionador cuando la regla de conducta (el «precepto») no es formulada por la misma norma incriminadora, sino que se encuentra incorporada en una disposición normativa presidida, en vía primaria, por sanciones extrapenales (por tanto pertenecientes a otra rama del ordenamiento), a las que la norma incriminadora hace un expreso reenvío.

El fenómeno no debe confundirse con la mera separación topográfica entre precepto y sanción [ejemplificado por la cláusula sancionadora que se encuentra en numerosos textos legislativos (89)]. Es diferente, sin embargo, la estructura de la norma penal en blanco, que prevé un mecanismo de integración, abriéndose a una diversidad de contenidos preceptivos (90).

Por otro lado debe subrayarse que también por parte de la norma penal sancionadora la determinación del precepto no se agota en una pura y simple remisión a la fuente extrapenal: momentos esenciales del tipo (el elemento subjetivo, las causas de justificación, las formas de aparición) son definidas por el Código Penal. Resulta en todo caso innegable, también en relación con la regulación del error, una preeminencia de la contribución preceptiva externa (91).

e) La observación del dato positivo pone de manifiesto una forma atenuada, si bien siempre significativa, de subordinación intersectorial. Existen normas penales que podemos denominar sancionadoras en sentido lato: que en su tipo objetivo, si bien recortado autónomamente, incorporan un momento de ilicitud extrapenal. El precepto penal viene así a penetrar, casi en función de refuerzo, en un precepto público o privado.

Se habla de un requisito de antijuridicidad especial, en ocasiones implícito en algún extremo aparentemente descriptivo (92). Piénsese en la sustracción a los deberes de asistencia inherentes a la patria potestad de los padres o a la cualidad de cónyuge (art. 570 CP), en la inobservancia de las obligaciones derivadas de un contrato de suministros (art. 355 CP), en la omisión de la (o en la irregular o incompleta)

(89) Cfr., sobre este fenómeno PULITANÒ, *L'errore*, cit., 190; PALIERO, *Minima*, cit., 100.

(90) Sobre el reenvío a un acto normativo de grado inferior como característica de la norma penal en blanco, véase en particular PAGLIARO, *Principi*, cit., 69; en sentido diverso ROMANO, *Commentario*, cit., 417 y antes *Repressione della condotta anti-sindacale*, Milano, 1974, 157.

(91) Sobre el fenómeno de la «integración» de la norma extrapenal en la penal véase ROMANO, *Commentario*, cit., 420.

(92) Véase sobre todo PULITANÒ, *Illiceità espressa e illiceità speciale*, RIDPP, 1967, 92; *ID.*, *L'errore*, cit., 376; y ahora ROMANO, *Commentario*, cit., 284.

llevanza de los libros contables prescrita por la ley (art. 217, par. 21, 1. fall.); incluso en la «distracción» que lleva implícito un destino prefijado (arts. 314 y 315 CP) (93).

La relación con las otras ramas del ordenamiento es diferente respecto a la hipótesis normal (*supra sub a*): para eludir la antijuridicidad de carácter penal no es necesaria ya un prescripción o una autorización de otra fuente; basta con la mera irrelevancia extrapenal (la ausencia de ilicitud civil o administrativa) para hacer desaparecer la tipicidad.

En tales hipótesis (y no solamente en el caso de la norma en blanco), la Ley penal se ve condicionada por fuentes heterogéneas: no sólo leyes extrapenales, sino también fuentes secundarias (reglamentos) e incluso normas internas (circulares, ordenanzas de servicio que, por ejemplo, prescriben el secreto de determinadas «informaciones de las que se tenga conocimiento por razón del oficio»: art. 326 CP), disposiciones administrativas (órdenes, autorizaciones), normas contractuales (los «contratos de suministros»).

Se hace particularmente delicado el problema del error *iuris*, la discriminación entre el ámbito del artículo 5 y el del artículo 47, par. 31 Código Penal: la fuente extrapenal no fija solamente el presupuesto estático de la obligación o de la prohibición, sino que define el dinamismo de la conducta, aportando el parámetro tipificante de la violación o incumplimiento (basta pensar en la distracción como disconformidad con el destino prefijado, o en la irregularidad de los libros contables) (94).

8. EL SISTEMA Y LOS SUBSISTEMAS

La mayoría de las normas incriminadoras se encuentran diseminadas fuera del Código, formando el llamado Derecho penal complementario (95). Sin embargo, la extensión y la organización de la parte especial (particularmente del Libro II en el que encuentran su lugar buena parte de las figuras delictivas tradicionales, cuidadosamente cla-

(93) Cfr. PALAZZO, *L'errore sulla legge extrapenale*, Milano, 1974, 121. Sobre la actualidad de los deberes públicos de actuar presupuestos por la norma del artículo 328 CP cfr., STILE, *Omissione, rifiuto e ritardo di atti di ufficio*, Napoli, 1974, 119.

(94) Como decir que la ley extrapenal define el «nucleo central» del tipo (para esta terminología cfr., GROSSO, *L'errore sulle scriminanti*, Milano, 1961, 197). Consideran aplicable el artículo 47, párrafo último, del Código Penal., con diferentes motivaciones, PULITANO, *Illiceità espressa*, cit., 104; PALAZZO, *L'errore*, cit., 208; ROMANO, *Commentario*, cit., 284.

(95) Sobre la distinción entre Derecho penal *fondamentale e complementare*, por todos, GRISPIGNI, *Diritto pen.*, cit., 265.

sificadas conforme a los objetos jurídicos reagrupados por categorías) garantiza todavía hoy al Código una posición de primacía, si bien empañada por la obsolescencia tanto del cuadro en su conjunto (de impronta estatolatra), como de importantes capítulos (96).

Alcance rigurosamente técnico (preceptivo) posee, sin embargo, el carácter central del Libro I, complemento esencial de toda norma incriminadora, dondequiera que se encuentre ubicada. La aplicación de toda la parte general «a las materias reguladas por otras leyes penales», expresamente establecida en el artículo 16 CP, garantiza la homogeneidad del sistema penal, como sector claramente singularizado del ordenamiento jurídico italiano, regido por principios irrenunciables (97).

La distribución topográfica es, en consecuencia, un dato a no sobrevalorar, pero no privado de relieve político-legislativo e interpretativo. Es una observación común que la ubicación en el Código contribuye al prestigio del bien tutelado, cuando menos desde el punto de vista de la estabilidad. Pero la actual tendencia centrífuga no es imputable solamente a la vocación efímera de tanta producción normativa o a la falta de diligencia del legislador. La colocación fuera del Código no carece por lo demás de una justificación histórica y técnica: una estrecha conexión genética estructural y funcional con disciplinas que se encuentran «en la base» (relativas a la quiebra, societarias, laborales, ambientales, urbanísticas, etc.). La desconcentración tiende a acentuarse debido a que hoy el legislador es llamado a hacer frente a patologías poliédricas, alimentadas por raíces profundas y ramificadas (la droga, la criminalidad organizada), y también a transformaciones en su conjunto positivas, pero cargadas de vicios inaceptables (piénsese en las innovaciones tecnológica y financiera). De ahí la necesidad de un acercamiento multilateral, basado en la dosificación de remedios tomados de diversas ramas del ordenamiento: estrategia global a la que debe subordinarse funcionalmente también el momento represivo (98). Tampoco sorprende el carácter experimental de no pocas intervenciones legislativas, ello sin tomar en consideración la auspiciada «excepcionalidad» de clamorosos rigorismos represivos (99).

(96) Ratifica el carácter central del Código, BRICOLA, *Considerazioni introduttive*, QC, 1981, 15.

(97) Por todos PALAZZO, *La recente legislazione penale*, III, Padova, 1985, 9; ROMANO, *Commentario*, cit., 159.

(98) Para análogas consideraciones PULITANÒ, *La formulazione*, cit., 37.

(99) Sobre el fenómeno de la «descodificación» en el ámbito penal véase FIORE, «Decodificazione e sistematica dei beni giuridici», en *Beni e tecniche*, cit., 73; PADOVANI, *La sopravvivenza del Codice Rocco nell'«età della decodificazione»*, QC, 1981, 89; PALIERO, *Minima*, cit., 89 (este autor denuncia el abandono de la regla de la fragmentariedad, 165).

La interpretación de la norma penal externa al Código sufre a su vez un doble condicionamiento sistemático, cargado de íntimas tensiones: de un lado, la perentoriedad de los principios de la parte general; de otro lado, el contexto legislativo receptor: el sistema interno de disciplinas sectoriales rígidamente integradas, también éste vinculante, limita el arbitrio interpretativo.

Esencialmente en el Derecho penal complementario (sin excluir alguna ramificación del Código) se suelen distinguir algunos ámbitos normativos caracterizados por la homogeneidad del ámbito de la disciplina, con terminología arraigada en el lenguaje de los juristas como: Derecho penal comercial, Derecho penal laboral (e incluso, con límites más lábiles, Derecho penal económico), cuya incorporación responde al tipo de intereses tutelados y a quiénes son sus destinatarios (100). Alcance verbal (sólo descriptivo) tendría la atribución a tales divisiones de una nota de especialidad: la ubicación en leyes «especiales» (en el sentido de la rúbrica del art. 16 CP, que no debe confundirse con el significado mucho más característico —estructural— del art. 15) es común a todo el Derecho penal complementario (101).

Esto no impide que semejantes reagrupamientos tengan su utilidad: didáctica, considerada la importancia práctica de las materias reguladas; y también científica, en cuanto promueven una solución armónica de problemas interpretativos comunes y sensibilizan a los estudiosos, y al mismo legislador, sobre directrices de intervención penal de notable y actual relieve (102). No debe, sin embargo, omitirse el riesgo de acentuaciones particularistas que agravarían los riesgos de desestabilización del sistema penal ínsitos ya en el peso excesivo de la legislación complementaria.

Un margen de *autonomía* (más que de especialidad) se debe reconocer, sin embargo, a determinados complejos normativos que se sus-

(100) Véase ROMANO, *Commentario*, cit., 161. Por lo que respecta a la delimitación de los destinatarios, la doctrina tradicional se limitaba a contraponer al Derecho penal común un Derecho penal *especial*, aplicable a particulares categorías de asociados (por todos GRISPIGNI, *loc. ult. cit.*). Los autores citados en la nota precedente temen que se consolide también en el ámbito penal «estatutos de grupo», contratados por los grupos de presión.

(101) Sobre los índices de «especialidad» de los diversos subsectores véase recientemente PADOVANI, *Diritto penale del lavoro*, II, Milano, 1985, 20; VENDITTI, *Il diritto penale militare nel sistema penale italiano*, III, Milano, 1973, 18; PALAZZO, *La recente leg.*, cit., 9.

(102) Una autonomía científica es reconocida por DELOGU, *La loi*, cit., 238; rechaza la legitimidad de las divisiones por razón de las palabras ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, X, Milano, 1985, 16. Sobre el problema de la autonomía de las ramas jurídicas cfr., MALINVERNI, *Principi di diritto penale tributario*, Padova, 1962, 239.

traen parcialmente a las reglas del libro I, de las que el artículo 16 CP admite expresamente su derogabilidad. Se dibujan así subsistemas caracterizados por una peculiaridad de parte general, a los que suelen acompañarse regímenes procesales bien específicos, sin, no obstante, salir del marco del sistema, pues se trata, en todo caso, de derogaciones bien circunscritas (103).

a) La autonomía alcanza su punto culminante en el Derecho penal militar, dotado de una codificación propia, sustancial y procesal, e incluso de especialidad jurisdiccional. Soporte del ordenamiento militar, estructura en sí misma fuertemente centralizada en el ámbito de la organización estatal (104), sólo marginalmente encuentra aplicación en las confrontaciones entre sujetos que no poseen la cualidad de militares (art. 1 CPmp). En el plano sustancial, lo distinguen, además de unas reglas singulares, en materia de ignorancia de los deberes militares, de causas de justificación y de circunstancias modificativas genéricas, un sistema sancionador que comprende «penas militares» principales y accesorias, con una regulación peculiar del concurso de delitos y de las causas de extinción del delito y de la pena.

b) Bastante más reducido es el margen de autonomía sustancial del Derecho penal financiero (o tributario), unificado por la función de tutela del poder impositivo (105). Su estatuto viene tradicionalmente representado por las «normas generales para la represión de las violaciones de las leyes financieras», reguladas en la Ley 7-1-1929, n1 4 (cuya esfera de operatividad está por otro lado limitada a los tributos del Estado: art. 1) (106); actualmente, a partir de la derogación de alguna de sus disposiciones por parte del d.l. 10-7-1982, n1 429, transformado en la Ley 7-8-1982, n1 516, la eficacia derogatoria parece circunscrita a la disciplina del delito continuado (art. 8), de la oblazione (arts. 13-14) y de la prescripción (art. 16), así como al principio de irretroactividad de la Ley penal financiera derogatoria o modificativa

(103) Cfr. DELOGU, *La loi*, cit., 240; PADOVANI, *Diritto pen.*, cit., 22; ROMANO, *Commentario*, cit., 161. Para un elenco de normas derogatorias de libro I cfr., PALIERO, *Minima*, cit., 106.

(104) Cfr., por todos, VENDITTI, *Op. cit.*, 1 y 20.

(105) Cfr., en particular DELOGU, *L'oggetto giuridico dei reati fiscali*, *Studi in onore di Francesco Antolisei*, I, Milano, 1965, 311; FLORA, *Profili penali in materia di imposte dirette ed I.V.A.*, Padova, 1979, 158.

(106) Véase en particular MALINVERNI, *Principi*, cit., 117; NUVOLONE, «I principi generali del diritto penale tributario», ahora en *Il diritto penale degli anni settanta*, Padova 1982, 495; CONTI, en ANTOLISEI, *Manuale*, cit., *leggi complementari*, 645; LANZI, *Lezioni di diritto penale tributario*, Padova, 1985, 40.

(art. 20) (107). Un radio de acción más restringido (circunscrito a la materia de los Impuestos sobre la Renta y sobre el Valor Añadido) tiene la disciplina autónoma de la citada Ley 516/1982 en materia de error sobre normas tributarias (art. 8) y de prescripción (art. 9) (108). También debe recordarse la habitual exclusión de los «delitos financieros» de los procedimientos generales de clemencia (109).

c) El Código de la navegación contiene, en el Libro I de la parte III, un grueso apéndice penal, que comprende algunas disposiciones generales y una conspicua serie de tipos delictivos y de faltas, ordenados de acuerdo con el modelo del Código Penal. El Derecho penal de la navegación presenta, en consecuencia, un carácter compacto también hacia el exterior: más allá de la variedad de los intereses protegidos, explicitados por los títulos, el cemento unificador está representado por la focalización de la disciplina sobre la singular convivencia en el medio de la nave o de la aeronave.

Los aspectos de verdadera autonomía en el plano de la parte general son, sin embargo, tenues. No se puede reconocer alcance derogatorio ni a las peculiares penas accesorias, de tipo interdictivo, de los artículos 1082 y 1083, ni a las agravantes especiales de los artículos 1084 y 1085; del mismo modo el criterio de punibilidad de los delitos cometidos en territorio extranjero, regulado en el artículo 1080, se puede reconducir a las cláusulas de reenvío del artículo 3, CP. y del artículo 7, núm. 5 CP (110).

Tiene particular resonancia la regulación de la intervención del extraño en los delitos propios (previstos por el mismo Código de la Navegación) establecida por el artículo 1081 (111). Pero la admisibilidad general de una contribución atípica por defectos de cualificación subjetiva, fuera del supuesto de cambio de título del delito (art. 117 CP), es comúnmente reconocida en todo el ámbito penal: la originali-

(107) Cfr., GROSSO, *Osservazioni sui principi del diritto penale tributario dopo l'entrata in vigore della legge 7 agosto 1982*, núm. 516, *RIDPP*, 1984, 35; TRAVERSI, *I nuovi reati tributari*, Milano, 1982, 31; D'AVIRRO-NANNUCCI, *I reati nella legislazione tributaria*, Padova, 1984, 394.

(108) Cfr., GROSSO, *I principi generali della responsabilità penale nei reati tributari*, en AA. VV., *Responsabilità e processo penale nei reati tributari*, Milano, 1986, 3; LANZI, *Lezioni*, cit., 53; VINCIGUERRA, «Tributi (reati in materia di)», en *NN.D.I., App.*, VII, Torino, 1987, 898.

(109) Sobre la «práctica coincidencia» entre delitos *financieros* y delitos *tributarios*, CERQUETTI, «Reati tributari», en *Enc. dir.*, XXXVIII, Milano, 1987, 1043.

(110) Así, LEONE, *Nuove questioni in tema di riforma del diritto penale della navigazione*, ahora en *Scritti giuridici*, II, Napoli, 1987, 721.

(111) Sobre la oportunidad de tal norma cfr., LEONE, *Questioni in tema di riforma del diritto penale della navigazione*, *Scritti*, cit., II, 675. Extiende su eficacia a todo el sistema penal BETTIOL, *Diritto pen.*, cit., 614.

dad de la disposición citada parece reducirse a la atenuante facultativa dispuesta por el párrafo a favor del extraño interviniente (112).

9. APÉNDICE

La reforma *ab imis* del ordenamiento procesal desestabiliza una relación de instrumentalidad en sentido único que se daba lógicamente por descontada (*supra*, par. 1). La llamativa variable introducida en la respuesta sancionadora para incentivar procedimientos abreviados refleja la prioridad asignada a exigencias de simplificación y de economía procesal.

La dimensión también sustancial del factor tiempo está obviamente fuera de discusión: nadie ignora que la punición es tanto más convincente cuanto más tempestiva es. Pero las razones del procedimiento se hacen absorbentes: la justicia del caso particular cede abiertamente el paso a preocupaciones de funcionalidad de la institución.

En el plano sustantivo no se puede dejar de constatar la aparición de un sistema de disparidad de tratamiento irreducible a una medida que responda al fin de la pena como tal: no se trata ya de medidas de emergencia de carácter urgente, sino de verdadero y propio dato estructural. Lo que lo inspira es un pragmatismo que pretende servir como remedio a las disfunciones de la disciplina punitiva, pero que lleva consigo un germen de deslegitimación desde la perspectiva de los valores.

(112) Sobre las relaciones entre el artículo 1081 C. Nav. y el artículo 117 del Código Penal, así como sobre el alcance de la atenuante véase PADOVANI, «Reati della navigazione», en *Enc. dir.*, XXXVIII, Milano, 1987, 1200.

