



Revista

ISSN 2007-4700

Perla

MÉXICO

Número 4 • Marzo 2013



La sucesión de las leyes penales en el tiempo

Enzo Musco

Universidad de Roma, Italia

Revista Penal México, núm. 4, marzo-agosto de 2013

RESUMEN: El tema de la sucesión de leyes penales en el tiempo constituye uno de los capítulos más importantes de la teoría general del delito. Se relaciona directamente con la problemática de la irretroactividad de la norma penal que, como se sabe, se refleja hasta la exigencia primaria conectada con la originaria afirmación del principio de legalidad. Se analiza la disciplina del vigente Código Penale de 1930, partiendo de la reglamentación del Código liberal Zanardelli de 1889, teniendo en cuenta los criterios elaborados sobre la doctrina y la jurisprudencia. El artículo examina también la función político-criminal que puede, de hecho, ser punto de inflexión del fenómeno de la sucesión de normas penales, adelantando la posibilidad de un cortocircuito peligroso en las relaciones entre el poder legislativo y el poder judicial y subrayando la voluntad jurisprudencial en la materia.

PALABRAS CLAVE: sucesión de leyes penales, características estructurales, disciplina normativa, función político-criminal, criterios diagnósticos.

ABSTRACT: The issue of criminal codes succession in time is one of the most important topics in general crime theory. It is directly linked to the non-retroactivity of crime regulation which is knowingly reflected in the primary demand related to the original affirmation of the legality principle. Discipline in the prevailing 1930 Código Penale is assessed beginning with the regulation of liberal 1889 Zanardelli Code, considering the criteria developed on the doctrine and jurisprudence. This paper also examines the political-criminal function, which can be in fact a turning point in the matter of the succession of penal rule, and foresees the possibility of a dangerous short circuit in the relations between legislative power and judicial power stressing the jurisprudential interest in the matter.

KEY WORDS: succession of criminal codes, structural features, regulating discipline, political-criminal function, diagnostic criteria.

OBSERVACIONES: Artículo traducido por D^a Susana Barón Quintero, Universidad de Huelva, y por D^a Irene Melero Sánchez, Universidad de Salamanca.

1. El tema de la sucesión de las leyes penales en el tiempo no pertenece ciertamente a la esfera de maniqueísmo político-criminal y del consiguiente dogmatismo interpretativo, pero se coloca más bien —y diría *ex se*— en aquella zona gris —es más, muy gris— de la experiencia científico-práctica por una razón sustancial de fondo: si bien se inscribe dentro del capítulo fundamental del Principio de irretroactividad, el fenómeno de la sucesión de las leyes penales en el tiempo, es decir, con un lenguaje más actual, el “Derecho penal intertemporal” ocupa un espacio jurídico sobre el que convergen —tanto si se quiere como si no— el gran asunto de fondo del derecho penal mismo, y la encontramos partiendo de la función de la pena para acabar con el Principio de culpabilidad, e incluye además numerosos dogmas penalistas.

Pero, verdaderamente, el fenómeno de la sucesión de la ley en el tiempo es todavía más el *topos* donde se juegan diversas partidas, digamos que institucionales: una típica e interna del sistema penal, concerniente a los límites de la interpretación; una segunda, también típica, pero externa al sistema penal y referida a las relaciones entre legislación y jurisdicción. Esta situación espiritual del tema que nos ocupa emerge, con claridad, de la lectura, aunque sea de manera superficial, de los trabajos monográficos que en el último periodo se han dedicado al tema, y, desde el análisis de la jurisprudencia de las Secciones Unidas del Tribunal Supremo italiano (y, a decir verdad, no sólo), que ha debido afrontar, en los últimos dos lustros, delicadísimos hechos de Derecho intertemporal.

La búsqueda de criterios adecuados para la solución del asunto de la sucesión de leyes penales intertemporales, en realidad, tiene un *hintergrund*¹ político-criminal impregnado en la necesidad del respeto de los parámetros constitucionales del Principio de legalidad —y en particular, de su núcleo primigenio, esto es, del Principio de irretroactividad— y del Principio de culpabilidad.

2. Antes de proceder a elaborar una síntesis de estos asuntos, concédanme renombrar la génesis de la disciplina codificadora que se plasma en el artículo 2 del *Codice Penale 1930*,² que en el enfoque de fondo retoma exactamente la reglamentación del fenómeno

dictado por primera vez en el *Código liberal Zanardelli de 1889*, el cual contenía tres puntos, en los que exactamente aparecen, incluso en el lenguaje formal de los actuales: los artículos 2.1, 2.2 y 2.4 (originalmente el artículo 2.3), después de la minirreforma de febrero de 2006. Quiero sólo recordar que en los tiempos del *Código Zanardelli* la doctrina penalista daba una lectura amplísima de aquella disciplina, en armonía y coherencia con los presupuestos ideológicos de la matriz garantista que la inspiraban. Hay un acontecimiento jurisprudencial especialmente significativo al respecto —oportunamente citada también en estudios monográficos sobre el tema— que nos da la medida exacta de aquel pensamiento y de aquella ideología: concerniente más bien a la aplicación de la clase penal prevista desde la *nota legge Pica*³ (ley seguramente de carácter excepcional, o al menos temporánea) de parte de la Corte Suprema de Casación con la Sentencia de 27 de marzo de 1896, que absolvía a los imputados en observancia del principio del artículo 2.2 del Código Penal de la época. En busca de una posición crítica de un estudioso (Arangio Ruíz), el cual subrayaba la necesidad de aplicar rigurosamente la “*ley Pica*”, la cual de otra manera nacería con la de

infamia, porque si hubiera sabido anteriormente que los delitos exacerbados cometidos en el fin del periodo no serían, de hecho, exacerbados en modo que la condena vendría a ser diferente de manera sensible, bajo el imperio de una misma ley, sólo por la accidentalidad de un “antes” y de un “después”, de la que la pillaría podría aprovecharse.

El director de la *Revista Penal*, el gran penalista Luigi Lucchini, replicaba con firmeza en una nota introductoria que el estudio venía publicado sólo en homenaje a la tradición de libertad de discusión en la propia revista y que de todos modos era congruente que la Corte de Casación (Tribunal Supremo italiano) aplicara bien el derecho observando

el principio inderogable de la no ultractividad de la ley antigua o derogada, por lo que no se podía ejercitar la acción penal por un hecho que si bien fuera un delito en

¹ Del alemán, trasfondo.

² Código Penal Italiano de 1930.

³ *La Legge Pica, e la repressione nel Mezzogiorno d'Italia (1861-1865)*.

el momento de ser cometido, no lo es más gracias a la ley actual.

Luigi Lucchini añadía que

también empíricamente, este principio se justifica donde se considere que, cancelando un hecho de categoría delictiva, el legislador hace entender claramente cómo él, o sea el Estado, no tendrá más interés en incriminarlo y a penar al autor.

Este acontecimiento, jurisprudencial y doctrinal al mismo tiempo, es bastante emblemático, también porque justifica la necesidad de una disciplina diferente y expresa a propósito para sucesivas épocas. De hecho, el Código de 1930, de conformidad con las directrices de la política criminal, autoritaria y fundamentalmente represiva, típica del régimen de la época, pero con respetuoso cumplimiento del Principio de legalidad, procede a la innovación de la disciplina codificadora del código liberal y añade el “viejo” punto 4 (hoy, punto 5), por el cual “si se trata de leyes excepcionales o temporáneas, no se aplican las disposiciones de los puntos precedentes”. En la redacción del proyecto definitivo, la nueva regla parece justificada por la exigencia de evitar “el absurdo de condenar, por una serie de ineficacias preventivas, las disposiciones de tales leyes”; parece, evidentemente, como si se realizara —basta leer a Maggiore para darse cuenta— una operación de carácter reaccionario destinada a garantizar políticas autoritarias precisas. Hoy, nosotros los modernos reconocemos cierta racionalidad en esta disciplina, pero obviamente en un cuadro político-ideológico radicalmente distinto.

3. El tema de la sucesión de las leyes penales ha experimentado desde hace mucho tiempo una vida sustancialmente de luto, tanto en lo referente a la doctrina como en la jurisprudencia, aunque está muy presente y de manera considerable en no pocos arrestos jurisprudenciales, sobre todo bajo el perfil de la integración de la ley penal y, por consiguiente, bajo el perfil de las modificaciones que habrán de mediar en el supuesto incriminatorio. Sólo a partir de los años noventa, en clarísima concomitancia de significativas intervenciones legislativas de reestructuración de importantes sectores de la legislación penal, el tema de la sucesión de las leyes penales se ha convertido en una clase de *star*, de actor protagonista de la vida ju-

rídica y, cabría añadir, de la reflexión científica. Hoy, después de más de veinte años de experiencia (repito, tanto en la práctica como en la teoría), el estado del arte puede ser brevemente sintetizado como sigue: la doctrina subraya con fuerza el estado de confusión que reina en la jurisprudencia, sea por méritos o por legitimidad: de incurable ambigüedad, según Fiandaca; de “pasajes no fácilmente reconstruibles, de paradigmas que aparecían consolidados y que pasaban a la crisis en la solución de los casos”, escribe Pulitanó con anuencia de Padovani; de situaciones confusas, argumenta Alagna en una reciente monografía; de disolución de la conciencia sustancial de las soluciones teóricas bajo el plano práctico con éxitos hermenéuticos, radicalmente opuestos e incompatibles, escribe también Di Martino. Éste también se pregunta si “las causas de un posible estado de confusión (éxitos que son solamente la ‘confusa cara exterior’) han de estar bien implantadas, desde un principio, y más allá de las cuestiones de una pequeña exégesis”. Sospecha que estas causas están implicadas en un momento de tensión dentro del Estado de Derecho, es decir, como manifiesta un alemán, autoridad constitucionalista (Boeckenfoerde), durante el movimiento del camino del Estado de Derecho “legislativo, parlamentario, un Estado democrático jurisdiccional”.

Sea como fuere, el respeto del principio de igualdad obliga a precisar que la doctrina tampoco goza de un excelente estado de salud. Menospreciando la sólida producción de trabajos monográficos editados sobre todo en el último lustro (sólo citaré algunos: Siracusano, Ambrosetti, Alagna, Micheletti, Riscato, Gatta) y de numerosísimos artículos científicos (suscitados, si bien se ve, sustancialmente por la reforma de los delitos societarios), no se puede decir con propiedad que la ciencia del Derecho penal haya provisto un acercamiento teórico suficientemente dividido y consolidado: éstos dan una clara opinión mayoritaria, y no obstante, procesos argumentativos límpidos y exhaustivos. A mi juicio, esa acusación a menudo alborota a la jurisprudencia, el proceder caso a caso (como del resto, lo cual queda muy bien evidenciado en la Sentencia de las Secciones Unidas del Tribunal Supremo c.d. Magera, relativa a la injustificada permanencia, en el territorio del Estado, de un ciudadano rumano, el cual pasó a ser “ciudadano comunitario” gracias a los sucesivos retrasos del proceso y la entrada en vigor del Tratado de Adhesión de Rumania a la Unión Europea el 1º de enero de 2007) ha constituido

y constituye un evidente (si no clamoroso) caso de proyección psicológica autorreferencial y orientada a la autojustificación.

Pero acaso la verdad sea que, considerados los valores y los intereses y, sobre todo, las ideologías penales de fondo sujetas a las soluciones del fenómeno, se advierte la necesidad de una definición estipulativa de origen legislativo que da en materia de las indicaciones más significativas y más concluyentes.

4. Según lo anterior, se pueden ahora describir algunas premisas, siempre con la brevedad del caso, los criterios hermenéuticos que se usan más para dar solución al problema de la sucesión de las leyes penales en el tiempo. Distinguiendo, obviamente, según las impostaciones culturales más acreditadas, tras las hipótesis de, por así decirlo, la reformulación normativa del caso incriminatorio y la hipótesis de sucesión de las leyes integradas de elementos normativos del caso en sí mismo (igualmente hecha la modificación, por así decirlo, mediante el supuesto).

No sin antes haber operado dos premisas de origen general sobre la naturaleza de la disciplina prevista en el artículo 2 CP. Con la primera se intenta reafirmar la naturaleza constitutiva de la disciplina en sí misma, frente a la toma de posiciones que la definen como naturaleza excepcional: esto porque la propia existencia de la encarnación del principio de irretroactividad en materia penal lo convierte en una regla de naturaleza incluso constitucional. Con la segunda se quiere confirmar la función primaria de la disciplina en sí misma frente a asuntos que reducen el rango a funciones asistenciales de los preceptos contenidos en las normas penales especiales.

El primer criterio para determinar la presencia de un fenómeno de *abolitio criminis* es aquel del *c.d. hecho concreto*, principio ciertamente de ascendencia alemana que no ha tenido suerte en la literatura penal italiana, pero que, según el juicio de algún estudioso, habrá estado en algún fundamento de la Sentencia de las Secciones Unidas en materia de operadores bancarios (Cass. Sez., 23 de mayo de 1987). Según este punto de vista, que puede resumirse con la fórmula “primero punible, segundo punible, siempre punible”, para cerciorarse, es como si entre una norma precedente y aquella sobrevenida subsistiera una relación de sucesiones *ex* artículo 2.2 CP; convendría verificar si el hecho concreto resulta punible también por la ley sucesiva, independientemente de una rela-

ción abstracta entre los casos incriminatorios. Este criterio ha sido revisado por la doctrina, en realidad, de manera sustancialmente nominalista: también la teoría de la llamada *persistencia del ilícito* viene modelada sobre aquella del hecho concreto y postula también un procedimiento de desunión veraz de subsunción histórico dentro de las dos normas incriminatorias para verificar si persiste o no la punibilidad. El relieve crítico más recurrente, evasivo, desde este punto de vista, ha puesto siempre en evidencia el contraste con el principio de irretroactividad que podría ser evitado de manera más o menos encubierta. De hecho, la eventual reconducibilidad del hecho concreto del nuevo caso incriminatorio, realmente en ausencia de una relación facultativa estructural abstracta entre el caso, y en particular una relación de género a clase, viene a depender de factores casuales o fortuitos, que en cuanto tales impiden trazar *a priori* el límite entre lo lícito y lo ilícito en una relación atípica de comportamiento legislativo predeterminado: elementos fortuitos constituidos, a punto, sea de las características contingentes en el caso concreto, sea de las circunstancias casuales que el legislador, en el proceder de la derogación de un tipo de delito, introduzca, en contexto una nueva incriminación de cualquier modo interferente con el mismo marco de vida.

Justamente para indicar las razones, hay un consenso bastante difuso en la doctrina (y creo que también en la jurisprudencia) bajo el hecho de que el *discrimen* entre el fenómeno modificativo deba necesariamente pasar entre una valoración bajo el plano abstracto de los casos enfrentados: justamente, tales comparaciones permiten verificar la existencia, entre las dos normas, de aquella relación de continuidad normativa idónea para conservar operante el régimen del artículo 2.4 CP, es decir, que la ausencia aquí conduce a una verdadera *abolitio* del precedente incriminatorio. Está claro, entonces, que los términos del problema se muevan a partir de la búsqueda del contenido específico de esta continuidad; y aquí volvemos a poner de manifiesto algunas opciones de diferente signo, ahora de corte sustancialista, ahora de cuño decididamente formalista.

Sobre la primera vertiente, como es notorio, se ubica la teoría de la *continuidad del tipo de ilícito*, de forma elaboración dogmática alemana, predominante en la jurisprudencia desde hace mucho tiempo, según la cual, para decidir el destino sucesorio de una

especie inculpativa, se requiere hacer referencia al doble parámetro del *bien protegido* y de la *modalidad ofensiva de la conducta*: precisamente en el sentido de que el fenómeno sucesorio se realizaría en cualquier momento, en menosprecio de que la innovación legislativa permanezca con una identidad sustancial (o al menos de analogía), sea en orden al objeto de la tutela, sea en orden a las diversas modalidades de agresión. Celebrado y sostenido con fuerza por la jurisprudencia de manera unánime y una prácticamente total unanimidad de la doctrina en sus orígenes y, por lo tanto, en el sistema penal alemán, gracias a la estabilidad de los resultados interpretativos a los que se ha llegado y a su capacidad de, por lo menos, el respecto tendencial del principio de irretroactividad y del principio de culpabilidad. Para nosotros este criterio ha ido en contra de críticas incluso contrarias (hecho, diría yo, que dice mucho de las maneras de percibir y mantener vivas las categorías dogmáticas en sus dos diferentes ordenamientos, debido a factores que en este lugar no se pueden siquiera dar a entender): sintetizando al máximo, se puede decir que esta teoría ha estado en el punto de mira por su escaso control racional, que lleva a replantearse los mismos riesgos de alusión al principio de irretroactividad ya considerado sobre la teoría del hecho concreto de la persistencia del ilícito.

En realidad el canon de la continuidad se interpreta en un sentido rigurosamente restrictivo, conduce a una tendencial negación del fenómeno sucesorio que sería comparable sólo en presencia de una perfecta y absoluta identidad del bien jurídico y la modalidad de conducta, y así, en último análisis, sólo si los dos supuestos presentan identidad de contenido. En el caso de que, por el contrario, se entendiera en sentido más amplio, o al menos elástico, llegaría a ser de incierta aplicación por la simplicísima razón de que estaría fundamentado en apreciaciones de valor muy cuestionables, no sólo sobre la indeterminación del peso adscribible respectivamente al elemento de bien jurídico tutelado y a la modalidad de conducta.

Como ejemplo, desde este punto de vista, sirva el acontecimiento relativo a la continuidad normativa entre los supuestos originarios de interés privado y de abuso anónimo en actos de oficio y el novelado supuesto de abuso de oficio en la reforma de los delitos contra la Administración Pública de 1990. Las Secciones Únicas del Tribunal Supremo italiano han seguido afirmando la continuidad normativa, pero

desde la doctrina llueven las críticas, numerosas y penetrantes. Brevemente, y sin pretensiones de censurar, tiene un buen juego que pone en relieve uno de los pasajes cruciales de aquel marco argumentativo: las innovaciones contenidas en el nuevo texto del artículo 323 CP realmente delimitan y amplían al mismo tiempo el ámbito penal de la relevancia penal; *no alteran, sin embargo*, la íntima esencia de anteriores previsiones inculpativas. Aquí, de hecho, se percibe de la mano la densa ambigüedad del concepto de íntima esencia de la inculpativa que, como se ha escrito, termina por “tener el efecto de aplanar todas las posibilidades diferenciales estructurales”.

Por el contrario, sobre la vertiente de los próximos al formalismo, que prestan particular atención al perfil del respeto de la irretroactividad, deben ser señalados, en cuanto están presentes en la doctrina desde hace mucho tiempo, ya sea el criterio de la llamada continencia (ello también de origen alemán), ya sea el criterio que se apoya en las relaciones estructurales entre supuestos inculpativos imperativos sobre el principio de especialidad que pretende evitar alusiones enmascaradas del principio de irretroactividad y, por ello, no respetar integralmente las instancias de garantía propias de tal principio. La valoración basada en el enfrentamiento abstracto entre los supuestos inculpativos —subrayada oportunamente en las motivaciones de las sentencias de las secciones únicas Giordano y Magera— previene al afirmar la existencia de una *abolitio criminis* todas las veces en que los dos supuestos en confrontación preveían conductas típicas heterogéneas u homogéneas pero no reconducibles las unas a las otras.

Para hacer una apretada síntesis, se debe precisar que el acercamiento estructural proviene directamente de las evoluciones que han llevado a posteriores distinciones, secundando las diversas manifestaciones de la especialidad. De hecho, el nuevo supuesto puede resultar especial respecto al precedente:

a) Por la selección de alternativas formalmente típicas.

b) Por la especificación de elementos genéricamente recogidos en el supuesto derogado.

c) Por la unión de elementos de procedencia no necesarios para constituir el tipo (con la advertencia de que, con esta última hipótesis, si es en presencia de una *abolitio criminis*, porque la introducción de nuevos elementos que corta la relación de continuidad entre los supuestos).

5. El marco así delimitado constituye la plataforma para el surgimiento de los actuales problemas en el tema de la sucesión para la reformulación. Recientes estudios monográficos sobre el tema han puesto, de hecho, al intérprete delante de una serie de lazos que, a decir verdad, si bien de manera fragmentada, habían sido evidenciados por la lectura —permítanme llamarla así, sin calificación negativa alguna— más cambiada. Esta reflexión científica analiza todos los recorridos jurisprudenciales que han afrontado el asunto de la continuidad, no sólo en referencia a las modificaciones de sectores relevantes de la parte especial, sino también en relación con decisiones de las Secciones Unidas del Tribunal Supremo italiano que sí se han pronunciado sobre temas singulares. Las temáticas evidenciadas pueden ser corregidas de la siguiente manera:

a) incapacidad del Tribunal Supremo italiano de desarrollar a fondo su papel de *nomofilachia*⁴ y, por lo tanto, hondo escepticismo sobre la posibilidad de una estabilización normativa por la vía interpretativa.

b) Sustancial opacidad sobre las razones por las que las cuestiones de derecho intertemporal se han resuelto empleando diferentes criterios, lo que plantea un problema fundamental sobre el plano de las relaciones entre legislación y jurisdicción.

c) Tendencia de la jurisprudencia a un uso “contaminado” de los parámetros de resoluciones de los aspectos intertemporales, en un intento de proveer al criterio estructural de un tipo de alma sustancialística o cuando menos de volverlo menos inelástico.

d) Necesidad de subrayar, en general, y atribuir una validez autónoma a las motivaciones de la modificación de la disciplina del sector (con referencia, por ejemplo, al P.A., a los delitos tributarios, a la violencia sexual, etcétera).

5.1. Los aspectos mencionados me permiten hacer breves observaciones. La crisis de la función monofilática de la Casación está sobre el tapete de la reflexión de los juristas ya desde hace algún tiempo, y no es oportuno retomarla en este momento, también porque la temática sobre la que tratamos quizá sea una de las pocas que justifican completamente la diversidad de los arrestos jurisprudenciales, justamente en consideración del estado de extrema fluidez de la

elaboración cultural y de la consiguiente dificultad para encontrar el famoso punto de Arquímedes sobre el cual, razonablemente, consolidar la decisión.

5.2. En orden a los intentos de materializar la forma, me parece que ellos son comprensibles sólo en la medida en que se limitan a subrayar la necesidad de una valoración que tenga en cuenta las opciones político-criminales que sostienen la nueva incriminación. En este sentido, remarco aquí lo sostenido en el manual de Derecho penal, o en la toma de posición a favor de la discontinuidad de la nueva disciplina del falso balance. No comparto el juicio según el cual, en la Sentencia Giordano, las Secciones Unidas del Tribunal Supremo italiano no se habrían regido por el parámetro estructural. Me declaro escéptico acerca de la posibilidad de motivar de manera polivalente el éxito continuista o discontinuista. Es probable también que el parámetro estructural encuentre una comparación mejor “en la imparcialidad de las alternativas dogmáticas más que en una fundación epistemológicamente sólida y dogmáticamente saldada” (querría corregir: irreprochable). Sería necesario aún recordar que la estructura no es otra cosa que la traducción en términos descriptivo-normativos de las elecciones político-criminales en el ámbito legislativo.

Es verdad que en tiempos “desastrosos” de producción normativa, como los que estamos viviendo desde hace algunos lustros, también este canon elemental de la ciencia legislativa raramente viene refutado. Pero aquí se dispara la carga de la prueba antes de unirla a las conclusiones apresuradas. De todas maneras, es mi deseo subrayar una vez más que la valoración en cuanto a la continuidad debe tener en cuenta en forma rigurosa los dos principios constitucionales fundados en Derecho penal de un Estado democrático de Derecho, y éstos son el Principio de irretroactividad y el Principio de culpabilidad. Una condena sobre la base del nuevo supuesto, declarado como continuo, necesita la presencia de todos los componentes del juicio de culpabilidad por el hecho: no se pueden reconducir a la acción del reo elementos que son relevantes en el momento del hecho. La solución avanzada por W. Frisch, según el cual el juicio de culpabilidad en *subiecta* materia sería sólo de *naturaleza relacional*, me parece que se acerca a una clase de fraude de etiquetas.

⁴ *Nomofilachia*: Apunta a uno de los fines de la casación de la obra de Calamandrei. Alude a la finalidad de mantener la regularidad en la aplicación correcta de las normas, al margen de la justa decisión del caso.

5.3 En orden a la visión parcializada del fenómeno de la sucesión de las leyes, no creo que existan razones dogmático-jurídicas o político-criminales que obliguen a tener en cuenta la finalidad de la innovación legislativa. Pueden ser, ciertamente, muy diferentes, pero no pueden no reentrar en el cauce de una valoración “común”. Dicho con mayor claridad; es del todo indiferente que la nueva disciplina haya sido dictada desde la presente exigencia de corregir a aquellos que apoyan los excesos de una orientación interpretativa, es decir, la intención del Legislativo es sanar de manera lastimosa algunos sucesos sobrepasando los límites impuestos por el ordenamiento y así recurrir al típico instrumento de la clemencia, es decir, de modo que persiga una finalidad específica de compensación del principio de obligatoriedad de la acción penal. En estos casos, como en todos los demás que se pueda pensar, lo que cuenta es el dato objetivo de la innovación con todas sus características descriptivas y, por lo tanto, con todos sus elementos constitutivos. Las *verdaderas razones* de las reformulaciones son fundamentalmente neutras respecto al juicio de continuidad o discontinuidad del nuevo tejido normativo.

5.4. Después del problema de la elección del criterio hermenéutico que sirve para decidir las cuestiones de la continuidad/discontinuidad normativa, creo que se trata del núcleo central del asunto, considerada la funcionalidad tendencial o la disfuncionalidad de los criterios hermenéuticos existentes respecto a las soluciones perseguidas. En verdad, este aspecto incluye también la relación entre legislación y jurisdicción. Como se ha escrito recientemente,

la temática es de extrema delicadeza y se atiene a las relaciones entre Parlamento y Gobierno, de un lado, y la magistratura del otro lado. El corazón mismo de la democracia del Estado de derecho se sitúa entre estas dos fuerzas. Las relaciones entre Parlamento y Gobierno han vivido un debilitamiento de la capacidad de su control recíproco: en los sistemas mayoritarios, como aquellos que han acompañado esta estación italiana de reformas y contrarreformas, la solidaridad forzosa entre las dos instituciones no siempre permite la meditada ponderación de líneas reformadoras moderadas y sostenibles. Se tiende a menudo a determinar la discontinuidad neta con el pasado, se tiende a la fluidez institucional, a caracterizar el pasaje hacia la llamada segunda modernización del Derecho penal. He aquí que la magistratura interviene

para ponderar la dimensión de las reformas, su racionalidad y su nivel de raciocinio constitucional. Ponderación difícil cuando la percepción es que el *Zeitgeist* lleva el sólido y forzoso gobierno-parlamento al intento conjunto de modelar y absorber la función jurisdiccional de garantía y control del Estado de Derecho. [Alagna]

Me pregunto qué significa *ponderar la dimensión de las reformas, su racionalidad y su nivel de raciocinio constitucional*. ¿Significa esto atribuir a la jurisdicción una función de censura a las elecciones político-criminales efectuadas por los detentores del Poder Legislativo? Aquí no se trata de un problema de competencias, sino de poner en práctica las ya existentes, que son aquellas típicas de la jurisdicción. Me parece que queda fuera de discusión que el mérito de las decisiones político-criminales vaya probado sobre la medida de los valores constitucionales garantizados. El análisis entonces no puede tener otro valor, de naturaleza interna al sistema de la jurisdicción.

La representación de los acontecimientos intertemporales como opuestos a las decisiones político-legislativas constituye, a mi juicio, una de las muchas salidas hacia adelante de quienes quieren politizar el ejercicio de la jurisdicción a cualquier precio.

Lo mismo vale con la tesis opuesta, del acrítico fundamento jurisdiccional de la actividad de reforma en el sector penal. En otros términos, y quizás más claros: me parece imposible creer que las Secciones Unidas con las dos decisiones en materia penal-tributaria hayan querido avalar y dividir las elecciones político-criminales de la mayoría (el gobierno y el parlamento de la época). Además, me parece igualmente imposible creer que la decisión sobre la continuidad normativa en el falso equilibrio pueda ser considerada una reprobación de la política criminal del gobierno y del parlamento de la época.

Es ésta una reflexión que no pocos han emprendido, pero no se revela más que una mera sospecha. La verdad es que cada intérprete (también el colectivo) está dotado de una concepción autónoma de la actividad interpretativa dentro de la cual se expresan también sus opciones ideológicas.

Nada más correcto que estar en posesión de una *Weltanschauung* penalista. Si después en su interior hay componentes ideológicos ilícitos, entonces estamos en otro terreno en el que no son el objeto de mis reflexiones.

Llegados a este punto, resultan comprensibles las razones por las cuales excluí al inicio la naturaleza sirviente (*rectius*) asistencial del fenómeno sucesorio.

6. Paso ahora a afrontar el segundo aspecto, que es el relativo a las llamadas modificaciones mediatas de los supuestos incriminatorios. Sobre este aspecto de la problemática va enseguida señalada, no sólo la existencia de una sólida jurisprudencia de mérito y de legitimidad, a menudo inédita, pero que también tiene un espectro práctico amplísimo. Es clara la divergencia en los puntos de vista muy consistentes y de otra manera significativos.

Sólo por hacer una breve mención, retomamos en este punto la sucesión de las leyes penales:

a) La modificación (y, por lo tanto, también la derogación) de la norma renombrada por *una norma penal en blanco*.

b) La modificación de las normas definitorias, de aquellas *normas que definen* un elemento constitutivo de una o más figuras de un delito.

c) Las modificaciones normativas relativas a los considerados presupuestos extrapenales de hecho de una norma incriminatoria.

d) La variación del contenido de un elemento normativo del supuesto incriminatorio.

e) la variación de *la regla de diligencia* a los fines de la configuración del delito culposo.

f) Las formas de integración de caracteres temporáneos; etcétera.

El problema que plantea esta vertiente de la disciplina tiene que ver con la individualización del criterio hermenéutico de la integración. El examen de la jurisprudencia pone en evidencia una situación de desorientación significativa a causa de su desarrollo oscilante y vago, si se excluye la uniformidad de juicio sobre la existencia de la calumnia en la hipótesis de la derogación del delito objeto de la falsa inculpación y el acuerdo tendencial sobre la inexistencia de la asociación para delinquir en el caso de la abrogación del delito (como nos recuerda con precisión la última Sentencia de las Secciones Unidas Magera).

También aquí, el estado de las artes no es propiamente una garantía. Se oscila desde una tesis radicalmente contraria al fenómeno de la integración mediante la información suplementaria por la vía de una fuente externa al precepto, desde un punto de vista opuesto que, por el contrario, admite sin reser-

vas, por razones de sustancial igualdad, el fenómeno sucesorio. Es interesante, en este punto, advertir —aunque, como sea, extremadamente débil—, desde el punto de vista de la argumentación, la tesis llamada negacionista que quiere reducir a *simples presupuestos de hecho* del supuesto incriminatorio, las informaciones jurídicas a partir de la fuente externa al supuesto incriminatorio. Demasiado débil el punto de apoyo literal, al que se hace referencia pero, sobre todo, es arbitrario negar calidad al fragmento de la ley penal a una norma externa renombrada. Como ha sido eficazmente subrayado, la tesis es el fruto de un paralogismo tan desastroso como pernicioso porque termina por borrar una porción del mensaje penal del espectro de las garantías irradiadas del artículo 25.2 constitucional, con la consecuencia de consentir una aplicación analógica desfavorable o una formulación indeterminada.

Las tesis radicales señaladas conviven con otros puntos de vista diferentes, que vienen denominados como teorías descriptivas y también se hallan convertidas en presupuestos político-criminales y fundamento dogmático diverso (*Motiventheorie*, antijuricidad, etc.), y otras opiniones que hacen reclamos al modelo de heterointegración. Por último, se señala la tesis que distingue entre integración ordinaria e integración de mérito que hace elevar la afirmación, estabilidad o precariedad del precepto a continuación de la información llamada secundaria.

Ante la carencia de un criterio compartido, me parece que sigue siendo válida la elección proveniente, indudablemente de carácter liberal, que se aprovecha de la incorporación de la información secundaria en la norma integradora. Esta información, en la medida en que contribuye a disciplinar los presupuestos normativos de la relevancia penal del hecho, termina con la unión de la norma incriminatoria, por lo cual es inevitable hacer un reclamo a la aplicación del principio del artículo 2.2 c.d. Desde esta posición se objeta a menudo en la *jurisprudencia*, *sea por legitimidad o por mérito*, que son normas extrapenales que determinan exclusivamente “una variación de la relevancia penal del hecho... sin menospreciar el desvalor del hecho anteriormente cometido”. A decir verdad, se trata de un asunto que sabe demasiado de *argumentum a domine*, en la medida en que no aclara cómo un *segmento del supuesto puede desaparecer* en la *formulación del juicio de desvalor* relativo al supuesto que de vez en vez se tiene en consideración.

6.1. El Tribunal Supremo italiano, en la ya citada Sentencia Magera, hace referencia a una tesis “sugestiva” que argumenta la existencia del fenómeno sucesorio del significado del término “hecho” en el artículo 2 CP. Esta tesis —que es la sostenida en el manual de Derecho penal de Fiandaca y Musco— es así devuelta: a la conclusión en sí misma se llega desde otra vía, y esto es, subrayando que el concepto de “G” no puede asumir el significado en sí mismo tanto en el artículo 2.1 como en el 2.2 CP. Esto es si en la hipótesis de la nueva incriminación (art. 2.1) el concepto de “hecho” comprende el conjunto de todos los presupuestos relevantes —en concreto, a los fines de la aplicación del supuesto incriminatorio—, no se entiende por qué razón el mismo concepto no deba valer respecto a la hipótesis del artículo 2.2 CP. Parece evidente que la posterior intervención del Legislativo, incidiendo sobre uno de los elementos de relevancia del hecho necesario a los fines de la configuración del ilícito, hace que esto no pueda ser

penado. La Sentencia Magera todavía pone en duda “que el hecho del artículo 2.1 CP sea aquel históricamente determinado en todos sus aspectos relevantes allí comprendidos, aquellos disciplinados desde normas extrapenales”. Pero, en realidad, semejante duda no debería tener razón para subsistir si se fundara en la realidad, habría un segmento de la nueva incriminación que se sustraería a las garantías del artículo 25.2 constitucional.

Tampoco parece muy convincente el otro argumento de la sentencia en sí misma, según la cual “es verdad que hay correspondencia entre el artículo 2.1 y el 2.2 del CP”, pero también sería verdad que esta correspondencia se compararía sólo con aquellos casos en que las leyes extrapenales, por la regla que se desarrolla en el supuesto o por su naturaleza, está en posibilidad de operar retroactivamente. Este asunto de naturaleza limitativa, a mi juicio, se resuelve en una petición de principio que da por demostrado aquello que, por el contrario, está por demostrar.



Universidad de Huelva
Universidad de Salamanca
Universidad Pablo de Olavide
Universidad de Castilla-La Mancha
Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal