



La sucesión de las leyes penales en el tiempo¹

Por Enzo Musco

Catedrático de Derecho Penal (Roma)

Revisa Penal, n.º 24.—Julio 2009

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 codice 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: Il tema della successione di leggi penali nel tempo costituisce uno dei capitoli più importanti della teoria generale del reato. Afferisce direttamente alla problematica della irretroattività della norma penale che, come si sa, riflette addirittura l'esigenza primaria connessa all'originaria affermazione del principio di legalità. Il saggio analizza la disciplina del codice penale italiano vigente, partendo dalla regolamentazione del codice liberale Zanardelli del 1889 e da conto dei criteri al riguardo elaborati dalla dottrina e dalla giurisprudenza. Esamina, altresì la funzione politico-criminale che può di fatto essere svolta dal fenomeno della successione di norme penali, prospettando la possibilità di un pericoloso corto circuito nelle relazioni tra potere legislativo e potere giudiziario e sottolineando la volatilità giurisprudenziale in materia.

KEY WORDS: Successione di leggi penali — Caratteristiche strutturali Disciplina codicistica — Funzione politico-criminale Criteri diagnostici

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 científica-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 jurídi-

co sobre el que converge —tanto si se quiere como si no— la gran cuestión de fondo del derecho penal mismo, y la encontramos partiendo de la función de la pena, para acabar con el Principio de culpabilidad, incluyendo 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 al sistema penal, concierne a los límites de la interpretación; una segunda, también típica, pero externa

1. Artículo traducido por Susana Barón Quintero, Universidad de Huelva, y por Irene Melero Sánchez, Universidad de Salamanca.

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 han estado dedicados 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 de la cuestión de la sucesión de leyes penales intertemporales, en realidad, tiene un *hintergrund*² político criminal impregnado en la necesidad del respeto de los parámetros constitucionales del Principio de legalidad —y en particular, de su núcleo primigenio y esto es del Principio de irretroactividad— y del Principio de culpabilidad.

2. Antes de proceder a una síntesis de las cuestiones, concédame renombrar la génesis de la disciplina codificadora de la que el art. 2 del *Codice Penale de 1930*³, 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: el art. 2.1, art. 2.2 y el art. 2.4 (originariamente el art. 2.3) después de la minirreforma de febrero de 2006. Sólo quiero 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*⁴ (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 art. 2.2 del código penal de la época. En busca de una posición crítica de un estudioso (Arangio Ruiz), 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 período 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 pillería 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 en homenaje a la tradición

de libertad de discusión en la propia Revista y que de todas formas era congruente que la Corte de Casación (Tribunal Supremo italiano) aplicara bien el derecho observando «**el principio inderrogable 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 el momento de ser cometido, no lo es más gracias a la ley actual**». Luigi Lucchini añadía que «**también empíricamente, este principio se justificaba donde se considere que, cancelando un hecho de categoría delictiva, el legislador hace entender claramente como él, o sea el Estado, no tendrá más interés a 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. Del Código de 1930, de hecho, 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 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». También en la Redacción del proyecto definitivo la nueva regla parece justificada por la exigencia de evitar «el absurdo de condenar por una serie de ineficacia preventiva las disposiciones de tales leyes», parece evidentemente como si fuera realizada —basta leer a Maggiore para darse cuenta— una operación de carácter reaccionario destinada a garantizar políticas autoritarias precisas. Hoy, nosotros los modernos reconocemos una cierta racionalidad en esta disciplina, pero obviamente en un cuadro político-ideológico radicalmente mutado.

3. El tema de la sucesión de las leyes penales ha experimentado desde hace mucho tiempo una vida sustancialmente de luto, ya sea en lo referente a la doctrina como en la jurisprudencia, aunque siendo significativamente presente 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 llamadas a mediar en el supuesto incriminatorio. Sólo a partir de los años 90, 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 jurídica, y quiero añadir, de la reflexión científica. Hoy después de más de veinte años de experiencia (repieto, ya sea tanto en la práctica como en la teoría), el estado del arte puede ser brevemente sintetizado como sigue a

2. Del alemán, trasfondo.

3. Código Penal Italiano de 1930.

4. *La Legge Pica, e la repressione nel Mezzogiorno d'Italia (1861-1865); La Ley Pica, y la represión en el centro de Italia*.

continuación: la doctrina, subraya con fuerza, el estado de confusión que reina en la jurisprudencia, ya sea por méritos como por legitimidad: de incurable ambigüedad, habla 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 el consenso 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. El cual también se pregunta si «las causas de un posible estado de confusión (éxitos los cuales 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 a un Estado democrático jurisdiccional».

Sea como sea, el respeto del Principio de igualdad impone precisar, que también la doctrina no goza precisamente de un estado de salud excelente. Menospreciando la consistente producción de trabajos monográficos editados fundamentalmente en el último lustro (sólo citaré algunos, Siracusano, Ambrosetti, Alagna, Micheletti, Risicato, Gatta) y de numerosísimos artículos científicos (provocados, a buen ver, sustancialmente por el acontecimiento de la reforma de los delitos societarios) no se puede decir propiamente que la ciencia del Derecho Penal haya provisto un acercamiento teórico suficientemente dividido y consolidado, estos dan una clara opinión mayoritaria y no obstante procesos argumentativos lípidos y exhaustivos. Opino que a menudo esa acusación 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 1 de enero de 2007) ha constituido y constituye un evidente (si no clamoroso) caso de proyección psicológica autorreferencial y orientada a la autojustificación.

Pero la verdad, es quizá que, considerados los valores y los intereses, y sobre todo las ideologías penalistas 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 —anuncio— se pueden ahora describir algunas premisas, siempre con la síntesis necesaria, 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 impostacio-

nes culturales más acreditadas, tras las hipótesis de, por así decirlo, 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 de la cual el art. 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 le hace 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 que otro estudioso, habrá estado dentro de un fundamento de la Sentencia de las Secciones Unidas en materia de operadores bancarios (Cass. Sez. un 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 subsiste a una relación de sucesiones ex art. 2.2 CP, convendría verificar si el hecho concreto resulta punible también por la ley sucesiva, independientemente de una relación abstracta entre los casos incriminatorios. Este criterio ha sido revisado por la doctrina, en realidad, de manera sustancialmente nominalística: también la teoría de la llamada **persistencia del ilícito** viene modelada sobre aquella del hecho concreto, postulando también un procedimiento de desunión vez de subsunción histórico dentro de las dos normas incriminatorias para verificar el persistir o no de 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 evadido de manera más o menos enmascarada. 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 contextualmente una nueva incriminación en 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 **discriminen** 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 a hacer retener operante el régimen del cual el art. 2.4 c-p, 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 través de la búsqueda del específico contenido de esta continuidad: y aquí volvemos a poner de manifiesto 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 segura elaboración dogmática alemana dominante en la jurisprudencia desde hace mucho tiempo, según la cual para decidir el destino sucesorio de una especie incriminatoria, hace falta hacer referencia al doble parámetro del **bien protegido y de la modalidad ofensiva de la conducta**: precisamente en el sentido que el fenómeno sucesorio se realizaría en cualquier momento, en menosprecio de que la novación legislativa continúe a permanecer con una identidad sustancial (o al menos analogía) sea en orden al objeto de la tutela, sea en orden a las varias 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 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 las críticas de carácter incluso contrarias (cosa, 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 no se pueden en este lugar ni tan 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 poco sobre la teoría del hecho concreto de la persistencia del ilícito.

En realidad el canon de la continuidad se interpreta en el 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 pues, 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 que estaría fundamentado sobre apreciaciones de valor bastante opinables, 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, es 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 afirmado y han continuado en afirmar la continuidad normativa, pero desde la doctrina llueven las críticas, numerosas y penetrantes críticas. Brevemente y sin pretensiones censorias: 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 art. 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 incriminatorias. Aquí, de hecho, se coge de la mano la densa ambigüedad del concepto de íntima esencia de la incriminación que, como se ha escrito, termina por «tener el efecto de aplanar todas las posibilidades diferenciales estructurales».

Sobre la vertiente, por el contrario, 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 continuidad** (ello también de origen alemán), ya sea el criterio que hace palanca sobre las relaciones estructurales entre supuestos incriminatorios imperativos sobre el principio de especialidad que pretende evitar alusiones enmascaradas del principio de irretroactividad, y por ello de respetar integralmente las instancias de garantía propia de tal principio. La valoración basada sobre el enfrentamiento abstracto entre los supuestos incriminatorios —subrayada oportunamente en las motivaciones de las sentencias de las secciones únicas Giordano y Magera— previene el afirmar la existencia de una *abolitio criminis* todas las veces en las cuales los dos supuestos puestos en confrontación prevenían de conductas típicas homogéneas o heterogéneas pero no reconducibles las unas a las otras.

Siempre haciendo una brevísima síntesis se debe precisar que el acercamiento estructural tiene directamente de las —cómo decir— evoluciones que han llevado a ulteriores distinciones secundando las diversas manifestaciones de la especialidad. El nuevo supuesto puede, de hecho, 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 que, con esta última hipótesis, si es en presencia de una *abolitio criminis*, porque la introducción de nuevos elementos corta la relación de continuidad entre los supuestos).

5. El marco así sintéticamente delimitado constituye la plataforma de base para la emersión de los actuales pro-

blemas 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 para decir verdad, ya en manera fragmentada habían estado evidenciadas por la lectura —permítanme llamarla así sin nota negativa alguna— más cambiada. Esta reflexión científica analiza todos los recorridos jurisprudenciales que han afrontado la cuestión de la continuidad, no sólo con referencia a las modificaciones de sectores relevantes de la parte especial, sino también con referencia a decisiones de las Secciones Unidas del Tribunal Supremo italiano que sí se han pronunciado sobre cuestiones singulares. Las temáticas evidenciadas pueden ser corregidas de la siguiente manera:

a) Incapacidad del Tribunal Supremo italiano de desarrollar a fondo su rol de nomofilachia⁵ y, por tanto, amplio escepticismo sobre la posibilidad de una estabilización normativa por la vía interpretativa:

b) Sustancial opacidad sobre las razones por las cuales las cuestiones de derecho intertemporal se han resuelto con el uso de 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 las cuestiones intertemporales, con el intento de proveer al criterio estructural de un tipo de alma sustancialística o cuando menos de volverlo menos inelástico.

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

5.1. Las mencionadas cuestiones me permiten proceder a algunas 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 el caso de retomarla en este momento, también porque la temática sobre la que estamos hablando es quizá una de las pocas que justifica completamente la diversidad de los arrestos jurisprudenciales, justo en consideración por el 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 enfatizar la necesidad de una valoración que tenga en cuenta las opciones político-criminales que sostienen la nueva incriminación. En este sentido remarco aquí ya sea lo sostenido en el manual de derecho penal, ya sea en la toma de posición a favor de la discontinuidad de la nueva disciplina del falso balance. No comparto el jui-

cio según el cual, en la Sentencia Giordano, las Secciones Unidas del Tribunal Supremo italiano no se habrían regido por el parámetro estructural. Permanezco escéptico sobre la posibilidad de motivar de manera polivalente el éxito continuista o discontinuista. También es probable 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). Todavía aquí se hace necesario recordar que la estructura no es otra cosa que la traducción en términos descriptivo-normativos de las elecciones político criminales a nivel 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 unirlo a las conclusiones apresuradas. De todas formas, es mi deseo subrayar una vez más que la valoración en términos de continuidad debe tener en cuenta de manera rigurosa los dos principios constitucionales fundados en derecho penal de un Estado democrático de Derecho, y este es 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.

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 novación 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 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 forma 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 novación con todas sus características descriptivas y por tanto, con todos sus elementos constitutivos. Las **verdaderas razones** de las reformulaciones son fundamentalmente neutras respecto al

5. 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.

juicio de continuidad o discontinuidad del nuevo tejido normativo.

5.4. Cuando 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 de la cuestión, considerada la funcionalidad tendencial o la disfuncionalidad de los criterios hermenéuticos existentes respecto a las soluciones perseguidas. En verdad, la cuestión 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. A menudo se tiende 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 aquellos típicos 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 antagonistas a las decisiones político-legislativas constituye a mi juicio una de las muchas salidas hacia delante 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 avallar 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 so-

bre la continuidad normativa en el falso equilibrio pueda ser considerada como una reprobación de la política criminal del gobierno y del parlamento de la época.

Es ésta una reflexión que no pocos han silbado, 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 sobre otro terreno que no son el objeto de mis reflexiones.

Si se entiende, llegados a este punto, las razones por las cuales he excluido al inicio la naturaleza sirviente (*recitius*) asistencial del fenómeno sucesorio.

6. Paso ahora a afrontar la segunda de las cuestiones, que es la relativa 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. Con 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 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 incriminatorias.
- 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 culposos.
- f) Las formas de integración de caracteres temporáneos; etc.

El problema que esta vertiente de la disciplina plantea tiene que ver con la individualización del criterio hermenéutico de la integración. El examen de la jurisprudencia 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 a 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 reservas, por razones de sustancial

igualdad, el fenómeno sucesorio. Es interesante en este punto advertir aunque 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 través 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 art. 25.2.º Const., 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 que también estas convertidas en presupuestos político-criminales y diverso fundamento dogmático (*Motivtheorie*, antijuridicidad, etc.) y otras opiniones que hacen reclamo 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.

En la ausencia de un criterio compartido me parece que permanece válida la elección proveniente, indudablemente de carácter liberal, que 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 art. 2.2 c.d. Desde esta posición se objeta a menudo en la *jurisprudencia sea por legitimidad que por mérito*, que son normas extrapenales que determinan exclusivamente «una variación de la relevancia penal del hecho... sin hacer de menos el desvalor del hecho anteriormente cometido». Para 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 viene 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 art. 2 CP. Esta tesis —que es aquella 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 art. 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 art. 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 art. 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 de subsistencia: si fuese fundado habría un segmento de la nueva incriminación que se sustraería a las garantías del art. 25.2 Const.

Tampoco parece muy convincente el otro argumento de la sentencia en sí misma según la cual «es verdad que hay correspondencia entre el art. 2.1 y el 2.2 del CP», pero también sería verdad que esta correspondencia se compararía sólo en los casos en que las leyes extrapenales, por la regla que se desarrolla en el supuesto o por su naturaleza, están en grado de operar retroactivamente. También este asunto, de naturaleza limitativa, me parece que se resuelve en una petición de principio que da por demostrado aquello que, por el contrario, está por demostrar.