



Estado constitucional de derecho y derecho penal

(Consideraciones comparadas a propósito de la reforma constitucional argentina de 1994)*

Francesco Palazzo

*Catedrático de Derecho Penal
de la Universidad de Florencia*

1. Del "Estado de derecho" al "Estado constitucional de derecho": ésta es la tendencia de las transformaciones verificadas durante este siglo en la historia constitucional de los principales Estados europeos y extraeuropeos. Si el carácter fundamental propio del Estado es someter también al poder público, en sus diversas formas de manifestación, al vínculo de la *regula iuris* predeterminada tal y como lo están todos los otros sujetos del ordenamiento, la idea del Estado *constitucional* de derecho expresa actualmente algo más. De una garantía, fundamental pero aún "formal", como es la que ofrece el Estado de Derecho, se llega en las modernas constituciones de origen liberal-democrático a una garantía de tipo "material" o "de contenido". Quiero decir con ello que, no solamente el predominio del derecho, sino también el conocimiento absoluto e incondicional, *erga omnes*, de la *regula iuris* predeterminada, vienen asegurados contra los intentos de alteración incluso por parte del mismo legislador (éste es el primer significado de la *legalidad constitucional*); sin embargo, las modernas constituciones expresan también una selección de valores fundamentales que se imponen al legislador estatal y, más en general, al poder público como criterios "materiales" de legitimidad de su acción.

La reforma de la Constitución argentina, realizada en 1994 para modificar el texto que originalmente se remonta a 1853, ha reconocido expresamente al juez la facultad de declarar de oficio la inconstitucionalidad de la norma sobre la cual se funda el comportamiento lesivo objeto del recurso *de amparo* (art. 43). De otra parte, aún más consistente es la magnitud de la modificación constitucional, dado que se refiere a la indicación no sólo de los nuevos derechos fundamentales (como el relativo al ambiente art. 41 o a la salud, seguri-

dad e intereses económicos de los consumidores art. 42), sino también de verdaderos y propios objetivos estratégicos de la actividad legislativa del Congreso (art. 74 núm. 19 y 23 sobre desarrollo de la Nación, sobre la protección de la infancia o de los ancianos, sobre la seguridad social, etc.).

2. Pero veamos ahora cuál puede ser el significado fundamental y general de las garantías del Estado constitucional de derecho frente al derecho penal. No tiene necesidad de demostración que el poder punitivo, hoy enteramente en manos del Estado en todas partes, es el que reclama la mayor garantía. El Estado de derecho, en el sometimiento también del poder punitivo a la *regula iuris* predeterminada, no garantiza desde luego la mejor justicia posible. Al contrario, no sólo implica una identificación jurídico-positiva de la justicia con la ley estatal (que es ciertamente susceptible de ser desmentida), sino que formaliza una igualdad de tratamiento frente a la ley que puede conducir a veces a dejar a un lado diversidades de hechos esenciales y decisivas.

La verdadera garantía del principio del Estado de derecho, que en el campo penal encuentra su máxima expresión en la legalidad de los delitos y de las penas, es de índole política. Ella reside sobre todo en impedir que la pena, o mejor la condena penal, sea utilizada en la contingencia de la lucha política, y según el cambio de las circunstancias, como instrumento de humillación del adversario. Pero además, vinculando al juez a la *regula iuris* preexistente, el Estado de derecho consolida la distribución del poder punitivo preponderantemente en manos de los órganos legitimados para la producción del derecho. El Estado de derecho, por lo tanto, expresa y formaliza una determinada distribución del poder punitivo entre los órganos

*Texto de la comunicación presentada en el Congreso Internacional de Derecho Penal, celebrado con motivo del 75º Aniversario del Código Penal Argentino (Buenos Aires, 11-14 de agosto de 1997). Traducción de la Dra. Virginia Sánchez López, de la Universidad de Salamanca.)

constitucionales según el modelo de recíprocos equilibrios que resulta legitimado por la historia política y social de un determinado país. Puede que se trate del predominio del poder legislativo, como en los países de *civil law*, o bien de la gran contribución aportada por los jueces a la producción del derecho, incluso también penal, como en los países de *common law*; en ambos casos, el Estado de derecho, al asegurar la predeterminación de la *regula iuris*, asegura también su producción por parte de los órganos dotados de legitimación sustancial.

También la garantía del Estado constitucional de derecho va más allá del vínculo formal del cual las modernas y rígidas constituciones proveen al principio de legalidad, haciéndolo inmodificable por parte del legislador ordinario. Si las constituciones no se limitan a disciplinar sólo la organización de los poderes del Estado, sino que contienen también la enunciación de los valores fundamentales que se imponen al legislador, esto acrecienta su valor intrínsecamente jurídico y sustancialmente normativo. Las modernas constituciones realizan aquella especie de milagro jurídico que es la "positivación del derecho natural": este fenómeno de positivación del metajurídico, que con frecuencia comienza en los derechos inviolables del hombre tal y como están consolidados en los documentos internacionales, llega a veces hasta delinear expresamente la configuración de los nuevos derechos sociales, en un proceso histórico de larga duración pero de reconocimiento creciente de los valores personalísimos. La Constitución argentina reformada recibe en su seno, atribuyéndoles rango constitucional, toda una serie de convenciones internacionales sobre los derechos humanos (art. 75.22), en cambio, la Constitución italiana (que se remonta a 1947) reveló un intenso impulso de modernidad en las numerosas previsiones en las cuales emerge la dimensión social de los tradicionales derechos individuales (como por ejemplo la propiedad privada o el derecho de iniciativa privada: arts. 41 y 42) o se enuncian nada menos que como verdaderos y propios derechos individuales aquéllos como el derecho al trabajo (arts. 4, 35 y ss.), a la educación (art. 34) o a la salud (art. 32).

El enriquecimiento de las modernas constituciones, que ha llegado hasta la inclusión de los valores fundamentales, hace de ellas textos que sellan y consagran un verdadero y propio "pacto" democrático: el acuerdo sobre los "contenidos", sobre los valores fundamentales de la vida civil social y política, expresa casi la identidad ideológico-cultural de un pueblo, un consenso general fundado sobre el reconocimiento de un común patrimonio de valores. Y la afirmación de este escenario de fondo tiene un importante reflejo también en el campo penal, si bien es verdad que la utilización de la sanción penal —más que la de otros instrumentos jurídicos— debería fundarse en

un consenso social amplio, que sea la base de la legitimación sustancial, evitando así convertirse en instrumento de una de las partes, aunque sea la mayoritaria. Bajo este perfil, el moderno constitucionalismo podría paradójicamente crear tensiones indirectas con algunos principios del más tradicional garantismo penal: de hecho es fácilmente comprensible cómo el enriquecimiento de las constituciones, con la indicación cada vez más amplia de los valores fundamentales y de los objetivos estratégicos, provoca una tendencia a la extensión del ámbito de intervención penal, en potencial contradicción con los postulados del principio de *ultima ratio*, o de mínima intervención, al cual muchos atribuyen también rango constitucional.

3. Estado de derecho y derecho penal: una relación que significa en primer lugar —como ya hemos anticipado— legalidad de delitos y penas, esto es, tendencial concentración del poder punitivo en las manos del legislador con exclusión o reducción al mínimo del papel del poder ejecutivo y del judicial. Sin embargo, este objetivo se revela actualmente como una aspiración y una herencia de la antigua doctrina de la división de poderes, más que como una realidad efectiva.

Comenzamos con las relaciones entre el poder legislativo y el poder ejecutivo, para decir que entre los dos hay una indudable convergencia político-sustancial, en el sentido que en los regímenes parlamentarios el Gobierno es expresión de aquellas mismas fuerzas políticas que, teniendo mayoría parlamentaria, dominan la función legislativa. Este fenómeno de identificación o al menos de cercanía sustancial llega a ser particularmente intenso en aquellos ordenamientos —como es hoy el italiano— caracterizados por sistemas electorales mayoritarios. De todas formas, el cambio del centro de gravedad de la producción normativa penal a favor del poder ejecutivo es un fenómeno imputable a toda una serie de factores característicos de las democracias con intenso desarrollo tecnológico. La ampliación de los límites de la tutela penal a muchas materias nuevas, caracterizadas por una intrínseca complejidad (medio ambiente, producción, finanzas), hace del todo improbable el mantenimiento de un rígido monopolio del legislador parlamentario. Sobre todo cuando un sistema electoral rigurosamente proporcional favorece la multiplicación y fragmentación de los partidos políticos, con la consiguiente dificultad del parlamento para legislar en el tiempo y en el modo impuestos por la moderna sociedad tecnológica. De otro lado, allá donde se adopta un sistema electoral mayoritario, resulta acentuada la cercanía político-sustancial entre el Parlamento y el Gobierno, con la consiguiente, implícita y evidente erosión y atenuación del íntimo significado de la garantía de la legalidad penal.

La experiencia italiana de estos últimos decenios confirma de manera evidente este fenómeno de desplazamiento del centro de gravedad de la normativa penal hacia el poder ejecutivo. En primer lugar, son cada vez más numerosas las llamadas normas en blanco, donde el precepto penal está integrado, completado o nada menos que determinado por actos normativos del poder ejecutivo de rango subordinado a la ley parlamentaria (las llamadas fuentes *secundarias*). En segundo lugar, la mayor parte de las reformas realizadas en los últimos veinte años en el sistema penal, y no solamente para afrontar fenómenos de "emergencia criminal" (como el terrorismo interno y la mafia), han sido adoptadas mediante decretos-leyes, esto es, con el ejercicio de las prerrogativas legislativas de las cuales puede valerse el Gobierno en situaciones de particular necesidad y urgencia. Finalmente, aún más en general y a pesar de algunas polémicas académicas, se va consolidando el principio de que las reformas más difíciles de lograr, incluyendo las de los códigos penales, pueden ser efectuadas sólo mediante delegación legislativa del Parlamento al Gobierno.

Me parece, en cambio, que la reforma de la Constitución argentina ha querido reforzar el papel del Congreso en la producción normativa en materia penal, asumiendo así una determinación a la cual no son probablemente ajenos los acontecimientos de los años sesenta y setenta. Hay, de hecho, todo un conjunto de normas que tienden a circunscribir las competencias penales del poder ejecutivo y del presidente de la República. De un lado permanecen las originarias disposiciones de los artículos 18 y 75.12. Si la primera contiene la genérica afirmación del principio de legalidad, la segunda —que se remonta a 1957— reserva al Congreso la emanación de los códigos y, por lo tanto, también del Código Penal. La única innovación introducida por la reforma de 1994 en la vieja formulación del artículo 75.12 consiste en la explícita invitación al Congreso para que la redacción de los códigos asuma la forma de verdaderos y propios "digestos" jurídicos, idóneos para asegurar la certeza y la posibilidad de conocimiento del derecho que se perciben como condiciones imprescindibles de verdadera democracia jurídica. De otro lado, están las nuevas disposiciones con las cuales la Constitución reformada tiende a circunscribir el ejercicio de la función legislativa por parte del poder ejecutivo, sobre todo en materia penal. El artículo 99, después de haber configurado como totalmente excepcional el ejercicio de la función legislativa por el poder ejecutivo, excluye en todo caso esta posibilidad cuando se trata de materia penal, tributaria, electoral o de disciplina de los partidos políticos. Pero tampoco la delegación legislativa puede constituir en Argentina un modo ordinario de legislar en materia penal, ya que el artículo 76 la permite sólo en condiciones de "pú-

blica emergencia" y en el respeto de una serie de circunstancias ulteriores. Y esta excepcional competencia debe armonizarse también con la prohibición general del artículo 29, donde se impide al Congreso la concesión al Gobierno de poderes que puedan incidir sobre la vida, el honor y los bienes de los argentinos, aunque como parece poder deducirse nada menos que de la previsión de una responsabilidad penal por la violación de esta prohibición, se trate probablemente de la sintética y resumida previsión de un ilícito constitucional más que de un límite de organización.

4. Los principios del Estado de derecho en la cuestión de las relaciones entre el poder legislativo y el poder ejecutivo no atañen sólo al plano de las fuentes del derecho penal. Más bien, es justamente sobre el plano de los eventuales procedimientos penales de carácter *individual* susceptibles de ser adoptados por parte de la autoridad gubernativa, donde los principios del Estado de derecho imponen las garantías más rigurosas. De hecho, el monopolio legislativo de la producción normativa penal, quizás el más extremo, sería del todo inútil si fuese acompañado por la existencia de sistemas aflictivos extrapenales, paralelos al sistema penal, o incluso insertos en este último, pero confiados a la gestión de la autoridad del poder ejecutivo. Sobre este plano, los riesgos mayores provienen normalmente de la eventual existencia de sistemas preventivos policiales y del papel protagonista desempeñado por la administración penitenciaria en la fase de ejecución de la pena privativa de libertad.

No tengo conocimiento de los *poderes de prevención* de los cuales está hoy dotada la autoridad policial en Argentina. En Italia existe una larga tradición de medidas de prevención que han desempeñado siempre una función sustancialmente sucedánea respecto al sistema penal propiamente dicho, sobre todo en aquellas áreas de la criminalidad como es la criminalidad organizada, donde la sanción penal ha encontrado siempre las mayores dificultades de intervención. Después de la aparición de la Constitución (1947) las medidas de prevención han sido "salvadas" a través de una progresiva "jurisdiccionalización", que las ha sustraído a la autoridad del poder ejecutivo para transferirlas a la competencia de la magistratura ordinaria. Aún manteniendo las medidas de prevención no pocos motivos de tensión con el Estado de derecho, se ha asistido a un potenciamiento de su componente jurisdiccional como elemento sustitutivo y compensatorio de la disminución que las otras garantías del Estado de derecho soportan en el campo de la prevención *ante delictum*. Debemos volver a hablar de este fenómeno del creciente papel garantista asumido por el poder judicial.

Legalidad y jurisdicción marcan la transformación padecida por parte del ordenamiento peni-

tenciario tanto en Argentina como en Italia. Si bien abandonado durante un largo tiempo, es absolutamente fundamental para el Estado de derecho el principio según el cual el segmento final del proceso punitivo, la cárcel, debe ser el más rodeado de garantías. Y esto en consideración al carácter al menos tendencialmente "cerrado" y "total" de la institución carcelaria, donde se acogen los mayores peligros no sólo de un ejercicio arbitrario, por estar políticamente condicionado por el poder coercitivo del que es titular la autoridad penitenciaria, sino también de una fatal degeneración, en sentido inútilmente vejatorio e inhumano, de la desigual relación interpersonal entre guardianes y detenidos. En Italia, la reforma penitenciaria de 1975 se puede decir que ha sido la primera y en todo caso una de las pocas grandes reformas del sistema penal: aparte de su inspiración en la ideología de la resocialización del condenado, lo que urge subrayar en este lugar es la *garantía* que ella ha supuesto, sustrayendo la fase ejecutiva de la pena al originario dominio exclusivo de la autoridad administrativa para devolverla a la legalidad de la fuente legislativa y someterla al control jurisdiccional de la magistratura ordinaria. El espíritu garantista es aún más manifiesto en la reciente ley argentina núm. 24.660 de 8 de julio de 1996, que en su artículo 3º atribuye al juez el control del respeto de los derechos del condenado derivados no sólo de la propia Constitución sino también de los tratados internacionales ratificados por la República Argentina.

Hemos dicho que los principios del Estado de derecho significan tendencial monopolio del poder punitivo en las manos del legislador. Pero en las modernas democracias parlamentarias, de un lado, la cercanía político-sustancial entre Parlamento y Gobierno junto a la complejidad de la vida social conducen a una amplia entrada de las fuentes secundarias junto a las fuentes legislativas primarias, mientras que, de otro lado, sigue siendo fundamental la exigencia de que las acciones individuales sean sustraídas al condicionamiento de las fuerzas políticas para quedar plenamente vinculadas a la legalidad. Semejante condicionamiento de la política puede ejercitarse, en primer lugar, a través de la competencia de la autoridad administrativa. Pero también al poder legislativo debe prohibírsele condicionar las medidas individuales en materia penal, sobre todo en el Estado constitucional de derecho, en el que incluso el legislador no es más *legibus solutus*. He aquí, de todos modos, que el delicado sector de la *responsabilidad penal de los políticos* registra la tendencia a una progresiva reducción del ámbito de la inmunidad. La reducción de este "foro especial" es coherente con aquella mayor independencia del poder judicial, de la cual hablaremos dentro de poco.

En Italia, recientes reformas han modificado en sentido restrictivo tanto el instituto de la autori-

zación para actuar, manteniéndola en su original configuración sólo para algunos actos procesales determinados y particularmente importantes (1993), como la responsabilidad de los ministros por los delitos cometidos en el ejercicio de sus cargos, que están hoy sujetos a la jurisdicción ordinaria si bien previa autorización de una de las Cámaras (1989).

En Argentina, la materia está fundamentalmente regulada por los artículos 53, 59 y 60 de la Constitución reformada, de forma que mantiene consistente el componente "político" de este sistema de justicia especial. En verdad, la única modificación introducida con la reforma de 1994 se reduce a la eliminación de los jueces de tribunales inferiores federales como sujetos beneficiarios de este foro especial, y a la inclusión –por el contrario– del órgano de nueva institución del "jefe de gabinete", junto al presidente, vicepresidente, ministros y miembros de la Corte Suprema (art. 53). Por lo demás, si de un lado es muy significativo el hecho de que la competencia del Senado –esto es, del órgano que juzga– se limita a sanciones de tipo prohibitivo y de incapacidad, quedando a cargo de la magistratura ordinaria la tarea de la aplicación de las sanciones penales según las leyes ordinarias (art. 60); de otro lado, es también verdad que la competencia de los órganos de la "justicia política" se extiende hasta los crímenes comunes cometidos por los sujetos cualificados a los que se refiere el artículo 53. Pero sobre todo me parece entender que, según el artículo 60, la sucesiva intervención de la magistratura ordinaria es posible sólo a condición de que haya habido una declaración de culpabilidad por parte del Senado, conforme al artículo 59.

5. La complejidad de las relaciones entre poder legislativo y judicial está claramente demostrada en los recientes acontecimientos italianos, que confirman cómo la efectiva validez de los principios del Estado de derecho depende del papel *social* históricamente asumido por la magistratura.

La superioridad del poder legislativo frente al judicial se consolida en la tradición constitucional de los Estados de derecho en la Europa continental en la máxima montesquiana de que el juez debe ser "la boca de la ley": como huella de esta tradición, en Italia no se ha llegado nunca a la prohibición de la analogía (*in malam partem*) en materia penal ni siquiera durante el fascismo, y esto se entiende actualmente como consecuencia del principio de legalidad penal previsto en el artículo 25 de la Constitución, además de estar expresa y repetidamente en el viejo Código Penal. En el código argentino no se encuentran disposiciones referentes, directa o indirectamente, a los poderes de interpretación del juez en materia penal, y además la nueva Constitución no va más allá de la enunciación del principio general de le-

galidad formulado con la insistencia habitual en el aspecto de la irretroactividad. A pesar de esto, quizá se puede formular la hipótesis de que el "espíritu" de la Constitución que parece reservar al Congreso una posición de preeminencia en materia penal, impone la asunción del principio de legalidad en su tradicional máxima acepción liberal-garantista.

Subyace todavía una latente contradicción en el fondo de las relaciones entre poder legislativo y poder judicial en los Estados de derecho. De un lado está excluido que la garantía del predominio del poder legislativo sobre el judicial pueda ser realizada mediante una dependencia y subordinación *orgánica y funcional* del segundo respecto al primero, dado que esto implicaría realmente la posibilidad para las fuerzas políticas de condicionar los procedimientos penales también de tipo *individual*: esto sería contrario al principio fundamental del Estado de derecho de la predeterminación de la *regula iuris* para todos los sujetos del ordenamiento. De otro lado, se ha comprendido rápidamente cómo la prohibición de analogía y, más en general, todos los instrumentos empleados para obligar al juez a una interpretación *estricta* se revelan en realidad ilusorios: las modernas teorías de la interpretación han aclarado definitivamente cómo la actividad hermeneútica del juez tiene necesariamente un carácter creativo y de valoración, en cuanto que es difícil y problemática la distinción entre analogía e interpretación. Con la imposibilidad de asegurar, de un lado, un vínculo mecánico del juez a la ley y con el rechazo, de otro lado, a instaurar una subordinación orgánica y funcional del legislador, los Estados de derecho han introducido el principio de la *independencia* de la magistratura, en la convicción de que la separación del juez de cualquier vínculo, influencia y condicionamiento político, podría facilitar el acercamiento a la ley. En este sentido han de ser leídas las dos afirmaciones fundamentales de la Constitución italiana al respecto: "los jueces están sujetos sólo a la ley" (art. 101.2) y "la magistratura constituye un orden autónomo e independiente de todo poder" (art. 104.1). Y en este sentido están también las importantes modificaciones aportadas a la Constitución argentina, y de las cuales haremos amplia referencia dentro de poco, a fin de corregir la crisis institucional en la que había caído el poder judicial por un exceso de politización.

Sin embargo, ha sido la conquistada independencia, realizada en un alto grado en Italia, la que ha desencadenado un proceso de *potenciación* del poder judicial que ha terminado por colocar al juez como interlocutor autorizado del poder político, sobre todo en el campo penal. La evolución más reciente de los acontecimientos italianos muestra exactamente el interesante fenómeno de cómo la transformación del Estado de derecho hacia uno constitucional puede suceder sin la reali-

zación de una síntesis real, pero acompañándose del riesgo de una cierta erosión de los más tradicionales principios del Estado de derecho. Conocimiento del carácter creativo-valorativo de la jurisprudencia y fuerte independencia de la magistratura están en el origen de la *potenciación* del poder judicial, pero también hay otros factores en el nacimiento de este importante fenómeno. Y se trata, en particular, de factores reconducibles al desarrollo del constitucionalismo.

La Constitución, como tabla de los nuevos valores compartidos en el pacto social postbélico, constituye la *fuerza* principal en la cual se inspira el juez directamente, sobre todo cuando las fuerzas políticas muestran una persistente incapacidad para traducir los valores al ordenamiento legislativo. La paradoja italiana de un código penal de impronta fascista (1930), que sobrevive hasta hoy, pese a las profundas transformaciones constitucionales (1947), introduciendo así en el sistema penal un evidente principio de contradicción, viene atenuada por el fuerte papel desempeñado por la magistratura. De un lado, junto a la Corte constitucional, los jueces facilitan un proceso de liberalización del viejo código promoviendo la declaración de inconstitucionalidad de las normas de más evidente huella autoritaria. De otro lado, la magistratura se sirve de las normas del código, forzando con frecuencia su alcance más allá de los límites de la legalidad y de la prohibición de analogía, para afrontar más rápidamente que el legislador, fenómenos criminales de gran relevancia social: de la tutela del medio ambiente, a la lucha contra el terrorismo interno, a la lucha contra la criminalidad organizada. Hasta aquí el poder legislativo —con sus tardías reformas— va en cierto sentido detrás de la magistratura que, además, conquista un crédito social siempre creciente. En el momento en el que la magistratura comienza, siempre apoyándose en el viejo código, a atacar la amplia red de corrupción política, las fuerzas políticas advierten cómo el desarrollo del poder judicial se pone en tensión con algunos principios propios del Estado de derecho: es ésta la cuestión de la legalidad en materia penal y, sobre todo, de la necesaria responsabilidad y de la legitimación democrática de cada poder.

Bajo este último perfil, la fuerte independencia, junto a los otros factores histórico-constitucionales de los que he hablado, llevan a la magistratura italiana a poder desempeñar un papel que desde la originaria afirmación de una legalidad *constitucional* llega hasta el condicionamiento de la vida política, sin que a ello corresponda forma alguna de responsabilidad.

No conozco las características y el papel social que la clase de los magistrados tiene en Argentina, por ello me limitaré a algunas impresiones extraídas de la simple lectura de la Constitución reformada. Me parece claro aun que la preocupación

de la reforma de 1994 de sacar al poder judicial de aquel estado de politización extrema al cual le había empujado el exceso del poder ejecutivo, no ha llegado al punto de cortar el estricto vínculo de la magistratura, ya sea con la sociedad o con las fuerzas políticas. Si este vínculo es particularmente evidente en el procedimiento de nombramiento de los jueces de la Corte Suprema (su necesaria procedencia de la abogacía: artículo 111; designación por parte del Senado y nombramiento por parte del Presidente de la República: artículo 99.4), por lo que se refiere al nombramiento de los jueces de los tribunales federales inferiores no se puede hablar de una completa autonomía del juego de las fuerzas políticas. Es verdad, sin embargo, que la elección fundamental del constituyente argentino ha sido ahora la de un reclutamiento de tipo *profesional* mediante concurso público (art. 114 núm. 1), pero también es verdad que el procedimiento de nombramiento incluye después la participación del *Consejo de la Magistratura* (que formula la propuesta de una terna vinculante: art. 114 núm. 2), también –nuevamente– del Senado y del Presidente de la República (art. 99.4). En conclusión, excluida la existencia de un control de las fuerzas políticas sobre los actos y sobre la carrera de los magistrados, cuestión que estaría en seguro contraste con los principios del Estado de derecho, la Constitución argentina garantiza una independencia (art. 114 núm. 4-6) mediante un sistema que tiende a conjugar, de un lado, el carácter profesional y burocrático de la magistratura (inferior) y, de otro, una relación con la realidad social y política del país a través de un complejo procedimiento de nombramiento, que implica a más órganos políticos. Más significativa aparece, si acaso, la reforma del Ministerio Fiscal, que es hoy un nuevo órgano independiente, dotado de autonomía funcional y financiera, cuyos miembros gozan de las mismas inmunidades funcionales e intangibilidad de remuneración, de las cuales se benefician los jueces (art. 120).

Ahora bien, me parece que, como muestra la experiencia italiana, la afirmación de una *total e incondicional independencia* de la magistratura –aun no excluyendo la posibilidad de algunas formas de condicionamiento informal y encubierto– tiende a favorecer una mayor inclinación hacia la tutela de los derechos del ciudadano y, por lo tanto, un control más estricto de la legalidad sobre el ejercicio de los poderes públicos. Un sistema, por el contrario, de mayor *arraigo social y político* de la magistratura, aunque actuando solamente en la fase del nombramiento, presupone no sólo una tradición de gran prestigio de la clase de la magistratura, sino sobre todo la existencia de un patrimonio común de valores culturales y socio-políticos de fondo: en presencia de esta condición, el magistrado bien puede ver potenciado, también a preferencia del legislador, su papel de resolver conflictos entre inte-

reses en una sociedad pluralista y quizá también problemática, pero en la cual la convicción y el hábito de la democracia están sólidamente consolidados. A falta de esta condición de fondo, cuando la conflictividad se manifiesta sobre el mismo valor y método democrático y cuando la exigencia prioritaria sea todavía la *tutela de la misma Constitución*, quizás a través del derecho penal, una conexión demasiado estricta del juez con la realidad social y política puede acentuar el riesgo de un uso político del derecho penal y, por lo tanto, de una sustancial deslegitimación. Sobre el plano de los principios, se diría que la preocupación del Estado *constitucional* de impedir la formación de un poder *separado e irresponsable* se convierte en un relevante peligro para el Estado *de derecho*: es decir, que el derecho penal se convierte en instrumento en lugar de ser un medio de control del conflicto político.

También la generalizada presencia del jurado para todos los juicios penales ordinarios (art. 118, Constitución argentina) no es necesariamente el medio más seguro para realizar los principios del Estado constitucional de derecho. El objetivo de alcanzar el principio *constitucional* de una plena legitimación democrática de la jurisdicción penal, por medio de la directa participación popular, y sólo en presencia de condiciones histórico-sociales bien consolidadas, puede ser perseguido sin degenerar en un incontrolable peligro de negación de la *regula iuris* y, con ello, del propio Estado *de derecho*. En otras palabras, esto sucede cuando subsisten las condiciones para que el derecho penal –a pesar de toda su carga de emotividad– pueda ser utilizado como un medio para la solución y la reconstrucción de los conflictos sociales, antes que para su exaltación.

6. Las modernas constituciones han conferido al Estado de derecho una ulterior y nueva caracterización: es decir, del Estado de derecho al Estado *constitucional* de derecho. Y he anticipado ya cómo están de fondo, en mi opinión, los dos principales aspectos de esta evolución: el carácter rígido de la Constitución, inmodificable por parte de la ley, y sobre todo la asunción de un patrimonio de valores de fondo como criterios “materiales”, “sustanciales” de legitimación de la acción legislativa. Ambos caracteres evolutivos del moderno constitucionalismo se orientan hacia una delimitación de la omnipotencia del legislador: podría decirse, por tanto, que el principio *democrático* ha padecido la necesidad de un progresivo proceso de adaptación y de concentración para coexistir con un superior principio *de garantía*. En síntesis, se puede afirmar que si el rasgo característico del Estado de derecho es (o ha sido) el triunfo de la ley y del legislador, el del Estado constitucional es por el contrario el (re)descubrimiento de un derecho ultra-legal y, por lo tanto, la existencia de límites para el legislador.

Después de la trágica experiencia de las democracias populares de la Europa oriental, después de la disolución institucional causada por las degeneraciones del populismo sudamericano, después de la constatación de las manipulaciones que una clase política desinhibida y especuladora ha podido hacer del principio democrático, la referencia a la "soberanía popular" como fundamento de la democracia debe ser integrada en la referencia a los derechos inviolables del hombre.

En el campo del derecho penal, creo que la experiencia del constitucionalismo italiano de la postguerra es particularmente interesante por el grado de evolución que ha sido alcanzado y la riqueza del debate cultural que la ha acompañado. De hecho, a la originaria pero continua afirmación de que los derechos inviolables del hombre y al proceso de su consolidación internacional (en sede europea, primero con la Convención de Roma de 1950 y con la Corte de Estrasburgo, después con la Comunidad europea y la Corte de Luxemburgo), ha seguido el progresivo perfeccionamiento de algunos grandes principios penalistas de impronta personalista, hasta llegar a la hipótesis de una estructura constitucional vinculada a los mismos contenidos político-criminales del derecho penal. Naturalmente, este complejo proceso evolutivo no ha estado exento ni de contradicciones ni de tensiones, sobre todo a causa de la "emergencia" del terrorismo y de la criminalidad organizada y mafiosa. Por lo tanto, son sustancialmente tres las etapas de este movimiento del constitucionalismo penal.

Comenzando ahora con los derechos inviolables del hombre, debo señalar algunas relevantes diferencias entre la Constitución argentina y la italiana. De un lado, las previsiones de la Carta italiana son mucho más detalladas que las de la Constitución argentina. Ciertamente, la reforma de 1994 se ha ocupado de enriquecer el catálogo de los derechos individuales introduciendo todo un nuevo capítulo (el segundo, art. 36 y siguientes: "*Nuevos derechos y garantías*") dedicado a los derechos llamados de última generación, esto es, de participación y de carácter social. Pero, por cuanto se refiere a los tradicionales derechos individuales de libertad, me parece que se han quedado anclados en la originaria previsión del artículo 14, que los prevé en forma de elenco general reagrupados en una única disposición, mientras la Carta italiana ha insistido con frecuencia (en los arts. 13 a 28) en trazar las líneas fundamentales de una verdadera y propia disciplina de cada derecho individual de libertad. De otro lado, mientras la Constitución argentina —en un evidente anhelo de mantener la República en el consorcio internacional de los Países democráticos— ha obtenido con la reforma de 1994 una recepción constitucional de un nutrido grupo de tratados y convenciones internacionales sobre los derechos del hombre (art.

75.22), la Corte constitucional italiana ha excluido la posibilidad de una recepción automática de derechos inviolables consolidados en el ámbito internacional, pero no previstos expresamente en nuestra Constitución. Todo ello no ha impedido, sin embargo, a la Corte constitucional atenuar, al menos en parte, la persistente paradoja del ordenamiento penal italiano, donde coexisten un código penal fascista y una Constitución liberal-democrática y garantista. En la persistente inercia del legislador, la Corte ha procedido a eliminar las normas penales más fuertemente atentatorias contra la libertad, en materia —por ejemplo— de libertad de reunión, de asociación, de manifestación del pensamiento, de huelga...

Con este propósito, es decididamente amplia la tutela jurisdiccional que el artículo 43 de la Constitución argentina ofrece —al menos en el plano teórico— a los derechos inviolables, mediante las especiales previsiones, ya sea del *habeas corpus* (último apartado), ya sea de la tutela de la intimidad (*habeas data*) (tercer apartado), pero sobre todo mediante la previsión de un juicio *de amparo* que se extiende a la constitucionalidad de las leyes. No estoy en situación de expresar opinión alguna sobre el concreto funcionamiento del sistema de garantía delineado en el artículo 43 de la nueva Constitución argentina. Sobre la base de la experiencia italiana, me limito a decir que la tutela constitucional de los derechos de libertad exige en el juez una relevante vocación garantista, ya que es claro que —aparte del raro caso de las normas incriminadoras que prohíben formas de ejercicio del derecho expresamente previstas y garantizadas en la norma constitucional— habitualmente la norma penal expresa un *equilibrio* entre el derecho de libertad y las exigencias de los intereses en conflicto. Y el artículo 28 de la Constitución argentina (según el cual los derechos fundamentales "no podrán ser alterados por las leyes que regulan su ejercicio"), en su evidente ansia garantista, no podrá excluir esta inevitable operación de equilibrio, que ha sido reconocida sin reservas por la constante jurisprudencia de la Corte constitucional italiana. Ésta, por otro lado con igual determinación, se ha reservado el poder de controlar la formalidad constitucional del equilibrio.

Por lo tanto, el control de legitimidad constitucional implica necesariamente un juicio caracterizado por un alto grado de discrecionalidad política. Con la consecuencia de que sólo un órgano que a la necesaria sensibilidad política añada una fuerte vocación garantista, puede efectivamente asegurar la tutela constitucional de las libertades individuales fundamentales.

7. Más amplio debe ser mi discurso acerca de la segunda etapa del constitucionalismo penal, consistente en la afirmación de algunos fundamentales principios penalistas de impronta personalista

en la Constitución italiana, filtrados después progresivamente a la legislación ordinaria. He hablado ya del tradicional principio de legalidad a propósito del Estado de derecho y de las relaciones entre los órganos y los poderes del Estado en la producción del derecho penal. Aquí intento referirme a otros dos principios fundamentales, relativos respectivamente a la *culpabilidad* y a la *función de la pena*.

7.1. Por lo que se refiere al principio de culpabilidad es necesario anticipar que, a pesar del "retribucionismo" presente en el Código Penal italiano, eran muy numerosas las hipótesis de responsabilidad sin culpabilidad. Para comprender las razones de este fenómeno es suficiente recordar la inspiración fuertemente represiva, coherente con el autoritarismo del régimen fascista, que dominó el Código Penal del 30. El objetivo del refuerzo de la represión hizo hincapié sobre las tradiciones liberales, premisas filosóficas y coherencia sistemática, produciendo un sistema caracterizado por una doble pareja de opuestas inspiraciones inusualmente coexistentes: de un lado, retribución y responsabilidad sin culpabilidad; de otro, responsabilidad y peligrosidad. No parece incorrecto formular la conclusión de que, al igual que las numerosas hipótesis de responsabilidad sin culpabilidad, también las medidas de seguridad para el delincuente peligroso proceden, sobre todo, de una finalidad político-criminal de refuerzo de la represión penal. Por el contrario, el código argentino —en su estructura originaria de la parte general— me parece bastante menos condicionado por un intento represivo, que se manifestará más tarde y de modo sólido, pero especialmente en la parte especial y con leyes especiales. Y en efecto, frente a algunas concesiones a la peligrosidad subjetiva como cuestión previa a la pena (entre las cuales me parecen particularmente significativas aquellas en tema de delito imposible —art. 44— y en tema de reincidencia —art. 52—), más completo es, en mi opinión, el respeto al principio de culpabilidad, como se demuestra por la previsión de una responsabilidad exclusivamente en los límites del dolo, en caso de concurso de personas en el delito (arts. 47 y 48). Se puede quizá concluir que, a diferencia del código italiano, también las concesiones a la peligrosidad subjetiva contenida en el sistema argentino de la responsabilidad son debidas tal vez a elecciones y condicionamientos derivados de la cultura y la ideología penalista más que a intentos puramente represivos. Bajo este perfil, la persistente y larga vigencia del código argentino, que se remonta nada menos que a 1922, revela un significado histórico-político muy diverso respecto al del código Rocco. El código argentino, aunque "agredido" y "rodeado" de la legislación especial a lo largo de la cual se desenvuelve la atormentada historia de la inestabilidad institucional del país, constituye el signo y símbolo de

una continuidad constitucional y representa en resumen el núcleo de una tradición liberal capaz de hacer de dique, al menos ideal, a la instrumentalización política del derecho penal. La persistencia del código Rocco, por el contrario, resulta bastante menos comprensible en un país que se había dado una nueva Constitución: parece representar el síntoma de una incapacidad de la clase política, o bien de una inadaptación de los tiempos modernos al trabajo codificador, mientras que la afirmación de los nuevos valores —incluidos los constitucionales— permanece confiada al florecimiento de las leyes especiales *extra codicem*.

Volviendo ahora a la progresiva afirmación del principio de culpabilidad en el ordenamiento italiano, vale la pena señalar las tres etapas fundamentales de este proceso. En primer lugar, la doctrina italiana interpretó la norma constitucional sobre la responsabilidad penal (art. 27, ap. 1.º) de modo que condujo hacia ella el principio de culpabilidad. En efecto, el texto del artículo 27 de la Constitución italiana —"La responsabilidad penal es personal"— parecía revelar claramente la limitada intención de los constituyentes, de desterrar del derecho penal cada forma de responsabilidad por hechos ajenos, que por el contrario fue tristemente conocida durante el último período, el bélico, del régimen fascista. Pero, con una operación interpretativa de gran sensibilidad jurídica y cultural, la doctrina sostiene que anclar el contenido del artículo 27 a la voluntad histórica de los constituyentes habría significado disminuir el alcance del principio constitucional, aferrándolo al pasado en lugar de proyectarlo hacia la evolución del derecho penal que, en sus desarrollos internacionales, estaba ya consolidando el principio de culpabilidad.

En segundo lugar, me parece particularmente significativa la orientación admitida por la Corte constitucional italiana con una famosa sentencia (la sentencia núm. 364) de 1988, con la que se daba relevancia justificante a la ignorancia invencible de la ley penal, adecuando así el ordenamiento penal a la mayor parte de los europeos. Me importa subrayar no sólo el hecho de que la Corte introdujera el principio de culpabilidad justamente en uno de los puntos de mayor resistencia del sistema, como el de la absoluta irrelevancia de la *ignorantia legis*. El aspecto más significativo de la situación es el camino argumentativo elegido por la Corte para recibir el principio de culpabilidad. Este último entra en el sistema penal no tanto como consecuencia de una opción, por así decir "intrasistemática", relativa a la función de la pena, sino sobre todo como exigencia, por así decir "extrasistemática", de garantía política en las relaciones entre el Estado y los ciudadanos. De hecho, la Corte sostiene que en la base del fundamento de la culpabilidad está sustancialmente la inviolabilidad de los derechos del individuo frente

a las más legítimas pretensiones del Estado de derecho. Si bien el Estado puede, de un lado, pretender legítimamente que el ciudadano observe el deber de asumir conocimiento de la ley penal en cumplimiento de un deber más general de solidaridad social; no puede, de otro lado, imponer la sanción penal a quien, habiendo cumplido los deberes de información jurídica, no ha logrado todavía, sin su culpa, adquirir el conocimiento del precepto penal.

Finalmente, frente a la sensibilidad mostrada por la doctrina y la Corte constitucional por el principio de culpabilidad, el legislador no ha sido propenso a sanear la relevante contradicción entre la originaria disciplina autoritaria del código fascista y los principios penalistas del Estado de derecho. Es verdad que con una ley de 1990, la imputación de las circunstancias agravantes no acontece más objetivamente, sino que ha sido subordinada a la presencia de la culpa, pero las hipótesis de la responsabilidad sin culpabilidad son aún numerosas en el código italiano y la jurisprudencia continúa haciendo un largo uso de ellas, empujada también por la necesidad de reprimir adecuadamente una criminalidad de graves consecuencias.

Mi conocimiento del ordenamiento penal argentino no me permite expresarme a ello, sino de modo muy aproximativo. A pesar de esto, creo que, al menos por cuanto se refiere al texto constitucional, no hay normas de las cuales poder deducir el principio de culpabilidad; mientras que, por el contrario, no faltan disposiciones que directa o indirectamente prohíben la responsabilidad por hechos ajenos. Se trata del artículo 17, que destierra la confiscación de los bienes del Código Penal (pese a que tal prohibición esté contenida en el contexto de un largo artículo dedicado a la salvaguardia de la propiedad y de la libertad de la imposición de prestaciones coercitivas), y del artículo 119 sobre traición a la Nación argentina (que permite a través de una interpretación *a fortiori* obtener una prohibición de responsabilidad por hechos ajenos en todo el ámbito del derecho penal). Se trata de dos normas remontadas a la versión originaria de la Constitución de 1853, cuya inspiración contra la responsabilidad por hechos ajenos permanece, sin embargo, perfectamente coherente con la natural preocupación del constituyente argentino de contraponerse a las no lejanas degeneraciones de los regímenes autoritarios, donde en efecto se registra la instrumentalización del derecho penal con fines también de represalia política, con la consecuencia de odiosas formas de responsabilidad por hechos ajenos.

Por cuanto se refiere al Código Penal, los originarios cimientos sustancialmente liberales de la parte general parecen haber impedido el reconocimiento indiscriminado de la responsabilidad objetiva, como sucede en Italia. Al contrario, más

bien no faltan –como ya se ha señalado– significativas disposiciones inspiradas en el principio de culpabilidad. También debe ser reconocido, por otra parte, que la considerable edad del código da razón del limitado desarrollo de las disposiciones sobre los presupuestos subjetivos de la responsabilidad: y en particular, no puede dejar de señalarse la ausencia de una expresa previsión de la eficacia justificante del error de derecho. Esta falta se añade a la característica más general del código argentino, de una pronunciada economía en el empleo de normas de carácter definitorio, en materia por ejemplo de dolo, culpa, causalidad, etc.

7.2. “Las penas no pueden consistir en tratamientos contrarios al sentido de humanidad y deben tender a la reeducación del condenado”. Ésta es la formulación del artículo 27, apartado tercero, de la Constitución italiana, donde claramente se acoge la presencia de dos normas complementarias pero diversas. La primera –“Las penas no pueden consistir en tratamientos contrarios al sentido de humanidad”– es una norma de *garantía*, con contenido *negativo*, de indudable significado civil, pero de no fácil concreción fuera del contexto histórico de referencia: la pena, de hecho, tiene un intrínseco componente de “inhumanidad”, así que el contenido del principio de humanidad de la pena no puede ser relativo y variable. La segunda disposición –“Las penas... deben tender a la reeducación del condenado”– representa por el contrario una *elección de valor*, constituye un dictamen *positivo de finalidad*.

Quiero detenerme, sobre todo en esta segunda norma, que afirma el llamado principio reeducativo de la pena, para subrayar su carácter casi revolucionario. Se trata de una opción rompedora e innovadora, dado que ha sido elegida por la Constitución sin querer expresar la adhesión a una u otra escuela de pensamiento penalista. En mi opinión, el principio de reeducación de la pena es, por lo tanto, una opción formal y sustancialmente *constitucional*, constituye por ello una elección cultural de civilidad, una opción política de fondo del ordenamiento. Lo demuestran claramente los trabajos preparatorios con los cuales la Asamblea constituyente llegó a la aprobación de aquel artículo en el ya lejano 1947. El principio de reeducación de la pena encontró sitio en la Constitución por iniciativa de los proponentes que no eran penalistas, mientras que los penalistas –al contrario– tendían sobre todo a obstaculizarlo, temiendo que pudiese representar una inoportuna elección de campo entre las escuelas penalistas, tanto más inoportuna cuanto petrificada en el texto de una Constitución rígida. Pero el significado profundo con el que el principio reeducativo entra en la Constitución italiana del 47 y debe permanecer en ella era y es diverso. Ésta es la “expresión penalista” del principio más general de solidaridad que se mueve por toda la Constitución, y ex-

presa la idea de que en la complejidad funcional de la pena no se pierda el compromiso del Estado hacia el condenado, el compromiso de ofrecer al condenado la oportunidad de su eventual reinserción social. Una elección de fondo de solidaridad que se revela perfectamente coherente con la idea de que también la sociedad tiene una parte de peso y responsabilidad en los procesos de formación del crimen y que, por lo tanto, en el origen del delito no hay sólo factores individuales.

No puedo entrar en un amplio análisis de la compleja jurisprudencia constitucional sobre el principio reeducativo de la pena. Me parece, sin embargo, que la orientación compleja de la Corte constitucional italiana refleja sin duda esta concepción civil y política del principio reeducativo, como opción fundamental del sistema. La Corte ha afirmado, por un lado, el principio de la "multifuncionalidad" de la pena, queriendo con ello decir que la finalidad reeducadora es compatible, y por lo tanto debe poder coexistir, con todas las otras posibles finalidades de la pena. De otro lado, sin embargo, ha establecido que sólo en una de las varias fases del proceso penal la finalidad reeducativa puede permanecer totalmente excluida por la prevalencia de cualquiera de los otros fines de la pena.

La Constitución argentina no ha sido modificada en las normas relativas a la pena: el artículo 18 tiene parte de aquel núcleo fundamental ("*Declaraciones, derechos y garantías*") que ha permanecido inmutable en el texto originario de 1853. Esto puede contribuir a explicar el tenor de la disposición, que efectivamente puede aparecer un poco distante de la complejidad teórica del moderno pensamiento penal sobre este crucial problema. Más precisamente, el artículo 18 contiene las prohibiciones en base a la *garantía* y a las indicaciones con dirección *teleológica*; aunque indudablemente la preocupación garantista parece prevalente en el entendimiento del constituyente. Lo viene a demostrar, sobre todo, la referencia del artículo 18 exclusivamente a la pena carcelaria; pero también la prescripción de que las cárceles sean "sanas y limpias", así como la prohibición de cualquier medida que comporte mortificaciones mayores que las implicadas en la intrínseca naturaleza de la pena. Se trata, por lo tanto, de prescripciones caracterizadas también por una concreción de contenidos bastante inusual en un moderno texto constitucional, pero evidentemente dictadas por la aplastante preocupación garantista de evitar el peligro de que el universo carcelario degenera en lugares de embrutecimiento, sufrimiento y brutalidad. Desde esta perspectiva, me parece que va implícita también la comprometida afirmación —contenida siempre en el artículo 18— de que la cárcel es instrumento de seguridad y no de castigo. Literalmente, la afirmación parecería excluir algún componente retributivo y punitivo de la

pena carcelaria y legitimar por el contrario una función exclusivamente de prevención especial mediante una neutralización que impida la peligrosidad. Afirmación comprometida, decía, también por las relevantes consecuencias que derivarían en la disciplina del entero sistema sancionatorio y nada menos que del sistema penal. Basta pensar que la pena carcelaria, si debiese ser justificada sólo por la exigencia de seguridad, no constituiría la sanción ordinaria del sistema, sino un instrumento excepcional, cuya aplicación —por otro lado— podría estar justificada sólo sobre la base de exigencias a valorar en concreto. Mi impresión es, por lo tanto, que el extremismo de esta afirmación de la Constitución argentina se sitúa sobre todo en el espíritu de una fuerte acentuación de la *garantía* constitucional. En este sentido se ha querido tratar de contener el riesgo de una inclinación progresiva hacia formas sancionatorias cada vez más aflictivas, riesgo que es particularmente elevado cuando la sanción criminal se concibe en una dimensión exclusivamente punitiva.

Cualquier sistema de garantía constitucional contra los repetidos peligros de las degeneraciones carcelarias no es en realidad tal, si no es también garantía de la efectividad. Y dadas las características absolutas y segregantes de la institución carcelaria, el detenido será definitivamente garantizado en sus derechos sólo donde existan canales de comunicación abiertos entre la cárcel y el mundo externo, que lo sustraigan a la total subordinación hacia la administración penitenciaria. En Italia existe hoy para los parlamentarios la posibilidad de efectuar visitas a los establecimientos penitenciarios y en esta dirección van también las convenciones internacionales contra los tratamientos inhumanos y degradantes. Pero no hay duda de que el instrumento más eficaz, por ser institucional, "normal", jurídicamente formalizado en los modos y en los efectos, es el de la "jurisdiccionalización" de la ejecución carcelaria, esto es, de su sometimiento al control del juez. Naturalmente a condición de que se trate de jueces realmente independientes respecto a las fuerzas políticas y a la administración penitenciaria. Bajo este perfil, puede crear un cierto estupor la última parte del artículo 18 de la Constitución argentina, donde se manifiesta la preocupación de fundar una responsabilidad a cargo del juez que haya autorizado restricciones ilegítimas (nada menos que "mortificaciones" en el texto argentino) en perjuicio del condenado. Probablemente también ésta, que puede aparecer como una anomalía del constituyente actual, puede encontrar una explicación en el lejano origen histórico de la norma.

8. La máxima evolución del constitucionalismo moderno se alcanza cuando se comienza a hablar de una estructura de valores constitucionales vinculados al mismo contenido del derecho penal, ta-

les como los que identifican los bienes e intereses merecedores de tutela penal. Es el punto de máxima compenetración entre Constitución y política criminal, pero también de inevitable tensión, dado que se trata de presumir la existencia de indicaciones constitucionales que vinculan la elección de política criminal, más allá de los límites constituidos por la garantía de los derechos individuales y de los principios fundamentales del derecho penal.

En Italia, hacia la mitad de los años 70 se abre un debate de notable espesor cultural tendente a favorecer una identificación, al menos tendencial, entre los valores constitucionales y los bienes jurídicos penalmente tutelados. La perspectiva ideológica en la cual se movía no era sólo la de un refuerzo y acreditación de los nuevos valores afirmados en la Constitución por medio del instrumento penal. Estaba muy presente también la idea de proveer de una sólida base de legitimación al derecho penal, identificando su contenido material con los valores y los intereses sociales fundamentales y compartidos por todos. En resumen, casi una base de legitimación *sustancialmente* democrática, capaz de andar más allá del mismo principio de la democracia mayoritaria en cuanto que es reconducible nada menos que al pacto consensual del pueblo italiano expresado precisamente en la Constitución. Junto a este entendimiento, había también otra idea convergente en la misma dirección, la del derecho penal como *ultima ratio*: si el área de lo penalmente relevante debía tender a restringirse para hacer espacio a otros instrumentos de tutela menos incisivos y costosos, era natural que el criterio de este proceso de progresiva delimitación fuese el de la relevancia constitucional de los bienes objeto de protección penal, de los bienes que —por ser de relevancia consitucional— pueden claramente ser considerados fundamentales y generalmente compartidos.

En extrema síntesis, se puede hablar quizá de un proceso, o al menos del intento de poner en marcha un proceso, de "constitucionalización" del derecho penal. La renovación del contenido del derecho penal habría debido traer resultados significativos tanto sobre el plano de los principios, a través de la recuperación de la legitimación, como sobre el plano del funcionamiento práctico del sistema, sustrayéndolo a la creciente producción inflacionista de las normas penales. En todo caso, el proceso de constitucionalización del derecho penal se ponía teóricamente como una tendencia progresiva y mejorada del derecho penal, en una dirección elevada respecto a los constantes peligros de un uso políticamente instrumental y por lo tanto no liberal (si bien no necesariamente autoritario, sino solamente "simbólico") de la sanción criminal: un fenómeno de gran significado evolutivo, el que se tuvo con la codificación de hace dos siglos. Un proceso que habría completado en

el derecho penal el fenómeno de transformación del Estado *de derecho* en el Estado *constitucional* de derecho.

No se puede decir con certeza que este proceso de constitucionalización (de los contenidos) del derecho penal se haya realizado. Sería bastante largo indicar aquí las causas de esta falta de metas. En síntesis, puede decirse que las razones de la política criminal han tenido la mejor de las pretensiones de inmovilizar el derecho penal sobre la tabla de los valores constitucionales: y en esto han tenido un papel importante también la complejidad y el dinamismo de la sociedad italiana de la postguerra, así como su participación en una organización internacional como la Comunidad Europea, que es una fuente continua, directa o indirecta, de producción normativa penal. Naturalmente, sin embargo, la estación del constitucionalismo penal no ha pasado en vano. La Corte constitucional, más que el legislador, ha podido y sabido recoger algunos frutos, aunque ciertamente limitados respecto a la amplitud de las transformaciones implicadas en aquel movimiento de pensamiento. Sobre todo en los años recientes y recientísimos, la Corte está consolidando dos orientaciones jurisprudenciales que son el fruto del "constitucionalismo penal". Por un lado, la Corte ha declarado la constitucionalidad de algunas normas, si bien todas de origen fascista, por "indignidad" del interés tutelado respecto al cuadro de valores emergentes de la Constitución. De otro lado, el juez constitucional parece hoy avanzar mucho en la dialéctica de las elecciones de política criminal, pero no tanto por medio del rígido parámetro de su conformidad/disconformidad con los valores (constitucionales) objeto de tutela, como sobre todo por medio del mucho más flexible criterio de la racionalidad/adequación de la elección legislativa respecto al objetivo político-criminal.

Si ahora, a la luz también de la experiencia italiana a la cual nos hemos referido, se vuelve la mirada a la Constitución argentina reformada, no se puede prescindir de constatar la presencia de numerosas normas provistas de un "contenido penal". Del artículo 15 que, en el más amplio contexto de la eliminación de la esclavitud, prevé el crimen de compraventa de los seres humanos, al artículo 22 que prevé el delito de sedición; del artículo 29 que califica como "traición a la patria" la ilegítima asunción por parte de la autoridad del poder ejecutivo de poderes extraordinarios, al artículo 36 que reconduce al mismo gravísimo ilícito los actos de fuerza contra el "orden institucional y el sistema democrático" (apartado segundo) y prevé en los apartados sucesivos otros delitos contra la Constitución y contra el Estado, al artículo 119 que define el delito de traición a la Nación. Y si de estas disposiciones sólo el artículo 36 ha sido introducido *ex novo* con la reforma de 1994, su importancia y su evidente analogía con otras normas constitucionales "incriminadoras"

muestran una segura continuidad del pensamiento constitucional argentino en el recurso a la pena para la tutela del orden institucional.

Ahora bien, no debe asombrar el gran número de "cláusulas de penalización", de normas constitucionales que directa o indirectamente prevén figuras penales, haciendo surgir en el legislador la obligación constitucional de su incriminación. Ciertamente respecto a la Constitución italiana, la argentina es mucho más rica en estas "cláusulas de penalización", pero es una tendencia presente también en muchas de las constituciones más recientes la inclinación a hacer amplio recurso a aquellas cláusulas. Me parece sobre todo que debo subrayar otro aspecto más significativo. Se ha dicho que en la Italia de los años 70 se perfiló un proceso (si bien ha permanecido después largamente inconcluso) de "constitucionalización del derecho penal". Y bien, la impresión general deducible de la Constitución argentina parecería ser por el contrario la de una tendencia a la "penalización de la Constitución".

En efecto, de las numerosas cláusulas de penalización antes recordadas, sólo el artículo 15 en materia de esclavitud desarrolla la función propia de las verdaderas cláusulas de penalización, esto es, indicar al legislador valores sociales fundamentales, particularmente merecedores de tutela penal. Ni siquiera el medio ambiente, que cada vez más frecuentemente las recientes Constituciones están acostumbradas a elevar a la categoría de bien merecedor de tutela penal, constituye para el legislador argentino el objeto de una expresa obligación constitucional de penalización (art. 41). Para el resto, todas las otras normas con contenido penal asumen como objeto de tutela penal la Constitución en cuanto tal, esto es, el orden institucional consolidado en la Carta reformada en 1994. Básicamente está la preocupación de la Constitución, más que de indicar al derecho penal una nueva tabla de valores sociales que proteger, de garantizar la asunción del instrumento penal para la tutela de su propia existencia. En el fondo se podría decir que el fenómeno al que da vida la Constitución argentina no es tanto el de una legitimación del derecho penal a través de la transformación de su contenido de tutela, como sobre todo el de una acreditación y consolidación del nuevo orden institucional por medio del derecho penal: en resumen, se podría seguir hablando de una utilización "política" e instrumental del derecho penal, aunque más en el sentido de la democracia y del ejercicio de un poder legítimo, que en el sentido del ejercicio de un poder arbitrario e impositivo.

Ahora bien, esta indicación que parece derivarse, de manera general, de la Constitución argentina frente al derecho penal, no sólo no debe sorprender sino que puede ser apreciada positivamente en el cuadro más global de la marcha hacia

la total realización de los principios del Estado de derecho. No debe sorprender porque se trata de la exigencia natural, históricamente fundada sobre los recientes acontecimientos político-institucionales de Argentina, de consolidar en primer lugar las mismas bases del ordenamiento de la democracia, el mismo "clima" y la "conciencia" democráticos, antes que de encauzar un complejo proceso de transformación de los contenidos sociales del derecho penal. Pero esta indicación en el sentido de una "penalización de la Constitución" bien puede ser compartida en cuanto que conduce al derecho penal, por lo tanto a la *regula iuris*, la salvaguardia del orden institucional, sustrayéndola así al peligro de la irracionalidad y de la arbitrariedad de una tutela confiada únicamente al predominio de las fuerzas políticas.

Con este propósito debe considerarse de manera realista que cualquier sistema jurídico de protección penal del orden constitucional no puede confiar en una efectividad total. Es claro que cuando el poder de hecho anticonstitucional haya logrado quitar el puesto al orden constitucional, del que también las normas penales forman parte, o haya logrado obtener al menos un cierto grado de consolidación en el sistema, ninguna norma penal podrá neutralizarlo adecuadamente porque se ha quedado ineficaz e inoperante a causa del gobierno de hecho. Sin embargo, al menos hasta que no se llegue a una verdadera y propia ruptura revolucionaria con el consiguiente derribo de las mismas bases formalmente constitucionales, las "normas penales" de la Constitución podrán desarrollar una cierta obligación de tutela del orden democrático. De hecho, ellas consentirán mantener quieta, también formalmente, la calificación de ilegalidad del ejercicio de poder de hecho pese a su temporal afirmación y consolidación en el sistema y, por lo tanto, sancionar después penalmente las manifestaciones criminales, una vez que se ha restablecido totalmente la legalidad, sin violar el principio de irretroactividad de la ley penal. Sin violar por ello la garantía del derecho penal que, perteneciendo al patrimonio intangible de los derechos humanos y del Estado de derecho, no debería ser dañada ni siquiera en nombre de los valores constitucionales.

Bajo este perfil, la afirmación contenida en el primer apartado del "nuevo" artículo 36, según el cual *"Esta Constitución mantendrá su imperio aun cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático. Estos actos serán insanablemente nulos"*, lejos de ser la proclamación retórica de una imposible intangibilidad de la Constitución y del orden jurídico expresado por ella, constituye el fundamento de un legítimo recurso al derecho penal por el restablecimiento de la legalidad constitucional, que encuentra en la conciencia individual y colectiva su más seguro baluarte. ●