

# El problema del método penal: de Arturo Rocco al Europeísmo judicial\*

MASSIMO DONINI\*

## Resumen

¿El método penal por excelencia es la dogmática? Puede ser, pero hoy se impone la necesidad de repensarla y de entenderse desde la aceptación de sus nuevos retos y posibilidades, tales como la variedad de actores jurídicos y la jurisprudencia como fuente de Derecho, que en definitiva, significan menos aristocracia para la ciencia jurídico penal y dan un vuelco a opciones de interpretación de la misma desde posturas constitucionales y críticas.

## Abstract

Is the dogmatic the criminal method by excellence? It could be, but today it's imposed the needs of overthinking and understanding from the acceptance of its new challenges and possibilities, such as the legal actors multiplicity and the Jurisprudence as law source, that definitely means less aristocracy for the criminal science and turn it into new options of interpretations from critical and constitutional stances.

---

\* Texto traducido por Diana RESTREPO RODRÍGUEZ, Doctora en Derecho penal de la Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia, profesora en la Universidad EAFIT, Medellín (Colombia), del original en italiano publicado en *Criminalia: Anuario di scienze penalistiche*, 2010, pp. 127-178, con el título: *El tecnicismo jurídico y la ciencia penal cien años después. La lección inaugural de Arturo Rocco (1910) en la edad del europeísmo judicial*.

\*\* Catedrático de Derecho penal, Universidad de Módena y Reggio Emilia – (Italia).

## Palabras Clave

Dogmática penal, tecnicismo jurídico, interpretación constitucional.

## Key words

Criminal dogmatic, legal technicality, constitutional interpretation.

## Sumario

1. La imagen consolidada del tecnicismo jurídico desde la crítica de sus detractores. 2. Si la interpretación del tecnicismo corresponde al Manifiesto (1910) y a la obra de su más original representante: Arturo Rocco. 3. ¿Es la orientación constitucional una forma de positivismo jurídico aplicado a la Constitución? 4. La edad de la alianza entre la dogmática y la política criminal: del desencanto a la pérdida de un rol del saber académico. 5. De la dogmática clásica a la moderna y a la post-constitucional, como un elemento y no un sinónimo de la ciencia penal. 6. La "crisis" de la dogmática en la actualidad. 7. La edad de la democracia penal de los medios masivos de comunicación y del europeísmo judicial y de las fuentes. 8. Los cambios genéticos del discurso penal: la jurisprudencia como fuente y la variedad de los actores jurídicos. 9. ¿Una ciencia exclusivamente de los límites a la intervención punitiva? Punto de vista externo e interno. 10. Más allá de la herencia del iuspositivismo. Por una ciencia penal discursiva y crítica.

## 1. La imagen consolidada del tecnicismo jurídico desde la crítica de sus detractores

Mi generación creció con la consigna de la necesidad de superar el tecnicismo jurídico, entendido (veremos si de manera correcta) como la herencia espiritual de un estilo y de un método que veía en la ley escrita el límite infranqueable del conocimiento del jurista en sentido estricto, y no el significado último y el valor insuperable del Derecho. El tecnicismo liberaba al jurista de la carga de legitimación de la ley, pues la consideraba un producto ajeno que interpretar y aplicar sin que tuviera que darse una adhesión emotiva, posible o deseable, pero no requerida. Algo así como el botánico que estudia un bulbo y extrae de allí su estructura bioquímica. De la ley era responsable el Parlamento o el Gobierno, o en todo caso el Estado pero no el intérprete. Al contrario, este último no debía “hacer política” ni tampoco “filosofar” o confundir el plano ideal de la justicia con el de la ley. La crítica al Derecho positivo era una tarea que obviamente le estaba permitida, pero en una sede o en una sección diferente a las páginas o a los discursos que trataban del *ius positum* con el fin de entenderlo y aplicarlo. De hecho, según las palabras premonitorias de Arturo Rocco, “la discusión filosófica, moral, social, económica, política, histórica e incluso biológica y psicológica acerca del fundamento, la justificación, la bondad, la conveniencia general y específica de cada instituto, sofoca y sepulta el estudio jurídico del mismo, si es que no lleva incluso a su exclusión”<sup>1</sup>.

Quien se ocupase de filosofía y de política, antes que de Derecho, dejaría en aquel instante de ser un intérprete y obviamente un científico de la ley: “de manera que el jurista penalista... en aquel momento... se despoja de la toga del jurista, para vestir el traje, aunque sea igual de serio, del filósofo y del politólogo”<sup>2</sup>. La vieja “ciencia de la legislación” de Filangieri o de Bentham, que ahora se entiende simplemente como el estudio *de lege ferenda*, no era una categoría superior que comprendiese

1 ARTURO ROCCO, “Il problema e il metodo della scienza del diritto penale”, en *Riv. dir. e proc. pen.*, 1910, pp. 497 y ss., posteriormente en *Id.*, *Opere giuridiche*, vol. III, Roma, 1933, p. 314 (de donde proviene la cita). *Sin embargo debe tenerse muy en cuenta* que Rocco no deslegitima los saberes extrajurídicos en cuanto a su función cognoscitiva del Derecho (v. *infra*), sino en cuanto a su potencialidad “legitimadora” o “justificativa” de los institutos normativos. Es en el ámbito de la justificación del Derecho penal que este autor se detiene en su existencia como un dato de partida para el jurista-intérprete, mientras que cuando se trata de entender sus orígenes o fines, o de criticarlo *de lege ferenda*, se da espacio a la política, a la filosofía, a la sociología, a la criminología, etc. Sobre este punto explicaremos nuestro disenso, que se refiere fundamentalmente a la justificación *ab origine* de la intervención penal en términos de subsidiariedad y por ende a la exigencia de motivar específicamente su uso, sobre todo cuando no se trate de crímenes graves contra la humanidad, la vida u otros bienes primarios, o de formas de agresión criminológicamente indiscutidas y evidentes, sino de decisiones políticas y de oportunidad, o instrumentales a otros fines, que ocupan gran parte del Derecho penal contemporáneo.

2 Estas consideraciones del mismo ARTURO ROCCO, “Il problema e il metodo”, cit., p. 293, son bastante citadas.

en sí (como parte relevante pero no absorbente) a la legislación del Estado en un determinado sector (*junto* a la historia jurídica, la comparación, los análisis estadísticos, criminológicos, de economía del Derecho, etc.), sino que era una actividad *aparte*, junto con la criminología, la sociología criminal, la política del Derecho, la comparación, etc., paralela y diferente respecto a la “ciencia dogmática”, que representaba la ciencia jurídica en estricto sentido.

La reducción teleológica del *objeto* de la ciencia jurídica únicamente al Derecho positivo (excluyendo todas las causas de la criminalidad, las funciones del sistema penal, los ‘fines’ de la política criminal que no fuesen la *ratio* específica de cada norma en particular, etc.), delimitaba epistemológicamente su ámbito, excluyendo las pretensiones e injerencias de otras competencias científicas, y redefinía de manera consecuente su *método*, conformado por la exégesis, la interpretación y la dogmática de ese mismo objeto.

De esta manera se promovía la conquista de la autonomía científica del Derecho penal respecto a las “ciencias auxiliares”<sup>3</sup>, al costo de renunciar a un punto de vista externo o crítico del Derecho penal y a la exigencia de su justificación. A su vez, para quien ejercía se garantizaba la libertad de su adhesión política y de conciencia a la ley, pero también la simultánea tranquilidad, para el poder político, de una fidelidad “ideológica” del intérprete, librado de cargas de legitimación diferentes a la de la lectura de las reglas, de manera absolutamente concorde con la división de poderes<sup>4</sup>. Desde

3 En verdad, de ciencias auxiliares habló mucho antes que Rocco v. Liszt, el fundador de aquella ciencia penal integrada que se suele poner en contraposición al tecnicismo, porque este último la habría neutralizado. Véanse precisamente las páginas de introducción del primer número de la *ZStW*, la revista “para una ciencia penal integrada”, o mejor aún, para una ciencia penal “global” o para la totalidad (gesamt) de la ciencia penal: “An unsere Leser”, en *ZStW*, Bd. 1, 1881, p. 1, donde se pone junto al estudio científico del Derecho positivo, al de las “Hilfswissenschaften”. De hecho esta revista, como ha sido oportunamente indicado, dará espacio a las ciencias auxiliares sólo en las páginas sobre recensiones (H. LEFERENZ, “Rückkehr zur Gesamten Strafrechtswissenschaft?”, en *ZStW*, 93, 1981, pp. 199 y ss.), estableciéndose, a pesar de su nombre, como la revista de la dogmática penal alemana.

4 Para esta valoración del tecnicismo v. especialmente a F. BRICOLA, *Istituzioni di diritto penale*, Anno Acc. 1981-1982, coordinado por F. Bricola y F. Sgubbi, Bologna, Litografia Lorenzini, Año Académico 1981-1982, pp. 54 y ss.; *Id.*, voz *Teoria generale del reato*, Torino, Utet, 1974, pp. 11 y ss., y la nota 10; L. FERRAJOLI, *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Laterza, Roma-Bari, 1999, pp. 31 y ss.; C.F. GROSSO, “Le grandi correnti del pensiero penalistico italiano tra Ottocento e Novecento”, en *Storia d'Italia. Annali 12, La criminalità*, Torino, Einaudi, 1997, especialmente las pp. 18 y ss.; M. PELISSERO, en G. NEPPI MODONA, M. PELISSERO, “La politica criminale durante il fascismo”, en *Storia d'Italia. Annali 12, La criminalità*, cit., especialmente pp. 831 y ss.; G. NEPPI MODONA, “Storia e ideologia del diritto penale dall'illuminismo ai nostri giorni”, en C.F. GROSSO, G. NEPPI MODONA, L. VIOLANTE, *Giustizia penale e poteri dello Stato*, Milano, Garzanti, 2002, especialmente las pp. 175 y ss. Para una visión diferente, “revisionista”, del artículo de Rocco respecto a las interpretaciones que se acaba de mencionar; visión con la cual estamos de acuerdo en algunos aspectos, cfr. M. SBRICCOLI, “La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita”, en *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, coordinado por A. SCHIAVONE, Roma-Bari, Laterza, 1990, pp. 217 y ss., especialmente pp. 217 y ss.; mucho más favorable a la visión de un rol históricamente positivo del tecnicismo durante la época

esta perspectiva, también la justicia era una cuestión filosófica o política, mientras que el jurista se ocupaba del Derecho.

Por lo demás, en los aspectos más negativos de sus manifestaciones, el tecnicismo tenía que compartir las críticas propias frente a cualquier positivismo jurídico, por reducirse a una expresión de la jurisprudencia de conceptos, a un formalismo jurídico, a una exaltación de la lógica formal que estancaba la ciencia de la realidad<sup>5</sup>, a una aparente reverencia a la neutralidad del intérprete. Esta neutralidad, como se ha criticado en numerosas ocasiones, enmascaraba de hecho su conservadurismo (sólo ‘técnicamente’ escondido), su inevitable subalternidad a la ideología jurídica del poder político, mutable históricamente a voluntad de los regímenes y las fuerzas mayoritarias, desde el fascismo de los años treinta y cuarenta, hasta los gobiernos democristianos de los años cincuenta, sesenta y setenta del siglo pasado.

## 2. Si la interpretación del tecnicismo corresponde al Manifiesto (1910) y a la obra de su más original representante: Arturo Rocco

Cuando se empezó a discutir, en la segunda postguerra, sobre el «componente político del código Rocco»<sup>6</sup> y se profundizó por parte de los penalistas que habían realizado durante el fascismo una especie de reflexión de autoconsciencia, prevaleció la tesis de la naturaleza técnica del código, negando su carácter político, que sin embargo se encuentra diseminado en éste, sobre todo en la ‘parte especial’. Es más, se dijo o se pensó que el tecnicismo había preservado a los juristas, manteniéndolos al reparo de la ideología fascista<sup>7</sup>. Se decía incluso que el tecnicismo había salvado a la

---

fascista, *Id.*, “Le mani nella pasta e gli occhi al cielo. La penalistica italiana negli anni del fascismo”, en *Quaderni fiorentini*, vol. 28, 1999. *Continuità e trasformazione: la scienza giuridica italiana tra fascismo e repubblica*, Milano, Giuffrè, 2000, especialmente pp. 842 y ss., 845 y ss. Cuando este escrito estaba casi terminado, se tuvo la posibilidad de conocer el importante trabajo histórico de S. SEMINARA, “Sul metodo tecnico-giuridico e sull’evoluzione della penalistica italiana nella prima metà del XX secolo”, en *Studi M. Romano*, vol. I, Napoli, Jovene, 2011, pp. 575 y ss., cuya reconstrucción “revisionista” del tecnicismo está de acuerdo en muchos aspectos con lo que en este texto se ilustra.

5 A. MALINVERNI, *La scuola dogmatica del diritto penale*, Vercelli, Premiata Tipografia Gallardi, 1939, pp. 26 y ss., 37 y ss., 75 y ss.; R. DELL’ANDRO, “Il dibattito delle scuole penalistiche”, en *Arch. Pen.*, 1958, pp. 173 y ss., especialmente pp. 183 y ss., 191 y ss.

6 Para retomar el título de un escrito célebre, centrado en la idea de la conservación de los principios liberales (e iluministas) en la parte general del código y de la concentración del aspecto político sólo en la parte especial, elaborado por T. DELOGU, “L’elemento politico nel codice penale”, en *Arch. Pen.*, 1945, pp. 161 y ss., 174 y ss.; v. también G. LEONE, “La scienza giuridica penale nell’ultimo ventennio”, en *Arch. Pen.*, 1945, pp. 23 y ss.; G. BETTIOL, *Aspetti politici del diritto penale contemporaneo*, Palermo, Priulla, 1953, en *Id.*, *Scritti giuridici*, vol. II, Cedam, Padova, 1966, especialmente pp. 801 y ss.

7 Este juicio está consolidado, como se puede ver en G. NEPPI MODONA, *Storia e ideologia del diritto penale*, cit., p. 175; M. SBRICCOLI, *Le mani nella pasta e gli occhi al cielo*, cit., especialmente pp. 842 y ss.

legislación italiana, como lo demuestra la amplia y sustancial conservación -por mucho tiempo- de los códigos de los años treinta y de inicios de los años cuarenta en la edad republicana y democrática, como monumentos de ciencia jurídica sustancialmente trasplantados (salvo sucesivas revisiones y adiciones) al ordenamiento constitucional democrático hasta finales del siglo XX. Sin mencionar al código Rocco, último gran "patriarca"<sup>8</sup>, cuyos ochenta años se han celebrado hace poco recordando que, aunque éste en gran parte ya no existe o no es el mismo de los años treinta o cincuenta, sigue teniendo inevitablemente estructuras que en parte conservan la identidad de ese sistema penal, aunque haya sido constitucionalizado en buena medida<sup>9</sup>. Por lo tanto, los penalistas se auto-absolvieron en los años cuarenta y cincuenta, y sólo a partir de los años setenta se empezó una labor de revisión histórica que, a la par con la orientación constitucional (v. el próximo apartado), llevó al planteamiento de un juicio mucho más negativo o crítico<sup>10</sup>, según el cual la calificación de técnico-jurídico equivale a políticamente conservador y legitimista, sólo aparentemente apolítico, o bien acrítico respecto al poder, formalista o dogmático en sentido peyorativo, impermeable a las ciencias sociales, al Derecho mismo como ciencia social, y por ende a un método culturalmente cerrado, ajeno a la idea de los fines pero también a la de las consecuencias, heredero de una jurisprudencia de conceptos lejana a las pulsiones de la vida civil y quizá también de una auténtica civilidad del Derecho.

Luego de que nuestra formación estuvo fuertemente condicionada por este juicio negativo, que seguramente aflora en distintas partes de nuestros escritos, nos preguntamos hoy si esta valoración refleja en verdad ese "Manifiesto" del tecnicismo, ese escrito clásico de Arturo Rocco que fuera leído como lección inaugural en Sassari en 1910, del que ahora recordamos sus cien años<sup>11</sup>, y que diera un vuelco a la lucha entre "Escuelas" (sobre todo entre la Escuela clásica y la Escuela positiva) que se encontraba en furor —y esto no es una hipérbole— en los primeros lustros del siglo XX.

Nuestra respuesta hoy es claramente afirmativa en cuanto a la *separación* entre la dogmática (verdadera "ciencia jurídica" para Rocco) y la política criminal ("sólo" disciplina de *lege ferenda*) como característica de tecnicismo tanto en el pensamiento de Rocco como en la historia. Sin embargo, ésta es también una respuesta negativa en cuanto a la identificación del tecnicismo histórico, como método normativo fundado en la exégesis y en una dogmática lógico-deductiva, con el modelo epistemológico

8 Cfr. C.E. PALIERO, "L'autunno del patriarca. Rinnovamento o trasmutazione del diritto penale dei codici?", en *Riv. It. dir. proc. pen.*, 1994, pp. 1220 y ss.

9 ASOCIACIÓN FRANCO BRICOLA, *Los 80 años del código Rocco*, Bologna, 2010, cuyas ponencias serán publicadas próximamente.

10 V. de nuevo los textos citados en la nota 4.

11 ARTURO ROCCO, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, cit., pp. 263 y ss.

elaborado por Rocco. En efecto, el juicio sobre el “Manifiesto” de Arturo Rocco no puede coincidir con el juicio sobre el tecnicismo, que se refiere, al menos, a sesenta años de historia penal después de la lección inaugural de Sassari<sup>12</sup>, y que ha sido representado por diferentes orientaciones o exponentes, principalmente “técnico jurídicos” pero algunas veces también conceptualistas, otras veces más atentos al aspecto de los intereses, o siendo retribucionistas, o cercanos a los postulados criminológicos de la Escuela positiva. Sin embargo, lo que sobre todo nos interesa ahora es profundizar en la cuestión del método y de la ciencia, sin recorrer todos los acontecimientos históricos del tecnicismo.

En 1910 Arturo Rocco pretendió devolverle al Derecho penal el estatus de ciencia iuspositiva, antes que social, criminológica, sociológica, filosófica, política, etc., y al hacer esto debió tomar distancia tanto de la Escuela clásica, que pensaba en un Derecho eterno, supratemporal, racional, separado de las decisiones históricas precisas, como de la Escuela positiva, que estaba reduciendo el Derecho a una ciencia empírico-causal, completamente orientada al futuro, a las reformas, a las “causas”, antes que a la responsabilidad, transformándolo así en un Derecho penal... sin Derecho<sup>13</sup>. Una vez establecido que el objeto de estudio del Derecho penal no son las causas de la criminalidad (lo que pertenece, si acaso, a la criminología o a la política del Derecho) sino las normas jurídicas vigentes, Rocco propone un método de análisis de éstas que no considera nuevo, sino milenario: una ciencia con una “antigüedad de casi tres mil años”<sup>14</sup>. Esta sabiduría antigua implica valores antiformalistas: exégesis, interpretación, dogmática, sistemática e incluso crítica del Derecho, que no viven de la mera lógica formal, sino que tienen que beber y nutrirse de la comparación, la historia, la criminología, la sociología criminal, las ciencias sociales y empíricas como sus “fuentes” complementarias respecto a la ley, y que son de ayuda para la comprensión del Derecho positivo<sup>15</sup>. Por otro lado, según Rocco, éstas no son técnicamente “fuentes del Derecho”, sino “fuentes del conocimiento científico del Derecho”<sup>16</sup>. Es necesario acudir a ellas precisamente para evitar el formalismo. Desde que quede claro que una cosa es el Derecho, y otra cosa la filosofía o la política<sup>17</sup>, nada se opone al empleo de

---

12 Pero ni siquiera el juicio sobre el tecnicismo puede coincidir con el juicio sobre las obras de otros grandes penalistas que fueron exponentes de esta orientación, desde Manzini a Marcello Gallo (v. *infra* en este apartado y en el apartado 3).

13 Como se expresa en las mismas palabras de ARTURO ROCCO, *Il problema e il metodo*, cit. (de *Opere giuridiche*, vol. III, cit.), p. 273.

14 *Ivi*, p. 295.

15 *Ivi*, pp. 317 y ss.

16 *Ivi*, p. 322.

17 *Ivi*, p. 293.

saberes adicionales en función complementaria o subsidiaria<sup>18</sup>, como material empírico del cual extraer los datos positivos de las construcciones de la ciencia, integrando el método lógico-deductivo de la dogmática con la «inducción experimental»<sup>19</sup>.

Además, el Derecho penal se encuentra en la cima de todo el ordenamiento jurídico y se nutre de éste, aunque construya de manera autónoma sus preceptos y sus sanciones, dada la habitual subsidiariedad de las sanciones penales respecto a intereses normalmente (“si es que no siempre”) protegidos por otras ramas del ordenamiento sin cuya comprensión cualquier pretensión científica del penalista lo sería en vano<sup>20</sup>. Rocco es tan poco formalista que sostiene la normalidad y legitimidad del proceso hermenéutico de tipo analógico, siempre que no se dé *in malam partem*. Incluso la interpretación extensiva desfavorable es descrita como un antídoto contra el escueto comentario exegético de la letra de la ley<sup>21</sup>. Y allí no termina todo: la analogía (*analogia legis*) y la remisión a los principios generales del Derecho (*analogia iuris*) son fundamentales para construir la dogmática penal, que Rocco considera como la verdadera ciencia *del Derecho*, mientras que la exégesis es la verdadera ciencia *de la ley*<sup>22</sup>. La crisis que pretende superar su propuesta de un método que no es para

18 Este es el punto central: que tan complementaria y que tan subsidiaria. El mismo von Liszt ya lo había escrito, exponiendo el programa de su (en apariencia muy diferente) “ciencia penal integrada” (en F. v. LISZT, “Kriminalpolitische Aufgaben”, en *ZStW*, Bd. 9, 1889, pp. 452 y ss, p. 456 (también en *Id.*, *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, Bd. I, Berlin, 1905, pp. 290 y ss., pp. 294 y ss.): “no se pretende del criminalista que realice investigaciones estadísticas o antropológicas autónomas, sino que le pedimos que sea consecuente con los conocimientos obtenidos por la biología criminal y la sociología criminal, así como lo es con las previsiones del código penal y las decisiones de la Casación”.

19 ARTURO ROCCO, *Il problema e il metodo*, cit., p. 317. Sobre la integración del método deductivo y el inductivo en la teoría del delito (en perspectiva constitucional y de integración entre la dogmática y la política criminal) permítase la remisión a M. DONINI, “Selettività e paradigmi della teoria del reato”, en *RIDPP*, 1997, pp. 351 y s., 365 y ss.

20 ARTURO ROCCO, *Op. ult. cit.*, pp. 304 y s. “¡Tratad de comprender científicamente los denominados “delitos contra la propiedad” sin comprender, al menos en sus líneas fundamentales, nuestro sistema privado, civil y comercial! ¡Tratad de estudiar científicamente los delitos contra la administración pública sin conocer los principios generales de nuestro ordenamiento jurídico administrativo, o los delitos contra la administración de justicia sin conocer los rasgos generales y fundamentales de nuestro ordenamiento procesal y de nuestro ordenamiento judicial, o los delitos contra el Estado y la libertad sin conocer los principios de nuestro ordenamiento constitucional! Los resultados a los que se llegaría serían de una nulidad científica tal, que no irían más allá de la simple reproducción de los artículos legales... ¡resultados indignos del nombre de ciencia!” (*Ivi*, p. 306).

21 *Ivi*, pp. 298 y s.

22 *Ivi*, pp. 300-302. En estas reflexiones del padre del tecnicismo jurídico no es difícil descubrir ideas sorprendentemente anticipadas a las de la más avanzada hermenéutica contemporánea, con particular referencia a las tesis de Arthur Kaufmann sobre la analogía como procedimiento ordinario de la interpretación jurídica: cfr. ARTHUR KAUFMANN, *Analogie und “Natur der Sache”. Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus*, 1982, también con traducción italiana a cargo de G. CARLIZZI, *Analogia e “natura della cosa”. Un contributo alla dottrina del tipo*, Napoli, Vivarium, 2004, pp. 53 y ss., 70 y ss.; v. también al respecto O. DI GIOVINE, *L’interpretazione nel diritto penale, tra creatività e vincolo alla legge*, Milano,

nada “nuevo”, es precisamente la crisis de estos dos momentos específicos de calificación. A nivel de la crítica de la ley, y no sólo de la estrictamente técnica e interna a la dogmática, sino sobre todo de aquella de *lege ferenda* propia de la ciencia de la legislación, Rocco presenta sólo la exigencia del conocimiento previo del Derecho vigente<sup>23</sup>. De acuerdo a Rocco, la desordenada, peligrosa y estéril experiencia de una crítica legislativa sin un previo estudio exegético y dogmático del Derecho penal es quizá el aspecto más recurrente del estado de “crisis” de la ciencia penal de inicios del siglo XXI. En cuanto a lo demás, desde la óptica de una ciencia de la legislación clásica, considera que incluso está bien la ciencia penal integrada de von Liszt, dado que el propio Liszt al perfilar su programa de “ciencia universal del Derecho penal” entendía al estudio técnico-jurídico (y no a la prevención ni al análisis empírico) como “la tarea más cercana de la ciencia del Derecho penal”<sup>24</sup>, subordinando por razones de garantía (la *Magna Charta* del reo) el aspecto causal de la lucha contra la criminalidad a los límites legales de la respuesta jurídica al delito en la aplicación de la ley.

Si retrocedemos desde este Manifiesto para ver los distintos escritos de menor importancia (y de diversa magnitud) escrito antes por Rocco, como aquéllos sobre el Derecho penal administrativo, sobre el denominado carácter sancionatorio del Derecho penal, sobre las medidas de seguridad, sobre el derecho subjetivo de castigar, sobre la amnistía en el Derecho penal romano<sup>25</sup>, hasta su *opus magnum*: “El objeto jurídico del delito” (1913), veremos que la historia y la comparación se unen a una formidable cultura jurídica técnica. Es como lo que ocurre con quien quisiera volver a leer los cinco tomos del *Tratado del hurto* de Vincenzo Manzini<sup>26</sup>, y no sólo las páginas iniciales del primer volumen del *Tratado de Derecho penal* donde se da una notable exclusión de la filosofía<sup>27</sup>: se encontraría con un método integrado de ciencia penal (historia, comparación, estadística y criminología, interpretación, dogmática y ciencia legislativa de *lege ferenda*), ausente incluso en la mayor parte de las monografías contemporáneas que dan por descontada la modernidad de la especialización del jurista que hace que

---

Giuffrè, 2006, pp. 49 y ss.; G. CARLIZZI, en V. OMAGGIO, G. CARLIZZI, *Ermeneutica e interpretazione giuridica*, Torino, Giappichelli, 2010, pp. 121 y ss.

23 ARTURO ROCCO, *Il problema e il metodo*, cit., pp. 266 y s., 313.

24 Estas son traducciones y paráfrasis que retoman el pensamiento de Liszt, realizadas por ARTURO ROCCO, *Il problema e il metodo*, cit., pp. 278 y s. en nota al pie.

25 Cfr. el vol. III de las *Opere giuridiche*, cit. (El primer volumen contiene *L'oggetto del reato*, mientras que el segundo recoge los escritos de temas procesales).

26 V. MANZINI, *Trattato del furto e delle sue varie specie*, rist. della 2ª ed., Torino, Utet, 1923.

27 Véase esto en las ediciones posteriores a 1950 (en polémica con Bettiol): V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. I, Torino, Utet, 1950, pp. 7 y ss. (§ 2, *La filosofia e il diritto penale*, con los dos subparágrafos: “Inutilidad jurídica de las investigaciones filosóficas” y “Daño de la filosofía al Derecho penal”).

sólo en equipo o de manera ocasional, según la propia cultura, se utilicen y reciban saberes externos, y de una manera que evita la acusación o el riesgo de no ser más que un principiante<sup>28</sup>.

### 3. ¿Es la orientación constitucional una forma de positivismo jurídico aplicado a la Constitución?

El *principal defecto del tecnicismo*, también del de Rocco, en el plano epistemológico (y al mismo tiempo político), era no plantear el problema de la legitimación del Derecho penal en el horizonte de la ciencia o, si se quiere, su reducción al valor de la obediencia a la voluntad general de la ley. Efectivamente, desde la perspectiva de comparación frente a Cesare Beccaria, al iluminismo, o a la lección dada por Francesco Carrara, el tecnicismo fue un momento de regresión. Solamente la visión constitucional le ha vuelto a dar al discurso científico, a nivel colectivo, esta irrenunciable dimensión. Con la aplicación sistemática de la Constitución al Derecho penal, nace una nueva orientación que renueva paradigmas anteriores.

Inicialmente esta novedad fue advertida en un plano cultural y político, pero no en el del método. De hecho, si en el aspecto político la orientación constitucionalista introduce un nivel superior de "Derecho positivo" que, estando conformado por valores y principios, impone al intérprete la necesidad de valorar críticamente la ley ordinaria, por otro lado, precisamente en cuanto que éste es también Derecho positivo, tal nivel se presta —o se pensó que podía prestarse, sobre todo en los años sesenta y setenta del siglo pasado— para leerse, interpretarse y aplicarse *como* se hacía con la ley ordinaria: mediante una aproximación en primer lugar exegética, "religiosa y escrupulosamente" adherida al texto, por usar las mismas palabras de Rocco<sup>29</sup>. Piénsese en las interpretaciones constitucionales del principio de legalidad de Marcello Gallo<sup>30</sup>, o en la misma construcción, completamente "iuspositivista" de Franco Bricola<sup>31</sup>. De ello se derivó un acercamiento a la Carta constitucional como expresión del positivismo jurídico que tuvo mucha difusión precisamente en los primeros lustros de su desarrollo. Se trataba, entonces, de un estilo más cercano al mismo tecnicismo en cuanto al *método*, aunque no, evidentemente, en cuanto al *objeto*.

28 El riesgo de amateurismo era lo que, en el ámbito alemán, el "iuspositivista" y "dogmático" Karl Binding (en otras cosas tan citado de manera adhesiva incluso por parte de Rocco en el discurso de 1910), criticaba en esos años a las orientaciones criminológicas a *la Liszt*. Cfr. K. BINDING, *Grundriß des deutschen Strafrechts*. AT<sup>8</sup>, Leipzig, Felix Meiner, 1913, Vorwort, p. V.

29 ARTURO ROCCO, *Il problema e il metodo*, cit., p. 274.

30 M. GALLO, *La legge penale. Appunti*, Torino, 1965 (publicado también en ediciones anteriores), y actualmente en lo., *Appunti di diritto penale*, vol. I. *La legge penale*, Torino, Giappichelli, 1999, *passim*.

31 F. BRICOLA, voz *Teoria generale del reato*, cit., p. 9, hablaba de "indicaciones netamente iuspositivistas, antes que iuslegalistas que la Constitución (art. 25, inciso 2) fija en materia penal".

Claro que es posible adoptar una lectura menos ilusoria del ordenamiento constitucional, mostrando cómo en muchos casos lo que desde el inicio se lleva “a la fuerza” a un inciso constitucional, empezando por toda una amplia tipología de principios constitucionales *tácitos*, no es más que un recorrido iusracionalista sólo que “argumentado” en clave de positivismo constitucional, pero que en realidad está “fundado” en otras bases. Algunas veces esta operación es muy evidente y disimula claramente un recorrido jurídico que de iuspositivista conserva sólo la apariencia, y que sirve para “hacer pasar” ciertas tesis que de otro modo sólo podrían proponerse *de lege ferenda*<sup>32</sup>. Por otro lado, en la misma fundamentación de Bricola el objeto de la teoría del delito con base constitucional era también la construcción de normas futuras, y por ende sí se trataba de Derecho positivo, “pero no entendido como un dato definitivo, sino como un *quid* que puede ser cambiado y a cuyas modificaciones estructurales el jurista, sin que con ello exceda los límites de su competencia, debe cooperar”<sup>33</sup>. Desde aquí puede llegarse a convertir quizá no todo el ordenamiento constitucional, pero sí al menos algunas de sus expresiones, incluso algunas bastante célebres, en una realidad jurídica opuesta a ciertas matrices iniciales de esta orientación; esto es, en una forma de neoiusnaturalismo<sup>34</sup>. Pero ¿cuáles son las «verdaderas» matrices iniciales de la orientación del Derecho penal hacia los principios superiores a la ley? ¿Y no es verdad que también respecto a la ley ordinaria son posibles los estilos hermenéuticos orientados a la interpretación estricta y aquellos más extensivos y capaces de introducir en esas ‘reglas’ algunas ‘normas’ profundamente diferentes a las intenciones iniciales del legislador?<sup>35</sup> Con el devenir de la historia esto es evidente respecto a la hermenéutica constitucional, al menos desde los años noventa del siglo pasado hasta hoy, puesto que se ha empezado a argumentar no desde el texto constitucional,

32 Una reflexión crítica sobre la orientación constitucionalista como forma de iusracionalismo disimulada bajo las vestiduras iuspositivistas, se encontraba ya en nuestro *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Giuffrè, Milano, 1991, pp. 160 y ss.

33 F. BRICOLA, voz *Teoria generale del reato*, cit., p. 12, recuperando de esta manera para el positivismo también la “ciencia de la legislación” en el significado (iusracionalista) que le fuera atribuido a ésta por su maestro Pietro Nuvolone (allí específicamente recordado).

34 Al respecto véanse las reflexiones de L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Bari, 1989, pp. 909 y ss., 914 y ss., y lo que se indica, sobre el pasaje del tecnicismo a la orientación constitucional, en DONINI, voz “Teoria del reato”, en *Digesto disc. pen.*, XIV, 1999, cit., pp. 226 y ss.

35 Por lo demás, esta es la objeción que le hiciera al tecnicismo P. NUVOLONE, “Introduzione a un indirizzo critico nella scienza del diritto penale”, publicado en *Riv. it.dir.pen.*, 1949, y luego en lo., *Trent'anni di diritto e procedura penale*, vol. I, Padova, Cedam, 1969, pp. 166 y ss., que en síntesis, en la p. 175, indica: “la orientación técnico jurídica no ha logrado circunscribir sólo a las normas del Derecho positivo el objeto de la ciencia penal: hay conceptos, teorías, argumentaciones, que toman de otras partes el motivo de su validez” [cursivas en el original]. Esto lo habría podido escribir Welzel, en esos mismos años, o H.J. Hirsch en nuestros días. Al respecto v. H. J. HIRSCH, J. CEREZO MIR, E. A. DONNA (Dir.), *Hans Welzel en el pensamiento penal de la modernidad. Homenaje en el centenario del nacimiento de Hans Welzel*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2005, *passim*.

sino directamente de las sentencias de la Corte, o de fuentes supranacionales y aún más desde las decisiones de otros Tribunales supremos<sup>36</sup>. Se trata de un “círculo hermenéutico” donde la división de poderes (para alguien con la vieja jerarquía de las fuentes) a veces parece poco más que un respeto de labios para afuera [*a lip service*] a la tradición, donde ya el *texto* depende completamente del *contexto*<sup>37</sup>, según que el intérprete se oriente hacia la tutela de los derechos del imputado o de aquellos de la víctima, con resultados políticos muy diferentes<sup>38</sup>.

De hecho, toda la teoría del delito que tradicionalmente se construyó sobre premisas de garantismo para los derechos del procesado y del autor del delito (considerando el código o la ley penal como la *Magna Charta del reo*) se puede “reescribir” si se trata de ponderar esto con los derechos de las víctimas, reales o potenciales, con las instancias tradicionales de defensa social que las construcciones basadas en el garantismo clásico han pretendido neutralizar o poner entre paréntesis, dejándolas quizá, de manera lisztiana, a la criminología o a la política, pero no al Derecho: creíamos que estábamos domesticando al Leviatán, y nos dimos cuenta de que lo estábamos nutriendo y robusteciendo, al presentarlo como el defensor de las víctimas, como un formidable “luchador” que usa la ley penal como un arma, pero no como una *Magna Charta*<sup>39</sup>.

#### 4. La edad de la alianza entre la dogmática y la política criminal: del desencanto a la pérdida de un rol del saber académico

El desarrollo de la orientación constitucional se ha presentado contemporáneamente a la edad de la alianza entre la dogmática y la política criminal.

36 Para una visión más amplia de los resultados actuales de este proceso cultural y jurídico, cfr. G. VASSALLI (coord.), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, Esi, 2006; así como G. VASSALLI, *Giurisprudenza costituzionale e diritto penale sostanziale. Una rassegna*, en A. PACE (coord.), *Corte costituzionale e processo costituzionale nell'esperienza della rivista "Giurisprudenza costituzionale" per il cinquantesimo anniversario*, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 1021 y ss. V. además, también para ubicar los principales manuales en la línea de la orientación constitucional, M. DONINI: en *Ius*17, 2009, pp. 421 y ss.

37 Cfr. G. FIANDACA, “Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale”, en *Id.*, *Il diritto penale tra legge e giudice*, Padova, Cedam, 2002, pp. 33 y ss.; F. PALAZZO, “Testo, contesto e sistema nell'interpretazione penalistica”, en *Studi Marinucci*, vol. I, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 515 y ss., 525 y ss.

38 Para una lectura instructiva sobre el ejemplo de la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos y de la Corte de Justicia de la Unión Europea, de cómo la aplicación de los derechos fundamentales asume connotaciones radicalmente opuestas si se da en clave “victimocéntrica” o en clave “reocéntrica”, v. V. VALENTINI, *Diritto penale intertemporale. Un microsistema tra garanzie classiche ed europeismo giudiziario*, Bologna, 2010.

39 Sobre una cultura jurídica (también europea) de gran difusión que devora el Derecho-garantía, permítase la remisión a nuestro “Diritto penale di lotta. Ciò che il dibattito sul diritto penale del nemico non può limitarsi a esorcizzare”, en *Studi sulla questione criminale*, vol.2, 2007, pp. 55 y ss.

A nivel internacional, la superación del tecnicismo jurídico (que en otras partes es llamado simplemente positivismo jurídico), que profesaba una neta distinción entre la dogmática y la política criminal en respeto de una rigurosa separación de poderes, y relegaba la comparación a una actividad autónoma respecto a la dogmática, con una función meramente “cognoscitiva” de los ordenamientos y los sistemas que no fueran los nacionales<sup>40</sup>, significó un acercamiento de la política criminal a la dogmática. Es más, de acuerdo a algunas célebres proyecciones, se dio una verdadera fusión de ambas cosas: todas las categorías de la dogmática, se dijo (por Claus Roxin), deberían ser reinterpretadas a la luz de las *funciones político-criminales* que guían un sistema dominado por la idea del fin<sup>41</sup>. Del teleologismo “político-criminal” se pasó luego a la orientación a las consecuencias<sup>42</sup> y a nuevas formas de funcionalismo<sup>43</sup>. Las orientaciones teleológicas no son nuevas en el estudio del Derecho penal<sup>44</sup>, y responden a exigencias imprescindibles que cualquier técnico jurídico habría suscrito con toda

40 En cuanto a este aspecto y sus relativas remisiones a las diferentes posturas de Radbruch y von Liszt, cfr. M. DONINI, “voz Teoría del reato”, en *Dig. disc. pen.*, XIV, 1999, cit., p. 241, nt. 83. En cambio, en favor de la comparación como momento que enriquece la dogmática penal contemporánea, cfr. *Op. ult. cit.*, pp. 236 y s.

41 C. ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem* (1970), Berlin, New York, 2. Aufl., de Gruyter, 1973, pp. 10 y ss., 15 y ss. Para una reinterpretación constitucionalista de esta famosa propuesta cfr. F. BRICOLA, “Rapporti tra dommatica e politica criminale”, en *RIDPP*, 1988, pp. 3 y ss. V. además, como modelo acentuado de una dogmática penal moderna de orientación constitucional y de síntesis entre las instancias sistemáticas y político criminales, S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, Milano, Esi, 1992, *passim*.

42 Cfr. W. HASSEMER, “Über die Berücksichtigung von Folgen, bei der Auslegung der Strafgesetze”, en *Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart. Fest. Coing zum 70. Geburtstag*, München, Bd. I, Beck, 1982, pp. 493 y ss.

43 Sobre el tránsito del denominado “funcionalismo” de Roxin al de Jakobs, cfr. PEÑARADA RAMOS, SUÁREZ GONZÁLEZ, CANCIO MELIÁ, “Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs”, en G. JAKOBS, *Estudios de Derecho penal*, Madrid, Editorial Civitas, 1997, pp. 17 y ss., 37 y ss.; E.R. ZAFFARONI, “Política y dogmática jurídico-penal”, en *El estado actual de las ciencias penales*, coordinado por A. L. CALLE CALDERÓN, Universidad de Antioquia, Medellín, Ed. Ibañez, 2009, pp. 91 y ss.; J. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, cit., pp. 67 y ss., 116 y ss.

44 Cfr. F. ANTOISEI, “Per un indirizzo realistico nella scienza del diritto penale” (antes publicado en *Riv. it. dir. pen.*, 1937) en *Id.*, *Scritti di diritto penale*, Milano, Giuffrè, 1955, pp. 3 y ss. (y las pp. 13 y ss. sobre el tecnicismo jurídico), especialmente; G. DELITALA, “Scienza giuridica e realtà” (antes publicado en *Riv. it. dir. pen.*, 1936, pp. 534 y ss.) en *Id.*, *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1976, pp. 393 y ss. (en contra de la idea de que la escuela positiva representaba una especie de jurisprudencia de los intereses y el tecnicismo una especie de jurisprudencia de los conceptos); G. BETTIOL, “Bene giuridico e reato”, (antes en *Riv. it. dir. pen.*, 1938) en *Id.*, *Scritti giuridici*, tomo I, Cedam, , 1966, pp. 318 y ss.; *Id.*, *Sistema e valori del diritto penale*, (antes en *Jus*, 1940) en *Id.*, *Scritti giuridici*, Padova, tomo I, cit., pp. 491 y ss. Al respecto, v. la enunciación crítica de P. NUVOLONE “I fini e i mezzi nella scienza del diritto penale”, en *Riv. it. dir. pen.*, 1948, luego publicado en *Id.*, *Trent’anni di diritto e procedura penale* vol. I, Padova, Cedam, 1969, pp. 151 y ss., especialmente pp. 164 y s.

seguridad<sup>45</sup>. Además, con la orientación constitucional, se genera un nivel normativo superior y crítico que cambia genéticamente el *rol* (junto al *objeto*) del intérprete y por ende también el del juez, que ya no es el mero ejecutor “avalorativo” de la letra de la ley, puesto que la somete continuamente a una verificación sustancial y a una interpretación conforme a la Constitución, o a una revisión formal de legitimidad. La alianza entre la dogmática y la política criminal pertenece a la mismo periodo histórico en el que había una gran confianza en que los juristas (sobre todo los académicos) podrían orientar no sólo al poder judicial sino también al legislador. Sin embargo, en un lapso de veinte años, las expectativas en los “señores del Derecho”<sup>46</sup> se transformaron en algunos casos en una desilusión<sup>47</sup>, y en otros en una ilusión<sup>48</sup>, o en un rechazo<sup>49</sup>, o incluso en una pesadilla<sup>50</sup>. Solamente quien siempre ha sido un escéptico respecto a las inspiraciones colaboracionistas con la cultura de un Derecho penal “constructivo”, puede conservar con el pasar del tiempo un *aplomo* inmutable: una elegancia crítica que conjugue el punto de vista externo con el tecnicismo garantista.

Se descubrió que esta confianza ingenua en las posibilidades “virtuosas” de una alianza entre la dogmática y la política criminal, que pretendía hacer más científica la decisión del castigo (con resultados de legitimación del Derecho penal efectivo), era un abrazo mortal. Antes parecía que se estaba abriendo un espacio sin fin para la actividad constructiva de los estudiosos, especialmente orientados *in bonam partem*

---

45 Recuérdese el antiformalismo del mismo Arturo Rocco, el de Marcello Gallo, o el de Antonio Pagliaro, quienes pueden ser enumerados, todos tres y por diversos aspectos, dentro de la línea del tecnicismo jurídico, aunque luego sea aplicado al texto constitucional.

46 Por retomar la célebre definición que le da el título italiano a la traducción del reconocido libro, que es también de sociología de los roles jurídicos, de VAN CAENEGEM, “Judges, Legislators and Professors. Chapter in European Legal History (1987)”, tr. it. *I signori del diritto*, Milano, Giuffrè, 1991. En efecto, no es quiénes sean los señores del Derecho, puesto que esta calificación se reparte entre todos los roles que se han indicado, sin que sea el privilegio de uno solo exclusivamente.

47 Por ejemplo G. FIANDACA, “Legalità penale e democrazia”, en *Quaderni Fiorentini*, 2007, pp. 1247 y ss.; T. PADOVANI, “Promemoria sulla questione della giustizia”, en *Cass. pen.*, 2007, pp. 4023 y ss.; F. PALAZZO, *Diritto penale*, cit. V. también la introducción de M. DONINI, *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*, Cedam, 2003.

48 *Ex pluribus*: E. MUSCO, *L’illusione penalistica*, Milano, Giuffrè, 2004; S. MOCCIA, *La ‘promessa non mantenuta’*, Napoli, Esi, 2001, pp. 107 y ss.; *ib.*, *La perenne emergenza*, Napoli, Esi, 1996; G. INSOLERA, “Sicurezza e ordine pubblico”, en AA.Vv., *Sicurezza e diritto penale*, coordinado por M. DONINI y M. PAVARINI, Bologna, BUP, 2011, pp. 211 y ss.; v. además VORMBAUM, STELLA y LÜDERSEN, cit. en ell § 9 *infra*.

49 Para un rechazo radical de todo el Derecho penal “político”, entendiendo por éste (desde una perspectiva diferente a la de los autores antes mencionados), entre otras cosas, todo aquél orientado a los ‘fines’, v. ahora el arrollador discurso de W. NAUCKE, “Sicurezza e diritto penale”, en AA.Vv., *Sicurezza e diritto penale*, cit., pp. 79 y ss.

50 De hecho, frente a las múltiples y fallidas proyecciones de reforma, a un cierto punto se concluyó (como se observa en varias intervenciones del más reciente congreso boloñés sobre “El código Rocco ochenta años después”, realizado en marzo de 2010) que dados los estilos legislativos actuales, es mucho mejor que no se lleve a cabo una reforma general del código.

hacia la reeducación, la despenalización, y por ende autorizados para llevar a cabo esa gran obra de analogía favorable en la que consiste gran parte de la producción de la "parte general". Pero se trató sólo de una estación: hubo demasiados desencantos en cuanto a las instancias reeducativas, demasiados abusos con una legislación no tan simbólica (ojalá hubiera sido sólo simbólica), como moralista, desigual, represiva de las minorías o del disenso político, que reproduce las desigualdades de clase, expandiéndose a veces hasta el control penal en masa de las transgresiones de la vida cotidiana, y otras veces anticipándose a situaciones que están muy lejos de alcanzar el margen del peligro presunto, o que es inefectiva y de hecho ineficaz, con multitud de privilegios, áreas de represión incomprensibles, extremos de una dureza inútil (Derecho penal de lucha, Derecho penal de enemigo) y tolerancias capaces de ridiculizar el valor de la justicia como administración. En el contexto de desamor sistemático por la ciencia de la legislación por parte de los gobiernos, de un alejamiento en la consulta al saber académico en la producción normativa, ¿qué espacio queda para las soluciones dogmáticas-y-político-criminales? La sola mención de esta hendíadís hace sonreír hoy, después de haber experimentado la legislación y la práctica post-Guantánamo, las leyes sobre inmigración, el uso cada vez más instrumental de la pena en un proceso de continua expansión de su función intimidatoria en aras de la "seguridad", de las numerosas leyes *ad personam* llevadas a cabo o propuestas (en Italia), y del panorama (europeo) de una constante transformación del sistema penal legal en un Derecho penal jurisprudencial, nacional y supranacional, autopoietico. En realidad nada de esto es de extrañar, si se tiene en cuenta el pasado del Derecho penal. Aunque se es consciente de las numerosas mejoras realizadas desde la segunda post-guerra, al menos en Europa<sup>51</sup>, también está claro que las esperanzas de los años setenta se han roto al chocar con algunas duras réplicas de la historia, que no es una historia de progresos cumulativos, porque debajo de éstos –que afortunadamente existen- resurgen los viejos fantasmas que acompañan al poder punitivo, junto a una criminalidad que no ha sido derrotada. Y sobre todo se ha roto el sueño de encerrar la realidad en un "sistema" punitivo construido sobre categorías elaboradas por quien no esté comprometido, no digamos que "con la lucha", pero sí con la "respuesta" al crimen. Por eso, la doctrina y la jurisprudencia (la legítima) son elementos esenciales del discurso científico mismo, aunque no sean equiparables, al no corresponder al *ius dicere* la tarea de una reorganización general del saber jurídico penal. Por otra parte, al mismo tiempo que un sistema "cerrado" ya no existe, si es que alguna vez ha existido, un sistema ordenado sólo puede ser producto de miles de mediaciones, de una

51 Al respecto, nos complace recordar de nuevo la valoración presentada en la última lección universitaria de H.-H. JESCHECK, "Neue Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik in rechtsvergleichender Sicht", publicado en *Indice penale*, 1985, pp. 507-533, con el título de "Dogmatica penale e politica criminale nuove in prospettiva comparata".

paciente actividad de reinterpretación de la que queda encargada cada generación de penalistas. Quien verdaderamente crea que puede encerrar esa realidad en un orden “coherente”<sup>52</sup>, sigue soñando, pero le estamos incluso agradecidos por regalar algún sueño a nuestra juventud.

Observando la realidad en su conjunto, probablemente podremos salvarnos de la ilusión de la razón con la condición de no “casarnos” en realidad con el Derecho penal, de no “creer” en éste hasta el fondo; es decir, cultivando también un “punto de vista externo” (el del criminólogo, el del sociólogo, el filósofo, o el político) y conservando, cuando se opera y se razona *intra moenia*, un espacio de sana autonomía, que no implica un alejamiento, entre la ciencia y la política o la práctica, entre la dogmática y la política criminal. Adicionalmente, muchas son las disposiciones constitucionalmente legítimas, o “*european correct*”, que sin embargo son profundamente indeseables o injustas, aunque sean muy modernas. La independencia y la “libertad” de los antiguos técnico jurídicos tiene todavía algo que decirnos, a pesar de todo. Y esto vale, en primer lugar, frente a la tentación de “legitimar a cualquier costo” el producto legislativo, de volverse intérpretes ‘orgánicos’.

Es verdad entonces que a la ciencia le corresponde un *compromiso civil diferente* al “colaboracionismo constructivo”, que sigue siendo eventual y en todo caso instrumental al progreso legislativo implícito en toda propuesta *de lege ferenda*. También es verdad que su compromiso civil es en parte diferente al de los jueces y abogados, en consideración al campo de acción más general y menos contingente respecto al rol necesariamente “ejecutivo” de quien de cualquier modo tiene que aplicar la ley. Por otra parte, en los últimos tiempos ha sucedido algo nuevo, que conviene ilustrar ahora: es precisamente el poder judicial el que ha asumido, a nivel internacional, un rol impulsivo e incluso de *liderazgo*, al indicar las vías de desarrollo de los ordenamientos, no sólo en materia civil o administrativa, sino también en el ámbito penal. La internacionalización de las fuentes y la ruptura de los vínculos de los Estados nacionales han facilitado este proceso. De aquí nace, entre otras cosas, la necesaria puesta en duda de cualquier cultura “dogmáticamente orientada”, como aquella de la exclusiva casta académica de los juristas del *civil law* [o tradición europea continental].

## 5. De la dogmática clásica a la moderna y a la post-constitucional, como un elemento y no un sinónimo de la ciencia penal

Las épocas someramente descritas en las páginas anteriores aún están representadas; es decir, existen en la actualidad, incluyendo al tecnicismo en su

---

52 Idea que siempre fundamentó el proyecto de C. ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 1970, 2. Aufl., cit., pp. 10 y ss.

versión original -aunque "moderna"- de Rocco, que recientemente ha sido considerada por los historiadores como expresiva de una interpretación atendible y correcta de los vínculos entre la hermenéutica penal y los aportes de las otras ciencias<sup>53</sup>, y que a veces es resaltada como el verdadero método de los penalistas por parte de indiscutibles maestros del Derecho penal<sup>54</sup>. Además, todas estas épocas han sobrepasado, en alguna medida, los momentos más paradigmáticos y clásicos de su desarrollo.

Lo que ocurrió inmediatamente después de la crisis de la alianza entre la dogmática y la política criminal, no fue tanto la percepción de la imposibilidad de alcanzar los objetivos de la denominada ciencia penal integral<sup>55</sup>, o la dificultad de la racionalización de la política criminal o de un diálogo fundante entre la idea del fin y las categorías técnicas, interpretativas, etc., sino que *entró en crisis la dogmática penal misma*, que atribuía a la casta de los juristas académicos un rol privilegiado al considerarlos los intérpretes aceptados y reconocidos del Derecho. Era precisamente lo que para Arturo Rocco representaba "la" ciencia penal por antonomasia, lo que ha sido el núcleo o un elemento esencial de esa "ciencia" también para autores (citando a los ya considerados clásicos por sus manuales o escritos sobre el tema) como Giacomo Delitala<sup>56</sup>, Giuseppe

---

53 Esta referencia alude especialmente a la "rehabilitación" del tecnicismo planteada por M. SBRICCOLI, *La penalistica civile*, cit., pp. 217 y ss., especialmente p. 221; *Id.*, *Le mani nella pasta*, cit., pp. 845 y s., en donde incluso se presenta un juicio sobre la "providencialidad" del tecnicismo por liberar al método de los oropeles pseudoculturales y de las nefastas simplificaciones positivistas que, en manos de aquella ideología, habrían generado resultados desastrosos. Al contrario, es precisamente la autonomía del método jurídico respecto al poder político lo que lo habría preservado de excesivas injerencias. Para una rehabilitación diferente pero paralela del iuspositivismo frente a las acusaciones de haber favorecido la consolidación del nacionalsocialismo, v. I. ORTIZ DE URBINA GIMENO, *La excusa del positivismo*, Aranzadi, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2007, pp. 67 y ss.

54 A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, parte generale, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 100 y ss.; V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. I, cit., pp. 1 y ss. Sin embargo, nos parece que tiene un enfoque diferente, en el sentido de una dogmática moderna, mucho más orientada a la Constitución y que ya no es clásica, la reciente postura de A. PAGLIARO, "Il reato", en *Trattato di diritto penale*, coordinado por C.F. GROSSO, T. PADOVANI, A. PAGLIARO, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 1-6.

55 Aunque entre la postura *teórica* de Rocco y aquella *práctica* de von Liszt nunca hubo una gran diferencia (aunque el tecnicismo haya sido visto, históricamente, como el adversario de la ciencia penal integrada, Liszt como jurista profesaba una dogmática lógico-formal con instancias garantistas, separando claramente la dogmática y la política criminal), las contribuciones que tienen que ver con el ingreso de otros saberes en el discurso jurídico siempre han sido el aporte de una minoría (los escritos dedicados específicamente a este tema, desde siempre propuesto como una nueva tarea, son muy pocos durante todo siglo XX). Al respecto, se remite a un escrito nuestro de próxima publicación: *La scienza penale integrata fra utopia e limiti garantistici*.

56 Cfr. por ejemplo G. DELITALA, *Il "fatto" nella teoria generale del reato*, Padova, Cedam, 1930; *Id.*, *Scienza giuridica e realtà*, cit.

Bettio<sup>57</sup> y Pietro Nuvolone<sup>58</sup>, o como Filippo Grispigni<sup>59</sup>, Giuseppe Maggiore<sup>60</sup>, Raul Alberto Frosali<sup>61</sup>, Remo Pannain<sup>62</sup>, Silvio Ranieri<sup>63</sup>, Biagio Petrocelli<sup>64</sup>, Alessandro Malinverni<sup>65</sup>, y también para Tullio Delogu<sup>66</sup>, y por ende para Giuliano Vassalli<sup>67</sup>, Renato

- 
- 57 G. BETTIOL, *Diritto penale, parte generale*, Padova, Cedam, 1978, pp. 55 y ss., 80 y ss.; *Id.*, *Sistema e valori del diritto penale*, cit.; *Id.*, "Indirizzi metodici nella scienza del diritto penale", 1947, en *Id.*, *Scritti giuridici*, cit., vol. II, Cedam, Padova, 1966, pp. 718 y ss.
- 58 P. NUVOLONE, *Introduzione a un indirizzo critico nella scienza del diritto penale*, pp. 166 y ss.; *Id.*, *I fini e i mezzi nella scienza del diritto penale*, cit., pp. 151 y ss.; *Id.*, "Natura e storia nella scienza del diritto penale", inicialmente publicado en *Riv. it. dir. pen.*, 1951, y luego en *Id.*, *Trent'anni di diritto e procedura penale*, vol. I, cit., pp. 189 y ss.; *Id.*, *Brevi note metodologiche in tema di scienza del diritto penale*, 1952, *ibidem*, pp. 207 y ss.; *Id.*, *Il sistema del diritto penale*, Padova, Cedam, 1982.
- 59 F. GRISPIGNI, *Dritto penale italiano*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1952, pp. 3 y ss., (en donde, en la p. 5 lo define como "La dogmática jurídico penal (o ciencia del Derecho penal en estricto sentido)"; vol. II, Milano, Giuffrè, 1952, pp. V y ss., con particular énfasis en el carácter abstracto y formal de la dogmática, y en la neta separación (de rigurosa matriz lisztiana) frente a las ciencias empíricas, sociológicas, etc., con una alianza plena entre el tecnicismo dogmático, por un lado, y el positivismo criminológico "separado" por el otro. V. también *Id.*, "La dommatica giuridica e il moderno indirizzo nelle scienze criminali", en *Riv. dir. pen.*, 1920, I, pp. 23 y ss.
- 60 G. MAGGIORE, *Diritto penale*, vol. I, parte generale, tomo I<sup>3</sup>, Bologna, Zanichelli, 1949, pp. 41 y ss., con una de las introducciones a un manual históricamente más conscientes e instructivas respecto a la dogmática jurídica (entendida aún) como ciencia en sentido propio.
- 61 R.A. FROSALI, *Sistema penale italiano*, vol. I, Torino, Utet, 1958, pp. 69 y ss, 75 y ss.
- 62 R. PANNAIN, *Manuale di diritto penale*, vol. I, Torino, Utet, 1950, pp. 42 y ss. (y aquí este juicio, en la p. 44: "el único método permitido para ciencia del Derecho es el método técnico-jurídico"), con un estudio que se adhiere al sistema del código penal vigente, sistemáticamente bipartito.
- 63 S. RANIERI, *Manuale di diritto penale*, vol. I, parte generale, Padova, Cedam, 1956, pp. 11 y ss.
- 64 B. PETROCELLI, "Per un indirizzo italiano nella scienza del diritto penale", en *Riv. it. dir. pen.*, 1941, pp. 14 y ss., retomando la diferenciación jheringiana (*Geist des römischen Rechts*, Bd. I, § 52) entre la jurisprudencia inferior (exegético-interpretativa) y la superior (dogmático-sistemática); *Id.*, "Riesame degli elementi del reato", en *RIDPP*, 1963, pp. 337 y ss.
- 65 A. MALINVERNI, *La scuola dogmatica del diritto penale*, cit., *passim*.
- 66 De gran interés, sobre el tecnicismo y su ideal de ciencia (v. los trabajos sobre la tentativa, el consentimiento del titular del derecho, la ley penal y su aplicación), sobre todo la entrevista del 2006 al prof. Delogu llevada a cabo por Orlando Humberto de la Vega Martinis y Miguel Polaino Orts, que puede verse en: <http://foros.uexternado.edu.co/econstitucional/index.php/derpen/article/viewFile/975/925>; v. también T. DELOGU, *L'elemento politico nel codice penale*, cit., pp. 161 y ss.
- 67 Basta recordar algunos escritos fundamentales sobre principios constitucionales, hecho, antijuridicidad, culpabilidad, pena y no punibilidad: G. VASSALLI, "I principi generali del diritto nell'esperienza penalistica", en *RIDPP*, 1991, pp. 699 y ss.; *Id.*, "Giurisprudenza costituzionale e diritto penale sostanziale. Una rassegna", en *Corte costituzionale e processo costituzionale nell'esperienza della Rivista "Giurisprudenza costituzionale" per il cinquantesimo anniversario*, coordinado por A. PACE, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 1021 y ss.; *Id.*, "Il fatto negli elementi del reato", en *Studi Delitala*, vol. III, Milano, Giuffrè, 1984, pp. 1641 y ss.; *Id.*, "La dottrina italiana dell'antigiuridicità", en *Fest. Jescheck*, Berlin, Bd. I, Duncker & Humblot, 1985, pp. 427 y ss.; *Id.*, "voz La colpevolezza", en *Enc. Giur.*, VI, Roma, Istituto Treccani, 1988, pp. 1 y ss.; *Id.*, "Funzioni e insufficienze della pena", en *RIDPP*, 1961, pp. 297 y ss.; *Id.*, "voz Cause di non punibilità", en *Enc. Dir.*, VI, 1960, pp. 609 y ss.

Dell'Andro<sup>68</sup>, para Marcello Gallo<sup>69</sup> y Franco Bricola<sup>70</sup>, siguiendo con los autores de los manuales de mayor consolidación, como Luciano Pettoello Mantovani<sup>71</sup>, Roland Riz<sup>72</sup>, Carlo Fiore<sup>73</sup>, Giorgio Marinucci y Emilio Dolcini<sup>74</sup>, Antonio Pagliaro<sup>75</sup>, Giovanni

- 68 R. DELL'ANDRO, *Il dibattito delle scuole penalistiche*, cit., pp. 173 y ss.; v. también "in action", entre los ejemplos de su producción: *Id.*, *La fattispecie plurisoggettiva in diritto penale*, Milano, Giuffrè, 1956; y luego el extraordinario período de su permanencia en la Corte Constitucional.
- 69 Antes de su época de constitucionalista, cfr. M. GALLO, "La teoria dell'azione "finalistica" nella più recente dottrina tedesca", publicado en *Studi Urbinati*, 1948-49, 1949-50, y luego en Milano, Giuffrè, 1967, *passim*, donde, a pesar de un muy refinado análisis realizado "a la par" con las teorías extranjeras hasta Welzel, se da una censura acerca de la peculiaridad de la dogmática alemana después de inicios del siglo XX (cuando habría alcanzado su punto más alto con la diferenciación entre los elementos objetivos del hecho y los elementos subjetivos de la culpabilidad), consistente en moverse "sobre una línea marcada por un conceptualismo cada vez más exasperado" (*ivi*, 8); *Id.*, "voz Dolo (dir. pen.)", en *Enc. Dir.*, XIII, 1964, pp. 750 y ss.; *Id.*, "Il concetto unitario di colpevolezza", Milano, Giuffrè 1951.
- 70 F. BRICOLA, voz "Teoria generale del reato", cit., pp. 12 y ss.; *Id.*, "Rapporti tra dommatica e politica criminale", cit., pp. 3 y ss.; *Id.*, "Introduzione a F. Carrara, "Programma del corso di diritto criminale", 1993, citado en la obra: F. BRICOLA, *Politica criminale e scienza del diritto penale*, Bologna, Il Mulino, 1997, pp. 291 y ss., donde también se alude a la *Presentazione* de A. GAMBERINI y G. INSOLERA. Más allá de las etapas político-criminales, etc., el ideal de una ciencia penal con connotaciones dogmáticas y comparadas (en sentido moderno, post-constitucional) siempre fue muy fuerte en la obra y en la enseñanza de Franco Bricola, como su rigurosa adhesión al dato positivo. V. además *infra*, la nota 138.
- 71 L. PETTOELLO MANTOVANI, *Il valore problematico della scienza penalistica: 1961-1983 contro dogmi ed empirismi*, Milano, Giuffrè, 1983 (cuya primera edición fue en Padova, Cedam, 1961), donde se encuentra una importante crítica al empirismo político-criminal que se separa de los análisis científicos, incluso criminológicos. V. además *Id.*, "Pensieri sulla politica criminale", en *RIDPP*, 1998, pp. 22 y ss.
- 72 R. RIZ, *Lineamenti di diritto penale*, parte generale<sup>4</sup>, Padova, Cedam, 2002, pp. 8 y s., 61 y ss., en donde, en las pp. 63-65, se encuentra una instructiva reflexión teórica, procesal y personal sobre la relación entre la bipartición y la tripartición como ejemplo paradigmático del posible significado práctico, o no, de algunos análisis del sistema penal.
- 73 C. FIORE/S. FIORE, *Diritto penale*, parte generale, Torino, Utet, 2008, pp. 10 y ss., 42 y ss., 147 y ss.; v. también C. FIORE, *L'azione socialmente adeguata in diritto penale*, Napoli, Morano, 1966.
- 74 Más que escritos *ad hoc* sobre la ciencia penal o el método (aparte de la comparación y de la política criminal), *exempla docent*, en el sentido de una ciencia iuspositivista, pero constitucionalmente orientada también a la política criminal y fuertemente marcada por la confrontación, aunque muy dialéctica, con la tradición sistemática extranjera: G. MARINUCCI, *Il reato come 'azione'. Critica di un dogma*, Milano, Giuffrè, 1971; *Id.*, "Fatto e scriminanti. Note dommatiche e politico-criminali", en G. MARINUCCI/E. DOLCINI (coords.), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, Giuffrè, 1985, pp. 177 y ss. (también en *RIDPP*, 1983, pp. 1190 y ss.); *Id.*, "Politica criminale e riforma del diritto penale", en *Jus*, 1974, pp. 463 y ss.; G. MARINUCCI-E. DOLCINI, "Costituzione e politica dei beni giuridici", en *RIDPP*, 1994, pp. 333 y ss.; *Id.*, *Note sul metodo della codificazione penale*, *ivi*, 1992, pp. 385 y ss.; *Id.*, *Corso di diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2003, donde en las pp. 663 y ss. se da una inequívoca declaración de fe dogmática sobre el significado científicamente "obligatorio", para el intérprete y el juez, de una sistemática "por escalas", que en opinión de estos autores sería cuadripartita.
- 75 Uno de los pocos dogmáticos 'puros' de la segunda mitad del siglo XX. V. la recopilación de sus "Scritti" en 4 volúmenes, publicados por Giuffrè, 2008. En síntesis, A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, parte

Fiandaca y Enzo Musco<sup>76</sup>, Mario Romano<sup>77</sup>, Tullio Padovani<sup>78</sup>, Domenico Pulitanò<sup>79</sup>

generale, cit., pp. 100 y ss.; con importantes diferencias en los enfoques, hacia una alianza entre la Constitución y la dogmática jurídica clásica, *Id.*, "Il reato", en *Trattato di diritto penale*, cit., pp. 1-6.

- 76 G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, Bologna, Roma, Zanichelli, 2010: un texto que, desde principios de los años 80 ha llevado a cabo, de manera ejemplar, una síntesis original entre la dogmática moderna postconstitucional y la sistemática dialógica con el debate internacional y los saberes extrajurídicos. Cfr. sobre el método técnico jurídico las pp. XXXI-XXXV. V. también *Id.*, "Perdita di legittimazione del diritto penale", en *RIDPP*, 1994, pp. 23 y ss.; G. FIANDACA, "Concezioni e modelli di diritto penale tra legislazione, prassi giudiziaria e dottrina", en *Quest. giust.*, 1991, pp. 13 y ss.; *Id.*, "In tema di rapporti tra codice e legislazione penale complementare", en *DPP*, 2001, pp. 137 y ss. e *infra*, la nota 125; cfr. además E. MUSCO, "La riforma del sistema sanzionatorio, en *Diritto penale in trasformazione*", coordinado por MARINUCCI y DOLCINI, cit., p. 420: "sin el soporte de la "ciencia" no se hace política: una buena ciencia es presupuesto esencial de una buena política".
- 77 M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I<sup>o</sup>, Milano, Giuffrè, 2004, Pre-Art. 39 y *passim*, donde la estructura sistemática ejemplar de este Comentario, en un diálogo continuo y profundo con la tradición italo-alemana de todo el siglo XX penal, hace evidente que son esenciales para el carácter científico de la investigación y también de la didáctica penal, los dos momentos de la dogmática clásica y de la moderna, en el sentido ilustrado en este texto. Entre las monografías y los artículos, v. solamente a título de ejemplo del método empleado: M. ROMANO, *Contributo all'analisi dell'aberratio ictus*, Milano, Giuffrè, 1970; *Id.*, "Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità", en *RIDPP*, 1990, pp. 55 y ss.; *Id.*, "Risarcimento del danno da reato, diritto civile, diritto penale", en *RIDPP*, 1993, pp. 865 y ss.; *Id.*, "Societas delinquere non potest (in ricordo di Franco Bricola)", en *RIDPP*, 1995, pp. 1031 y ss.; *Id.*, "Cause di giustificazione procedurari? Interruzione della gravidanza e norme penali, tra esclusioni del tipo e cause di giustificazione", en *RIDPP*, 2007, pp. 1269 y ss., *Id.*, "Nesso causale e concretizzazione delle leggi scientifiche nel diritto penale", en *Scritti per F. Stella*, vol. I, Jovene, 2007, pp. 891 y ss.
- 78 T. PADOVANI, *Diritto penale, parte generale*, Milano, Giuffrè, 2006 (en este caso vale también un juicio análogo al expresado antes frente al Comentario de M. Romano). No encontramos que este autor haya dedicado estudios *ad hoc* a las cuestiones metodológicas, sin embargo tiene mucho más valor el ejemplo que ofrece su enorme producción, en donde la adhesión al texto, la historia, la comparación y el análisis crítico se siguen basando en un núcleo insustituible de conocimientos técnico-jurídicos actualizados con la Constitución, y también con una rigurosa y digamos que clásica diferenciación entre *ius positum*, racionalidad de las leyes y políticas de reforma, y por ende entre la dogmática positiva, la ciencia de la legislación y la política criminal. V. en todo caso *Id.*, *Le ipotesi speciali di concorso di persone nel reato*, Giuffrè, 1973; *Id.*, "Appunti sull'evoluzione del concetto di colpevolezza", en *RIDPP*, 1973, pp. 554 y ss.; *Id.*, "Alle radici di un dogma. Appunti sull'origine dell'antigiuridicità obiettiva", *Ibidem*, 1983, pp. 532 y ss.; *Id.*, "Teoria della colpevolezza e scopi della pena", *ibidem*, 1987, pp. 798 y ss.; *Id.*, *Il binomio irriducibile*, en *Diritto penale in trasformazione*, coordinado por Marinucci, Dolcini, cit., pp. 421 y ss.; *Id.*, *Lectio brevis sulla sanzione*, en *Le pene private*, Milano, Giuffrè, 1985, pp. 55 y ss.; *Id.*, "Il legislatore a scuola dalla Ragione", en *RIDPP*, 1985, pp. 706 y ss.; *Id.*, "Il traffico delle indulgenze", *ivi*, 1986, pp. 398 y ss. *Id.*, "La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma", *ivi*, 1992, pp. 419 y ss.
- 79 D. PULITANÒ, *Diritto penale, parte generale*, Torino, Giappichelli, 2009, donde, en las pp. 58-95, hay todo un capítulo sobre la ciencia del Derecho penal y una crítica de las concepciones "autoritarias" de la dogmática, así como de la ciencia jurídica como conocimiento exclusivo del Derecho positivo (*ivi*, p. 60), además de un aparato analítico (tripartito clásico a la *Delitala*) más adherente al valor de los derechos, a los problemas de las instituciones y a los principios constitucionales, que a la construcción 'sistemática' de la materia; *Id.* voz "Política criminal", en *Enc. Dir.*, XXXIV, 1985, pp. 73 y ss.; *Id.*, "Quale scienza

y Francesco Palazzo<sup>80</sup>.

La ininterrumpida continuidad de un hilo conductor de saber dogmático clásico y moderno está presente también en la mayor parte de los alumnos de los autores antes mencionados, a quienes se dirige especialmente nuestro pensamiento, puesto que aún no pueden ser catalogados ya que serán ellos mismos quienes nos digan si las orientaciones a las que se está aludiendo, de manera descriptiva antes que prescriptiva, sufrirán modificaciones o revoluciones. Al respecto, es notable que distintas generaciones que se han formado durante los periodos dorados del abrazo entre la dogmática y la política criminal constitucional, la de los 'bienes' y las técnicas de tutela, hayan seguido estilos distintos<sup>81</sup>: algunos sintetizando el método comparado,

---

del diritto penale?", en *RIDPP*, 1993, pp. 1209 y ss.; *ib.*, "Il laboratorio del giurista: una discussione su strumenti e scopi", *ibidem*, 2003, pp. 108 y ss., en donde se encuentra una instructiva polémica con S. Moccia y otros, precisamente sobre el tema del carácter cognoscitivo de la ciencia jurídica, sobre la libertad frente al Derecho positivo y sobre la pretendida obligatoriedad de la dogmática para el legislador. V. además el escrito que al respecto tiene Moccia, cit. *infra*, nota 81. V. también *infra*, la nota 125, p. 134.

- 80 F. PALAZZO, "Diritto penale", en *Giuristi e legislatori. Pensiero giuridico e innovazione legislativa nel processo di produzione del diritto*, Milano, Giuffrè, 1997, pp. 311 y ss.; *ib.*, *Corso di diritto penale, parte generale*, Torino, Giappichelli, 2008, donde se presenta una síntesis entre el neoconstitucionalismo penal y una actualizada sistemática post-welzeliana, sin exasperaciones analíticas, pero claramente en la línea de una tradición científica correspondiente a la que se ha definido como dogmática moderna. De gran relevancia par el tema que aquí se trata es también la obra de F. PALAZZO y M. PAPA, *Lezioni di diritto penale comparato*, Torino, Giappichelli, 2000, donde en el capítulo I (pp. 18 y ss.) se encuentra una exposición muy instructiva de las razones para retomar el método comparado después de la "paréntesis" del tecnicismo jurídico en Italia, con una valoración crítica acerca de la compacta obra de importación 'dogmática' (de tipo no comparatista en sí) de la doctrina alemana, llevado a cabo con la publicación del libro de G. Delitala sobre "Il fatto nella teoria generale del reato" de 1930.
- 81 Por ejemplo S. MOCCIA, *Politica criminale e riforma del sistema penale. L'Alternativ-Entwurf e l'esempio della Repubblica Federale tedesca*, Napoli, Jovene, 1984; *ib.*, "Il diritto penale tra essere e valore", cit., pp. 17 y ss., 26 y ss., donde se acusa al tecnicismo de haber eliminado de la teoría del delito el momento sancionador, de haber impuesto soluciones y estilos sustancialistas y teleológicos que son ajenos a éste (*ivi*, pp. 20 y s.); así como *ib.*, "Euforie tecniciste nel laboratorio della riforma del codice penale", en *RIDPP*, 2002, pp. 453 y ss., donde se da una interesante discusión sobre posibles reediciones del tecnicismo jurídico hoy (en polémica con D. Pulitanò), y sobre la obligatoriedad de la ciencia sobre la legislación. V. también L. MONACO, *Prospettive dell'idea dello 'scopo' nella teoria della pena*, Napoli, Jovene, 1984. *ib.*, "Su teoria e prassi del rapporto tra diritto penale e criminologia", en *Studi urbinati*, 1980-81/1981-82, pp. 399 y ss.; G. V. DE FRANCESCO, "Il «modello analitico» fra dottrina e giurisprudenza: dommatica e garantismo nella collocazione sistematica dell'elemento psicologico del reato", en *RIDPP*, 1991, pp. 107 y ss.; *ib.*, "Sulla misura soggettiva della colpa", en *SU*, 1977/78, pp. 273 y ss.; *ib.*, *La proporzione nello stato di necessità*, Napoli, Jovene, 1978, pp. 53 y ss.; G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, Milano, Giuffrè, 1983; *ib.*, *Comunità europee e diritto penale*, Milano, Giuffrè, 1989; A. FIORELLA, voz "Reato in generale", en *Enc. dir.*, XXXVIII, 1987, pp. 770 y ss., 788 y ss., 806 y ss.; N. MAZZACUVA, *Il disvalore di evento nell'illecito penale*, Milano, Giuffrè, 1983; *ib.*, "Diritto penale e Costituzione", en AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, vol. I, coordinado por G. INSOLERA, N. MAZZACUVA, M. PAVARINI, M. ZANOTTI, Torino, Giappichelli, 2006; S. PROSDOCIMI, *Profili penali del postfatto*, Milano, Giuffrè, 1982; *ib.*, *Dolus eventualis*, Milano, Giuffrè, 1993; M. RONCO, "Il reato, 2°", en *Commentario sistematico al codice penale*, coordinado por M. RONCO, Bologna, Zanichelli, 2006, pp. 59 y ss.; *ib.*, *Il principio di tipicità della fattispecie penale nell'ordinamento vigente*, Torino, Tricceri, 1979; G. DE FRANCESCO, *Programmi di tutela*

la dogmática, la criminología y la ciencia de la legislación<sup>82</sup>, algunos renovando, en numerosas producciones posteriores, los momentos clásicos de auto-reconocimiento científico a través de una reflexión dogmático-comparada muy comprometida<sup>83</sup>.

---

*e ruolo dell'intervento penale*, Giappichelli, 2004; *Id.*, "Variazioni penalistiche alla luce dell'esperienza comparata", en *RIDPP*, 1997, pp. 233 y ss.; *Id.*, "Funzioni della pena e limiti della coercizione", en *Quad. fior.*, 2007, pp. 611 y ss.; *Id.*, "Dolo eventuale e colpa cosciente", en *RIDPP*, 1988, pp. 158 y ss.; *Id.*, "Opus illicitum", *ivi*, 1993, pp. 994 y ss.; *Id.*, "Il principio della personalità della responsabilità penale nel quadro delle scelte di criminalizzazione", *ivi*, 1996, S. 21 ff.; *Id.*, *Diritto penale. I fondamenti*, Torino, Giappichelli, 2008, *passim*; A. MANNA, *Corso di diritto penale, parte gen.*, Padova, Cedam, 2007, pp. 8 y ss., 16 y ss.; *Id.*, *Beni della personalità e limiti della protezione penale*, Padova, Cedam, 1989; *Id.*, voz "Trattamento medico-chirurgico", en *Enc. Dir.*, XLIV, 1992, pp. 1281 y ss.; *Id.*, *L'imputabilità e i nuovi modelli di sanzione*, Torino, Giappichelli, 1997.

- 82 Por ejemplo C. E. PALIERO, «Minima non curat praetor». *Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, Cedam, 1985, para una manifestación de síntesis entre la dogmática, la comparación, la política criminal, la criminología y la ciencia de la legislación; *Id.*, "Il principio di «effettività» del diritto penale: profili politico-criminali", en *Studi Nuvolone*, I, Milano, Giuffrè, 1991, pp. 395 y ss., para el aspecto central del método de la ciencia de la legislación. G. FORTI, *Colpa ed evento in diritto penale*, Milano, Giuffrè, 1990; *Id.*, *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, Milano, Cortina, 2000, pp. 33 y ss., 101 y ss., en cuanto a las relaciones entre el Derecho penal, la dogmática, la política criminal y la criminología; *Id.*, "«Praeparatione opus est?». Il difficile equilibrio tra «regole» e «contenuti» nella riforma del codice penale", en STILE (coord.), *La riforma della parte generale*, cit., pp. 109 y ss.
- 83 S. SEMINARA, *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, Milano, Giuffrè, 1987, donde el análisis histórico y comparado conduce de manera ejemplar a la relativización de los modelos dogmáticos en la construcción de la participación en el delito, y a pesar de ello entiende que en la teoría de la participación está "el banco de prueba de toda la dogmática penal" (*ivi*, p. 438, exactamente como lo consideraba Hans Welzel), y las concretas enseñanzas de su estudio se presentan además como obligatorias para el legislador: "Caesar ne supra gramaticos", así concluye el estudio de Seminara (*Op. cit.*, p. 442, la nota al pie y el texto relativo). Siguiendo con autores más o menos homogéneos desde el punto de vista generacional (donde está también quien escribe), v. en el ámbito de una producción bastante amplia, sólo a modo de ejemplo, L. PICOTTI, *Il dolo specifico*, Milano, Giuffrè, 1993; *Id.*, "Diritto penale comunitario e Costituzione europea", en *Il diritto penale nella prospettiva europea*, coordinado por S. CANESTRARI y L. FOFANI, Milano, Giuffrè, 2005, pp. 325 y ss.; M. PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, Milano Giuffrè,; V. MILITELLO, *Rischio e responsabilità penale*, Milano, Giuffrè, 1988; *Id.*, "Dogmatica penale e politica criminale in prospettiva europea", en *RIDPP*, 2001, pp. 411 y ss.; *Id.*, "Il diritto penale nel tempo della "ricodificazione"", *ivi*, 1995, pp. 758 y ss.; F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, Padova, Cedam, 1993; *Id.*, "La normatività della colpa penale. Lineamenti di una teorica", en *RIDPP*, 1999, pp. 86 y ss.; *Id.*, "Ideologie punitive e tecniche di normazione del diritto penale dell'ambiente", en *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002, pp. 845 y ss.; *Id.*, "Il marchio indelebile della nuova recidiva. Commiato dal diritto penale del fatto?", en *Critica dir.*, 2006, pp. 171 y ss.; A. R. CASTALDO, *L'imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento*, Napoli, Jovene, 1989; *Id.*, "Offene und verschleierte Individualisierung im Rahmen des Fahrlässigkeitsdelikt", in *Goldtdammer's Archiv*, 1993, pp. 495 y ss.; A. CASTALDO, M. NADDEO, *Denaro sporco*, Padova, Cedam, 2010; S. CANESTRARI, *Il delitto preterintenzionale*, Padova, Cedam, 1989; *Id.*, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, Milano, Giuffrè, 1999; *Id.*, "La definizione legale del dolo: il problema del dolo eventualis", en *RIDPP*, 2001, p.906 y ss.; *Id.*, "Procreazione medicalmente assistita e diritto penale", en *Dir. pen. e proc.*, 2000, pp. 1293 y ss.; G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità in diritto penale*, Padova, Cedam, 1990; *Id.*, "Per un diverso inquadramento delle ipotesi di desistenza e recesso in un nuovo codice penale" en *RIDPP*, 1994, pp. 1336 y ss.; *Id.*, "Sfide e conquiste della comparazione penalistica", en *Studi Marinucci*, vol.

Aunque algunas veces se ponga el acento en los aspectos de la ciencia de la legislación, de la “ciencia penal integrada”, o del europeísmo jurídico<sup>84</sup>; aunque incluso

---

I, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 265 y ss.; Id., “Brevi note sul metodo interpretativo del giudice penale e sulla funzione dogmatica della giurisprudenza”, en *Le discrasie fra dottrina e giurisprudenza nel diritto penale*, coordinado por A. M. STILE, Napoli, Jovene, 1991, pp. 247 y ss.; Id., “Brevi riflessioni sul rapporto fra ragionamento retorico e decisioni del giudice penale” en G. FERRARI, M. MANZIN (coords.), *La retorica fra scienza e professione legale: questioni di metodo*, Milano, Giuffrè, 2004, pp. 311 y ss.; A. MELCHIONDA, *Le circostanze del reato*, Padova, Cedam, 2000: ejemplo paradigmático de dogmática y ciencia de la legislación histórico comparada, testimonio de toda la tradición académica de la que se habla en este texto; M. CATENACCI, *La tutela penale dell'ambiente*, Padova, Cedam, 1996; Id., “«Beni» e «funzioni» oggetto di tutela nella legge Merli sull'inquinamento delle acque”, en *RTDPE*, 1996, pp. 1219 y ss.; Id., *Legalità e “tipicità del reato” nello Statuto della Corte penale internazionale*, Giuffrè, 2003; C. DE MAGLIE, *L'agente provocatore. Un'indagine dommatica e politico-criminale*, Milano, Giuffrè, 1991; Id., *L'etica e il mercato*, Giuffrè, 2002; Id., *I reati culturalmente motivati. Ideologie e modelli penali*, ETS, Pisa, 2010.

- 84 Por ejemplo A. ALESSANDRI, *Riflessi penalistici dell'innovazione tecnologica*, Milano, Giuffrè, 1984; Id., *Diritto penale e attività economiche*, Bologna, Il Mulino, 2010; G. GRASSO, R. SICURELLA (coords.), *Per un rilancio del progetto europeo*, Milano, Giuffrè, 2008; A. BERNARDI, “Principi di diritto” e diritto penale europeo, *Annali Univ. Ferrara*, 1988, pp. 75 y ss.; Id., “Il diritto penale tra globalizzazione e multiculturalismo”, en *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2002, pp. 485 y ss.; Id., ““Riserva di legge” e fonti europee in materia penale”, en *Annali Univ. Ferrara*, 2006, pp. 1 y ss.; Id., “All'indomani di Lisbona: note sul principio europeo di legalità penale”, en *Quad. cost.*, 2009, pp. 43 y ss.; Id., “La aproximación constitucional al Derecho penal frente a las fuentes e instituciones supranacionales europeas”, en *Rev. penal*, 2011, pp. 15 y ss.; L. PICOTTI (coord.), *Possibilità e limiti di un diritto penale dell'Unione Europea*, Milano, Giuffrè, 1999; Id. (coord.), *Il Corpus Juris 2000*, Padova, Cedam, 2004; A. CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*, vol. II, Padova, Cedam, 1988: este autor sigue una orientación en donde la historia, la comparación, la dogmática y la política criminal, además de la legislación, se condensan en una expresión siempre atenta al momento aplicativo para una sucesiva evolución hacia una ciencia penal siempre comparada, pero fuertemente abierta a la dimensión jurisprudencial de Derecho; Id., *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Torino, Giappichelli, 1999; Id., *Introduzione allo studio del diritto penale comparato*, Padova, Cedam, 2004; M. BERTOLINO, *L'imputabilità e il vizio di mente nel sistema penale*, Milano, Giuffrè, 1990; Id., *Libertà sessuale e tutela penale*, Milano, Giuffrè, 1993; Id., *Nuovi orizzonti dei delitti contro il patrimonio nella circonvensione d'incapace e nell'usura*, Giappichelli, 2010; Id., “Dalla mera interpretazione alla «manipolazione»: creatività e tecniche decisorie della Corte costituzionale tra diritto penale vigente e diritto vivente”, en *Studi M. Romano*, vol. I, Napoli, Jovene, 2011, pp. 55 y ss. Todos estos son estudios en los que el método integrado entre dogmática, criminología y ciencias sociales se plantea como afín al de una ciencia penal integral. En otros casos, junto a los trabajos de corte dogmático de alta dificultad (punto de vista interno): por ejemplo L. EUSEBI, “La prevenzione dell'evento non voluto. Elementi per una rivisitazione dogmatica dell'illecito colposo e del dolo eventuale”, en *Studi M. Romano*, vol. II, Napoli, Jovene, 2011, pp. 963 y ss.; Id., “Appunti sul confine tra dolo e colpa nella teoria del reato”, en *RIDPP*, 2000, especialmente pp. 1058 y ss., 1071 y ss.; Id., *Il dolo come volontà*, Brescia, Morcelliana, 1993; Id., *La pena 'in crisi'*, Brescia, Morcelliana, 1990, se presentan trabajos de deslegitimación del Derecho penal como ciencia (punto de vista externo, que asume como paradigma de ciencia aquella natural) en Id., “Il diritto penale non è una scienza”, en I. MARCHETTI/C. MAZZUCATO, *La pena 'in castigo'. Un'analisi critica su regole e sanzioni*, Milano, Vita e pensiero, 2006, pp. XXXIII y ss.; v. también Id., *Quale oggetto dell'abolizionismo penale?*, de próxima publicación. Un despliegue de la comparación y el europeísmo se ve, por ejemplo, en L. FOFANI, *Infedeltà patrimoniale e conflitto di interessi nella gestione d'impresa*, Milano, Giuffrè, 1997; Id., *Die Untreue im rechtsvergleichenden Ueberblick. Festschrift Tiedemann*, Köln,

se pueda, con los años y en opinión de muchos, identificar diferentes épocas<sup>85</sup>, es cierto que existen rasgos comunes de formación en los que el vínculo con las raíces de la tradición del pensamiento dogmático y comparado de inicios del siglo XX sigue estando bastante asentado<sup>86</sup>.

Lo que se indica acerca de la presencia constante de un núcleo cualificante (a veces absorbente) de dogmática como saber científico por excelencia, que en las generaciones de los escritos italianos ha vivido orientaciones muy diferentes, vale en cambio (*ça va sans dire*) para todos los principales exponentes de la *Strafrechtswissenschaft* alemana, desde Karl Binding<sup>87</sup>, Ernst Beling<sup>88</sup>, Hans

---

Berlin, Bonn, München, Carl Heymanns, 2008, pp. 767 y ss.; *Id.*, "Prospettive di armonizzazione europea del diritto penale, dell'economia: le proposte del progetto "Eurodelitti" per la disciplina delle società commerciali, del fallimento, delle banche e dei mercati finanziari", en *Studi Marinucci*, vol. III, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 2321 y ss.

- 85 Lo mismo vale para quien escribe. Se remite únicamente, para una comparación de estilos diferentes pero presentes a la vez, en donde el autor se reconoce, a M. DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano, Giuffrè, 1991; *Id.*, *Il delitto contravvenzionale*, Milano, Giuffrè, 1993; *Id.*, *Teoria del reato. Una introduzione*, Cedam, 1996; *Id.*, voz *Teoria del reato*, cit.; *Id.*, *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit.; *Id.*, *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*, Padova, Cedam, 2003; *Id.* (coord.), *La riforma della legislazione penale complementare. Studi di diritto comparato*, Padova, Cedam, 2000; *Id.*, *El Derecho penal frente a los desafíos de la modernidad*, Lima, Ara Editores, 2010; *Id.*, voz "Imputazione oggettiva dell'evento (dir. pen.)", en *Enc. Dir. Annali III*, Giuffrè, 2010.
- 86 El peso específico del momento dogmático-sistemático, o histórico, del saber penal, ha tenido interpretaciones muy diferentes. Por ejemplo, en manuales como el de A. CADOPPI/P. VENEZIANI, *Elementi di diritto penale, parte generale*, Cedam, 2007, pp. 10 y ss., en donde se presenta la correcta observación de que la dogmática "representa uno de los diferentes instrumentos o bagajes de conocimiento de los que la ciencia penal se sirve en el ámbito de su multiforme función" (*ivi*, p. 13): entonces aquí, en el marco de la "ciencia penal", se incluyen, en igualdad de jerarquía, además de la dogmática, la historia, la comparación jurídica, y la política criminal. O también en S. CANESTRARI/L. CORNACCHIA/G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale, parte generale*, Bologna, Il Mulino, 2007, pp. 44 y s., 263 y ss., donde la ciencia penal es dividida en dos, esencialmente en dogmática y en política criminal: se trata de un manual de los más característicos de un corte sistemático en la actualidad italiana, en un marco de dogmática clásica y moderna, orientada a la Constitución, a la política criminal y a la sistemática postwelzeliana.
- 87 K. BINDING, "Strafgesetzgebung, Strafjustiz und Strafrechtswissenschaft in normalen Verhältnis zueinander", en *ZStW*, Bd. 1, 1881, pp. 4 y ss., p.29: "La ciencia... lleva la luz y esa luz guía a la ciencia y al legislador!". Este es el primer artículo del primer número de la famosa *ZStW*.
- 88 Basta ver qué 'obligaciones' establecía la dogmática, en su opinión, al legislador, para mostrar el significado científico coercitivo de sus categorías: cfr. E. BELING, *Methodik der Gesetzgebung, insbesondere der Strafgesetzgebung*, Berlin, Grunewald, Rotschild, 1922, pp. 28 y ss. (sobre la prioridad de la construcción del Derecho penal respecto al Derecho procesal penal, así como de todo el ordenamiento extrapenal frente al penal, y por ende de la antijuridicidad 'general' sobre la punibilidad), 66 y ss. (sobre el contenido de culpabilidad del dolo).

Welzel<sup>89</sup> y Hans-Heinrich Jescheck<sup>90</sup>, hasta Claus Roxin<sup>91</sup>, Günther Jakobs<sup>92</sup> o Bernd Schünemann<sup>93</sup>, sin entrar en un listado que sería imposible de manejar<sup>94</sup>. Idea que es compartida por una aplastante mayoría en los escritos en lengua castellana, aunque sea con diferentes posturas, desde Luis Jiménez de Asúa<sup>95</sup>, Manuel Cobo del Rosal y Tomás Vives Antón<sup>96</sup>, a José María Rodríguez Devesa y Alfonso Serrano Gómez<sup>97</sup>,

- 
- 89 V. solamente, *ex pluribus*, H. WELZEL, "Die deutsche strafrechtliche Dogmatik der letzten 100 Jahre und die finale Handlungslehre", en *Jur. Schulung*, 1966, pp. 421 y ss.; *Id.*, "Vom Bleibenden und vom Vergänglichem in der Strafrechtswissenschaft", en *Erinnerungsgabe f. Max Grünhut*, Marburg, Elwert Verlag, 1965, pp. 173 y ss., 188 y ss.; *Id.*, "Die Dogmatik im Strafrecht", en *Fest. Maurach*, Müller, Karlsruhe, 1972, pp. 3 y ss.
- 90 H-H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, AT, Berlin, Duncker & Humblodt, 1996, p. 42: "momento central (Kernstück)" de la ciencia penal es la dogmática penal", incluso desde una perspectiva claramente orientada a una ciencia penal ingrada, a la criminología y al Derecho penal como ciencia social.
- 91 Basta remitir al capítulo séptimo del famoso manual de C. ROXIN, *Strafrecht*, AT, Bd. I, München, Beck, 2004, § 7.
- 92 V. recientemente G. JAKOBS, *El Derecho penal como disciplina científica*, Cizur Menor, Thomson Civitas, 2008, pp. 11 y ss., 13 y ss., 21 y ss., 101 y s. y *passim*, quien hoy considera esencial que se plantee el problema de la legitimación para que una aproximación jurídica se pueda calificar de "científica".
- 93 B. SCHÜNEMANN, "Die deutsche Strafrechtswissenschaft nach der Jahrtausendwende", en *Goldtdammer's Archiv f. Str.*, 2001, pp. 205 y ss., 216 y ss.; *Id.*, "Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft", en *Fest. Roxin*, , Berlin-New York, de Gruyter 2001, pp. 1 y ss.; *Id.*, "Aufgaben und Grenzen der Strafrechtswissenschaft im 21. Jahrhundert", en *Fest. Herzberg*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008, pp. 39 y ss. (en donde se ve cierta tonalidad menos expresiva del orgullo del penalismo nacional).
- 94 Para una autocelebración de la ciencia penal alemana, que se remonta ya a diez años, A. ESER/W. HASSEMER/B. BURKHARDT (Hrsg.), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, Actas del Congreso de Berlín, 3-6 de octubre de 1999, Beck, München, 2000. V. también U. SIEBER, *Grenzen des Strafrechts*, cit., en *ZStW*, 119, 2007, pp. 1 y ss., especialmente pp. 49 y ss.; J. VOGEL, "Strafgesetzgebung und Strafrechtswissenschaft", en *Fest. Roxin*, , Berlin-New York, de Gruyter 2001, pp. 105 y ss.; M. MAIWALD, "Dogmatik und Gesetzgebung im Strafrecht der Gegenwart", en BEHREND/S/HENKEL (Hrsg.), *Gesetzgebung und Dogmatik*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1989, pp. 120 y ss.
- 95 L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal*, tomo I, Buenos Aires, Ed. Losada, 1956, pp. 79 y ss., 85 ("la auténtica *Ciencia del Derecho penal es la dogmática*").
- 96 Cfr. también M. DEL ROSAL, T. VIVES ANTÓN, *Manual de Derecho penal, parte general*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, pp. 83 y ss., para quienes la ciencia del Derecho penal es un saber práctico y una ciencia del espíritu, cultural, normativa y hermenéutica; v. además T. VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, pp. 409 y ss., en donde se concluye (p. 488): "Si he conseguido mi propósito, siquiera sea mínimamente, habrá quedado claro por qué la dogmática no puede ser ciencia; a saber, porque no trata de cómo hemos de concebir el mundo, sino de cómo hemos de actuar en él".
- 97 J. M. RODRÍGUEZ DEVESEA, A. SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español, parte general*, Madrid, Dykinson, 1995, pp. 49 y ss., 57 y ss., 269 y ss.

Cerezo Mir<sup>98</sup>, Enrique Gimbernat Ordeig<sup>99</sup>, Enrique Bacigalupo<sup>100</sup>, Francisco Muñoz Conde<sup>101</sup>, Gonzalo Quintero Olivares<sup>102</sup>, Santiago Mir Puig<sup>103</sup>, Jesús Silva Sánchez<sup>104</sup>, hasta los penalistas de la escuela de Barbero Marino Santos<sup>105</sup>, pasando por Diego-

- 
- 98 J. CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español*, vol. I, Madrid, Tecnos, 1997, pp. 62 y ss., 77 y s., donde la dogmática y la política criminal se unen en el concepto de ciencia jurídico-penal.
- 99 E. GIMBERNAT ORDEIG, *Concepto y método de la ciencia del Derecho penal*, Madrid, Tecnos, 1999; *Id.*, *¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?*, en *Problemas actuales de las ciencias penales y de la filosofía del Derecho. En homenaje al profesor Jiménez de Asúa*, Buenos Aires, Ediciones Panedille, 1970, pp. 495 y ss.
- 100 E. BACIGALUPO, "La ciencia del Derecho penal entre el ideal científico de las ciencias naturales y el de las ciencias del espíritu", en *Libro Homenaje a Beristain*, San Sebastián, Instituto Vasco de Criminología, 1989, pp. 459 y ss.; *Id.*, *Principios de Derecho penal*<sup>4</sup>, parte general, Akal, Madrid, 1997, pp. 27 y ss.; *Id.*, "Il metodo comparatistico e l'unità del diritto penale europeo", en *Studi Marinucci*, vol. I, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 3 y ss.
- 101 F. MUÑOZ CONDE, "Geglückte und folgenlose Strafrechtsdogmatik?", en *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, cit., pp. 199 y ss.; *Id.*, *Introducción al Derecho penal*, Barcelona, Bosch, 1975, pp. 101 y ss., 135 y ss. (donde se da una presentación de la dogmática penal como "método" principal de la ciencia jurídico-penal); F. MUÑOZ CONDE, M. GARCÍA ARÁN, *Derecho penal, parte general*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, pp. 208 y ss. (donde se ve la dogmática como "método empleado por el penalista para conocer el Derecho penal positivo").
- 102 G. QUINTERO OLIVARES, *Adonde va el Derecho penal. Reflexiones sobre las leyes penales y los penalistas españoles*, Madrid, Thomson, Civitas, 2004, especialmente pp. 125 y ss. (v., sobre las relevantes limitaciones del rol de la dogmática, lo que se dice *infra* en la nota 173). *Id.*, *Parte general del Derecho penal*, Thomson, Aranzadi, Cizur Menor, 2007, pp. 187 y ss.: "una mera «dogmática iuspositivista», por cuanto sea importante, no puede pretender ser considerada una ciencia, como en cambio se planteó con un énfasis particular entre los seguidores del tecnicismo jurídico italiano", pero "la dogmática constituye el método irrenunciable para el penalista".
- 103 S. MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, Barcelona, Bosch, 1976, pp. 173-276 (historia del método dogmático, en cuyas pp. 187 y ss. se habla del tecnicismo italiano), pp. 299 y ss., 345 y ss. en perspectiva actual, uniendo dogmática y política criminal en una perspectiva "realista"; *Id.*, *Derecho penal, parte general*, Barcelona, Buenos Aires, B de F, 2010, pp. 28 y ss., donde aparecen como sinónimos la ciencia penal y la dogmática jurídico penal, junto a la expresión "ciencia global del Derecho penal" con el significado omnicomprensivo de Liszt; *Id.*, "Dogmática creadora y política criminal", en *Revue inernationale de droit pénal*, 1978, pp. 223 y ss.
- 104 J. SILVA SÁNCHEZ, "Straftatsystematik deutscher Prägung: Unzeitgemäß?", en *Goldtdammer's Archiv f. Str.*, 2004, pp. 679 y ss.; *Id.*, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, Bosch, 1992, pp. 43-178 (cap. III); *Id.*, "Política criminal en la Dogmática: algunas cuestiones sobre su contenido y límites", en *Libro Homenaje a Claus Roxin*, Barcelona, Bosch, 1997, pp. 357 y ss.
- 105 I. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, L. ARROYO ZAPATERO, J. C. FERRÉ OLIVÉ, N. GARCÍA RIVAS, J. R. SERRANO PIEDECASAS, J. TERRADILLOS BASOCO, *Curso de Derecho penal, parte general*, Barcelona, Ed. Experiencia, 2004, pp. 103 y ss., pp.131 y ss.

Manuel Luzón Peña<sup>106</sup>, Miguel Polaino Navarrete<sup>107</sup>, y tantos otros en América Latina, desde Sebastián Soler<sup>108</sup>, Eugenio Raúl Zaffaroni<sup>109</sup>, Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malarée<sup>110</sup>, hasta Marcelo Sancinetti<sup>111</sup>, Alfonso Reyes Echandía<sup>112</sup>, Fernando Velásquez<sup>113</sup>, Nódier Agudelo Betancur<sup>114</sup>, José Hurtado Pozo<sup>115</sup> y Juan Fernández Carrasquilla<sup>116</sup>.

- 
- 106 D. M. LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal, parte general*, I, Madrid, Ed. Universitas, 1996, pp. 91 y ss., pp. 98 y ss., donde se ve una clara resistencia a unir realmente la dogmática y la política criminal, argumentando que la crítica no es una función de la dogmática, sino de la política criminal (ivi, 101); objeción que por lo demás no pretendemos hacer nuestra, aunque sean varias las consecuencias que presenta el principio de legalidad en sede dogmática (también frente a la política criminal judicial) y que no se dan en sede de reforma: *infra*, § 6-7.
- 107 M. POLAINO NAVARRETE, *Derecho penal, parte general*, tomo I, Barcelona, Bosch, 2001, pp. 59 y ss., 64 y ss.
- 108 S. SOLER, *Derecho penal argentino*, I, coordinado por G. J. FIERRO, Buenos Aires, Tea, 1987, pp. 26 y ss., pp. 38 y ss.
- 109 Cultivando siempre, de vez en vez, una perspectiva externa e interna, cfr. E. R. ZAFFARONI, *Teoría del delito*, Buenos Aires, Ediar, 1973, pp. 25 y ss.; *Id.*, *Política y dogmática jurídico-penal*, cit.; *Id.*, "La crítica al Derecho penal y el porvenir de la dogmática jurídica", en *Id.*, *En torno del cuestión penal*, Montevideo, Buenos Aires, B de F, 2005, pp. 97 y ss., y su gran organización conceptual en E. R. ZAFFARONI, *Derecho penal, parte general*, Buenos Aires, Ediar, 2005, pp. 79 y ss. (donde se expone el método dogmático como algo esencial al saber jurídico, que sin embargo no es definido como una "ciencia").
- 110 J. BUSTOS RAMÍREZ, H. HORMAZÁBAL MALARÉE, *Nuevo sistema de Derecho penal*, Trotta, 2004, con una importante elaboración de una ciencia penal integral inspirada, además de en Liszt, en las perspectivas de A. Baratta. Por otro lado, los planteamientos de Baratta, después de las investigaciones de su primera fase como estudioso (por ejemplo: A. BARATTA, *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza*, Milano, Giuffrè, 1963), obedecen a un punto de vista exclusivamente externo, en donde la criminología crítica, al final, indica al dogmático la superación del dogma del Derecho penal mismo (A. BARATTA, "Criminología e dogmatica penale. Passato e futuro del modello integrato di scienza penalistica", en *Quest. Crim.*, 1979, pp. 147 y ss., pp. 171 y s.).
- 111 M. A. SANCINETTI, *Teoría del delito y desvalor de acción*, Buenos Aires, Hammurabi, 1991.
- 112 A. REYES ECHANDÍA, *Derecho penal, parte general*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1979.
- 113 F. VELÁSQUEZ V., *Derecho penal, parte general*, Tomo I, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2009, cuya primera parte, titulada la teoría de la ciencia del Derecho penal, contiene un primer capítulo sobre la dogmática penal y los saberes penales (ivi, pp. 30 y ss.), en los que la dogmática penal, en estricto sentido, se trata dentro del tema más amplio de la ciencia penal integral.
- 114 N. A. BETANCUR, *Curso de Derecho penal*, Bogotá, Temis, 2007; *Id.*, *Grandes corrientes del Derecho penal. (Escuela clásica)*, Bogotá, Temis, 2002, pp. 76 y ss. (conjugando el ideal carrariano y welzeliano de ciencia jurídica).
- 115 J. HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal, parte general*, Ed. jurídica Griley, 2005, pp. 62 y ss. donde se encuentran páginas realmente uniformes e instructivas.
- 116 J. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal fundamental I*, Bogotá, Ed. G. Ibáñez, 2004, especialmente las pp. 62 y ss.

También los autores italianos que en el pasado parecían escépticos hacia ciertos extremos de abstracción, conceptualismo y sistemática de la dogmática penal de matriz alemana, que absorben en menor medida su espíritu, desde Vincenzo Manzini<sup>117</sup>, Francesco Antolisei<sup>118</sup> y Gaetano Contento<sup>119</sup>, hasta Federico Stella<sup>120</sup> y otros contemporáneos que han seguido directrices análogas, desde Fabrizio Ramacci<sup>121</sup> y

- 
- 117 V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. I, cit., pp. 2 y s. sobre la dogmática como sinónimo de la ciencia jurídica, con además una clásica construcción de un sistema que sigue la tradición bipartita italiana y la sistemática del código vigente.
- 118 F. ANTOISEI, *Per un indirizzo realistico*, cit., pp. 16 y ss.; *ib.*, *Manuale di diritto penale, parte generale*, Milano, Giuffrè, 1975, pp. 15 y ss., 22 y ss., con una clara exclusión del *ius condendum* del objeto de la ciencia jurídica, aunque se oriente de manera realista y teleológica (*ivi*, p. 15). Aún en 1975, el clásico manual de Antolisei, revisado entonces por Luigi Conti, cerraba la parte sobre la historia del método con la lección de Rocco y con la consolidación del tecnicismo (*ivi* p. 28).
- 119 G. CONTENTO, *Corso di diritto penale*, vol. II, Bari, Laterza, 1996, pp. 5 y ss., 12 ss., en donde se hace una relevante precisión acerca del método, aunque (según como sea gestionada) pueda ser potencialmente subversiva para la misma construcción dogmática (que este autor, por lo demás, no repudia), a la que se le asigna una mera función cognoscitiva: “cualquiera que sea la decisión [dogmática], ésta no debe influir nunca en los resultados de la interpretación (y por ende de la aplicación) de las normas. La construcción, o la elaboración dogmática, a través de conceptos, de los institutos jurídicos y, entre éstos, sobre todo de la estructura del delito, puede de hecho llevar a conclusiones diferentes. Pero de estas diferencias no se puede hacer derivar jamás, *sic et simpliciter*, una interpretación diferente de las normas en particular. Si ello llegase a suceder, se incurriría en el pecado capital del conceptualismo jurídico”. Indica luego el autor: “Sin embargo, esto no tiende a desvalorar *in toto* los estudios de dogmática. Éstos, en cuanto permitan una mejor inteligibilidad general del sistema siempre serán de gran utilidad para la ciencia jurídica, pero es necesario evitar confusiones e interferencias entre los dos planos de actividad a los que se dirige la obra del jurista, para asegurar al máximo el respeto del principio de soberanía de la ley”. Al respecto, observamos que el *problema del conceptualismo* surge, en realidad, cuando de meros conceptos abstractos se deducen consecuencias normativas separadas del sistema y de las mismas normas. Sin embargo, si las normas no son en sí mismas conceptos, antes de ser entendidas e interpretadas, *tienen que volverse conceptos*, si se pretende hacerlas operativas en el discurso; y en el momento en el que se vuelven conceptos (y no meras “órdenes”), de éstas se derivarán consecuencias.
- 120 Las posturas “antidogmáticas” de Stella se derivan, más que de tomas de postura científicas explícitas, de discursos personales o en público, y del testimonio de sus alumnos. Sin embargo, de su última producción, poco a poco ha surgido un actitud de radical desconfianza hacia el Derecho penal, una progresiva enfatización de las perspectivas centradas en soluciones científico-naturalistas, en ciencias no normativas, o en soluciones extrapenales, con una fuerte “decodificación” del lenguaje dogmático tradicional en categorías epistemológicamente afrontables desde una dialéctica procesal, probatoria, “a la americana”, antes que desde los aristocráticos tecnicismos “a la alemana”. V. por ejemplo F. STELLA, *Giustizia e modernità*, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 541 y ss., 553, 577 y ss.; *ib.*, *La giustizia e le ingiustizie*, Bologna, Il Mulino, 2006, pp. 223 y ss.
- 121 F. RAMACCI, *Corso di diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2007, pp. 52-65: se trata de un manual con una sistemática muy italiana (bipartita), con un tecnicismo actualizado con la Constitución, muy lejano a privilegiar los estudios del conceptualismo de matriz alemana, salvo en cuanto a las aperturas a la criminología y a la ciencia penal integrada.

Sergio Vinciguerra<sup>122</sup> hasta Ivo Caraccioli<sup>123</sup>, e incluso a partir de matrices político-culturales muy diferentes en algunas ocasiones, desde Carlo Federico Grosso, Guido Neppi Modona y Luciano Violante<sup>124</sup>, pasando por Luigi Ferrajoli y las más recientes evoluciones de Domenico Pulitanò y Giovanni Fiandaca<sup>125</sup>, hasta Ferrando Mantovani<sup>126</sup>

- 
- 122 S. VINCIGUERRA, *Diritto penale italiano*, vol. I, Padova, Cedam, 1999. También este manual es ajeno (en cuanto circunscrito al tema de las fuentes y de la interpretación) a la recepción de construcciones sistemáticas “a la alemana” (v. también la referencia a su italianidad en el título), o de fusiones entre la dogmática y la política criminal, y que por lo demás le imputa al tecnicismo, considerado aún dominante, la escasa ideación de los penalistas italianos y su insensibilidad ética fundada en las *excusas* del Derecho positivo (*ivi*, p. 287). Junto a una postura iuspositivista se encuentra una apertura comparada de tipo cognoscitivo-descriptivo (antes que dogmático), y una reconstrucción histórica de la legislación penal, con una actividad extraordinaria de traducciones y publicaciones: v. solamente en cuanto al método VINCIGUERRA, “Comparazione penale, dogmatica e politica del diritto penale in Italia al principio del XXI secolo”, en *Diritto penale XXI secolo*, 2002, pp. 241 y ss.; para una elaboración clásica de las diferentes ubicaciones de la criminología, la política criminal y el Derecho penal (sin ‘fusionarlas’ recíprocamente) v. entonces S. VINCIGUERRA, A. ROSSI, *Principi di criminologia*, Padova, Cedam, 2011, pp. 165 y ss., p.169, pp.193 y ss. y especialmente, en una perspectiva histórica, el capítulo II hasta la parte de Von Liszt.
- 123 I. CARACCIOLI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, Cedam, 2005, donde se presenta un tecnicismo actualizado con la Constitución que sigue en gran parte la sistemática del código, junto a la introducción de capítulos modernos con un significado político-normativo actual, de un carácter que podríamos llamar post-moderno, supranacional o global.
- 124 C.F. GROSSO, G. NEPPI MODONA, L. VIOLANTE, *Giustizia penale e poteri dello Stato*, Milano, Garzanti, 2002, cit., en donde a un fuerte corte crítico-constitucional orientado político-criminalmente, se une un estudio dogmático clásico, de tradición italiana, y de tipo más técnico.
- 125 La contribución de Ferrajoli al Derecho penal (de *Derecho y razón* en adelante) se caracteriza claramente por una neta discontinuidad con la tradición científica de matriz alemana, pero no, con seguridad, por una ausencia de “dogmática”. Además del verdadero *modus procedendi* del *Diritto penale* de PULITANÒ, cit. (respecto a la monografía sobre “L'errore di diritto nella teoria del reato”, Milano, Giuffrè, 1976), pensamos, pro ejemplo, en los primeros cuatro capítulos de G. FIANDACA, G. DI CHIARA, *Una introduzione al sistema penale*, Napoli, Jovene, 2003, o en Id., “Concezioni e modelli di diritto penale tra legislazione, prassi giudiziaria e dottrina”, en *Quest. giust.*, 1991, pp. 13 y ss., respecto a la postura mucho más dogmática del *Diritto penale* escrito con E. Musco, o de los escritos sobre los delitos de peligro, sobre la culpabilidad y la prevención, la causalidad, el hecho típico, etc. En realidad, me parece que todos esos estilos coexisten en el tiempo, en el caso de Fiandaca (v. por ejemplo FIANDACA, “Riflessioni problematiche tra causalità e imputazione obiettiva, en *Indice penale*”, 2006, pp. 945 y ss.).
- 126 F. MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, Padova, Cedam, 2009, pp. 26 ss. (sobre el tecnicismo), pp.32 y ss. (sobre la situación de la ciencia penal en la actualidad), pp.101 y ss. Aquí, se une a una original sistemática construida por principios (constitucionales), una dogmática anclada a la tradición de las concepciones bipartitas italianas, revisada a la luz de una sensibilidad especialmente teleológica y criminológica.

y tantos otros, además de Filippo Sgubbi<sup>127</sup>, Luigi Stortoni<sup>128</sup> y Gaetano Insolera<sup>129</sup>. Todos ellos siguen, en los trabajos científicos más comprometidos, los fundamentos de una misma tradición, aunque la actualicen con la Constitución y las visiones de un iuspositivismo crítico. Incluso los estudiosos alemanes que van desde Karl Engisch y Arthur Kaufmann, hasta los exponentes de la Escuela de Frankfurt en Alemania<sup>130</sup>, los

127 V. *ex plurimis*, F. SGUBBI, *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, Padova, Cedam, 1975; *Id.*, *Uno studio sulla tutela penale del patrimonio*, Milano, Giuffrè, 1980. Ambos textos son relevantes en cuanto a un análisis económico-político del Derecho, también de tipo sociológico, en parte con aspectos marxistas, unido a fuertes perspectivas crítico-constitucionales, que superan cualquier tentación de tipo dogmático tradicional; *Id.*, *Istituzioni di diritto penale*, notas de las lecciones de F. BRICOLA, F. SGUBBI, N. MAZZACUVA, Bologna, Patron, 1994, parte II; *Id.*, *Il reato come rischio sociale*, Bologna, Il Mulino, 1990; *Id.*, "Il diritto penale incerto ed efficace", en *RIDPP*, 2001, pp. 1193 y ss.; *Id.*, "Il risparmio come oggetto di tutela penale", en *Giur. Comm.*, 2005, I, pp. 340 y ss. El Derecho siempre es objeto de crítica técnica, constitucional, política o sociológica, y casi nunca es observado desde un punto de vista verdaderamente interno. El Derecho que construye de este modo, es un Derecho-garantía. Cuando el punto de vista es interno, es inevitable que aparezca una presunta legitimación del sistema penal, pero el estilo se vuelve de nuevo técnico interpretativo: cfr. F. SGUBBI, A. F. TRIPODI, voz "Abusi di mercato", en *Enc. Dir., Annali II*, 2008, pp. 1 y ss. (separata); *Id.*, en C. PEDRAZZI, F. SGUBBI, "Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito", en *Commentario Scialoja-Branca, Legge fallimentare* coordinado por F. GALGANO, - arts. 216-227, Bologna, Zanichelli, 1995.

128 V. el 'estilo' reconstructivo de categorías potencialmente muy dogmáticas en L. STORTONI, "Profili costituzionali della non punibilità", en *RIDPP*, 1984, pp. 626 y ss.; *Id.*, "Premesse ad uno studio sulla «punibilità»", en *RIDPP*, 1985, pp. 397 y ss.; *Id.*, "L'introduzione nel sistema penale dell'errore scusabile di diritto: significati e prospettive", en *RIDPP*, 1988, pp. 1313 y ss.; *Id.*, *Agevolazione e concorso di persone nel reato*, Padova, Cedam, 1981.

129 G. INSOLERA, *L'associazione per delinquere*, Padova, Cedam, 1983; *Id.*, voz "Concorso di persone nel reato", en *Dig. Disc. Pen.*, II, 1988, pp. 437 y ss.; así como sobre el significado de hacer ciencia (entendida sobre todo como ciencia de los límites del poder punitivo): *Id.*, "Intervento", en *AA.VV., Silètte poenologi in munere alieno*, coordinado por M. PAVARINI, Bologna, Monduzzi, 2006, pp. 157 y ss.; *Id.*, "Un diritto penale "fou"?", en *IUS17/unibo.it*, n. 1, 2008, pp. 11 y ss.

130 Hay combinaciones comunes: considérese, por ejemplo, la directa descendencia maestro-alumno entre Karl Engisch, Arth. Kaufmann y W. Hassemer, esa opción común por una sistemática bipartita o en todo caso centrada no en cuestiones o categorías abstractas, sino en valoraciones sustanciales del nexo de riesgo, del ilícito y de la culpabilidad, de los bienes jurídicos, del rol del intérprete respecto a la legalidad abstracta, de las relaciones con las ciencias extrajurídicas, con una filosofía diferente de aquella "eutanasia de la filosofía del Derecho" que fue la *allgemeine Rechtslehre* y la *allgemeine Verbrechenlehre* que la siguió. V. simplemente: K. ENGISCH, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, Tübingen Mohr, , 1931; *Id.*, *Vom Weltbild des Juristen*, Heidelberg, Winter, 1965; *Id.*, *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, Heidelberg, C. Winter, 1968; *Id.*, "Sinn und Tragweite juristischer Systematik (1957)", en *Id.*, *Beiträge zur Rechtstheorie*, Frankfurt a. M., Klostermann, 1984, pp.88 y ss.; *Id.*, "Logische Überlegungen zur Verbrechenstheorie", en *Fest. Welzel*, Berlin-New York, de Gruyter, 1974, pp. 343 y ss.; ARTH KAUFMANN, *Das Schuldprinzip*(1ª ed., 1961), Heidelberg, Carl Winter, 1976; *Id.* *Rechtsphilosophie*, München, Beck, 1997; *Id.*, *Das Verfahren der Rechtsgewinnung. Eine rationale Analyse*, München, Beck, 1999. Sobre W. Hassemer v. la nota 169. Sobre la "Escuela de Frankfurt" no es posible realizar aquí una citación profunda; sino que se remite a lo indicado en DONINI, *Sicurezza e diritto penale*, en *Cass. Pen.*, 2009, pp. 3570- 3573.

que piensan “transversalmente”, desde Günther Artz<sup>131</sup> o Klaus Volk<sup>132</sup> hasta Thomas Vormbaum<sup>133</sup>, llegando después a los penalistas italianos de generaciones posteriores, quienes parten de orientaciones políticas igualmente variadas, incluyendo a los *comparatistas post-dogmáticos*, o postdogmáticos *tout court*<sup>134</sup>: todos han cultivado casi siempre un *núcleo duro* de saber de matriz dogmática como parte esencial y estructural del discurso científico. Es frecuente que algunos vinculen a las tradiciones italianas (y también de otras partes) del análisis bipartito del delito, o de los principios

---

131 G. ARTZ, *Der Ruf nach Recht und Ordnung. Ursachen und Folgen der Kriminalitätsfurcht in den USA und in Deutschland*, Tübingen, 1976; *Id.*, “Zum Verbotsirrtum beim Fahrlässigkeitsdelikt”, en *ZStW*, 91 (1979), pp. 857-887; *Id.*, “Der Einfluss von Beweisschwierigkeiten auf das materielle Strafrecht”, en (Öst.) Bundesministerium für Justiz (Hrsg.), *Strafrechtliche Probleme der Gegenwart*, Bd. 8, Wien, 1981, pp. 77 y ss.; *Id.*, “Die deutsche Strafrechtswissenschaft zwischen Studentenbergr und Publikationsflut”, en *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Köln, 1989, pp.839-878. *Id.*, “Wissenschaftsbedarf nach dem 6. StrRG”, en *ZStW*, 111, 1999, pp. 757 y ss.

132 K. VOLK, *Strafrechtsdogmatik, Theorie und Wirklichkeit*, en *Festschrift Bockelmann*, München, Beck, 1979, pp. 75 y ss.; *Id.*, “Entkriminalisierung durch Strafwürdigkeitskriterien jenseits des Deliktsaufbaus”, en *ZStW*, 97, 1985, pp. 87 y ss.; *Id.*, *Lectio magistralis: Prolegomeni di una parte generale del diritto penale dell'economia* en *Studi Urbinati*, 2004, pp. 131 y ss.; *Id.*, “Che cosa voleva veramente Welzel. Riflessioni su origini e presupposti della sua dottrina”, en *Significato e prospettive del finalismo nell'esperienza giurispensalistica*, coordinado por S. MOCCIA, Napoli, ESI, 2007, pp. 163 y ss.

133 De T. VORMBAUM, sobre esto, v. sobre todo “Politisches Strafrecht”, en *ZStW*, 107, 1995, pp. 734 y ss., y aquí mismo, *infra*, lo dicho en el § 8; *Id.*, “Aktuelles zur Lage des Strafrechts”, en *Fest. Tsatsos*, Baden-Baden, Nomos, 2003, pp. 703 y ss.; así como los ensayos recogidos en T. VORMBAUM, *Beiträge zur juristischen Zeitgeschichte*, Baden-Baden, Nomos, 1999; *Id.*, *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte*, Springer, 2010, pp. 277-282.

134 Pensamos en posturas o ‘estilos’ de autores como, por ejemplo, Alessandro Bernardi, Luigi Foffani, Michele Papa, Alberto Cadoppi; o en la utilización especialmente argumentativa y político-criminal de categorías dogmáticas por parte de autores como Francesco Viganò y otros de generaciones más jóvenes; en la preferencia de estilos reconstructivos con argumentaciones a partir de principios, sentencias y disciplinas, además de las consideraciones político-criminales, antes que dogmáticas, en autores ya citados como Federico Stella, Giovanni Fiandaca, Domenico Pulitanò, Filippo Sgubbi, Gaetano Contento, Luigi Stortoni, Gaetano Insolera. Cuando hablamos de «post-dogmáticos» nos referimos a un *modus procedendi* que sabe de las categorías dogmáticas y las emplea única o especialmente como instrumento de traducción lingüística, como un pintor cubista que aún sabe pintar como un artista del renacimiento o del barroco, pero no porque esas técnicas o esos estilos constituyan verdaderamente ‘su’ lenguaje expresivo, pues en realidad lo utiliza cada vez menos. Entonces, la clasificación que se sugiere, no tiene nada que ver con la ausencia de técnica. Al contrario, suele suceder que haya gran habilidad técnica (itécnico-jurídica!) en los juristas no dogmáticos, quizá prácticos, más que en los estudiosos dogmáticamente expertos. La técnica, en sí, sirve para la interpretación, pero la interpretación no basta para construir un sistema. La real conclusión de una posición post-dogmática consecuente podría ser (pero no tiene que serlo necesariamente) el de la renuncia al concepto de sistema, reconducido a la argumentación, mediada por la perenne ponderación entre los principios, las normas y las categorías.

constitucionales y la desconfianza por el conceptualismo, o a veces de la política criminal, la comparación y la crítica del Derecho, ese *background* que en todo caso se ha conservado después de la transición de la *dogmática clásica*; es decir, aquella pre-constitucionalista, a la *dogmática moderna*, que es la del constitucionalismo y la alianza con la política criminal.

En este punto se presenta una diferencia que es oportuno evidenciar. Mientras que la alianza entre la dogmática y la política criminal ha consistido, como la dogmática clásica, en un discurso esencialmente elaborado por los exponentes del saber académico, la orientación constitucional ha iniciado un periodo de pluralismo para los actores jurídicos. En efecto, la Constitución interpela igualmente al legislador, a los jueces, a los abogados y a los estudiosos. Por ello se trata de un método menos aristocrático y más discursivo, dialéctico, el cual atraviesa a toda la sociedad jurídica y sus instituciones, que no pretende efectuar una superación del estilo dogmático sino completarlo y renovarlo.

Sin embargo, para evitar la ‘crisis de la dogmática’, no fueron suficientes (e incluso a veces se ha pensado que fueron uno de los factores causantes de ésta) ni la orientación constitucional, ni el avanzar de esa otra orientación que “alarga” el abanico de los actores de la producción científica del Derecho, en cuanto ve en la ciencia penal integrada y en la comparación, así como en la técnica legislativa, en el diálogo entre diversos saberes –empíricos (no sólo criminológicos) y normativos- una condición decisiva para construir y aplicar el Derecho penal mismo en un contexto internacional, en donde los saberes extrapenales y la comparación no tienen una mera función *cognoscitiva*, sino además una función *aplicativa*, también en el contexto de una renovada ciencia de la legislación.

Tal orientación cuenta, siguiendo los lineamientos de von Liszt, con exponentes tan diferentes como Hans-Heinrich Jescheck o Giorgio Marinucci (en cuanto a la visión de la comparación y la ciencia penal integrada junto a y dentro de la dogmática clásica)<sup>135</sup> y Winfried Hassemer (en cuanto a la visión de una ciencia penal integrada en la que sólo queda una mínima y no principal estructura de la antigua ciencia

---

135 La *dogmática comparata* es una síntesis peculiar, ajena al estilo de los dogmáticos clásicos (iuspositivos o iusracionalistas) – p.t. H. Welzel o M. Gallo – y de los comparativistas puros (antidogmáticos) – p. t. R. Sacco –. La función aplicativa de la dogmática comparada, en el ejemplo de Jescheck, y mucho más desarrollada en las investigaciones de muchos penalistas en Italia, ha permanecido, hasta ahora, completamente extraña para la doctrina penal alemana contemporánea.

penal sistematizadora)<sup>136</sup>, o como en Italia Cesare Pedrazzi<sup>137</sup> y Franco Bricola<sup>138</sup> (en cuanto al empleo crítico y no dogmático de la comparación, de los principios y de los saberes extrajurídicos, incluso en función de construcción de los bienes protegidos y la técnica legislativa), que ha tenido muchos seguidores entre los penalistas italianos hasta tiempos recientes<sup>139</sup>. Y se trata siempre, por un lado, de un discurso que ha

136 W. HASSEMER, Vor § 1/1 y ss., pp. 33 y ss., pp. 227 y ss., pp. 243 y ss. en *Nomos Kommentar zum StGB*, Baden-Baden, Nomos, 1995; Id., *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, Reinbek bei Hamburg Rowohlt, pp. 155 y ss., 176 y ss.; Id., “Sachlogische Strukturen”: noch zeitgemäß?, en *Fest. Rudolphi*, Neuwied, Luchterhand, 2004, pp. 61 y ss.; Id., “Konturen einer gesamten Strafrechtswissenschaft heute”, en *Fest. Eser*, München, Beck, 2005, pp. 115 y ss.; Id., *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, München, Beck, 1990, especialmente pp. 92 y ss., pp. 200 y ss. (en donde se encuentra una defensa de la dogmática penal y de la sistemática); Id., *Warum Strafe sein muss. Ein Plädoyer*, Berlin, Ullstein, 2009, pp. 60 y ss.

137 C. PEDRAZZI, “Apporto della comparazione alle discipline penalistiche” (publicado antes en AA.VV., *L'apporto della comparazione alla scienza giuridica. Studi di diritto comparato*, Milano, Giuffrè, 1980, pp. 169 y ss.) en Id., *Diritto penale. I. Scritti di parte generale*, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 541 y ss., especialmente pp. 545 y ss. (sobre el uso que en Italia se ha hecho de la doctrina alemana, recibida ‘dogmáticamente’ y no en un sentido auténticamente comparado; es decir, relativizando históricamente sus resultados culturales); Id., “La ‘cultura’ delle riviste giuridiche italiane” (publicado antes en *Quaderni fiorentini*, 1984, pp. 71 y ss.) en Id., *Diritto penale. Scritti*, cit., pp. 557 y ss., en donde se encuentra (p. 558) la idea de que el tecnicismo jurídico haya “desde hace tiempo agotado su ciclo vital”; Id., “Problemi di tecnica legislativa”, en AA.VV., *Comportamenti economici e legislazione penale*, Actas del Congreso «AREL» del 17 de marzo 1978, Milano, Giuffrè, 1979, pp. 17 y ss.

138 Los principales escritos de Bricola que contienen verdaderas investigaciones comparadas, y también aquellos que proyectan soluciones más dogmáticas, utilizan la comparación en sentido relativizante, histórico, sin referencia a ordenamientos modelo o a tradiciones-modelos de tipo conceptualista o ahistórico: cfr. por ejemplo F. BRICOLA, *Fatto del non imputabile e pericolosità*, Milano, Giuffrè, 1961, especialmente el capítulo I; Id., “Profili penali della pubblicità commerciale”, en *RIDPP*, 1965, pp. 722 y ss., luego en Id., *Scritti di diritto penale*, vol. II, tomo I, Milano, Giuffrè, 1997, pp. 2171 y ss.; Id., “Il diritto penale dell’impresa pubblica. Elementi per una comparazione” (publicado antes en *Scritti A. Graziani*, v. I, Napoli, Morano ed., 1968, pp. 159 y ss.) en Id., *Scritti di diritto penale*, vol. II, tomo II, Milano, Giuffrè, 1997, pp. 2841 y ss.; Id., “Il costo del principio “societas delinquere non potest” nell’attuale dimensione del fenomeno societario”, en *RIDPP*, 1970, pp. 951 y ss. (también en Id., *Scritti di diritto penale*, vol. II, tomo II, cit., pp. 2977 y ss.).

139 Cada enumeración es también aquí una omisión: desde Enzo Musco, Giovanni Fiandaca, Federico Stella, Emilio Dolcini, hasta Lucio Monaco, Sergio Moccia, Carlo Enrico Paliero, Gabrio Forti, Marta Bertolino y Luciano Eusebi, por ejemplo, en lo que tiene que ver con la denominada ciencia penal integral. Desde Francesco Palazzo, Tullio Padovani, hasta C.E. Paliero y Luigi Foffani, en cuanto a la integración entre el método comparado y los problemas de técnica legislativa. Y luego, sobre el método comparado en general, considérense todas las generaciones de penalistas italianos (más de cien personas con toda seguridad, entre profesores y jóvenes estudiosos) que han compartido la experiencia del Max Planck en Friburgo - Brisgovia, hasta las más jóvenes generaciones, o con experiencias análogas en otros sitios, en Alemania, Austria, España, Francia, en la UE en general, o en Países de *common law*. Por lo demás, entre éstos, casi todos conservan el lenguaje dogmático como una estructura central y constante, en todo caso no sustituible, del discurso científico, cerca o junto a otros diferentes “lenguajes” contemporáneos.

permanecido por mucho tiempo dentro de la cultura académica, y por el otro, de una orientación que casi nunca ha rechazado la presencia y la utilidad (aunque sea sólo en sentido integrador o parcial) de una estructura dogmática en el discurso jurídico del penalista. De hecho, numerosos comparatistas mencionados han adoptado por mucho tiempo, a veces durante toda su carrera de actividad científica, una postura de dogmática comparada, y no de comparación antidogmática. Es decir, han utilizado lenguajes diferentes pero no excluyentes.

## 6. La “crisis” de la dogmática en la actualidad

La crisis de la dogmática (que por lo demás es, en nuestra opinión, algo positivo) significa en la actualidad al menos tres cosas:

1) Que la dogmática clásica, y también aquella moderna de orientación político-criminal, de matriz académica, ya no es sinónimo de ciencia jurídico-penal, sino que representa sólo un lenguaje, un elemento del discurso científico<sup>140</sup>, el cual vive de actores no académicos, de destinatarios que tienen que motivar decisiones para el ciudadano y para la opinión pública, de múltiples fuentes incluyendo varias internacionales, de saberes no jurídicos (v. *infra*). En la actualidad, cualquier saber científico penal tiene que poder representar ese diálogo, y no sólo la voz de uno de sus actores (por ejemplo, sólo del legislador, o de la academia, los abogados, los fiscales, los jueces, o la voz del ciudadano como potencial imputado o víctima).

2) Que cuando se habla de “dogma” ya nadie puede permitirse siquiera pensar en un dato indiscutible<sup>141</sup>. Es más, sólo se habla de dogmas en sentido negativo, y por ende la dogmática misma ya no se encuentra construida sobre dogmas. Incluso la ley es muy discutible, se interpreta, se hace conforme a otras reglas y principios superiores, y el Derecho que se aplica es el resultado de esa re-interpretación. De ello se deriva una realidad de pluralismo dogmático<sup>142</sup>. Actualmente, entonces, la “dogmática” es únicamente un conjunto de “principios doctrinales objeto de

140 V. también, al respecto, G. QUINTERO OLIVARES, *A dónde va el Derecho penal*, cit., pp. 126 y s., en donde se encuentra el siguiente juicio: “la idea de que la dogmática, y más concretamente la dogmática de matriz alemana, constituya la parte central y para algunos la única parte de la ciencia penal o de la actividad del penalista, es hoy una idea *insostenible y anticuada*”. Sin embargo, poco después se encuentra esta precisión: “el método dogmático, *como tal*, puede y *debe* seguir siendo útil para un estudio profundo del Derecho positivo”: *ivi*, p. 128; A. CADOPPI/P. VENEZIANI, *Elementi di diritto penale, parte generale*, cit., p. 13, y lo indicado en M. DONINI, “Democrazia e scienza penale nell’Italia di oggi”, en *RIDPP*, 2010, pp. 1067 y ss., pp. 1077-1081, pp.1088 y ss. (y aquí *infra*, Cap. IV); *Id.*, “Metodo democratico e metodo scientifico nel rapporto tra diritto penale e politica”, en *Id.*, *Alla ricerca di un disegno*, cit., pp. 21 y ss., 27 y ss.

141 V. por todos la diversa interpretación del término ‘dogma’ en el manual de G. Maggiore y en el de C. Roxin, los cuales son paradigmáticos para la conciencia histórica de esta categoría: G. MAGGIORE, *Diritto penale*, vol. I, parte generale, tomo I, cit., p. 43; C. ROXIN, *Strafrecht*, AT, Bd. I, cit., § 7/1.

142 *Amplius*, nuestro *Democrazia penale e scienza penale*, cit., pp. 1076 y ss., pp. 1088 y ss.

demostración argumentada, y no sólo de un convencimiento calificado”<sup>143</sup>, relativos a las categorías y los institutos más generales y relativos ‘al sistema’, que van más allá de la mera interpretación de las normas del ordenamiento.

3) Que si se prescinde de los estudiosos que aún hoy siguen siendo esencialmente fieles al ideal de Rocco que fundó la concepción clásica en la que la dogmática era sinónimo inmediato de ciencia jurídica, las generaciones que se han formado desde los años setenta del siglo pasado en adelante han seguido, de manera progresiva, un camino de emancipación (a veces desde el inicio de su formación, a veces con posterioridad a una fase más ‘dogmatizante’) tanto del respeto “religioso” por la letra de la ley, como frente a los estilos de racionalidad “supratemporal”, jurídicamente autopoietica, alejada del plano social de los intereses, de la idea de los fines o de la política criminal. Este recorrido ha implicado el desarrollo de lenguajes diferentes: la comparación, el uso crítico de los principios, y el empleo de los saberes empíricos “dentro del discurso científico” y luego dentro del discurso legislativo y finalmente también dentro del momento jurisdiccional (v. el próximo apartado). De esta manera se ha cerrado el círculo de los actores profesionales más relevantes de quienes “hacen Derecho”, alargándose el discurso de la ciencia a formas de pluralismo incompatibles con el modelo aristocrático de la antigua dogmática de matriz teológica. ¡Se ha cambiado completamente!

Además, esta evolución también tiene otros aspectos que plantean separaciones aún más radicales del saber jurídico clásico, hacia formas de disolución del lenguaje clásico, y esto se observa también en algunos exponentes de la cultura académica. Esta es la tentación de los “comparatistas puros”; de aquellos que tienden a sustituir la dogmática nacional por la comparación o por ciertas formas de europeísmo jurídico de los principios, o por un producto internacional “sin dogmática”, privilegiando los modelos hermenéuticos de *comon law* o de estilo francés. Junto a estas posturas, siguen estando los herederos de la pandectística, que quisieran construir una dogmática penal internacional guiada por los alemanes.

Pensamos que todos estos lenguajes pueden y deben coexistir, sin que sea deseable renunciar, como *característica permanente del discurso científico en sentido estricto*, a una técnica conceptual constructiva, tradicionalmente definida como dogmática jurídica, de la cual, por lo demás, la cultura alemana ya no posee el *liderazgo* adquirido después de la Pandectística, seguida por la edad de la “*allgemeine Rechtslehre*” y luego por aquella de un igualmente “*allgemeine Verbrechenslehre*”<sup>144</sup>. Esto porque el

143 *Op. ult. cit.*, pp. 1091 y ss.

144 Para una breve revisión de estos ‘pasajes’ históricos, cfr. nuestra voz “Teoría del reato”, cit., pp. 226-230.

discurso actual es tanto supranacional<sup>145</sup>, como realmente comparado, historizado<sup>146</sup>, construido por muchos actores sobre una realidad legislativa y de política criminal que es bastante compleja, conformada normalmente por leyes complementarias ajenas a los códigos, que se niegan a ser encuadradas en un pensamiento ordenador modelado sobre paradigmas abstractos de tipo tradicional<sup>147</sup>.

## 7. La edad de la democracia penal de los medios masivos de comunicación y del europeísmo judicial y de las fuentes

Ahora es necesario profundizar más en un nuevo fenómeno que se está presentando. Ha sucedido, más en los hechos que en las dimensiones representativas de los estudiosos, que la política criminal, antes que integrarse a la dogmática (como en el modelo “moderno” de los años setenta) la ha devorado, o al menos está avanzando a grandes pasos en esa dirección. Y ello sin ninguna base científica, ni jurídica, ni extrajurídica, sino como mucho con bases “popular-democráticas” o “judiciales”. Se trata, en primer lugar, de la política criminal *real* (no la de los estudiosos) de un legislador que ha perdido la costumbre de escuchar o de consultar a la casta de los juristas académicos (¡a la “ciencia de la legislación”!) y que sufre de una especie de “barbarización” legislativa para satisfacer quizá directamente “el espacio” difundido por los medios masivos de comunicación; un legislador que utiliza el Derecho punitivo como si fuese un instrumento como cualquier otro, para alcanzar resultados que ya no se refieren a objetivos de justicia, porque es el fin el que justifica los medios y porque se instrumentaliza la libertad de manera antikantiana para fines generalpreventivos “de lucha” ajenos a la persona sometida a la punición.

Por eso el poder legislativo, a nivel nacional y supranacional, no duda en construir productos de una legislación “sin dogmática”, que se ve en los ejemplos internacionales del Derecho penal de enemigo, del Derecho penal de autor, de las violaciones

145 También ha sido así, aunque en clave iusnaturalista o cripto-iusnaturalista, la pretensión universalista de ciertos famosos ‘sistemas’ teóricos de la post-guerra hasta hoy. En qué medida un discurso con pretensiones universalizantes sea simplemente histórico, normalmente sólo puede comprobarse con el pasar del tiempo. Por esto, la perspectiva histórica y la comparada son importantes, pero al final no siempre son decisivas para relativizar una solución que se presenta como la racionalmente obligatoria y supranacional respecto a la contemporaneidad.

146 Sobre el proceso de colonización del Derecho penal latinoamericano (o de lengua castellana) respecto a la influencia de matriz alemana (y también con singulares aperturas institucionales a la experiencia constitucional italiana), desde los años sesenta del siglo pasado, es útil conocer el panorama contenido en D. RESTREPO, “Genesi e sviluppo del concetto di bene giuridico in un «diritto penale colonizzato»: il caso colombiano”, en *L'Indice penale*, 1, 2011, también publicado en castellano en Nuevo Foro Penal 75.

147 Sobre la importancia de la legislación especial para la teoría del delito, y por ende para un discurso científico potencialmente más “general”, permítase la remisión a AA.Vv., *La riforma della legislazione penale complementare*, coordinado por M. DONINI, Padova, Cedam, 2000; AA.Vv., *Modelli ed esperienze di riforma del diritto penale complementare*, coordinado por M. DONINI, Milano, Giuffrè, 2003.

legisladas de todos los principios constitucionales y fundamentales, de políticas criminales supranacionales (por ejemplo europeas) que se olvidan de la ciencia de la legislación. Esto ha sucedido siempre, si se piensa en la historia de las sanciones criminales y en aquella de los delitos políticos y del *crimen lesae maiestatis*. La gran diferencia respecto al pasado, es que hoy la legislación que deroga los principios fundamentales, que viola la proporcionalidad, la igualdad, los principios del daño social y la lesividad, el principio de culpabilidad, el de un Derecho penal de hecho y no de autor, las finalidades reeducativas de la pena, etc., no ha sido introducida o justificada por un Leviatán opresor, por el Estado en contra de los particulares, sino en nombre de la tutela de los derechos fundamentales, de la tutela de las víctimas reales o potenciales. Con frecuencia, el Derecho penal es visto como el paladín de los derechos fundamentales y no como un instrumento que con toda seguridad los quebranta (y esto es un hecho cierto) sin que se sepa si en verdad esto sirve para el bien común (que es la hipótesis normativa). La función crítica, no aquella de mera legitimación, que el saber técnico jurídico debe desempeñar en ese contexto, tiene ahora como interlocutores no sólo al legislador o a la jurisprudencia, sino a la opinión pública, a los medios, y a veces a las Cortes internacionales mismas. Evidentemente, esto no obliga al jurista a liquidar sus competencias, renunciando a los valores de la civilidad del Derecho, sino a cambiar su propio lenguaje, a hacerlo menos aristocrático, a cultivar nuevos estilos hermenéuticos, que operen antes de, o prescindiendo de, la verificación de legitimidad<sup>148</sup>. Además, se trata del nacimiento de una difusa política criminal judicial que, por definición, siempre había existido pero que se presentaba, tanto en el *civil law* como en el *common law*, como circunscrito a decisiones concretas en situaciones particulares, a ‘casos’, a ‘precedentes’, que obviamente no son obligatorios en los contextos de *civil law*. En

---

148 Por ejemplo, cuando se pensó elaborar un “Manifiesto” sobre la política criminal europea, que tuviese como destinatario, además del estudioso de cosas europeas, deseablemente también el legislador respectivo (cfr. “Manifiesto sulla politica criminale europea”, en *ZIS*, 2009, pp. 539 y ss., también en *RIDPP*, 2010, pp. 1262 y ss.), ha sido escrito con el lenguaje de la ciencia, o el de los Tribunales de legitimidad, de los principios de la ciencia de la legislación. Sin embargo, es cierto que el legislador, también el europeo, habla en otro lenguaje, construye sus “políticas criminales” a la luz de criterios y de estrategias comunicativas diferentes. Por esto, precisamente *un diálogo* sobre la política criminal europea supone que los estudiosos no sólo traduzcan sus categorías a un lenguaje comprensible a la luz de los parámetros de la política (y no simplemente que los políticos hablen como los académicos o como las Cortes Constitucionales), sino que también asuman como premisa fáctica la “ajenidad” al círculo científico de los debates político-criminales, que toman decisiones respecto a las cuales la verificación de legitimidad es una obligatoriedad extrínseca y además un *posterius* lógico. En este punto, queda sólo el tema del control de legitimidad, allí donde sea en la fase decisoria que haya que construir puntos de diálogo. Sobre algunas reflexiones importantes respecto a la dinámica de la legislación penal, cfr. J. L. Díez RIPOLLÉS, *La racionalidad de las leyes penales*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 20-65, en donde además se presenta una crítica de los principales principios de una política legislativa penal moderna (*ivi*, pp. 131-163).

cambio, ahora, ya no se trata de una “Kriminalpolitik im kleinen”<sup>149</sup>, porque llega a rediseñar por completo los lineamientos de ciertos institutos, con argumentaciones deducidas de principios supraordenados, o del acumulado y las revisiones de máximas-precedente, es decir, de “normas” (de origen judicial) completamente generalizadas que ya no “adhieren a los casos particulares”, y cuyo ingreso en el círculo hermenéutico es capaz de transformar genéticamente las disposiciones legislativas. Y esta actividad se desarrolla cada vez más a nivel de las grandes Cortes europeas para luego reflejarse en el significado práctico y normativo de las decisiones de las Cortes Constitucionales y las Cortes Supremas de Casación (en particular en sala plena), que son los verdaderos motores de una evolución normativa para-legislativa.

Los actores de estas nuevas categorías, o de la reinterpretación de aquellas doctrinales, son los jueces. Los mejores tienen con seguridad respeto por el lenguaje científico consolidado, lo cultivan y lo perfeccionan, tanto en las sentencias como en sus paralelas obras doctrinales<sup>150</sup>. Sin embargo, éste es actualmente gestionado de

---

149 En realidad, en el debate italiano, un verdadero ‘vuelco’ en la política criminal judicial se ha visto con precisión en la amplia discrecionalidad introducida en sede de medición de la pena y de sanción como consecuencia de la reforma de 1974, como informa A. M. STILE, *Discrezionalità e politica penale giudiziaria*, en *Studi Urbinati*, 1976-77, pp. 275 y ss.

150 En cuanto a las sentencias no es posible realizar en este momento citaciones. Podrían recordarse varias decisiones de la Sala plena del último decenio, pero también muchas sentencias de las comisiones simples, por no ir más allá de la Sala de Casación. Desde la perspectiva de las contribuciones doctrinales de los magistrados, sin salir de la materia penal (aunque este fenómeno sea general), respecto a la parte general y los manuales, v. por ejemplo A. NAPPI, *Diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2010; R. BLAIOTTA-G. CANZIO, “Causalità (dir. pen.)”, en *Dizionario di diritto pubblico*, dirigido por S. CASSESE, vol. II, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 821 y ss.; R. BLAIOTTA, *Causalità giuridica*, Torino, Giappichelli, 2010. Obviamente, son también innumerables los comentarios y aportes de corte interpretativo y reconstructivo respecto a las cuestiones de la parte especial y a las leyes complementarias, además de los asuntos procesales (que no estamos considerando). En algunos casos, se trata de obras realmente importantes, de alto nivel académico; recuerdo por ejemplo los escritos de G. Lattanzi, V. Napoleoni, R. Bricchetti, G. Sandrelli, F. M. Iacoviello, G. Caputo, G. Carcano, G. Fidelbo y tantos otros. En este sentido, nos limitamos a señalar esta tendencia que en la actualidad se extiende al área de los manuales universitarios y sobre todo post-universitarios. Es más, se presenta cierta tendencia a proponer, en las más diversas disciplinas, la elaboración de manuales post-universitarios redactados por exponentes de la magistratura. Con esto se puede llegar a producir, en algunos casos, una verdadera *interrupción del saber académico en la formación*, en cuanto el curso universitario algunas veces termina siendo un curso de nivel de liceo, llevado a cabo con manuales “breves y sin notas”, mientras que donde se empieza a tomar en serio la dialéctica jurídica de las posturas, es decir, en los estudios de post-grado, se exponen las diferentes orientaciones de la doctrina en textos que provienen de magistrados estudiosos que no siempre pueden contar sobre todos los temas, especialmente sobre aquellos de parte general o en la coordinación con las cuestiones de parte general, con esa actualización propia de los docentes universitarios, con el riesgo de que se dé una definitiva pérdida de la transmisión del saber académico en los momentos de formación “colectiva”. De hecho, no basta que existan docentes universitarios en esta fase, es también necesario que haya una *responsabilización de los exponentes del saber académico en cuanto a la redacción de textos post-universitarios de formación general*. Por lo demás, en la actualidad, el texto de mayor utilidad en este sentido; es más, el texto indispensable para esto, sobre todo en cuanto a la referencia a los materiales y a la reelaboración teórica y sistemática de las cuestiones más actuales que surgen de la práctica, es el texto de R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Roma, Neldiritto Editore, 2011.

manera autónoma por muchos intérpretes, mediante publicaciones de distintos niveles y destinatarios.

La Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, o a veces las diversas salas de manera independiente, dialogan intensamente (en concretas pero importantes ocasiones) con la doctrina. Incluso se pueden encontrar en la actualidad citaciones de Beling o remisiones a la tripartición por fuera del tema de la prueba de las causas de justificación, pero son cada vez más amplios los planteamientos jurídicos a los que se llega a través de caminos totalmente independientes, o donde se acude a la doctrina (incluso citándola entre comillas) para fines muy diferentes a aquellos que pretendían sus exponentes. En todo caso, se trata de discursos de generalización, no circunscritos a un caso en particular, y de ahí (véase el siguiente numeral) su pretensión epistemológica de innovar la parte general misma, la dimensión normativa de «institutos» y no de «disposiciones» particulares. Se trata entonces de una pretensión ‘dogmática’, y no de mera concreción<sup>151</sup>.

Entonces, junto a una *dogmática clásica y moderna de matriz académica* (que nace para la generalización) hay un nuevo discurso de matriz judicial, que generaliza a partir de la decisión de los casos en particular y que los profesores comentan o enseñan en sus clases: actualmente se enseña también una dogmática (de fuente) jurisprudencial. Se trata de un producto construido frecuentemente sobre una política criminal diferente, donde la idea del fin ha servido para sostener una decisión particular, quizá de mayorías, y el resultado-máxima (no un mero “precedente”) que se decide se motiva *a posteriori*. Al menos por treinta años se ha predicado que tenía que existir este matrimonio entre la dogmática y la política criminal, y aquí está presente aunque con una sustitución de sus actores. Por otro lado, toda la orientación hermenéutica que privilegiaba la tópica respecto al pensamiento sistemático, también partía de una reconstrucción doctrinal de los ‘casos’, desde la que se llegaba a algún principio (principio doctrinal, interpretativo, dogmático, teórico, no supraordenado). Pero, ciertamente, la ciencia académica no tiene la reserva privilegiada de esta actividad. Que estas operaciones las lleven a cabo precisamente los jueces es completamente legítimo, es más, es “paradigmático”. Lo que es hoy novedoso, y a la vez más discutible, es en cambio *la generalización judicial de las normas extraídas no tanto de los ‘casos’ sino de los principios, en una marcada actividad crítica hacia el ius positum* y con una orientación que se acerca cada vez más a los esquemas de *binding precedent*, cuando se trata es de una *binding doctrine*.

---

151 Véanse simplemente, para comprender gráficamente cuánto ha cambiado ‘el clima’, las páginas de las lecciones de Aldo Moro (año académico 1975-1976) sobre el significado de las sentencias de Casación: A. MORO, *Lezioni di istituzioni di diritto e procedura penale*, coordinado por F. TRITTO, Bari, Cacucci, 2005, pp. 320-327.

Adicionalmente, esta evolución que se está presentando responde a las novedades precisas que se dan en el *sistema de fuentes*, que es el 'lugar' teórico y técnico más pertinente para un discurso sobre la ubicación de la ciencia penal y de la interpretación en el marco del ordenamiento jurídico.

Por un lado se da una indudable influencia, al menos en algunos casos, del debate científico-académico sobre las decisiones o sobre las motivaciones judiciales. Por otro lado, esta influencia se encuentra cada vez más mediada por el gran espacio hermenéutico que ofrece la realidad institucional de un *europeísmo judicial*: a) las normas-principio y argumentaciones mediante principios; b) las interpretaciones de las normas-principio 'internas' a la luz de las fuentes supranacionales: la Unión Europea, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, los tratados internacionales (como por ejemplo el Estatuto de Roma); c) la gran relevancia asumida por las Cortes supranacionales que interpretan esos principios de acuerdo a lógicas de comparación constitucional<sup>152</sup>; d) la expansión que hoy se presenta en todos los niveles de la interpretación conforme, como si ésta fuera más obligatoria para el juez ordinario que cualquier remisión de las cuestiones de legitimidad a las Cortes constitucionales y supranacionales<sup>153</sup>.

Ese *know-how* inventado entre los años sesenta y setenta del siglo pasado, es decir, esa argumentación según principios aplicada al Derecho penal que ha sido enormemente perfeccionada en los lustros sucesivos, encuentra una libre aplicación en el ámbito supranacional y luego de nuevo en el nacional, y ya no es una característica de la cultura académica. La argumentación por principios es actualmente un método especialmente usado por la jurisprudencia ("principios" y "comparación") sobre el cual existe una literatura consistente. Hoy en día no se pueden explicar las premisas de la «antijuridicidad europea», del policentrismo de este sistema, de la 'red' en la cual se articulan las fuentes y que subyace, como la base de una pirámide, también al sistema

152 B. MARKESINIS, J. FEDTKE, *Judicial Recourse to Foreign Law. A New Source of Inspiration?*, London, 2006, tr. it. *Giudici e diritto straniero. La pratica del diritto comparato*, Bologna, Il Mulino, 2009; G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna, Il Mulino, 2010, en donde, pp. 143 y ss., se puede ver además la correcta indicación de que la referencia al Derecho extranjero no conlleva en sí una actividad de comparación, la cual implica un proceso valorativo explícito de confrontación. V. también G. HAGER, *Rechtmethoden in Europa*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2009, pp. 222 y ss., pp. 249 y ss.

153 Cfr. por ejemplo los dos casos ejemplares de la Corte Constitucional: la sentencia número 208 de 2009 sobre el art. 219 c.p.; y la sentencia número 322 de 2007, sobre el art. 609-sexies c.p. V. también, al respecto, las pertinentes indicaciones de C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, Milano, Giuffrè, 2010, pp. 41 y ss. Y más en general, G. SORRENTI, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Milano, Giuffrè, 2006. Con específica referencia a la interpretación conforme respecto a la CEDH y a la normativa europea v. F. SGUBBI, V. MANES (coords.), *L'interpretazione conforme al diritto comunitario in materia penale*, Bologna, BUP, 2007; F. VIGANÒ, "Il giudice penale e l'interpretazione conforme alle norme sovranazionali", en *Studi in onore di Mario Pisani*, vol. II, Celt, La Tribuna, s.d. [2010], pp. 617 y ss.

penal<sup>154</sup>. Como se verá a continuación (en el apartado siguiente) *la explosión de las fuentes cambia el código genético de la construcción del Derecho* cual resultado de la interpretación de las reglas, y como consecuencia directa (aunque no inmediata) *genera un cambio en la identidad de la dogmática misma*, de esa ciencia jurídica en sentido estricto de la cual hablaba Arturo Rocco. En efecto, la dogmática tiene que ver con el poder definitorio del intérprete<sup>155</sup>, que es el poder de dictar leyes completando el contenido y el significado de las fuentes. Si cambian las fuentes y el rol de los intérpretes, también la clase de dogmática que se realiza cambiará. La *dogmática clásica* desempeñaba además la función de confiar a una oligarquía de pocos estudiosos la tarea de “conservar las llaves del conocimiento”, mientras que el poder definitorio del juez (“en cuanto poder juzgante”, no en cuanto estudioso) era individualizador. La misma jurisprudencia “de máximas” del *civil law* no tenía fuerza de precedente y por ende no infringía la lógica de la división de poderes. Las máximas no eran vinculantes y la doctrina, a su vez, por cuanto fuese “científica”, ni siquiera tenía que ser citada en las sentencias. La evolución contemporánea tiende no sólo a que se puedan considerar nominalmente, o al menos entre comillas, las contribuciones doctrinales, sino también a que se dé un reconocimiento pleno de la jurisprudencia como fuente de Derecho, al menos allí donde haya obligatoriedad del “precedente”. En el ordenamiento italiano, el vínculo del precedente de acuerdo a la reforma del art. 374 del código de procedimiento civil es iluminador, y de hecho se tiende a proponerlo como modelo para las decisiones de la Sala penal plena (v. *infra*). Frente a la jurisprudencia-fuente es clara la exigencia de repensar el valor científico y la legitimación institucional de ésta, ya que «conoce el Derecho mientras lo produce».

## 8. Los cambios genéticos del discurso penal: la jurisprudencia como fuente y la variedad de los actores jurídicos

Del tecnicismo hemos heredado una premisa epistemológica insuperable. No se puede ser jurista si no se conoce el Derecho vigente como primer objeto de un saber técnico que se distingue de cualquier otra competencia<sup>156</sup>. Este dato no es una

154 Esto intentó hacerse hace algunos años, en M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, Giuffrè, 2004, cap. VI. V. además A. BERNARDI, *L'uropeizzazione del diritto e della scienza penale*, Torino, Giappichelli, 2004; G. DE VERO, G. PANEBIANCO, *Delitti e pene nella giurisprudenza delle Corti europee*, Torino, Giappichelli, 2007. V. también, en general, G. HAGER, *Rechtmethoden in Europa*, cit., pp. 222 y ss., 249 y ss.

155 Se permita remitir, también para las citaciones, a M. DONINI, *Dogmatica penale e politica criminale a orientamento costituzionalistico. Conoscenza e controllo critico delle scelte di criminalizzazione*, en *Dei delitti e delle pene*, n. 3, 1998, pp. 37 y ss.

156 Como “Una conquista indestructible del pensamiento científico” lo definió F. ANTOLISEI, *Per un indirizzo realistico*, cit., p. 14, refiriéndose (aunque desde una posturas distante) a la contribución de Arturo Rocco al anclaje de la dogmática al Derecho vigente.

fuente de conservadurismo: cuando se juzga a una persona es necesario que ésta sea llamada a responder por la violación de *reglas preexistentes* al hecho. Por ello la dogmática *penal*, anclando el juicio a los equilibrios de sistema existentes en el Derecho positivo (prohibición de retroactividad *in peius*), busca asegurar específicos objetivos de justicia. Cualquier complementación epistemológica, cualquier “método” nuevo tiene que admitir la vocación por la justicia y no sólo por la técnica, de una disciplina normativa que no es un simple instrumento para alcanzar un resultado o un fin. Es por esto que la dogmática no se identifica con la política criminal (aunque la integre); es por esto que la ciencia jurídica no se puede reducir a un paradigma causal (causa-efecto) o a un programa teleológico (medios-fines) subsumible bajo las líneas reconstructivas de alguna ley del devenir o en todo caso del ser. *Si contase sólo el fin o el resultado*, no tendría que existir el vínculo del Derecho vigente, y bastaría modificar el medio por vía de la interpretación para alcanzar mejor el objetivo.

Naturalmente, si la decisión del Parlamento tiene como objeto disciplinar un sector extrapenal (por ejemplo comercial, sobre la banca rota, o administrativo) o social (criminológico, de empresa, etc.), tanto para éste como para el intérprete se volverán decisivos los saberes empíricos y las disciplinas extrapenales para comprender y guiar el discurso normativo mismo. Con esta ampliación se está ya abierto al *método de la ciencia penal integrada*, sin que el Derecho penal se convierta en una ciencia “interdisciplinaria” en el sentido despreciativo de una disciplina que no tendría su propio ‘objeto’ y ‘método’, por el hecho de utilizar sincréticamente todo tipo de conocimiento<sup>157</sup>. Sin embargo, este discurso es más complejo en relación al rol “ejecutivo” del intérprete y a la división de poderes.

Puesto que hoy el Derecho vigente y válido está inevitablemente compuesto por principios superiores y por reglas ordinarias, de ello se sigue que el objeto se encuentra definido junto al deber ser constitucional y de los principios, incluyendo aquellos supranacionales y en todo caso de una manera supraordenada a la ley. También las Cartas de derechos, desde aquellas de las constituciones nacionales hasta las europeas e internacionales, contienen un “deber ser” que es un “ser debido”, que tiene el carácter estático casi empírico de una materia (ya) regulada, positivizada. Y aún así, a pesar de ello, la presencia de normas-principios, antes que de reglas en sentido estricto, transforma tanto el objeto como el método del conocimiento jurídico. Adicionalmente, ya ni siquiera existe «el intérprete», sino que la diferencia sociológica entre los distintos actores del Derecho hace que ahora sea necesario hablar de varios intérpretes: después de la ley, el legislador-intérprete, el juez, investigador y juzgador, el abogado, el profesor, el funcionario público, el jurista de empresa, etc.

---

157 En contra del uso de la ciencia penal integrada en sentido de una ciencia “interdisciplinaria”, cfr. DE FIGUEIREDO DIAS, “A “Ciência conjunta do direito penal””, en *Id.*, *Temas básicos da doutrina penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, pp. 3 y ss., p. 5.

En cuanto al momento creativo-reconstructivo de la hermenéutica no se trata, como ha sido refutado en otras circunstancias, de una novedad primordial debida a la dialéctica entre la fuente ordinaria (ley) y la fuente supraordenada (Cartas constitucionales y de los derechos), porque también en la aplicación de la ley ordinaria (de las 'reglas' antes que de los 'principios') es muy común la sobreposición de la *ratio legis* subjetiva y de la interpretación literal por un lado, y de la *ratio legis* objetiva y la interpretación teleológica, sistemática, evolutiva, por el otro. Realidades que se observaban con claridad y se ilustraban de manera ejemplar en el compendio de Betti<sup>158</sup>, antes de que se difundieran las culturas orientadas a una hermenéutica postgadameriana<sup>159</sup>.

El verdadero problema consiste en los límites puestos a la interpretación que aplique dichos principios de manera directa, para que no se viole la reserva de ley. Un problema cuya solución no podemos obtener, nosotros los penalistas, a partir de construcciones teóricas edificadas sobre el modelo de otras ramas del Derecho, mucho más "normales" que el Derecho penal, como son el Derecho civil, o el Derecho constitucional. La hermenéutica de los civilistas y de los publicistas o los filósofos del Derecho que no se hayan enfrentado específicamente al Derecho penal, no es "el paradigma" de la argumentación jurídica *tout court*. Puesto que hasta hoy no se ha dado un reconocimiento de esto, será necesario explicárselo a los colegas. El tema del método de la *ciencia penal* y de su objeto de segundo grado (el objeto regulado por las normas), conformado también (iaunque no sólo!) por situaciones o por autores "excepcionales", o percibidos como tales, exalta la reserva de ley<sup>160</sup> y la separación de poderes<sup>161</sup>, para prevenir el riesgo de que

158 E. BETTI, *L'interpretazione della legge e degli atti giuridici (Teoria generale e dogmatica)*, Milano, Giuffrè, 1971, pp. 261 y ss.

159 H. G. GADAMER, *Wahrheit und Methode*, Tübingen, 1972, trad. it. *Verità e metodo*, Milano, Bompiani, 1983; *Id.*, *Gesammelte Werke, 2, Hermeneutik*, Bd. II, Ergänzungen, Mohr, Tübingen, 1986. Sobre los límites que presenta una hermenéutica orientada sólo al texto y al intérprete, antes que al autor del texto mismo, y abierta a aventuras de semiosis ilimitada, en términos de la verdad del texto, incluso por fuera de las preocupaciones de garantía que justamente debe tener el jurista, v. U. Eco, *Interpretazione e sovrainterpretazione*, Milano, Bompiani, 2002, pp. 77 y ss., pp. 81 y ss.; *Id.*, *I limiti dell'interpretazione*, Milano, Bompiani, 1990, pp. 17 y ss., pp. 26 y ss.

160 En favor de una Corte Constitucional rigurosamente anclada a los límites de la reserva de ley, cfr. G. INSOLERA, *Democrazia, Ragione e prevaricazione*, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 66 y ss.

161 De acuerdo a la eficaz síntesis de E. BULYGIN, *El positivismo jurídico*, México, Fontamara, 2006, tr. it. *Il positivismo giuridico*, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 10 y s.: "La doctrina de la separación de poderes está fundada sobre una distinción neta entre la creación y la aplicación del Derecho: el Derecho es creado por el legislador y aplicado por los jueces. Esto implica una restricción considerable del concepto de Derecho: el Derecho es el conjunto de normas generales creadas por el poder legislativo; de éste se excluyen las opiniones de los juristas, las costumbres, las citas de los padres de la Iglesia, y muchas otras cosas que antes eran consideradas partes de éste... La *ciencia del Derecho* se configura, bajo la influencia de la doctrina de la división de poderes, y sobre todo a partir de la codificación, como

se piense en usar el Derecho como un arma contra los presuntos enemigos.

Actualmente se está difundiendo inevitablemente también en el campo penal, una teoría de las normas jurídicas (elaborada en general, pero por fuera de un control penal específico) que diferencia entre “disposiciones” y “normas”, la cual reconoce al intérprete un espacio relevante para extraer las verdaderas ‘normas’ que se aplican a partir de las disposiciones abstractas. Desde esta perspectiva, la verdadera norma jurídica no es aquella escrita en el enunciado normativo de la fuente legal, sino la que se deduce de la interpretación y aplicación de esa disposición, y que elige del enunciado sólo una de sus posibles interpretaciones. Sin que se pueda profundizar aquí en este tema, digamos que mientras el asunto normo-teorético parece convincente<sup>162</sup>, las consecuencias penales e institucionales son más complejas. Actualmente la visión teórica de la disposición vs. la norma, es acogida al más alto nivel de las jurisdicciones, desde la Corte Constitucional (Sentencias 348 y 349 del 22 y 24 de octubre de 2007)<sup>163</sup>, pasando por la Sala penal plena (Sentencia S.U. de Casación penal número 18288 del 21 de enero al 31 de enero de 2010, magistrado ponente: Milo)<sup>164</sup>, hasta el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Cámara, decisión Scoppola vs. Italy, del 17 de septiembre de 2009)<sup>165</sup>. Sobre todo la Sala penal plena ha reconocido al intérprete un rol de construcción de las normas que va mucho más allá de la clásica y también de la moderada división de poderes. El juez no simplemente sabe Derecho y lo adapta o individualiza a los casos, sino que mientras lo aplica construye su contenido preceptivo también en sentido general; es decir, con efectos *generalizantes*. En el adquirir conciencia de esto<sup>166</sup>, se puede ver *el acto de creación o*

---

*dogmática jurídica*. Las normas generales emanadas del poder legislativo (las leyes) tienen que ser aceptadas como dogmas, en el sentido de que todos –y en primer lugar los jueces– tienen la obligación de prestarles obediencia. Las soluciones para los casos que los jueces tienen que resolver deben ser inferidas lógicamente de las normas generales y de las circunstancias del caso (teoría del silogismo judicial). Esto requiere que el conjunto de las normas generales emanadas del poder legislativo sea completo y coherente, en el sentido de contener una, y sólo una, solución (diferenciada) para cada problema que los jueces deban resolver”. Obviamente, la noción de dogmática como sinónimo de principio de ley ha sido superada desde hace mucho por el reconocimiento de una vasta área de espacios del Derecho deducidos de, o a través de, la ley, pero que no son idénticos a ésta.

162 Remitimos a un escrito nuestro de próxima publicación: M. DONINI, “*Disposizione*” e “*norma*” nell’*ermeneutica penale contemporanea*.

163 Corte Constitucional, sentencia 348/2007, § 4.7, sobre la distinción entre disposición y norma.

164 SS.UU., 21 de enero de 2010 - 31 de enero de 2010, n. 18288, Beschi en *Cass. pen.*, 2011, pp. 17 y ss., con anotaciones de R. Russo, *Il ruolo della law in action e la lezione della Corte Europea dei diritti umani al vaglio delle Sezioni Unite. Un tema ancora aperto* (*ivi*, pp. 26 y ss.).

165 CEDH, Grand Chamber, 17.09.2009, Scoppola vs. Italy, §§ 91-118.

166 Conciencia que ya ha producido efectos jurídicos en el auto-reconocimiento, por parte de la Sala penal plena, de la capacidad de la misma jurisprudencia de innovar los presupuestos aplicativos de las disciplinas de leyes más favorables, de manera en que tal jurisprudencia se vuelve retroactiva

*nacimiento de la jurisprudencia-fuente*<sup>167</sup>.

Aunque actualmente sea inaplicable al proceso penal la disciplina del art. 374 del código de procedimiento civil<sup>168</sup>, la Sala penal plena queda en todo caso acreditada como fuente de Derecho (por ejemplo, cuando deduce de los principios nuevas normas de valor general que completan las disposiciones abstractas de la ley, produce 'Derecho': si innovan de manera favorable son retroactivas, teniéndose que aplicar el Derecho más favorable, pero si son desfavorables tendrían que aplicarse sólo a los casos futuros), aunque lo haga en sintonía con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y, en el fondo, con la misma Corte Constitucional. Partiendo de estas premisas es evidente que el rol de la dogmática cambia genéticamente, porque es el mismo intérprete-juez quien construye la dogmática (principios generales y categorías derivadas) mientras co-define el contenido del Derecho.

Que la ciencia, pero luego también el intérprete en general y por ende el juez, haya adquirido una dimensión de "iuspositivismo crítico"<sup>169</sup>, ha sucedido al costo de una nueva tensión en cuanto a la *reserva de ley*. Esto se observa con claridad en los nuevos mecanismos que cierta gestión de la interpretación conforme a la Constitución

---

en sede de ejecución de la pena por efecto de las nuevas interpretaciones sobre la aplicabilidad del indulto en caso del reconocimiento de sentencias penales extranjeras: como si se tratase de nuevas leyes más favorables, también las jurisprudencias con innovaciones favorables retro-actúan y superan lo ya juzgado. Este es, en síntesis, el contenido de la sentencia 8932/2009, de la Sala penal plena, con ponencia de Milo, cit. El problema, como se precisará a continuación en el texto, se evidencia cuando estas tesis no se aplican *in bonam partem*.

- 167 En el sentido de que la creación judicial del derecho es reconocida no porque el juez construya normas individuales innovadoras (como lo consideraba Kelsen), sino en el sentido de que es inevitable que construya nuevas normas generales v. de nuevo E. BULYGIN, *El positivismo jurídico*, tr. it. cit., p. 144. De manera más amplia, aunque partiendo (también en ese caso) de un ámbito de observación no específicamente penal, L. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, reimpresión, Milano, Giuffrè, 1975, pp. 423 y ss., pp. 429 y ss. Por otro lado, la referencia a normas generales se vuelve relevante, en nuestra opinión, para el nacimiento o la construcción de la jurisprudencia-fuente, sólo allí donde tales normas tengan un carácter al menos en parte (legítimamente) obligatorio, como sucede en el vigente art. 374 c.p.c. En caso contrario, se trata de "normas" que, por fuera del caso decidido, conservan un valor meramente... doctrinal. Además, la obligatoriedad jurídica de la interpretación jurisprudencial generalizadora está subordinada a su capacidad de persuasión intrínseca, pudiendo siempre ser desatendido en el caso concreto por el mismo efecto de mejores interpretaciones generales. Entonces, en nuestra opinión, sigue siendo ineludible el dato según el cual mientras más general sea la interpretación judicial, más es "doctrina". Su legítima obligatoriedad en norme de la certeza del Derecho es ponderada con la división de poderes; vale en la medida en que sea más individualizadora y es naturalmente provisional, en cuanto está sujeta a los imprescindibles mecanismos de revisión.
- 168 Que tiene que ver, después de la reforma de 2006, con la obligación de las Comisiones Simples de la Corte de Casación, de actuar de acuerdo a la Sala plena y, en caso contrario, de remitir a ésta la decisión de la cuestión, habiendo una obligatoriedad formal del precedente, pero sólo para esa decisión de las Comisiones Simples que remiten el caso.
- 169 Esta expresión, que es contrapuesta a la de "iuspositivismo dogmático" (que no diferenciaría entre la vigencia y la validez de las normas), es de L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., pp. 912 y ss.

ha introducido. De hecho, precisamente el penalista está llamado hoy, a nivel nacional, a discutir “del pretendido principio según el cual corresponde al juez extraer principios de las sentencias de la Corte y manipular él mismo, directamente, las disposiciones de ley para hacerlas conformes a tales principios”<sup>170</sup>.

Se trata de la autoipoiesis judicial que se celebra a sí misma, expresando una vocación constructiva que es tolerable sólo si se manifiesta *in bonam partem*. Por otra parte, es necesario hacerse la siguiente pregunta: ¿la reserva de ley no vale en todo caso, prescindiendo de la dirección favorable o desfavorable para el imputado se genere de sus “violaciones”? Y además: ¿Es posible circunscribir un Derecho jurisprudencial más constructivo sólo a las decisiones que sean favorables para el reo y no para la víctima? Frente a las demandas de realizar por vía interpretativa la tutela de los derechos fundamentales de las víctimas<sup>171</sup>, antes que los de los imputados, existen ya posturas que exaltan el rol activo de la jurisprudencia interna y de aquella supranacional, que no debe conducir directamente a un uso *in malam partem* del nuevo poder definitorio que se ha descrito<sup>172</sup>.

El “paradigma” de un Derecho penal analógico y libre de la legalidad y sus vínculos ha sido tradicionalmente el Derecho penal internacional, antes del Estatuto de Roma. Pero incluso ahora, a nivel internacional, al estar en juego (como si esto no fuera así siempre que se trata de delitos y de penas) la tutela de derechos fundamentales, se perpetúan *trends* hermenéuticos que desmontan el principio de legalidad, la prohibición de retroactividad desfavorable, los juicios con sentencias de amnistía y prescripción, el principio del *ne bis in idem* procesal, cada vez que estén en juego crímenes contra la humanidad. Y todo esto realizando por vía judicial un control sustancial de legitimidad de la ley, valorada según los criterios declarados del neoretribucionismo internacional. Este es el modelo típico del *Derecho penal de transición*, que se inclina hacia soluciones emblemáticas en la más reciente jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y en los Estados que siguen sus directrices<sup>173</sup>.

No obstante, si el estudio del Derecho penal “normal” puede presumir de un estatus

170 Por retomar literalmente el título de anotación crítica de G.U. RESCIGNO a la sentencia de la Corte Constitucional número 208/2009 (sobre el art. 219 c.p.), en *Giur. Cost.*, 2009, pp. 2412 y ss.

171 Ampliamente, al respecto, V. VALENTINI, *Diritto penale intertemporale*, cit., pp. 36 y ss.

172 Cfr. para una manifestación de entusiasmo judicial a favor de la tutela de los derechos fundamentales mediante el Derecho penal, F. VIGANÒ, *L'interpretazione conforme*, cit., que por lo demás viene acompañada de una muy moderna conciencia de la pluralidad de los actores del discurso penal actual. Cfr. *forum* y editoriales de la revista on-line “Diritto penale contemporaneo” ([www.penalcontemporaneo.it](http://www.penalcontemporaneo.it)).

173 Cfr., también para adicionales comparaciones, E. FRONZA/G. FORNASARI, *Il superamento del passato e il superamento del presente. La punizione delle violazioni sistematiche dei diritti umani nell'esperienza argentina e colombiana*, Trento, Dipartimento di Scienze Giuridiche, 2009; G. FORNASARI, “Dittatori alla sbarra. Il «caso Bordaberry» come pietra miliare della giustizia di transizione in Uruguay”, en *Scritti in onore di M. Romano*, de próxima publicación.

científico, es porque (entre otras cosas) la ley no se aplica analógicamente en sentido desfavorable. Las derogaciones de este principio (mediadas por la indeterminación de los tipos penales), o de cualquier otro principio clásico de la legalidad, siempre han sido características del Derecho penal *político* o del Derecho penal *especial*; esto es, exactamente, el Derecho penal con el cual, al menos desde los tiempos en que Francesco Carrara manifestó su famoso rechazo a comentar los delitos políticos en su *Programa*<sup>174</sup>, es más difícil plantear un discurso científico.

La prohibición de la analogía desfavorable sigue siendo entonces uno de los postulados que caracterizan la cientificidad “garantista” del Derecho penal. Así, la posibilidad hermenéutica de la ciencia es sólo la de desarrollar un discurso analógico favorable, una extensión, *allí donde esté permitida por la reserva de ley* y por la *extrema ratio*, de la ausencia de punición.

Pero aún con este permanente anclaje, en el que no por mera retórica se insiste, el nuevo “método” que hasta aquí se ha expuesto, que depende de un nuevo “objeto”, aunque sea usado sólo en sentido favorable, *cambia la identidad genética del hacer del Derecho y de sus pretensiones “científicas”; cambia las mismas bases epistemológicas de esta disciplina*, porque el Derecho positivo es objeto de crítica y de revisión por parte del mismo intérprete-juez, el cual tendrá que obtener las “llaves del conocimiento”, también de aquel dogmático, de lugares diferentes a la ley ordinaria, según mapas cuyo territorio se encuentra delimitado también *por sentencias*. De hecho, *las sentencias* no son *cualquier lugar* en donde se aloja el pensamiento jurídico, como puede serlo un texto legal, un tratado o un artículo de la doctrina, o de la prensa, o una antigua fuente histórica, un discurso político, una discusión de despacho o entre compañeros de curso, o un diálogo entre el maestro y su alumno, sino que son *‘lugares’ en los que se justifica a posteriori lo que ya se ha decidido antes, frecuentemente condenando*. Es más, mientras más “doctrina hay” en las sentencias, más han sido éstas construidas *a posteriori*. *La jurisprudencia que hace Derecho proyectando reglas generales* no se limita a hacerle competencia a la doctrina, sino que en realidad *ella misma no es jurisprudencia sino doctrina*. Simplemente es una doctrina mejor armada, aunque no necesariamente más poderosa, y con la diferencia de que tiene una “terrible necesidad” de justificar la decisión del caso. Luego, como cualquier doctrina, su verdadero poder es entonces su misma legitimación, y no está en el hecho de estar vigente sino el de conocer e indicar soluciones persuasivas. Si no ayuda a entender o no convence, tendrá que ser desatendida.

---

174 F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, parte speciale, Vol. VII, Lucca, Tip. Canovetti, 1870, § 3913 y ss., p. 3935: “el campo de los delitos políticos no se encuentra bajo el dominio del juez penal, sino bajo el *jus belli*”. V. por lo demás, sobre la concepción de la ciencia penal en Carrara *Id.*, *Programma*, cit., parte generale, 1867, pp. 22 y ss. (prolegómenos); vol. V, § 2525; T. PADOVANI, *Il legislatore alla scuola della Ragione*, cit., pp. 711 y s.

## 9. ¿Una ciencia exclusivamente de los límites a la intervención punitiva? Punto de vista externo e interno

Entre todos los penalistas que se han mencionado, entre los italianos contemporáneos (retro, n. 5), pero también entre los extranjeros, hay algunos que en realidad podrían ser enumerados entre los simpatizantes de aquella "Strafbegrenzungswissenschaft" de la que desde hace tiempo habla Thomas Vormbaum<sup>175</sup>, y también recientemente Naucke<sup>176</sup>: una ciencia de los límites de la pena, o del poder punitivo; una ciencia que se ocupe sobre todo, aunque no exclusivamente, de los principios y de los criterios para circunscribir la potestad punitiva, con la impronta de la subsidiariedad de los bienes y de la *extrema ratio*, y por ende dirigida a una constante evolución de esa analogía *in bonam partem* en la que consiste gran parte de la construcción científica, y con una vocación crítica respecto a un producto legislativo tan impregnado de autoritarismo y de irracionalidad, y que aparentemente se encuentra en una perenne expansión. Algunas "escuelas", o partes de éstas, de matriz laica o católica (religiosa), tanto italianas como extranjeras, podrían reconocerse en esta opción. La vocación del garantismo más *liberal* es la que se ocupa sobre todo de los autores, para disminuir su inútil sufrimiento, porque la pena no devolverá a las víctimas lo que han definitivamente perdido después del delito<sup>177</sup>; o la que se ocupa de la crítica del uso meramente instrumental del Derecho penal (como *mero instrumento* de "política criminal"), que conlleva en sí una constante vocación iliberal en cuanto utiliza la ley para fines externos a ésta, como medio de una política "de seguridad" o "de lucha",

175 T. VORMBAUM, "Politisches Strafrecht", en *ZStW*, 107, 1995, pp. 734 y ss., pp. 744 y ss.

176 W. NAUCKE, *Sicurezza e diritto penale*, cit., especialmente pp. 88 y s. *Id.*, "Schwerpunktverlagerungen im Strafrecht", en *KritV*, 1993, p. 137; *Id.*, "Wissenschaftliches Strafrechtssystem und positives Strafrecht", en *GA*, 1998, pp. 263 y ss., 271; *Id.*, "Autobiographie", en: E. HILGENDORF (Hrsg.) *Die deutsche Strafrechtswissenschaft in Selbstdarstellungen*, Berlin, de Gruyter, 2010, pp. 41 y ss., pp. 442 y s.

177 Cfr., por ejemplo, entre los penalistas que escriben desde un punto de vista "interno" a lo penal, K. LÜDERSSEN, *Il declino del diritto penale*, coordinado por L. EUSEBI, Milano, Giuffrè, 2005; F. STELLA, *La giustizia e le ingiustizie*, cit. Incluiría en esta orientación, por ejemplo, a autores de la Escuela boloñesa como G. Insolera, o de la milanese como L. Eusebi. Entre quienes escriben casi exclusivamente desde un punto de vista externo, cfr. por ejemplo M. PAVARINI, "Para una crítica de la ideología penal. Una primera aproximación a la obra de Alessandro Baratta", en *Anthropos*, n. 204, 2004, pp. 67 y ss.; *Id.*, *Un arte abyecto. Ensayo sobre el gobierno de la penalidad*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2006; *Id.*, *Castigar al enemigo. Criminalidad, exclusión e inseguridad*, Quito, Ecuador, 2009, pp. 81 y ss., pp. 127 y ss., pp. 173 y ss.; *Id.*, "Degrado, paure e insicurezza nello spazio urbano", en *Sicurezza e diritto penale*, cit., pp. 33 y ss.; *Id.*, "Documento introduttivo", en A.A.Vv., *Silète poenologi in munere alieno*, coordinado por M. PAVARINI, cit.; *Id.*, "La penalistica civile e la criminologia, ovvero discutiendo di diritto penale minimo", en *Studi Pisapia*, vol. III, *Criminologia*, Milano, Giuffrè, 2000, pp. 563 y ss.; *Id.*, "Per un diritto penale minimo: "in the books" o "in the facts"?", en *Dei delitti e delle pene*, n. 3, 1998, especialmente pp. 149 y ss.; *Id.*, "La criminalità punita. Processi di carcerizzazione nell'Italia del XX secolo", en *Storia d'Italia*, Annali 12, *La criminalità*, coordinado por L. VIOLANTE, Torino, Einaudi, 1997, pp. 981 y ss.

como si este instrumento careciese en sí mismo de valores y fines propios, flexible a cualquier proyecto heterónimo, que hace del juez penal mismo un luchador y por ello un sujeto que ya no es un tercero en el proceso. Como consecuencia de esta postura se presenta el rechazo a cualquier forma de construcción propositiva, de proyección *de lege ferenda* que no sea de abolición o de reducción del área penal.

Nos parece que esta "opción política" sea la más adecuada en el plano de los proyectos ideales. Muchos de nosotros, quizá en algunas ocasiones más que en otras, la hemos cultivado. Por otro lado, ésta puede ser coherentemente perseguida si se adopta un punto de vista "externo" al sistema penal pero, en cambio, no puede acogerse de manera coherente por quien también adopte, o lo haga a veces, un punto de vista interno al ordenamiento, porque si se comentan las leyes penales en función aplicativa, no es posible elegir siempre y exclusivamente las interpretaciones "de la defensa". De hecho, esto lleva con seguridad a una traición al significado objetivo de la ley. Pero si esto es verdad, no es posible limitar un sistema jurídico mientras se lo sigue utilizando, comentando, aplicando.

En efecto, *el punto de vista interno* obliga necesariamente a tomar decisiones que a veces serán punitivas, constructivas, aunque fuese sólo para adoptar una menos punitiva que las demás. En otras palabras, no es posible una ciencia que sólo "limite" el área penal, pues una parte de esa área será necesariamente legitimada, conservada. Tampoco es posible, quedándose por fuera del ordenamiento, explicar toda una serie de institutos y categorías cuya verdad o validez técnica, a veces desde hace milenios, es independiente de las opciones políticas sobre la credibilidad general del sistema penal vigente. Ahora bien, en el momento en el que se explican y exponen esos institutos, se configura *casi necesariamente* una contribución a la legitimación del sistema. Quienes pensaron que podían salvarse de esa compenetración fueron los técnicos jurídicos... quizá durante el fascismo<sup>178</sup>. Sin embargo, después del nacimiento de un iuspositivismo crítico de matriz constitucional, esa vía de fuga, que puede hacer las veces de *coartada*, es cada vez menos practicable. Por eso sólo un punto de vista rigurosamente *externo* parece coherente con tal opción. De esto se deriva que —considerada desde la perspectiva de la ciencia jurídico penal— la "ciencia de la limitación de la pena" queda como una indicación de tipo político, pero no como una concepción científica.

---

178 Un panorama clarificador de esta tendencia se encuentra en S. SEMINARA, *Sul metodo tecnico-giuridico*, cit., especialmente pp. 599 y ss., pp.609 y ss., quien señala una marcada diferencia entre las premisas históricas del tecnicismo de Rocco y de principios del siglo XX, y aquellas que operaban en la época fascista y posteriormente en la republicana. En todo caso, durante el fascismo fueron muchos los penalistas que no se expresaron públicamente sobre cuestiones metodológicas, y objetivamente la separación entre el Derecho y la política que el tecnicismo seguía postulando era funcional para un encubrimiento ideológico de las actitudes de alejamiento y no implicación, aunque éstas no fueran deseadas por el régimen.

## 10. Más allá de la herencia del iuspositivismo. Por una ciencia penal discursiva y crítica

Observando retrospectivamente cien años de historia, desde la prolucción de Arturo Rocco hasta hoy, podemos constatar que hay, junto a lenguajes que se conservan y se afinan, nuevos paradigmas, nuevas técnicas, y también nuevos retos. La superación del límite más grave del tecnicismo; es decir, de su acriticidad respecto a la legitimación del Derecho penal, se ha dado no tanto por los senderos del Derecho natural, como a través de la recuperación de un iuspositivismo crítico (constitucionalmente adecuado), que sin embargo ha traído con sí nuevos estilos de pensamiento: la ponderación de las nociones, la reconstrucción hermenéutica de las categorías, los institutos y las reglas positivas a la luz de los diferentes principios constitucionales, y entre estos también la participación de la misma reserva de ley en esa ponderación. Se tuvo la ilusión de que esto pudiese suceder sólo *in bonam partem*, como si el momento más odioso y verdadero de lo penal, su ser un Derecho que excluye, antes de eventualmente incluir de nuevo, tuviese que reducirse cada vez más, hasta casi desaparecer. La multiplicación de los actores y de las lenguas se encuentra en una relación biunívoca de causa-efecto con este movimiento, que valora el pluralismo epistemológico “dentro” del sistema y que encuentra en la variación del peso de las fuentes una razón de ser de tipo político-institucional.

*La dogmática penal, incluso aquella orientada en sentido político-criminal, ya no es la esencia del discurso científico*, el sinónimo inmediato de la ciencia penal, porque la ciencia ya no es algo exclusivo del saber aristocrático de los académicos. Antes bien, la *dogmática penal* se presenta hoy como *un lenguaje técnico indispensable aún* para la construcción de las categorías y los institutos que configuran esa *gramática común* que es capaz de mantener unido el sistema<sup>179</sup>, en virtud de un núcleo de saber

179 De acuerdo con esto v. también a S. CANESTRARI/L. CORNACCHIA/G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale*, cit., pp. 266 y ss. Sin embargo, la gramática común de la que hablamos es en primer lugar una gramática interna a un sistema, aunque contenga también los elementos de una gramática común a varios sistemas, de tipo, por ende, internacional. No obstante, también en este caso, ésta no coincide con la dogmática “de origen alemán”, que sigue siendo uno de los lenguajes de la dogmática misma, plural en su interior. La gramática común a todos en parte se sigue construyendo, y no se encuentra “pre-configurada”. En el ámbito internacional se ha sentido de diversas maneras esta exigencia de una gramática común: Cfr. M. DELMAS-MARTY, *Le pluralisme ordonné. Les forces imaginantes du droit* (II), Paris, Seuil, 2006, pp. 7 y ss., pp.122 y ss. y *passim*; J. SILVA SÁNCHEZ, *Straftatsystematik deutscher Prägung*, cit.; M. DONINI, *Il volto attuale*, cit., pp. 141 y ss., y especialmente pp. 150 y ss., pp. 188 y ss.; G. TRICARICO, “Estudio comparado de la antijuricidad en la Unión Europea. Algunas reflexiones previas a la construcción de un sistema de causas de justificación europeo”, en S. BACIGALUPO/C. MELIÁ (Coords.), *Derecho penal y política transnacional*, Barcelona, 2005, pp. 209 y ss. Y véanse también los diversos

que con frecuencia trasciende las formas de Estado y de gobierno, y permite dialogar diacrónicamente en la historia y sincrónicamente entre los distintos ordenamientos, en un contexto internacional y comparado. La investigación histórica y comparada juntas, configuran un momento de verificación decisivo, y también una importante calificación para la misma dogmática y no una alternativa a esta última. Otra herencia del tecnicismo y más sencillamente de la dogmática como expresión de la ley positiva, está dada por el reconocimiento, que es más significativo en términos de adquisición científica, de un discurso *de lege lata* que va más allá del dato simplemente exegético e interpretativo, teniendo un valor cognoscitivo más amplio y sólido sobre los aspectos estructurales de los institutos y las categorías generales. En efecto, en la valoración científica normalmente nos atraen más las adquisiciones de un producto que una a la exégesis y a la interpretación también los resultados de construcción jurídica, es decir, de dogmática en sentido estricto. Y esto no es un vicio académico, o los celos de un saber esotérico, sino la conciencia de un instrumento de conocimiento más profundo y estable, que permite aumentar la racionalidad y reducir las antinomias del modelo ideal de "sistema jurídico" al que no puede renunciar un ordenamiento que siga viendo en el Derecho un instrumento para fines de justicia. Y esto vale tanto para los principios que se deducen de las fuentes supremas o superiores (normas constitucionales) como para los principios o las categorías que se reconstruyen inductivamente del sistema de reglas ordinarias.

La dogmática, incluyendo tanto la clásica como la moderna postconstitucional que, orientándose hacia nuevos valores, fines y consecuencias incluso externas al *dictum* legal, o a aquel nacional, ha roto el universo cerrado del antiguo tecnicismo. Hoy es sólo un elemento del discurso científico porque la concurrencia de ciencias empíricas y de saberes no normativos es esencial para la *constitución epistemológica* del Derecho penal como ciencia social (orientada también hacia funciones y fines supraindividuales), y no sólo normativo-prescriptiva (o de justicia de los comportamientos) como es, actualmente, el Derecho penal. Además, la reducción del rol de la dogmática depende igualmente del hecho de que la historia y la comparación, los nuevos aspectos de la política en las sociedades democráticas post-modernas y globalizadas, pero también el pluralismo institucional y de las fuentes, junto al nuevo rol de la magistratura, ponen actualmente un reto al saber académico, a su vocación "sistematizadora": le piden que haga sólo y sobre todo de punto de unión, de articulación; que desempeñe el rol de mediador y de "intérprete" cultural entre los poderes del Estado y ya no más de "legislador"<sup>180</sup>. De nuevo advertimos que los poderes están tan "divididos" que ni

---

números del *Goldtdammer's Archiv f. Strafrecht* dedicados a este tema en los años 2003-2004.

180 Al respecto, nos parece que no ha sido superado el análisis de Z. BAUMAN, *Legislators and Interpreters. On Modernity, Post-modernity and Intellectuals* (1987), tr. it. *La decadenza degli intellettuali. Da legislatori a interpreti*, Torino, Bollati Boringhieri, 1992.

quiera el legislador tiene un verdadero dominio sobre el Derecho<sup>181</sup>, siendo el sistema una obra colectiva. Precisamente porque nadie, ningún poder institucional (ni siquiera el judicial que sigue siendo *naturaliter* para decidir sobre los casos particulares), puede en realidad dirigir el canto de este coro<sup>182</sup>. Éste surge como expresión de una democracia penal pluralista y policéntrica<sup>183</sup>. La ciencia penal, crítica y no avalorativa, es *discursiva* porque está hecha por diferentes actores que usan actualmente muchos lenguajes, entre los que se encuentran también la dogmática clásica y la moderna, pero cada vez son más fuertes los aportes de la comparación y de los saberes extrajurídicos.

Con la finalidad de que la ley no pueda tener *cualquier* contenido, llegando a ser una forma irrespetable de arbitrio y de horrores, el valor de la legalidad remite siempre a un nivel crítico *superior*. Aunque éste sea un iuspositivismo crítico<sup>184</sup> (de principios superiores y metareglas) o un contrapoder crítico<sup>185</sup> (ciencia jurídica, crítica del Derecho, doctrina, metajurisprudencia), tal nivel no transforma al jurista en un condenado a la reconversión constitucional del Derecho injusto (la interpretación conforme *pass-par-tout*); de hecho varias leyes son constitucionalmente inatacables pero siguen siendo injustas. Por este motivo, el criterio de corrección de la ley *interno* a la cultura jurídica, a sus fuentes o a sus actores reconocidos, tiene que ser o *jurídico-constitucional* o *político-epistemológico*. La libertad de la ciencia nace aquí, y también el tecnicismo sabía esto aunque no tuviese los instrumentos para hacer normativa tal dimensión. *Non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod regula fiat* (Paulus, *Digesto*: 50,17.1).

---

181 También la época de Berlusconi le parece a quien escribe paradigmática de lo que se ha sostenido en este texto. V. en todo caso, para una reflexión crítica más específica al respecto, M. DONINI, *Democrazia e scienza penale nell'Italia di oggi*, cit.

182 De esta manera concluíamos, hace poco más de un decenio, la voz "Teoría del reato", cit., p. 297.

183 Cfr. *amplius*, nuestro libro *Il volto attuale*, cit., cap. 9.

184 L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., pp. 912 y ss.

185 M. DONINI, *Il volto attuale*, cit., pp. 318 y ss.