

REVISTA DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGIA

DELITOS ECONOMICOS • CONTRAVENCIONAL •
GARANTIAS CONSTITUCIONALES • PROCESAL PENAL •
EJECUCION DE LA PENA

DIRECTOR

EUGENIO RAÚL ZAFFARONI

AREA PROCESAL

MIGUEL A. ALMEYRA

COMITÉ ACADÉMICO

EDUARDO AGUIRRE OBARRIO (ARGENTINA 1923-2011)

KAI AMBOS (ALEMANIA)

LOLA ANIYAR DE CASTRO (VENEZUELA)

LUIS ARROYO ZAPATERO (ESPAÑA)

DAVID BAIGÚN (ARGENTINA)

NILO BATISTA (BRASIL)

ROBERTO BERGALLI (ARGENTINA)

JORGE DE LA RUA (ARGENTINA)

EDGARDO ALBERTO DONNA (ARGENTINA)

LUIGI FERRAJOLI (ITALIA)

JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA (CHILE)

JULIO B. J. MAIER (ARGENTINA)

SERGIO MOCCIA (ITALIA)

FRANCISCO MUÑOZ CONDE (ESPAÑA)

ESTEBAN RIGHI (ARGENTINA)

GLADYS ROMERO (ARGENTINA)

NORBERTO SPOLANSKY (ARGENTINA)

JUAREZ TAVARES (BRASIL)

JOHN VERVAELE (HOLANDA)

COORDINADORES

MATIAS BAILONE

RODRIGO CODINO

LA LEY

COMITÉ DE REDACCIÓN

GABRIEL IGNACIO ANITUA
FERNANDO ARNEDE
ALEJANDRO ALAGIA
JAVIER IGNACIO BAÑOS
RICARDO BASÍLICO
MARÍA LAURA BÖHM
MARIANO BORINSKY
JOSÉ ANGEL BRANDARIZ GARCÍA
SEBASTIÁN CABEZAS CHAMORRO
ROBERTO MANUEL CARLÉS
CARLOS CARAMUTI
CARLOS CHIARA DÍAZ
HORACIO DIAS
JAVIER DE LA FUENTE
DANIEL ERBETTA
ADRIÁN FERNÁNDEZ
RUBÉN E. FIGARI
GABRIELA GUSIS
MARIANO GUTIÉRREZ
AGUSTINA IGLESIAS

JAVIER DE LUCA
MANUEL MAROTO CALATAYUD
JULIANA OLIVA
GRACIELA OTANO
JORGE PALADINES RODRÍGUEZ
NELSON PESSOA
GABRIEL PÉREZ BARBERÁ
MARCELO RIQUERT
GUIDO RISSO
JOSÉ SAEZ CAPEL
CRISTINA SÁNCHEZ HENRÍQUEZ
MÁXIMO SOZZO
SERGIO TORRES
RENATO VANELLI
FELIPE VILLAVICENCIO
JULIO VIRGOLINI
VERÓNICA YAMAMOTO
MYRNA VILLEGAS DÍAZ
ROMINA ZARATE
DIEGO ZYSMAN QUIRÓS

CON EL AUSPICIO DE

ASOCIACIÓN LATINOAMERICANA DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA (ALPEC)

Criterios uniformes para el envío de colaboraciones

Los trabajos de doctrina y/o comentarios jurisprudenciales deben ser remitidos vía e-mail a laley.penal@thomsonreuters.com. Los mismos deben ir acompañados del curriculum vitae del autor y sus datos de contacto.

ISSN: 0034-7914

REGISTRO NACIONAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL: 5074195

IMPRESO EN LA ARGENTINA - Propiedad de La Ley Sociedad Anónima - Tucumán 1471 - CP1050AAC - Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Argentina - Tel.: (005411) 4378-4841

Nota de la Dirección: las opiniones vertidas en los comentarios firmados son privativas de quienes las emiten.

SUMARIO

DERECHO PENAL

DOCTRINA

Democratización y penalidad en la Argentina (1983-1989) Por Máximo Sozzo	3
Principios para la interpretación de la trata de personas Por Daniel E. Adler	33
Grooming: el nuevo art. 131 del Código Penal Por Mauricio Cueto	44
 <u>NOTA A FALLO</u>	
Delitos de lesa humanidad y conexidad Por Patricio Nicolás Sabadini	49

Penados: Algo más que educación o trabajo
Por **David G. Mangiafico** 60

JURISPRUDENCIA

PRESCRIPCIÓN / La imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad y delitos conexos (CFCasación Penal). *Con nota Patricio Nicolás Sabadini* 49

NULIDAD DE LA SENTENCIA / Traslado de un detenido que era alumno regular del centro donde estaba alojado. Afectación del derecho a la educación. Rechazo de la acción de habeas corpus sin haberse realizado la audiencia del Art. 14 de la Ley 23.098. LEGITIMACION. Procuración Penitenciaria de la Nación (CNCasación Penal). *Con nota de David G. Mangiafico* 60

CRIMINOLOGÍA

DOCTRINA

Jock Young (1942-2013): el “causante” de la herencia crítica de la criminología
Por **Gabriel Ignacio Anitua** 73

DERECHO PROCESAL

DOCTRINA

La “negociación” y la “celeridad” en los procedimientos especiales y diferenciados de la provincia de Buenos Aires
Por **Juliana Oliva** 89

La doble instancia como principio efectivo
Por **Eduardo Balestena** 101

Los acuerdos en el procedimiento penal según la Corte Constitucional Alemana
Por **Darío Nicolás Rolón** 104

NOTA A FALLO

Pérdida de la potestad acusatoria y desorden procesal
Por **Sebastián Gherzi** 122

Recurso del Fiscal y la doble instancia
Por **Diego Freedman** 128

JURISPRUDENCIA

ELEVACIÓN A JUICIO / Validez. Legitimación del Ministerio Público Fiscal para solicitarlo. Irrelevancia de que no haya apelado un sobreseimiento previo (CNCrim. y Correc.). *Con nota de Sebastián Gherzi* 122

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD / Recurso de inconstitucionalidad y el estándar de admisibilidad (CPenal, Contravencional y de Faltas, Ciudad Autónoma de Buenos Aires). *Con nota de Diego Freedman* 128

EJECUCION DE LA PENA

DOCTRINA

Las escalas penales reducidas del fuero penal juvenil y el instituto de la prescripción de la acción penal

Por **Raúl F. Elhart**

139

DELITOS INFORMATICOS

DOCTRINA

Internet y derecho penal: cuestiones críticas

Por **Silvina Andrea Alonso**

145

PENAL JUVENIL

DOCTRINA

El delito de contacto telemático con menores de edad con fines sexuales (child grooming) en el Código Penal argentino

Por **Gustavo E. Aboso**

151

NOTA A FALLO

Menores, culpabilidad disminuida y pena

Por **Adrián Tellas**

160

JURISPRUDENCIA

MENORES / Determinación de los requisitos de la sentencia de absolución impuesta a un menor (CFCasación Penal). *Con nota de Adrián Tellas*

160

POLITICA CRIMINAL

DOCTRINA

Juicio por jurados en la Provincia de Buenos Aires

Por **Francisco Castex y Andrés M. Dubinski**

183

Determinación judicial de la pena: ¿Es posible apartarse de los mínimos penales?

Por **Pablo L. Tello**

194

DERECHO PENAL AUTORITARIO

DOCTRINA

Algunas notas sobre Filippo Grispigni y el derecho penal fascista

Por **Francisco Muñoz Conde**

205

Filippo Grispigni (Viterbo, 31 de agosto de 1884-Roma, 20 de agosto de 1955)
Por **Massimo Donini** 211

La función de la pena en el pensamiento de Benito Mussolini. Afirmaciones del Duce de
histórica importancia para el Derecho penal italiano
Por **Filippo Grispigni** 214

BIOGRAFIA

Castigo y determinación de la pena en los Estados Unidos, por Diego Zysman Quiros, comen-
tado por **José Angel Brandariz García** 223

Criminología I, por Vincenzo María Mastronardi, comentado por **José Luis Puricelli** 227

DERECHO PENAL AUTORITARIO



Algunas notas sobre Filippo Grispigni y el derecho penal fascista

POR FRANCISCO MUÑOZ CONDE (*)

*A mi colega y amigo, Massimo Donini,
con mi agradecimiento*

La historia del Derecho penal contemporáneo, y sobre todo la del siglo XX en los países de mayor relevancia política, económica y cultural durante todo ese siglo, es especialmente reveladora de las estrechas relaciones que hay, hubo y habrá entre la Política y la elaboración en apariencia puramente técnica o dogmática del Derecho y particularmente del Derecho penal. Esto en sí mismo no es bueno ni malo, y en todo caso es inevitable, ya que el Derecho penal tanto en la elaboración de sus presupuestos y principios fundamentales, como en las diversas respuestas que se dan en la lucha contra el delito y en la propia selección y configuración de las distintas conductas que se tipifican como tal, es expresión de decisiones políticas condicionadas a su vez por la situación social, económica y cultural y las diferentes ideologías a las que la misma da lugar.

Principalmente en Europa las distintas etapas políticas habidas durante el siglo XX han influenciado de forma evidente las diversas teorías y formas de entender el Derecho penal desde concepciones ideológicas liberales a otras autoritarias, pasando por algunas verdaderamente belicistas, concibiéndolo como un arma de exterminio del disidente político, de las personas pertenecientes a otras razas o minorías religiosas, a las que se consideraba incluso como "*Untermenschen*" (seres humanos inferiores), o "*Gemeinschaftsfremde Feinde*" ("extraños o enemigos de la comunidad"), etc.

Es de sobra conocido que esta última concepción del Derecho penal fue característica del régimen nacionalsocialista que dominó Alemania desde 1933 a 1945, que lo utilizó como un instrumento de exterminio o eliminación, jurídica y física, de los que por razones ideológicas y racistas consideraba sus enemigos. Para ello se crearon

instrumentos jurídicos como la custodia de seguridad, la esterilización y castración obligatoria de los portadores de enfermedades hereditarias, pero también de los homosexuales y asociales, la criminalización de las relaciones sexuales entre personas pertenecientes a "razas inferiores" y personas de "raza aria", y finalmente el internamiento de asociales, delincuentes y miembros de esas llamadas "razas inferiores" (principalmente judíos, pero también gitanos y miembros de otras minorías) en Campos de Concentración, como el de Dachau, o de Exterminio, como Auschwitz, que dieron lugar a uno de los crímenes más monstruosos cometidos en la Historia: El Holocausto.

Esta concepción política del Derecho penal tuvo también sus seguidores en el ámbito de la Dogmática jurídico-penal alemana, no ya sólo entre los más jóvenes y ambiciosos penalistas de la llamada Escuela de Kiel (Dahm, Schaffstein), sino en otros que tenían ya una acreditada trayectoria dogmática y en pleno apogeo de su prestigio como penalistas. Paradigmático de este último es el caso de Edmund Mezger, quien en pleno apogeo de su carrera académica, tras haber publicado su extraordinario Tratado de Derecho penal (1ª ed. 1931) y haber tomado posesión de la cátedra de Derecho penal de la Universidad de Munich, sucediendo a su maestro Ernst Beling, no tuvo empacho en ponerse desde el primer momento al servicio del régimen nacionalsocialista, del que llegó a ser el penalista más destacado y uno de los que más se esforzaron en darle legitimación jurídica, creando categorías como "la culpa con la conducción de vida" y la "ceguera o enemistad jurídica" para justificar la aplicación de la pena del delito doloso, que podía ser la de muerte, a "*crimina odiosa*" como el "ultraje a la raza, el aborto o la realización de actos homosexuales", o la pena de muerte a menores de dieciocho años que cometieran delitos relacionados con las circunstancias de la guerra, o, junto con su colega muniqués Franz Exner, redactando en 1943/1944 un Proyecto para el tratamiento

(*) Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, España.

de los “extraños a la comunidad”, que preveía el internamiento en Campos de Concentración de asociales, homosexuales, etc. De la figura de este penalista me he ocupado extensamente en mi monografía “Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo, estudios sobre el derecho penal nacionalsocialista” (4ª. ed., Valencia 2003), traducida al alemán por Moritz Vormbaum (Edmund Mezger, Ein Juristenleben, Berlin 2005) y al portugués por Paulo Busato (Edmund Mezger e o Direito penal do seu tempo, São Paulo, 2004), así como en otros diversos trabajos y artículos que han aparecido en varios idiomas en revistas y publicaciones conjuntas.

Por extraño que parezca, ese pasado nacionalsocialista de tan prestigioso penalista y de tanta influencia en el nacimiento y evolución de la Dogmática jurídico-penal no sólo en Alemania, sino también en los países de habla hispana y portuguesa, fue silenciado en los siguientes cincuenta o sesenta años, en los que sólo se conoció y se discutió hasta la saciedad su famosa polémica con otro penalista alemán, Hans Welzel, sobre el concepto ontológico de acción y la posición sistemática del dolo en la teoría del delito.

Más extraña y difícil de entender es la reacción que provocó en algún penalista español y en alguno de sus más fieles colaboradores, de cuyos nombres prefiero no acordarme, la aparición de mi libro sobre Mezger, en el que descubría ese pasado nacionalsocialista y la colaboración estrecha que tuvo con las leyes y proyectos de carácter penal más aberrantes y vergonzosos del régimen nazi.

Entonces pensé que esa reacción, a veces brutal e injuriosa, tenía que ver más con enemistades surgidas de las diversas contiendas que suscitaba el anterior sistema de provisión de cátedras y plazas de profesores titulares de Derecho penal, que con afinidades ideológicas de los que de un modo tan zafio y brutal me atacaban con la ideología y el pasado nacionalsocialista del penalista alemán. Pero poco a poco me he ido dando cuenta de que esa afinidad ideológica no podía ser descartada, no sólo ya por la forma típicamente nazi en la que se me atacaba, con insultos, falsas acusaciones de plagio y amenazas más o menos veladas, propias de los más feroces miembros de las cuadrillas y jaurías nazis, sino también por el pasado de sus propios protagonistas o por sus

orígenes académicos, indudablemente vinculados o afines con las ideas propias de los regímenes nazi alemán y fascista italiano, que fueron los que más influyeron en algunos de los penalistas españoles más destacados durante la dictadura del régimen franquista español (1939/1975). Sus nombres son más que conocidos y ya hay algún colega que está sacando a la luz tanto las publicaciones que hicieron en aquella época, como su colaboración con el régimen franquista y con sus leyes y actividades represivas, por lo que en este momento prefiero no mencionarlos.

Algo similar sucede en Italia, donde el régimen fascista de Benito Mussolini no sólo tuvo partidarios entre los penalistas académicos más distinguidos, sino que también muchos de ellos colaboraron estrechamente con el mismo elaborando textos legales o dándole legitimación jurídica. En la monografía editada recientemente por Ettore Dazza/Sergio Seminara/Thomas Vormbaum, “Moderne Italienische Strafrechtsdenker” (2012, ver mi recensión a la misma en Revista Penal 2012), se contienen breves reseñas bibliográficas de los principales penalistas italianos y, por tanto, también de los que tuvieron más vinculaciones con el régimen fascista. Uno de ellos fue sin duda Filippo Grisogni, al que dedicamos esta breve nota.

Cuando en mis investigaciones sobre Mezger llegó a mis manos una monografía que escribieron Mezger y Grisogni sobre “*Il diritto penale nacionalsocialista*”, publicada en Milán en 1942, no pude menos que constatar la estrecha vinculación que existía entre los dos más importantes penalistas de Alemania e Italia, así como también sus afinidades ideológicas y su simpatía e incluso entusiasmo con los regímenes políticos que imperaban entonces en sus respectivos países. Y así lo hice constar, casi de pasada, en mi monografía sobre Mezger anteriormente citada. Pero una vez más la torpe y airada reacción de quien se había convertido en el más feroz atacante de mi investigación sobre Mezger, mostrándose indignado por haber acusado a Filippo Grisogni de “veleidades con el régimen fascista”, me hicieron leer más detenidamente esa monografía y escribir un comentario bibliográfico a la misma que no sólo se publicó como tal en Recensión a Mezger / Grisogni, *La riforma penale nazionalsocialista*, Milán 1942, Revista Penal n. 12, 2003 y como Epílogo a la edición argentina bajo la dirección de

Raúl Zaffaroni de Mezger/Grispigni, La reforma penal nacionalsocialista (Buenos Aires 2009), sino también como artículo independiente en el *Jahrbuch der juristischen Zeitgeschichte* (Mezger-Grispigni, *Jahrbuch der Juristischen Zeitgeschichte* 2005).

Con ello quedaba más que demostrada, a mi juicio, la vinculación, al menos ideológica, de Grispigni con el régimen fascista, como así se reconoce en la breve biografía que del mismo se contienen en la obra antes citada "*Moderne Italienische Strafrechtsdenker*", donde se dice (p. 329): "Era partidario del fascismo y se convirtió en defensor destacado de una teoría penal que correspondía al mismo tiempo con la ideología fascista y la positivista", mencionando expresamente como prueba de ello mi comentario a la monografía de Mezger/Grispigni. Pero había un dato que me parecía todavía más significativo y revelador de esa vinculación y que, sin embargo, no logré encontrar entonces y del que paso seguidamente a ocuparme.

Efectivamente, en la monografía que escribió juntamente con Mezger, Grispigni citaba, como prueba de la similitud de sus tesis con las del régimen fascista, un artículo suyo, entonces en prensa, "La funzione della pena nel pensiero di Benito Mussolini: dichiarazioni del duce d'importanza storica per il diritto penale italiano". Sin embargo, como tantas veces me había sucedido con algunos de los trabajos de Mezger en la época nacionalsocialista, principalmente en el que propugnaba la "esterilización de los asociales" o el Proyecto sobre el tratamiento de los "extraños a la comunidad", no hubo manera de encontrarlo entonces, tanto buscando en las bibliotecas, como preguntando directamente a colegas italianos. Lo que no deja de ser sorprendente y demuestra hasta qué punto en los dos países europeos que tuvieron esos regímenes políticos se había producido, consciente o inconscientemente, una "amnesia" respecto a la participación destacada en los mismos de sus principales intelectuales y profesores, en este caso juristas y penalistas, que en Italia se explicaba además por la peculiar transición que hubo en aquel país del régimen fascista a uno democrático (ver al respecto, por ejemplo, el trabajo de Donini, El tratamiento penal de la transición del fascismo a la democracia en Italia, en Vormbaum/Muñoz Conde, La transformación jurídica

de las dictaduras en democracias y la elaboración jurídica del pasado, Tirant lo Blanch, Valencia 2009; también recogido en la edición alemana de esta obra Muñoz Conde/Vormbaum, Transformation von Diktaturen in Demokratien und Aufarbeitung der Vergangenheit, Humboldt Kolleg celebrado en la Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, 7/9 febrero 2008). Igual que en Alemania, respecto al régimen nazi, toda una generación de juristas italianos, o al menos de los penalistas, se educó en un "de eso no se habla" o, como decía Wittgenstein, en aquello de "lo que no se puede hablar más vale callarse" que aquietaba muchas conciencias y aseguraba la carrera académica de los más jóvenes, todavía dominada y controlada por algunos de los profesores que habían colaborado con el régimen fascista. Ciertamente, más de una vez escuché de colegas italianos los nombres de los que más se habían destacado en ese colaboracionismo, pero en ningún caso encontré trabajos, publicaciones o monografías, en las que se analizaran o explicaran las obras y actividades que más pudieran demostrar esa vinculación. Es más, en algunas de las biografías y notas necrológicas que se iban publicando a la muerte de esos penalistas ni siquiera se hacía alusión a ese pasado fascista, en un negacionismo que no dejaba de ser sospechoso.

Algo parecido sucedió en Alemania con los juristas vinculados al régimen nazi, de cuyo pasado sólo comenzó a hablarse a raíz de la caída del Muro de Berlín y del régimen político de la República Democrática Alemana, mientras que anteriormente en los Libros Homenajes que se les dedicaban con motivo de su jubilación y en las notas necrológicas con motivo de su muerte se pasaba simplemente de mencionar tan espinoso y sin duda problemático tema.

No cabe duda de que esos tiempos ya han pasado y que ahora en Alemania, no tanto en Italia, el pasado de los profesores, en el ámbito del derecho, pero también de otros sectores académicos y científicos, y sus vinculaciones con los regímenes totalitarios, empiezan a ser objeto de investigación como una tarea histórica fundamental de recuperación de la memoria, que es la única forma de entender la realidad en la que actualmente vivimos y prever los errores que se cometieron entonces y que podrán volver a cometerse sobre todo en situaciones de crisis económica y social como la que actualmente padecemos.

Afortunadamente y por lo que al artículo de Grispiigni sobre las ideas penales de Mussolini se refiere, uno de los penalistas más destacados y de mayor nivel científico de Italia, el catedrático de la Universidad de Módena Massimo Donini me informó en una reunión que tuvimos en Hagen, con motivo del Homenaje que se le ofreció al más importante especialista en la Historia contemporánea del Derecho (Juristische Zeitgeschichte), Thomas Vormbaum, que había encontrado ese artículo del que me dio la referencia y me envió el texto. Además de reconocer el mérito de ese descubrimiento y agradecerle su envío, me parece también interesante para que se pueda ver de un modo objetivo y desapasionado quién fue Grispiigni y el papel destacado que tuvo en la Ciencia italiana del Derecho penal, tanto antes como después del régimen fascista, añadir a la publicación del artículo de Grispiigni, la breve biografía que del mismo escribió Donini.

Para Donini tanto este artículo como la monografía que escribió Grispiigni juntamente con Mezger:

«Reflejan con crudeza el clima de la época y el escaso conocimiento de los horrores del Holocausto que subyacían a los temas (pensados como más «técnicos») de las esterilizaciones, las castraciones, las llamadas degeneraciones raciales, etc., con picos de dureza sancionatoria «neutralizadora» que son expresión de la cultura del Positivismo criminológico y no sólo de un clima ideológico autoritario. Grispiigni ve en las reformas penales nacionalsocialistas («una doctrina esencialmente biológica») la realización de aquellos ideales «científicos» positivistas de lucha contra la peligrosidad que no habían sido totalmente implementados por el Código Rocco».

No puedo saber hasta qué punto Grispiigni desconocía en 1942 los horrores del Holocausto y las propias barbaridades que estaba cometiendo el régimen fascista a partir de 1938 con las leyes antisemitas, el envío de grupos enteros de judíos italianos a los Campos de Concentración en el Sur de Italia, y la expulsión de la función pública y de la Universidad de grandes científicos e intelectuales judíos, uno de ellos el catedrático de Derecho penal de la Universidad de Módena Marcello Finzi, que se vio obligado a exiliarse en Argentina (véase al respecto también mi trabajo sobre el mismo El Derecho penal fascista y nacionalsocialista y la persecución de un penalista

judío: el caso de Marcello Finzi, Nueva Doctrina Penal n. 1, 2005; también en Rivera Beiras, coord., Contornos y pliegues del Derecho: homenaje a Roberto Bergalli, Barcelona 2006; publicado también en italiano: Il diritto penale fascista e nacionalsocialista e la persecuzione di un penalista ebreo: Il caso di Marcello Finzi, in Marcello Finzi Giurista a Módena, Università e discriminazione razziale tra storia e diritto, Tai del Convegno di Studi Modena, a cura di Elio Altavilla, 2006, y en alemán: Der Fall Marcello Finzi, Jahrbuch der Juristischen Zeitgeschichte 2005). Desde luego ese conocimiento no se le puede negar a Edmund Mezger, quien, como he demostrado de forma fehaciente en mi monografía sobre él, fue autorizado por las SS expresamente en marzo de 1944, después de que la Akademie für deutsches Recht le había dado el visto bueno a su Proyecto para el tratamiento de los extraños a la comunidad, a visitar los Campos de Concentración y observar directamente “los tipos de sujetos que allí se encontraban”.

Lo que, en todo caso, queda claro es que ambos penalistas tenían grandes afinidades con los respectivos regímenes que gobernaban en sus países en aquel momento, que eran los más destacados penalistas de aquel momento y que ya en plena madurez pusieron su prestigio y sus conocimientos al servicio de regímenes autoritarios y de sus leyes penales. El que en 1942, en plena crisis del régimen fascista con un Mussolini a punto de ser destituido y poco tiempo después posteriormente asesinado de forma brutal, un profesor como Grispiigni tuviera acceso a él para pedirle su opinión, en forma de entrevista, sobre el Derecho penal, con un estilo laudatorio adulador que hoy causa bochorno, añadiendo además comentarios de su propia cosecha en los que pretenden compaginar las ideas penales del llamado Duce con las de las Escuelas Clásica y Positivista, demuestra el alto grado de vinculación que tenía con los más altos niveles del régimen fascista y sus afinidades ideológicas con el mismo.

Víctima de su propia retórica llega al punto de decir para terminar su artículo-entrevista: “Él es en verdad Aquel sobre el que el poeta dijo que *le fonti dell'universa vita ebbe in suo cuore*”.

¿Quién sería Aquel con el que compara a su amado y nunca bien ponderado Duce? ¿Dios, Cristo, el Profeta Mahoma?

El traductor de este artículo, Víctor M. Macías Caro, buen conocedor de la Historia y del Derecho penal de Italia en aquella época, me indica que:

“Se trata de una estrofa extraída de una oda del poeta Gabriele D’Annunzio compuesta en 1903 en memoria de Giuseppe Verdi (titulada “Per la morte di Giuseppe Verdi”). La frase está extraída en concreto de un verso que habla sobre Dante, que el poeta describe, junto con Leonardo y Miguel Ángel, como los tres antecesores de Verdi que velaron metafóricamente su cadáver.

El verso reza: “Dante Alighieri che sorresse il mondo | in suo pugno e ed i fonti | dell’universa vita ebbe in suo cuore” (cuya traducción es: “Dante Alighieri que sostuvo el mundo | en su puño y las fuentes | de la vida toda tuvo en su corazón”).

El artículo (de Grispigni) termina, pues, así: “Él es en verdad Aquel sobre el que el poeta dijo que «las fuentes de la vida toda tuvo en su corazón». Ciertamente grotesco.

Desde luego cualquiera que sea el referente de esa comparación: “Aquel”, Dios, Dante, Miguel Ángel o Verdi, ciertamente la comparación resulta, como dice Macías Caro, “grotesca”, a todas luces excesiva y demuestra el carácter casi mítico o divino con el que los más fervorosos fascistas adulaban, todavía en 1942, al llamado Duce. Después de todo, sin ir más lejos, en España al llamado Caudillo (traducción literal de la expresión alemana “Führer”, con la que se denominaba a Hitler, y de la italiana “Duce” con la que se denominaba a Mussolini), el dictador Francisco Franco, era recibido por los obispos españoles (durante los primeros años del régimen, y mientras el nacionalsocialismo y el fascismo todavía estaban en pleno auge), con el brazo en alto haciendo el saludo nazi-fascista y se le introducía en las Catedrales bajo el Palio reservado a la representación de Cristo en la tierra, el Santísimo Sacramento del Altar. Esta pantomima, en el fondo blasfema e irreverente, duró hasta noviembre de 1975, cuando murió el dictador, después de haber confirmado, con todo el poder indiscutible que tuvo durante casi cuarenta años, la ejecución de varias personas condenadas a muerte por un Tribunal militar). Así estaban las cosas por estas latitudes, mientras los esbirros de esas “divinidades” se encargaban de masacrar a la vista de

todos a quienes, por una u otra razón, se oponían a sus altos designios.

Los redactores de la breve biografía de Grispigni que se contiene en “Moderne Italianische Strafrechtsdenker” anteriormente citada se contentan sólo con calificarlo como un partidario del régimen fascista (p. 329 anteriormente citada). Lo que a la vista del artículo que se incluye en el ANEXO 2 no parece en absoluto exagerado.

El traductor del artículo de Grispigni al español, Víctor Manuel Macías Caro, Doctor en Derecho por la Universidad de Módena y Profesor de Derecho penal en la Universidad Pablo de Olavide, me dice en una comunicación personal que leyendo el artículo de Grispigni “cuesta decidirse sobre si Grispigni era un fascista convencido, un oportunista que quiso acercarse al poder o un científico devoto, pero ingenuo. Quizá fue una mezcla de las tres cosas”. Posteriormente me ha explicado que sus “dudas se fundamentan en que Grispigni parece más interesado (e incluso obsesionado) en acudir al Poder para ganar en la lucha entre escuelas (de ahí lo de “oportunista”), en que en un pasaje llega a decir “el pensamiento del Duce es de lo más moderno y humano que se pueda imaginar: defenderse, pero intentando reducir el sufrimiento al mínimo y teniendo como posibilidad la recuperación social de los reos” (de ahí lo de ingenuo) y en que alaba al Duce como guía de la Nación, a su pensamiento lo considera fuente del Derecho y que considera positivos algunos logros como “la plena responsabilidad de los reos en estado de embriaguez total, incluso sólo culposa; la figura del delincuente por tendencia; la responsabilidad meramente objetiva sancionada en algunos casos” (de ahí lo de fascista convencido).

Es obvio que Macías Caro con ello no está intentado justificar los regímenes nazifascistas, sino mostrar sus dudas sobre la actitud de Grispigni. Evidentemente puedan darse todas estas interpretaciones a la actitud que refleja Grispigni en este artículo, y que Macías Caro presenta con gran objetividad. Para mí no hay ninguna duda de que además de fascista era simplemente un ingenuo adulator que ni siquiera se daba cuenta en aquel momento de que los días de su amado Duce, quien entre otras aberraciones había vinculado su país a la suerte del poderoso gigante alemán, estaban ya contados, y que pronto iba a

ser destituido, desterrado y finalmente ejecutado de forma innoble, junto con su amante Clara Petacci, por un grupo de partisanos que lo detuvieron cuando intentaba escapar. Algo de lo que Grispigni seguramente en el momento de la entrevista no era consciente y no pudo siquiera vislumbrar. Pero de lo que sí era conocedor era de las abominables leyes raciales, de los campos de concentración y de la eliminación de la democracia y la represión de los disidentes políticos, etc. Probablemente otra cosa hubiera hecho y dicho, cuando años más tarde y a toro pasado se le hubiera preguntado por sus relaciones y su opinión sobre el régimen fascista. Seguramente hubiera abjurado del mismo y hubiera negado haber tenido cualquier relación con él. Una especie de consigna que siguieron al pie de la letra otros de la misma calaña cuando los regímenes totalitarios nazi y fascista fueron derrotados y llegó la hora de la rendición de cuentas. Por una u otra causa, por lo que respecta a Mezger y a Grispigni, ésta no tuvo lugar, y con más dificultades el primero, tras pasar un proceso de desnazificación, y sin ninguna el segundo, continuaron en sus cátedras enseñando el Derecho penal del nuevo sistema democrático, aunque seguramente sin desterrar totalmente de sus corazones las ideas que con tanto fervor y entusiasmo habían defendido en el régimen anterior.

No deja de ser, de todos modos, preocupante que ese pasado haya permanecido oculto durante tantos años y que cuando alguien lo ha descubierto y sacado a la luz se hayan dirigido

contra él como perros rabiosos de una misma jauría, es decir, la jauría nazi/fascista, quienes al parecer, por razones poco claras, no querían que ese pasado fuera conocido, quizás porque ya lo conocían y sabían que no era un pasado demasiado brillante como para ser recordado en los momentos actuales. Algún resabio debe quedar por ahí todavía oculto en las mentes de quienes tanto se enfadaron cuando en su momento acusé a Grispigni de “veleidades fascistas” y a Mezger de su estrecha vinculación y colaboracionismo con la parte más brutal del derecho penal del régimen nacionalsocialista.

De un modo u otro, lo que aquí queda claro es que Filippo Grispigni tuvo algo más que “veleidades” con el régimen fascista. A lo mejor si no hubiera sido por las estúpidas agresiones que recibí de quien dudaba de esas veleidades no hubiera llegado a descubrirlas. Pero una vez que lo hice, constato una vez más que sumergirse en la Historia del Derecho, materia de la que lo más que aprendí en la carrera fueron los Fueros Medievales, las Leyes de Toro y quizás en Derecho penal alguna referencia a la Carolina (no al pueblo de la provincia de Jaén, sino a la Constitutio Criminalis Carolina dada por el Emperador Carlos V), puede ayudarnos a comprender mejor el presente y a desenmascarar a quienes con sus insultos y bravatas pretendieron callar y, en todo caso, desacreditar la labor investigadora, que gracias a esos mismos insultos, inicié cuando en 1999 la Fundación Alemana Alexander von Humboldt me concedió el Premio Humboldt de Investigación en Ciencias jurídicas. ♦

.....

Filippo Grispigni (Viterbo, 31 de agosto de 1884-Roma, 20 de agosto de 1955)

POR MASSIMO DONINI (*) (**)

Tras estudiar Derecho en la Universidad de Roma, periodo en el cual comienza a colaborar con la Revista *La Scuola Positiva* de Enrico Ferri y habiéndose licenciando en 1908, Grispigni amplía estudios en el extranjero en las Universidades de Berlín, Munich y Bruselas. Particular importancia tiene la estancia en Berlín, durante la cual asiste durante seis meses al *Kriminalistisches Seminar* de Franz von Liszt, cuya influencia se extiende durante toda la vida del estudioso. Fue profesor de Derecho penal desde 1912 en la Universidad de Camerino y, desde 1920, profesor habilitado (*libero docente*) de Derecho penal en la Universidad de Roma, en la cual enseña, entre otras materias, Derecho penal comparado en la Escuela Técnica Jurídico-Criminal. Forma parte en ese momento, como secretario general, de la Comisión Real que prepara el Proyecto Ferri de nuevo Código penal (1921). Tras un breve periodo en la Universidad de Cagliari (1923-1924), se transfiere en 1925 a la Universidad de Milán para impartir en un primer momento Sociología criminal y luego también Derecho penal sustancial y procesal (desde 1929).

Pertencen a este primer periodo algunos estudios sobre temas comparados y metodológicos (*Il nuovo diritto criminale negli avamprogetti della Svizzera, Germania ed Austria: tentativo di una interpretazione sistematica del diritto in formazione, con una appendice sul controprogetto tedesco di Kahl, Liszt, Lilienthal e Goldschmidt*, 1911; *La odierna scienza criminale in Italia*, 1909), además de sobre las tendencias criminológicas del Positivismo y sobre el hecho del inimputable (*Il delitto del non imputabile nel concorso di più persone nello stesso reato: appunti di critica giuridica*, 1911; *La pericolosità criminale e il valore sintomatico del reato*, 1920; *La responsabilità giu-*

ridica dei cosiddetti non imputabili, 1920), obras en las cuales tiene origen una particular concepción “sintomática” del delito que le acompañará en su enseñanza como penalista hasta la última lección (*La personalità e il valore sintomatico del reato*, 1955). De acuerdo con esta concepción, el delito doloso tiene origen en una alteración de la afectividad y el hecho cometido “no es separable de la persona” del delincuente, dado que “éste [el hecho cometido] no es sino la propia persona en movimiento”.

Por otra parte, Grispigni muestra al mismo tiempo interés por la Criminología y por la Técnica jurídica: es sociólogo y dogmático del Derecho positivo. Recibió la enseñanza de Von Liszt, pero también de Beling, sobre el hecho típico y la cuatripartición (conducta, conformidad de ésta con el tipo, antijuridicidad, culpabilidad), declinándolos no obstante en otra clave, ya que no podía acoger (como criminólogo positivista) una idea de la culpabilidad como reproche, sino como mero carácter psíquico-defectuoso del hecho referible al sujeto, dado que también los incapaces pueden cometer un delito con un elemento subjetivo suficiente como para ser tomado en consideración y dado que en el «hecho» se manifiesta la peligrosidad del autor. Grispigni reivindica, sin embargo, la plena autonomía del estudio jurídico del delito, del deber ser, respecto al de las causas individuales y sociales de la criminalidad, colocando de este modo, junto a las disciplinas vinculadas con el ser o saber causal, tales como las criminológicas y sociológicas, las disciplinas estrictamente normativas, como la Dogmática jurídica, que es por lo tanto totalmente autónoma con respecto a la Criminología (*La dommatica giuridica ed il moderno indirizzo della scienza criminale*, 1920). Además, el Derecho penal se sitúa en el ordenamiento jurídico como un todo: la norma penal es sancionadora de preceptos extrapenales y por lo tanto no nace fuera del sistema de Derecho público y privado, sino que dialoga con el mismo (*Il carattere sanzionatorio del diritto criminale*, 1920).

(*) Traducción de Víctor M. Macías Caro. El texto de Donini se encuentra en *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, editorial Il Mulino 2013.

(**) Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Modena y Reggio Emilia.

Es de 1928 el volumen *Introduzione alla sociologia criminale*, en el cual se circunscribe con gran claridad el objeto de la Sociología criminal al fenómeno colectivo de la criminalidad (ni de las normas ni de las penas), mientras que a la Psicología criminal y a la Antropología criminal se reserva el estudio de las causas individuales y endógenas del delito. Los estudiosos positivistas de su tiempo (ver *Studi in memoria*, 1956) se centraron mayormente en su compromiso con las ciencias criminológicas, en su dedicación en dicho sentido en múltiples conferencias, lecciones, congresos (incluso internacionales), además de en la dirección de la revista *La Scuola positiva*, y también en su convicción profunda de la parcialidad e insuficiente esterilidad del estudio sólo jurídico del delito también en perspectiva de reforma. No obstante, hoy vemos en el Grispigni criminólogo sobre todo una contribución relevante en el plano del método (piénsese, para un discípulo de Ferri, en la separación de la dogmática penal de las espirales omnívoras de la Sociología, y también en la exclusión del tema del libre albedrío de las premisas de la ciencia criminológica, que prescinde de dicha cuestión «filosófica»), pero también una especie de obsesión positivista contraria a la idea retributiva, en favor de un modelo de pena neutralizadora, mera defensa social, cuya medida es la peligrosidad criminal.

Viceversa, es su producción dogmática sobre la teoría del delito la que ofrece a la ciencia penal productos actuales y duraderos no sólo en el plano del método, sino también desde el punto de vista de los contenidos de los análisis jurídicos presentes en las obras publicadas. Pertenecen a este segundo filón de su producción el ensayo *La responsabilità penale per il trattamento medicochirurgico arbitrario* (1914) y el poderoso volumen *Il consenso dell'offeso* (1924), que junto a un análisis muy detallado contiene ideas modernas del consenso del titular de derechos como «condición resolutoria de la tutela jurídica de un bien», la distinción entre el consenso que convierte en lícita una ofensa y el que excluye incluso de hecho la propia lesión, el análisis del consentimiento en los delitos culposos y en los de peligro, etc., que anticipan concepciones liberales sobre la autopuesta en peligro como causa de atipicidad del hecho y sobre el consentimiento como elemento negativo del hecho y por lo tanto de la propia ofensa. Además de las obras citadas *Il ca-*

rattere sanzionatorio del diritto criminale (1920) y *La dommatica giuridica ed il moderno indirizzo della scienza criminale* (1920), debemos hacer mención también a *L'omissione nel diritto penale* (1934), *L'evento come elemento costitutivo del reato* (1934), *Il nesso causale nel diritto penale* (1935), *Il reato plurisoggettivo* (1941), *Dall'esegesi alla dommatica della parte speciale del diritto penale* (1947), *La nuova sistematica del reato nella più recente dottrina germanica* (1950), la colección de lecciones *I delitti contro la Pubblica amministrazione* (1952) y sobre todo los dos volúmenes del *Diritto penale italiano* (vol. I y II, 2ª ed., 1945; vol. I y II, 3ª ed., 1950; inicialmente *Corso*, vol. I, *Introduzione*, 1ª ed., 1933 y vol. II, *Il reato*, 1ª ed., 1935), en los que se compendia o al que fueron destinados sus escritos precedentes.

En 1942 se le llama a Roma, primero a la cátedra de Derecho procesal penal y luego, a partir de 1945, a la Derecho penal. También en 1942 publica el artículo *La funzione della pena nel pensiero di Benito Mussolini: dichiarazioni del duce d'importanza storica per il diritto penale italiano* y recoge, junto al penalista alemán Edmund Mezger, algunos escritos comparados (italo-alemanes), polémicos y de política de reformas, en el volumen sobre *La riforma penale nazional-socialista*. La recopilación refleja con crudeza el clima de la época y el escaso conocimiento de los horrores del Holocausto que subyacían a los temas (pensados como más «técnicos») de las esterilizaciones, las castraciones, las llamadas de generaciones raciales, etc., con picos de dureza sancionatoria «neutralizadora» que son expresión de la cultura del Positivismo criminológico y no sólo de un clima ideológico autoritario. Grispigni ve en las reformas penales nacionalsocialistas («una doctrina esencialmente biológica») la realización de aquellos ideales «científicos» positivistas de lucha contra la peligrosidad que no habían sido totalmente implementados por el Código Rocco. A partir de 1944 se convierte en Director de *La Scuola Positiva*, sucediendo como tercer director a Enrico Ferri y a Eugenio Florian. Tanto a la revista como a la docencia dedicará el tiempo hasta su muerte (Roma, 20/8/1955), porque «la universidad oxigenaba su alma y le daba una razón de vida» (E. ALTAVILLA, 1956, 6).

Si nos alejamos del tema de la «lucha contra el crimen» en la declinación propia de la cultura del Positivismo y de las fuertes adhesiones a los pro-

gramas penales nazifascistas, todo el que haya leído aunque sólo sean los estudios mencionados sobre el carácter sancionatorio del Derecho penal, sobre la omisión, sobre la causalidad, sobre el resultado o sobre la nueva sistemática alemana tras el Finalismo, sabe que Grispigni se encuentra entre los juristas más cultos, refinados y metodológicamente avanzados de la primera mitad del siglo XX y entre los que más han reflexionado sobre el Derecho penal (en sentido estrictamen-

te jurídico) como «ciencia». Su *Diritto penale italiano*, en el que confluyeron orgánicamente las contribuciones técnicas citadas, pese a ser incompleto, representa una de las obras generales más meditadas y rigurosas de la primera mitad del siglo XX en el plano del método y de las más instructivas en términos de reconstrucción histórica, de las fuentes, del análisis del delito, de su elemento objetivo y de la introducción a la Parte especial. ♦

.....

La función de la pena en el pensamiento de Benito Mussolini. Afirmaciones del Duce de histórica importancia para el Derecho penal italiano

POR FILIPPO GRISPIGNI (*) (**)

Los estudiosos de Derecho penal en Italia se encuentran actualmente frente a dos problemas de fundamental importancia que deben ser resueltos. El primero consiste en esto: ¿cuáles son los principios fundamentales que inspiran nuestra legislación penal y sobre la base de cuáles debe reconstruirse su sistema? Algunos se sorprenderán de que aún existan discusiones sobre esta cuestión, pero por desgracia la realidad es que tras el Código Rocco (del que se esperaba que significase la superación de las tendencias en conflicto) las divergencias han reaparecido de forma más graves y profundas que antes. El segundo problema (estrechamente vinculado con el primero) es el siguiente: la legislación penal de los Estados del mundo se está transformando de acuerdo con un tenencia que en un reciente trabajo he intentado describir. Ahora bien, ¿cuál es la posición de Italia con respecto a dicha tendencia? ¿Se mueve en la misma dirección o bien en sentido distinto e incluso opuesto?

En la base de las diferencias sobre estos dos puntos, de capital importancia para nuestra dis-

ciplina, está la naturaleza del régimen político vigente en Italia. De hecho, algunos de quienes consideran que las doctrinas del régimen fascista influyen en el contenido de las disposiciones penales de carácter *político*, excluyen que dichas doctrinas sean un obstáculo para la renovación del Derecho penal de acuerdo con los resultados de las ciencias psicológicas y sociológicas. Otros, por el contrario, infieren de la naturaleza del régimen fascista la necesidad de un retorno a las más ortodoxas doctrinas de la Escuela clásica.

Para tener un elemento de decisiva importancia para la solución de los dos problemas indicados, me ha parecido que se debería determinar cuál es el pensamiento del Duce sobre la función de la pena. Ciertamente, y siendo ya interesante (desde el punto de vista histórico y cultural) investigar cuál es el modo de concebir la función punitiva por parte de una alta personalidad política, una investigación de este tipo se hace imprescindible cuando se trata del Jefe de Gobierno en un régimen totalitario. Es evidente que el funcionamiento de una expresión tan alta de la so-

(*) (1884 -1955) Jurista italiano que ejerció la titularidad de las cátedras de Derecho Penal de las Universidades de Camerino, Roma, Cagliari, y Milán.

(**) Traducción de Víctor M. Macías Caro. El artículo de Grispiigni fue publicado en Rivista Penale 1942. Nota de Grispiigni: Este escrito reproduce la comunicación hecha al Congreso de la Sociedad Italiana para el Progreso de las Ciencias el 29 de septiembre de 1942-XX. La reunión fue presidida por el Duce y estaban presentes el Ministro de Justicia, conde Dino Grandi, el Ministro de Educación Nacional Bottati, el Ministro de la Cultura Popular Pavolini, el Ministro de las Corporaciones, etc. y además todos los subsecretarios y representantes de la Dirección Nacional del Partido Fascista. El Duce, sintetizando las cuestiones tratadas, pronunció un discurso que fue resumido en un comunicado dirigido a los periódicos por el Gabinete de prensa del Jefe del Gobierno: Él señaló que en la conciencia fascista, que pudo definir con mayor precisión en esta ocasión, la parte vital de los principios de la Escuela clásica en materia penal y la parte vital de los principios de la

opuesta Escuela positiva encuentran una feliz síntesis que constituye, en sus resultados legislativos y en sus manifestaciones prácticas, un ejemplar progreso desde el punto de vista jurídico y humano en la vida italiana y también un modelo para otros países. El Estado es una entidad tan potente y solemne que repudia el concepto de la venganza con respecto al individuo. Sin embargo, tiene el deber de defender a la sociedad. La pena responde precisamente y está determinada por el concepto de defensa social, concepto que no se ve contradicho de ningún modo por el de la corrección y la recuperación de los culpables, siempre y cuando esto sea posible, respondiendo también ello a un fin netamente social. En la sesión posterior se presentó en la Sección de Ciencias Jurídicas la siguiente moción, que resultó aprobada por unanimidad: "Se hace voto de que, tras las discusiones que tuvieron lugar en la sesión del 29 de septiembre del año XX y las declaraciones del Duce, se les dé valor, con una actividad específica, a los estudios dirigidos a precisar los medios con los que hacer realidad, en el campo científico y práctico, el concepto de la defensa social en la lucha contra la criminalidad".

beranía del Estado, tal y como la potestad punitiva, no puede ser determinado con precisión si no es encuadrándolo en la concepción política de Aquel que en un régimen totalitario es la mente y el corazón de la Nación, el espíritu animador y propulsor de todo aspecto de la vida de la comunidad popular. La interpretación misma del Derecho positivo, también restringida al ámbito de las necesidades históricas y prácticas inmediatas de la aplicación de la Ley, exige el conocimiento de los criterios que inspiran en su acción de gobierno a la voluntad suprema que el destino ha puesto al timón del Estado.

A partir de estas consideraciones, de carácter no ya político, sino estrictamente técnico-científico, me proponía desde hace tiempo estudiar cuál es exactamente la concepción que el Duce de la nueva Italia tiene de la función punitiva. Pues bien, en el momento de publicar el resultado de mis investigaciones, siempre me he detenido debido a que era consciente de no tener ningún derecho a hacerme intérprete de su pensamiento. Es cierto que mi reconstrucción se basaba en algunas manifestaciones expresas de su pensamiento, las cuales indicaré más adelante, pero no obstante, ¿cómo alejar el temor de un eventual error en la comprensión de las mismas? Sin embargo, recientemente —habiéndome concedido la benevolencia del Duce una entrevista— he aprovechado la ocasión para dirigirle algunas preguntas que sirvieran para disipar toda incertidumbre. De manera que todo lo que será aquí expuesto tiene mayores probabilidades de no estar lejos de la verdad.

Como ya he dicho, ya existían manifestaciones de su pensamiento que no dejaban dudas al respecto. Y de hecho, al dictar el Programa del Partido Fascista, Él había escrito:

“Se promueven los medios preventivos y *terapéuticos* de la delincuencia [nótese: medios *terapéuticos*, sólo esta frase es ya un programa audaz]. *La pena, medio de defensa de la sociedad nacional lesionada en el Derecho, debe cumplir normalmente la función de intimidación y corrección*; los sistemas penitenciarios, en virtud de la segunda función, deben ser mejorados y socialmente perfeccionados”.

Pues bien, todo el que conozca el desarrollo histórico de las doctrinas penales y recuerde las luchas entre las distintas tendencias científicas,

comprenderá fácilmente el significado de dicha declaración. Como es bien sabido, las teorías sobre la función de la pena se reducen a dos fundamentales: por un lado, las llamadas *absolutas*, que asignan a la pena la función de *retribución moral* (*punitur quia peccatum est*) y las *relativas*, que consideran la pena como medio para un objetivo, en concreto un medio de *defensa* contra el peligro de que se cometan delitos (*punitur ne peccetur*). Estas últimas se subdividen según si identifican dicha defensa en la *prevención general* (intimidación de la población general) o en la *prevención especial* (corrección, reeducación, eliminación, etc.), o bien si acogen ambas funciones preventivas, coordinadas la una con la otra.

Así las cosas, ¿cómo se puede dudar de que la concepción del Duce coincide sustancialmente con la teoría mencionada en último lugar? No se alude, ni siquiera lejanamente, a la venganza retributiva, sino únicamente a la defensa implementada por medio de la intimidación y la corrección. La certeza sobre este pensamiento es aun mayor al recordar lo que se dice expresamente en el Informe al Rey que acompaña el nuevo Código penal:

“*Según la concepción fascista (que en ello está vinculada con la tradición propia de Romagnosi y de Carmignani, recuperada —aunque con exageraciones evidentes— por la Escuela criminal antropológica), el derecho a castigar no es sino un derecho de conservación y de defensa propio del Estado, que nace con el propio Estado, análogo pero sustancialmente distinto del derecho de defensa del individuo y que tiene como objetivo asegurar y garantizar las condiciones fundamentales e indispensables de la vida en común.*”

Quien quisiera negar el valor decisivo de estas afirmaciones sobre el criterio fundamental que fundamenta la legislación penal fascista demuestra sólo que los prejuicios impiden la visión de lo que resulta evidente. No se olvide que el Informe al Rey que acompaña al Código no es la expresión del pensamiento individual de uno de tantos que colaboraron en la preparación de la obra legislativa, sino que es la síntesis definitiva, tal y como resulta de la ponderación de los distintos y a veces opuestos puntos de vista, es la consagración solemne de la decisión tomada por el legislador sobre el criterio que inspira la

voluntad de la Ley. Pues bien —no siendo ni siquiera lejanamente imaginable que un Ministro de Justicia escribiera dichas palabras sin asegurarse de que corresponden con el pensamiento profundo de Aquel que es el más alto guía del Régimen— el hecho es que las mismas cuentan con la firma del propio Duce, el cual, dado que marca las directrices de toda actividad nacional, con mayor razón no puede haber descuidado el control sobre el modo de realización de la gran reforma penal fascista.

Si se tienen además en consideración algunos institutos introducidos en la nueva legislación, se deberá estar de acuerdo en que sólo un espíritu fanático puede inducir a no reconocer la significación que los mismos tienen: la plena responsabilidad de los reos en estado de embriaguez total, incluso sólo culposa; la figura del delincuente por tendencia; la responsabilidad meramente objetiva sancionada en algunos casos, etc., pese a los esfuerzos a veces infantiles realizados por interpretarlos de manera deformada, son pruebas más que elocuentes de la concepción relativista acogida por el Código. Y como si ello no fuese suficiente —sólo tres años después de la entrada en vigor del mismo— ha tenido lugar la valiente y oportuna reforma, promovida por el Ministro De Francisci, sobre la delincuencia de menores, que ha demostrado de nuevo cuál es la concepción fascista de la represión penal. Desde hace varios decenios la Escuela clásica inspiraba la legislación italiana y nunca se le había ocurrido realizar una reforma así, mientras que la tendencia moderna la había invocado desde su surgimiento. Y mientras que algunos, escondiendo mal su desaire, llegaron incluso a poner en duda su constitucionalidad, nosotros la saludamos con júbilo y afirmamos su carácter *casi revolucionario*. Pero el Ministro De Francisci fue incluso más explícito al respecto, al declarar en la Cámara: “*Esta ley tiene un carácter revolucionario*”. Y ciertamente ello no tuvo lugar sin el conocimiento del Duce.

Pero la fuente más explícita del verdadero pensamiento de Éste sobre la función de la pena se encuentra en algunas declaraciones que Él mismo tuvo la ocasión de hacer hablando con un periodista extranjero y a las que se hará referencia más adelante. Por ahora bastará poner de relieve que, sobre la base de lo que se ha dicho hasta ahora, e integrándolo con lo que escribió en la

entrada *Estado* de la Enciclopedia Treccani, en la que su filosofía se acerca a la del Idealismo absoluto, e integrándolo también con lo que dijo en el gran discurso sobre el Tratado de Letrán sobre las respectivas competencias de Iglesia y Estado, sería posible reconstruir su concepción penal sin excesiva dificultad. Pero, queriendo cumplir con entera responsabilidad mi deber, he creído necesario recurrir a la fuente directa y es por ello por lo que he tenido el valor de consultar al Duce.

Pues bien, las declaraciones que he recibido son de tal naturaleza que asumen una *valor histórico* para nuestra disciplina. Y de hecho las mismas excluyen cualquier posibilidad ulterior de equívoco y terminan de manera definitiva toda discusión sobre los criterios informadores de la legislación penal fascista. El intérprete podrá conocerlos por fin y quien tenga una visión distinta podrá muy bien asumir una actitud crítica con respecto a los mismos, pero no se le permitirá presentar las propias opiniones personales como principios de la legislación vigente.

He aquí, por lo tanto, el informe fiel de la entrevista que he mantenido con el Duce.

Yo le hacía llegar como obsequio algunas de mis recientes publicaciones. Él las ha examinado rápidamente una a una y me había pedido explicaciones sobre las teorías que sostengo. Le dije particularmente que, como partidario de las modernas tendencias en las ciencias criminales, había intentado liberar a las mismas de la filosofía del materialismo y del positivismo, convencido de la necesidad de dar al problema un carácter *técnico*, que pueda ser acogido por los seguidores de cualquier sistema filosófico y religioso.

—Me gustaría poder leer todos estos escritos —dice— sin embargo, por desgracia, no tengo tiempo. Pero este sobre la concepción penal de Antonio Rosmini me interesa de modo particular y ciertamente lo leeré. ¿Tratáis del Roveretano?

—Exactamente, y demuestro que el gran filósofo, pese a ser un sacerdote, sostuvo que la pena no puede tener función de retribución moral, sino sólo la de defensa. Es decir, el tiene las mismas ideas que Usted. Es más, a este respecto, me gustaría pedirle autorización para escribir un estudio sobre la función de la pena tal y como Usted la concibe.

—¿Cree de verdad que lo que he dicho sobre este tema pueda constituir objeto de un estudio científico?

—No sólo lo creo, sino que lo considero necesario. En nuestro campo se desencadenan todavía las luchas entre escuelas. Para poner fin a las mismas —al menos en lo que concierne al Derecho italiano— es necesario dar a conocer de una vez, de forma definitiva, cuál es su pensamiento al respecto. En el Programa del Partido Fascista Usted ha escrito que la función de la pena es la de *defensa*, la cual se implementa mediante la *intimidación* y la *corrección*. En estas palabras está la síntesis de la más moderna concepción penal y es también lo que yo sostengo.

—Me parece que no puede haber dudas sobre este punto —dice.

—Pero Usted sabe que algunos opinan, por el contrario, que la pena debe tener la función de retribución moral...

—Eso es metafísica —declara Él inmediatamente. Y su juicio es expresado con voz clara, categórica y cortante.

—Nuestros adversarios quieren que el juez investigue si y en qué medida la conducta del reo debe ser adscrita a su libre culpa...

—Los razonamientos filosóficos no tienen nada que ver. No se soluciona con ellos los problemas penales —comenta.

—Y sin embargo quienes opinamos que la función de la pena debe consistir en la defensa y que se debe *prescindir* del libre albedrío, aunque no lo neguemos, somos tildados de subversivos y enemigos de la religión.

—Cuando el Estado se inmiscuye en cuestiones que conciernen a la religión se está desviando de sus competencias específicas.

—Es eso precisamente lo que afirma Antonio Rosmini. El juez humano no es capaz de distinguir, en medio de la maraña inmensa de las causas que influyen en la génesis del delito, si y en qué medida dicho origen puede deberse a la libertad moral. Sólo Aquel que escruta los corazones y las mentes de los hombres puede realizar dicho juicio. Pero el Estado debe únicamente defenderse. El Estado no es la Iglesia y tiene competencias distintas, que son de naturaleza terrenal.

—El gobernante —declara el Duce— debe proceder a asegurar la existencia de la polis, una polis que en este caso extiende su ámbito a 45 millones de hombres. Esta es su tarea y la función de la pena debe ser determinada en virtud de dicha tarea.

—Usted ha dicho que el objetivo de la defensa se verifica de dos modos: con la intimidación y con la corrección.

—El modo cuenta poco.

En verdad, no comprendí en seguida qué quería decir con las palabras "*El modo cuenta poco*". El Duce advierte que no he entendido y repite:

—El modo no cuenta. Lo esencial es que quien ha cometido un delito no pueda cometer otros. Si este objetivo se puede obtener con el menor sufrimiento, tanto mejor. En Cerdeña están los reclusos "*excarcelados*", como dicen allí. Es decir, son prisioneros a los que se les permite ir libremente por el pueblo y cumplen así con su trabajo.

—Lo sé porque he sido profesor en Cagliari y he visto a los prisioneros salir del establecimiento penitenciario por sí solos, sin ser acompañados por agentes de custodia.

—Es posible además—continúa—que el Estado mire por obtener la recuperación social de los reos para convertirlos de nuevo en elementos útiles para la sociedad.

Entonces entendí ciertamente a qué aludía el Duce con aquella expresión. Yo había puesto el acento en la intimidación como medio de defensa. Y por el contrario Él quería decir que también la intimidación es secundaria. Pero ¿cómo podía entenderlo en un principio? ¿No nos han dicho que, por ser autoritario el Estado fascista, es necesaria la severidad de las penas? Y por el contrario el pensamiento del Duce es de lo más moderno y humano que se pueda imaginar: defenderse, pero intentando reducir el sufrimiento al mínimo y teniendo como posibilidad la recuperación social de los reos. Quien conoce las teorías penales que sostengo, imaginará fácilmente lo que pasaba por mi ánimo al oír estas declaraciones.

Pero la paciencia del Duce es tan grande y su benevolencia con la que me habla es tan alentadora que oso plantear otra pregunta:

—Con ocasión de una conversación que Usted mantuvo hace algunos años con un periodista extranjero trató también de problemas penales e hizo unas afirmaciones tan explícitas que eliminan cualquier posibilidad de duda sobre su verdadero pensamiento sobre la función punitiva. ¿Podría autorizarme a reproducir esas declaraciones? He aquí una copia que he realizado de las mismas.

El Duce coge el folio y lo lee. Cuando ha terminado me lo vuelve a dar, diciendo con tono categórico:

—No sólo no reniego de estas afirmaciones, sino que las confirmo y os autorizo a reproducirlas.

Y yo me acojo precisamente a esta autorización para reproducir aquí, sin modificación ni añadidura alguna, el diálogo, tal y como se desarrolló.

El periodista comenta la pena de muerte y pregunta:

—¿Por qué Usted la ha reintroducido?

—En los últimos tiempos en Italia había aumentado de forma terrible el número de delitos graves: por cada cien que tenían lugar en Inglaterra, aquí había quinientos.

—Entonces a Usted no le han movido motivaciones éticas ni religiosas.

—¿Religiosas? —preguntó él sorprendido— La religión no puede reconocer este castigo.

—¿Según qué Testamento? —dije yo— El Viejo dice: “ojo por ojo, diente por diente”. E. Masaryk, cuya estatura moral Usted me confirmó, está a favor de la pena de muerte por razones puramente morales. Incluso me ha explicado que los delitos capitales no han disminuido con esta medida y que por lo tanto no quiere proponer con ello ninguna defensa social, sino que quiere únicamente vengar el delito de sangre.

—Entonces nosotros hacemos lo mismo, pero por motivos distintos —dijo Mussolini— Yo me dejo guiar en dicha cuestión sólo por reflexiones sociales. ¿No fue Santo Tomás el que dijo que es

necesario cortar un brazo gangrenoso con tal de que no muera todo el cuerpo?

Ciertamente, no necesito comentar punto por punto estas declaraciones del Duce. Todo el que conoce las controversias que dividen las distintas tendencias en el campo de la ciencia penal, y no sólo en Italia, comprenderá fácilmente el significado decisivo de las mismas. No son motivos éticos o religiosos los que ha hecho restablecer la pena de muerte en Italia, sino sólo los mismos motivos que informan la legislación penal del Estado fascista, es decir, la defensa contra la criminalidad. Y si Masaryk ha seguido, por el contrario, otros criterios, que son precisamente los de la retribución moral, Mussolini declara, con una precisión que no puede dejar lugar a dudas, que él ha actuado “*por motivos distintos*”. Por lo tanto, el rechazo de la lúgubre doctrina de la venganza retributiva, camuflada en pretextos éticos, es neto y categórico. “*Yo me dejo guiar en dicha cuestión sólo por reflexiones sociales*”. Y es este verdaderamente el criterio que debe inspirar a un gobernante que no confunda la propia misión con la del confesor.

El Duce me dijo otras cosas para ilustrar su pensamiento sobre la función penal, las cuales no podría repetir aquí fácilmente con la debida precisión; pero lo que he reflejado me parece más que suficiente para resolver los dos problemas que he mencionado en un principio. Y la solución es la siguiente: el sistema del Derecho penal vigente debe reconstruirse asignando a la pena la función de la defensa, dejando que los filósofos continúen discutiendo sobre el libre albedrío. Por lo que respecta a la tendencia según la cual se está transformando el Derecho penal de todos los Estados, no sólo sigue Italia, en lo fundamental, la misma dirección, sino que pretende dar ejemplo, continuando en la función que ha cumplido hasta ahora de maestra del Derecho penal. Dicha voluntad ha sido demostrada también recientemente al delinear el Ministro de Justicia las mejoras que debían ser introducidas en el Código Rocco para que la legislación italiana sea, también en el futuro, luz de civilización para el mundo.

De esta manera, el pensamiento y la obra de gobierno de Benito Mussolini se presentan como la directa continuación de la más gloriosa tradición penal italiana, es decir, la continuación del

pensamiento de Beccaria, de los hermanos Verri, de Romagnosi, de Filangeri, de Carmignani, de Antonio Rosmini, de Cattaneo, de Garofalo y de Enrico Ferri. Y además el problema de la prevención y de la represión penal no podía tener una solución distinta por parte de un estadista como el Duce, acostumbrado a analizar los hechos so-

ciales en la profunda complejidad de sus causas, con sentido de realismo y, al mismo tiempo, de sana humanidad.

Él es en verdad Aquel sobre el que el poeta dijo que *“le fonti dell’universa vita ebbe in suo cuore”*. ♦

.....