

El Derecho jurisprudencial penal

Colisiones verdaderas y aparentes con la legalidad y sanciones por ilícitos interpretativos

Massimo Donini

Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia

Abstract

El trabajo analiza el concepto, el desarrollo actual y casos paradigmáticos del Derecho jurisprudencial penal, en relación a las cuestiones de la jurisprudencia-fuente, del precedente, y de los límites constitucionales de la reserva de ley, la taxatividad y la prohibición de la analogía. La consolidación de la categoría del ilícito interpretativo por violación del principio de irretroactividad de las modificaciones (o de los productos) jurisprudenciales imprevisibles, pero legítimos, se analiza, por lo tanto, en relación a los casos sustraídos a dicho principio (Derecho-concretización e individualizador, es decir, analogía oculta) y a aquéllos que, en cambio, están sometidos a él, en la distinta incidencia de la regulación de la ignorantia legis y del papel nomofiláctico de las Secciones Unidas y de las Cortes supremas. El estudio concluye con una revisión reconstructiva de la relación entre previsibilidad del Derecho y silogismo judicial.

Der vorliegende Beitrag thematisiert den Begriff, die gegenwärtige Entwicklung sowie die wichtigsten Fälle des strafrechtlichen richterlichen Rechts. Dabei werden die Fragen der Rechtsprechung als Quelle, des Präzedenzfalls sowie der verfassungsrechtlichen Grenzen des Gesetzesvorbehalts, des Bestimmtheitsgebots sowie des Analogieverbots angegangen. Die Konsolidierung der Kategorie des Auslegungsunrechts durch den Verstoß gegen das Verbot der rückwirkende Anwendung von unvorhersehbaren, jedoch legitimen richterlichen Änderungen bzw. Auslegungen wird deshalb anhand der Fälle thematisieren, die diesem Verbot entgehen (verborgene Analogie), sowie der Fälle, die sich an dieses Verbot halten, anhand der unterschiedlichen Auswirkung der Regelung der ignorantia legis sowie des von den Secciones Unidas sowie den höchsten Gerichtshöfen geleisteten Normenschutzes. Schließlich wird eine neue Formulierung der Beziehung zwischen Vorhersehbarkeit des Rechts und richterlichem Syllogismus vorgeschlagen.

This paper aims to analyze the concept, the contemporary developments and the paradigmatic cases from the case law in criminal offenses. This will be done by relating such case law to the jurisprudence-source, to the cases, to the constitutional restraints of the legal reserve, to the principle of legal clarity and to the prohibition of analogy. The strengthening of a category such as the interpretive illicit derived from the violation of the principle of non-retroactivity of the unforeseeable, but legitimate, case law changes, is submitted to the analysis in relation to the cases excluded from such principle (law-in-force and individualized, that means, hidden analogy). It is also analyzed with reference to cases that, on the other hand, are submitted to the principle, regarding the different regulation of the ignorantia legis and to the role of protector of the law that holds both the United Sections and the Supreme Courts. The study concludes with a constructive revision of the relation between foreseeability of the Law and the judicial syllogism.

Titel: Das richterliche Strafrecht: wirkliche und Scheinkollisionen mit dem Legalitätsprinzip und Sanktionen für die Übertretung der Auslegungsgrenzen.

Title: The jurisprudential criminal law: true and perceived conflicts with legality and the sanctions for interpretative illicits.

Palabras clave: conflicto de legalidad, interpretación jurisprudencial, desconocimiento de la ley, papel de las cortes.

Stichworte: Richterliches Recht, Rechtsprechung, Bestimmungsgebot, Rückwirkungsverbot, rückwirkende Anwendung von richterlichen Auslegungen, Präzedenzfall

Keywords: legality conflicts, interpretation of the law, binding jurisprudence, ignorance of the law, role of the Courts.

Sumario

1. Premisa garantista sobre el *rule of law* y su relación con las decisiones y las *rationes*
2. Jurisprudencia y doctrina
3. Derecho jurisprudencial y Derecho doctrinal
4. "Disposición" y "norma"
5. Derecho-fuente y Derecho concretización
6. La legitimidad de las concretizaciones que producen extensiones aplicativas correctas de la norma y que *de facto* "reescriben" la disposición. El ejemplo de la exacción ilegal (concusión)
7. De la concretización extensiva de la disposición a la extensión directa: la analogía *in malam partem* y su carácter frecuentemente oculto
8. A modo de intermezzo. La persistente aplicación extensiva de las leyes penales. El Derecho como operación lógica y el Derecho como instrumento de lucha
9. Tres casos de analogía declarada. Corrupción para la función, enfermedad-accidente, ondas electromagnéticas
10. De la analogía en sentido estricto a la creación de tipos abiertos. El caso de las catástrofes innominadas y de la cooperación externa en los delitos asociativos
11. La esencia del caso Contrada en la reconstrucción del TEDH
12. Por qué la participación externa es una institución que construye una forma nueva de participación asociativa, *excluida* por el art. 416 bis CP
13. Sigue. El ilícito interpretativo de la aplicación retroactiva de un nuevo tipo de la Parte Especial debida a su atipicidad con anterioridad a un pronunciamiento acreditativo-constitutivo de las Secciones Unidas
14. Los vínculos europeos con la jurisprudencia-fuente y las oscilaciones imprevisibles de la jurisprudencia entre la concretización individualizadora y la interpretación generalizante
15. Los límites de la causa de exclusión de la culpabilidad (subjctiva y en ciertos casos también objetiva) de error invencible sobre la licitud de la conducta (art. 5 CP): cuándo es aplicable y cuándo sería un *subterfugio* ante un vicio de legalidad.
16. ¿No está de actualidad Beccaria? Carácter político de la interpretación vs. necesidad del silogismo judicial (*ex post*) y del "previsor" (*ex ante*)
17. La previsibilidad de la ley, antes que la de las decisiones. Certeza *vs.* mera previsibilidad
18. Concepto formal y material de jurisprudencia-fuente
19. La "consolidación" del Derecho jurisprudencial y la protección frente a los riesgos del conformismo judicial de carácter burocrático
20. Tabla de jurisprudencia citada
21. Bibliografía

“Ahora hay también oficios, como el de juez, soberanos para decidir en casos en los que la ley es incapaz de pronunciarse con exactitud: pero allí donde es capaz, nadie duda de que la ley los regulará y decidirá de la mejor manera. Ahora bien, puesto que cabe que algunos casos sean contemplados por la ley y otros no, ya esto mismo hace dudar y preguntarse si es preferible que rija la mejor de las leyes o el mejor de los hombres, porque entre las cosas imposibles se encuentra el establecer una ley sobre todo aquello sobre lo que se decide”.

ARISTÓTELES, *Politica*, III, 16, 1287 b

1. Premisa garantista sobre el rule of law y su relación con las decisiones y las rationes

El Derecho no coincide con el comentario jurisprudencial¹.

Lo que nos diferencia del *common law* “clásico” (pues el contemporáneo está ya muy mezclado y ha experimentado una gran transformación por obra de la legalidad formal), en el que también está consagrada desde hace siglos la exigencia de *rule of law* que contrapone el gobierno de las normas (también de las consuetudinarias) al gobierno de los hombres², es que no hemos reducido el Derecho a dos cosas separadas: filosofía del Derecho por un lado (comprensiva de nuestra teoría general del Derecho) y resolución de casos paradigmáticos por otro. Tenemos también un principio de legalidad parlamentaria, y contamos, asimismo, con una conexión entre el sistema legislativo y el aplicativo garantizada por un saber hermenéutico y de teoría general que sirven de *gramática común* a los operadores jurídicos.

* Texto traducido por Ana María Prieto del Pino, profesora contratada doctora de Derecho penal de la Universidad de Málaga. Original italiano (“Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell’illecito interpretativo”) publicado en *Diritto penale contemporaneo. Riv. Trim.*, (3-39), 2016.

¹ Baste para ilustrar la idea con poner el ejemplo de un código –texto de la ley– sólo complementado por la jurisprudencia y el de un código que contenga, además, comentarios doctrinales. El complemento jurisprudencial *sin código* sería materialmente el *common law*, aunque, en realidad, ni siquiera podría realmente sustituirlo, dado que ese complemento está integrado por (repetidas, numerosas y con frecuencia superfluas) *máximas* más que por (concretos y paradigmáticos) *precedentes* (con su específica *ratio decidendi*). Sobre la distinción entre precedente y máxima, véase por todos TARUFFO, «Precedents in Italy», en HONDIUS, *Precedent and the Law*, 2007, pp. 177 ss., 181 s.; EL MISMO, *Precedente e giurisprudenza*, 2007; SUMMERS/TARUFFO, «Interpretation and Comparative Analysis», en MACCORMICK/SUMMERS (ed.), *Interpreting Precedent. A Comparative Study*, 1997, p. 489.

² Un tema ya abordado, en estos términos, en PLATÓN, *Politico*, 294, 297d-e, 300a-c, ya antes que en ARISTÓTELES, *Politica*, 1287, a-b. Sobre la historia del *rule of law* en la tradición de lengua inglesa, desde DICEY en adelante, BINGHAM, *The Rule of Law*, 2011, pp. 10 ss.; véase también DONAIL, *Rule of law, Common Law: Lineamenti*, 2010, pp. 23 ss., 101 ss., y con un enfoque actual internacional PALOMBELLA, *È possibile una legalità globale? Il Rule of Law e la governance del mondo*, 2012, *passim*. Sobre la posible tensión entre *Rule of Law* y *Common Law*, véase el ensayo de STEILEN, «On the Place of Judge-made-Law in a Government of Law», *Buffalo Legal Studies Research Series*, (13), 2016. Profundizaciones posteriores en VIOLA, *Rule of law. Il governo della legge, ieri e oggi*, 2011; TAMANHA, *On the Rule of Law. History, Politics, Theory*, 2004.

Esta *gramática común*, que hoy día se articula también gracias a las Cortes supremas a través del Derecho supranacional, como el Estatuto de Roma³ y, en el caso de Europa, a través de los tratados de la UE, de la Declaración europea de los derechos, de la Convención europea de los derechos del hombre, y del conjunto de las garantías presentes en las Constituciones, constituye un *médium distinto* de los usos jurisprudenciales complementados por las discusiones sobre los fines de la pena y las filosofías morales. En el *civil law*, la teoría jurídica del delito viene realizando esta tarea desde hace más de un siglo⁴.

Históricamente, por otra parte, para alcanzar ese objetivo sintáctico, lingüístico y cultural hemos realizado lo que al comienzo del s. XX se denominó la “*eutanasia de la filosofía del Derecho*”⁵, es decir, la construcción de una teoría jurídica general (*allgemeine Rechtslehre*) o teoría general del delito (*allgemeine Verbrechenslehre*) que ha sustituido a su filosofía y la ha convertido en “*técnica*”⁶. De ahí el tecnicismo y la elaboración de Partes Generales que, desde siempre, han generado el efecto, verdaderamente no siempre positivo, de neutralizar los temas filosóficos dentro de la reflexión sobre el delito⁷; pero que también han cumplido la función de limitar el poder jurisprudencial en la lectura y aplicación de las figuras delictivas, así como la de elaborar principios supraordenados; los cuales, sin embargo, sólo a partir de la segunda posguerra mundial han conocido un desarrollo verdaderamente intenso.

2. Jurisprudencia y doctrina

Tenemos en nuestro ADN un depósito de doctrinas, de categorías, de principios organizados sistemáticamente que constituyen el *know-how* del saber penal que el legislador y el magistrado deben respetar. Sin embargo, *desde hace algún tiempo, una parte de la propia jurisprudencia se considera a sí misma la constructora de esa gramática, de ese know-how*⁸: es ella, una y trina, la que concreta las

³ Sobre la importancia del Estatuto de Roma y de la comparación entre sistemas jurídicos para la construcción de una gramática común internacional, FLETCHER, *The Grammar of Criminal Law, american, comparative and international*, t. I, 2007, VIII ss., pp. 79 ss., 221 ss.

⁴ Con un carácter más general, sobre el distinto papel que desempeña la doctrina en los sistemas de ley escrita y Derecho consuetudinario, cfr., en clave histórica, VAN CAENEGEM, *Judges, Legislators and Professors. Chapter in European Legal History*, 1987 (existe traducción al italiano: *I signori del diritto. Giudici, legislatori e professori nella storia europea*, 1991). En relación al sistema penal estadounidense, posterior, recuerdo las conclusiones lapidarias de Markus DUBBER, en el sentido de que no existe una “*criminal law doctrine*” elaborada por los profesores de *common law* (y correspondiente con la teoría general del delito o con la dogmática penal), mientras que sí existe una doctrina de *common law* elaborada por el legislador y los jueces: DUBBER, «Die Anspruchslosigkeit des awissenschaftlichen Strafrechts», *ZStW*, (121), 2009, pp. 977 ss., que concluye luego que “no existe una ciencia penal americana (...) la influencia de la ciencia penal americana en la praxis penal, por lo tanto, expresado brevemente, o está ausente o es nociva” (p. 984). Obviamente, se puede confrontar este juicio un poco falto de generosidad con el ejemplo de la obra de George FLETCHER citada en la nota anterior (y con su extraordinaria producción de teoría general, muy nutrida también de *Philosophy of law*). Pero es cierto, también, que FLETCHER, americano de origen europeo y formación alemana, no es la representación del *common lawyer* “normal”.

⁵ Según la definición de RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, 8ª ed., 1973, p. 110.

⁶ Se ilustra sobre estos recorridos históricos en DONINI, «Teoría del reato», *Dig. Disc. Pen.*, (14), 1999, pp. 228 ss., 234 ss.

⁷ Páginas fuertemente críticas sobre la cuestión (respecto a las conocidas posiciones antifilosóficas de MANZINI) en FERRAJOLI, *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, 1999, pp. 31 ss.

⁸ Puede encontrarse la descripción del fenómeno en DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale*, 2011, cap. I, especialmente pp. 43 ss., 49 ss.; EL MISMPO, «“Sistema” delle fonti penali e garanzie giurisdizionali in un'Europa

normas más allá del dictado legislativo al que, con frecuencia, contribuye de forma relevante en sede de comisiones ministeriales, las aplica en sede judicial y, al hacerlo, establece el estatuto cognoscitivo, explicándoselas al pueblo y a los profesionales del sector. También a nivel filosófico se ha considerado a la *Supreme Court* como la expresión de la “razón pública”, de la *public reason*, ya que ésta *motiva* las normas⁹, a diferencia del legislador tradicional (*auctoritas, non veritas facit legem*), al cual no le viene impuesta la motivación de la ley.

Este es el problema de los tiempos actuales: la unificación de los poderes en el judicial. El controlador-ejecutor co-establece las normas a todos los niveles, las explica y las razona. El vértice, por lo tanto, lo ocupa “el juez de las leyes”. Y, colaborando con él, hay además otras cortes que interpretan las fuentes para-constitucionales y supra-constitucionales.

Resulta evidente, por lo tanto, que hay que salvar ya a la jurisprudencia-fuente de su indiscutible éxito, que llena el vacío de la crisis y de la incapacidad del poder legislativo, pero que representa, y no sólo para el penalista, un “problema constitucional”.

Hay aún un número significativo de estudiosos que sigue escribiendo tal vez sobre cuestiones ideales eternas, con mayor frecuencia sobre problemas únicamente actuales, pero sin “cronometrar la distancia” que hay entre la crónica de sucesos y las reflexiones meditadas y no sujetas cronológicamente al ritmo cotidiano. Por el contrario, aquella parte de la doctrina que ha decidido medirse sobre todo con los problemas de la interpretación ordinaria de las disposiciones legales más discutidas a nivel aplicativo, debe protegerse a su vez del riesgo de no representar bien el saber científico, de socavar su autoridad: el saber científico-académico mantiene de hecho una especificidad propia en la medida en que cultiva perspectivas de sistema, verificadas también en términos de racionalidad general y comparada o histórico-comparada.

Como tampoco constituye el *proprium* de la jurisprudencia esa visión generalizante e histórico-comparada (“ensayística”) que se adapta mal a la decisión común y rápida de los casos, que sólo es patrimonio cultural del concreto juzgador.

Aunque es innegable que estas diferencias constitutivas hoy día se han atenuado, continúan siendo válidas¹⁰.

coordinata dal potere giudiziario», en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dirs.), GÓMEZ MARTÍN (coord.), *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*, 2012, pp. 179 ss.

⁹ “In a constitutional regime with judicial review, public reason is the reason of its supreme court”: así, RAWLS, «The Idea of Public Reason», en EL MISMO, *Political Liberalism*, 1993, pp. 213 ss., 231; cfr. EL MISMO, «The Idea of Public Reason Revisited», en EL MISMO, *The Law of Peoples*, 2002, pp. 131 ss.

¹⁰ Lo que se expone en el texto ilustra la medida de la distancia temporal respecto del momento en el que GORLA, a la sazón de 1970, redactó su voz clásica «Giurisprudenza», *Enciclopedia del Diritto*, t. XIX, 1970, pp. 489 ss., posteriormente en EL MISMO, *Diritto comparato e diritto comune europeo*, 1981, 263 ss.

3. Derecho jurisprudencial y Derecho doctrinal

El Derecho jurisprudencial¹¹ es aquél que se determina, se establece, se organiza y se consolida en las sentencias de cualquier nivel jurisdiccional pero, sobre todo, el que se consolida en sentidos interpretativos repetidos, tanto más importantes cuanto más alto sea el escalón en el que se encuentran, porque es allí donde ese Derecho comienza a cristalizar como jurisprudencia-fuente. En cuanto al *civil law*, por lo demás, donde no rige (o es bien distinto) el *stare decisis*, son máximas y sentencias, más que precedentes, los casos que lo integran. Mientras que otros jueces tengan libertad para valorar y derogar este "Derecho", el mismo expresa una *doctrina jurisprudencial*, en la medida en que esté realmente motivado y no haya sido meramente decidido apelando a la autoridad de decisiones precedentes de mayor rango.

Obviamente, también existe un *Derecho doctrinal* de los estudiosos que, en principio, no es distinto del jurisprudencial que no es fuente, salvo por dos diferencias de fondo. Por una parte, el Derecho doctrinal es considerado fuente privada o, mejor, conocimiento u opinión privada de cada uno de los autores de la literatura jurídica, mientras que el jurisprudencial es un Derecho de órganos públicos. Por otra parte, el Derecho doctrinal tiende a ser más general y abstracto que el jurisprudencial, a ser concebido para un número de casos más amplio que el establecido en cualquier sentencia.

Ahora bien, en ambos casos (de Derecho no fuente sino concreción) se trata de Derecho, es decir, de elemento cognoscitivo y no simplemente imperativo de la ley: la ley no se explica a sí misma

¹¹ Por todos, sin salir de la literatura italiana, BIGIAVI, *Appunti sul diritto giudiziario*, 1989; LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, 1975, pp. 470 ss.; ORRÙ, *Richterrecht*, 1985, pp. 100 ss.; BIN, *Il precedente giudiziario*, 1995; VISINTINI, *La giurisprudenza per massime e il valore del precedente con particolare riguardo alla responsabilità civile*, 1988; ZACCARIA, *Ermeneutica e giurisprudenza. Saggio sulla metodologia di Joseph Esser*, 1984, cap. II; ROSELLI, «Dovere di conoscere la giurisprudenza», en BESSONE, *Interpretazione e diritto giudiziale*, 1999, pp. 268 ss.; MARINELLI, *Ermeneutica giudiziaria. Modelli e fondamenti*, 1996, pp. 235 ss., 246 ss., 276 ss. Con referencia específica al derecho penal, FIANDACA, «Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale», en PALAZZO (ed.), *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*, 2001, pp. 299 ss., 303 s. (también en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, pp. 353 ss.); EL MISMO, «Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione», *Cass. pen.*, 2005, pp. 1722 ss., 1736 s.; EL MISMO, *Sistema penale in transizione e ruolo del diritto giurisprudenziale*, 1997; CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, 1999, *passim*; DONINI, «Le garanzie istituzionali della legalità penale e un nuovo ruolo della Corte di Cassazione: a fianco o al posto del vecchio?», *Cass. Pen.*, 2002, pp. 1165 ss.; EL MISMO, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, 2004, cap. VI; EL MISMO, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, 2011; VIGANÒ, «Riflessioni conclusive in tema di 'diritto penale giurisprudenziale', 'partecipazione' e 'concorso esterno'», en PICOTTI/FORNASARI/VIGANÒ/MELCHIONDA (eds.), *I reati associativi: paradigmi concettuali e materiale probatorio. Un contributo all'analisi e alla critica del diritto vivente*, 2005, pp. 280 ss.; BORSARI, *Diritto penale, creatività e co-disciplinarietà*, 2013, *passim*. Véase también el Debate titulado «Verso un equivalente funzionale della riserva di legge?», *Criminalia*, 2011, pp. 77 ss. con intervenciones de GIUNTA, FIANDACA, GARGANI, GROSSO; así como «Il punto su: La legge del giudice penale: a proposito di fonti e interpretazione», *Criminalia*, 2012, pp. 261 ss., con intervenciones de BRICCHETTI, DI GIOVINE, INSOLERA, MOCCIA, VELLUZZI, ZANON. Y también en «Tavola rotonda: Le due legalità: quale convivenza nel diritto penale?», *Criminalia*, 2013, pp. 205 ss., con intervenciones de DE MAGLIE, FIANDANESE, RIONDATO, MAIELLO, VALLINI. Por último, el debate sobre «Garanzie e garantismo», *Criminalia*, 2014, pp. 91 ss., con intervenciones de DI MARTINO, MORELLI, FERRAJOLI, PINO. Cfr., asimismo, los numerosos años (desde los años 80 del siglo pasado) dedicados al "precedente" por la revista *Contratto e Impresa*.

cuando ordena algo, mientras que el Derecho contiene la *ratio* intelectual, política y jurídica de la ley.

Obviamente, la parte de la doctrina que puede ser “Derecho” es sólo aquella que establece mejor el contenido de la ley, no la que la “explica” en el plano histórico-político, criminológico, económico, filosófico, etc; pero lo mismo resulta predicable de las sentencias. Cuantas más explicaciones histórico-doctrinales contengan las sentencias en lugar de determinar el contenido normativo de la ley o los casos reconducibles a ella, en mayor medida serán doctrina y nada más.

No obstante, la “doctrina de una sentencia” puede ser parte esencial de las decisiones y llegar a ser así “Derecho” y también “fuente” allí donde exprese el sentido del *decisum*.

Esta es la diferencia entre la *ratio decidendi* de un caso y el *obiter dictum*¹².

Hay jueces que divagan mucho sobre el Derecho, que escriben muchos *obiter dicta*. Otros que se limitan a lo esencial para explicar la decisión del caso, que escriben sólo la *ratio decidendi*.

Ambas opciones tienen sus *pros* y sus *contras*¹³.

4. “Disposición” y “norma”

Antes de entender el sentido de la relación entre el Derecho jurisprudencial y la legalidad, resulta preciso poner de manifiesto un rasgo *normal*, en absoluto patológico, de la interpretación de la ley.

Me limito aquí tan sólo a resumir el resultado de investigaciones penales precedentes¹⁴.

La distinción entre disposición y norma, que en la cultura publicista se difundió a partir de un famoso trabajo de Vezio CRISAFULLI¹⁵, considera que el legislador crea las *disposiciones*, es decir, los enunciados normativos. Su contenido real, sin embargo, es fruto de la interpretación y de la

¹² GOODHART, «Determining the *Ratio Decidendi* of a Case», en EL MISMO, *Essays in Jurisprudence and the Common Law*, 1931, pp. 1 ss.; CROSS, *Precedent in English Law*, 1977, pp. 38 ss.; MONTROSE, «Precedent in English Law», (1965), en HANBURY (ed.), *Precedent in English Law and Other Essays*, 1968, pp. 9 ss.; MACCORMICK, «Why Cases Have Rationes and What These Are», en GOLDSTEIN (ed.), *Precedent in Law*, 1987, pp. 155 ss.

¹³ Cuando la cuestión es jurídicamente controvertida, resulta inevitable que la sentencia se prodigue en discusiones doctrinales, más aún si dicha cuestión no concierne a la calificación de tipologías concretas de casos (hipótesis del *precedent*), sino a la interpretación general y abstracta de disposiciones legislativas, adoptando así los rasgos de la verdadera “máxima”, de la reescritura de un principio jurídico o de una norma legislativa.

¹⁴ DONINI, «Disposizione e norma nell’ermeneutica penale contemporanea», en EL MISMO, *Europeismo giudiziario e scienza penale*, 2011, cap. II.

¹⁵ CRISAFULLI, «Disposizione (e norma)», *Enciclopedia del Diritto*, t. XIII, 1964, pp. 195 ss. (que, por cierto, veía en la norma, más que un producto de la actividad interpretativa, el resultado de la individualización de la ‘verdadera’ interpretación, si bien a éste se unía el valor puramente declarativo de un significado preexistente a la interpretación, el significado *prima facie*, considerado parte de la propia disposición); TARELLO, *Diritti, enunciati, usi*, 1974, pp. 143 ss. (parte II); EL MISMO, *L’interpretazione della legge*, 1980, pp. 61 ss.; GUASTINI, *Dalle fonti alle norme*, 1990, pp. 15 ss., y aquí en las pp. 20-22 la acepción distinta de la de la teoría originaria de CRISAFULLI; GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, 1998, pp. 15 ss., 136 ss., 497 ss.; EL MISMO, *Le fonti del diritto*, 2010, pp. 35 ss., 398 ss.; VIOLA/ZACCARIA, *Diritto e interpretazione*, 2013, pp. 117 s., 320 ss.; PINO, *Diritti e interpretazione*, 2010, 15 ss.

aplicación a los casos. La *norma*, por lo tanto, es sólo el *resultado de la interpretación* de la *disposición abstracta* (o de la disposición en cuanto fruto de su aplicación a los casos).

Desde el momento en el que propusimos introducir este binomio lingüístico en el debate penal¹⁶ –el más conservador de todos, el más paleoilustrado, por definición– han transcurrido sólo tres lustros, sin embargo, hoy día ha alcanzado una difusión de alcance general en el contexto global del lenguaje jurídico.

Sólo las normas son ilegítimas en su contenido, no las disposiciones.

Sólo sobre las normas, y no sobre las disposiciones, se construye la categoría del “Derecho vivo”.

Sólo una vez que se haya interpretado la disposición se podrá decir que la norma es taxativa o que no lo es (taxatividad vs. certeza). Las disposiciones pueden ser indeterminadas *prima facie*, pero esto no basta para declarar la no taxatividad de las normas.

Sólo las normas son objeto de *abolitio* parcial y del tipo de lo injusto (*abrogatio sine abolitione*), o de despenalización implícita.

Sólo las disposiciones, en cambio, se extienden por analogía al construirse una nueva “dispositio”; si no (si no hay analogía) rige la vieja disposición enriquecida por los casos nuevos. *Hard cases* si se quiere, pero, al fin y al cabo, casos. Casos-normas (*Fallnormen*)¹⁷, si se prefiere, que aunque pueden modificar la disposición, no pueden hacerlo de manera intencionada (como hace en cambio la analogía), sino como resultado de una suma acumulativa de casos que de modo indirecto producen esa consecuencia (véase *infra*, apartado 6).

De estos usos lingüísticos y de esta distinciones conceptuales es preciso, sin embargo, extraer algunas consecuencias también en el ámbito de las fuentes del Derecho, no sólo en el de la teoría de las normas.

5. Derecho-fuente y Derecho concretización

Por Derecho jurisprudencial entendemos *tanto aquél que es fuente* del Derecho en el más estricto sentido, *como aquél que no lo es*. Por regla general, es fuente sólo en sentido material, no formal. Sin embargo, las cosas están cambiando rápidamente.

Es “fuente” del Derecho en sentido formal sólo la producción jurisprudencial que:

- a) presenta capacidad de innovación con respecto al Derecho preexistente, de alcance generalizador, y que

¹⁶ DONINI, «Metodo democratico e metodo scientifico nel rapporto fra diritto penale e politica», *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, pp. 27 ss., así como en EL MISMO, *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*, 2003, pp. 11 ss., § 3; y también en EL MISMO, *Il volto attuale dell'illecito penale*, 2004, pp. 161 s.

¹⁷ Sobre la categoría de la “*Fallnorm*”, FIKENTSCHER, *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*, t. IV, 1977, pp. 202 ss., 336 ss., *passim*.

- b) teniendo dicho carácter innovador, no tiene un contenido puramente cognoscitivo de la ley, sino extensivo por efecto de un acto decisorio, y
- c) cuenta con los rasgos formales propios de la capacidad de vincular (hipótesis del *binding precedent* y del *stare decisis*).

Si el vínculo es sólo material (*de facto*), dicha producción ostenta el aspecto *sociológico* de fuente que, por otra parte, puede ser más fuerte que el formal.

Si no vincula ni siquiera de hecho a otros jueces, entonces es sólo una doctrina más creativa, pero no es fuente.

No es fuente del Derecho, en cambio, la producción jurisprudencial que sirva como significado cognoscitivo prevalente de la ley cumpliendo una función de concreción jurídica, que individualiza aquéllo que la ley abstracta y el Parlamento jamás podrían. Sería posible en ocasiones hablar también, como en el caso de la doctrina, de “invención” y de “descubrimiento”¹⁸: de categorías e instituciones que, en sí mismas, poseen un valor objetivo-cognoscitivo, pero que coadyuvan a desentrañar los objetivos predeterminados por la propia ley, aunque no estén predeterminados en los instrumentos operativos y conceptuales que necesitan (p. ej., cfr. también el carácter operativo de nociones como el *ne bis in idem* material, la relación de peligro, la discontinuidad del tipo de lo injusto o el más cognoscitivo, pero también procesal, de categorías como las causas de justificación y las causas de exculpación, o del negocio jurídico, etc.)

Puede, por lo tanto, existir un Derecho innovador con una función sólo cognoscitiva, porque el progreso en el conocimiento de la ley, en su adaptación a un sistema *in fieri*, produce innovación jurídica sin crear nuevas reglas de tipo político-legislativo: reglas nuevas, sí, eventualmente, pero *subordinadas a la ley también en términos cognitivos*. Son, en consecuencia, “normas” que constituyen el resultado de la interpretación de las disposiciones legislativas en función sobre todo cognoscitiva. Digamos que se trata de Derecho-concreción¹⁹, y de Derecho-invención dentro de un marco preexistente²⁰.

Este tipo de innovación, en el Derecho penal, afecta, sobre todo, a las concretas figuras delictivas.

¹⁸ Sobre la relación entre descubrimiento e invención en la investigación jurídica, permítaseme la remisión a DONINI, «Scienza penale e potere politico», *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, pp. 123 ss.

¹⁹ El estudio más importante sobre la concretización jurídica sigue siendo el de ENGISCH, *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, 2ª ed., 1968, lamentablemente no traducido. Véase, asimismo, EL MISMO, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, 3ª ed., 1963.

²⁰ En los continentes de *common law* o de experiencias de *common law*, es frecuente la desmitificación de la legislación (escrita) como fuente verdaderamente exclusiva del Derecho aplicado. Para reflexiones de gran profundidad sobre el papel constructivo de la actividad del juzgador, véase en diversos sentidos CARDOZO, *Il giudice e il diritto* (traducción al italiano de la obra de 1973: *Rules and Order* (1973)), en EL MISMO, *Legge, legislazione e libertà*, 1994, pp. 93 ss., 144 ss.; POSNER, *How Judges Think*, 2008, pp. 78 ss., 180 ss. La superioridad del sistema jurídico respecto a sus reglas concretas ya está expresada de modo insuperable en el famoso brocardo del jurista romano PAOLO: *non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod regula fiat*.

“Sólo los comentarios nos dicen la verdad”²¹. En esta frase de Joseph ESSER²² está condensada la esencia de la distribución geográfica entre el Derecho (textos legales + decisiones de casos) y los principios que sirven para concretar la ley y hacer evolucionar el Derecho.

En los dos casos individualizados *supra* –Derecho-fuente y Derecho-concreción– se plantean problemas de legalidad, pero éstos se han considerado tradicionalmente bastante distintos, en nombre de la división de poderes: prohibido el primero, completamente lícito el segundo; o, lo que es lo mismo, no existe el primero, existe sólo el segundo.

La verificación de la legalidad de la concreción innovadora se lleva a cabo mediante el control de la corrección hermenéutica de la subsunción de casos y de subcasos en la disposición. Si es individualizadora y correcta, *nulla quaestio*: sólo el juez puede concretar la ley, cosa que no puede hacer el Parlamento.

Se ha descartado por completo y, sin embargo, se ha discutido poco, la *innovación que concretiza la ley también de forma expansiva e incriminadora*. Veamos un ejemplo de ella paradigmático.

6. La legitimidad de las concretizaciones que producen extensiones aplicativas correctas de la norma y que de facto “reescriben” la disposición. El ejemplo de la exacción ilegal (concusión)

Resulta preciso distinguir entre *aplicaciones innovadoras de casos* (nuevos) que no modifican la disposición, pero que amplían el alcance de la norma, y *extensiones de la figura delictiva que modifican la propia disposición*.

Puedo aplicar una disposición a un caso nuevo y distinto de aquéllos ya examinados en el pasado (siendo X el número de tipologías de casos). Se trataría de la tipología X + 1, que encuentra cabida en la letra de la ley.

Por ejemplo, si extendiendo los ataques penalmente relevantes (en la actualidad despenalizados en lo que respecta a la injuria) al honor y a la reputación también a las *personas jurídicas*²³, cambia el contenido (la amplitud) del precepto y también de la norma que concreta el delito de *difamación* y el ilícito civil de la injuria (tras el Decreto Legislativo n. 7 del 2016). Ahora bien, no debo pensar que con ello estoy reescribiendo la disposición de los arts. 594 y 595 CP para que dichas disposiciones se adapten al contenido ampliado de los sujetos pasivos. La disposición es exactamente la misma, sin embargo, la norma es otra.

²¹ Esto no contradice el primer enunciado (*retro*, apartado 1), en el que se dice que el derecho no coincide con un comentario jurisprudencial, pues ese complemento resulta del todo insuficiente sin la parte estrictamente doctrinal.

²² ESSER, *Grundsatz und Norm*, 4ª ed., 1990, p. 151.

²³ Sobre esta extensión actualmente pacífica, PACILEO, «Contro l'onore e la reputazione», en ROSSO/PADOVANI/PAGLIARO, *Trattato di diritto penale*, t. II., 2016, pp. 36 ss.

Las cosas cambian si tomamos el ejemplo del delito de *exacción ilegal* o *concusión* (art. 317 CP), cuyas modificaciones legislativas operadas en 2012 (que han eliminado la exacción ilegal por inducción del art. 317 CP) no afectan a lo que vamos a señalar.

La exacción ilegal abarcaba en un primer momento la “entrega” indebida de favores sexuales (prestación *per se* no patrimonial), y más tarde también la de favores político-administrativos, y no quedaba circunscrita a la entrega de una utilidad económica; como, sin embargo, solía interpretarse hasta comienzos de los años 90 del siglo pasado. No obstante, ya MANZINI, por ejemplo, descartaba que hubiese en el tenor literal una limitación a la utilidad económica, pese a que, luego, en relación con los favores sexuales, restringiese la calificación de exacción ilegal a los supuestos en los que la prestación provenía de una prostituta²⁴. En efecto, cuando se trataba de coacción (o, en el pasado, también de inducción) a la realización de prestaciones sexuales indebidas, sólo si la persona afectada era una prostituta, se consideraba pacíficamente que se trataba de exacción ilegal o concusión, dado el indudable significado “patrimonial” que tenía la prestación (y la “utilidad”) obtenida mediante la coacción o inducción. Como consecuencia del cambio en la interpretación de la figura (ratificado por la sentencia emitida por el pleno de la Corte de Casación el 11 de mayo de 1993 en el caso Romano)²⁵, a partir de la última década del siglo pasado, el delito de exacción ilegal se ha aplicado pacíficamente a las prestaciones sexuales con una persona que no fuese prostituta, logradas mediante el abuso del funcionario público. La prestación sexual es, por lo tanto, una *sub-modalidad de “utilidad”* entendida en un sentido ya no necesariamente económico-patrimonial. Y no sólo esto. A mayor abundamiento, la sentencia del pleno de la Corte de Casación de 1993 afirma en su argumentación que la utilidad para el funcionario público, cuyo carácter puede no ser económico, puede provenir de un “*facere*” de la víctima, no sólo de una entrega en sentido estricto o físico.

La postura se consolida en el tiempo. Lo hace con un famoso episodio relativo al caso Lonardo, en el que se amenaza con presentar una interpelación en el Consejo Regional por incumplimiento de los requisitos para el nombramiento como director general de distrito sanitario, debido a que dicho director no había (o no habría) obedecido las órdenes políticas de su partido de realizar dos nombramientos de sendos jefes de servicio de centro hospitalario. La sentencia de Tribunal de Casación, sec. VI, de 8 de junio de 2009, n. 33843, Pres. Lattanzi, ponente Fidelbo, decide en Derecho, textualmente: “la jurisprudencia de este Tribunal considera que en materia de concusión la expresión ‘otra utilidad’ del art. 317 CP abarca cualquier bien que constituya para el funcionario público (o para un tercero) una ventaja, no necesariamente económica, pero, en cualquier caso, jurídicamente relevante; dicha utilidad por tanto puede consistir en un ‘*dare*’, en un ‘*facere*’, en una ventaja de naturaleza patrimonial o no patrimonial, siempre que se considerade relevante con

²⁴ MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, t. V, 1950, p. 168. Para una clara exclusión de que la exacción ilegal, entre el código Zanardelli y el código Rocco, pudiese referirse a un mero “*facere*”, LEVI, *I delitti contro la pubblica amministrazione nel diritto vigente e nel progetto*, 1930, pp. 200 s.

²⁵ En *Cass. Pen.*, 1993, p. 2252.

arreglo a la costumbre o a las convicciones generales (Sec. VI, 9 de enero de 1997, n. 1894, Raimondo; Sec. VI, 11 de noviembre de 1998, n. 3513, Plotino)”²⁶.

Sentado lo anterior, se produce el efecto aludido sobre la “disposición” del art. 317 CP.

A través de una “relectura de los casos” ya consolidados, y en realidad también recurrentes, es posible reescribir (primero mentalmente, luego hermenéuticamente, o de manera doctrinal) la disposición (art. 317 CP), porque si contemplamos los casos a los que ésta se aplica, las palabras empleadas por el legislador para formularla ya no son actuales, y quizá ni siquiera lo han sido nunca, resultando inexactas. Si hubiese que volver a escribirla hoy atendiendo a los comentarios y maximarios, seguramente habría que redactarla de otra forma.

En efecto, a pesar de que la reforma de 2012 (l. 6 de noviembre de 2012, n. 190) que suprimió las exacciones ilegales por inducción del art. art. 317 CP conservando en lo demás su esencia, ha mantenido inalterada la descripción de la conducta, que se refiere a quien “*constrigne a alguien a darle o a prometerle indebidamente, a él o a un tercero, dinero u otra utilidad*”, el contenido de esta disposición se corresponde en realidad con un tenor literal distinto, cual es: “*constrigne a hacer, en provecho propio o de otro, o a dar o a prometer indebidamente, a él o a un tercero, dinero u otra utilidad*”.

La disposición *enunciada* por la ley, *de facto*, se ha vuelto *inexacta* frente a su praxis aplicativa respecto a la “norma” vigente. Esto, obviamente, podría producirse como consecuencia de una praxis ilegítima. Pero también puede derivar de una praxis correcta, como en el caso de las exacción ilegal, cuya extensión hermenéutica respeta el tenor literal del precepto.

Lo respeta porque cuando *constrigno* a alguien a dar o a *prometer* puedo hacerlo también realizando comportamientos que se llevan a cabo mediante contratos y obligaciones. No se requiere una “entrega directa” y, por lo tanto, se admite la entrega o la prestación indirecta y, por consiguiente, también un *facere*. La utilidad, a su vez, puede no ser económica, como se dice al menos desde el siglo XIX: que sea económica, por lo demás, no lo exige el art. 317 CP, a pesar de que a lo largo de mucho tiempo se haya venido interpretando restrictivamente, al menos respecto a algunas tipologías de casos. Como tampoco se exige que se irroque un daño económico a la víctima. Y, sin embargo, una vez reelaborado por la praxis en el sentido aquí expuesto, dicho artículo se estaría reescribiendo y, *de facto*, ya se ha reescrito. Parece que ha sido, sobre todo, la referencia ya expuesta a la *constricción* a un *facere* la que ha dado lugar a la modificación de la disposición. Con nuevos efectos potenciales, por lo demás, una vez que se adquiere *plena conciencia* de la norma real revisada.

Que yo recuerde, esta conclusión no ha sido puesta de relieve adecuadamente con anterioridad por los intérpretes, sobre todo por los penalistas, pero es un aspecto importante de la evolución del derecho legítimo: *la extensión del tipo a través de los casos (operación lícita) puede dar lugar a la necesidad de volver a redactar la disposición, o de leerla como si tuviera una redacción diferente.*

²⁶ Para el texto de esta sentencia, de las anteriores SS.UU. Romano de 1993 y de otras sobre la cuestión, cfr. PISA, *Giurisprudenza commentata di diritto penale. Vol. II, Delitti contro la pubblica amministrazione e contro la giustizia*, 5ª ed., 2016, pp. 315 ss., 319 ss.

Este caso, de hecho, es sólo ejemplificativo de una modalidad relevante y extendida de evolución del Derecho.

7. De la concretización extensiva de la disposición a la extensión directa: la analogía in malam partem y su carácter frecuentemente oculto

Mientras que el caso de la exacción ilegal constituye un ejemplo de Derecho-concretización que modifica la disposición de modo implícito, indirecto y, como consecuencia de ello, no ha recibido, que se tenga constancia, ninguna censura en el plano hermenéutico de la legitimidad; sí que, en cambio, ha sido siempre un tabú, ha sido censurada y, por lo tanto, también ha sido objeto de escasa elaboración hasta tiempos recientes, la segunda operación: la que construye Derecho-fuente, es decir, cuando la jurisprudencia produce Derecho de creación puramente propia, de manera más inmediata, a veces *intencionada*, que luego asume el legislador. Son *modalidades distintas de extensión* aquélla que concretiza a partir de casos y la que amplía de manera inmediata la regla de modo directo, *una dentro de la disposición, la otra fuera de ella*²⁷.

La primera es una reescritura indirecta, con frecuencia *no intencionada*, que procede del depósito de casos y decisiones recopilados en maximarios y comentarios.

La segunda es tradicionalmente calificada de analógica, aun cuando enmascarada especialmente por los penalistas tras muchos argumentos, y también en la literatura mediante la potenciación de la categoría histórica del *typus*, bien distinto del tipo penal taxativo de nuestra tradición²⁸.

²⁷ Es el horizonte de sentido de la distinción tradicional entre extensión analógica y no analógica. Remito a la lúcida reconstrucción de CARCATERRA, «Analogia. I) Teoria generale», en *Enciclopedia giuridica*, t. II, 1988, pp. 1 ss. Finalmente viene a converger en esa línea directriz tradicional y, en mi opinión, correcta (legitimidad de una extensión dentro de la disposición, o en la “figura delictiva”, e ilegitimidad de la extensión fuera de ella) también DI GIOVINE, *L’interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo alla legge*, 2006, pp. 276 ss., si bien tras una completa *pars destruens* en la que se pretende sostener la imposibilidad técnica de la distinción entre analogía e interpretación extensiva y el carácter necesariamente analógico del razonamiento jurídico en general: posiciones, en efecto, en sí mismas compatibles, aunque con problemas con el mantenimiento de la adhesión política y jurídica a la prohibición de analogía.

²⁸ En el reciente trabajo de VOGLIOTTI, *Dove passa il confine? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, 2011, cuyo enfoque holístico (p. 98) sugiere en los casos difíciles (por cierto, según el autor, no fácilmente distinguibles en abstracto de los fáciles: en pp. 85 s., siguiendo la crítica de FULLER a HART) que se parta del caso (pp. 101 ss.) más que del tenor literal (pp. 65 ss., 100, 113 ss.), del contexto y del objetivo normativo, pero excluye que exista ya un “sistema” y, por consiguiente, un límite sistemático (pp. 115 s.), existiendo sólo un “orden dinámico, variable y poliédrico” (p. 116). Sobre estas bases que, por lo demás, retoman la categoría del la *intentio operis* (objetiva) respecto a la *intentio auctoris* y la *intentio lectoris* (a partir de la distinción de ECO, sobre la cual, véase *infra* nota 60), el autor llega finalmente a encauzar los límites tradicionales constituidos por texto, contexto, *ratio* y caso, hacia el que considera más resolutorio de ‘tipo’. No obstante, el tipo del que habla el autor es el empleado por Arthur KAUFMANN para justificar el razonamiento analógico en general: es el *Typus*, no el *Tatbestand* (KAUFMANN, *Analogie und “Natur der Sache”*. *Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus*, 1982, ya con traducción al italiano de Carlizzi: *Analogia e “natura della cosa”*. *Un contributo alla dottrina del tipo*, 2004, pp. 53 ss., 70 ss.); véase también sobre esta cuestión DI GIOVINE, *L’interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo alla legge*, 2006, pp. 49 ss.; OMAGGIO/CARLIZZI, *Ermeneutica e interpretazione giuridica*, 2010, pp. 121 ss.; HASSEMER, *Tatbestand und Typus. Untersuchungen zur strafrechtlichen Hermeneutik*, 1968 (traducción italiana: *Fattispecie e tipo*, 2007, pp. 73 ss., 98 ss., 163 ss., y en especial, pp. 166-177 (sobre la espiral), 180-187 (sobre el tipo), 237 ss.); ZACCARIA, *L’analogia come ragionamento giuridico*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, pp. 1535 ss.): no es el hecho típico taxativo de la figura legal, sino la esencia normativa subyacente a la

La *jurisprudencia penal* suele aplicar a una interpretación la calificación de analógica para referirse a un caso de interpretación extensiva errónea o prohibida y, por lo demás, no compartida.

Una revisión actualizada de la jurisprudencia puede provocar estupor si se observa *lo frecuentes que son las censuras* llevadas a cabo por los jueces de Casación en nombre de la prohibición de analogía *in malam partem*²⁹ respecto a sentencias de primera instancia.

misma, como una suerte de *alma del tipo*, que se encuentra entre la realidad y lo normativo: *es un "universal in re", no un "concepto", sólo explicable, pero no definible, una suerte de vía intermedia ("Mittelhöhe", "altura media") entre lo general y lo particular* (KAUFMANN, *Rechtsphilosophie*, 1997, p. 127). El concepto es "cerrado", el tipo es "abierto" (*ibidem*). El concepto admite subsunción y sigue una lógica binaria, si/no (*Trennungsdanken*); el tipo, en cambio, es siempre un más o menos, bajo el signo de una lógica "fuzzy" (*Op. loc. ult. cit.*). Parece lícito poner en cuestión que una noción así, que cuenta además con una tradición semántica milenaria (ampliamente, CARLIZZI, *Tipo normativo ed ermeneutica penale. Profili storico-concettuali e prospettive teorico-pratiche*, ponencia presentada al congreso de Padua, 6-7 de mayo de 2016 sobre "Hermenéutica y ciencia penal", inédito), pero de incierta aprehensibilidad, constituya un verdadero límite a la interpretación creativa. El 'tipo' en cuestión, para entendernos, está más próximo a aquél que la sentencia de la Corte constitucional n. 327/2008 sobre el art. 434 CP (*infra*, § 10) ha deducido de las catástrofes típicas para construir las catástrofes atípicas, innominadas: un medio para la analogía. Quizá la burlesca expresión de JHERING "en el cielo de los conceptos" (JHERING, «Nel cielo dei concetti giuridici» (traducción de la obra original *Im juristischen Begriffshimmel*), en EL MISMO, *Serio e faceto nella giurisprudenza*, 1954, pp. 269 ss.) pueda constituir una advertencia, en cuanto a la posibilidad de considerarlas como una opción asumible, respecto a las pretensiones de que categorías como éstas, tan sugerentes como poco aprehensibles, tengan capacidad resolutoria (*ex ante*), en lugar de sólo explicativa (*ex post*). Nos gusta la lógica *fuzzy* para explicar que las 'formas' del dolo y de la culpa no son reducibles a un verdadero concepto de género, formal y linneano, pero no nos sirve ya si lo que queremos es impedir que un juez se invente una nueva figura de la parte especial.

²⁹ **Sólo per exempla:** Sentencia de la Corte de Casación pen., sec. III, de 6 de noviembre de 2014, n. 45921 y sentencia de la Corte de Casación pen., sec. III, de 16 de octubre de 2013, n. 42463, contra la aplicación (considerada) analógica del art. 731 CP al extender la sanción penal para los padres que impidan la asistencia a una escuela secundaria superior (en vez de solamente la instrucción "elemental" ex art. 731 CP) del menor. Sentencia de la Corte de Casación pen., sec. III, de 10 de diciembre de 2009, n. 46983, contra la extensión (considerada) analógica de la irrelevancia del error aetatis en los delitos sexuales también en el art. 600 bis CP (antes de su reforma legislativa); Sentencia de la Corte de Casación pen., sec. I, 27 de abril de 2011, n. 16512 contra la aplicación (considerada) analógica del art. 677, apartado 3 CP a la inobservancia de una ordenanza municipal que obligaba a eliminar una acumulación-depósito de residuos procedentes de una remodelación de edificios, que amenazaba la incolumidad pública por eventuales desprendimientos, sin que allí existiese ningún peligro derivado de una amenaza de "ruina del edificio" ex art. 677, apdo. 2 y 3, CP; Sentencia de la Corte de Casación pen., sec. VI, 7 de septiembre de 2012, n. 34275, sobre la no configurabilidad (en caso contrario considerada analógica) del delito tipificado en el art. 570 CP para el conviviente more uxorio; Sentencia de la Corte de Casación pen., sec. IV, 13 de septiembre de 2013, n. 37743, § 3.2, sobre la naturaleza analógica *in malam partem* de la extensión de la agravante prevista en el art. 186, apdo. 2 bis del Código de la circulación a quien no había "provocado" un accidente en las condiciones previstas de estado de ebriedad, sino que se ha visto solamente "implicado" en él; Sentencia de la Corte de Casación pen., sec. III, 11 de mayo de 2011, n. 18503, contra la aplicación (considerada analógica *in malam partem*) del delito de no comunicar della contaminación ambiental ex art. 257, apdo. 1, decreto legisl. n. 152/2006, por parte no ya de quien había ocasionado dicha contaminación, sino por parte del propietario; Sentencia de la Corte de Casación pen., sec. III, de 22 de diciembre de 2009, n. 49385, contra la aplicación (considerada analógica) del art. 171 bis, apdo. 1, decreto legislativo n. 633/1941, a la posesión por parte de un topógrafo de programas de software duplicados fraudulentamente (por terceros) y utilizados en su estudio profesional, sobre la base del presupuesto de que se trataba de posesión "con fines comerciales o empresariales", aun no siendo comercial (de venta) la finalidad de la posesión, sino sólo el uso: en el § 4 de la fundamentación jurídica se recuerda que "innumerables veces" la Corte de Casación ha invocado el principio de taxatividad y la prohibición de analogía en relación a intentos de forzar los límites derivados del método casuístico de la l. 633/1941; Sentencia de la Corte de Casación pen., sec. II, de 26 de noviembre de 2009, n. 45555, Sentencia de la Corte de Casación pen., sec. II, 12 de enero de 2012, n. 498, sentencia de la Corte de Casación pen., de 30 de mayo de 2013, n. 23587, sobre la imposibilidad de configurar la denominada estafa procesal, siendo *in malam partem* la analogía que aprecie en el órgano juzgador la condición de sujeto pasivo-engañado del delito patrimonial de estafa ex art. 640 CP; Sentencia de la Corte de Casación pen., de 29 de noviembre

Ahora bien, se trata de un *uso también argumentativo de la prohibición de la analogía*. Muchas veces, son sólo interpretaciones erróneas, ciertamente no intencionadamente analógicas, pero que, al resultar extensivas *in malam partem*, son censuradas por ser, *de facto*, analógicas.

Partiendo de la base de que los componentes analógicos (inducción/abducción) son consustanciales al pensamiento y al pensamiento jurídico³⁰, *el objeto de la analogía en sentido estricto*, de la auténtica basada en lagunas no intencionadas, regla-parámetro similar, *eadem ratio, eadem dispositio, es muy limitado*: dado que está prohibida en Derecho penal, nadie la aplica explícitamente, optando por formas de *cripto-analogía, o analogía oculta*, en las que corresponde a terceros “descubrir” la analogía que se esconde bajo falsos ropajes.

Su terreno de cultivo más insidioso sigue siendo el de las *cláusulas generales*³¹ y el de los *tipos abiertos*, poco taxativos. En estos casos, por definición, el legislador abre la puerta a la analogía al no haber adoptado decisiones políticas precisas: ni siquiera se puede decir, en estos casos, que el juez haya violado la reserva de ley o la división de poderes, por ser tan clamoroso el incumplimiento inicial del Parlamento. Ahora bien, el deber de interpretar conforme al principio-regla de la taxatividad continúa vigente.

8. A modo de intermezzo. La persistente aplicación extensiva de las leyes penales. El Derecho como operación lógica y el Derecho como instrumento de lucha

Las disposiciones son objeto, sobre todo, de interpretaciones extensivas. ¿Por qué?

Porque:

- a) con frecuencia, son *elásticas*, extremadamente sintéticas y abstractas, concebidas para poder adaptarse a muchos casos incluso subjetivamente no previstos por el legislador histórico, que tiene en mente sólo una tipología limitada de casos; cuando son muy taxativas, por regla general resultan defectuosas en la praxis; la alabanza doctrinal del principio (o carácter) de fragmentariedad del Derecho penal se contempla realmente en

de 2011, n. 44126, sobre el carácter extensivo-analógico erróneo, contrario a la taxatividad, de la extensión al director de un periódico on-line de la responsabilidad ex art. 57 CP prevista tan sólo para la prensa en papel.

³⁰ Por todos, KAUFMANN, *Analogia e “natura della cosa”* (traducción de G. Carlizzi), 2004, *passim*; SUNSTEIN, «On Analogical Reasoning», *Harvard Law Review*, (106), 1993, pp. 741 ss., sobre la analogía *case by case* como procedimiento típico del razonamiento jurídico en el *common law*; y los AA. citados *retro* en la nota 28 sobre la doctrina del tipo. Sobre el tema en general se debe hacer una remisión a la obra enciclopédica y extraordinaria de MELANDRI, *La linea e il circolo. Studio logico-filosofico sull’analogia*, 1968. Sus pp. 715 ss. contienen algunas observaciones de especial interés sobre la analogía en el Derecho.

³¹ Para una reciente reflexión penal al respecto, cfr. CASTRONUOVO, «Clausole generali e diritto penale», *Dir. pen. cont.*, 2012 (disponible en: <https://www.penalecontemporaneo.it/d/1861-clausole-general-e-diritto-penale>) (también en *Scritti Stile*, 2013, pp. 477 ss). Y en clave teórico-constitucional, PEDRINI, *Le “clausole generali”. Profili teorici e aspetti costituzionali*, 2013, pp. 151 ss.

la praxis, además, como un obstáculo para la justicia, exactamente igual que en los tiempos de BINDING³².

- b) porque, en realidad, son *armas, instrumentos de lucha* contra fenómenos considerados criminales, a disposición de la judicatura con fines de protección; como tales, no contienen “dentro de sí mismas” la enumeración de todos los posibles objetivos (¡ni la declaración del bien jurídico protegido!), porque sólo algunos que son más frecuentes han sido contemplados y tomados en consideración;
- c) porque *no son simples premisas de una operación lógica de subsunción*, como las considera habitualmente esa lectura garantista que concibe las reglas como instrumentos de conocimiento del Derecho, antes que como instrumentos de lucha contra la delincuencia, y que se imagina que el magistrado de Casación está como el ministerio público en la trinchera.

Hay una *antinomia* entre estas dos culturas y espíritus jurídicos.

Son arquetipos coexistentes, como lo son los diversos actores: la policía judicial, el ministerio público, los jueces, los juristas académicos, los Tribunales superiores y supremos, las víctimas y los autores; y, *not least*, sus respectivos defensores.

Hoy se está realizando un esfuerzo de aproximación o de diálogo entre estas culturas, en el que median diversos juristas. Pero la eliminación de la antinomia o de la dialéctica es imposible. Sólo resulta admisible realizar mediaciones o interposiciones dentro de la trayectoria pendular continua que describen las posiciones en conflicto. Con todo, *la legalidad, también la constitucional, debe prevalecer sobre la lucha, que puede desarrollarse sólo dentro de sus confines.*

Actualmente el debate sobre la legalidad se ha desplazado desde la que está *in the books* (formal, literal, igual) a la *in action* (material, teleológica, diferente). Y, por lo tanto, la discusión versa sobre la ley aplicada o, mejor, sobre el Derecho jurisprudencial, que es, o parece, común a *civil law* y *common law*.

Se trata de una cuestión que parece admitir soluciones comunes o dialógicas entre los diversos sistemas jurídicos. La similitud es sólo parcial, pero fructífera. Trataremos de realizar un análisis de casos típicos.

³² Como es bien sabido, Karl BINDING, que fue de los primeros en ocuparse del carácter fragmentario del Derecho penal, le atribuía una connotación negativa, no la positiva habitual en el pensamiento penal de la segunda mitad del siglo XX. Véase sobre la cuestión, la reconstrucción de VORMBAUM, «Il diritto penale frammentario nella storia e nella dogmatica», *Dir. pen. cont.*, 2015, pp. 51 ss. (disponible en: <https://www.penalecontemporaneo.it/d/3371-il-diritto-penale-frammentario-nella-storia-e-nella-dogmatica>); y también, tan radical como instructivo, NAUCKE, La robusta tradizione del diritto penale della sicurezza: illustrazione con intento critico», en DONINI/PAVARINI (ed.), *Sicurezza e diritto penale*, 2011, pp. 79 ss.

9. Tres casos de analogía declarada. Corrupción para la función, enfermedad-accidente, ondas electromagnéticas

Son casos típicos, y patológicos, de un Derecho penal “de lucha”³³. Lucha hermenéutica contra fenómenos que no se consideran adecuadamente tutelados por la ley.

1. Antes de la reforma del vigente art. 318 CP, la responsabilidad por la corrupción relativa a los actos del oficio se extendía a la *corrupción por la función*³⁴: aquí estábamos más allá de los límites literales de la disposición si se hacía referencia a la puesta en nómina del funcionario público para actos futuros no identificables (quizá contrarios, quizá conforme a los deberes del oficio), aplicando tal vez la corrupción propia³⁵. Sin embargo, esta extensión, que “colmaba una laguna” generada por la referencia tan sólo a los “actos” por parte de la ley penal, se ha aplicado también retroactivamente, como si se tratara de mera interpretación. Más tarde, en 2012, el legislador, además, “asumió” el producto creado por los jueces, y la nueva norma se ha convertido incluso formalmente en disposición, pese a que antes era contraria a las disposiciones vigentes. Una verdadera “laguna” reconocida y ratificada por la reforma de 6 de noviembre de 2012, n. 190, con el nuevo art. 318 CP.

2. Lo mismo podría decirse en lo tocante a la ejemplificación de la analogía, respecto a *enfermedad-accidente*³⁶, el más puro *passepertout* analógico –que hace de puente entre el “accidente” (típico) y la enfermedad (laguna normativa)– para justificar la extensión del art. 437 CP (remoción u omisión dolosa de las medidas de prevención contra los accidentes laborales) a las enfermedades profesionales causadas con medios no “violentos”, que jamás fueron siquiera imaginadas por el código de 1930. Aquí el legislador no ha intervenido aún, desgraciadamente, y se vive al día, entre un Derecho jurisprudencial omnipotente y las críticas de los defensores, que son mal tolerados por parte de algunos ministerios públicos y calificados aún peor, como garantistas a sueldo, cuando en realidad esgrimen reglas constitucionales inspiradas en la división de poderes. ¿Se necesita una reforma legislativa también aquí para “ver” que ya se ha colmado, aunque no se haya “regulado”, una laguna normativa por parte del Derecho jurisprudencial?

³³ Ilustración de la categoría, bastante más amplia del tema de la analogía, en DONINI, «Diritto penale di lotta vs. diritto penale del nemico», en KOSTORIS/ORLANDI, *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, 2006, pp. 19 ss.; EL MISMO, «Derecho penal de lucha. Lo que el debate sobre el Derecho Penal del enemigo no debe limitarse a exorcizar», en CANCIO MELIÁ/POZUELO PÉREZ (coords.), *Política criminal en vanguardia. Inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada*, 2008, pp. 29 ss.; EL MISMO, «Diritto penale di lotta. Ciò che il dibattito sul diritto penale del nemico non deve limitarsi a esorcizzare», *Studi sulla questione criminale*, (2), 2007, pp. 55 ss.

³⁴ Reconstrucción crítica de todo el proceso en BENUSSI, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, t. I, *I delitti dei pubblici ufficiali*, 2ª ed., 2013, pp. 651 ss., 655 (sobre la eliminación del requisito del acto del oficio por parte del “Derecho vivo”).

³⁵ Pero también tras la reforma es posible hacerlo, y resulta que se aplica para castigar ex art. 319 CP retribuciones desligadas de un acto concreto identificable, pero consideradas referidas a posibles actos contrarios futuros, y no a la “más modesta”, y menos grave, venta de la función.

³⁶ Reconstrucción crítica en GARGANI, *Reati contro l'incolumità pubblica*, t. I, *Reati di comune pericolo mediante violenza*, 2008, pp. 560 ss.; CORBETTA, *Delitti contro l'incolumità pubblica*, t. I, *I delitti di comune pericolo mediante violenza*, 2013, pp. 750 ss.

3. Consciente de la propia analogía *in malam partem*, en cuanto se encuentra dividida internamente por decisiones de Casación opuestas entre sí, es, asimismo, la propia jurisprudencia en relación con el delito de *lanzamiento peligroso de cosas* (art. 674 CP), aplicado, nada menos, que a las emisiones “peligrosas” de *ondas electromagnéticas*³⁷. Una figura jurídica construida sobre tipologías de casos que reiteran su tipicidad desde las *Cosas cotidianas* de GAYO y desde las *Istitutiones* de JUSTINIANO (!) y, por consiguiente, absolutamente preindustriales: “lanza o vierte (...) cosas aptas para dañar, ensuciar o molestar a las personas”, dice la disposición³⁸. Existiendo una regulación administrativa sancionadora mucho más taxativa sobre los límites-umbral de las emisiones, la jurisprudencia penal extiende el lanzamiento de cosas a tales objetos materiales. Nos encontramos a años-luz de distancia de cuando el legislador introdujo en el art. 624 cpv. CP la referencia a la energía eléctrica para contemplar su hurto. ¿Qué le ha ocurrido a nuestra cultura hermenéutica después de GADAMER y DERRIDA? Ha ocurrido que, junto a una mejor conciencia de qué significa interpretar los textos, se ha perdido también el valor deontológico de la hermenéutica penal, la idea de que exista en ella *responsabilidad hermenéutica* y de que se puedan violar a través de ella los derechos fundamentales del hombre. Se contempla sólo a las víctimas presuntas del electrosmog –per efectos acumulativos y a distancia, efectos ya seriamente combatidos por el ilícito administrativo de la Ley n. 36, de 22 de febrero de 2001, (“Ley marco sobre la protección de exposiciones a campos eléctricos, magnéticos y electromagnéticos”)– y no se ven las lesiones del derecho de prever *ex ante* las posibles incriminaciones de la fuente aplicativa.

Así ha sido, al menos, hasta tanto el TEDH, con la sentencia del caso *Contrada*, no nos ha puesto por primera vez –al Estado y a las instituciones– frente a esta responsabilidad. Pero, para llegar a esta última etapa, debemos dar aún un pequeño paso hacia el fenómeno de los tipos abiertos, del delito como ilícito atípico.

10. De la analogía en sentido estricto a la creación de tipos abiertos. El caso de las catástrofes innominadas y de la cooperación externa en los delitos asociativos

Hoy se encuentra desarrollada *una jurisprudencia mucho más avanzada que la analógica*: se está realizando la auténtica construcción de figuras nuevas, no la mucho más modesta y tímida extensión de viejas reglas a “*casos*” similares.

Y, por desgracia, el impulso “metodológico” para seguir en esta dirección lo ha dado la propia Corte constitucional.

El ejemplo más abrumador, autorizado por el legislador de 1930 y luego por la Corte constitucional en 2008, es, en efecto, el del art. 434 CP (derrumbe de construcciones o de edificios), que admite la creación judicial de *nuevos tipos de catástrofe* (ambiental, sanitaria etc.) no previstos por la ley (“fuera

³⁷ GARGANI, *Reati contro l'incolumità pubblica*, 2008, pp. 677 ss. Véase también la reseña de jurisprudencia contenida en GAROFOLI, *Manuale di diritto penale, parte general*, 12ª ed., 2016, pp. 651 ss.

³⁸ Cfr. *Iustiniani Institutiones*, V, 1; *Gai rerum cottidianarum libri VII*, III, 5 (siempre en materia de obligaciones quasi *ex delicto* por cosas arrojadas o vetidas).

de los casos previstos por los artículos anteriores”)³⁹: como si estuviésemos en presencia de *un tipo abierto*, de eso que los civilistas llaman *atipicidad del ilícito*, también en el Derecho penal se razona en términos civilistas, y se construyen nuevas figuras de acto ilícito que, sin embargo, son constitutivas de delito.

Llamada a declarar la violación del art. 25. 2 de la Constitución italiana, la resolución establece en 2008⁴⁰ que existe un concepto nuclear de catástrofe que deduce de las figuras típicas ya existentes: una operación en abstracto tendente a devolverle al sistema mayor taxatividad. Ahora bien, esta operación ha sido llevada a cabo por la Corte sabiendo muy bien que la jurisprudencia, desde hace varios años, había construido la figura de la catástrofe ambiental y ha aportado un apoyo formidable a este proceso. Tras la sentencia de la Corte Constitucional n. 327/2008, en efecto, ha quedado autorizada al máximo nivel la construcción de nuevos tipos de catástrofes no previstos por las figuras típicas de la ley (incendio, catástrofe ferroviaria, avalancha, inundación, naufragio, etc.). Es la propia Corte constitucional la que, aun sugiriendo una reforma legislativa, ofrece el *know-how* gracias a un concepto común de catástrofe. Ni siquiera se da cuenta de que está explicando cómo hacer analogía de la “mejor” manera. Ciertamente es que no se trata de analogía en sentido estricto: ¡porque la laguna ha sido prevista por el legislador! La ley (de 1930), por lo tanto, es favorable a su autorización. Sin embargo, la Constitución no está subordinada a la ley. Un problema ulterior a este respecto radica en la indeterminación de un concepto de catástrofe “abierto”, porque nadie duda de la taxatividad de un incendio o de una catástrofe aérea, pero cuando se trata de establecer el concepto de catástrofe ambiental con carácter previo a la tipificación legal uno se debe dar cuenta de que hay al menos “x” posibilidades de hacerlo. Permitir la gestión hermenéutica de un concepto tan indeterminado significa por lo tanto consentir una gestión hermenéutica *correspondiente a una analogía implícita e in malam partem*.

El art. 434 CP *debía, por lo tanto, ser declarado ilegítimo* por ser contrario al principio de determinación, al de reserva de ley y a la prohibición de analogía. Haberlo mantenido significa haber autorizado la violación de todos y cada uno de esos tres principios.

El juego hermenéutico de la analogía implícita o de la construcción de un tipo abierto ha sido desvelado al mundo entero jurídico-penal con la introducción del art. 452 *quater* CP (catástrofe ambiental), operada por la Ley n. 68 de 2015: *el legislador tenía la posibilidad de escoger otros diez tenores literales, todos un poco –un poco o muy– distintos*: lo cual demuestra que *todas esas opciones, antes de la reforma legislativa de 2015, estaban a disposición de la jurisprudencia*. En ausencia de un texto legislativo, y en presencia de una autorización para gestionarlo, existían numerosas posibilidades de reconstruir figuras *alternativas* de catástrofe ambiental, todas por lo demás con características “básicas” conformes con el tipo desentrañado por la Corte constitucional: ¡pero todas distintas!

³⁹ Ampliamente, sobre los vicios de determinación de la catástrofe innominada y de la ambiental construidos antes de las reformas legislativas de 2015, CASTRONUOVO, «Il caso Eternit: omissione di cautele antinfortunistiche e disastro ambientale doloso», en FOFFANI/CASTRONUOVO, *Casi di diritto penale dell'economia, II. Impresa e sicurezza (Porto Marghera, Eternit, Ilova, Thyssenkrupp)*, 2015, pp. 130 ss., 142.

⁴⁰ Corte const., 30 de julio de 2008, n. 327. Véase al respecto las observaciones realizadas *retro* en la nota 28 sobre el concepto de ‘tipo’ como noción animista de la figura.

El modelo civilista de la atipicidad del ilícito ha pasado al Derecho penal: como si estuviésemos en presencia de contratos innominados, tenemos delitos innominados. Bastará con tipificar por la vía interpretativa las casuísticas que la praxis somete al análisis, y habremos reconducido así el ‘tipo’ praxiológico a algún ‘tipo’ nominado.

El fenómeno se intensifica y llega a ser de ámbito internacional a través de la construcción de nuevos tipos de la Parte Especial haciendo uso de la gonzúa, de la herramienta que constituyen las reglas indeterminadas de la Parte General.

Es el problema del caso Contrada, que constituye, asimismo, un ejemplo paradigmático de creación de una figura de la parte especial, pero mediante un “no-tipo”, la cláusula general de la participación de personas comunes (art. 110 ss. CP), cuya utilización ha permitido añadir a los tipos nominados de partícipes, jefes, organizadores, promotores de las asociaciones mafiosas, una figura nueva, la del “partícipe externo”, no contemplada en la ley.

Desde hace tiempo, la doctrina ha planteado, aunque con escaso debate colectivo, la temática de las *normas de la parte general*, que son aquéllas en las que resulta más difícil, tradicionalmente, una formulación taxativa y que son por ello susceptibles de una extensión tan amplia que se llegue a comprometer *la propia diferencia entre analogía e interpretación extensiva*⁴¹. Esta consideración debe entenderse referida a los conceptos de dolo, culpa, causalidad, participación de personas, peligro, etc., sin duda no a las reglas para el cálculo de las penas o de la prescripción.

En todo caso, si se llevan a cabo modificaciones extensivas de esas categorías generales *no cambia la disposición, sino sólo la responsabilidad*. Y, al menos desde los tiempos del Manifiesto sobre el tecnicismo jurídico de Arturo ROCCO, es bien conocida la importancia del razonamiento analógico para el desarrollo de la propia Parte General del Derecho Penal⁴².

La cuestión resulta de interés internacional: sólo el modelo de la *Law Commission* inglesa o de los *elements of crimes* del Estatuto de Roma –donde analizadísimos subconceptos de Parte General o Especial acompañan a las previsiones legislativas⁴³–, constituye una alternativa a la praxis de los legisladores del *civil law* de no poder/querer regular esas nociones en las partes generales, o de saber hacerlo sólo con cláusulas carentes de un verdadero contenido definitorio. No obstante, todos sabemos que una nueva gestión hermenéutica de la causalidad omisiva o de la causalidad de la imprudencia puede cambiar totalmente la responsabilidad penal en un considerable número de

⁴¹ Permítaseme la remisión a DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, 1991, pp. 88 s., n. 123, y *amplius* pp. 88-97; véase asimismo F. PALAZZO, «Regole e prassi dell'interpretazione penalistica nell'attuale momento storico», en *Diritto privato 2001-2002, L'interpretazione e il giurista*, 2003, pp. 507 ss. (extracto), en particular, pp. 549 ss.

⁴² ROCCO, «Il problema e il metodo della scienza del diritto penale», *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1910, pp. 497 ss., posteriormente en EL MISMO, *Opere giuridiche*, t. III, 1933, pp. 300-302.

⁴³ Cfr. Al respecto, sobre los modelos ingleses y angloamericanos de legislación analítica y definitoria, CADOPPI, «Dalla Judge-made Law al Criminal Code. La codificazione nel mondo di Common Law», *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, pp. 923 ss., también en EL MISMO, *Introduzione allo studio del diritto penale comparato*, 2004, pp. 153 ss., especialmente pp. 192 ss., 226 ss.; además de EL MISMO (ed.), *Omnis definitio in iure periculosa? Il problema delle definizioni legali nel diritto penale*, 1996. Sobre los *elements of crimes* establecidos en el Estatuto de Roma, cfr. FRONZA, «Le fonti», en AMATI/COSTI/FRONZA/LOBBA/MACULAN/VALLINI, *Introduzione al diritto penale internazionale*, 3ª ed., 2016, pp. 64 ss.; WERLE, *Principles of international Criminal Law*, 2005, n. 138 s., pp. 313 ss., con adecuadas referencias.

tipos delictivos. Es un *poder definitorio enorme* el que se les concede a los técnicos sólo sobre el presupuesto erróneo de que no se trata de verdadera política jurídica.

Aquí, en el caso de la participación externa, tenemos una extensión innovadora que concretiza reglas de la Parte General y no es estrictamente analógica y, sin embargo, como veremos, lleva a cabo la construcción “autónoma” de un nuevo tipo de la *Parte Especial*, una nueva figura de partícipe que afecta sólo al delito asociativo.

Es como si se hubiese creado una nueva (*sic.*) figura de inducción, pero sólo válida para la circunvención de incapaces, o para la estafa, o para la extorsión. *¿No es ésta una “apertura” del tipo de la Parte Especial mediante un instrumento “de fractura” de la parte general?* Creo que precisamente el penalista comprende bien esta imagen ilustrativa.

Tratemos de iluminarla con argumentos más técnicos.

11. La esencia del caso Contrada en la reconstrucción del TEDH

La STEDH de 14 de abril de 2015, caso *Contrada vs. Italia*, rec. 66655/13, determina que Bruno Contrada, *ex jefe* de la Brigada móvil de Palermo, *ex dirigente* de la Criminalpol, *ex jefe* del Gabinete del Alto Comisariado para la lucha contra la mafia y *ex director adjunto* de los servicios civiles (SISDE), fue definitivamente condenado por la Corte de Apelaciones de Palermo el 26 de febrero de 2006 (condena posteriormente confirmada en Casación) por hechos cometidos *entre 1979 y 1988*, cuya motivación jurídica se fundamenta en la institución de la participación externa basada en tres sentencias de las Secciones Unidas penales (pleno de la Sala de lo penal de la Corte de Casación o Suprema), todas ellas dictadas con posterioridad a los hechos cometidos, a saber, en 1994 (SS.UU. Demitry), en 2002 (SS.UU. Carnevale) y en 2005 (SS.UU. Mannino). Contrada había sido acusado de haber aportado sistemáticamente una contribución a la actividad y a la persecución de los objetivos ilícitos de la asociación mafiosa denominada «Cosa nostra». El Tribunal estimó que el recurrente había proporcionado a los miembros de la comisión provincial de Palermo de dicha asociación informaciones reservadas concernientes a las investigaciones y a las operaciones policiales de las que eran objeto ellos y otros miembros de la meritada asociación. En los §§ 64 ss. de los fundamentos jurídicos, el TEDH escribe lo siguiente:

“64. El tribunal considera que la cuestión que se plantea en la presente causa es la de determinar si, en el momento en el que tuvieron lugar los hechos atribuidos al recurrente, la ley aplicable establecía claramente el delito de participación externa en asociación de tipo mafioso. Se debe comprobar, por lo tanto si, *a partir del tenor literal* de las disposiciones pertinentes y *con el auxilio de la interpretación*⁴⁴ de la ley proporcionado por los tribunales internos, el recurrente podía conocer las consecuencias penales de sus actos. 65. [omitido]. 66. La Corte pone de relieve que no es objeto de controversia entre las partes el hecho de que la participación externa en asociación de tipo mafioso sea constitutiva de un delito de origen jurisprudencial. Ahora bien, como ha recordado oportunamente el Tribunal de Palermo en su sentencia del 5 de abril de 1996 (véase el párrafo 7 *supra*), la existencia de este delito ha sido objeto de pronunciamientos jurisprudenciales divergentes. 67. El análisis de la jurisprudencia citada por las partes (véanse los párrafos 26-30 *supra*) demuestra que la Corte de Casación mencionó por primera vez el delito de participación externa en

⁴⁴ Cursivas añadidas.

asociación de tipo mafioso en su sentencia Cillari, n. 8092 del 14 de julio de 1987. En el caso objeto de dicha sentencia la Corte de Casación rechazó la existencia de tal delito y reiteró su postura en otras sentencias posteriores, en concreto en las sentencias Agostani, n. 8864 de 27 de junio de 1989 y Abbate y Clementi, nn. 2342 y 2348 de 27 de junio de 1994. 68. En el ínterin, en otras causas, la Corte de Casación ha reconocido la existencia del delito de participación eventual en asociación de tipo mafioso (véase la sentencia Altivalle, n. 3492, de 13 de junio de 1987 y, posteriormente, las sentencias Altomonte, n. 4805 de 23 de noviembre de 1992, Turiano, n. 2902 de 18 de junio de 1993 y Di Corrado, de 31 de agosto de 1993). 69. Ahora bien, ha sido sólo en la sentencia Demitry, dictada por las Secciones Unidas de la Corte de casación el 5 de octubre de 1994, cuando esta última ha proporcionado por primera vez una elaboración del controvertido tema, exponiendo las orientaciones que niegan y las que reconocen la existencia del delito en cuestión y, en un intento de poner fin a las discusiones jurisprudenciales al respecto, finalmente ha admitido de manera explícita la existencia del delito de participación externa en asociación de tipo mafioso en el ordenamiento jurídico interno. (...) 74...la Corte constata que el delito en cuestión es el resultado de *una evolución jurisprudencial iniciada hacia el final de los años ochenta del siglo pasado y consolidada en 1994* con la sentencia Demitry. 75. Por lo tanto, en el momento en el que se cometieron los hechos atribuidos al recurrente (1979-1988), el delito en cuestión no resultaba suficientemente claro y previsible para éste último. En consecuencia, el recurrente no podía conocer en este caso *la pena en la que incurría* por la responsabilidad penal derivada de los actos que realizaba.”

12. Por qué la participación externa es una institución que construye una forma nueva de participación asociativa, excluida por el art. 416 bis CP

Partiendo de la base de que *existen conductas de auxilio* a una asociación delictiva que *no* son actos de participación “internos” respecto de la misma y de que, según todas las sentencias recaídas sobre su asunto, Bruno Contrada, sin la participación externa, habría sido responsable sólo del delito de favorecimiento personal (prescrito), sólo formalmente se puede negar que la jurisprudencia ha “creado” un delito nuevo. Formalmente, ha aplicado el art 110 CP a una norma de la Parte Especial. Ahora bien, es correcta la tesis del delito nuevo si se explica *cómo* se ha llevado a cabo: ampliando títulos de imputación autónomos, como son las figuras concretas de delitos asociativos, *imponiendo así la lógica plural de las figuras autónomas de la Parte Especial sobre el modelo unitario de la regulación de la parte general (art. 110 CP)*. Se trata, en otras palabras, de “tipologías añadidas” al art. 416 bis CP: es decir, de tipos nuevos, porque toda figura de participación, como es bien sabido, es una *figura delictiva autónoma*; mientras que no lo es la asociación delictiva que constituye el hecho-acto común a las diversas figuras que reponen por ella conforme a diferentes títulos. El código Rocco, aquí, en estas hipótesis de la Parte Especial, abandona la “concepción unitaria” de la participación de personas *ex art. 110 CP*, y vuelve a valorar las formas de participación en el delito como títulos autónomos de responsabilidad. Ello significa que no se puede responder como promotor ni como jefe si se es partícipe. Es como discutir un delito distinto. Sin embargo, no se puede responder tampoco por el título de “financiador” del delito tipificado en el art. 416 bis CP, al no estar autónomamente previsto, a diferencia, por ejemplo, de lo que ocurre hoy en relación con el delito de asociación con fines terroristas, en el que la financiación se convierte en modalidad autónoma de participación asociativa (art. 270 bis CP).

Si, por lo tanto, a través de la “puerta” del art. 110 CP, se valoran nuevas figuras de partícipe externo, es porque no están previstas como partícipes internos, cuyo marco punitivo se extiende a ellas: son figuras nuevas, como si se añadiese el financiador o el reclutador (lo que ha sucedido en

relación con el terrorismo), aunque sea con la apariencia de una contribución complementaria (véase *infra*). Si eres partícipe externo eres *como* el partícipe interno, que sin embargo es un título autónomo. Pero *este nuevo* título autónomo es *ajeno* a la previsión del art. 416 bis CP, en el que hay muchos *otros* títulos autónomos (promotores, jefes, organizadores, partícipes), que, de hecho, no podrían encajar en aquél. Y si la previsión le resulta ajena, en realidad, la misma queda *excluida* de él. Por consiguiente, la asimilación del partícipe externo al interno ha generado realmente un nuevo “título autónomo” de delito.

Es erróneo sostener que se trata de una aplicación normal de una regla de la Parte General: el art. 110 CP, en este caso cumple la función específica de añadir una tipología de partícipe excluida de la Parte Especial y de hacerlo *sólo para este delito* (o sólo para los delitos asociativos). No hay un partícipe externo en el robo ni en la bancarrota. Se trata, por lo tanto, de una operación que afecta sólo a unas pocas normas de la Parte Especial, no de la aplicación normal de categorías de la Parte General. En efecto, una participación “normal” sería una participación en la participación interna (título delictivo al que se accede *quoad poenam*), o en la promoción, mientras que aquí, se participa desde el exterior en la mera asociación, que *no* es el título delictivo del que se va a responder a la luz del verdadero marco punitivo aplicado⁴⁵. También en el delito *ex art. 609 octies* CP (violencia sexual en grupo) puede haber una participación interna y una participación *ex art. 110 CP* para el que no actúa “junto con” los otros, sino a distancia. Pero todos responden por el mismo título delictivo, es decir, dentro del mismo marco legal autónomo. Al igual que el que realiza la función de vigilar con respecto al que comete el robo.

Para los delitos asociativos es distinto. No son circunstancias de un delito del que pueda responder cualquiera sin ser jefe, organizador, promotor o partícipe interno.

La función de la institución es, por lo tanto, la de crear formas de responsabilidad antes excluidas (equiparadas *quoad poenam* al partícipe interno): es decir, la función de *colmar una laguna de la parte especial* del código. O, lo que es lo mismo, de fingir que ni siquiera se trata de una laguna o de una exclusión implícita, por cuanto con el *passepertout* del art. 110 CP se eluden todas estas exclusiones.

Dado que esto se efectúa mediante una regla indeterminada de la Parte General, el procedimiento cripto-analógico queda enmascarado. Sin embargo, el efecto creativo es el mismo. Más aún. Coincide de un modo más preciso con la construcción de un “tipo nuevo”, porque no se trata de un tipo no previsto (p. ej. el reclutador), sino de una *compleja tipología de casos*, cuya misma identidad normativa ha resultado dudosa desde los primeros años 80 hasta la decisión de las Secciones Unidas en el caso Mannino de 2005. En él vuelven a entrar el amaño de los procesos, el “ponerse a disposición” de la asociación, el suministrar informaciones a los jefes que están detenidos, el proporcionar apoyo político-administrativo en puestos de relevancia pública, prestar ayudas relevantes de naturaleza económica a la organización, etc.

⁴⁵ En términos ya claros MAIELLO, *Il concorso esterno tra indeterminatezza legislativa e tipizzazione giurisprudenziale. Raccolta di scritti*, 2014, pp. 99 ss.; EL MISMO, «Consulta e Corte Edu riconoscono la matrice giurisprudenziale del concorso esterno», *Diritto penale e processo*, 2015, p. 1022.

Muchas y diversas tipologías que, expulsadas por la puerta estrecha de las figuras de la Parte Especial vuelven a entrar por la *open window* de la cláusula general del art. 110 CP. Ahora bien, *con una condición adicional*: que esta “forma” de participación tenga consecuencias (también aquí, por cierto, la duda es recurrente: ¿consecuencias *reales* o *potenciales*?) en la organización o en la vida de la asociación. Para que el requisito tenga un valor justificante, es preciso *que dicha condición sea verdadera y no aparente*. Veámoslo.

13. Sigue. El ilícito interpretativo de la aplicación retroactiva de un nuevo tipo de la Parte Especial debida a su atipicidad con anterioridad a un pronunciamiento acreditativo-constitutivo de las Secciones Unidas

Dado que no se puede ahora abordar con detalle la cuestión, debemos remitirnos a un comentario nuestro específicamente dedicado a la sentencia de la TEDH⁴⁶. Baste aquí recordar que la Corte de Estrasburgo retoma su jurisprudencia de muchos años relativa al art. 7 CEDH, sobre el punto de la accesibilidad y previsibilidad del Derecho, inherente a la legalidad convencional, que concierne tanto a la ley formal como a su formante jurisprudencial que confiere más taxatividad a la ley. Ambos deben ser previsibles y, por ende, previos a la comisión de los hechos delictivos tipificados o sancionados. La formación de una nueva jurisprudencia peyorativa o incriminadora, puesto que la innovación se puede considerar consolidada sólo a partir de una determinada fecha, no puede ser retroactiva cuando su evolución no fuese previsible *ex ante*. La previsibilidad *ex ante* es un juicio fáctico, pero la irretroactividad es una regla jurídica, en virtud de la cual toda aplicación retroactiva es sancionable como ilícito interpretativo⁴⁷.

⁴⁶ DONINI, «Il caso Contrada e la Corte Edu. La responsabilità dello Stato per la carenza di tassatività/tipicità di una legge penale retroattiva a formazione giudiziaria», *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, pp. 347 ss.

⁴⁷ El *modus operandi* de la Casación pre-Demetry se consideraba completamente en los años 80 y 90 fuera de toda lógica de la *prospective overruling*, aplicándose la regla de la “retroactividad” de la nueva jurisprudencia. Ciertamente, establecer *ex post*, en 2015, una regla de *prospective overruling* con efectos “sancionadores retroactivos” resultaría injusto e inaceptable, *si la CEDH no hubiera llevado veinte años aplicando estos principios*, al menos desde las sentencias de los casos *S.W. c. Reino Unido de 22-11-1995* y *CR c. Regno Unito, de 22 de 11 de 1995 sobre la marital rape* (cfr. VALENTINI, «Diritto penale intertemporale. Logiche continentali ed ermeneutica europea», *Dir. pen. cont.*, 2012, pp. 138 ss. (disponible en: <https://www.penalecontemporaneo.it/d/1409-diritto-penale-intertemporale-logiche-continentali-ed-ermeneutica-europea--milano-giuffre-2012-pp-4>); MANES, «Art. 7, VI, IX», en BARTOLE/DE SENA/ZAGREBELSKY (ed.), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, 2012, pp. 274 ss., 278 ss.; y con anterioridad BERNARDI, «Art. 7», en BARTOLE/CONFORTI/RAIMONDI (ed.), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, 2001, pp. 249 ss., 259 ss.)

Sin embargo es verdad que los casos más famosos, los relativos a la violencia sexual del cónyuge que obliga a la esposa a mantener relaciones y el de los disparos en el muro de Berlín (Gran Cámara, Streletz, Kessler, Krenz y K-H. W. C. Alemania, 22-3-2001) son hitos en los que la CEDH ha estimado que en el caso concreto era *previsible* la posterior variación en la aplicación judicial, aun cuando en sentido opuesto al *common law* anterior en un caso, y a la jurisprudencia de la *ex DDR* en el otro, absolviendo con ello al Estado británico y al alemán en los respectivos casos. Sólo en el caso *Pessino c. Francia* del 10-10-2006, relativo a una construcción ilegal, se ha afirmado concretamente *in bonam partem* la violación de la prohibición de retroactividad oculta, más tarde consolidada, siempre en sentido favorable, con la sentencia CEDH, Grand Chamber, 21 de octubre de 2013, *Del Rio Prada c. Spagna*, en un caso relativo a un cambio jurisprudencial imprevisible en materia de ejecución penitenciaria, en cuanto tal ajeno a las cuestiones eximentes-previsibilidad subjetiva, caso que cita la propia sentencia Contrada (para un comentario a CEDH, Grand Chamber, 21 octubre 2013, *Del Rio Prada c. Spagna*, ric. N. 42750/09, en *Cass. pen.*, 2014, 683 ss. véase PROFITI, «La sentenza “Del Rio Prada” e il principio di legalità convenzionale: la rilevanza

En este caso concreto no está en juego –como se ha dicho– la previsibilidad subjetiva de una imputación por participación externa en asociación mafiosa por parte de un alto funcionario de la policía de Palermo que a finales de los años 80 del siglo pasado cometió conductas de favorecimiento personal de destacados exponentes de la Cosa Nostra poniéndose “a disposición” de la organización para proporcionar otras eventuales ayudas (informativas, etc.). Ahora bien, una previsibilidad subjetiva genérica, *per se* incontestable, no puede compensar la falta del tipo. También la Corte de Apelaciones de Caltanissetta, que rechaza la demanda de revisión interpuesta por Contrada como recurrente *in executivis* tras la sentencia europea, afirma que esa previsibilidad sería exigible al menos tras la sentencia recaída en el proceso Abbate de la Corte d’Assise de Palermo (el primer macroproceso palermitano) de diciembre 1987⁴⁸... pero esto significaría *después de* casi todos los hechos imputados a Contrada ... (registrados entre 1979 y mediados de 1988): el ‘tipo’ se habría creado a finales de 1987 según dicha Corte territorial. Un dudoso rescate *in extremis*, como cualquiera puede constatar.

En realidad, conforme a la decisión superior y vinculante del TEDH, está en juego la inexistencia objetiva de un tipo delictivo con carácter previo a la decisión de las Secciones Unidas en el caso Demitry de 1994. El tipo penal antes de esa fecha tenía unos contornos inciertos (no era “suficientemente claro”: § 74 sent. cit.) y resultaba controvertida su propia legitimidad. El TEDH no entra a valorar la hermenéutica nacional, al no tratarse, según el planteamiento de las partes en el proceso, de un problema de analogía (que resulta contraria al art. 7 CEDH), sino de retroactividad *in malam partem*. Admitida o no prejuzgada la legitimidad de la construcción judicial de un tipo nuevo, lo cierto es que éste no estaba establecido antes de 1994. *Su irretroactividad debe, por lo tanto, considerarse objetivamente, no valorarse subjetivamente como si fuese una causa de exclusión de la culpabilidad de error invencible de prohibición: era como si faltase la ley, porque antes de 1994, faltaba el tipo.*

Para ser exactos, se debe reseñar que ni siquiera con las sentencias de las Secciones Unidas dictadas en el caso Carnevale de 2002 y en el caso Mannino de 2005 quedó precisado el ‘tipo’ penal de participación externa de manera satisfactoria. A mayor abundamiento se puede decir que el mismo, en parte, fue ampliado respecto a la sentencia de las Secciones Unidas en el caso Demitry de 1994, que quiso limitar los casos de participación a las contribuciones realizadas en momentos de fibrilación o patológicos de la vida de la asociación criminal⁴⁹.

dell’overruling giurisprudenziale sfavorevole in materia di benefici penitenziari», *Cass. pen.*, 2015; MAZZACUVA, «La Grande Camera della Corte Edu su principio di legalità della pena e mutamenti giurisprudenziali sfavorevoli», *Dir. pen. con.* (disponible en: <https://www.penalecontemporaneo.it/d/2608>). La imposición de una sanción europea por este caso de retroactividad oculta en el marco de un delito no artificial (la asociación de tipo mafioso) pero sí “nuevo” e inexistente en la mayor parte de los ordenamientos, no representa, por lo tanto, una novedad.

⁴⁸ Corte de Apelaciones de Caltanissetta, 18 de noviembre de 2015, p. 16 ss. Cuestión distinta es la de si más que una revisión lo esperable fuese una solicitud de revocación de la sentencia, en aplicación analógica o constitucionalmente conforme al vigente art. 673 CPP (*Código Procedura Penale*). Sobre esta cuestión, véanse las observaciones realizadas en DONINI, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, pp, notas 19 y 58. Véase, asimismo, en sentido análogo VIGANÒ, «Il caso Contrada e i tormenti dei giudici italiani: sulle prime ricadute interne di una scomoda sentenza della Corte Edu», en *Dir. pen. cont* (disponible en: <https://www.penalecontemporaneo.it/d/4660>).

⁴⁹ Remitimos de nuevo al análisis efectuado en DONINI, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, pp, § 5, y a la literatura allí citada.

Los grandes esfuerzos de tipificación realizados también por la sentencia de las Secciones Unidas de 12 de julio de 2005 en el caso Mannino⁵⁰ dejan aún en la sombra, en 2005, *el segundo término de la relación causal de la contribución del partícipe externo*: si se aporta una *c.s.q.n.* para la supervivencia de la asociación o para su “reforzamiento”, o para la consecución de un resultado “útil” para su “capacidad operativa”, cualquiera comprende que el aporte puede, dependiendo de los puntos de vista, ser calificado como facilitador o como decisivo, “de daño” o bien “de peligro”, o solamente útil en relación a las características también muy parciales de la simple organización de la actividad delictiva de una sociedad. Y no sólo esto: si el segundo término se extiende en el tiempo, el mismo puede convertirse en el punto de referencia no ya de concretas y puntuales conductas de ayuda, sino de varios episodios, cada uno de los cuales por sí solo no sería relevante. Diluyendo de este modo conducta y acto en una forma de participación “mixta”, se llega a la habitualidad. Es como si se hubiera introducido una nueva figura (sic.) “típica” de la Parte Especial que precisamente oscilara entre el paradigma causal y el organizacional⁵¹. La sentencia firme de la Casación que confirma la condena de Contrada en 2007, admite explícitamente que existe una “conducta antijurídica global” que “no puede ser fraccionada en sus complejas y continuadas manifestaciones” de *delito unitario y permanente*⁵².

La circunstancia de que aquí *no se trate de un hecho puntual en el espacio-tiempo* (extorsión, homicidio, robo, cometidos el día X contra el sujeto Y), sino de un goteo de conductas dispersas a lo largo de años o de décadas, *torna incierta, si no vana, la perspectiva causal*. En los procesos por participación externa dichas conductas *ni siquiera constituyen el objeto de la imputación*: son *meros elementos de prueba* de la contribución “global y permanente” a la organización o a la vida de la asociación. La contribución a la organización o la presencia de una figura de alguna manera “útil para la organización” desplaza el baricentro de la contribución al momento organizativo. Este elemento ambiguo e irresoluto (¿organización o causalidad?) no puede sino conferirle a la institución un

⁵⁰ En *Cass. pen.*, 2005, 3732 ss., 3749 ss.

⁵¹ Sobre la relación de aparente alternatividad entre paradigma causal y organizacional, vease en su totalidad el análisis de VISCONTI, *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, 2003, cap. III (pp. 238 ss.), pp. 309 ss., 483 ss., de veinte años de jurisprudencia (hasta el 2003). Asimismo, FIANDACA/VISCONTI, «Il patto di scambio politico-mafioso al vaglio delle Sezioni Unite», *Foro it.*, (2), 2006, pp. 86 ss.; FIANDACA/VISCONTI, «Il concorso esterno come persistente istituto “polemogeno”», *Arch. Pen.*, (2), 2012, pp. 487 ss.; MAIELLO, *Il concorso esterno tra indeterminatezza legislativa e tipizzazione giurisprudenziale*, 2014.

⁵² Corte de Casación, Sec. VI, 9-10 de mayo de 2007, Pres. Lattanzi, ponente Paoloni, p. 34. Para una crítica a las reelaboraciones de la participación externa como delito permanente, MAIELLO, *Il concorso esterno tra indeterminatezza legislativa e tipizzazione giurisprudenziale*, 2014, pp. 167 ss.; FIANDACA/VISCONTI, *Arch. Pen.*, (2), 2012, pp. 500 ss. También la Corte constitucional, en la reciente sentencia de 25 de febrero de 2015, n. 48, al declarar la ilegitimidad de la presunción de peligrosidad prevista en el art. 275. 3, segundo renglón, CPP en la parte en la que extiende al partícipe externo la presunción de adecuación tan sólo de la prisión preventiva prevista para el partícipe interno en el delito del art. 416 bis CP, por un lado, se apoya totalmente en la jurisprudencia consolidada que oscila al describir esta figura entre la causalidad, la tipicidad autónoma y la contribución a la organización; y, por otro lado, admite que una presunción prevista para el art. 416 bis CP se debería extender *automáticamente* a las figuras *ajenas* a este precepto de los partícipes atípicos y externos *ex art.* 110 CP; con lo que demuestra que estas figuras son de la Parte Especial y, sólo subrepticamente, de la Parte General, como se aclara en el texto. Si fuese un delito intentado (título autónomo de delito) la norma procesal (art. 275.3 CPP) debería preverlo expresamente. Si se trata de un partícipe externo, en cambio, esto no sucede. Pero, dado que el partícipe externo no es un partícipe interno, y que el art. 110 CP construye una participación no en la participación interna (otro título autónomo), sino en la asociación en general (que no es un título autónomo de delito, en la que sólo existen miembros, jefes, promotores, etc.), es evidente que nos encontramos en presencia de una forma de participación de Parte Especial nueva, equiparada a la interna *quoad poenam*. Véase, asimismo, MAIELLO, *Diritto penale e processo*, 2015, pp. 1022 s.

núcleo identitario problemático e insatisfactorio de *tipo abierto*, superable sólo por la vía de una *reforma legislativa*⁵³.

Es discutible, por consiguiente, que el tipo incluso hoy día esté verdaderamente definido, pero lo que sí es seguro es que no lo estaba, en opinión del TEDH, antes de 1994.

14. Los vínculos europeos con la jurisprudencia-fuente y las oscilaciones imprevisibles de la jurisprudencia entre la concretización individualizadora y la interpretación generalizante

El TEDH hipotetiza, pues, *dos tipologías de ilícito jurisprudencial*:

- a) *originario (ilícito por naturaleza)*, de tipo analógico-creativo o prohibido en cualquier caso;
- b) *derivado, por vicio de su aplicación temporal (ilícito por aplicación retroactiva)*.

En el caso a), la violación del art. 7.1 CEDH no podría ser compensada con la irretroactividad de una interpretación que en cualquier caso está prohibida *per se* por implicar analogía *in malam partem*.

La extensión de la punibilidad *puede no integrar un ilícito interpretativo originario* si se mantiene dentro del perímetro de la disposición existente respetando criterios hermenéuticos correctos: si se trata de un Derecho-concretización o sólo de un caso nuevo reconducible a la disposición.

Ejemplo: Si se aplica la receptación (art. 648 CP) a una transmisión de bienes inmuebles en lugar de muebles, se puede tratar de una casuística nueva, pero no de una nueva norma general y abstracta subyacente en la misma disposición. Quien leía el tipo entendía perfectamente que habría podido ser aplicada también a los bienes inmuebles incluso aunque no lo hubiera sido en el pasado.

O bien: si deja de aplicarse una eximente (art. 51 CP) que ha sido modificada, y que tornaba lícitos algunos actos de corrección en el ámbito familiar o en el lugar de trabajo, o algunas formas de violencia sexual, o algunas formas de crítica social, que hoy día ya no son justificables, esta modificación no crea un tipo nuevo aunque se amplíe la punibilidad. Se trata de variaciones en la valoración social y normativa que deberán resultar previsibles en el momento de comisión del hecho, aunque no existiesen en dicho momento sentencias ya publicadas.

⁵³ Véase, en diversos sentidos, pero siempre persiguiendo el adelantamiento de la tutela (también sobre la base de modelos extranjeros actuales o de legislaciones antiterroristas) sin verificar la eficacia causal de las contribuciones en efectos improbables como la vida o la subsistencia de la asociación, VISCONTI, *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, 2003, p. 494; PATALANO, «Riflessioni e spunti sulla contiguità alla mafia. A proposito di un recente contributo di Costantino Visconti», *Riv. pen.*, 2004, pp. 927 ss.; FIANDACA, «Il concorso “esterno” tra sociologia e diritto penale», FIANDACA/VISCONTI (ed.), *Scenari di mafia*, 2010, p. 211; MAIELLO, «Concorso esterno in associazione mafiosa: la parola passi alla legge», en FIANDACA/VISCONTI (ed.), *Scenari di mafia*, 2010, pp. 172 s., donde (pp. 167 ss.) se realiza un análisis despiadado de la posterior “gestión” jurisprudencial de los principios establecidos por las Secciones Unidas en el caso Mannino; INSOLERA, «Opinioni a confronto. Il concorso esterno in associazione mafiosa», *Criminalia*, 2012, pp. 281 ss., especialmente pp. 289 ss. Considera que se añade a las formas tipificadas de participación externa una cláusula general de facilitación, DE VERO, «Il concorso esterno in associazione mafiosa tra incessante travaglio giurisprudenziale e perdurante afasia legislativa», *Riv. it. dir. pen. e proc.*, 2003, pp. 1327 ss.

Otro ejemplo: La lectura de la exacción ilegal (art. 317 CP) en el sentido de obligar a un “facere” (las prestaciones sexuales en el caso Lonardo, en el caso Ruby, etc.) ha precisado la norma real, y en nuestra opinión la ha cambiado, pero no ha ampliado intencionadamente la disposición, que podía ser reescrita, pero que no lo ha sido jamás. La interpretación distinta, por tanto, ha ampliado los casos, pero no era analógica. Por consiguiente, podía ser retroactiva, porque en realidad era. Pese a ello, reinterpretada de este modo, la disposición habría podido ser reescrita mejor por el legislador cuando se ocupó del art. 317 CP en 2012: pero se la ha contemplado con tanta naturalidad como concretización en vez de como Derecho de nuevo cuño, que el legislador no consideró que debiera hacerlo. Ni siquiera se lo planteó.

Una evolución *previsible*, por lo demás, no torna legítima la norma si es analógica *in malam partem*. Una vez que se comenzó a aplicar el art. 437 CP a las enfermedades-accidente, es obvio que resultaba previsible que desde ese momento en adelante esa jurisprudencia prosiguiera. Sin embargo, la repetición de la analogía no produce su curación por lo que respecta al art. 25.2 Constitución italiana.

Lo mismo puede predicarse en materia de irretroactividad respecto a las construcciones extensivo-analógicas *in malam partem* como las que se han analizado en los apartados 9 y 10: *corrupción por la función, enfermedad-accidente, ondas electromagnéticas como lanzamiento peligroso de cosas y catástrofe innominada*.

En estos casos, la irretroactividad no habría podido/no puede “sanar” un vicio originario de construcción de una tipicidad contraria al art. 25.2 Constitución italiana y al art. 7 CEDH. Pero aunque se opinase de otro modo, como ha hecho la propia Corte constitucional en relación con la catástrofe ambiental, operaría en cualquier caso la prohibición de retroactividad.

En relación con estas patologías, *el caso de la participación externa* en los delitos asociativos se encuentra en cambio a medio camino. El mismo tiene que ver con la aplicación de una regla de Parte General que ha dado lugar a una nueva figura asociativa, cuya construcción, a lo largo de años de elaboración que han exigido la intervención de hasta tres decisiones de las Secciones Unidas, ha generado finalmente una nueva tipicidad: las figuras asociativas, de hecho, son tantas como las figuras de partícipes en ellas. El partícipe externo es de Derecho y de hecho una nueva forma de participación de la Parte Especial, no de la Parte General, como se ha dicho⁵⁴.

Si la consideramos autorizada por la presencia del art. 110 CP –y esta valoración está afectada, en mi opinión, por inevitables condicionantes de tipo político-institucional ligados a la especificidad de la “lucha” contra la mafia– en todo caso, debe estar sometida, en cuanto forma de construcción jurisprudencial de un tipo nuevo, a las reglas de prohibición de retroactividad.

Lo mismo debe decirse respecto a todas las *formas dudosas o ciertas de analogía que también modifican una disposición* (p. ej., la del lanzamiento peligroso de cosas o la de la enfermedad-catástrofe), *pero no necesariamente construyen un tipo legal nuevo* (como sucede en cambio en el caso de la catástrofe ambiental): si no se quiere acoger la regla, que hemos perfilado en un trabajo anterior, conforme a

⁵⁴ Quien esto escribe, aun habiendo llegado ya en el pasado a esta conclusión, reflexionando más a fondo sobre el caso Contrada (cfr., una vez más, DONINI, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016) la ha llegado a comprender como juicio analítico, lógico-discursivo y argumentado, a un nivel que antes no había alcanzado.

la cual *in dubio pro analogia*⁵⁵, en todo caso la máxima operativa en estos casos debe ir en línea de que la interpretación extensiva puesta en cuestión por poder ser constitutiva de analogía, debe *tener como consecuencia práctica la de la irretroactividad del nuevo Derecho*.

Lo mismo debe regir para eventuales nuevas aplicaciones criminalizadoras de la causalidad, de la culpa, del dolo, de la participación de personas, del concepto de peligro, etc., que, en apariencia, introducen extensiones de la punibilidad sólo previsibles en abstracto, pero de hecho descartadas por la jurisprudencia prevalente y dominante. *Para surtir tales efectos, además, el Derecho nuevo deberá ser consolidado en una decisión de las Secciones Unidas de la Corte de Casación (véase infra): en caso de primeras aplicaciones ún no consolidadas, en cambio, podrá operar la eximente subjetiva del art. 5 CP, dentro de los límites que diremos.*

En esencia, se debería aplicar, como se ha señalado ya hace tiempo, el principio-regla, acogido entre aquéllos que servían de preámbulo al *Corpus Juris 2000*, conforme al cual (*Principle of legality*) «(...) *Changes of interpretation are only permitted when they are reasonably predictable*»⁵⁶. Ahora bien, dicha regla no debería aplicarse a las hipótesis de mera concretización individualizadora, que constituyen una actividad de *aplicación a los casos* más que de *interpretación (generalizante)* de la ley⁵⁷.

15. Los límites de la causa de exclusión de la culpabilidad (subjetiva y en ciertos casos también objetiva) de error invencible sobre la licitud de la conducta (art. 5 CP): cuándo es aplicable y cuándo sería un subterfugio ante un vicio de legalidad.

La eximente de error invencible sobre la licitud de la conducta (art. 5 CP) parte de que, o bien la ley es clara y manifiesta en el momento de producirse el hecho pero, a pesar de ello, no cognoscible por el sujeto; o bien, la nueva reformulación de la ley es en cualquier caso problemática en términos de accesibilidad/previsibilidad, pero no de legitimidad, determinación o taxatividad.

Si falta el tipo, el Estado no “exculpa” al ciudadano por un defecto radical en la formulación de la ley⁵⁸.

⁵⁵ DONINI, en EL MISMO, *Europeismo giudiziario e scienza penale*, 2011, p. 113.

⁵⁶ DELMAS-MARTY/VERVAELE (eds.), *The Implementation of the Corpus Juris in the Members States*, t. I, 2000, p. 187. Este tema lo hemos abordado en DONINI, «L’armonizzazione del diritto penale europeo nel contesto globale», *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002, pp. 477 ss.

⁵⁷ Una ley nueva, por el contrario, que da paso al abordaje de numerosos casos nunca vistos con anterioridad, casi nunca debería poder aplicarse, salvo al caso posterior...

⁵⁸ Es conocida la *crítica radical* a este aspecto de la exculpación por errores de prohibición vinculados a violaciones de la legalidad o de la subsidiariedad, que perpetúan el fracaso de los principios de *ultima ratio* y de taxatividad, permitiendo el desbordamiento de la inflación penal: FERRAJOLI, «Quattro proposte di riforma delle pene», en BORRÉ/PALOMBARINI (eds.), *Il sistema sanzionatorio penale e le alternative di tutela*, 1998, p. 50; EL MISMO, «Lo stato di diritto tra passato e futuro», en COSTA/ZOLO (eds.), *Lo stato di diritto. Storia, teoria, critica*, 2002, p. 364. Véase, asimismo, STORTONI, «L’introduzione nel sistema penale dell’errore scusabile di diritto: significati e prospettive», *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, pp. 1313 ss., 1347 ss.; DE FRANCESCO, «Il principio della personalità della responsabilità penale, nel quadro delle scelte di criminalizzazione», *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, pp. 32 ss., 48 ss., 50, 55, 66 ss.

Y si el tipo necesita que lo consolide una jurisprudencia que lo está perfeccionando, *en la medida en que tal operación sea legítima*, antes de esa consolidación la ley no es *objetivamente* aplicable. Se plantea, además, en este caso, una problemática “intertemporal”.

¿Qué debe hacer el juez de primera instancia que ve por primer vez una casuística nueva y aún no sabe si está “dentro de la disposición” o la está cambiando paulatinamente? ¿Debería tal vez, ante la duda, abstenerse de realizar una interpretación extensiva? No creo que este sea el efecto obligado, ni que sea correcto y deseable, porque son demasiadas las concretizaciones que se consideran totalmente lógicas y razonables en el marco de la disposición originaria sólo con el paso del tiempo.

El juzgador (y antes aún el ministerio público) podrá defender en estos casos la construcción legítima de un nuevo Derecho –un Derecho que no reescribe *intencionadamente* la disposición, porque en caso contrario no sería legítimo, sino que se limita a regular nuevas tipologías de casos no ocurridos con anterioridad– y, no obstante, actuar para que los primeros investigados e imputados puedan *beneficiarse de la eximente* de error invencible de prohibición *más por razones objetivas de inaccesibilidad, que subjetivo-personales*: y ello partiendo del presupuesto de que el art. 5 CP se aplica *también* a las nuevas “normas” que podrían llevar a reescribir la disposición, pero sólo por efecto de un depósito paulatino de casos, y que, en suma, producen un nuevo Derecho cuya aplicación se percibe de inmediato como susceptible de someterse a la prohibición de retroactividad.

El discurso, también a este respecto, no debería aplicarse a los simples casos de Derecho-concretización de tipo individualizador (véanse los ejemplos citados de la difamación de las personas jurídicas o de la receptación inmobiliaria). Ahora bien, nos damos cuenta de que se abre un continente completamente nuevo, que deberá ser explorado colectivamente en los próximos tiempos, una vez introducidos estos principios en la vida judicial. *Das ist ein zu weites Feld.*

A fin de acelerar la construcción del Derecho nuevo, resultará oportuna una rápida intervención de los jueces de segunda instancia y de las Secciones Unidas en caso de controversia. Si, por el contrario, se trata de un pacífico Derecho-concretización de casos nuevos pero subsumibles con seguridad en el tipo, el destinatario de la norma podrá beneficiarse de la eximente del art. 5 CP sólo por razones subjetivo-personales relativas a su imposibilidad de conocer esas evoluciones que la disposición, en realidad, admite con seguridad, aunque no se encuentren recogidas en precedentes conocidos⁵⁹.

⁵⁹ Se valora aquí una analogía entre el “precedente” consuetudinario de *common law* y el “precedente aplicativo” de la ley escrita, es decir, de la *statutory law*. Ambos pueden tener una naturaleza declarativa aun cuando parezcan nuevos los casos. La irretroactividad y el *prospective overruling* irían referidos a los casos efectivamente de innovación en la regla abstracta, como es todo precedente que resulte *generalizable* y, en consecuencia, susceptible de regular nuevos casos que guardan correspondencia con él. Sobre la capacidad de generalización como característica del precedente también consuetudinario, más allá del hecho de que esté muy individualizado en lo que respecta a características del caso concreto, véase CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale*, 1999, pp. 174 ss. Esta cuestión, por otra parte, responde a la concepción dominante del precedente como “rule”, como regla. Un análisis útil en ALEXANDER, «Constrained by Precedent», *Univ. of Southern California Law Review*, (63), 1989, pp. 1 ss., también en EL MISMO, *Legal Rules and Legal Reasoning*, 2005, pp. 103 ss., 119 ss., 129 ss.; asimismo, con otra, personal, terminología, SCHAUER, *Playing by the Rules*, 1991 (traducción al italiano: *Le regole del gioco. Un'analisi filosofica delle*

16. ¿No está de actualidad Beccaria? Carácter político de la interpretación vs. necesidad del silogismo judicial (ex post) y del “previsor” (ex ante)

Para concluir el análisis del proceso de formación de la categoría del ilícito interpretativo, debemos, además, enfrentarnos a la cultura hermenéutica por completo, para que no se piense en volver al tecnicismo manierista, a brocados como *ubi lex voluit dixit*, etc.

La interpretación no es un acto de deducción lógico-formal: es productora de conocimiento no-analítico⁶⁰. No obstante, admite la existencia de una *intentio lectoris* que tiene como límite la *intentio operis además de la intentio auctoris*⁶¹. He aquí por qué sólo los cometarios nos dicen la verdad sobre el contenido normativo de una disposición: ningún exégeta genial, ningún Prometeo habría podido nunca conocer *ex ante* ese contenido en su totalidad. Lo puede hacer sólo un Epimeteo. ¿Quién

decisioni prese secondo le regole nel diritto e nella vita quotidiana, 2000, pp. 47 ss., 259 ss.); EL MISMO, «Do Cases Make Bad Law?», *The University of Chicago Law Review*, (73), 2006, pp. 885 ss., y la discusión sobre este trabajo en SHERWIN, «Judges as Rulemakers», *The University of Chicago Law Review*, (73), 2006, pp. 919 ss.

⁶⁰ En este punto concreto, adviértase, no hay discrepancia entre las posiciones históricas contrapuestas de Emilio BETTI y Hans-Georg GADAMER, aun cuando para BETTI el caso no sea por regla general constitutivo respecto a la norma (cfr. sobre su posición en general BETTI, *Le categorie civilistiche dell'interpretazione*, 1948), también en EL MISMO, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, 2ª ed., 1971, especialmente pp. 10 ss.; asimismo, EL MISMO, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, 1948-1949, *ibidem*, en particular pp. 136 ss., 140 ss., 228 ss., 261 ss.), y él no afirma ciertamente lo que ha sido sostenido, por ejemplo, por los intérpretes inspirados en una hermenéutica postgadameriana, según los cuales sólo desde la *applicatio* (y desde *sus fines*) se empieza a entender el texto (por todos HASSEMER, *Tatbestand und Typus. Untersuchungen zur strafrechtlichen Hermeneutik*, 1968 (traducción al italiano: *Fattispecie e tipo*, 2007, pp. 166 ss.), HRUSCHKA, *Die Konstitution des Rechtsfalles*, 1965 (traducción al italiano: *La costituzione del caso giuridico*, 2009): si se reconduce la comprensión de la regla a los casos que se producen *después*, no se entiende cómo en ella podría haber previsión de una posible decisión en el momento del hecho cometido *antes*. Pero admitir esta previsión del derecho no significa que se deba reducir la interpretación a una actividad lógico-analítica o deductiva. Cfr. sobre el pensamiento de BETTI en *Quaderni Fiorentini*, 1978 (número dedicado a «Emilio Betti e la scienza giuridica del Novecento»), así como FERRARIS, *Storia dell'ermeneutica*, 1988, pp. 363 ss.; GRIFFERO, *Interpretare. La teoria di Emilio Betti e il suo contesto*, 1988, pp. 202 ss. Ciertamente BETTI, que ha defendido la idea de que para el intérprete “*sensus non est inferendus, sed efferendus*”, permaneció, por un lado, fiel a las concepciones prescriptivas de la interpretación (muy acordes con el estilo del jurista); pero, por otro lado, también vinculado a aquel ideal romántico-diltheyano de una suerte de “correspondencia de amorosos sentimientos” entre el intérprete y el texto, que revela hoy cierta ingenuidad epistémica. El propio GADAMER, *Wahrheit und Methode*, 3ª ed., 1972 (traducción al italiano: *Verità e metodo*, 2ª ed., 1983, pp. 9-11, en el prólogo a la segunda edición), al reconocer plena validez a las críticas de BETTI por cuanto éstas exigen que las disciplinas concretas observen los parámetros propios de interpretación *correcta*, sostiene que sólo tras este entendimiento se puede afrontar el discurso sobre el significado constitutivo de la hermenéutica en la relación lector, autor y obra, que se establece sobre una previa lectura metodológicamente correcta. En este sentido la “verdad” hermenéutica de una obra, ubicada temporalmente en la actualidad de quien la comprende, la interpreta y la “aplica”, es bien distinta de la *mens auctoris*, y es distinta y autónoma respecto del “método” científico y también respecto del método de una disciplina humanística debidamente respetado por el autor de la obra.

⁶¹ El concepto de *intentio lectoris*, elaborado por ECO, *Limiti dell'interpretazione*, 1990, pp. 15 ss. (aunque ya en EL MISMO, «Lo strano caso della *intentio lectoris*», *Alfabeta*, (84), 1986, al desarrollar las premisas presentes en EL MISMO, *Lector in fabula. La cooperazione interpretativa nei testi narrativi*, 1979); EL MISMO, *Interpretazione e sovrainterpretazione*, 2002, pp. 77 ss., está ausente en la hermenéutica *jurídica* tradicional “pre-gadameriana”, o “bettiana”, diríamos, en tanto en cuanto todo giraba en torno a la dialéctica entre *ratio objectiva* y *ratio subjectiva legis*, o interpretación objetiva y subjetiva. La idea de una *intentio lectoris* implica un “legítimo” papel *constructivo* del intérprete en el entendimiento del texto, legítimo pero con evidentes (aunque no precisos) límites. El análisis de las condiciones de legitimidad de la intención del lector –en posición crítica respecto a las conocidas tesis deconstruccionistas de DERRIDA– trae a colación los escritos citados de Umberto ECO. Nos encontramos, por tanto, en el marco de una hermenéutica prescriptiva, y no abierta al papel dominante del intérprete como creador perpetuo de una *semiosis ilimitada*.

osaría llevar la contraria a la mayor parte del depósito doctrinal y jurisprudencial de las reglas más importantes del código y de las leyes penales complementarias?

Este conocimiento está integrado también por valoraciones, juicios de valor, analogías entre casos subsumibles, si bien todos ellos *dentro* de la disposición.

Por este motivo, BECCARIA habría querido prohibir la interpretación judicial, reduciéndola a pura operación lógico-silogística. En el § 4 de "*Dei delitti e delle pene*"⁶² están contenidas las famosas declaraciones programáticas: "*Ni siquiera puede residir en los jueces penales el poder de interpretar las leyes penales, precisamente porque no son legisladores*". A ellas se sumaban las directrices sobre el silogismo judicial: "*¿Quién será, por lo tanto, el legítimo intérprete de la ley? El soberano, es decir, el depositario de la voluntad de todos, o el juez, cuyo oficio es sólo examinar si el sujeto en cuestión realizó o no una acción contraria a las leyes?*"

En todo delito el juez debe construir un silogismo perfecto: la premisa mayor debe ser la ley general, la menor la acción conforme o no a la ley, la consecuencia la libertad o la pena. Cuando el juez sea obligado a o quiera hacer aunque sea sólo dos silogismos, se abre la puerta a la incertidumbre.

No hay cosa más peligrosa que ese axioma común conforme al cual hay que consultar al espíritu de la ley. Es un dique roto para el torrente de las opiniones".

La idea clave en la que se inspiraron estas indicaciones gozó y sigue gozando hoy día de un alto grado de consenso: *la interpretación es siempre política*⁶³. Al menos, en todos aquellos casos en los que quedan márgenes para la discrecionalidad y el pluralismo. Y son numerosos, *aun cuando sobre los hard cases prevalecen los casos fáciles*, los casos en los que no hay mucho de político (aparte de la determinación de la pena...). Por lo demás, nadie, aun compartiendo esas premisas, deduce de ellas hoy día la prohibición de la interpretación judicial.

Esto parece imponer una suerte de *interpretatio sine applicatione*: la posibilidad de una verdadera interpretación prescindiendo de los casos que se producen en la vida social, como si el Derecho no fuese *un ser vivo*, sino una premisa de lógica formal.

Los casos nuevos son siempre un poco "dificiles". Conciernen a cuestiones que nunca antes han sido objeto de enjuiciamiento, pero esto no significa que sean ajenas al precepto: es preciso llevar a cabo un "reconocimiento" sin disponer de una máxima o de un repertorio que contengan hechos idénticos o análogos. Y si una disposición vive ochenta-noventa años como le ocurre hoy al código Rocco, es inevitable que se produzcan casos nuevos o que son nuevos porque sólo hoy resultan admisibles como consecuencia de la evolución del sistema global.

Y ello, porque no se puede saber si se han violado la *certeza* (precisión legal en abstracto) y la *taxatividad* (precisión en la fase de aplicación de la norma interpretada) de una disposición legal *antes de interpretarla*: no sólo no está prohibida la interpretación, sino que es necesaria para saber si

⁶² BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, 1764, (§ 4: "*Interpretazione delle leggi*").

⁶³ *Amplius* sobre la cuestión, DONINI, «Lettura di C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* (1764), § 4: "*Interpretazione delle leggi*"», *Diritto pen. XXI Secolo*, 2014, pp. 245 ss.

una norma es taxativa. Y si es taxativo o no lo es, no ya el tenor literal de la ley en sí mismo, sino junto con la norma que lo dota de contenido. No obstante, a la luz de años de resoluciones judiciales sincrónicas contradictorias entre sí, puede darse el caso de que la Corte Constitucional no aprecie jamás una violación de la determinación/taxatividad.

Por lo tanto, quien pretenda prohibir la interpretación –como pretendía BECCARIA– haría imposible la propia taxatividad. *Este modelo ilustrado*, aparentemente espresivo de la máxima precisión y taxatividad de la ley es, en consecuencia, *contrario al principio de taxatividad*. De hecho, si por principio de taxatividad se entiende el aspecto *judicial-hermenéutico* de la certeza de la ley, es decir, el deber del juez de no socavar o violar la exigencia de precisión y certeza de la formulación legal de la regla, quien le pide al juez que no interprete la ley, hace automáticamente que ésta última sea imprecisa e inaplicable.

No obstante, el silogismo judicial, construido *ex post facto* por el magistrado, incluso el *previsor* llevado a cabo *ex ante* por cualquier intérprete y por parte del ciudadano, sigue siendo un instrumento *indispensable*, si bien no como lo quería aplicar BECCARIA, sin interpretación, es decir “en lugar de” la interpretación.

*Inténtese, por otra parte, determinar la previsibilidad de una posible calificación jurídica de un hecho, por no hablar de la de una decisión, sin hacer un silogismo*⁶⁴.

Parece claro que el propio mandato “constitucional” de la previsibilidad del Derecho, de su cognoscibilidad, de la accesibilidad de las normas, exige que el ciudadano pueda llevar a cabo una operación de subsunción de un caso concreto en una regla abstracta o en un precedente. Y como debe poder hacerlo el destinatario de la ley, deberá hacerlo el juez, para no “driblar” y “pillar” al imputado *a posteriori*.

17. La previsibilidad de la ley, antes que la de las decisiones. Certeza vs. mera previsibilidad

El edicto del Pretor romano era una disposición general cuyo periodo de vigencia coincidía en su duración con el del cargo del magistrado. Sólo con la *lex Cornelia* del 67 a.C., fueron obligados los

⁶⁴ Críticos, pero un poco *à la page*, en nuestra literatura, sobre el modelo silogístico, DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo alla legge*, 2006, pp. 6 ss., *passim*; IACOVIELLO, *La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, 2013, pp. 38 ss.; CARLIZZI, «Una teoría ermeneutica del diritto», en OMAGGIO/CARLIZZI, *Ermeneutica e interpretazione giuridica*, 2010, pp. 100 ss.; y ya entre los penalistas, HASSEMER, *Tatbestand und Typus* (traducción italiana: *Fattispecie e tipo*, 2007, pp. 73 ss., 98 ss., 163 ss. y espec. 166-177 (sobre la espiral), 180-187 (sobre el tipo)). Sin embargo, siempre dentro del mismo círculo cultural crítico, cfr. la cuidadosa *distinción* entre los límites y el abandono del silogismo judicial tradicional, en KAUFMANN, *Das Verfahren der Rechtsgewinnung. Eine rationale Analyse*, 1999, pp. 29 ss., 67 ss., especialmente p. 68, y también las obras de Karl ENGISCH allí citadas. Para una defensa del modelo silogístico, véase MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, 1978, pp. 19 ss., 100 ss.; WRÓBLEWSKI, «Il sillogismo giuridico e la razionalità della decisione giudiziale», en COMANDUCCI/GUASTINI (eds.), *L'analisi del ragionamento giuridico*, 1987, pp. 277 ss.; EL MISMO, *The Judicial Application of Law*, 1992, especialmente pp. 229 ss.; véase, asimismo, los otros AA. cit. en DONINI, en EL MISMO, *Europeismo giudiziario e scienza penale*, 2011, especialmente pp. 72 ss., n. 15; DONINI, *Diritto pen. XXI Secolo*, 2014.

pretore a hacer perpetuos sus edictos⁶⁵. ¿Vamos nosotros en busca de una *lex Cornelia*? ¿O de su consolidación y codificación en el *edictum perpetuum* del emperador, como el de Adriano del 130-133 d.C.?

Hoy día se habla con frecuencia de la *previsibilidad de las decisiones*, hasta el punto de que el TEDH la ha convertido en un símbolo de la legitimidad de la evolución *in malam partem* (permitida, no analógica) de la jurisprudencia penal⁶⁶.

No obstante, *es mejor reflexionar sobre esta fórmula*.

En efecto, debemos tomar en consideración que, contemplando las cosas desde el punto de vista del defensor penal, la falta de certeza sobre el resultado de una decisión judicial es algo constante y normal en el ejercicio de la profesión, no excepcional, en los casos que no son fáciles o respecto a las normas nuevas.

Quien tiene experiencia profesional en el ámbito de los tribunales sabe a la perfección que simplemente conociendo a la persona física del juzgador puede intentar adivinar con más facilidad la decisión, sobre la que inciden numerosas variables, también individuales, tanto sobre cuestiones de hecho como de Derecho. Las numerosas variables, sustantivas y procesales, tornan objetivamente no previsibles los tiempos y los resultados de muchos procesos cuya instrucción o celebración emprende el mismo magistrado. Las *decisiones*, no son, por ello, directamente previsibles, sobre todo en lo tocante *al hecho*, pero incluso habiendo igualdad de convicción sobre los hechos, con frecuencia existen márgenes de pluralismo aplicativo. Sólo las posibles soluciones en Derecho, en la dimensión de la *interpretación en abstracto* de las reglas, pueden y deben ser previsibles.

Por lo que respecta, en cambio, a su *aplicación a los casos*, que tenga un carácter más o menos individualizador, surge aquí la necesidad de profundizar en qué hipótesis aquélla pueda constituir un producto deliberativo nuevo del juzgador que se perciba como modificación imprevisible de la ley.

En cualquier caso, no es la previsibilidad *de la decisión* lo que cobra importancia, sino la *de la calificación* entre las posibles en un contexto pluralista.

⁶⁵ Cfr. BETTI, «La creazione del diritto nella iurisdictio del pretore romano», *Studi in onore di G. Chiovenda*, 1927, pp. 57 ss.

⁶⁶ Cfr. en general ya el amplio trabajo de VIGANÒ, «Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale», *Dir. pen. cont.*, 2016 (disponible en: <https://www.penalecontemporaneo.it/d/5118-il-principio-di-prevedibilita-della-decisione-giudiziale-in-materia-penale>). Con anterioridad, ESPOSITO, *Il diritto penale "flessibile". Quando i diritti umani incontrano i sistemi penali*, 2008, 325 ss.; VALENTINI, *Dir. pen. cont.*, 2012, pp. 98 ss., 105 ss., 136 ss.; DI GIOVINE, «Antiformalismo interpretativo: il pollo di Russell e la stabilizzazione del precedente giurisprudenziale», *Dir.pen.cont*, 2015, pp. 8 ss. (disponible en: <https://www.penalecontemporaneo.it/d/3971-antiformalismo-interpretativo-il-pollo-di-russell-e-la-stabilizzazione-del-precedente-giurisprudenziale>);

FAURE/GOODWIN/WEBER, «The regulator's dilemma: caught between the need for flexibility & the demands of foreseeability. Reassessing the lex certa principle», *Alb. L.J. Sci. & Tech.*, (24), 2014, especialmente pp. 308 ss., 348 ss. Sobre el *prospective overruling*; VOGLIOTTI, *Dove passa il confine?*, 2011, pp. 53 ss.

El mayor problema de nuestro sistema es la presencia masiva de *discrepancias jurisprudenciales sincrónicas* que, además, perduran durante años. Es evidente que *la permanencia de discrepancias sincrónicas* es capaz de producir una violación sustancial de la certeza del Derecho, pero también de generar *una decadencia permanente de la taxatividad de la ley*.

Algo similar, pero aún peor, ocurre *cuando se encuentra en proceso de elaboración una nueva institución "de construcción jurisprudencial"*. En este caso, esa falta de certeza permanente produce automáticamente *un defecto de tipicidad*.

Por el contrario, en *los periodos breves de contradicción interpretativa material*, la controversia doctrinal-jurisprudencial en curso *no* hace que una decisión sea *imprevisible*: hace que sea *incierta*. Es previsible que se pueda decidir A, o no-A, o B, pero es incierto el resultado de estas alternativas. Cuando, en cambio, intervenga para eliminar el conflicto una jurisprudencia superior generalmente más vinculante, la solución será más cierta, más que simplemente previsible.

Un Derecho cierto haría también, como efecto colateral, que las decisiones fuesen más previsibles.

Las sentencias, por otra parte, al adaptarse al caso, pueden ser muy *innovadoras al ser de tipo individualizador*: y, por lo tanto, sólo si se dispusiese de un verdadero *precedent* individualizado y casi idéntico al caso enjuiciado de podría hablar realmente de previsibilidad de la decisión. Esto es algo que en un sistema de *civil law* no resulta factible. Pero también en el *common law*, el desarrollo de nuevos *precedents* en las *statutory laws* permite captar la distancia temporal respecto de los buenos tiempos pasados, en los que nos engañábamos pensando que todo "se había juzgado ya" en el pasado y que bastaba encontrar el caso correspondiente en alguna recopilación polvorienta.

18. Concepto formal y material de jurisprudencia-fuente

Podemos, por lo tanto, terminar nuestro viaje con algunas definiciones conclusivas.

Constituye jurisprudencia-fuente aquel pronunciamiento innovador, capaz de modificar la disposición aunque sea de modo indirecto y derivado como consecuencia, que vincula formalmente a otros jueces futuros: sean éstos de las Secciones Unidas, del TEDH, del TJUE o de la Corte constitucional, allí donde sus sentencias produzcan este efecto. Obviamente ésta puede ser *in bonam partem* pero, en ciertas condiciones, también *in malam partem*.

El referido *vínculo puede ser formal o material*. La jurisprudencia, como ya se ha dicho previamente, es tanto más fuente cuanto más formal sea el vínculo o cuanto más importante sea el vínculo material en términos de influencia práctica. Las sentencias del pleno de la Sala de lo penal (Secciones Unidas penales) de la Corte de Casación, por lo tanto, no son fuente, como sí que lo son las sentencias del pleno de la Sala de lo Civil (Secciones Unidas civiles) de la Corte de Casación (art. 374.3 CPC (*Código Procedura Civile*), o las sentencias de la Asamblea plenaria del Consejo de Estado (art. 99 c., apdo. 3, c. proc. adm., Decreto Legislativo n. 40 de 2006); sin embargo su incidencia nomofiláctica es, por regla general, muy significativa: las mismas *funcionan de facto como fuente* del Derecho futuro. Y, aunque formalmente hoy no lo son, los proyectos más recientes de

reforma aseguran, por el contrario, una próxima adaptación del proceso penal a las reglas del civil y del administrativo. Me refiero al *Proyecto de ley n. 2067/2015*, que se suma a otros varios proyectos de ley, presentado por el Gobierno (Min. Orlando, Alfano, Padoan), aprobado por la Cámara de los diputados el 23 de septiembre de 2015, y luego remitido a la Comisión de Justicia del Senado, sobre diversas “Modificaciones al código penal y al código de procedimiento penal para el reforzamiento de las garantías de defensa y la duración razonable de los procesos, así como al sistema penitenciario”, que prevé *una modificación del art. 618 CPPP* con la introducción de una regla análoga a la de los arts. 374 CPC y 99 Decreto Legislativo n. 104 de 2010⁶⁷.

En las facultades de Derecho y en los departamentos de jurisprudencia no se enseña simplemente la legislación penal, sino el Derecho penal y, por consiguiente, el acervo de interpretaciones del Derecho vigente, su contenido normativo con arreglo al análisis efectuado por doctrina y jurisprudencia.

Respecto a lo dicho hasta ahora, debe reseñarse que los principales trabajos académicos de teoría de las fuentes no reconocen a la jurisprudencia el valor de fuente del Derecho, sino sólo el de explicitar el Derecho, precisamente sin “crearlo”. Se parte de la premisa de que “la verdadera fuente crea Derecho”, mientras que la interpretación y la jurisprudencia no. De ahí se deduce erróneamente que la jurisprudencia sería sólo declarativa.

También en el *common law* han prosperado desde hace mucho las *concepciones puramente declarativas del precedente (incluso del overruling)*, como *ratio* de una regla, aquél que modifica un Derecho común consolidado, y lo han considerado retroactivo sólo *de facto*, como la mera interpretación de la ley.

Nosotros, sin embargo, no podemos ya seguir este antiguo enfoque, que a estas alturas se revela como una ideología del pasado. Hay aplicaciones cognoscitivas y declarativas del Derecho preexistente, pero presentan una fuerte componente de *inventio*, así como de crecimiento propio de todo conocimiento de un ser vivo como es el Derecho; y hay aplicaciones que parecen inclinadas hacia la construcción de nuevas normas, hasta el punto de reescribir de hecho, como consecuencia indirecta, la propia disposición.

Los *principales estudios de teoría de las fuentes*, por lo demás, establecen correctamente la distinción entre disposición y norma, que constituye la premisa técnica para definir la jurisprudencia-fuente, admitiendo que la norma no coincide casi nunca con la disposición, pero negando que quien crea la norma sea “fuente de Derecho”⁶⁸.

⁶⁷ Entre quienes, desde hace tiempo, han defendido esta solución, DONINI, *Cass. Pen.*, 2002, pp. 1165 ss.; FIANDACA, *Cass. pen.*, 2005, pp. 1736 s.; CADOPPI, «Introducción a la reimpresión», en EL MISMO, *Il valore del precedente nel diritto penale*, 2007, pp. XIII ss., XXIX s.

⁶⁸ La posición “oficial” de varios teóricos del Derecho italianos es que cuando abordan la interpretación, distinguen entre *disposición* y *norma* (lo que implica conceptualmente que el Derecho no deriva analíticamente del enunciado, sino que tiene orígenes ulteriores en la aplicación); cuando se ocupan de las fuentes, excluyen que el autor de la “norma” (inferida a partir de la disposición) sea ‘fuente’ del derecho: con independencia de que su producto esté contenido en pronunciamientos vinculantes o no. Paradigmático, GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, 1998, pp. 15 ss., 136 ss., 497 ss.; EL MISMO, *Le fonti del diritto*, 2010, pp. 35 ss., 398 ss.; EL MISMO, *Nuovi studi sull’interpretazione*, 2008, pp. 51 ss., 77 ss.; véase también MODUGNO, *Interpretazione giuridica*, 2ª ed., 2012, pp. 58 ss., 78 ss., 272.

Este enfoque nos parece en cualquier caso discutible e ideológico, pero convergente en un aspecto con lo sostenido aquí: *allí donde el ‘depósito’ de los casos no imponga una reescritura* (mental, teórica, hermenéutica o legislativa) *de las propias disposiciones*, por cuanto ya no se ajustan a su contenido normativo legítimo (*retro*, apartado 6), y el Derecho aplicado es realmente sobre todo *individualizante* (casos-nuevos y no normas inferidas de él), no se establecen exigencias de equiparación garantista de la jurisprudencia a las fuentes en sentido estricto. Aun cuando puede ocurrir –y es *el verdadero punctum dolens*, tal vez la mayor novedad teórico-práctica, de toda esta materia– que esa reescritura tenga lugar tras numerosas *micro-analogías* que al final hagan del todo previsible el *restyling*⁶⁹.

Si la disposición no se reescribe o no se construye un nuevo tipo, la jurisprudencia a menudo mantiene una función cognoscitiva, si bien evolutiva, como todo conocimiento, del Derecho. Negarle el título de fuente es una cuestión que, si no afecta a aspectos garantísticos (retroactividad/irretroactividad), sólo tiene valor teórico o nominal.

19. La “consolidación” del Derecho jurisprudencial y la protección frente a los riesgos del conformismo judicial de carácter burocrático

Es una quimera la idea de que el Derecho jurisprudencial, una vez consolidado, permanezca inmutable. Sólo una sociedad autoritaria puede pensarlo, o una sociedad bucólica en la que no sucede nada, como durante décadas y siglos ha ocurrido en el pasado, pero no hoy. Y sólo una sociedad autoritaria y no pluralista, o extremadamente tradicionalista y conservadora, puede desear una jurisprudencia inmóvil: nosotros preferimos los cambios a la insoportable fijeza del *common law* inglés del siglo XIX o de la primera mitad del siglo XX. En efecto, nos fascina un modelo de precedente vinculante porque nos promete mayor estabilidad⁷⁰, pero el trasfondo político de esa cultura es un cierto inmovilismo de la jurisprudencia y de la sociedad. Es una cultura tan conservadora como garantista: que garantiza conservación. Es cierto que la hemos descubierto recientemente, pero con un *espíritu opuesto* a su historia: ¡sólo porque nos promete también el *prospective overruling*! Y con éste, la garantía de cultivar el *distinguishing* y protegernos del mero conformismo judicial.

La capacidad de la propia ley, del Derecho, de adaptarse a los cambios sociales, es considerada hoy, además, como una cualidad, no como un defecto, no sólo por el TEDH⁷¹, sino también por las Secciones Unidas penales⁷² y, en parte, por el legislador, que no está en condiciones de hacerle frente al cambio con una legislación perennemente *in fieri* en el día a día. Por eso existe el Derecho

⁶⁹ Esta cuestión, dada su importancia para la construcción de las garantías que deben presidir la interpretación, seguramente requiere profundizaciones que para el penalista tienen un carácter muy innovador.

⁷⁰ Es el *Leitmotiv* de la investigación ya recordada de CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale*, 1999.

⁷¹ Por todos, con referencias, sentencia de la CEDH, Gran Sala, 17 de septiembre de 2009, Scoppola v. Italy, en particular, §§ 91-118, ya en *Cass. pen.*, 2011, 26 ss. Véase al respecto, GAMBARDELLA, «Il “caso Scoppola”: per la Corte europea l’art. 7 CEDU garantisce anche il principio di retroattività della legge penale più favorevole», *Cass pen.*, 2010, pp. 2020 ss.

⁷² Cas., Secciones Unidas, sentencias de 21 de enero de 2010, 31 de enero de 2010, n. 18288, Beschi, §§ 6-11 (en Derecho), en *Cass. pen.*, 2011, 17 ss., con comentario de RUSSO (en pp. 26 ss.).

jurisprudencial, que lleva a cabo una verdadera colaboración con el legislador en esta tarea de reparto, pero ya no de división, de poderes.

Es fundamental distinguir, a este respecto, entre:

- 1) la mera concretización de la ley constituida por “casos nuevos” que *no* modifica los rasgos generales y abstractos de la disposición, y presentan, por lo tanto, la misma previsibilidad-cognoscibilidad de la disposición ya conocida;
- 2) los casos-norma que extienden el ámbito de la prohibición, sin constituir una extensión que modifica la disposición, pero tienden a innovar *de facto* el alcance de la disposición, tanto que debería ser específicamente previsible; y, finalmente
- 3) las reconstrucciones generales innovadoras en la lectura de una figura de la Parte Especial o de la Parte General (máximas innovadoras, generalizantes), que no deberían aplicarse retroactivamente *in malam partem*.

Los tiempos actuales son, así pues, los de la elaboración de un sistema de garantías adaptado a estos objetivos. La concepción tradicional de la interpretación, como momento puramente declarativo-cognoscitivo de la ley está, por lo tanto, *en parte*, superada: no sólo en términos *epistemológicos*, sino propiamente *garantistas*, porque no asegura que la función de adecuación y de evolución de la ley, dentro de los límites permitidos, respete los principios de cognoscibilidad, y de irretroactividad de la ley penal y de previsibilidad de las soluciones posibles.

No obstante, más allá de un contexto de precedentes individualizados de *common law* clásico, el objetivo, más que la previsibilidad de las *decisiones* en sí, que dependen de muchas variables, es la previsibilidad del *Derecho* en su dicotomía de formante legislativo y formante jurisprudencial. Y si se ha de hacer un silogismo, con el debido respeto a sus detractores contemporáneos, lo haremos.

20. Tabla de jurisprudencia citada

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Referencia</i>	<i>Ponente</i>
Corte de Casación penal, sec. III, de 6 de noviembre de 2014	n. 45921	
Corte de Casación penal, sec. III, de 16 de octubre de 2013	n. 42463	
Corte de Casación penal, sec. III, de 10 de diciembre de 2009	n. 46983	
Corte de Casación penal, sec. I, 27 de abril de 2011	n. 16512	

Corte de Casación penal, sec. VI, 7 de septiembre de 2012	n. 34275
Corte de Casación penal, sec. IV, 13 de septiembre de 2013	n. 37743
Corte de Casación penal, sec. III, 11 de mayo de 2011	n. 18503
Corte de Casación penal, sec. III, de 22 de diciembre de 2009	n. 49385
Corte de Casación penal, sec. II, de 26 de noviembre de 2009	n. 45555
Corte de Casación penal, sec. II, 12 de enero de 2012	n. 498
Corte de Casación penal, de 30 de mayo de 2013	n. 23587
Corte de Casación penal, de 29 de noviembre de 2011	n. 44126
CEDH, Grand Chamber, 21 de octubre de 2013, Del Rio Prada c. Spagna	42750/09
CEDH, 10 de octubre de 2006, Pessino c. Francia	
Corte de Apelaciones de Caltanissetta, 18 de noviembre de 2015	
Corte de Casación, Sec. VI, 9-10 de mayo de 2007	Paoloni
CEDH, Gran Sala, 17 de septiembre de 2009, Scoppola v. Italy	

21. Bibliografía

ALEXANDER (2005), *Legal Rules and Legal Reasoning*, Ashgate, Dartmouth, Aldershot.

——— (1989), «Constrained by Precedent», *Univ. of Southern California Law Review*, (63).

BECCARIA (1764), *Dei delitti e delle pene*.

BENUSSI (2013), *I delitti contro la pubblica amministrazione, I delitti dei pubblici ufficiali*, t. I, Cedam, Padua.

BERNARDI (2001), «Art. 7», *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, en BARTOLE/CONFORTI/RAIMONDI (eds.), Cedam, Padua.

BETTI (1971), *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Giuffrè, Milán.

————— (1948), *Le categorie civilistiche dell'interpretazione*, Giuffrè, Milán.

————— (1927), «La creazione del diritto nella iurisdictio del pretore romano», en VV.AA., *Studi in onore di G. Chiovenda*, Cedam, Padua.

BIGIAMI (1989), *Appunti sul diritto giudiziario* (1933), Cedam, Padua.

BIN (1995), *Il precedente giudiziario*, Cedam, Padua.

BINGHAM (2011), *The Rule of Law*, Penguin, Londres.

BORSARI (2013), *Diritto penale, creatività e co-disciplinarità*, PUP, Padua.

BRICCHETTI et al. (2012), «Il punto su: La legge del giudice penale. A proposito di fonti e interpretazione», *Criminalia. Annuario di scienze penalistiche*.

CADOPPI (2004), *Introduzione allo studio del diritto penale comparato*, Cedam, Padua.

————— (1999), *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Giappichelli, Turín.

————— (1996) (ed.), *Omnis definitio in iure periculosa? Il problema delle definizioni legali nel diritto penale*, Cedam, Padua.

————— (1992), «Dalla Judge-made Law al Criminal Code. La codificazione nel mondo di Common Law», *Rivista italiana di Diritto e procedura penale*, pp. 923 ss.

CARCATERRA (1988), «Analogia. I) Teoria generale», *Enciclopedia giuridica*, II, Roma.

CARDOZO (1961), *Il giudice e il diritto*, trad. Vincenzo Gueli, La Nuova Italia, Florencia.

CARLIZZI (2016), *Tipo normativo ed ermeneutica penale. Profili storico-concettuali e prospettive teorico-pratiche*, ponencia presentada al congreso de Padua, 6-7 de mayo de 2016 sobre "Hermenéutica y ciencia penal", inédito.

————— (2010), *Una teoria ermeneutica del diritto*, en OMAGGIO/CARLIZZI, *Ermeneutica e interpretazione giuridica*, Giappichelli, Turín.

CASTRONUOVO (2015), «Il caso Eternit: omissione di cautele antinfortunistiche e disastro ambientale doloso», en FOFFANI/CASTRONUOVO (ed.), *Casi di diritto penale dell'economia, II. Impresa e sicurezza (Porto Marghera, Eternit, Ilva, Thyssenkrupp)*, Il Mulino, Boloña.

- (2013), «Clausole generali e diritto penale», *Scritti in onore di Alfonso M. Stile*, Editoriale Scientifica, Naples, pp. 477 ss.
- CORBETTA (2013), *Delitti contro l'incolumità pubblica. I delitti di comune pericolo mediante violenza*, t. I, Cedam, Padua.
- CRISAFULLI (1964), voz «Disposizione (e norma)», *Enciclopedia Diritto*, (13).
- CROSS (1977), *Precedent in English Law*, Clarendon Press, Oxford.
- DE FRANCESCO (1996), «Il principio della personalità della responsabilità penale, nel quadro delle scelte di criminalizzazione», *Rivista italiana di diritto i procedura penale*, pp. 21 ss.
- DELMAS-MARTY/VERVAELE (eds.) (2000), *The Implementation of the Corpus Juris in the Members States*, vol. I, Intersentia, Antwerpen, Groningen, Oxford.
- DI GIOVINE (2015), «Antiformalismo interpretativo: il pollo di Russell e la stabilizzazione del precedente giurisprudenziale», *Diritto penale contemporaneo* (disponibile en <https://www.penalecontemporaneo.it/d/3971>).
- (2006), *L'interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo alla legge*, Giuffrè, Milán.
- DONATI (2010), *Rule of law, Common Law*, Lineamenti, Giuffrè, Milán.
- DONINI (2016), «Il caso Contrada e la Corte Edu. La responsabilità dello Stato per la carenza di tassatività/tipicità di una legge penale retroattiva a formazione giudiziaria», en *Rivista italiana di diritto i procedura penale*, (1), pp. 347 ss.
- (2015), «Scienza penale e potere politico», *Rivista italiana di diritto i procedura penale*, (123).
- (2014), «Lettura di C. Beccaria, Dei delitti e delle pene (1764), § 4: "Interpretazione delle leggi"», *Diritto penal XXI Secolo*, pp. 245 ss.
- (2012), «"Sistema" delle fonti penali e garanzie giurisdizionali in un'Europa coordinata dal potere giudiziario», MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dirs.), GÓMEZ MARTÍN (coord.), *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*, Marcial Pons, Madrid, pp. 179 ss.
- (2011), *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Giuffrè, Milán.
- (2011), *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Giuffrè, Milán.
- (2008), «Derecho penal de lucha. Lo que el debate sobre el Derecho Penal del enemigo no debe limitarse a exorcizar», en CANCIO MELIÁ/POZUELO PÉREZ (coords.), *Política*

criminal en vanguardia. Inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada, Thomson Civitas, Cizur Menor.

————— (2007), «Diritto penale di lotta. Ciò che il dibattito sul diritto penale del nemico non deve limitarsi a esorcizzare», *Studi sulla questione criminale*, (2), pp. 55 ss.

————— (2006), «Diritto penale di lotta vs. diritto penale del nemico», KOSTORIS/ORLANDI, *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, Giappichelli, Turín.

————— (2004), *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Giuffrè, Milán.

————— (2003), *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*, Cedam, Padua, 2003.

————— (2002), «L'armonizzazione del diritto penale europeo nel contesto globale», *Rivista trimestrale di diritto penal e economia*, (8), pp. 477 ss.

————— (2002), «Le garanzie istituzionali della legalità penale e un nuovo ruolo della Corte di Cassazione», *Cassazione Penale*, pp. 1165 ss.;

————— (2001), «Metodo democratico e metodo scientifico nel rapporto fra diritto penale e politica», *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 27 ss.

————— (1999), voz «Teoria del reato», en *Dig. Disc. Pen.*, (14).

————— (1991), *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Giuffrè, Milán.

DUBBER (2009), «Die Anspruchslosigkeit des awissenschaftlichen Strafrechts», *ZStW*, (121).

ECO (2002), *Interpretazione e sovrainterpretazione*, Bompiani, Milán.

————— (1990), *Limiti dell'interpretazione*, Bompiani, Milán.

————— (1979), *Lector in fabula. La cooperazione interpretativa nei testi narrativi*, Bompiani, Milán.

ENGISCH (1968), *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, C. Winter, Heidelberg.

————— (1963), *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, C. Winter, Heidelberg.

ESPOSITO (2008), *Il diritto penale "flessibile". Quando i diritti umani incontrano i sistemi penali*, Giappichelli, Turín.

ESSER (1956), *Grundsatz und Norm*, Mohr, Tubinga.

FAURE/GOODWIN/WEBER (2014), «The regulator's dilemma: caught between the need for flexibility & the demands of foreseeability. Reassessing the *lex certa* principle», *Albany Law Journal of Science and Technology*, (24).

FERRAJOLI et al. (2014), «Garanzie e garantismo», *Criminalia. Annuario di scienze penalistiche*.

FERRAJOLI (2002), «Lo stato di diritto tra passato e futuro», COSTA/ZOLO (ed.), *Lo stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Feltrinelli, Milán.

————— (1999), *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Laterza, Roma-Bari.

————— (1998), «Quattro proposte di riforma delle pene», BORRÉ/PALOMBARINI (ed.), *Il sistema sanzionatorio penale e le alternative di tutela*, Franco Angeli, Milán.

FERRARIS (1988), *Storia dell'ermeneutica*, Bompiani, Milán.

FIANDACA (2010), «Il concorso “esterno” tra sociologia e diritto penale», en FIANDACA/VISCONTI (ed.), *Scenari di mafia*, Giappichelli, Turín.

————— (2005), «Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della», *Cassazione penale*, pp. 1722 ss.

————— (2001), «Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale», en PALAZZO/ESI/NAPOLI (ed.), *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*, Edizioni Scientifiche Italiane, Perugia.

————— (1997), *Sistema penale in transizione e ruolo del diritto giurisprudenziale*, Cedam, Padua.

FIANDACA/VISCONTI (2012), «Il concorso esterno come persistente istituto “polemogeno”», *Archivio Penale*, (LXIV-2), pp. 483-501.

————— (2006), *Il patto di scambio politico-mafioso al vaglio delle Sezioni Unite*, en *Foro italiano*, (II), pp. 86 ss.

FIKENTSCHER (1977), *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*, v. IV, Mohr, Tubinga.

FLETCHER (2007), *The Grammar of Criminal Law, american, comparative and international, Foundations*, v. I, Oxford University Press, Nueva York.

FRONZA (2016), «Le fonti», en AMATI et al. (eds.), *Introduzione al diritto penale internazionale*, Giappichelli, Turín.

GADAMER (1983), *Verità e metodo*, trad. Vattimo, Bompiani, Milán.

Gai rerum cottidianarum libri VII, III, 5.

GAMBARDELLA (2010), «Il “ caso Scoppola ”: per la Corte europea l’art. 7 CEDU garantisce anche il principio di retroattività della legge penale più favorevole», *Cassazione penale*, (5), pp. 2020 ss.

GARGANI (2008), *Reati contro l’incolumità pubblica, Reati di comune pericolo mediante violenza*, t. I, Giuffrè, Milán.

GAROFOLI (2016), *Manuale di diritto penale, parte general*, 12 ed., Nel Diritto, Roma.

GIUNTA et al. (2011), «Verso un equivalente funzionale della riserva di legge?», *Criminalia. Annuario di scienze penalistiche*.

GOODHART (1931), «Determining the Ratio Decidendi of a Case», en EL MISMO, *Essays in Jurisprudence and the Common Law*, Cambridge University Press, Cambridge.

GORLA (1981), *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Giuffrè, Milán.

————— (1970), voz «Giurisprudenza», *Enciclopedia del Diritto*, XIX, Giuffrè, Milán.

GRIFFERO (1988), *Interpretare. La teoria di Emilio Betti e il suo contesto*, Rosenberg & Sellier, Turín.

GUASTINI (2010), *Le fonti del diritto*, Giuffrè, Milán.

————— (2008), *Nuovi studi sull’interpretazione*, Aracne, Roma.

————— (1998), *Teoria e dogmatica delle fonti*, Giuffrè, Milán.

————— (1990), *Dalle fonti alle norme*, Giappichelli, Turín.

HASSEMER (2007), *Fattispecie e tipo*, trad. Carlizzi, Editoriale Scientifica, Napoles.

HAYEK (1994), *Legge, legislazione e libertà*, trad. Monateri, Il Saggiatore, Milán.

HRUSCHKA (2009), *La costituzione del caso giuridico*, trad. Carlizzi, Il Mulino, Boloña.

IACOVIELLO (2013), *La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, Giuffrè, Milán.

INSOLERA (2012), «Opinioni a confronto. Il concorso esterno in associazione mafiosa», *Criminalia*, pp. 281 ss.

Iustiniani Institutiones, V, 1

JHERING (1954), *Serio e faceto nella giurisprudenza*, trad. di G. Lavaggi, Sansoni, Florencia.

LEVI (1930), *I delitti contro la pubblica amministrazione nel diritto vigente e nel progetto*, Società Foro italiano, Roma.

Arthur KAUFMANN (2004), *Analogia e “natura della cosa”. Un contributo alla dottrina del tipo*, trad. G. Carlizzi, Vivarium, Napoles.

- (1999), *Das Verfahren der Rechtsgewinnung. Eine rationale Analyse*, Beck, Múnich.
- (1997), *Rechtsphilosophie*, Beck, Múnich.
- LOMBARDI (1975), *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Giuffrè, Milán.
- MACCORMICK (1978), *Legal Reasoning and Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford.
- MACCORMICK (1987), «Why Cases Have Ratios and What These Are», GOLDSTEIN (ed.), *Precedent in Law*, Clarendon Press, Oxford.
- MAGLIE et al. (2013), «Tavola rotonda: Le due legalità: quale convivenza nel diritto penale?», *Criminalia. Annuario di scienze penalistiche*.
- MAIELLO (2014), *Il concorso esterno tra indeterminatezza legislativa e tipizzazione giurisprudenziale. Raccolta di scritti*, Giappichelli, Turín.
- MAIELLO (2015), «Consulta e Corte Edu riconoscono la matrice giurisprudenziale del concorso esterno», *Diritto penale e processo*, (8).
- MANES (2012), «Art. 7, VI, IX», en BARTOLE/DE SENA/ZAGREBELSKY (ed.), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Cedam, Padua.
- MANZINI (1950), *Trattato di diritto penale italiano*, v. V, Utet, Turín.
- MARINELLI (1996), *Ermeneutica giudiziaria. Modelli e fondamenti*, Giuffrè, Milán.
- MAZZACUVA (2013), *La Grande Camera della Corte EDU su principio di legalità della pena e mutamenti giurisprudenziali sfavorevoli* (disponibile en www.penalecontemporaneo.it).
- MELANDRI (1968), *La linea e il circolo. Studio logico-filosofico sull'analogia*, Il Mulino, Boloña.
- MODUGNO (2012), *Interpretazione giuridica*, Cedam, Padua.
- MONTROSE (1968), «Precedent in English Law», en MONTROSE (ed.), *Precedent in English Law and Other Essays*, Greville Hanbury, Shannon.
- NAUCKE (2011), «La robusta tradizione del diritto penale della sicurezza: illustrazione con intento critico», en DONINI/PAVARINI (ed.), *Sicurezza e diritto penale*, BUP, Boloña.
- ORRÙ (1985), *Richterrecht*, Giuffrè, Milán.
- PACILEO (2016), «Reati contro la persona. Contro l'onore e la reputazione», en PACILEO/PETRINI, *Trattato di diritto penale*, t. II, Giuffrè, Milán.
- PALAZZO (2003), «Regole e prassi dell'interpretazione penalistica nell'attuale momento storico», *Diritto privato 2001-2002, L'interpretazione e il giurista*, Cedam, Padua.

PALOMBELLA (2012), *È possibile una legalità globale? Il Rule of Law e la governance del mondo*, Il Mulino, Boloña.

PATALANO (2004), «Riflessioni e spunti sulla contiguità alla mafia. A proposito di un recente contributo di Costantino Visconti», *Rivista penale*, pp. 927 ss.

PEDRINI (2013), *Le "clausole generali". Profili teorici e aspetti costituzionali*, BUP, Boloña.

PINO (2010), *Diritti e interpretazione*, Il Mulino, Boloña.

PISA (2016), *Giurisprudenza commentata di diritto penale., Delitti contro la pubblica amministrazione e contro la giustizia*, v. II, Wolters & Kluwer, Cedam, Padua.

POSNER (2008), *How Judges Think*, Harvard University Press, Cambridge- Londres.

PROFITI (2014), «La sentenza "Del Rio Prada" e il principio di legalità convenzionale: la rilevanza dell'overruling giurisprudenziale sfavorevole in materia di benefici penitenziari», *Cassazione penale*, (54-2), pp. 684-694.

RADBRUCH (1973), *Rechtsphilosophie*, 8. Ed., Koehler, Stuttgart.

RAWLS (2002), «The Idea of Public Reason Revisited», en RAWLS (ed.), *The Law of Peoples*, Harvard University Press, Cambridge-Massachussets-Londres.

————— (1993), «*The Idea of Public Reason*», en RAWLS (ed.), *Political Liberalism*, Columbia University Press, Nueva York.

ROCCO (1933), *Opere giuridiche*, vol. III, Foro, Roma.

————— (1910) «Il problema e il metodo della scienza del diritto penale», *Rivista italiana di Diritto e procedura penale*, pp. 497 ss.

ROSELLI (1999), «Dovere di conoscere la giurisprudenza», en BESSONE (ed.) *Interpretazione e diritto giudiziale*, Giappichelli, Turín.

SCHAUER (2006), «Do Cases Make Bad Law?», *The University of Chicago Law Review*, (73).

————— (2000), *Le regole del gioco*, trad. C. Rustici, Il Mulino, Boloña.

SHERWIN (2006), *Judges as Rulemakers*, Cambridge University Press, Cambridge.

STEILEN (2016), «On the Place of Judge-made-Law in a Government of Law», *Buffalo Legal Studies Research Series*, Paper No. 13.

STORTONI (1988), «L'introduzione nel sistema penale dell'errore scusabile di diritto: significati e prospettive», *Rivista italiana di diritto i procedura penale*, pp. 1313 ss.

SUMMERS/TARUFFO (1997), «Interpretation and Comparative Analysis», en MACCORMICK/SUMMERS (ed.), *Interpreting Precedent. A Comparative Study*, Dartmouth, Aldershot.

SUNSTEIN (1993), «On Analogical Reasoning», *Harvard Law Review*, (106), pp. 741 ss.

TAMANHA (2004), *On the Rule of Law. History, Politics, Theory*, Cambridge University Press, Cambridge.

TARELLO (1980), *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milán.

————— (1974), *Diritti, enunciati, usi*, Il Mulino, Boloña.

TARUFFO (2007), «Precedents in Italy», en HONDIUS (ed.) *Precedent and the Law*, Bruylant, Bruselas.

————— (2007), *Precedente e giurisprudenza*, Editoriale scientifica, Napoles.

VALENTINI (2012), *Diritto penale intertemporale. Logiche continentali ed ermeneutica europea*, Giuffrè, Milán.

VAN CAENEGEM (1991), *I signori del diritto*, trad. M. Ascheri, Giuffrè, Milano.

VERO (2003), «Il concorso esterno in associazione mafiosa tra incessante travaglio giurisprudenziale e perdurante afasia legislativa», *Dir. pen. e proc.*,

VIGANÒ (2016), «Il caso Contrada e i tormenti dei giudici italiani: sulle prime ricadute interne di una scomoda sentenza della Corte EDU», *Diritto penale contemporaneo*, (disponibile en <https://www.penalecontemporaneo.it/d/4660>).

————— (2016), «Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale», *Diritto penale contemporaneo* (disponibile en www.penalecontemporaneo.it).

————— (2005), «Riflessioni conclusive in tema di 'diritto penale giurisprudenziale', 'partecipazione' e 'concorso esterno'», en PICOTTI et al (ed.), *I reati associativi: paradigmi concettuali e materiale probatorio. Un contributo all'analisi e alla critica del diritto vivente*, Cedam, Padua.

VIOLA (2011), *Rule of law: il governo della legge, ieri e oggi*, Giappichelli, Turín.

VIOLA/ZACCARIA (1999), *Diritto el reto e interpretazione*, Roma-Bari.

VISCONTI (2003), *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, Giappichelli, Turín.

VISINTINI (ed.) (1988), *La giurisprudenza per massime e il valore del precedente con particolare riguardo alla responsabilità civile*, Cedam, Padua.

VOGLIOTTI (2011), *Dove passa il confine? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, Giappichelli, Turín.

VORMBAUM (2015), «Il diritto penale frammentario nella storia e nella dogmatica», *Diritto penale contemporaneo* (1).

VV.AA. (1978), *Quaderni Fiorentini*, número dedicato a “Emilio Betti e la scienza giuridica del Novecento”.

WERLE (2005), *Principles of international Criminal Law*, TMC Asser Press, La Haya.

WRÓBLEWSKI (1992), *The Judicial Application of Law*, Kluwer, Dordrecht.

————— (1987), «Il sillogismo giuridico e la razionalità della decisione giudiziale», en COMANDUCCI/ GUASTINI (ed.), *L'analisi del ragionamento giuridico*, Giappichelli, Turín.

ZACCARIA (1989), «L'analogia come ragionamento giuridico», *Rivista italiana di diritto i procedura penale*, (4).

————— (1984), *Ermeneutica e giurisprudenza. Saggio sulla metodologia di Joseph Esser*, Giuffrè, Milán.