

JUSTIFICACION DE LA SANCION PENAL. EL DEBATE DOCTRINAL EN
ITALIA Y ESPAÑA ENTRE LA POSGUERRA Y LOS AÑOS OCHENTA

TESIS DOCTORAL presentada por Josep Cid Moliné
y dirigida por el prof. Juan Bustos Ramírez.

Departament de ciència política i dret públic

Facultat de Dret

Universitat Autònoma de Barcelona



1. EL DEBATE DOCTRINAL EN ITALIA (p. 1)

1.1. LEGISLACION PROCEDENTE DEL REGIMEN AUTORITARIO Y CONSTRUCCION DE UN ESTADO DEMOCRATICO: EL DEBATE SOBRE LA PENA PARA EL NUEVO ESTADO (1943-1948) (p. 1)

1.1.1. La actitud del gobierno del comité de liberación nacional frente al sistema penal y la respuesta de la doctrina penal (p. 4)

1.1.1.1. La inicial actitud reformista frente al código Rocco por parte del gobierno del Comité de liberación nacional

1.1.1.2. La reacción de un sector de la doctrina penal en defensa del código Rocco (Análisis de la polémica sobre el carácter liberal o autoritario del código Rocco)

1.1.2. La Asamblea constituyente frente al problema de la pena (p. 36)

1.1.3. Bibliografía

1.2. CONSTITUCION DEMOCRATICA Y PENA: LA PROGRESIVA AFIRMACION DE UNA CONCEPCION REEDUCATIVA DE LA PENA EN LA DOCTRINA PENAL (1948-1968) (p. 68)

1.2.1. Introducción: la reacción de la doctrina frente al retribucionismo del proyecto de Código penal de 1949 como muestra de la falta de legitimidad histórica de la concepción retributiva de la pena (p. 61)

1.2.1.1. Determinaciones históricas y características fundamentales del proyecto de Código penal de 1949

1.2.1.2. El retribucionismo del proyecto

1.2.1.3. La reacción en defensa de una finalidad reeducativa de la pena por parte de un sector de la doctrina penal (Delitala)

1.2.2. La reeducación como paradigma de la formación de una corriente reformista en la doctrina penal durante los años cincuenta (p. 93)

1.2.2.1. Premisa: la despolitización de la cuestión penitenciaria como condicionante de la ajenidad del discurso teórico respecto de la práctica de la pena

1.2.2.1.1. La Comisión ministerial de reforma penitenciaria

1.2.2.1.2. La Comisión parlamentaria sobre las condiciones de los detenidos

1.2.2.1.3. Atribución de la reforma penitenciaria a la Dirección general de instituciones de prevención y de pena

1.2.2.2. Desarrollo del paradigma reeducativo: compatibilización de la esencia (retributiva) con la finalidad (reeducativa) de la pena

1.2.2.2.1. Si la pena debe ser reeducativa el sistema de doble vía carece de sentido (VI Congreso internacional de derecho penal)

1.2.2.2.2. Fundamentación laica de la reeducación en el marco de una concepción preventiva del derecho penal (Nuvolone)

1.2.2.2.3. Los instrumentos del tratamiento como superación de las causas del delito

1.2.2.3. Receptividad de la legislación y de los proyectos oficiales de reforma penal y penitenciaria hacia el paradigma reeducativo: limitación de la reeducación a principio informador, no determinante, de la ejecución penal

1.2.2.3.1. Judicialización de las medidas de seguridad predelictuales

1.2.2.3.2. El proyecto de Código penal de 1956

1.2.2.3.3. La reforma de la ley de Tribunales de menores de 1956

1.2.2.3.4. El proyecto de reforma penitenciaria de 1960

1.2.2.3.5. Conclusiones

1.2.2.4. Evolución del paradigma reeducativo: identificación de antinomias entre los fines de la pena y propuestas de superación

1.2.2.4.1. Premisa: la dominación de la idea reeducativa a finales de los años cincuenta a pesar de las críticas de la corriente retributiva

1.2.2.4.2. Apertura hacia los instrumentos no basados en la privación de libertad para la consecución de la finalidad reeducativa

1.2.2.4.3. Polifuncionalidad de la pena y medios para combatir su insuficiencia en la realización de la finalidad reeducativa (Vasalli)

1.2.2.4.4. Conclusiones

1.2.3. Estancamiento del paradigma reeducativo en los años sesenta por la conservación del sistema legislativo y por el rechazo del paradigma reeducativo por parte del Tribunal constitucional (p. 168)

1.2.3.1. La inmovilidad del sistema legislativo como razón de fondo del estancamiento del paradigma reeducativo

1.2.3.2. La incompatibilidad de los fines de la pena en la interpretación del Tribunal constitucional. El debate doctrinal sobre la interpretación de la Constitución

1.2.4. Conclusiones (Resumen sistemático de las hipótesis de interpretación sostenidas en este capítulo) (p. 190)

1.2.4.1. La necesidad del derecho penal y la configuración de una pena reeducativa como pilares del paradigma reeducativo

1.2.4.2. La derivación de la concepción sobre los fines de la pena del paradigma reeducativo

1.2.4.3. La irrelevancia a nivel político del paradigma reeducativo como causa de estancamiento

1.2.5. Bibliografía

1.3. RENOVACION DEL PARADIGMA REEDUCATIVO EN ATENCION A SU VINCULACION A UN MODELO CONFLICTUAL DE SOCIEDAD (1968-1974) (p. 204)

1.3.1. Proceso de formación de un nuevo paradigma reeducativo (paradigma reeducativo conflictual) (p. 204)

1.3.1.1. Dominación, en la realidad político-cultural italiana, de un modelo conflictual de sociedad que permitía vincular la desviación a los procesos de exclusión de una sociedad capitalista y que propugnaba la lucha política como medio de superación del problema

1.3.1.2. Influencia de este modelo conflictual de sociedad en el paradigma reeducativo: de un modelo individual y consensual de reeducación a otro de tipo social y conflictual

1.3.1.3. Aspectos de continuidad entre el viejo y el nuevo paradigma reeducativo: posibilidad de utilización positiva de medios punitivos

1.3.2. El debate en la cultura jurídico-penal sobre el nuevo paradigma reeducativo. Formulación de un proyecto jurídico racionalizador del modelo conflictual de reeducación por un sector de la doctrina penal (Bricola) (p. 234)

1.3.3. Limitada receptividad al nuevo paradigma reeducativo por parte de las instancias políticas: aperturismo hacia un modelo social de reeducación (Proyecto senatorial de nuevo Ordenamiento penitenciario de 1973) (p. 258)

1.3.4. Bibliografía

1.4. EL PROCESO DE CRISIS DEL PARADIGMA REEDUCATIVO POR SU INCOMPATIBILIDAD CON LAS PREMISAS DE LA NUEVA ALARMA SOCIAL (1974-1982) (p. 287)

1.4.1. Proceso de afirmación de la cultura de la alarma social (p. 287)

1.4.2. La "Estrategia diferenciada para la defensa social del delito" como ideología legislativa dominante en esta época (p. 296)

1.4.2.1. Límites impuestos por la cultura de la alarma social a la legislación reformista

1.4.2.1.1. La reforma penal de 1974

1.4.2.1.2. La reforma penitenciaria de 1975 y la minireforma de 1977

1.4.2.1.3. Las modificaciones al sistema penal de la ley de 1981

1.4.2.2. El recurso a la excepción frente a las formas delictivas más alarmantes

1.4.2.3. Conclusiones. Influencia preferente de la alarma en la legislación de este período y en la práctica de aplicación

1.4.3. La cultura penal frente a la alarma social: quiebra del modelo conflictual de referencia y afirmación de una nueva racionalidad consensual (p. 340)

1.4.3.1. El nuevo paradigma reeducativo se desvanece ante la pérdida del marco de referencia: la evolución del reformismo al garantismo

1.4.3.2. Surgimiento de una nueva justificación -preventivo-general- del derecho penal que no aparece incompatible con las premisas de la nueva alarma social

1.4.3.3. Propuesta de nuevo reformismo en el marco de una concepción preventivo-general del derecho penal, basado en la ruptura con el nuevo paradigma reeducativo (Marinucci)

1.4.4. Bibliografía

1.5. LA CONCEPCIÓN REDUCCIONISTA COMO ALTERNATIVA REFORMISTA DOMINANTE EN EL PERÍODO DE SUPERACIÓN DE LA ÉPOCA DE LA ALARMA SOCIAL (1982-1986) (p. 389)

1.5.1. Reformas legislativas de sentido contrario a la legislación de excepción y su límite en la percepción alarmista de ciertos fenómenos delictivos (p. 389)

1.5.1.1. Reformas dirigidas a limitar y garantizar el uso de medidas cautelares afflictivas de la libertad personal

1.5.1.2. Reformas (y proyectos) dirigidos a enfatizar el carácter de última ratio de la sanción penal y, dentro de ella, de la sanción privativa de libertad (circular 19-XII-1983 y proyecto de ley 2609/1985)

1.5.1.3. Enfatización de las medidas alternativas y premialidad penitenciaria (ley nº 663/1986 de modificaciones a la ley penitenciaria)

1.5.1.4. Obstáculos a una orientación reduccionista en la práctica judicial

1.5.2. El debate sobre la finalidad de la pena en la nueva fase histórica (p. 421)

1.5.2.1. Debilidad de una reproposición del paradigma reeducativo (limitado a la sanciones parcial o totalmente alternativas a la privación de libertad)

1.5.2.2. Propuestas para someter el derecho penal a un rol de última ratio: las alternativas de tutela a la tutela penal. Limitación de la privación de libertad en el espacio remanente del derecho penal

1.5.2.3. Oposición de la corriente reduccionista a las opciones que propugnaban la premialidad como sustituto de la penalidad en la consecución de las finalidades preventivas del derecho penal

1.5.3. Bibliografía

II. EL DEBATE DOCTRINAL EN ESPAÑA (p. 464)

II.1. DEBATE (IMPLICITO) ENTRE DOCTRINAS DE JUSTIFICACIÓN DE LA SANCIÓN PENAL BASADAS EN LA ACEPTACIÓN DEL SISTEMA PUNITIVO EXISTENTE Y DOCTRINAS INDEPENDIENTES DE TAL SISTEMA, SIN QUE SE ARTICULE UNA POSICIÓN REFORMISTA (1936-1970) (p. 464)

II.1.1. Introducción (p. 464)

II.1.2. Legislación y prácticas punitivas que contextualizaban la reflexión sobre la justificación de la sanción penal por parte de la doctrina penal. El derecho penal del régimen franquista: un derecho penal general liberal acompañado de un derecho penal excepcional (es decir, no respetuoso de todos o alguno de los principios liberales) frente a determinadas modalidades delictivas (p. 466)

II.1.2.1. Institucionalización del sistema punitivo sobre la base de los principios del movimiento, en la fase de formación del régimen (1936-1950)

II.1.2.1.1. Introducción: continuidad entre la legislación punitiva del régimen franquista y la legislación liberal

II.1.2.1.2. El derecho penal general

II.1.2.1.2.1. Premisa. Razones del fracaso del anteproyecto falangista de código penal de 1938: las reformas inspiradas en el nazismo chocaban con el componente religioso de los principios del movimiento

II.1.2.1.2.2. Las innovaciones del código penal de 1944 respecto del código penal de 1932: transformaciones influidas por los principios del movimiento que no llegaban a romper el carácter liberal del código

II.1.2.1.2.3. La legislación penitenciaria del nuevo estado (reglamentos de 1930 y 1948): modelo de ejecución penal basado en la aflicción y en la disciplina. La nueva institución de la redención de penas por el trabajo

II.1.2.1.3. El derecho penal excepcional

II.1.2.1.3.1. Mantenimiento de una lógica de guerra en las prácticas punitivas de la inmediata posguerra (1939-1945)

II.1.2.1.3.2. Derecho penal dirigido a la delincuencia política

II.1.2.1.3.3. Derecho penal frente a formas consideradas graves de delincuencia común

II.1.2.1.3.4. Sistema de medidas de seguridad pre y post- delictuales

II.1.2.1.3.5. Legislación punitiva frente a los menores

II.1.2.2. Continuidad en el sistema represivo, pese a la tendencia a una moderación de la respuesta

excepcional frente a la delincuencia política, en la fase de consolidación del régimen (1951-1968)

II.1.2.2.1. Introducción

II.1.2.2.2. El derecho penal general

II.1.2.2.2.1. Reformas del código penal: ampliación de la redención de penas por el trabajo en la reforma del c.p. de 1963

II.1.2.2.2.2. Nuevos reglamentos de prisiones de 1956 y 1968: continuidad del primero con la legislación anterior y entrada con el segundo de una nueva concepción de la reeducación que no alteraba, sustancialmente, el modelo anterior de ejecución penal

II.1.2.2.3. El derecho penal excepcional

II.1.2.2.3.1. Proceso de sustitución de la jurisdicción militar por una jurisdicción civil especial en el ámbito de la delincuencia política pacífica (1959-1968)

II.1.2.2.3.2. Escasas modificaciones en los otros ámbitos de excepcionalidad

II.1.3. Posiciones doctrinales sobre la justificación de las sanciones penales (p. 591)

II.1.3.1. El sector doctrinal que construía una doctrina de justificación de la sanción penal basada en la aceptación del sistema punitivo existente en el nuevo Estado.

II.1.3.1.1. Introducción

II.1.3.1.2. Examen de la articulación de esta posición en el ámbito de la doctrina penal con especial referencia a las contribuciones más destacadas (Del Rosal, Cuello Calón)

II.1.3.1.3. Dominación de tal posición en el seno de la doctrina penitenciaria (1946-1968)

II.1.3.2. El sector doctrinal que construía una doctrina de justificación de la sanción penal no subordinada al derecho penal existente en el nuevo Estado.

II.1.3.2.1. Defensa de una fundamentación utilitarista de la sanción penal distanciada (pero sin oposición explícita) de aspectos básicos del derecho penal del nuevo Estado (Antón)

II.1.3.2.2. Defensa de una fundamentación retribucionista de las sanciones penales que no llevaba a formular una propuesta reformista global frente al derecho penal del régimen (Quintano)

II.1.3.2.3. Posiciones doctrinales sensibles a algunas propuestas de la Nueva defensa social

II.1.4. Conclusiones: resumen de las líneas esenciales del debate sobre la justificación de las sanciones penales en el período 1936-1970 (p. 659)

II.2. RUPTURA EN EL DEBATE COMO CONSECUENCIA DE LA IRUPCIÓN DE UNA CORRIENTE DOCTRINAL CONTRARIA AL DERECHO PENAL EXISTENTE EN SU DEFENSA DE UN DERECHO PENAL PARA UNA SOCIEDAD DEMOCRÁTICA (1971-1976) (p. 667)

II.2.1. Contexto histórico y jurídico del surgimiento de la nueva corriente doctrinal (p. 667)

II.2.1.1. Alteraciones políticas y culturales durante los años sesenta en las que se enmarca el surgimiento de una oposición no clandestina al régimen y su influencia en la cultura jurídica.

II.2.1.2. Mantenimiento de las líneas básicas del sistema punitivo anterior. El tratamiento de la delincuencia política pacífica entre aperturismo y retorno a la máxima excepcionalidad.

II.2.1.2.1. Escasas modificaciones en el derecho penal general (reforma del código penal de 1971)

II.2.1.2.2. El derecho penal excepcional

II.2.1.2.2.1. Delincuencia política: del retorno al aperturismo en 1971 al regreso a la máxima excepcionalidad, frente a la oposición política radical, en 1975

II.2.1.2.2.2. Continuidad en el régimen de medidas de seguridad: la ley de peligrosidad y rehabilitación social

II.2.2. Análisis de la nueva corriente doctrinal (p. 693)

II.2.2.1. Propuesta reformista basada en la defensa de un derecho penal inspirado en el modelo de derecho penal liberal-democrático.

II.2.2.2. Doctrinas de justificación que surgieron en el seno de esta corriente doctrinal

II.2.2.2.1. Autores que defendían una doctrina de justificación utilitarista (con particular referencia al pensamiento de Gimbernat)

II.2.2.2.2. Inicio de un proceso de transición de la doctrina de justificación retribucionista hacia la

asunción de la justicia como límite a la pena ótil.

II.2.3. Posición mayoritariamente reformista en el sector doctrinal que no tuvo una participación directa en la elaboración de la propuesta reformista (p. 753)

II.2.3.1. El sector doctrinal de tradición retribucionista: entre la defensa de garantías liberales y la mayor apertura a la reeducación

II.2.3.2. La polémica con la LPRS desde posiciones doctrinales defensoras de un modelo de derecho penal liberal

II.2.4. Conclusiones: resumen de un debate doctrinal dominado por la elaboración de una propuesta reformista (p. 770)

II.3. EVOLUCIÓN DE LA DOCTRINA JURÍDICO PENAL A PARTIR DE LA TRANSICIÓN DEMOCRÁTICA: CENTRALIZACIÓN DEL DEBATE EN TORNO A LA ELABORACIÓN DE UN MODELO DE UN MODELO DE PREVENCIÓN ESPECIAL REEDUCATIVA QUE SE MANIFESTO DÉBIL EN EL PLANO POLÍTICO CRIMINAL (1976-1981) (p. 782)

II.3.1. Relativo éxito político de la propuesta reformista en el plano constitucional y limitada actuación en el plano legislativo (p. 782)

II.3.1.1. Introducción: el proceso de transición política y la propuesta reformista

II.3.1.2. Reformas preconstitucionales en materia penal

II.3.1.2.1. El sector general del derecho penal. Reformas del c.p. en la línea del respeto a la libertad individual en el ámbito sexual

II.3.1.2.2. El sector excepcional del derecho penal. Modificaciones en materia de delincuencia política que mantenían un ámbito de tratamiento excepcional

II.3.1.3. Constitución de 1978: sustancial plasmación de la propuesta reformista salvo en la admisión de una esfera de excepcionalidad en materia de delincuencia política

II.3.1.4. Falta de realización de la propuesta reformista en el periodo 1979-1981. El proyecto de c.p. de 1980

II.3.1.4.1. Escasísimas reformas en el sector general del ordenamiento penal

II.3.1.4.2. Mantenimiento de una esfera de excepcionalidad en los sectores tradicionales y nueva excepcionalidad ante modalidades delictivas sometidas a procesos alarmistas

II.3.1.4.2.1. Delincuencia política

II.3.1.4.2.2. Medidas de seguridad: mantenimiento de la LPRS

II.3.1.4.2.3. Nuevas formas de excepcionalidad (procesal) contra modalidades delictivas sometidas a procesos de alarma social. La cuestión de las medidas cautelares contra los extranjeros en trámite de expulsión.

II.3.1.4.3. Inspiración del proyecto de código penal de 1980 en la propuesta reformista

II.3.2. El debate doctrinal en los años iniciales de la democracia (p. 833)

II.3.2.1. Introducción: dominación de la propuesta reformista entre la doctrina jurídico penal (crítica por parte de algunos autores al mantenimiento de la excepcionalidad)

II.3.2.2. Evolución mayoritaria de los partidarios de doctrinas de justificación retribucionistas y de doctrinas de justificación utilitaristas hacia la elaboración de un modelo de prevención especial reeducativa

II.3.2.2.1. Premisa: Consolidación del encuentro entre las doctrinas de justificación utilitaristas y un sector de las retribucionistas en el plano de los fines de la sanción penal (la polémica de Córdoba con la concepción utilitarista). Polarización del debate en torno a ese marco común

II.3.2.2.2. Profundización en torno a la prevención especial reeducativa en el debate sobre los fines de

la sanción penal

II.3.2.3.2.1. Razones de tradición cultural y de sensibilidad política que influían la profundización en la prevención especial reeducativa. Análisis de los movimientos de presos del período 1976-1978 y de la reacción política a ellos.

II.3.2.3.2.2. Propuestas dirigidas a enfatizar el rol de la prevención especial reeducativa en el ordenamiento punitivo.

II.3.2.3. Posiciones doctrinales distanciadas del modelo dominante basado en la profundización en la prevención especial reeducativa

II.3.3. Debilidad de esta apertura doctrinal a la prevención especial reeducativa (p. 929)

II.3.3.1. La debilidad era consecuencia de la falta de vinculación entre el modelo de prevención especial reeducativa y sus interlocutores sociales

II.3.3.2. Plasmación de esta debilidad en el art. 25/2 de la constitución, en el proceso de reforma penitenciaria y en el proyecto de código penal que, pese a sus avances, no alteraban radicalmente el modelo de ejecución penal anterior

II.3.4. Conclusiones: resumen de un debate doctrinal centrado en la elaboración de un modelo de prevención especial reeducativa y valoración global sobre su debilidad político criminal (p. 967)

III. BIBLIOGRAFIA (p. 976)

I.1. LEGISLACION PROCEDENTE DEL REGIMEN AUTORITARIO Y CONSTRUCCION DE UN ESTADO DEMOCRATICO: EL DEBATE SOBRE EL DERECHO PENAL PARA EL NUEVO ESTADO (1943-1948)

Con el título que antecede he querido reflejar una peculiaridad del debate que durante estos años se producía en Italia sobre la justificación de la sanción, consistente, a mi entender, en la influencia que sobre esta discusión ejercitaba el momento político. Ello llevaba a las diversas concepciones penales a abandonar momentáneamente el lenguaje universal con el que se habían presentado anteriormente y a definirse en relación a la situación histórica que se atravesaba.

La trascendencia del cambio histórico se manifestaba también en que la discusión sobre la pena y, en general, sobre los singulares aspectos del derecho penal, se desarrollaba en sus términos más elevados, interrogándose sobre el derecho penal en relación al nuevo Estado.

El año 1943 supuso para Italia el inicio de la ruptura política con veinte años de régimen fascista. A pesar de los elementos que el nuevo Estado heredaba del antiguo -y en nuestro ámbito de interés, por ejemplo, del código penal-, con la cuestión que ello suscitará sobre la continuidad entre el régimen fascista y el republicano, el momento histórico hizo aflorar el fenómeno del antifascismo, dato cultural y político nuevo que debería ser tenido en cuenta por quienes opinasen sobre aspectos de la vida pública.

En este sentido, si bien parece un dato incontrovertido la influencia de un factor exógeno como la Segunda Guerra Mundial

en la caída del fascismo¹, debe tenerse en cuenta que el período histórico comprendido entre julio de 1943 y el fin de la II guerra mundial se distinguió también por la existencia de una lucha de liberación que determinará la evolución futura de la sociedad italiana. Las fuerzas políticas democráticas que en septiembre de 1943 se unían en el Comité de Liberación Nacional lanzaban al pueblo la consigna de la lucha contra el fascismo y el nazismo². Por primera vez en la historia de Italia partidos políticos de carácter popular participaban en la dirección política del país. Durante casi dos años Italia se veía inmersa en una guerra, a la vez internacional y civil, en la que el movimiento de la Resistencia se enfrentaba a los ejércitos alemanes que ocupaban una parte de Italia y al régimen fascista que en ese territorio seguía existiendo. Acabada la guerra, el gobierno de unidad nacional asumía como tarea principal la de dotar al país de una constitución democrática y antifascista.

Este es el marco político que delimitaba el conflicto entre unas fuerzas políticas cuya legitimación histórica provenía de haberse enfrentado al fascismo³ y una legislación procedente de

1 Así: Ragionieri, *Storia d'Italia*, vol. IV: *Dall'Unità a oggi*, t. III: *La storia politica e sociale*, Torino, Einaudi, 1976, pp. 2326-2334. En atención a su carácter enciclopédico tomo a esta obra como referencia histórica general para analizar el debate jurídico-penal que se produce durante este período.

2 Los partidos políticos que formaban el Comité de Liberación Nacional (el partido comunista italiano, el partido socialista italiano de unidad proletaria, el partido de acción, el partido de la democracia cristiana, el partido de la democracia del trabajo y el partido liberal) asumían la guía moral del País tras la huida de Roma del gobierno Badoglio y de la Monarquía (8 Septiembre 1943). La guía real la asumirían con la formación del primer gobierno Bonomi (junio de 1944). Al respecto Ragionieri, *op.cit.*, pp. 2358-2363.

3 Utilizo el término "legitimación" para expresar que con independencia del mayor o menor grado de intensidad con que las diversas fuerzas políticas se enfrentaron al fascismo y de su mayor o menor voluntad de romper con el pasado, ellas habían llegado al poder en nombre del antifascismo y necesariamente debían tener en cuenta ese motivo en su acción política.

este régimen, el cual no sólo en el plano constitucional, sino también en la mayoría de ámbitos legislativos ordinarios había renovado casi completamente las instituciones jurídicas de la época liberal. El ordenamiento punitivo, con el código penal, el de procedimiento penal, el de ejecución penal y el de policía, habían sido presentados por el régimen fascista como una de sus grandes realizaciones⁴.

En estas circunstancias, el surgimiento de la cuestión de la reforma de la codificación fascista me parece una necesidad histórica, como también lo era el que los participantes en este debate afrontaran la valoración política de aquella codificación en atención a su compatibilidad con el régimen democrático propugnado por las fuerzas políticas en el poder.

En resumen, y sirviéndome de una expresión de Nuvolone, cabe decir que las circunstancias históricas de la segunda guerra mundial y de la derrota de los regímenes fascistas llevaban a que, en la construcción de nuevos modelos penales, el "momento penal" no pudiera ignorar el momento político⁵.

4 El código penal (r.d. nº 1398 de 19 octubre 1930), el código de procedimiento penal (r.d. nº 1399 de 19 octubre 1930), el reglamento para los institutos de prevención y de pena (r.d. nº 787 de 18 junio 1931) y el texto único de las leyes de seguridad pública (r.d. nº 773 de 18 junio 1931) habían entrado en vigor conjuntamente el 1 de julio de 1931. La legislación procedente de la época liberal que venía derogada era el código penal Zanardelli (r.d. nº 6133 de 30 junio 1889), el código de procedimiento penal (r.d. nº 127 de 27 febrero 1913), el reglamento general para los establecimientos penitenciarios y para los reformatorios del reino (r.d. de 1 febrero 1891) y el texto único de las leyes de seguridad pública (r.d. de 8 noviembre 1889) (aunque esta última ya había sido derogada anteriormente por el texto único de las leyes de seguridad pública (r.d. nº 1848 de 6 noviembre 1926)).

5 "Il momento penale" (en *AP*, 1946, pp. 268-281) era el título del artículo en el que Nuvolone consideraba que, tras el proceso de crisis al que había llegado la ciencia penal por la influencia de tendencias irracionalistas en el período de entreguerras, la derrota de Alemania llevaría a que esta ciencia penal se viera influida por las corrientes iusnaturalistas abandonando no sólo el irracionalismo sino también el positivismo jurídico de tipo latino. Nuvolone señalaba a Giuseppe Bettiol como uno de los autores sensibles a estas nuevas tendencias en el derecho penal. Efectivamente, en una obra de significativo título

I.1.1. La actitud del gobierno del comité de liberación nacional frente al sistema penal y la respuesta de la doctrina penal⁶

I.1.1.1. La inicial actitud reformista frente al código Rocco por parte del gobierno del comité de liberación nacional

En los primeros meses de su gestión, el gobierno realizó unas reformas del código penal de 1931, el código Rocco, que estaban inspiradas en la voluntad de eliminar algunos de sus aspectos más abiertamente autoritarios.

La primera medida tomada fue la abolición de la pena de muerte para los delitos previstos en el código penal, aunque no para los establecidos por las leyes militares y especiales⁷. Seguidamente, se modificaron, entre otros, ciertos institutos de la parte general y especial del código en los cuales era evidente la supremacía atribuida al Estado y, en particular, al funcionario público, frente al individuo. Así, tomando como modelo el código liberal de 1889, el código Zanardelli⁸, se reintroducía la circunstancia eximente de la reacción del particular a los actos arbitrarios del funcionario público (arts. 336, 337, 338, 339, 342 y 343 c.p.) y la posibilidad de

(1) problema penale, Trieste, Scientifica triestina, 1945, pp. 19-42) Bettiol propugnaba un derecho penal fundamentado en valores individuales y no en la primacía del Estado que consideraba propio de los regímenes autoritarios y totalitarios.

⁶ Para la elaboración de este epígrafe he tomado como referencia crítica fundamental la obra de Piasenza, "Tecnicismo giuridico e continuità dello stato: il dibattito sulla riforma del codice penale e della legge di pubblica sicurezza", en PQ, 1979, pp. 281-317, que es la investigación crítica más importante que conozco sobre la cuestión de la reforma penal en los años 1943 a 1949.

⁷ d.l.l. n.º 244 de 10 agosto 1944, en AP, 1945, parte I, p. 223

⁸ Una exposición de las innovaciones más significativas del código Rocco en relación al código Zanardelli puede encontrarse en nota 29 de este capítulo.

ejercitar la "exceptio veritatis" en los delitos contra el honor cuando el sujeto pasivo fuera un funcionario público (art. 596 c.p.)⁷.

Contemporáneamente a estas reformas, de indudable carácter liberalizador, el gobierno denunciaba la naturaleza autoritaria de los códigos penal y procesal anunciando que, en la línea de las reformas parciales realizadas, se procedería con prontitud a la elaboración de nuevos códigos inspirados en las tradiciones jurídicas liberales que el código Rocco no habría respetado¹⁰.

1.1.1.2. La reacción de un sector de la doctrina penal en defensa del código Rocco (Análisis de la polémica sobre el carácter liberal o autoritario del código Rocco)

A esta actitud del gobierno y, en general, al momento penal particular que había sido determinado por la mutación de las circunstancias políticas, respondieron tempranamente destacados profesores de derecho penal con unas intervenciones en defensa del código Rocco¹¹.

7 d.l.l. n.º 208 de 14 octubre 1944, en AP, 1945, parte I, pp. 321-323. Además la reforma contenía, entre otras, en la perspectiva de suavización del código Rocco, la reintroducción de la atenuante genérica (art. 62 bis c.p.).

10 En la exposición de motivos del d.l.l. n.º 244 de 10 agosto 1944, cit., de abolición de la pena de muerte, el ministro de justicia Umberto Tupini, del partido de la democracia cristiana, calificaba de autoritario al código y postulaba la necesidad de una reforma. Continuando en esta línea, el consejo de ministros, en su reunión de 31 agosto 1944, aprobaba una delegación al gobierno para proceder a una reforma de la legislación penal y procesal que estuviera en consonancia con las tradiciones jurídicas plasmadas en los códigos liberales (inf., en Pannain, "La riforma della legislazione", en AFLUC, 1942-1944, p. 26).

11 Tales intervenciones fueron: Pannain, La riforma (...), cit., pp. 17-48; Leone, Giovanni, "La scienza penale nell'ultimo ventennio", en AP, 1945, pp. 23-28 y "Contro la riforma del codice penale", en AP, 1945, pp. 161-195 y Delogu, "L'elemento politico nel codice penale", en AP, 1945, pp. 161-195. A estas intervenciones seguirán las de otros autores (v. infra nota 45 de este cap.) con argumentos semejantes.

La primera contribución a esta defensa tuvo por artífice a Remo Pannain quien, escribiendo en tono abierto y polémico, comenzaba realizando una afirmación que, en aquel contexto político de guerra contra el fascismo, era de notable interés:

(...) no es fascista todo aquello que proviene del régimen fascista¹².

Consideraba el autor inadecuadas las declaraciones del gobierno de volver a los códigos liberales pues, de hacerse efectivas, supondrían un acto contrario al progreso de la mentalidad jurídica de la que, decía, era expresión el código Rocco¹³, cuya génesis resumía con las siguientes palabras:

La verdad es que la reforma de los códigos fue presentada como un hecho político pero fue, en realidad, un acontecimiento perfectamente jurídico, que se vincula a las tendencias y aspiraciones formuladas con anterioridad a 1922 y que acogía y utilizaba los resultados de los estudios, de las investigaciones, de las experiencias científicas y de las prácticas jurídicas y judiciales reales¹⁴.

Del código, que atribuía a juristas de diversas tendencias educados en época prefascista y no a políticos fascistas¹⁵,

12 Pannain, *La riforma* (...), cit.,

13 Pannain, *La riforma* (...), cit., pp. 17-29.

14 Pannain, *La riforma* (...), cit., p. 29, el subrayado es mío.

15 Toda la codificación del derecho en el Estado fascista fue dirigida por Alfredo Rocco, jurista que se había integrado en el movimiento nacionalista italiano donde defendió con éxito sus concepciones corporativistas, posteriormente asumidas por el régimen fascista (inf. en Tranfaglia, "Prefascismo e ideologia nazionalistica", en Dallo stato liberale al regime fascista. Problemi e ricerche, Milano, Feltrinelli, 1973 (3ª ed. 1976), pp. 108-112 y en Ragonieri, op. cit., p. 2129). El proceso de elaboración del código penal se inició con un proyecto preliminar elaborado por Alfredo Rocco, el hermano de éste, Arturo y otros juristas técnico-jurídicos como Eduardo Massari (inf. en Bricola, "Premesse storiche ed ideologiche del diritto penale vigente", en Bricola/Squibbi, Dispensa per il corso di Istituzioni di diritto penale 1981-1982, Bologna, Ed. de los autores, 1982, p. 68). Sobre la personalidad política de Arturo Rocco, Ungari (en Alfredo Rocco e l'ideologia giuridica del fascismo, Brescia, Morcelliana, 1963, pp. 82-83, nota 82) dice:

Aun que existiera gran diversidad de caracteres, la consonancia entre las posiciones políticas y

destacaba el mérito de haber integrado los principios de la Escuela clásica y de la Escuela positiva, la imputabilidad moral con la peligrosidad¹⁶, lo cual habría llevado a una notable reducción de la criminalidad¹⁷.

Al analizar concretamente la política penal del gobierno, consideraba que las reformas penales operadas o bien pecaban de innecesariedad, puesto que ya la doctrina había realizado interpretaciones que coincidirían con estas reformas, y ponía como ejemplo la reintroducción de la eximente de la reacción del particular a los actos arbitrarios del funcionario público, o bien de inoportunidad, dada la opinión contraria que mantendría la mayoría de la doctrina, como acaecería con la atenuante genérica (art. 62 bis c.p.)¹⁸.

Tampoco aceptaba Pannain la calificación autoritaria del código, oponiéndose, concretamente, a que esa etiqueta fuera aplicada al aumento de las penas, que obedecería solamente a

científicas de los dos hermanos era plena: Arturo Rocco no fue solamente el "técnico" de la reforma penal que lleva el nombre de Alfredo.

16 En la regulación del código Rocco, la distinción entre responsabilidad y peligrosidad no implicaba que la intervención punitiva se realizara en base a uno de estos dos conceptos sino que se prescribía que la pena y la medida de seguridad se aplicaran conjuntamente a un sujeto en base a venir considerada a la vez su imputabilidad (art. 85 c.p.)/semiimputabilidad (art. 89 c.p.) y su peligrosidad (arts. 203 y 204 c.p.).

Por otra parte, la peligrosidad no sólo venía tomada en consideración para la aplicación de medidas de seguridad sino que en los arts. 132 y 133 c.p., relativos a la medición de la pena, se establecía que el juez debería tomar en consideración tanto la gravedad del delito como la capacidad de delinquir del culpable.

En definitiva, se prescribía una doble consideración de la peligrosidad pues ella se tomaba en consideración para la determinación de la pena y para la aplicación de las medidas de seguridad.

Para realizar este esquema he utilizado como fuentes críticas: Bricola, "Promessa (...)", *cit.*, pp. 70-71 y Musco, Le misure di sicurezza. Profili storici e costituzionali, Milano, Giuffrè, 1978, p. 97.

17 Las opiniones de Pannain resumidas en este párrafo están en *La riforma (...)*, *cit.*, pp. 29-32.

18 Pannain, *La riforma (...)*, *cit.*, pp. 32-43.

una necesidad de lucha contra la delincuencia, o a la protección de la personalidad del Estado (título I, libro II, c.p.), arguyendo, implícitamente, que la tutela del Estado era algo natural a cualquier régimen político¹⁹.

Por último, Pannain consentía en que, eliminando el prejuicio mantenido por el gobierno sobre el carácter fascista del código, pudiera existir una reforma, que no debería ser realizada "por decreto" sino democráticamente, para lo cual pedía:

Que se oiga a la Magistratura, a las Universidades, a las asociaciones profesionales, admitiendo la plena y libre discusión, haciendo que todos puedan expresar serenamente sus opiniones, sin la amenaza de la acusación de filofascismo para quien osara defender un instituto o una disposición de los códigos actualmente vigentes²⁰.

La participación de juristas de diversas tendencias debería impedir, según el autor, que el nuevo código fuera fruto de incompetentes que llevarían a:

(...) obras legislativas producto de la política y no de la ciencia²¹.

En 1945 Pannain fundaba L'archivio penale, revista con la que venía a colmar un espacio dejado vacío por la suspensión de las revistas penales más prestigiosas²², cuyo primer número era en realidad un volumen monográfico de crítica a la reforma

19 Pannain, La riforma (...), cit., pp. 43-45.

20 Pannain, La riforma (...), cit., p. 47.

21 Pannain, La riforma (...), cit., p. 48.

22 La "Rivista italiana di diritto penale", había suspendido su edición en 1943 y no la reanudaría hasta 1948 y "La scuola positiva", que había sido suspendida en el mismo año, iniciaría una nueva serie en 1947.

penal²³, en el que participaban destacados penalistas y otros juristas de renombre.

Tras la editorial, que parecía escrita por Rocco en sus palabras en defensa del *Tecnicismo jurídico*²⁴, la sección doctrinal acogía entre sus primeros artículos un importante manifiesto de Giovanni Leone que comenzaba con las siguientes palabras:

Este breve escrito pretende demostrar que, a pesar de las apariencias contrarias, el conjunto de principios penales de origen liberal han sido, en el ventenio transcurrido, mantenidos y enérgicamente defendidos por los juristas italianos²⁵.

Para demostrar lo anunciado, el autor comparaba las concepciones de la doctrina italiana con las de la doctrina alemana de la Escuela de Kiel²⁶, mostrando cómo la primera habría mantenido, durante la época fascista principios fundamentales tales como el de relación jurídico-penal basada en el derecho de castigar del Estado y en el contrapuesto derecho de libertad del Individuo, el de legalidad y la concepción del delito como ofensa a un bien o interés jurídico que, habiendo sido también acogidos en el código Rocco,

23 Del citado volumen (AP, 1945) obtengo la información sobre la cuestión de la reforma penal en 1944 y 1945.

24 Pannain, "L'archivio penale", en AP, 1945, parte I, pp. 3-10.

25 Leone, "La scienza penale (...)", cit., p. 23.

26 Que habían encontrado traducción legal con la reforma del código penal alemán de 28 junio 1935 que llevaba a admitir el delito por analogía.

permitían, según el autor, calificar de liberal a la doctrina²⁷ y al código que de ella era expresión²⁸.

Existían diferencias sustanciales entre los procedimientos utilizados por Pannain y por Leone para llegar al objetivo común de defender al código Rocco; mientras que los argumentos del primero se centraron en el carácter técnico del código, los del segundo se basaban en su naturaleza liberal. Esta posición obligaba a Leone a reconocer la influencia del fascismo sobre

27 Existen pocas investigaciones críticas sobre la actitud de la doctrina jurídico-penal durante el periodo fascista. Debe tenerse en cuenta que, por motivos que no estoy en disposición de valorar suficientemente, como señala Piasenza (cit. final nota), los autores más representativos compatibilizaron sus concepciones con el Estado autoritario.

Significativo en este sentido era el artículo de Bettiol "Bene giuridico e reato" (en RIDP, 1939, pp. 3-18) en donde propugnaba un derecho penal dirigido a la protección de bienes jurídicos al que también el Estado autoritario debía estar anclado. Con gran claridad, acorde a su metodología realista, le respondería Antolisei (en "Il problema del bene giuridico", en RIDP, 1939, pp. 3-36) mostrando que el ámbito de protección del derecho penal abarcaba objetos que en ningún caso podían considerarse bienes jurídicos pues eran relativos al tipo de Estado autoritario que había dado vida al código Rocco.

Una polémica ulterior se produjo con la contribución de Maggiore "Diritto penale totalitario nello stato totalitario" (en RIDP, 1939, pp. 140-161) en donde argüía que la fase política del Estado totalitario no era compatible con una ciencia jurídico-penal cimentada en principios liberales; propugnaba, en concreto, que el principio tradicional de interpretación de la norma, basado en la división de poderes, fuera sustituido por un sistema en el que el juez viniera considerado como intérprete y ejecutor de la voluntad del Estado y, consecuentemente, proponía una nueva redacción del art. 1 del c.p.:

Es delito cualquier hecho expresamente previsto como delito por la ley penal y reprimido con una pena establecida por ella. Es también delito cualquier hecho que ofenda la autoridad del Estado y sea merecedor de pena según el espíritu de la revolución fascista y de la voluntad del Duce, único intérprete de la voluntad del pueblo italiano. Tal hecho, si no es previsto por una norma penal precisa, se castigará en función de una disposición análoga. (op. cit., p. 160).

A la posición mantenida en este artículo por Maggiore respondería Petrocelli (con: "Per un indirizzo italiano nella scienza del diritto penale", en RIDP, 1941, pp. 3-26) defendiendo el mantenimiento del principio nullum crimen nulla poena, sine lege, que tenía, según el autor, carácter autoritario al reafirmar la potencia del estado. Luego, el principio de legalidad más que en interés del individuo vendría establecido en interés del Estado. En consecuencia, se declaraba contrario a la introducción del principio de analogía arguyendo que el estado sabía crear el derecho penal que se adapta a todos los casos y, subsidiariamente, la tutela frente a casos no previstos podía realizarse acudiendo a las medidas de peligrosidad predelictuales.

Para ubicar el debate jurídico-penal durante el fascismo, utilizo las siguientes referencias críticas: Bricola, "Premesse [...]", cit., pp. 59-67; Fassone, La pena detentiva in Italia dall'800 alla riforma penitenziaria, Bologna, Il Mulino, 1980, pp. 53-67; Monti, Scuole e indirizzi nella scienza giuridico-penale durante il periodo fascista, "Tesi di Laurea", discutida en la "Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Bologna", Año académico 1970-1971, pp. 297; Piasenza, op. cit., pp. 275-276.

28 Las opiniones de Leone resumidas en este párrafo están en: "Contro la riforma [...]", cit., p. 277 y en "La scienza penale [...]", cit., pp. 23-28.

aquellos institutos en que más evidente era el alejamiento respecto de las prescripciones normativas del código Zanardelli²⁹. Al asumir tal perspectiva, resulta comprensible que el autor no criticase la reforma (que reintroducía institutos del código Zanardelli) de octubre 1944³⁰ y que, además, encontrara la influencia del régimen fascista en el espíritu general del título de los delitos contra la personalidad del estado y en algunas figuras del título de los

29 La doctrina consultada (cit. final nota) coincide en señalar que el código Rocco se distancia netamente de su predecesor, el código Zanardelli, y de la legislación penal especial emanada en el periodo liberal, en los siguientes aspectos:

En el sector de los delitos contra el Estado: introducción del principio de extraterritorialidad de la ley penal italiana para los delitos contra la personalidad del Estado cometidos por italiano o extranjero; constitución de nuevos delitos, tales como la actividad antinacional del ciudadano en el exterior (art. 269 c.p.), asociación subversiva (art. 270 c.p.), asociación antinacional (art. 271 c.p.), propaganda subversiva (art. 272 c.p.), constitución ilícita de asociación con finalidad internacional (art. 273 c.p.) y participación ilícita en asociación con carácter internacional (art. 274 c.p.).

En las relaciones entre el funcionario público y el individuo: supresión en los "Delitos de los particulares contra la Administración pública" (cap. I, título II, libro II c.p.) de la eximente de la reacción del particular a los actos arbitrarios del funcionario público (arts. 336, 337, 338, 339, 341, 342 y 343 c.p.); introducción de la eximente de uso legítimo de las armas por parte del funcionario público (art. 33 c.p.); supresión de la "exceptio veritatis" en los delitos contra el honor cuando el sujeto pasivo fuera un funcionario público (art. 596 c.p.).

En los delitos contra los derechos políticos del ciudadano: que son reducidos a un único artículo (294 c.p.) y vienen introducidos en el título de "Los delitos contra la personalidad del Estado" (en el código Zanardelli venían ubicados en el título de los delitos contra la libertad).

Delitos contra la economía pública, la industria y el comercio: que constituyen un nuevo título en el código penal (título VIII, libro II) en el que se incluyen nuevos delitos, como el cierre empresarial, y la huelga (arts. 502-506 c.p.) (pero sobre ello, ver nota 60).

En el sistema sancionatorio: inserción del sistema de doble vía (ver nota 16) (En el código Zanardelli se preveían ciertas medidas de seguridad para menores imputables -instituto de corrección o asignación del menor a parientes-, para semi-imputables -cumplimiento de pena en instituto especial- y para ebrios habituales -establecimiento especial- que no alteraban el acnismo del código); aumento de los marcos de pena, en particular en los delitos contra la personalidad del Estado.

Para realizar esta comparación he utilizado los textos siguientes: Bricola, *op. cit.*, pp. 22-23 y 68-83; Musco, *op. cit.* y las ponencias del debate organizado por la revista *La questione criminale* sobre "Il codice Rocco cinquant'anni dopo", el 16 y 17 enero 1981 en Bologna, en el cual la relación entre el código Rocco y el código Zanardelli fue uno de los aspectos más tratados, las ponencias están publicadas en *QC*, 1981, pp. 1-174 y 249-322. Concretamente me he servido de las ponencias de Fiandaca, "Il codice Rocco e la continuità istituzionale in materia penale", pp. 67-79; Marinucci, "L'abbandono del codice Rocco tra rassegnazione e utopia", pp. 297-299; Padovani, "La sopravvivenza del codice Rocco nella 'età della decodificazione", pp. 89-92; y Romano, "Il codice Rocco e i lineamenti di una riforma del diritto penale politico", pp. 145-151.

30 Leone, "Contro la riforma (...)", *cit.*, pp. 282-283.

delitos contra la economía pública, la industria y el comercio (título VIII, libro I, c.p.), como en los delitos de cierre patronal y de huelga (arts. 502-506 c.p.)³¹.

El autor, por último, elogiaba el aspecto político-criminal del código pues con la introducción de las medidas de seguridad postdelictuales habría sido posible combatir la peligrosidad³².

De todo lo anterior Leone extraía la conclusión que los aspectos fascistas no viciaban ni cuantitativa ni cualitativamente el conjunto del código que habría permanecido sustancialmente liberal³³.

La última contribución fundamental a la posición contraria a la reforma del código penal fue realizada por Tullio Delogu³⁴. El autor, como premisa de su análisis del código, distinguía entre elemento jurídico y elemento político. Ya inicialmente el autor daba luz, mediante esta distinción, a aquella expresión de Pannain que consideraba el surgimiento del código un "acontecimiento perfectamente jurídico"³⁵ al identificar el elemento jurídico del código con la idea de bien común³⁶.

Desarrollando esta premisa, se interrogaba por las causas

31 Leone, "Contro la riforma (...)", cit., pp. 276-279.

32 Leone, "Contro la riforma (...)", cit., pp. 280-282.

33 Leone, "Contro la riforma (...)", cit., pp. 282-283.

34 "L'elemento politico nel codice penale", cit.

35 Ver supra pp. 5-6.

36 Delogu, op. cit., pp. 162-163.

del surgimiento del código y, retomando un análisis de Ferri³⁷, las identificaba en la coexistencia de la Escuela clásica con la Escuela positiva, en el movimiento internacional favorable a insertar las medidas de seguridad como medio de lucha contra la delincuencia y, por último, en el fascismo³⁸, aunque respecto a ésta decía:

(...) el fascismo más que la causa fue la ocasión³⁹.

El código penal fue elaborado, decía Delogu, por juristas formados en época prefascista, y sustancialmente vinculados a concepciones liberales, como Manzini, Massari y Rocco; por ello se había mantenido, en su esencia, liberal⁴⁰:

(...) es fácil controlar que con mucha frecuencia el derecho ha frenado a la política, impidiendo que la presión de ésta llevara a violar las reglas tradicionales de nuestro derecho penal y así se han mantenido intactos principios e instituciones que están en neta contraste con las premisas teóricas del fascismo⁴¹.

Para llegar a sostener casi la virtualidad antifascista del código, Delogu se valía del mismo procedimiento seguido por Leone para calificarlo de liberal, esto es, tomaba como paradigma de codificación fascista la reforma nacionalsocialista de 1935; esta metodología permitía al autor afirmar que los principios de legalidad, de irretroactividad,

37 La obra de Ferri que cita Delogu es: Principii di Diritto criminale, Torino, s.f., pp. 162-163.

38 Delogu, op. cit., pp. 168-169.

39 Delogu, op. cit., p. 167.

40 Delogu, op. cit., pp. 193-195.

41 Delogu, op. cit., p. 169, el subrayado es mío.

de certeza del derecho, de culpabilidad por el hecho, de imputabilidad y responsabilidad moral eran las líneas fundamentales de la parte general del código y respondían al principio de respeto a los derechos del individuo⁴².

La primacía del elemento político sobre el elemento jurídico, es decir, el carácter fascista del código, era señalada por Delogu en aquellos institutos que ya Leone había calificado de no liberales: los supuestos de extraterritorialidad de la ley penal italiana, los delitos contra la personalidad del Estado y los delitos contra la economía pública⁴³.

Y, de los argumentos anteriores, llegaba a la misma conclusión a la que habían llegado Pannain y Leone y proponía que, eliminando aquellos mínimos aspectos en los que el régimen fascista había influido en el código Rocco, éste se convirtiera en el código penal del nuevo Estado⁴⁴.

1.1.1.2.1. Valoración histórica de las contribuciones de Pannain, Leone y Delogu: el significado político de la defensa del tecnicismo jurídico

La valoración histórica de las intervenciones de Pannain, Leone y Delogu, a las que siguieron las de otros autores⁴⁵, no

⁴² Delogu, op. cit., p. 184.

⁴³ Delogu, op. cit., pp. 188-193.

⁴⁴ Delogu, op. cit., pp. 193-195.

⁴⁵ Coincidían en la defensa del carácter no fascista del código Rocco: Casalnuovo, "Relazione del Consiglio dell'ordine degli avvocati di Catanzaro sulla riforma del codice di procedura penale", en AP, 1945, I, pp. 653-664; Rainieri, "Politica e diritto penale", en CP, 1946, pp. 5-11; Sangiorgio, "Riforme nel campo della legislazione penale", en CP, 1946, pp. 2-4. Una postura semejante a la mantenida por Leone y

sólo ha de intentar deducir cuál fue su trascendencia en el debate sobre la reforma penal, sino que, además, debe interrogarse por la ideología que fundamentaba sus posiciones. Debe tenerse en cuenta que los razonamientos sobre el código Rocco que entonces, bajo la presión de las circunstancias políticas, realizaron aquellos autores fueron seguidamente acogidos por buena parte de la doctrina penal como base de su respeto al código Rocco.

Para hacer tal valoración, debe, inicialmente, reflexionarse sobre aquella frase de Pannain por la cual el código fue un "acontecimiento perfectamente jurídico" por cuanto ella es una aserción plena de significado en el debate cultural que se había producido en Italia desde la escuela clásica hasta la escuela técnico jurídica.

Guiándome por la reconstrucción histórica propuesta por Padovani⁴⁶, cabe afirmar que la premisa de esta evolución doctrinal debe situarse en la reforma penal que propugnaban los autores iluministas, constituida:

(...) por una utopía igualitaria que implícitamente venía llamada a sostener el edificio penal: el derecho de castigar los hechos lesivos de la convivencia social no podía dejar de presuponer "una sociedad de libres y de iguales" a quienes se les ofrecían las mismas razones para un recíproco respeto de las posiciones jurídicas respectivas (...)⁴⁷.

Delogo pero con una visión bastante más amplia de los "aspectos políticos" del código era defendida por el presidente del Tribunal Supremo Casati, "Considerazione e proposte sulla riforma dei codici penali", en *RP*, 1945, I, pp. 43-56.

⁴⁶ En: L'utopia punitiva. Il problema delle alternative alla detenzione nella sua dimensione storica, Milano, Giuffrè, 1981, pp. 2-77.

⁴⁷ Padovani, L'utopia (...), cit., pp. 62-63.

Este sistema cuya legitimación radicaba en la igualdad sustancial sufrirá un proceso de decadencia durante todo el siglo XIX con la asunción de mecanismos que, tanto en el ámbito penal como en el penitenciario, suponían una consideración de las desigualdades sociales⁴⁸; la crisis de este sistema tendrá su momento culminante, arguye Padovani, con la irrupción de la nueva Escuela positiva:

El positivismo criminológico no solo destruye este último postulado (el libre albedrío) en nombre del determinismo psíquico, sino que agreda las raíces del igualitarismo formal de los sistemas clásicos: las diferencias biológicas, antropológicas, psicológicas, ambientales y sociales vienen consideradas como constantes estructurales de la personalidad humana (...). El marco social propuesto por los positivistas podría calificarse como la antítesis radical de la utopía del siglo XVIII: a la igualdad necesaria se contraponen la desigualdad objetiva y científicamente verificada⁴⁹.

El proceso de crisis se acentuó cuando en el seno de la Escuela positiva surgieron corrientes avanzadas, de ideología socialista, que no sólo destacaron la ineficacia de soluciones represivas al problema de la criminalidad sino que, además, criticaron el carácter clasista del derecho penal -visto en la desigualdad de trato sancionatorio para los delitos tradicionalmente cometidos por las clases subalternas en relación a aquellos cometidos por las clases dominantes y, entre otros aspectos, en la igualdad de los criterios de imputación- que llevaba, según los autores del socialismo jurídico, a acentuar las desigualdades sociales de las que

⁴⁸ Padovani, L'utopia (...), cit., pp. 29-65.

⁴⁹ Padovani, L'utopia (...), cit., pp. 65-66.

surgía el fenómeno delictivo⁵⁰.

Es este contexto el que explica⁵¹ el surgimiento de la Escuela técnico-jurídica, en la que Pannain se fundamenta, y cuya primera consigna es aquella llamada de Arturo Rocco a los juristas a:

(...) limitarse, religiosa y escrupulosamente, al estudio del derecho (...) del derecho positivo vigente, el único que nos da la experiencia necesaria y el único que puede formar el objeto de la ciencia jurídica (...) ⁵².

Esta reducción del ámbito de los conocimientos del jurista (excluyéndolo de aquellos saberes filosófico, sociológico y político que ejercitaron los autores de la Escuela positiva, mediante los cuales se había puesto en crisis los principios del sistema penal clásico) se legitimaba en que, como decía Delogu, el elemento jurídico del derecho suponía la plasmación del bien común. Sobre esta cuestión Arturo Rocco se había reflexionado con las siguientes palabras:

¿Cuáles son [se preguntaba Rocco] los caracteres comunes de los diversos medios de tutela jurídica? (...) 1) Desde el punto de vista del "fin" todos los medios de tutela jurídica son, como dice la misma expresión, medios de tutela que es como decir de garantía, de protección o de defensa (...) 2) Desde el punto de vista del "objeto" de la tutela: todos los medios de tutela jurídica son medios de tutela, protección o defensa de "la sociedad", tienen como objeto de tutela la sociedad y, por tanto, los

50 Padovani, *L'utopia (...)*, cit., pp. 66-67. Además sobre el Socialismo jurídico me baso en: Sbriccoli, "Il diritto penale sociale. 1883-1912", en *QF*, 1974-1975, t. I, pp. 577-642.

51 Y en ello asumo un filón interpretativo de una parte de la doctrina italiana que tiene como representantes significativos a Bricola, Franco, voz "Teoria generale del reato" cit., pp. 11-12 (con notas 10 y 11) y a Neppi Modona, "Legislazione penale", en *La storia d'Italia. Il mondo contemporaneo*, 1978, pp. 584-607. Me baso también en Gallo, "Una politica per la riforma del codice penale", en AA.VV., "Il codice Rocco (...)", cit., pp. 52-54.

52 Rocco, Arturo, "Il problema e il metodo della scienza del diritto penale", en *RIDP*, 1910, pp. 274-275.

intereses de la vida humana en común, de la vida de los hombres en estado de asociación: intereses sociales o intereses individuales, o sociales o individuales a la vez (...) 3) Desde el punto de vista del medio con el que se actúa el "fin" de la tutela jurídica de la sociedad (...). Ciertamente, todo el derecho es tutela de intereses individuales o colectivos de la vida social⁵³.

Entre la metodología propuesta por Arturo Rocco, que había servido para cerrar la crisis del pensamiento clásico, y las posiciones de Pannain, Delogu y Leone existía, a mi entender, una continuidad sustancial, radicada en que la valoración, antaño utilizada por los padres del Tecnicismo jurídico para fundamentar su nueva dirección metodológica, servía en el momento de la caída del fascismo para defender al código Rocco. En ambos momentos históricos, la negación de naturaleza política al derecho era la legitimación asumida para oponerse a reformas del derecho provenientes de posiciones políticas.

La cuestión que con tal metodología resultaba difícil de resolver era que un régimen político al que difícilmente, en aquel contexto histórico, podía atribuirse la realización del bien común se había dotado de un nuevo derecho penal.

Tal cuestión me parece que no quedaba resuelta en la contribución de Pannain quien, al centrar exclusivamente su defensa en el carácter técnico del código, no afrontaba el cambio histórico que se había producido en Italia.

Diversas eran, por su mayor sensibilidad histórica, las posiciones de Leone y Delogu. Este último asumía la contradicción indicada, reconociendo la existencia de un elemento político en el código Rocco al que contradecía su

⁵³ Rocco, Arturo, "Le misure di sicurezza e gli altri mezzi di tutela giuridica", en RIDef, 1930, pp. 1354-1355.

elemento jurídico, el cual estaría en oposición a las premisas teóricas del fascismo.

Esta concepción, que gozaba de una notable legitimidad histórica dada la abolición de los principios liberales en materia penal por parte del régimen nacionalsocialista, no me parece aceptable por cuanto, si bien es cierto que el código mantuvo vigentes los principios de legalidad, de retroactividad y de certeza del derecho, no puede olvidarse que, junto al código penal, el régimen emanó unas leyes especiales en materia de seguridad pública que permitían la aplicación de sanciones restrictivas de la libertad sin tener como presupuesto la comisión de un delito⁵⁴.

54 El Texto único de las leyes de seguridad pública (r.d. nº 773 de 18 junio 1931) preveía que las personas difamadas por la voz pública como culpables habituales de la comisión de determinados delitos, contra la personalidad del Estado, contra la vida, contra el patrimonio, entre otros, podían ser sometidos, tras un procedimiento administrativo, en que el difamado podía probar su inocencia, a una sanción de confinamiento en una colonia o en un municipio por un periodo de uno a cinco años (arts. 165 y 180-189).

Bricola (en voz "Teoria generale del reato", cit., pp. 31-33) interrogándose sobre la diversa evolución de la doctrina penal italiana y alemana en relación a la concepción del delito, contrasta la tesis de que la ciencia jurídico penal italiana se hubiera batido durante el fascismo por salvar los principios liberales:

Mientras que en la Alemania nazi la existencia de un código ya viejo había determinado, para alcanzar las finalidades autoritarias, la necesidad de revolucionar las categorías penales y la estructura del delito, en Italia tales finalidades se alcanzaron mediante la elaboración de un nuevo código (Rocco) preparado por las refinadas elaboraciones del tecnicismo jurídico (...) no existe necesidad de recurrir a parámetros extralegales de valoración (antijuridicidad material y culpabilidad en sentido normativo o ético), cuando el parámetro autoritario de valoración de la conducta del ciudadano viene ya determinada por el nuevo código; no existe necesidad de construir el delito como violación de un deber de fidelidad cuando la medida de fidelidad necesaria viene ya filtrada a través de los bienes normativamente tutelados. (op. cit., pp. 32-33).

La tesis de Bricola fue contestada por Fiandaca (op. cit., pp. 69-72) para quien la concepción de Bricola no explicaba porqué si el código ya cumplía las finalidades autoritarias, el régimen, liberándose de garantías, recurrió, para juzgar los delitos políticos, a los tribunales especiales para la defensa del Estado. Análogamente, la concepción de Bricola no podría dar cuenta, según Fiandaca, de porqué el proyecto de código penal alemán de 1934 estaba basado en la eliminación de los principios liberales tradicionales. Fiandaca mantenía, como conclusión de su análisis, que la evolución diferente del derecho penal en Alemania y en Italia -en donde el dogma legalista habría limitado el absolutismo del Estado- se explica en atención al diferente grado de fascismo existente entre los dos regímenes.

Muy interesante me parece la interpretación de Marconi (en "Codice penale e regime autoritario", en AA.VV., "Il codice Rocco (...)", cit., pp. 129-137) para comprender la convivencia entre un código inspirado, según el autor, en criterios garantistas y una legislación que sería de marca totalitaria:

El código, no siendo funcional a un sistema totalitario representaba una garantía de orden y de estabilidad del sistema político en cuanto impedía la preponderancia de un orden parcial (la filosofía totalitaria aplicada, con normas precisas, a disidentes y peligrosos políticos) a un

La deducción que puede extraerse es que cuando las garantías del código podían ser un obstáculo para los objetivos políticos el régimen creó nuevos institutos privados de esas garantías.

Si bien, entonces, no está justificada la afirmación de que el código Rocco supuso un límite al régimen fascista, no obstante en la premisa de esta afirmación, esto es en lo que Leone y Delogu consideraron la naturaleza sustancialmente liberal del código, existe el dato inquietante consistente en que durante toda la historia republicana y democrática ha seguido vigente el código Rocco⁵⁵.

En base a este dato, recientemente algunos autores han revalorado la tesis de la continuidad entre el código Rocco y el código Zanardelli⁵⁶.

En este sentido Piasenza argüía que la parte de verdad de las argumentaciones de Pannain, Leone y Delogu estriba en que la funcionalidad de un código se mide por la capacidad de garantizar una política criminal que guarda más relación con las condiciones estructurales que con la superestructura

orden general (el conjunto de la sociedad observante y fiel). Un exceso de orden parcial hubiera podido funcionar demasiado bien (el problema de la función excesiva) poniendo en crisis el equilibrio sobre el que se fundaba el complejo sistema político (p. 134).

⁵⁵ Sobre esta cuestión se interrogan la mayoría de los participantes en el debate "Il codice Rocco (...)", cit.

⁵⁶ Mantiene esta posición, sustancialmente, los siguientes autores en el debate referido en la nota anterior: Fiandaca, op. cit.; Marra/Pavarini/Vila, "La codificazione impedita. Alcune osservazioni in tema di 'nuovo diritto penale' e funzione della pena", pp. 249-272; Padovani, "La sopravvivenza (...)", cit. y Romano, op. cit.

política de la sociedad⁵⁷.

Para Padovani esta continuidad no debe ser vista como una garantía puesto que el fascismo continuó con la técnica de eliminar las garantías establecidas en el código penal mediante instituciones adjuntas, que derogaban las garantías generales en sectores particulares donde se debía operar sin obstáculos⁵⁸. Fiandaca muestra como incluso el sector tradicionalmente calificado de fascista, el destinado a reprimir la oposición política al Estado, tiene precedentes en la legislación especial emanada en la última fase del Estado liberal⁵⁹.

57 Piasenza, *op. cit.*, p. 277

58 Al respecto, Padovani da la siguiente explicación:

En la Italia liberal esta función fue drásticamente realizada con las medidas de peligrosidad predelictuales, utilizadas en el Piemonte preunitario como instrumento de control social parapenal de las clases campesinas llevadas a la ciudad por efectos de la industrialización, tras la Unidad como medio de lucha al bandidismo y, en fin, en los últimos años del siglo, como instrumento de represión del disenso político (...). A tales medidas se sumaron, además, una serie de disposiciones propiamente penales (por ejemplo en materia de asociaciones subversivas, de prensa, de instigación a cometer hechos depresivos del espíritu nacional) a las que difícilmente podría calificarse de liberales y que, al contrario, constituyen, el antecedente del código Rocco. Y donde el legislador no llegó, obró el juez con una praxis aplicativa que desnaturalizaba o invertía la dimensión liberal de la disposición: es suficiente al respecto recordar la jurisprudencia penal desarrollada en época prefascista a propósito de la huelga: libre en teoría pero en sustancia prohibida.

El fascismo sólo tuvo que recorrer de forma más sistemática esta misma vía, "perfeccionando" en sentido más autoritario el sistema de las medidas de peligrosidad predelictuales, asumiendo disposiciones penales y praxis aplicativas antiliberales, y organizando para la represión de los delitos políticos más significativos una institución judicial paralela -el tribunal especial para la defensa del Estado- frente al cual todas las garantías del derecho penal, sustancial y procesal (incluso el principio de irretroactividad de la ley penal) venían eliminadas o apartadas ("La sopravvivenza (...) ", *cit.*, pp. 1-2).

59 Fiandaca, *op. cit.*, pp. 71-79. El autor ha puesto de relieve como una serie de delitos "Contra la personalidad del Estado" como el derrotismo político (art. 265 c.p.) o el derrotismo económico (art. 267 c.p.) encuentran su precedente en la legislación especial emanada a consecuencia de la oposición interior existente a la participación de Italia en la primera guerra mundial. En realidad, observa Fiandaca, los verdaderos tipos del régimen se reducen a ciertas figuras de la parte especial, como la actividad antinacional del ciudadano en el exterior (art. 269 c.p.), la asociación subversiva (art. 270 c.p.) y la propaganda subversiva (art. 272 c.p.) destinados a luchar contra los enemigos históricos del régimen (*op.*

Los autores que revalorizan esta continuidad han tomado fundamento las aportaciones de una historiografía que encuentra las raíces del fascismo en el Estado liberal y que destaca, por tanto, las potencialidades autoritarias de este tipo de Estado⁶⁰. De ahí que entre las posiciones de Leone y Delogu y la de autores como Fiandaca o Padovani exista una neta coincidencia en reconocer la continuidad, pero lo que para los primeros es motivo de defensa del código, para los segundos lo es de crítica: mientras que para los unos existe una continuidad liberal, para los otros existe una continuidad autoritaria⁶¹.

Con las intervenciones de Pannain, Leone y Delogu, que gozaron de gran aceptación entre la doctrina⁶², un importante

60 Este filón interpretativo ha tenido intervenciones destacadas en el ámbito jurídico con las obras de Neppi Modona: *Sciopero, potere politico e magistratura, 1870-1922* (Bari, Laterza, 1969), donde el autor según muestra Tranfaglia, "Politica e magistratura nell'Italia unita", en *op. cit.*, pp. 165-173- sostiene la tesis que la interpretación rigurosa que, en la época liberal, la magistratura dio de los arts. 165 y 166 del código Zanardelli, relativos a los conceptos de violencia y de amenaza, aplicándolos también en el caso de huelgas de contenido reivindicativo, anticipó la punición de la huelga por parte del código Rocco; y "Carcere e società civile" (en *Storia d'Italia*, vol. V, Torino, Einaudi, 1973, pp. 1906-2001) en donde documenta la permanencia del mismo tipo de institución penitenciaria en los Estados liberal, fascista y republicano.

Nicola Tranfaglia ("Il deterioramento dello stato liberale in Italia", en *op. cit.*, pp. 34-52) avanza como hipótesis de esta continuidad la incapacidad de la clase dirigente italiana en la época liberal de realizar su proceso hegemónico a través de la integración de las clases populares. Ello llevó, según el autor, a fundar un Estado-administración que iba en perjuicio de las instituciones parlamentarias y de otros órganos de hegemonía política. Este gobierno a través de la Administración tenderá a mantener al margen del sistema a las clases populares empujándolas a la lucha extraparlamentaria. Una grave crisis económica y el ascenso de los partidos populares que representaban a las masas dejadas en la oposición, concluye Tranfaglia, aceleraba esta crisis de hegemonía y exaltaba los elementos de autoritarismo y de opresión burocrática característicos de la experiencia italiana (*op. cit.*, p. 52).

61 Pone de relieve esta cuestión: Marinucci, "L'abbandono del Codice Rocco: tra rassegnazione e utopia", en AA.VV., "Il codice Rocco (...)", *cit.*, p. 299.

62 v. infra nota 45



sector cultural manifestaba, con razones atendibles, su opción por la conservación del código penal. En realidad, como agudamente señala Piasenza, la batalla era conducida contra un "enemigo inexistente"⁶³. Así se explica que aquellas declaraciones del Ministro Tupini de proceder a una reforma inmediata de los códigos quedaran sin efectividad y se iniciara la vía más moderada de proceder a la creación de una comisión de reforma. Si debe darse un sentido político a la intervención de estos profesores, quizás deba destacarse su voluntad de reconducir el antifascismo de los partidos moderados hacia posiciones que en el ámbito penal estuvieran en línea de continuidad con el pasado⁶⁴.

1.1.1.3. Razones de que los gobiernos de unidad nacional no llevaran a cabo una reforma del sistema penal

En verdad, la política penal de los gobiernos del comité de liberación nacional, confirmaba que la ruptura con el pasado, en este ámbito, era inexistente pues, contrariamente, se daba vida a una legislación que, en sus diversas vertientes, mantenía el paradigma represivo que había inspirado la política

⁶³ Piasenza, op. cit., p. 271.

⁶⁴ La opinión de Piasenza sobre este particular es que la reforma empezó a detenerse: (...) sobre todo porque proporcionó una excusa técnica a la oposición política de fondo presente, también, en las filas reformadoras. (op. cit., p. 263).

Esto no excluye, a mi entender, que estos autores tuvieran un predominio de la vía reformista incluso en los partidos moderados como la democracia cristiana, inquietud que, si bien la historiografía reciente ha dejado sin fundamento, mostrando como la opción moderada de la democracia cristiana estaba presente desde los inicios de la crisis del régimen fascista, podía surgir entonces en atención a la consideración de diversos factores como la existencia de un gobierno de unidad, la legitimación antifascista que se atribuía la democracia cristiana, la creación de un sindicato unitario en el que participaban comunistas, socialistas y católicos, entre otros. Tomo como referencia para esta consideración a Galli, Storia della democrazia cristiana, Bari, Laterza, 1978, pp. 36-117.

penal del régimen fascista.

En este sentido, en 1945 y 1946 se dictaron una serie de disposiciones de carácter extraordinario que preveían nuevas modalidades de delitos contra el patrimonio, reintroduciendo, para los casos más graves, la pena de muerte, que el año anterior había sido abolida en la legislación ordinaria⁶⁵.

Por otra parte, la militarización del cuerpo de agentes de custodia penitenciaria⁶⁶, era un aspecto de una política basada en una respuesta violenta a las reivindicaciones de los presos, cuyas condiciones en la situación de la postguerra eran de una absoluta dureza⁶⁷.

Al enjuiciar la política penitenciaria tradicional de los gobiernos de Unidad, y en particular de la izquierda que en estos años estuvo al frente del Ministerio de Justicia⁶⁸, Neppi

65 El d.l.l. nº 234 de 10 mayo 1945 (en AP, 1945, I, pp. 444-446) constituía una modalidad de robo cometido por diversas personas para el que preveía la pena perpetua y, en los casos más graves, la pena de muerte (art. 1). Iguaes penas se preveían para la proposición, constitución u organización de banda armada para cometer delitos contra la propiedad o violencia contra las personas (art. 2). Se aumentaban en un tercio las penas previstas para los delitos de peligro común mediante violencia y contra el patrimonio mediante violencia en las cosas o en las personas (art. 4). Para los delitos previstos en el art. 1 se fijaba la competencia de la jurisdicción militar (art. 5).

Análogamente, el d.l. del jefe provisional del Estado nº 62 de 2 agosto 1946 (en AP, 1946, I, pp. 513-514) aumentaba las penas para los delitos de robo, extorsión y secuestro de personas con finalidad de robo o extorsión, cuando ellos fueran cometidos con armas o aprovechándose de circunstancias o con modalidades de ejecución que suscitaran alarma social (art. 1). Asimismo, se atribuía competencia a la jurisdicción militar (arts. 2 y 3).

66 d.l.l. nº 508 de 21 agosto 1945 (en AP, 1946, I, pp. 92-101).

67 Que venían determinadas, en base al principio de la cárcel como lugar más bajo de la escala social, por las condiciones de general escasez de los años de la postguerra. Al respecto: Neppi Modona, "Carcere e società civile", cit., pp. 1980-1981.

68 Entre junio de 1945 y mayo de 1947 el ministerio de justicia fue asignado a los comunistas Palmiro Togliatti y Fausto Gullo. Son significativas las circulares del primero en las que reclama el máximo rigor policial para las manifestaciones violentas de desocupados en acciones de devastamiento y saqueo (circular sin fecha, pero del primer semestre de 1946, en AP, 1946, pp. 732-733) o en la que exige un cumplimiento

Modona resalta la situación de excepcionalidad que se produce durante los años 1945 y 1946: gran aumento de los índices de delincuencia⁶⁹, revueltas carcelarias⁷⁰ y una opinión pública poco comprensiva ante la situación de quienes estaban en la cárcel⁷¹. Pero, como señala Neppi en "Carcere e società civile" y en especial en un trabajo sucesivo⁷², no era sólo la situación de emergencia la que llevaba a los gobiernos de unidad, y en particular a los partidos de izquierda en él representados, a asumir una posición tradicional ante la cuestión penal.

Para discutir las razones de esta posición tradicional, me parece de notable interés la lectura de una obra que apareció en aquellos años y que se constituía en una de las escasas reflexiones que desde la izquierda se realiza sobre el derecho

riguroso del reglamento penitenciario (emanado en el fascismo) (circular de 14 agosto 1945, cit. por Neppi Modona, "Carcere e società civile", cit., pp. 1978-1979). Con relación a esta última circular, pero en juicio que, a mi entender, puede ser globalizado al conjunto de la política penal, Neppi dice que lo menos que puede notarse es:

(...)su continuidad con los criterios de gestión ya experimentados en toda la historia penitenciaria italiana. ("Carcere e società civile", cit., p. 1978).

69 Neppi Modona ("Carcere (...)", cit., p. 1977) señala que duplican los de 1935 y 1935, siendo en torno al millón los procedimientos cursados por la autoridad judicial.

70 Que, según Neppi Modona ("Carcere (...)", cit., pp. 1980-1981) se suceden ininterrumpidamente entre julio de 1945 y abril de 1946 y son revueltas, en algunos casos, con las intervenciones del ejército y de la policía, produciéndose considerables balances de muertos y de heridos.

71 Explica Neppi Modona (*ibidem*) que, salvo algunas excepciones por parte de L'Unità, órgano del partido comunista, y, más acentuada, de "Giustizia e libertà", órgano del partido de acción, los medios de información y la opinión pública se mostraron poco receptivos a las reivindicaciones de los detenidos, inclinándose por su represión violenta. Se debe tener en cuenta que entre los detenidos existía un contingente condenados por delitos de marca fascista.

72 "Appunti per una storia parlamentare della riforma penitenziaria", en QC, 1976, pp. 312-325.

penal⁷³.

Bonini, en la exposición de:

(...) aquello que deberá ser la ley penal de la sociedad socialista del mañana (...)⁷⁴

auspiciaba una ley penal que resultaba ser sustancialmente igual a la plasmada en los códigos liberales, basados en el principio de la igualdad formal, pero fundamentada en la igualdad sustancial que debería existir en la sociedad socialista.

Ciertamente, las modificaciones de la sociedad socialista, como la desaparición del capital privado, supondrían ciertas alteraciones en los bienes tutelados y crearían otros nuevos, como el trabajo, debiendo ser considerado delito cualquier provecho de él no compensado adecuadamente, o la función pública de la propiedad, que llevaría a constituir como delito los daños a bienes propios. No obstante, en la concepción del autor, el derecho penal continuaba siendo sustancialmente configurado como tutela de bienes individuales tales como la vida, la libertad, la propiedad y el honor⁷⁵.

Por lo que atañe al tipo de sanción de este derecho penal socialista, el autor, con coherencia respecto a la igualdad de la nueva sociedad, proponía:

Sólo debe existir un tipo de pena, que debe tener siempre carácter aflictivo y personal, no pudiéndose acoger penas

⁷³ Bonini, Il diritto penale secondo i principi socialisti, Milano, Bocca, 1946, pp. 11-156.

⁷⁴ Bonini, op. cit., p. 11

⁷⁵ Bonini, op. cit., *passim*.

diversas en un sistema legislativo socialista y mucho menos la introducción de penas pecuniarias dada la disparidad de tratamiento que ocasionan (...)»⁷⁶.

El rígido retribucionismo llevaba a Bonini a postular un sistema netamente represivo:

La muerte no es una pena y la supresión de los individuos más peligrosos para la sociedad es una necesidad que debe venir cumplida una vez que estos sujetos hayan expiado su castigo y resarcido su daño, es decir, cuando se hayan realizado las funciones penales: la restitutiva y la reparatoria del daño»⁷⁷.

El autor llevaba hasta sus extremos esta concepción, postulando la eliminación de aquellos individuos que se negaran a contribuir con lo que, en la concepción de Bonini, era el fundamento de la nueva sociedad, el trabajo»⁷⁸.

La obra de Bonini porque, haciendo abstracción de la rigidez represiva del autor, en el cual la doctrina de entonces fijó críticamente la atención»⁷⁹, ella era expresión, según mi parecer, de una concepción ideológica asumida en estos años por la izquierda italiana, y preferentemente por la comunista, cuya premisa era que la instauración de una sociedad comunista daría natural solución a las cuestiones superestructurales como el

76 Bonini, op. cit., p. 43.

77 Bonini, op. cit., pp. 91-92.

78 Bonini, op. cit., *passim*.

79 Así lo señala Piasenza, op. cit., pp. 277-278. Resulta de interés la lectura del comentario que Bettiol ("A proposito di diritto penale socialista", en GI, 1947, IV, pp. 47-51) realiza al libro de Bonini. Parece que Bettiol se encontrara con la dificultad de tener que criticar a un autor que propugnaba también un derecho penal retributivo aunque con un fundamento, el de la igualdad sustancial, totalmente diverso al que da sentido a su concepción retributiva de la pena. De ahí que Bettiol no afrontara esta cuestión y centrara el comentario en los aspectos que sin duda eran los más criticables, como el utilitarismo extremo de Bonini, pero que no eran lo esencial de su argumentación.

derecho penal y su carácter clasista.

El problema, resaltado por una historiografía reciente, es que esta ideología, o lo que puede llamarse esta hipótesis teórica, no se correspondía ni minimamente con la hipótesis política asumida contemporáneamente por los partidos de la izquierda, y en particular por el comunista, que estaba basada en la consecución de una democracia avanzada. Deberían pasar muchos años para que a esta hipótesis política correspondiera una nueva cultura teórica capaz de propugnar, no sin dificultades, reformas que en el ámbito penal realizaran la mencionada idea de democracia avanzada⁸⁰.

⁸⁰ Según Ragionieri la conciencia que tenía el partido comunista de la adhesión que las clases populares habían dado al fascismo le llevó hacia la formación de un "partido nuevo" dirigido a la construcción de una democracia progresiva que eliminara las raíces del fascismo en la sociedad italiana. El autor destaca la contradicción del partido en estos términos:

Mientras que la hipótesis política se basaba en la transformación democrática de la sociedad italiana como un proceso a realizar mediante la participación de las masas populares, guiadas por partidos políticos vinculados entre sí por un pacto de alianza, la tesis teórica, anclada en la versión estalinista del leninismo, rechazaba las implicaciones y las profundizaciones del concepto de "dictadura del proletariado" que requería el proyecto de democracia progresiva. (op. cit., p. 2415).

La praxis política del partido comunista durante los años de los gobiernos de Unidad se caracterizó por poner freno a muchas iniciativas transformadoras que habían nacido del movimiento de la Resistencia y del levantamiento popular contra el fascismo de la primavera de 1945, dirigiendo la conciencia crítica de las masas populares hacia el apoyo a la Asamblea constituyente que debería ver plasmada una nueva sociedad que rompiera política y socialmente con el régimen fascista. Según Ragionieri ello se debía a la esperanza de que estas transformaciones se consiguieran tras la afirmación de la República italiana (op. cit., pp. 2411-2433).

Una interpretación distinta es la proporcionada por Antonio Gambino (en Storia del dopoguerra. Dalla liberazione al potere D.C., Bari, Laterza, 1975 (3ª ed. revisada y ampliada: 1978), pp. 31-51) para quien esta estrategia de fondo llevada a cabo por el partido comunista se enmarca en la división de Europa en bloques que se insinúa desde los últimos años de la guerra y que excluía a Italia, dada su ubicación en la esfera de la influencia occidental, cualquier transformación revolucionaria. En ello, según Gambino, la política del partido comunista respondería plenamente a las consignas de la Unión Soviética.

Esta interpretación de Gambino, que ubica la opción no transformadora por parte de la izquierda en una estrategia política voluntariamente adoptada, no contradice, a mi parecer, la hipótesis que he mantenido en el texto sobre las razones de fondo del tradicionalismo de la izquierda. Y una confirmación de ello se tendrá en las discusiones en la Asamblea constituyente en donde la izquierda, batiéndose en general por la plasmación de una democracia avanzada, seguirá anclada en una visión tradicional de la cuestión penal.

1.1.1.3.1. El proyecto de reforma de código penal de 1945

La suma de factores señalados, que confluían a que la cuestión de la reforma penal no fuera afrontada súbitamente por los gobiernos de Unidad, explican que la vía elegida para llevarla a cabo fuera la creación de comisiones ministeriales de reforma.

La Comisión de reforma del código penal, formada en enero de 1945⁸¹ decidió inicialmente renunciar al retorno al código de 1889 optando por la reforma del código Rocco⁸². En la justificación de esta elección la comisión era deudora de los planteamientos de los juristas que se oponían a la reforma:

(...) en el código penal vigente están ínsitos y utilizados el fruto de decenios de estudio y de trabajo de los mejores juristas italianos, el cual no puede ser repudiado sólo porque el fascismo, encontrando la reforma en plena elaboración, tuvo la fortuna de finalizarla⁸³.

También asumía la Comisión el criterio de que en el código podía distinguirse entre aspecto técnico, político y de política criminal, pero, y en ello se distanciaba de las posiciones antireformistas, consideraba que las orientaciones políticas del fascismo, además de reflejarse en la parte especial del código, se plasmaban en el aspecto político criminal, por cuanto en el objetivo de la lucha contra la delincuencia existía:

81 Inf. sobre la composición de la Comisión en Pannain, "Notizie e spunti sulla riforma dei codici penali", en *AP*, 1945, I, p. 57.

82 Inf. *ibidem*.

83 "Commissione Ministeriale per la riforma del codice penale", "Relazione al Guardasigilli sulla riforma della parte generale del codice penale", en *AP*, 1945, I, p. 399. El proyecto fue presentado en julio de 1945.

(...) una menor consideración de la personalidad humana y una subordinación del derecho de libertad individual respecto a las potestades punitivas⁸⁴.

En el proyecto, que no era presentado en un articulado concreto sino como principios generales de reforma en los diversos sectores, se procedía, primeramente, a una suavización de ciertos institutos en los cuales era manifiesta la rigidez proporcionalista del código Rocco. En este sentido, se permitía al condenado a la pena perpetua gozar, desde el inicio de la condena, del régimen de trabajo en el exterior y, posteriormente, del instituto de la libertad condicional⁸⁵. Análogamente, se ampliaba a los comprendidos entre dieciocho y veintión años el régimen de educación separada y tendente a la reeducación moral previsto en el artículo 142 del código penal⁸⁶.

En esta misma línea de disminución del rigor del código, se rebajaban los mínimos de las penas atendiendo a los criterios del código Zanardelli⁸⁷ y se ampliaba el instituto de la

84 "Comissione ministeriale (...)", *Relazione al Guardasigilli (...)*, cit., p. 400. Esta línea debió parecer demasiado rupturista a Pannain, que se retiró de la Comisión, y a Leone, que no aceptó sustituirlo (inf. en Pannain, *Notizie e spunti sulla riforma dei codici penali*, cit., p. 57).

85 "Comissione ministeriale (...)", *Relazione al Guardasigilli (...)*, cit., punto 5. El código Rocco preveía que el condenado a la pena perpetua pudiera ser admitido al trabajo en el exterior tras tres años de condena (art. 22 c.p.) y excluía que el condenado a la pena perpetua pudiera gozar de la libertad condicional (art. 176 c.p.). Tales artículos permanecieron vigentes hasta la ley nº 1634 de 25 noviembre 1962, que los reformaba en el sentido del proyecto que estamos comentando. La evolución de la institución está documentada en *Codice penale e norme complementari* (ed. de Giovanni Conso, Milano, Giuffrè, 1982), en ella se encuentra la historia legislativa del código incluyendo las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas a los diversos artículos.

86 "Comissione ministeriale(...)", *Relazione al Guardasigilli (...)*, cit., punto 39.

87 "Comissione ministeriale (...)", *Relazione al Guardasigilli (...)*, cit., punto 5.

suspensión condicional de la pena⁸⁸.

El sistema dualista del código, al que la Comisión no consideraba fruto de la ideología política fascista sino del acercamiento entre la Escuela clásica y la Escuela positiva⁸⁹, venía, no obstante, modificado mediante la introducción de criterios más garantistas en el régimen de las medidas de seguridad.

Concretamente, las reformas eran: 1) atenuación del régimen de la peligrosidad presunta⁹⁰, 2) introducción de nuevos juicios para verificar la subsistencia de peligrosidad⁹¹, 3)

88 "Commissione ministeriale (...), "Relazione al Guardasigilli (...)", cit., punto 42. El sistema del código Rocco que admitía la suspensión para penas no superiores a un año, o a dos cuando el delito fuera cometido por un menor de 18 años, se ampliaba a dos y tres años, respectivamente; además, se eliminaba la disposición del código que impedía el goce de la medida a quien después de la pena debiera cumplir una medida de seguridad; en fin, se admitía una segunda suspensión condicional cuando la primera hubiese sido concedida por delito culposo; (arts. 163-165 c.p.). (A una reforma análoga a la propuesta por el proyecto, pero más restrictiva, se llegará sólo en 1974 con el art. 11 del d.l. nº 99 de 11 abril 1974 (convertido en la l. nº 220 de 7 junio 1974).

89 "Commissione ministeriale (...), "Relazione al Guardasigilli (...)", cit., punto 46.

90 El código establece en el art. 204:

Las medidas de seguridad se ordenan previa verificación de que aquél que ha cometido un delito es persona socialmente peligrosa

Pero existen una serie de supuestos en que esta verificación no es necesaria, sino que, conforme al mismo artículo, ella viene presumida por la ley. Ellos sucede para todo el sector de aplicación de medidas de seguridad a sujetos inimputables, con la única excepción del art. 224, 1 y 2, y para las tipologías de delincuente habitual (arts. 102-104 c.p.), de delincuente profesional (art. 105 c.p.), de condenado por asociación para delinquir (art. 417 c.p.) y para ciertos delitos relativos a la explotación de la prostitución (arts. 532-536 c.p.).

El proyecto de la Comisión ministerial convertía tales supuestos en presunciones *iuris tantum* al admitir que el juez pudiera excluir su aplicación mediante la apreciación de no existencia de peligrosidad (punto 48, p. 420).

91 El código preveía que una vez cumplidos los periodos mínimos, fijados por la ley para las respectivas medidas de seguridad, siendo el máximo indeterminado, el juez debe verificar la subsistencia de peligrosidad (art. 208 c.p.). El proyecto facultaba al juez —y no al ministro de justicia, según establecía el art. 207 c.p. (declarado inconstitucional por sent. nº 110, de 23-IV-1974)— para verificar la subsistencia de peligrosidad antes de cumplirse el periodo mínimo ("Commissione ministeriale (...), "Relazione al guardasigilli (...)", cit., punto 50).

Por otra parte, el código preveía que, salvo el supuesto del artículo 220, por el que el juez en atención a las particulares condiciones de enfermedad psíquica del condenado puede disponer que el internamiento

prohibición de aplicar a un único sujeto diversas medidas de seguridad⁹³, 4) supresión de las hipótesis de peligrosidad predelictual subsistentes en el código⁹⁴ por considerar que ello debía ser objeto de la legislación de policía⁹⁵, 5) supresión de la medida de seguridad de la asignación a colonia agrícola o casa de trabajo, arguyendo su semejanza con la pena⁹⁶.

En lo concerniente a la protección del Estado, el proyecto suprimía el delito político cometido en el extranjero⁹⁷ y reducía el alcance de la eximente del uso legítimo de las armas por parte del funcionario público (art. 53 c.p.) a la necesidad

tenga lugar antes de que se inicie o finalice el cumplimiento de pena, la medida de seguridad sea aplicada tras la ejecución de la pena. El proyecto introducía la matización de que cuando hubieran pasado tres años desde la disposición que ordenó la medida de seguridad, su ejecución estuviera subordinada a la verificación de subsistencia de peligrosidad (punto 49).

92 El código (art. 211) prescribía la posibilidad de que a la medida de seguridad privativa de libertad le fueran añadidas otras medidas de seguridad no privativas de libertad una vez que aquéllas hayan finalizado.

93 En el código, el presupuesto para la aplicación de una medida de seguridad era la comisión de un delito (art. 203 c.p.). Existían dos excepciones a este principio general: el supuesto de comisión de un delito imposible (art. 49 c.p.) y los de instigación a un delito no seguidos de ejecución (art. 115 c.p.).

94 "Commissione ministeriale (...)", "Relazione al Guardasigilli (...)", cit., , puntos 46-47. Con ello la Comisión delataba que su voluntad de limitar la intervención punitiva del Estado en base a la peligrosidad tenía un carácter hasta cierto punto formal.

95 "Commissione ministeriale (...)", "Relazione al Guardasigilli (...)", cit., punto 59. La medida de seguridad de asignación a una colonia agrícola o a una casa de trabajo (art. 216 c.p.) está prevista en especial, aunque no exclusivamente, para quienes sean declarados delincuentes profesionales, habituales o por tendencia.

96 "Commissione ministeriale (...)", "Relazione al Guardasigilli (...)", cit., puntos 3-4.

de vencer una resistencia armada⁹⁷.

Otras modificaciones en la línea del respeto a los principio de proporcionalidad a la culpabilidad por el hecho, que suponían una alteración a los criterios ejemplaristas del código Rocco eran: 1) limitación en los efectos del criterio de la equivalencia de las condiciones seguido por el código en materia de imputación (arts. 40 y 41), prescribiendo la atenuación de la pena en el supuesto del concurso de causas⁹⁸; 2) moderación del régimen de la responsabilidad objetiva por hecho ajeno del director en los delitos cometidos por medio de imprenta (que establecía el art. 57 c.p.), al admitir la prueba del director de que la publicación no era consecuencia de su acción u omisión⁹⁹; 3) introducción del requisito del conocimiento para la aplicación de las circunstancias agravantes¹⁰⁰; 4) modificación de la disciplina de la embriaguez, que se consideraba contraria al criterio de la imputabilidad moral acogido por el Código¹⁰¹, estableciéndose

97 "Commissione ministeriale (...)", "Relazione al Guardasigilli (...)", cit., punto 9.

98 "Commissione ministeriale (...)", "Relazione al Guardasigilli (...)", cit., punto 7. Además se facultaba al juez para disminuir la pena en el supuesto del art. 40-2 que extendía la relación de causalidad al supuesto en que la omisión de quien tuviera la obligación de impedir el resultado no era la causa material de éste (punto 7).

99 "Commissione ministeriale (...)", "Relazione al Guardasigilli (...)", cit., punto 12.

100 "Commissione ministeriale (...)", "Relazione al Guardasigilli (...)", cit., punto 14. El art. 59 c.p. disponía, en su primer inciso, que "Salvo las excepciones dispuestas por la ley, las circunstancias que agravan, atenúan o excluyen la pena son valoradas, respectivamente, en contra o a favor del agente, aun cuando las desconozca o por error las considere inexistentes".

101 El art. 92-1 establecía "La embriaguez no derivada de caso fortuito o de fuerza mayor no excluye ni disminuye la imputabilidad".

que este estado debía producir una atenuación de la pena¹⁰²; 5) reforma de la disciplina del concurso de la pena al grado de participación, que el Código sólo consideraba facultando al juez para disminuir la pena de los partícipes menos importantes (art. 114 c.p.); 6) prescripción de que los partícipes respondieran sólo en caso de culpa, y no objetivamente (art. 116 c.p.), siempre que la ley previera la comisión culposa, cuando el delito cometido fuera diverso del querido; 7) revisión del instituto de la participación de extraños en delitos propios, haciendo que la atenuación de la pena prevista en el art. 117 c.p. pasara a ser obligatoria en vez de facultativa¹⁰³; 8) sustitución del criterio de acumulación material del código Rocco previsto para castigar tanto al concurso real como al concurso ideal de delitos (arts. 71-84), volviendo al criterio de acumulación jurídica que establecía el Código Zanardelli¹⁰⁴; 9) modificación del régimen de la tentativa, sustituyendo la definición del Código de "actos idóneos dirigidos en modo inequívoco a cometer un delito" (art. 56) por la de "comenzar con medios idóneos la ejecución del delito"¹⁰⁵.

Una valoración global de este proyecto presentado por la Comisión ministerial de reforma debe destacar que él era

102 "Commissione ministeriale (...)", "Relazione al Guardasigilli (...)", cit., punto 27.

103 "Commissione ministeriale (...)", "Relazione al Guardasigilli (...)", cit., puntos 33-35.

104 "Commissione ministeriale (...)", "Relazione al Guardasigilli (...)", cit., puntos 21-24.

105 "Commissione ministeriale (...)", "Relazione al Guardasigilli (...)", cit., punto 11.

plenamente representativo del clima cultural y político que en las páginas anteriores he intentado describir, ya que sin realizar una reforma sustancial de los puntos cardinales del código Rocco -"reforma sustancial" de la cual sólo puede hablarse retrospectivamente puesto que en aquel momento histórico no era solicitada, ni incluso delimitada, por ninguna tendencia doctrinal, cultural o política- proponía modificaciones que, como dice Piasenza, consentían una utilización moderada del código¹⁰⁶.

En diversos aspectos el proyecto era expresión de la reacción liberalizante frente al código Rocco (modificación de las relaciones individuo-Estado, disminución del rigor punitivo del código mediante la mayor plasmación del principio de proporcionalidad a la culpabilidad por el hecho, criterios garantistas en el sistema dualista) pero ésta era su única fuerza; no existía tras él una filosofía punitiva distinta a la que dió vida al código Rocco.

Es cierto que muchos de los principios que aquel proyecto contenía, como la ampliación de la suspensión condicional, serían muchos años después nuevamente reivindicados pero cuando ello sucediera existiría tras ellos una filosofía punitiva, una concepción de la pena, distinta y contraria a la del código Rocco, que dará a aquellos preceptos el sentido del que entonces carecían.

¹⁰⁶ Piasenza, op. cit., p. 293.

1.2. La Asamblea constituyente frente al problema de la pena¹⁰⁷

El precedente histórico de la Asamblea constituyente está, como ha señalado Cheli¹⁰⁸, en la unión de los partidos políticos democráticos en el llamado Comité de liberación nacional. El objetivo que daba sentido a la unión de fuerzas políticas tan dispares como comunistas, socialistas, radicales, demócratacristianos y liberales era la lucha contra el fascismo y la instauración de un Estado democrático. Es cierto que ya desde los inicios de esta unión se apercibieron las diferencias políticas que existían en su seno, predominando entre las fuerzas moderadas, y especialmente en la democracia cristiana, la opción de una ruptura de la coalición como premisa para desarrollar una política de conservación de la estructura social y económica. En el plano internacional, el fin de la alianza antihitleriana y el comienzo de la política de bloques favorecía esta evolución de Italia hacia soluciones democráticas en el nivel político pero conservadoras en los ámbitos social y económico. Sin embargo, estas circunstancias adversas al mantenimiento de la Unidad nacional carecían de la fuerza suficiente para impedir que la Asamblea constituyente diese vida a una Constitución que representa el testimonio de

¹⁰⁷ Para la realización de este segundo epígrafe del capítulo extraigo las hipótesis iniciales de trabajo de dos obras que analizan críticamente los debates sobre la pena tenidos por la Asamblea constituyente: Neppi Modona, "Appunti (...)", cit., pp. 325-328 y Fassone, La pena detentiva (...), cit., pp. 71-75.

¹⁰⁸ "Il problema storico della Costituente", en AA.VV., Italia 1943-1950. La ricostruzione (ed. de Stuart J. Woolf), Bari, Laterza, 1974, (2ª ed. 1975), p. 199.

la ruptura con el pasado¹⁰⁹.

Ciertamente, puede pensarse que la elaboración de una Constitución democrática, dada la caída del fascismo, fuera una necesidad histórica que ninguna fuerza política estaba legitimada para negar, pero lo que caracteriza a la Constitución de 1948 no es sólo la previsión de un Estado de funcionamiento democrático sino, además, la definición de una sociedad avanzada que en diversos preceptos pretende alcanzar grandes niveles de justicia e igualdad. Esta peculiaridad de la Constitución italiana es fruto del compromiso al que llegaron las fuerzas políticas, y fundamentalmente marxistas y católicas, basado en expresar un reconocimiento a las aspiraciones democráticas y transformaciones que habían surgido en amplios sectores de la sociedad italiana en la lucha contra el fascismo¹¹⁰.

La historia de la Asamblea constituyente¹¹¹ muestra una voluntad de evitar, además, que la Constitución estuviera en línea de continuidad con el pasado prefascista, así de la

109 Esta interpretación histórica que asumo viene expuesta en: Gambino, op. cit., *passim*; Galli, op. cit., pp. 1-117 y Ragionieri, op. cit., pp. 2375-2420.

110 Sobre los condicionantes históricos de la Asamblea constituyente me valgo fundamentalmente de la obra citada de Chelli.

111 Elegida la Asamblea constituyente el 2 de junio de 1946, inició sus actividades, el 25 de junio, eligiendo a una comisión, la "Comisión de los 75", encargada de redactar un proyecto de Constitución. La comisión comenzó sus actividades el 19 de julio dividiéndose en tres subcomisiones: la primera, encargada de elaborar los derechos y deberes de los ciudadanos, la segunda, la organización constitucional del Estado y la tercera, la estructura económica y social. Finalizados en octubre sus trabajos, se formó un comité de coordinación para integrar los textos de la primera y la tercera subcomisiones. Este comité se transformó en noviembre en comité de redacción, el cual ultimó el proyecto de Constitución aprobado por la comisión en febrero de 1947. La segunda fase se inició con la discusión del proyecto por parte de la Asamblea constituyente, seguida de una nueva intervención del comité de redacción y, finalmente, de su aprobación definitiva por parte de la Asamblea el 27 de diciembre de 1947.

"Comisión de los 75", verdadera fuente de la constitución¹¹², fueron excluidos los políticos representativos de la época liberal. La Constitución fue obra de personas que no habían sido hombres de importancia ni en el Estado liberal ni en el Estado fascista¹¹³.

Para analizar el planteamiento de la Constitución frente al problema penal hay que remontarse a las personalidades de los ponentes de la primera subcomisión, encargada de fijar los "derechos y deberes de los ciudadanos". Giorgio La Pira y Lelio Basso, que habían sido representantes del mundo político y cultural antifascista¹¹⁴, propusieron un texto que establecía los siguientes principios constitucionales en materia penal:

Nadie puede ser sometido a proceso ni castigado sino en virtud de una ley entrada en vigor anteriormente al hecho cometido.

Sólo puede ser impuesta la pena taxativamente fijada por la ley. La responsabilidad penal es personal.

Las sanciones penales deben tender a la reeducación del reo. La pena de muerte sólo es admitida en los códigos penales militares de guerra. No pueden instituirse penas crueles ni imponerse sanciones colectivas¹¹⁵.

112 Al respecto, Cheli, op. cit., pp. 224-226.

113 Al respecto, Cheli, op. cit., passim y Ragionieri, op. cit., p. 2473.

114 Giorgio La Pira era miembro de la corriente dossettiana del partido demócratacristiano y durante el fascismo había sido uno de los escasos futuros dirigentes de este partido que había manifestado una oposición cultural al régimen (en su revista Principi publicada entre 1939 y 1940 había sostenido la incompatibilidad entre los evangelios cristianos y la ideología fascista) (inf. en Ragionieri, op. cit., p. 2263 y Galli, op. cit., pp. 34-35). Lelio Basso era uno de los pilares del partido socialista, miembro de su corriente izquierdista (inf. en Ragionieri, op. cit., p. 2421).

115 Para referir y comentar las discusiones de la Asamblea constituyente sobre las cuestiones penales me valgo de la edición: La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente, ed. de Stefano M. Ciconetti, Maurizio Cortese, Giuseppe Torcolini, y Silvio Traversa, vols. I y VI, Camera dei Deputati-Segretariato generale, Roma, 1970. El texto aprobado por los ponentes está en vol. VI, p. 367. De las discusiones suscitadas en la Asamblea, me ocuparé preferentemente de aquellas que atañían a la finalidad de la pena.

Las primeras discusiones en la Comisión eran significativas del clima político que existirá en la elaboración de los principios constitucionales en el ámbito penal. La primera muestra se tenía en la respuesta del democristiano Aldo Moro a las dudas planteadas por el constituyente Mastrojanni¹¹⁶ sobre la inclusión del principio de irretroactividad en la Constitución, estando ya este principio previsto en el código penal. Moro, y también La Pira, aludieron a las cercanas experiencias de aplicación analógica de la norma, destacando la necesidad de que un principio que consideraban tan importante para la libertad y dignidad humanas viniera afirmado en la Constitución¹¹⁷.

Con parecidas justificaciones se hacía frente a la oposición manifestada por algunos constituyentes a que fuera afirmado el principio de personalidad de la responsabilidad penal. El constituyente Cevolotto sostenía la contradicción de este principio con las diversas hipótesis de responsabilidad por hecho ajeno que, según él, se estaban abriendo camino en el derecho penal. Le respondía el presidente de la subcomisión, el democristiano Umberto Tupini, aludiendo a la importancia del precepto para evitar ciertas experiencias de los regímenes fascistas que habían extendido la responsabilidad a los

116 Perteneciente al "Partito de l'uomo qualunque" (expresión que, en lenguaje moderno, quizás sería traducible por "Partido del hombre de la calle"), movimiento que surgió inmediatamente después de la caída del fascismo y que basaba su actividad en el rechazo de la acción política, manteniendo con ello ciertos ideales del fascismo. Al respecto, Ragionieri, op. cit., pp. 2424-2425.

117 La Costituzione (...), cit., vol. VI, sesión 18 septiembre, pp. 367-370.

familiares del autor del delito¹¹⁸.

Por lo concerniente a la siguiente sesión, en donde debía abordarse la cuestión de la finalidad de la pena, ha de señalarse la aceptación casi unánime por los miembros de la subcomisión del principio que más conflictos ocasionaría en las posteriores discusiones de la Asamblea constituyente y que prescribía la finalidad reeducativa de las sanciones penales. Obviando esta parte del artículo, los debates se centraron en la abolición de la pena de muerte y en la crueldad de las penas¹¹⁹.

Sobre la primera cuestión, algunos miembros de la Comisión, como el ponente La Pira, manifestaron su oposición total a la pena de muerte. En general, los demás miembros de la Comisión reconocieron la humanidad contenida en esta propuesta, pero algunos dijeron no poder desconocer la necesidad que de esta pena podía presentarse en tiempos de guerra. En la votación este argumento, que había sido defendido por Togliatti y Basso, que eran los representantes más cualificados de la izquierda en la comisión, se impuso, aunque con la corrección, sugerida por el democristiano Tupini, consistente en establecer que la excepción de que las leyes militares previeran la pena de muerte en tiempos de guerra no fuera una obligación constitucional sino sólo una posibilidad dejada al legislador

118 La Costituzione (...), cit., vol. VI, sesión 18 septiembre 1946, pp. 370-374.

119 La Costituzione (...), cit., vol. VI, sesión 18 septiembre 1946, pp. 375-377

ordinario¹²⁰.

La segunda discusión nació de la observación que realizaron algunos miembros de la comisión en el sentido de que la prohibición de sanciones crueles ya estaba contenida en el precepto sobre finalidad reeducativa de la pena o en un artículo anterior que establecía la necesidad de trato humano durante la privación de libertad. Los ponentes, a los que se unió Moro, replicaron, en palabras de Basso, afirmando que el principio de la reeducación podía no ser interpretado como incompatible con la imposición de penas crueles y que la necesidad de afirmar este principio nacía, además, de que él iba dirigido al legislador, para que lo tuviera en cuenta en la previsión abstracta de las penas. Tales argumentos no fueron aceptados por la mayoría de la comisión que votó a favor de su supresión¹²¹.

El texto final aprobado por la subcomisión era del siguiente tenor:

Nadie puede ser sometido a proceso ni castigado, sino en virtud de una ley entrada en vigor anteriormente al hecho cometido y con la pena en ella prevista.
La responsabilidad es personal.
Las sanciones penales deben tender a la reeducación del reo.
La pena de muerte no es admitida. Pueden hacer excepción los códigos penales militares de guerra¹²².

La segunda fase del proyecto de Constitución y, por tanto, de los artículos que regulaban el contenido y la finalidad de

120 *La Costituzione (...), cit.*, vol. VI, sesión 19 septiembre 1946, pp. 377-379.

121 *La Costituzione (...), cit.*, vol. VI, sesión 19 septiembre 1946, pp. 379-380.

122 *La Costituzione (...), cit.*, vol. VI, sesión 19 septiembre 1946, p. 380.

la pena, se desarrolló en el comité de redacción, que tuvo la función de ultimar la redacción del proyecto de Constitución. Al no existir actas de las discusiones de la llamada "Comisión de los 18"¹²³ sólo pueden hacerse observaciones en atención al texto final que aprobó, que contenía modificaciones significativas en relación al emanado por la primera subcomisión. La materia penal venía subdividida en dos artículos:

Nadie puede ser privado de su juez natural, preconstituido por la ley; ni puede ser castigado sino en virtud de una ley entrada en vigor anteriormente a la comisión del hecho y con la pena en ella prevista, salvo que la ley posterior sea más favorable al reo.

La responsabilidad penal es personal. El imputado no es considerado culpable hasta la condena definitiva.

Las penas deben tender a la reeducación del condenado y no pueden recurrir a tratos crueles e inhumanos.

La pena de muerte no es admitida. Pueden hacer excepción sólo los códigos militares de guerra.¹²⁴

Deben notarse dos innovaciones muy significativas en relación al texto de la subcomisión. Primero, se sustituía, en el inciso segundo del segundo artículo, la expresión "sanciones penales" por "penas"; la importancia de esta modificación estriba en que el texto anterior se oponía netamente al sistema dualista del código Rocco y marcaba una vía hacia la unificación de las sanciones en atención a su común finalidad reeducativa, en cambio, el nuevo texto abría el camino a que, en fases posteriores de la discusión constitucional, se introdujera una mención a las medidas de seguridad dando pie a

¹²³ La información sobre el procedimiento de la "Comisión de los 18" la obtengo de Bova, "L'elaborazione della Carta costituzionale nel Comitato di redazione", en AA.VV., La fondazione della Repubblica. Dalla costituzione provvisoria alla Assemblea Costituente, Bologna, [I] Mulino, pp. 305-347.

¹²⁴ La Costituzione (...), cit., vol. VI, p. 181.

interpretaciones que, viendo constitucionalizado el sistema de doble vía, neutralizaban el carácter innovador del precepto que establecía la finalidad reeducativa de la pena.

En segundo lugar, el comité daba aparentemente la razón a quienes en la subcomisión habían defendido la inclusión de la prohibición de penas crueles pero con una matización de importancia ya que decir "Las penas (...) no pueden recurrir a tratos crueles e inhumanos" no era igual a "No pueden instituirse penas crueles (...)"; en este segundo caso la vocación rupturista era mucho mayor porque, como habían argumentado Basso y Moro, la prescripción no sólo iba dirigida a evitar tratos crueles en la ejecución de la pena sino, sobre todo, a que el legislador considerara abstractamente la bondad o maldad de la pena en sí y actuara en consecuencia.

La tercera fase de la discusión constitucional se llevó a cabo en el marco de la sesión plenaria de la comisión constitucional. La comisión, a la que venía atribuida únicamente la facultad de examinar aquellas materias en las que el comité de redacción no hubiera estado de acuerdo¹²⁵, al tratar la cuestión penal, discutió la enmienda de los comunistas Terracini y Nobile que sustituía los dos incisos siguientes, del articulado aprobado por el comité de redacción:

Las penas deben tender a la reeducación del condenado y no pueden recurrir a tratamientos crueles e inhumanos.

No es admitida la pena de muerte. Pueden hacer excepción sólo los códigos militares de guerra.

por:

¹²⁵ Inf. en Bova, op. cit., p. 325.

Las penas y su ejecución no pueden ser lesivas de la dignidad humana. Ellas deben tener como fin principal la reeducación del condenado con el fin de hacerlo un elemento útil a la sociedad.

Las penas restrictivas de la libertad personal no podrán superar la duración de quince años.

La pena de muerte sólo podrá ser admitida en los códigos durante el período de guerra, y excepcionalmente también para los delitos comunes, en el caso de homicidios crueles que susciten la indignación pública.¹²⁶

En primer lugar, la comisión abordaba el aspecto de la enmienda: "Las penas y su ejecución no pueden ser lesivas de la dignidad humana". Los enmendantes justificaban esta sustitución en base a su creencia de que con ella se expresaba mejor el respeto a la persona que debía existir durante la ejecución. Los participantes en la discusión, elogiando el fondo de la enmienda, consideraron que el texto del comité de redacción ya recogía tal inquietud¹²⁷.

Se debatió, en segundo lugar, la matización: "Las penas y su ejecución (...) deben tener como fin principal la reeducación del condenado con el fin de hacerlo un elemento útil a la sociedad". En la discusión se manifestaron opiniones contrarias a que se atribuyera a la pena una finalidad reeducativa aludiendo a que, en realidad, el fin principal de la pena era científicamente la defensa social y proponiendo que se estableciera que la pena debía tender a la reeducación en cuanto ella fuera posible. Esta observación, debida al socialista Paolo Rossi, era expresiva de una concepción

¹²⁶ La Costituzione (...), cit., vol. VI, sesión 25 enero 1947, p. 181

¹²⁷ La Costituzione (...), cit., vol. VI, sesión 25 enero 1947, p. 181-185.

tradicionalista del sistema penal que no sólo estaba difundida entre las fuerzas políticas moderadas¹²⁸.

Se discutió, a continuación, la limitación de las penas a una duración máxima de quince años. Quienes intervinieron, alabando el valor humano de la propuesta, consideraron que la delimitación de las penas debía ser una competencia del legislador ordinario. En defensa de su enmienda, Terracini, argüía la competencia del legislador constitucional, en base a su función de limitar con criterios de humanidad la finalidad de defensa social cumplida por la pena. Anticipando una discusión que se desarrollará fundamentalmente en la sesión plenaria de la Asamblea constituyente, Moro le respondía que la reeducación operaba mediante la privación de libertad, en cuanto era a través de la pena como se lograba la enmienda de la persona humana¹²⁹.

Por último, en relación a la propuesta de ampliación de la pena de muerte para ciertos supuestos de delitos comunes, tomó la palabra el constituyente Cevelotto, observando que incluso ante la crueldad de ciertos delitos, el legislador debía actuar con serenidad, reafirmando el principio de que no se tenía el derecho de disponer de la vida de los demás¹³⁰.

De la enmienda de Nobile y Terracini, valorada como una de las propuestas de política penal que provenía de la izquierda,

¹²⁸ Ibidem.

¹²⁹ La Costituzione (...), cit., vol. VI, sesión 25 enero 1947, pp. 183-184.

¹³⁰ La Costituzione (...), cit., vol. VI, sesión 25 enero 1947, p. 184.

lo primero que sorprende es la ausencia de un modelo de reforma del derecho penal para una sociedad avanzada, teniendo en cuenta que la izquierda se batió por la introducción en la constitución de instrumentos aptos a la transformación de la sociedad para alcanzar una igualdad real.

Diversos factores confluían, a mi entender, a que la cuestión penal fuera marginada del modelo avanzado de sociedad propuesto por la izquierda; como razón de fondo, debe tenerse en cuenta la escasa atención que la cuestión penal había merecido para los clásicos del marxismo que atribuyendo la actividad delictiva a una forma falsa y prepolítica de conciencia individualista, dejaron de elaborar una teoría crítica del sistema penal¹³¹, influía, además, la cercana experiencia de la Unión Soviética en donde la revolución no había llevado a un cambio radical de los sistemas punitivos y, en general, la asunción de una hipótesis teórica revolucionaria que aún estaba lejos de elaborar una teoría de la reforma del Estado¹³².

Estos factores, traducidos a la discusión en la Asamblea constituyente, llevaron a la firmeza de la izquierda en la defensa de los principios básicos para alcanzar un sistema social avanzado pero desconsiderando su introducción en aquellos sectores, como el penal, en que la solución avanzada

131 Taylor/Malton/Young, La nueva criminología. Contribución a una teoría social de la conducta desviada, Buenos Aires, Amorrortu, 1977, pp. 227-238.

132 Cuestión desarrollada en supra I.1.1.

no era tan primariamente determinable¹³³

Ciertamente, la enmienda Nobile-Terracini contenía encomiables intenciones, como el respeto a la dignidad de la persona, la evitación de las consecuencias negativas de las penas de larga duración, pero eran fines para los cuales no se delimitaba con precisión los medios. Por otra parte la enmienda, en la regulación de la pena de muerte, contenía una renuncia a estas buenas intenciones, en cuanto, quizás por la valoración acritica del aumento de la criminalidad que se producía durante estos años, la voluntad de limitar el sistema penal cedía el paso a una política penal de máximo rigor.

En la votación, la comisión rechazó en su totalidad esta enmienda, aprobando el texto del comité con unas modificaciones de carácter formal fruto de una enmienda del democristiano Leone:

Nadie puede ser privado de su juez natural preconstituido por la ley.

Nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley entrada en vigor anteriormente del hecho cometido y con la pena en ella prevista, salvo que la ley posterior sea más favorable al reo.

La responsabilidad penal es personal. El imputado no es considerado culpable hasta la condena definitiva.

Las penas deben tender a la reeducación del condenado y no pueden consistir en tratamientos contrarios al sentido de humanidad.

No es admitida la pena de muerte. Pueden hacer

¹³³ Estas observaciones, hechas principalmente en atención al partido comunista, valen también para el partido socialista que adoptó una estrategia constitucional basada en la plasmación de una democracia avanzada que rompiera política y socialmente con el pasado y que, en cambio, en relación a la cuestión penal, no manifestó una conciencia madura de transformación. Los factores que determinaban la actitud frente a este problema por parte del partido comunista influían también para que el partido socialista no profundizara las raíces del socialismo jurídico que le hubieran llevado a concepciones más críticas sobre la cuestión penal. Al respecto: Taddei, "La costituente nella politica del PSI", en AA.VV., Cultura politica e partiti nell'età della Costituente, t. II: L'area socialista. Il partito comunista italiano (ed. de Roberto Ruffilli), Bologna, Il Mulino, 1979, pp. 18-19.

excepción sólo los códigos militares de guerra.¹³⁴

El momento más controvertido del debate constituyente se produjo en la sesión plenaria de la Asamblea. Si hasta entonces había existido un consenso casi general sobre los principios básicos que debían regular la legislación penal, en las discusiones asamblearias afloraron grandes divergencias entre los constituyentes.

Las sesiones comenzaron con un turno de comentarios generales al texto aprobado por la comisión en los cuales diversos constituyentes manifestaron su disconformidad con el inciso que regulaba la finalidad de la pena.

Particularmente importante, dada la categoría jurídica del autor, fue la intervención del democristiano Bettiol en la cual consideraba desafortunada la inserción en el texto constitucional del inciso: "Las penas deben tender a la reeducación del condenado (...)", pues advertía que dada la división existente en la doctrina penal sobre la finalidad de la pena, tal precepto podía llevar a peligrosos equívocos en la interpretación: expresión oscura con la que, a mi parecer, el autor encubría su temor a que el precepto fuera interpretado como una concesión a los postulados de la Escuela positiva. Bettiol sintetizaba su posición propugnando que la Constitución se pronunciara exclusivamente sobre la humanización de la pena:

Para ello se debe reformar el sistema carcelario en modo que no sea obstaculizada la rehabilitación del individuo, para que pueda según unos enmendarse y según los otros

134 La Costituzione (...), cit., vol. I, sesión 26 marzo 1947, p. 675.

ser recuperado socialmente¹³⁵.

Esta opinión de Bettiol fue desarrollada por el democristiano Giovanni Leone quien consideraba que la comisión:

(...) no ha querido resolver el problema de la función de la pena: problema que, aparte la necesidad de dejarlo para su juez natural, el legislador penal, es casi insoluble¹³⁶.

Señalaba que según su concepción:

(...) la pena, conforme a la tradición cristiano-social tiene un doble fin: la conservación del orden ético vigente en la sociedad -función preventiva- y la restitución del orden violado -función vengativa o satisfactoria-. La enmienda es para nosotros un fin complementario de la pena, fin que en la concepción cristiana radica en la caridad, mientras que el fin principal se vincula a la justicia sobre la cual se funda una convivencia social ordenada¹³⁷.

Pero renunciaba a que, su concepción fuera constitucionalizada en aras de la neutralidad:

Pero nosotros no pretendemos imponer, ni llevar a discusión nuestra concepción penal. Queremos sólo establecer esto: vosotros no habeis querido individualizar, identificar en vuestra definición la función de la pena¹³⁸.

Junto a estas peticiones de neutralidad, realizadas en nombre de una concepción retributiva de la pena, la finalidad reeducativa fue censurada también por quien veía en el derecho penal un medio de defensa social; significativa al respecto fue la intervención del liberal Crispi:

¹³⁵ La Costituzione (...), cit., vol. I, sesión 26 marzo 1947, p. 675.

¹³⁶ La Costituzione (...), cit., vol. I, sesión 27 marzo 1947, p. 701.

¹³⁷ La Costituzione (...), cit., vol. I, sesión 27 marzo 1947, p. 702.

¹³⁸ Ibidem.

La pena obedece a dos exigencias de defensa social: exigencia preventiva y exigencia represiva. Preventiva para que otros no incurran en el delito; represiva para que los ciudadanos tengan confianza en la intervención del Estado. Puede también suceder que la pena esté en función de contra-empuje psíquico o de enmienda, haciendo que el condenado, se abstenga, en el futuro, de recaer en el delito, pero no se puede en una Constitución atribuir tal finalidad a la pena y sería suficiente decir que la pena no puede consistir en tratamientos contrarios al sentido de humanidad¹³⁹.

Aún menos conciliadoras con la finalidad reeducativa de la pena eran las palabras del democristiano Trimarchi:

Si se considerase a la enmienda como único fin de la pena, crearíamos un instrumento de pena que en vez de actuar para el bien de la comunidad podría actuar para el mal de la comunidad; porque, honorables colegas, yo me pregunto qué sucedería si en vez de las cárceles que sirven para realizar el primer fin de la pena, el de la expiación en los límites de la justicia, pusieramos en funcionamiento simples casas de cura donde el condenado estaría seguro de que en vez de sufrir las privaciones que la pena necesariamente comporta, vendría reeducado, tratado con todos los miramientos. Creo que entonces la pena más que actuar como contra-empuje al delito, podría actuar como empuje al delito. Es por ello bueno que la pena satisfaga primero las exigencias de justicia, de remuneración (sic), de prevención general y deba también tender a la reeducación del reo, una vez que la justicia haya sido satisfecha (...). Por ello pediría una fórmula que dejara bien claro que la enmienda es sólo uno de los fines de la pena¹⁴⁰.

Estas intervenciones críticas respecto a la finalidad reeducativa de la pena suscitaron la réplica de otros constituyentes que reafirmaron la necesidad de que la Constitución estableciera la finalidad reeducativa de la pena. Las palabras del comunista Nobile eran indiciarias del origen cultural de las diversas posturas; decía, tras la intervención de los profesores y diputados democristianos Rettiol y Leone:

139 La Costituzione [...], cit., vol. I, sesión 26 marzo 1947, p. 678.

140 La Costituzione [...], cit., vol. I, sesión 27 marzo 1947, p. 715.

En la materia soy absolutamente incompetente, pero me parece que una Constitución moderna no puede no contener la necesidad de que el sistema penitenciario sea reformado en el sentido que deba tender a la reeducación de los detenidos¹⁴¹.

Seguidamente, la intervención del liberal Basile hacía evidentes las diferencias que habían surgido en el seno de la Asamblea:

Para nosotros la pena debe ser reeducación, no expiación ni castigo¹⁴².

Para lo cual insistía, como otros tantos diputados, en intervenciones que siempre suscitaban el clamor de la Asamblea, en que para que la reeducación fuera posible era necesaria una reforma del sistema penal:

La pena no puede enmendar en especial a los reincidentes, a no ser reformando las leyes penales, el personal penitenciario y sanitario, del cual deben elevarse sus condiciones económicas, mejorar la carrera y el reclutamiento y exigir conocimientos en los campos de la criminología y la psicología judicial¹⁴³.

Tras esta fase de comentarios generales al proyecto de Constitución se arribó al momento decisivo de la presentación de enmiendas. Las tres posiciones que en el curso de la discusión constitucional se habían mantenido: 1) la que tenía origen en el texto aprobado por la subcomisión, basada en la defensa de la finalidad reeducativa de la pena; 2) la de los autores que propugnaban la neutralidad de la Constitución en esta materia, por partir de posiciones retribucionistas o

141 La Costituzione (...), cit., vol. I, sesión 27 marzo 1947, p. 718.

142 La Costituzione (...), cit., vol. I, sesión 30 marzo 1947, p. 748.

143 Ibidem.

posiciones ejemplaristas y 3) la de quienes pedían una mayor enfatización de la finalidad reeducativa, sintetizaron en esta fase sus propuestas.

Los diputados Leone y Bettiol presentaron dos enmiendas que suponían, vistas en su conjunto, una profunda modificación del texto de la subcomisión. Por la primera de ellas proponían la introducción de un nuevo inciso que dijera:

Nadie puede ser sometido a medidas de seguridad fuera de los casos previstos por la ley¹⁴⁴.

Si la justificación de la enmienda hubiera sido realizada en un ámbito doctrinal hubiera sorprendido que un rígido retribucionista como Bettiol hiciera tantas concesiones a la Escuela positiva, pues tras reconocer que tales medidas no eran totalmente acordes a una Constitución liberal añadía:

Pero dado que el Estado debe defenderse contra los delincuentes es necesario que en ciertos casos pueda disponer de medidas defensivas de carácter preventivo¹⁴⁵.

A continuación consideraba que así como la Constitución había introducido el principio de legalidad de las penas, era justo que lo afirmara también para unas medidas que tenían tanta incidencia sobre la libertad personal¹⁴⁶.

A estas preocupaciones garantistas expresadas por Bettiol no se opuso ningún diputado resultando aprobada una enmienda cuyo sentido se descubriría al considerar la enmienda siguiente De Leone y Bettiol que proponía la sustitución del inciso:

144 La Costituzione (...), cit., vol. I, sesión 15 abril 1947, p. 898.

145 Ibidem.

146 La Costituzione (...), cit., vol. I, sesión 15 abril 1947, pp. 898-899.

Las penas deben tender a la reeducación del condenado y no pueden consistir en tratamientos contrarios al sentido de humanidad.

por:

Las penas no pueden consistir en tratamientos contrarios al sentido de humanidad o que obstaculicen el proceso de reeducación moral del condenado¹⁴⁷.

Con la primera enmienda se introducía en la Constitución las medidas de seguridad, con la segunda la pena se acercaba más a una concepción retributiva, vistas conjuntamente es innegable el significado que expresaban de constitucionalización del sistema de doble vía previsto por el código Rocco. Pero si la primera enmienda había sido pacíficamente aceptada la segunda sería netamente contestada, proviniendo las réplicas de miembros tan significativos de la Asamblea como el democristiano Tupini, que había sido el presidente de la primera subcomisión:

Estamos convencidos, por un elemental sentido humano, que es necesario realizar todos los esfuerzos para que el reo pueda ser reeducado y creo que no debemos renunciar nunca a esta posibilidad¹⁴⁸.

y del presidente de la comisión, el liberal Meuccio Ruini:

Estamos todos de acuerdo en que no se trata con este artículo de definir la finalidad más o menos filosófica de la pena sino de establecer que en todos los supuestos es también necesaria la reeducación del condenado¹⁴⁹.

147 La Costituzione (...), cit., vol. I, sesión 15 abril 1947, p. 905.

148 La Costituzione (...), cit., vol. I, sesión 15 abril 1947, p. 905.

149 La Costituzione (...), cit., vol. I, sesión 15 abril 1947, p. 909.

Tras las declaraciones de voto, en donde Moro declaró su apoyo a la propuesta Leone-Bettiol, la enmienda fue sometida a votación y rechazada por escasísimo margen¹⁵⁰.

En los últimos momentos de la discusión se presentó una enmienda al texto de la comisión por parte del diputado comunista Fabrizio Maffi que proponía sustituir el inciso:

las penas deben tender a la reeducación del condenado y no pueden consistir en tratamientos contrarios al sentido de humanidad.

por:

El ambiente carcelario debe ser organizado en conformidad a la necesidad social de reeducación del condenado. Ningún tratamiento puede ser contrario al sentido de humanidad¹⁵¹.

En la justificación de su enmienda, Maffi daba alguna muestra de aquel sentido crítico que tan ausente había estado en las propuestas y razonamientos anteriores de la izquierda:

La pena por sí sola no puede tender a la reeducación del condenado, sino que es el ambiente en el que la pena se cumple lo que puede reeducar al condenado. La pena, por tanto, debería tener en cuenta la condición desgraciada del condenado y no la culpa a la que deba corresponder un pago vengativo de sufrimiento¹⁵².

Tal enmienda, apoyada por el socialista Pertini con la petición de que se sustituyera la expresión "ambiente carcelario" por "sistema carcelario"¹⁵³, cambio aceptado por el

¹⁵⁰ La Costituzione (...), cit., vol. I, sesión 15 abril 1947, p. 909.

¹⁵¹ La Costituzione (...), cit., vol. I, sesión 15 abril 1947, p. 908.

¹⁵² La Costituzione (...), cit., vol. I, sesión 15 abril 1947, p. 907.

¹⁵³ La Costituzione (...), cit., vol. I, sesión 15 abril 1947, p. 908.

enmendante, fue rechazada sin apenas discusión por la Asamblea¹⁵⁴.

Finalmente, se puso a votación el artículo en el que venía incluido el inciso relativo a la finalidad de la pena:

La responsabilidad penal es personal.

El imputado no es considerado culpable hasta la condena definitiva.

Las penas deben tender a la reeducación del condenado y no pueden consistir en tratamientos contrarios al sentido de humanidad.

No es admitida la pena de muerte sino en los casos previstos en las leyes militares de guerra.¹⁵⁵

El artículo fue aprobado y se convertiría en precepto constitucional pero con una variación debida a una ulterior intervención del comité de redacción que invirtió el orden del tercer inciso que quedaba de la siguiente forma:

Las penas no pueden consistir en tratamientos contrarios al sentido de humanidad y deben tender a la reeducación del condenado.

Ciertamente esta inversión de orden, que relegaba la finalidad reeducativa a un segundo plano, estaba en la línea de la enmienda Leone-Bettiol que había sido derrotada. Parecía fruto de una voluntad de limitar el alcance de un precepto que había dividido a los grupos políticos y en particular a la democracia cristiana.

Así quedaba el precepto que sería aprobado, en la votación final del conjunto de la Constitución, en la sesión de 27 de diciembre de 1947 y que entraría en vigor el 1 de enero de 1948.

¹⁵⁴ La Costituzione (...), cit., vol. I, sesión 15 abril 1947, p. 909.

¹⁵⁵ La Costituzione (...), cit., vol. I, sesión 15 abril 1947, p. 911.

La valoración global de los preceptos constitucionales en materia penal debe destacar el carácter innovador del precepto que establecía la finalidad reeducativa de la pena. Este fue el principio que más había sufrido para ser aprobado y el que en mayor medida expresaba una voluntad de la Asamblea constituyente de reformar las instituciones del pasado. En las discusiones se había producido un enfrentamiento entre "juristas" y "políticos": frente al tradicionalismo de los primeros, los segundos expresaron una aspiración, aunque no muy bien definida, de reforma del sistema penal. Tal aspiración, sintetizada en el precepto que establecía la finalidad reeducativa de la pena, era el legado que la Constitución dejaba al debate futuro sobre la finalidad de la pena.

1.1.3. Bibliografía

1.1.3.1. Bibliografía original

- BETTIOL, Giuseppe, Il problema penale, Trieste, Scientifica triestina, 1945, pp. 106.
- " , "A proposito di diritto penale socialista", en GI, 1946, pp. 47-51.
- BONINI, Giotto, Il diritto penale secondo i principi socialisti, Milano, Bocca, 1946, pp. 156-211.
- CASALINUOVO, Aldo, "Relazione del Consiglio dell'ordine degli Avvocati di Catanzaro sulla riforma del codice di procedura penale", en AP, 1945, pp. 653-664.
- CASATI, Ettore, "Considerazione e proposte sulla riforma dei codici penali", en AP, 1945, pp. 43-56.
- DELOGU, Tullio, "L'elemento politico nel codice penale", en AP, 1945, I, pp. 161-195.
- LEONE, Giovanni, "La scienza penale nell'ultimo ventennio", en AP, 1945, pp. 23-28.
- " , "Contro la riforma del codice penale", en AP, 1945, pp. 277-283.

- NUVOLOONE, Pietro, "Il momento penale", en AP, 1945, I, pp. 269-281.
- PANNAIN, Remo, "La riforma della legislazione", AFGUC, 1942-1944, I, 16-18, pp. 17-48.
- " ", "Notizie e spunti sulla riforma dei codici penali", en AP, 1945, pp.
- " ", "L'Archivio penale", en L'Archivio penale, 1945, pp.
- RAINIERI, Silvio, "Politica e diritto penale", en CP, 1946, pp. 3-11.
- SANGIORGIO, Vito, "Riforme nel campo della legislazione penale", en CP, 1946, pp. 2-4.

1.1.3.2. Bibliografia critica

- AA.VV., "Il Codice Rocco cinquant'anni dopo", Actas del debate sobre el tema homónimo, Bologna, 16-17 Enero 1981, QC, VII, n.º 1 y 2, 1981, pp. 1-174 y 249-322.
- BOVA, Sergio, "L'elaborazione della Carta costituyente nel Comitato di redazione", en AA.VV., La fondazione della Repubblica. Dalla costituzione provvisoria alla Assemblea Costituente, Bologna, Il Mulino, pp. 305-347.
- BRICOLA, Franco, "Premesse storiche del diritto penale vigente", en Bricola, Franco, y Sgubbi, Filippo, Dispensa per il corso di Istituzioni di diritto penale. 1981-1982, Bologna, ed. de los autores, 1982, pp. 84-87.
- CHELLI, Enzo, "Il problema storico della Costituente", en AA.VV., Italia 1943-1950. La ricostruzione, ed. de S.S. Woolf, Bari, 1974, pp. 193-1254.
- FASSONE, Elvio, La pena detentiva in Italia dal '800 alla riforma penitenciaría, Bologna, Il Mulino, 1980, pp. 68-71.
- FIANDACA, Giovanni, "Il Codice Rocco e la continuità istituzionale in materia penale", en AA.VV.- 1981, "Il Codice Rocco (...)", cit., pp. 67-87.
- GALLI, Giorgio, Storia della democrazia cristiana, Bari, Laterza, 1978, pp. 37-93.
- GALLO, Ettore, "Una politica per la riforma del codice penale", en AA.VV.- 1981, "Il Codice Rocco (...)", cit., pp. 49-65.
- GAMBINO, Antonio, Storia del dopoguerra. Dalla liberazione al potere D.C., Roma-Bari, Laterza, 1975, (2ª ed. 1978), 2 vols.,

pp. IX-541.

- MARCONI, Pio, "Codice penale e regime autoritario", en AA.VV.- 1981, "Il Codice Rocco (...)", cit., pp. 129-138.

- MARINUCCI, Giorgio, "L'abbandono del codice Rocco: tra rassegnazione e utopia", en AA.VV.- 1981, "Il codice Rocco (...)", cit., pp. 297-318.

- MARRA, Realino, PAVARINI, Massimo y VILLA, Elio, "La codificazione impedita. Alcune osservazioni in tema di 'nuovo' diritto penale e funzione della pena", en AA.VV.- 1981, "Il codice Rocco (...)", cit., pp. 249-272.

- NEPPI MODONA, Guido, "Carcere e società civile", en Storia d'Italia, V-II, Documenti, Torino, Einaudi, 1973, pp. 1977-1984.

- " ", "Appunti per una storia parlamentare della riforma penitenziaria", en QC, 1976, pp. 319-328.

- " ", "Tecnicismo e scelte politiche nella riforma del codice penale", en DD, 1977, pp. 661-684.

pp. IX-541.

- MARCONI, Pio, "Codice penale e regime autoritario", in AA.VV.- 1981, "Il Codice Rocco (...)", cit., pp. 129-138.

- MARINUCCI, Giorgio, "L'abbandono del codice Rocco: tra rassegnazione e utopia", in AA.VV.- 1981, "Il codice Rocco (...)", cit., pp. 297-318.

- MARRA, Realino, PAVARINI, Massimo y VILLA, Elio, "La codificazione impedita. Alcune osservazioni in tema di 'nuovo' diritto penale e funzione della pena", in AA.VV.- 1981, "Il codice Rocco (...)", cit., pp. 249-272.

- NEPPI MODONA, Guido, "Carcere e società civile", in Storia d'Italia, V-II, Documenti, Torino, Einaudi, 1973, pp. 1977-1986.

- " ", "Appunti per una storia parlamentare della riforma penitenziaria", in QC, 1976, pp. 319-328.

- " ", "Tecnicismo e scelte politiche nella riforma del codice penale", in DD, 1977, pp. 661-684.

- " ", "Legislazione penale", in Il Mondo Contemporaneo. Storia d'Italia (ed. de Levi, Fabio, Lerra, Umberto y Tranfaglia, Nicola), 1978, II, pp. 591-

- PADOVANI, Tullio, "La sopravvivenza del Codice Rocco nell'età della decodificazione", in AA.VV.- 1981, "Il codice Rocco (...)", cit., pp. 99-98.

- PIASENZA, Paolo, "Tecnicismo giuridico e continuità dello Stato: il dibattito sulla riforma del codice penale e della legge di pubblica sicurezza", in PD, 1979, pp. 261-317.

- RAGIONIERI, Ernesto, Storia d'Italia, IV, Dall'Unità a oggi, III, La Storia politica e sociale, Torino, Einaudi, 1976, pp. 2311-2392.

- ROMANO, Mario, "Il codice Rocco e i lineamenti di una riforma del diritto penale politico", in AA.VV.- 1981, "Il codice Rocco (...)", cit., pp. 145-151.

- TADDEI, Francesca, "La costituente nella politica del P.S.I.", in AA.VV., Cultura politica e partiti nell'età della Costituente, II, L'area socialista. Il partito comunista italiano (ed. Rufilli, Roberto), Bologna, Il Mulino, 1979, pp. 18-19.

- TRANFAGLIA, Nicola, Dallo stato liberale al regime fascista. Problemi e ricerche, Milano, Feltrinelli, 1973 (3ª ed. 1976), pp. 5-152.

1.1.3.3. Otra bibliografía

- ANTOLISEI, Francesco, "Il problema del bene giuridico", en RIDP, 1939, pp. 3-36.
- BETTIOL, Giuseppe, "Bene giuridico e reato", en RIDP, 1938, pp. 3-18.
- BRICOLA, Franco, voz "Teoria generale del reato", en NDI, XIX, 1973, pp. 8-38.
- BRICOLA, Franco, "Premesse storiche del diritto vigente", cit., pp. 3-83.
- FASSONE, Elvio, La pena detentiva in Italia dal '800 alla riforma penitenziaria, Bologna, Il Mulino, 1980, pp. 9-67.
- MAGGIORE, Giuseppe, "Diritto penale totalitario nello stato totalitario", en RIDP, 1939, pp. 140-161.
- MONTI, Mauro, Scuole e indirizzi nella scienza giuridica penale durante el periodo fascista, "Tesi di laurea", "Facoltà di Giurisprudenza di Bologna", año académico 1970-1971, pp. 297.
- MUSCO, Enzo, Le misure di sicurezza detentive. Profili storici e costituzionali, Milano, Giuffrè, 1978, pp. 292.
- PADOVANI, Tullio, L'utopia punitiva. Il problema delle alternative alla detenzione nella sua dimensione storica, Milano, Giuffrè, 1981, pp. 275.
- PETROCELLI, Biagio, "Per un indirizzo italiano nella scienza del diritto penale", en RIDP, 1941, pp. 3-26.
- ROCCO, Arturo, "Le misure di sicurezza e gli altri mezzi di tutela giuridica", en RIP, 1930, pp. 1245-1283.
- " ", "Il problema e il metodo della scienza del diritto penale", en RIDPP, 1910, pp. 263-323.
- SBRICOLI, Mario, "Il diritto penale sociale, 1883-1912", en QE, 1974-1975, pp. 557-642.
- UNGARI, Paolo, Alfredo Rocco e l'ideologia giuridica del fascismo, Brescia, Morcelliana, 1963, pp. 82-83.

1.1.3.4. Legislación

1.1.3.4.1. Legislación constitucional

- La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente, ed. de Ciconetti, Stefano Maria, Cortese, Maurizio, Torcolini, Giuseppe y Traversa, Silvio, vols. I y VI, Roma, Camera dei deputati-Secretariato generale, 1970. (vol. VI: pp. 179-185 y 365-390; vol. I: pp. 674-719, 743, 898-899 y 903-911).

I.1.3.4.2. Legislación penal

- d.l.1. n.º 244, 10 Agosto 1944, en AP, 1945, I, p. 223.
- d.l.1. n.º 288, 14 Octubre 1944, en AP, 1945, I, pp. 321-323.
- d.l.1. n.º 234, 10 Mayo 1945, en AP, 1945, I, pp. 444-446.
- "Comissione ministeriale per la riforma del codice penale", "Relazione al guardasigilli sulla riforma della parte generale del codice penale", Julio 1945, en AP, 1945, I, p. 399-423.
- c. s.f., 1 semestre 1946, en RP, 1946, pp. 732-733.
- d.l. n.º 64, 2 Agosto 1946, en AP, I, pp. 513-514.

I.1.3.4.3. Legislación penitenciaria

- d.l.1. n.º 508, 21 Agosto 1945, en AP, 1946, I, pp. 92-101.

1.2. CONSTITUCION DEMOCRATICA Y PENA: LA PROGRESIVA AFIRMACION DE UNA CONCEPCION REEDUCATIVA DE LA PENA EN LA DOCTRINA PENAL (1948-1949)

1.2.1. Introducción: la reacción de la doctrina frente al retribucionismo del proyecto de Código penal de 1949 como muestra de la falta de legitimidad histórica de la concepción retributiva de la pena

1.2.1.1. Determinaciones históricas y características fundamentales del proyecto de Código penal de 1949

La situación histórica que explicaba el carácter liberalizador del proyecto de código penal de 1945 había evolucionado notablemente en los años siguientes. Ya anteriormente a la entrada en vigor de la Constitución se consumó la ruptura de los gobiernos de unidad antifascista, y de aquel mínimo espíritu unitario que permitió la elaboración de una Carta constituyente democrática y avanzada se pasó a un enfrentamiento radical entre las fuerzas políticas, que se enmarcaba en el contexto de guerra fría entre los bloques político-militares.

Las elecciones del 18 de abril de 1948 marcaron una pauta fundamental en la evolución conservadora de la situación política; la gran victoria de la democracia cristiana había sido conseguida merced a constituirse este partido en centro de agregación de las fuerzas sociales dominantes, de los trabajadores católicos y de las clases medias. Los gobiernos presididos por De Gasperi asumían una ideología occidentalista y anticomunista que les llevaba a interpretar los conflictos sociales -agudizados por una política económica de estabilización- como actividades subversivas y, consecuentemente, a adoptar frente a ellos una política rígidamente represiva.

Pero este clima de conservación no monopolizaba la acción política; en la misma democracia cristiana, la corriente izquierdista, que era la que más había influido en la elaboración de la Constitución, exigía que se llevara a término una política social reformista que estuviera en consonancia con el carácter popular con el que se presentaba el partido. Además, el grupo dirigente de la democracia cristiana, encabezado por De Gasperi, reafirmaba en su alianza con los partidos laicos, liberal, republicano y socialdemocrático, el carácter centrista del partido, distanciándose, e incluso más adelante oponiéndose con leyes de represión, al renacimiento del fascismo fomentado por el clima conservador.

En resumen, puede decirse que, si bien la vocación rupturista se había apagado, existían diversos condicionantes y empujes que impedían un retorno al pasado¹.

El proyecto de código penal, presentado en su parte general en 1949² y en su parte especial en 1950³, continuaba la directriz liberalizadora marcada por el proyecto de 1945 pero, resintiéndose del nuevo clima político, en algunos aspectos reformaba el código Rocco en modo más moderado que el proyecto de 1945.

1 Para realizar la ubicación histórica del proyecto del código penal de 1949 se valgo de: Pinanzi, "La storia repubblicana", en Ragionieri, Galli, La storia politica e sociale, cit., pp. 2461-2555; Storia della democrazia cristiana, cit., pp. 95-160 (sobre la división interna del partido) y en Xogan, Storia politica dell'Italia repubblicana, Roma-Bari, Laterza, 1982, pp. 31-84 (sobre la situación económica).

2 "Commissione ministeriale per la riforma del codice penale. Comitato esecutivo", Progetto preliminare del codice penale. Libro primo. Relazione e testo, Roma, Istituto poligrafico dello Stato, 1949.

3 "Commissione ministeriale per la riforma del codice penale. Comitato esecutivo", Progetto preliminare del codice penale. Libri secondo e terzo. Relazione e testo, Roma, Istituto poligrafico dello Stato, 1950.

De esta moderación era sintomática la nueva composición de la comisión, que había sido modificada por el ministro liberal Giuseppe Grassi y en cuyo comité ejecutivo, a quien directamente se le atribuyó la función de redactar el proyecto, destacaba la presencia de los profesores de derecho penal Vanni y Petrocelli, este último se convertirá en el verdadero inspirador del proyecto como se demostrará al asumir su defensa en la polémica originada tras su presentación pública⁴.

Esta línea moderada venía justificada al explicar la exposición de motivos del proyecto que si bien el primer criterio de reforma había sido:

(...) eliminar cualquier supervivencia de las orientaciones del régimen político pasado, haciendo al código, en todas sus partes, conforme al espíritu de la nueva Constitución⁵.

En base a lo cual se eliminaba el rigor excesivo que informaba algunos aspectos del código Rocco, por la injusta sobrevaloración del Estado respecto al individuo⁶. No obstante, añadía la exposición de motivos, esa eliminación había de hacerse:

(...) teniendo cuidado de no excederse, en la reforma, en sentido contrario, evitando así el peligro de una disminución de la eficacia del magisterio penal (...)⁷.

Efectivamente, con criterio aproximativo puede decirse que

⁴ La información sobre la composición de la comisión está en "Progetto preliminare (...). Libro primo [...]", nota 2, pp. 4-9.

⁵ "Progetto preliminare [...]. Libro primo [...]", cit., p. 10.

⁶ Ibidem.

⁷ Ibidem.

el proyecto asumía una vía intermedia entre el código Rocco y el proyecto de reforma de 1945.

Ello se apreciaba, principalmente, en el sistema sancionatorio, al modificar el régimen de la peligrosidad con un alcance mucho más limitado que el proyecto de 1945. Así, salvo en el supuesto de los delitos cometidos por los menores de catorce años⁸, no venía modificado el régimen de la peligrosidad presunta⁹, no se eliminaban las hipótesis previstas en el Código de aplicación de una medida de seguridad sin previa comisión de delito¹⁰ y tampoco se suprimían las medidas de seguridad de la colonia agrícola y de la casa de trabajo¹¹. Si seguía, no obstante, el proyecto las directrices del 1945 en la facultad otorgada al juez de verificar la subsistencia de peligrosidad antes del cumplimiento del período mínimo establecido por la ley¹² y en la prohibición de aplicar a un único sujeto diversas medidas de seguridad¹³.

En el ámbito de la pena, el proyecto asumía las directrices

8 El art. 244 c.p. establecía en su inciso 2º que en caso de que un menor cometiera un hecho previsto como delito para el que la ley prescribiera la pena perpetua o la reclusión no inferior en el mínimo a tres años, y no se tratara de un delito culposo, era obligatorio el internamiento del menor en el reformatorio por un tiempo no inferior a tres años. El proyecto suprimía este precepto. (El citado art. sería declarado inconstitucional en la sent. nº 1, de 20-I-1971).

9 "Progetto preliminare (...). Libro primo (...)", cit., art. 188.

10 "Progetto preliminare (...). Libro primo (...)", cit., arts. 19 y 92.

11 "Progetto preliminare (...). Libro primo (...)", cit., art. 200.

12 "Progetto preliminare (...). Libro primo (...)", cit., art. 191.

13 "Progetto preliminare (...). Libro primo (...)", cit., art. 192.

del proyecto de 1945, admitiendo el trabajo en el exterior desde el inicio de la condena¹⁴ y la libertad condicional para el condenado a la pena perpetua¹⁵.

Junto al principio de limitación moderada del rigor punitivo del Código, el proyecto se inspiraba, decía la exposición de motivos, en el principio de la retribución moral, otorgando más relevancia a los criterios del dolo y la culpa para la determinación de la responsabilidad; ambos principios daban sentido a las reformas que se citan a continuación.

Entre otras, destacaban: la moderación del criterio de la equivalencia de las condiciones seguido por el Código en tema de causalidad (arts. 40 y 41), obligando a la disminución de pena en el supuesto de que las causas preexistentes fueran desconocidas al culpable o las sobrevenidas fueran independientes de su acción u omisión¹⁶; la supresión de la responsabilidad objetiva por hecho ajeno del director en los delitos cometidos por medio de imprenta (que establecía el art. 57 c.p.) en el caso de que por fuerza mayor o por caso fortuito no le hubiera sido posible impedir la publicación¹⁷; la inclusión del requisito del conocimiento, salvo excepciones,

14 "Progetto preliminare (...), Libro primo (...)", cit., art. 102.

15 "Progetto preliminare (...), Libro primo (...)", cit., art. 152.

16 "Progetto preliminare (...), Libro primo (...)", cit., arts. 20-21. Al igual que el proyecto del '45, facultaba al juez para disminuir la pena cuando la omisión de quien tenía la obligación de impedir el resultado no fuera su causa material.

17 "Progetto preliminare (...), Libro primo (...)", cit., art. 24.

para la apreciación de las circunstancias agravantes¹⁸; la atenuación de la pena en los supuestos de delitos cometidos en estado de embriaguez, cuando ella no fuera habitual ni hubiera sido producida con el propósito de delinquir¹⁹; la prescripción de que el partícipe respondiera sólo en caso de culpa, y no objetivamente (art. 116 c.p.), cuando el delito cometido fuera distinto del cometido²⁰.

Llevaban también a una limitación del rigor punitivo del código: la modificación del régimen del concurso de personas, adecuando la pena al grado de participación²¹; la sustitución, en el régimen de la comunicabilidad de las circunstancias, del criterio objetivista previsto por el Código para la aplicación de las circunstancias objetivas agravantes por un criterio subjetivista y estableciendo respecto de las circunstancias agravantes subjetivas, no inherentes a la persona del culpable, el criterio de que ellas afectarían sólo a quienes las conocieran²², y la modificación del régimen de participación de

18 "Progetto preliminare (...). Libro primo (...)", cit., art. 38. Las excepciones afectaban a las circunstancias agravantes inherentes a la persona del culpable o las que hicieran relación a la edad o a otras condiciones físicas o psíquicas de la persona ofendida. El código establecía en su art. 59 que las circunstancias que agravan, atenúan o excluyen la responsabilidad son valoradas en contra o a favor del agente a pesar de que le sean desconocidas o que por error las considere inexistentes.

19 "Progetto preliminare (...). Libro primo (...)", cit., arts. 74-80.

20 "Progetto preliminare (...). Libro primo (...)", cit., art. 93. Y se prescribía una disminución de pena.

21 "Progetto preliminare (...). Libro primo (...)", cit., art. 88.

22 "Progetto preliminare (...). Libro primo (...)", cit., art. 95. La regulación del c.p. está en el art. 118.

extrños en delitos propios, exigiendo para su responsabilidad el requisito del consentimiento²³.

Destacaba también la nueva regulación del concurso de delitos, con criterio más restringido que el proyecto de 1945, pues para el real se prescribía un sistema de acumulación material y para el ideal de acumulación jurídica²⁴. Si había continuidad entre los proyectos del 45 y del 49 en la definición de la tentativa como actos idóneos de ejecución del delito²⁵.

De las nuevas condiciones históricas en las que nacía el proyecto, y concretamente de la política de orden público asumida por el gobierno, era expresión el mantenimiento de la causa de justificación del uso legítimo de las armas por parte del funcionario público sin someterse a la limitación del proyecto del 1945 que subordinaba su aplicación a que la resistencia del particular tuviera carácter armado²⁶.

La parte especial del proyecto²⁷ se distanciaba del código Rocco por una general disminución de las penas y, especialmente, por la supresión de aquellos institutos y delitos que en las discusiones producidas tras la caída del

23 "Progetto preliminare (...). Libro primo (...)", cit., art. 94.

24 "Progetto preliminare (...). Libro primo (...)", cit., art. 51.

25 "Progetto preliminare (...). Libro primo (...)", cit., art. 31.

26 "Progetto preliminare (...). Libro primo (...)", cit., art. 35.

27 "Progetto preliminare (...). Libro primo (...)", cit.

fascismo se habían considerado como propios del régimen fascista.

En este sentido en el título relativo a los delitos contra la personalidad del Estado (título I, libro II, proyecto) venían suprimidos los delitos de actividad antinacional del ciudadano en el exterior (art. 269 c.p.), asociación subversiva (art. 270 c.p.), asociación antinacional (art. 271 c.p.), propaganda y apología subversiva o antinacional (art. 272 c.p.), constitución ilícita de asociación con carácter internacional (art. 273 c.p.) y participación ilícita en asociación con carácter internacional (art. 274 c.p.).

Aunque, como destaca Pisanza, existía en el proyecto una tendencia a la compensación puesto que se preveían nuevas hipótesis delictivas, tales como la asociación antirepublicana y antidemocrática (art. 273 proyecto), propaganda y apología antirepublicana y antidemocrática (art. 274 proyecto) y asociación de carácter militar con fines políticos (art. 279 proyecto), que, en especial esta última, haciéndose intérpretes del momento de defensa rigida del orden público por el que atravesaba, permitían reprimir actividades de los partidos de izquierda²⁸.

La influencia de la nueva Constitución en el proyecto se expresaba principalmente en la creación de un nuevo título llamado "De los delitos contra las libertades constitucionales"

²⁸ Pisanza, "Tecnicismo giuridico e continuità dello stato: il dibattito sulla riforma del codice penale e della legge di pubblica sicurezza", en PD, 1979, p. 313. Durante los años inmediatamente posteriores a la aprobación de la Constitución y ante la dureza de la represión por parte de las fuerzas de orden público, el partido comunista adoptó una estrategia organizativa del carácter defensivo apta a impedir el desmembramiento del partido. Al respecto: Pisanza, op. cit., pp. 2509-2511.

(título II, libro II proyecto) en el cual venían protegidos penalmente los derechos fundamentales del ciudadano afirmados en el título primero de la Constitución. En este sentido, se introducían dos nuevos capítulos que regulaban los delitos del funcionario público contra la libertad personal, de domicilio y de correspondencia (caps. I y IV, título II, libro II proyecto), se protegían los derechos de expresión, reunión y asociación (caps. II y III, título II, libro II proyecto), de libertad religiosa -tutelando la "libertad religiosa" y dando un trato preferente a la religión católica sólo mediante una agravante el proyecto se distanciaba en sentido liberal de la política de conquista de la sociedad impulsada en estos años por la democracia cristiana²⁹- (cap. IV, título II, libro II proyecto), la igualdad de los ciudadanos (cap. IV, título II, libro II proyecto) y la libertad de ejercicio de los derechos electorales (cap. VII, título II, libro II proyecto).

Igualmente, de acuerdo a los principios de libertad de las relaciones de trabajo plasmados por la Constitución se suprimían los delitos de huelga y el cierre patronal.

Por último, en esta perspectiva de modificar ciertos institutos considerados como innovaciones propias del régimen fascista, el proyecto acogía las modificaciones operadas al código en la reforma de 1944, es decir, la reintroducción de la eximente de la reacción del particular a los actos arbitrarios del funcionario público (art. 375) así como la admisión de la exceptio veritatis en el capítulo de los delitos contra el

²⁹ Al respecto: Finanzi, op. cit., *passim* (v.g. pp. 2500-2503). Según Piasenza el carácter laico del proyecto era suficiente motivo para que no fuera aprobado (op. cit., p. 315).

honor cuando el sujeto punitivo fuera un funcionario público (art. 614).

1.2.1.2. El contribucionismo del proyecto.

El proyecto de 1937, además de por esta moderada liberalización, se caracterizaba por realizar una nueva conceptualización de los presupuestos en los que se basaba la intervención punitiva en el código Rocco.

Este código puede ser calificado de ecléctico en la medida en que se distancia tanto de los postulados del clasicismo como de aquellos del positivismo. Expresión fundamental de ello es su artículo 133 que establece como criterios de determinación de la pena por parte del juez la gravedad del delito y la capacidad de delinquir del culpable³⁰; con lo cual aquella ardua discusión entre clásicos y positivistas sobre el libre albedrío y el determinismo, como criterios opuestos de fundamentación de la intervención punitiva, venía zanjada en el código compatibilizando ambos criterios en la determinación de la pena.

La paternidad cultural del código es, en este aspecto, atribuible a aquella evolución del pensamiento clásico que había profundizado el concepto de culpabilidad introduciendo en

³⁰ El art. 133 establece: "En el ejercicio de su poder discrecional indicado en el artículo precedente, el juez deberá tener en cuenta la gravedad del delito deducida: 1) de la naturaleza, de la especie, de los medios, del objeto, del tiempo, del lugar y de cualquier otra modalidad de la acción; 2) de la gravedad del daño o del peligro ocasionado a la persona ofendida por el delito; 3) de la intensidad del dolo o del grado de la culpa. El juez deberá tener también en cuenta la capacidad de delinquir del culpable deducida: 1) de los motivos a delinquir y del carácter del reo; 2) de los precedentes penales y judiciales y, en general, de la conducta y de la vida del reo antecedentes al delito; 3) de la conducta contemporánea y subsiguiente al delito; 4) de las condiciones de vida individuales, familiares y sociales del reo". Sobre este art. v. infra 1.1 (nota 16).

al elemento referible a la personalidad del sujeto. En Italia esta evolución había sido llevada a término por la "Terza scuola", uno de cuyos artífices, Carnevale, admitiendo la causalidad social en el delito, consideraba, no obstante, que el individuo tenía capacidad de definir aspectos de su propia conducta y, por tanto, cuando se demostrara en el juicio que el acto hubiera podido frenar su impulso al delito debería venir afirmada su responsabilidad moral³¹.

El fruto más inmediato de esta concepción se encuentra en que tanto las penas como las medidas de seguridad deben ser determinadas por el juez, a excepción de cuando estas últimas se aplican como resultado de una presunción de peligrosidad, en atención a los criterios indicados en el art. 133.

El problema que planteaba el código, al que intentará dar solución el proyecto de 1949, es que en ciertos supuestos sugiera este eclecticismo fundamentando la intervención punitiva en criterios que, aún aceptando la evolución que se había producido con la "Terza scuola", son ajenos al criterio de responsabilidad moral. Ejemplos de ello son los institutos de la responsabilidad objetiva en los delitos de prensa y el tratamiento de la embriaguez, que habían sido modificados por el proyecto exigiendo que el presupuesto de la responsabilidad fuera la existencia de dolo o culpa.

Por lo tanto en mayor medida se demostraba esta voluntad de

³¹ Sobre la evolución del pensamiento clásico hacia la integración entre culpabilidad y peligrosidad y sobre su afirmación en Italia se baso, respectivamente, en: Musco, Le misure di sicurezza. Profili storici e costituzionali, Milano, Giuffrè, 1978, pp. 62-66 y 100 y en Bricola, "Premesse storiche al diritto penale vigente", en Bricola/Sgubbi, Dispensa per il corso di istituzioni di diritto penale, 1981-1982, Bologna, ed. de los autores, 1982, pp. 41-51.

En el Código en la idea de responsabilidad moral era en la modificación del artículo 117. Luego, de los criterios de determinación de la pena, el delito, de la gravedad del delito y de la capacidad de culpabilidad, el art. 119 del proyecto mantenía inalterado el primero para sustituir el segundo por la expresión "personalidad del culpable". Esta reforma parecía dirigida, por una parte, a afirmar que en las condiciones personales tenidas en cuenta en la determinación de la pena no existía un determinismo que excluyera la libertad y, segunda, a evitar, como es posible según el art. 173 del código, que las condiciones que suponen una mayor determinación del sujeto al delito fueran tenidas en cuenta, en todo caso, para aumentar la pena.

En la misma línea debe ser ubicada la sustitución efectuada por el art. 187 del proyecto de la expresión "delincuente por tendencia" -tipología prevista para el individuo que comete un delito contra la vida o la integridad personal que sea muestra de una especial inclinación al delito (art. 108 c.p.)- por la de "particular maldad en el delito", afirmándose en la exposición de motivos del proyecto que con esta innovación se trataba de depurar de cualquier ambigüedad este instituto, excluyendo de él aquellos supuestos en que la posibilidad de una recaída en el delito dependiera de una predisposición o "tendencia" originaria de la naturaleza del individuo³². En la argumentación sobre esta sustitución, la exposición de motivos explicaba el concepto de responsabilidad a partir del cual se

³² "Progetto preliminare I.c.c.P. libro primo (...)", cit., punto 188.

reconceptuaba el código:

(...) malvado puede ser calificado el individuo que, teniendo una suficiente conciencia del valor moral de los hechos humanos, supiera voluntariamente este valor, quizás con disgusto, para satisfacer el instinto que lo mueve al delito (...) la maldad a la que hace referencia el art. 133 del proyecto no puede venir separada de esta capacidad suficiente de valoración moral de los hechos humanos (...) Si por capacidad moral debe entenderse capacidad de sentir moralmente, capacidad de asumir y sentir como propio el sentimiento de reproche moral por el hecho delictivo, debe concluirse que tal capacidad no es ni puede ser necesaria; pero, lo deviene, en cambio, si por capacidad moral debe entenderse, en sentido diverso y más limitado, capacidad intelectual de valoración de la inmoralidad del hecho, capacidad de percibir el reproche del que él es objeto por parte de la conciencia social: sin lo cual no sería concebible ni siquiera la rescisión de tal conciencia hacia el autor del hecho, y serían aberrantes las penas mayores que la ley establece para la acción malvada³³.

La operación que realizaba el proyecto para reconceptuar el código utilizaba, a mi entender, como inspiración cultural una concepción normativa de la culpabilidad que permitía mantener tanto el art. 133 como criterio de determinación de la pena, pues de acuerdo a esta teoría las circunstancias de la formación de la personalidad debían ser tenidas en cuenta en el juicio de culpabilidad, como las medidas de seguridad para los imputables, las cuales asumiendo una concepción rígida de retribución moral resultan difícilmente admisibles³⁴.

Fijado el nuevo concepto de responsabilidad, éste desarrollaba sus consecuencias modificando otros preceptos del

³³ "Progetto preliminare (...). Libro primo (...)", cit., punto 169.

³⁴ Es significativo que en un artículo publicado poco tiempo antes de la presentación del proyecto ("La concezione della colpevolezza", en RIDP, 1948, pp.21-) Petrocelli criticara la teoría normativa de la culpabilidad en base no a sus presupuestos sino por no considerarla una innovación respecto a la teoría clásica. Al respecto de esta polémica y sobre su trascendencia en el código Rocco me valgo fundamentalmente de Padovani, "Appunti sull'evoluzione del concetto di colpevolezza", en RIDPP, 1973, pp. 555-569.

código. Así, los institutos del perdón judicial (art. 169 c.p.)³⁵, de la suspensión condicional de la pena (arts. 163-168 c.p.) que, al establecer, junto a los presupuestos objetivos de su concesión (delito cometido por menor de 18 años en el primer instituto y período máximo de condena en el segundo), como único presupuesto subjetivo la previsión por parte del juez de que el culpable se abstendrá de cometer nuevos delitos, responden, entre los límites retributivos de sus parámetros objetivos, a un fundamento de peligrosidad, cuya ausencia es el presupuesto para la concesión de los beneficios, venían modificados previendo como presupuestos subjetivos de su concesión no solo la presunción de no peligrosidad sino además el merecimiento del beneficio.

Con estas palabras justificaba el proyecto la innovación en relación al perdón judicial³⁶:

Se ha querido en tal modo precisar mejor los límites más amplios en los cuales debe ser formulado el juicio, sobre la base de los elementos individualizados en el art. 119. Este juicio no debe ser de mera presunción relativamente a la comisión de un nuevo delito por parte del culpable sino debe ser también, y principalmente, una valoración hecha, siempre en base a los elementos enunciados en el referido art. 119, sobre el punto específico de que el menor merezca el perdón³⁷.

Las modificaciones en estos institutos eran significativas de que esta operación de reconceptualización del código estaba destinada a asumir con coherencia una concepción retributiva de la pena que, efectivamente, venía afirmada en el art. 140 del

³⁵ Siendo semejante la justificación realizada por la relación al proyecto para la idéntica innovación relativa al instituto de la suspensión condicional de pena: Commissione ministeriale..., Progetto preliminare (...), Libro primo (...), cit., punto 105,.

³⁶ "Progetto preliminare (...), Libro primo (...)", cit., punto 57.

proyecto, que abría el capítulo de la ejecución de la pena:

Entre los límites de la función punitiva, y para realizar completamente las finalidades morales y sociales, la pena debe tender a la reeducación del culpable. La ejecución de las penas privativas de libertad no puede consistir en tratamientos contrarios al sentido de humanidad y debe inspirarse en los principios del trabajo y de la instrucción.

La expresión de motivos al proyecto no ignoraba la vigencia del Texto constitucional, que venía interpretado en los siguientes términos:

El art. 140 (...) se inspira en el art. 37, inciso 3º de la Constitución (...). Se trata de la reafirmación de un principio que informa siempre la concepción de la pena moderna y civil. La pena no sólo no excluye sino que, entre los límites contenidos por la naturaleza de la pena acoge el principio de la reeducación del reo. No lo excluye porque superada en la conciencia de los pueblos modernos la idea de una pena inspirada en criterios inhumanos y brutales de represión, la función punitiva, como reacción al delito y restauración del derecho, encuentra en la pena privativa de libertad, merced a la privación del bien supremo de la libertad y merced a la sustracción al individuo de las relaciones de la vida civil, una adecuada y suficiente realización, no disminuida ni comprometida por una función reeducativa rectamente entendida. La acoge, porque la pena tanto mejor podrá cumplir su finalidad esencial cuanto más el espíritu del reo haya sido elevado para comprender el alto significado moral y civil de la pena³⁷.

1.2.1.3. La reacción en defensa de una finalidad reeducativa de la pena por parte de un sector de la doctrina penal (Delitala)

El proceso de discusión del proyecto se abrió con el tradicional envío a los colegios profesionales, a las Universidades y a la Magistratura para que dieran su parecer. La coherencia del proyecto respecto a unos principios, en especial en la concepción de la pena, obligaba a la doctrina a pronunciarse netamente sobre ellos, siendo así que el debate

37 "Progetto preliminare (...). Libro primo (...)", cit., punto 169.

ocasionado proporciona una buena muestra tanto del panorama doctrinal de aquel entonces como de las perspectivas que se abrieron para la discusión sobre la finalidad de la pena en el futuro de la Italia republicana.

Si debiera darse una respuesta global sobre el acogimiento que recibió el proyecto habría que decir que fue muy negativo, pero los diversos autores llegaban a tal valoración a partir de premisas en buena parte distintas.

Un primer tipo de juicio negativo, debido a la pluma de Pannain, que continuaba en su línea de defensa técnica del código Rocco, consideraba que los principios que informaban el proyecto, y en especial su concepción de la responsabilidad, eran de carácter híbrido y llevaban a una carencia de racionalidad en los diversos institutos³⁸.

El proyecto fue también criticado por quien, defendiendo al código Rocco, consideraba que las modificaciones operadas por él, como la disminución de las penas, la nueva disciplina del concurso, la ampliación del ámbito de la suspensión condicional, la admisión de la libertad condicional para los condenados a la pena perpetua y, en general, todos aquellos institutos que disminuían el rigor del código debían ser rechazados³⁹, por cuanto, decía Guarnieri:

En verdad, debe considerarse que una cosa es un orden democrático del Estado y otra bien distinta es una indiscriminada piedad para los criminales o filocriminalismo, que debe llevar a resultados

³⁸ Pannain, "Osservazioni sul progetto preliminare del codice penale", en AP, 1950, I, pp. 318-330 y 374-379.

³⁹ Guarnieri, "Osservazione sul progetto preliminare del codice penale", en SP, 1950, pp. 242-259.

desastrosos⁴⁰.

Frente la oposición más frontal al proyecto procedió de un representante de la Escuela positiva, Grispigni, con un artículo cuyo título: "Retraceso de un siglo en la legislación penal"⁴¹ era ya significativo de la estrategia asumida por el autor para criticar al proyecto. Esta consistía, primero, en atribuirle la voluntad de revisar el código en base a la idea de retribución moral:

(...) el proyecto, en el acto en que declara aceptar el mandato de la Constitución lo viola en modo clamoroso y macroscópico, porque propone un art. 140 en que se dice: "Entre los límites de la función punitiva y para realizar completamente las finalidades morales y sociales, la pena debe tender a la reeducación del culpable". No es necesario ser un profundo conocedor de la técnica jurídica para comprender el significado y el alcance de tal artículo: con él (se afirma...) que ante todo y esencialmente se debe castigar (en el sentido de retribuir moralmente) y sólo en el ámbito de tal función primordial se procederá a la reeducación⁴².

Arguía, en segundo lugar, que un sistema basado en la retribución moral necesariamente debía considerar la peligrosidad para disminuir la culpabilidad:

(...) o la pena ha castigado la culpa moral, en toda la responsabilidad en la comisión del delito, y entonces no existe lugar para la medida de seguridad; o se considera también deber aplicar una medida de seguridad, y entonces se debe disminuir la pena, porque ello significa que otras causas -además de la culpa moral- habían influido en la determinación criminal, siendo

40 Guarnier, op. cit., p. 244.

41 Grispigni, "Ritorno di un secolo nella legislazione penale. (Il progetto preliminare di un nuovo codice penale)", en SP, 1949, pp. 329-363.

42 Grispigni, "Ritorno (...)", cit., p. 331, el subrayado es del autor.

todavía activos para constituir la peligrosidad⁴³.

Consideraba, en tercer lugar, que el código estaba basado en la idea de defensa, de ahí que pudiera compatibilizar pena y medida de seguridad:

(...) en el código Rocco la pena tiene función esencialmente defensiva y por tanto puede aplicarse tanto si el delito es atribuible a la culpabilidad moral del sujeto como si lo es a causas remotas y no culpables a condición, naturalmente, de que no se trate de inimputables, en cuyo caso las penas constituirían un modo de defensa inidóneo y por ello aberrante⁴⁴.

Por último, y como conclusión, presentaba las contradicciones del proyecto que basándose en la idea de retribución moral asumía el sistema de doble vía sin que la peligrosidad disminuyera la culpabilidad:

Pero la disposición en que se renuncia completamente a la "imputabilidad moral" es en la de embriaguez habitual, para la cual no sólo se conceden disminuciones sino que la pena viene aumentada. Es evidente, en efecto, que si la culpabilidad consiste en embriagarse, el hecho de la habitualidad no hace que sea imputable en el momento del delito quien no tiene capacidad de entender y de querer a causa de la embriaguez⁴⁵.

En verdad, la actitud crítica de Grispiñi no estaba tan motivada por las contradicciones en las que incurriría el proyecto, en lo cual el autor mostraba una escasa voluntad de comprenderlo, como pondrá en evidencia la réplica de Petrocelli⁴⁶, cuanto en un rechazo a la reconceptualización que

43 Grispiñi, "Ritorno (...)", *cit.*, p. 341.

44 Grispiñi, "Ritorno (...)", *cit.*, p. 350.

45 Grispiñi, "Ritorno (...)", *cit.*, p. 355.

46 Petrocelli, "Retribuzione e difesa nel progetto di codice penale del 1949", en *RIOP*, 1950, pp. 573-623. En donde el autor exponía la coherencia del proyecto respecto al concepto de responsabilidad que asumía y esclarecía, a mi entender, que la reconceptualización del código se había realizado merced a una

éste operaba en el código, que lo alejaba de los principios de la Escuela positiva.

Grispigni planteaba las concepciones de esta Escuela, pero su contribución denotaba una peculiaridad importante, pues su propuesta, implícita, de que la peligrosidad pasara a ocupar el centro del sistema punitivo, orientando la reforma del código Rocco, venía vinculada por el autor al nuevo orden político plasmado en la Constitución, de ello era expresión el que esta reforma no fuera propugnada exclusivamente en nombre de la defensa social sino también en atención a la finalidad reeducativa de la pena plasmada en la Constitución.

En la línea de la intervención de Grispigni estaban las de otros autores adversos a las concepciones retributivas. En este sentido, Vassalli argumentaba que la ciencia psiquiátrica había demostrado la necesidad de que los semi-enfermos de mente fueran sometidos a un tratamiento que tuviera carácter curativo, en base a lo cual criticaba al proyecto por no haber adoptado para estos supuestos una medida única que realizara la finalidad de prevención especial⁴⁷.

Con el mismo radicalismo de Grispigni, Antolisei reprochaba al proyecto no haber tenido en cuenta el movimiento de reforma tendente a la superación de la distinción entre penas y medidas de seguridad⁴⁸:

concepción normativa de la culpabilidad (en especial nota 64, pp. 617-618).

47 Vassalli, "Sul trattamento penale e penitenziario del delinquente semi-infermo di mente e sulla necessità di una riforma del codice vigente", en SP, 1950, I, pp. 140-145.

48 Antolisei, "Il progetto preliminare del codice penale", en SP, 1950, p.380.

Se ha generalizado un espíritu nuevo de la concepción de la función punitiva, en la cual la idea de retribución, si no ha sido abandonada, ha pasado a una segunda línea, para dar una importancia preponderante al principio de la enmienda, es decir, al gran ideal de la redención del culpable⁴⁹.

Y constatando que esta tendencia venía afirmada en la Constitución lanzó al proyecto la acusación de inconstitucional⁵⁰.

Aún cuando no deba desconsiderarse la importancia cultural de las críticas de estos autores lo que me parece característico del momento es que a ellas se una la de representantes de la doctrina penal de orientación católica. A este respecto es importante el segundo convenio de la Unión de juristas católicos italianos⁵¹, el cual trataba, en la jornada dedicada a la reforma penal, de las relaciones entre retribución y prevención, teniendo como ponente al prestigioso penalista Giacomo Delitala.

El autor comenzaba su exposición -y siguió detalladamente su ponencia dada la trascendencia que ella tendrá en el debate posterior- planteándose la pregunta clásica del debate penal:

«Fin de la pena es la retribución o la prevención»
«Finitur quia peccatum o punitur ne peccetur»⁵²

Y daba la siguiente respuesta:

49 Ibidem.

50 Antolisei, "Il progetto preliminare (...)", cit., p. 385.

51 AA.VV., "Atti del secondo convegno nazionale di studio dell'USCI (Unione Giuristi Cattolici Italiani), Roma, 30 ottobre-1 novembre 1950, en Iustitia, 1950, pp. 93-120.

52 Delitala, "Riforma della legge penale", en Iustitia, 1950, pp. 94-97.

Por grandes que sean estas divergencias la reagrupación de las diversas teorías bajo aquellas dos insignias es perfectamente correcta: las doctrinas que asumen el principio retributivo apelan a la necesidad de justicia; las que proponen el principio preventivo a la utilidad. Pero si el derecho debe ser justo y útil a la vez, deriva que una u otra desde este punto de vista tanto una como la otra concepción resultan falaces porque toman sólo una parte de la verdad: el quia peccatum y el ne peccetur no representan dos necesidades opuestas e inconciliables, sino que la una es la esencia y la otra es el fin de la sanción punitiva⁵³.

Argumentaba el autor que una concepción exasperada de la retribución implicaba que la justicia de los hombres asumía funciones de justicia divina⁵⁴ y añadía:

Decir que la pena se justifica por sí misma (...) y que la retribución se sustancia en la aflicción que constituiría su carácter fundamental, equivale entre otras cosas a negar el perdón y a desconocer que el delito, en cuanto hecho espiritual, sólo puede encontrar represión en otro hecho espiritual: el arrepentimiento⁵⁵.

Defendía la presencia en el código penal de institutos como el perdón judicial o la suspensión condicional de la pena, que consideraba opuestos a la concepción exasperada de la retribución, en atención a la necesidad de evitar que, verbigracia en el supuesto del perdón judicial, la pena ejercitara influencias negativas sobre la personalidad del menor⁵⁶.

Criticaba la posición de aquellos autores retribucionistas

⁵³ Delitala, "Riforma (...)", cit., p. 94.

⁵⁴ Ibidem.

⁵⁵ Ibidem.

⁵⁶ Ibidem.

que mantenían como finalidad de la pena la reintegración del orden jurídico añadiendo que en la ejecución ella pudiera cumplir una función de enmienda, pues consideraba que ella era una argumentación sofista:

(...) si pongo la norma en función de un fin, cuando lo reafirmo debo reafirmarla para el mismo fin (...)»⁵⁷.

Proponía, en cambio, como finalidad de la pena en sus diversos momentos una concepción destinada a tener fortuna en el debate posterior:

A fin de entender la única distinción admisible entre los dos momentos es aquella que deriva de su naturaleza intrínseca: en el momento legislativo la norma, dirigiéndose a todos los ciudadanos, mira a la prevención general, en el ejecutivo, dirigiéndose al individuo, a la prevención especial. Los dos momentos están entre ellos íntimamente coordinados; lo cual requiere que la pena aún cuando tienda a la recuperación social del reo deba conservar el carácter de aflicción que le es propio, por cuanto si se le priva de este carácter, cesando de representar un castigo, no sería idónea para la función de prevención general»⁵⁸.

Ubicados los límites, consideraba que debía darse reconocimiento a las necesidades de prevención especial, admitiendo que en ello, a pesar de las diferencias que consideraba que separaban a católicos y positivistas en relación a la responsabilidad del hombre, debía atribuirse el mérito a los autores positivistas»⁵⁹. Estas nuevas orientaciones debían llevar, según el autor, a una concepción de la culpabilidad en que:

⁵⁷ Ibidem.

⁵⁸ Ibidem.

⁵⁹ Ibidem.

(...) la indagación sobre la culpa no puede limitarse a la constatación de que el acto realizado por el sujeto era presidido por la voluntad, sino que debe examinar sus raíces hasta establecer la génesis de la voluntad y el significado moral de la deliberación volitiva, a la luz de toda la personalidad del sujeto. Se inicia así, ya en la fase de la aplicación, aquella individualización de la sanción, a la que debería tender en modo particular la fase ejecutiva si, como hemos dicho, esta fase tiene por fin particular la prevención especial⁶⁰.

Una vez establecido que la fase de ejecución de la pena debía tener como finalidad la prevención especial, Delitala lanzaba otra consigna que también estaba destinada a tener fortuna en el debate futuro sobre la finalidad de la pena:

El problema penitenciario se convierte por tanto en el problema central de cualquier reforma penal⁶¹.

El autor concluía su intervención sobre esta materia propugnando que se procediera a una reforma del código sustituyendo el sistema dualista previsto para los sujetos imputables y semi-imputables considerados peligrosos, pues en estos supuestos, decía Delitala, la demostrada incapacidad de la pena de producir algún efecto de utilidad debía llevar a recurrir únicamente a medidas de seguridad con carácter indeterminado orientadas a la reeducación⁶².

En las discusiones habidas en el convenio algún participante, como Ciampa, se opuso a la tesis de Delitala al entender que la finalidad de la pena acorde a un punto de vista

60 Delitala, "Riforma (...)", cit., p. 95.

61 Ibidem.

62 Delitala, "Riforma (...)", cit., p. 96.

católico era la retribución⁶³. La respondería Carnelutti, relevante personalidad del mundo jurídico católico, que en los años posteriores a la segunda guerra mundial había sostenido en diversos escritos que el fundamento de la justicia penal, desde un punto de vista católico, debía ser la caridad y que, por tanto, la pena debía ser ejecutada como un acto de amor⁶⁴ reafirmando que no se podía contraponer represión y prevención:

La función penitencial se ejercita hacia el pasado, la función preventiva se proyecta hacia el futuro. Yo no excluyo con ello que la pena tenga una y otra función: estoy de acuerdo con Delitala en que se trata del derecho y del revés de una misma medalla. El revés es la prevención, el derecho es la represión, pero la represión se realiza en cuanto sirva o al menos tienda a conseguir la penitencia⁶⁵.

Esta fue la respuesta que desde diversos sectores doctrinales

⁶³ Ciampa, "Intervención" en AA.VV., "Atti del secondo convegno di studio dell'UGCI", cit., p. 97.

⁶⁴ En 1945 Carnelutti (en: Il problema della pena, Roma, Tumminelli, (2ª ed. 1945) había mantenido esta compatibilización entre represión y prevención pues consideraba que las funciones de la pena eran la retribución, a la que también se refería con los conceptos de restauración del orden violado y de represión, y el arrepentimiento del reo, que debía ser conseguido mediante el sufrimiento y la asistencia moral basada en el amor (pp. 44-47). En un artículo posterior ("La lotta del diritto contro il male", en Il foro italiano, 1944-1946, pp. 1-15) Carnelutti enfatizaba esta función de arrepentimiento que debería guiar el tratamiento del reo (p. 10) y llegaba a considerar que la pena debía ser un acto de amor:

En la lucha contra el delito es fácil conquistar la victoria, a condición de que los hombres escuchen las grandes palabras del Maestro: ¡Amad como yo os he amado! (p. 15)

Otro autor católico que en una posición menos mística que la de Carnelutti se oponía a que la pena consistiera en un mal era Giorgio Del Vecchio ("Sul fondamento della giustizia penale", en AP, 1945, I, 1) quien no aceptaba el imperativo categórico kantiano:

1... Al malum actionis, constituido por el delito, debe oponerse como necesidad de justicia no tanto un malum passionis, según la antigua fórmula, cuanto un bonum actionis (...) (pp. 95-96).

Ante la realización de un mal -decía el autor- lo decisivo es hacer sentir al culpable la necesidad de rehabilitarse, lo cual llegará mediante el arrepentimiento del reo y la reparación del daño, finalidades que consideraba difícilmente conseguibles en la cárcel (*passim*). La posición de Del Vecchio era de notable modernidad por lo que, en términos actuales llamaríamos su propuesta despenalizadora. La cual viene desarrollada en un artículo posterior ("Nota sul risarcimento del danno in relazione alla pena", en AA.VV., Studi in onore di Francesco Carnelutti, vol. I, Padova, Cedam, 1950, pp. 335-344) en donde propone una sustitución de la pena por otros institutos que consintieran, efectivamente, un resarcimiento del daño por parte del reo (p. 339). La concepción de Del Vecchio no tuvo ningún seguimiento en la doctrina penal de entonces.

⁶⁵ Carnelutti, "Intervención", en AA.VV., "Atti del secondo convegno di studio dell'UGCI", cit., p. 98.

muy representativos recibían el proyecto de código penal de 1949. Salvo por parte de su principal artífice, Biagio Petrucelli, que se empeñó en diversos artículos en defenderlo⁶⁶, y de alguna otra intervención favorable, como la de Leone⁶⁷, el proyecto no encontró el apoyo de la doctrina, aunque dado que éste fuera el motivo principal por el que no fue aprobado. Seguía siendo cierto que la reforma integral del código no era solicitada por ninguna fuerza social o cultural; todo contribuía a que el proyecto quedara depositado en los archivos del Ministerio de Justicia.

Pero el significado importante que, a mi parecer, tenía el debate originado en torno al proyecto de 1949 consistía en que una parte de la doctrina penal se había enfrentado vivamente contra un proyecto calificado de retribucionista en nombre de una finalidad reeducativa de la pena. Para interrogarse sobre las razones de fondo de que esta concepción se planteara en aquel momento y se consolidara en el sucesivo desarrollo doctrinal, es conveniente hacer un pequeño examen del panorama doctrinal sobre la finalidad de la pena al que se asistía en

66 En la respuesta que Petrucelli daba a sus críticos ("Retribuzione e difesa nel progetto del codice penale del 1949", *cit.*) rechazaba la acusación de inconstitucionalidad del proyecto mediante una interpretación del tercer inciso del art. 27 de la Constitución que era paradigmática de la interpretación dada a este precepto constitucional por la doctrina penal de orientación retributiva:

El buen sentido más elemental basta para entender que si la Constitución se preocupa de advertir que las penas no pueden consistir en tratamientos contrarios al sentido de humanidad, ello es porque las penas deben ser penas (...) Pero la Constitución en el art. 27 ha querido disciplinar no un instituto de reeducación, sino la pena, la verdadera pena con su lógico y natural contenido de aflicción. Y dado que, a causa de este ineliminable contenido, las penas han podido en el pasado trascender en institutos contrarios al sentido de humanidad, la Constitución ha advertido que esto, en el ordenamiento italiano, no deberá suceder; que se deberá tender (es decir, no realizar necesariamente, sino hacer lo posible por realizar) a la reeducación del condenado. (p. 593, el subrayado es del autor).

67 Leone, "Sulla riforma del primo libro del codice penale", en *RIOP*, 1950, pp. 182-200.

aquellos años.

Un primer sector puede ubicarse en torno a la filosofía punitiva que fundamentaba el proyecto de 1949. Petrocelli era uno de los principales representantes de la concepción retributiva de la pena. En 1952 publicaría un artículo⁶⁸ en el que se defendía de la acusación de retribucionista esgrimida que indirectamente le había atribuido Delitala. Arguía que en la lógica del principio retributivo entraba la consideración de la personalidad del agente, así como el principio de la clemencia, del cual serían expresión los institutos del perdón judicial y de la suspensión condicional de la pena⁶⁹. Pero criticaba, no obstante, la teoría de la enmienda en atención a los principios de justicia de la pena. Concretamente el autor planteaba que el fundamento del principio retributivo era la satisfacción del sentimiento de justicia, condición indispensable para el mantenimiento del orden social⁷⁰:

Se olvidan (los defensores de la teoría de la enmienda) de que además de redimir al reo hay otros valores morales y sociales que deben ser restaurados. Se debe hacer desaparecer el delito no sólo como culpa del Animo del sujeto sino también como ofensa de la conciencia social y del orden jurídico⁷¹.

A mi entender, si esta concepción de la pena que sustancialmente participaban otros penalistas como Maggiore y Giulio

⁶⁸ Petrocelli, "La pena come enmienda del reo", AA.VV., Studi in memoria di Arturo Rocco, vol. II, Milano, Giuffrè, pp. 315-340.

⁶⁹ Petrocelli, "La pena (...)", cit., p. 323.

⁷⁰ Ibidem.

⁷¹ Petrocelli, "La pena (...)", cit., p. 340.

Battaglini⁷², no consiguió ser aceptada por la mayoría de la doctrina penal ello fue debido, además de por las antiguas disputas escolásticas, a que ellas no aportaban ningún elemento nuevo que les permitiera vincularse a la nueva realidad social y política.

Para esclarecer esta interpretación me parece conveniente considerar la concepción de la pena defendida por uno de los autores más importantes de la doctrina penal italiana contemporánea que formaba parte del conjunto de penalistas católicos, pero que no se identificaba con las posiciones de Delitala o de Carnelutti anteriormente consideradas.

Bettiol asumía como principal referencia de su obra el pensamiento cristiano, que, a través de la filosofía de la Escolástica, había afirmado las raíces morales del derecho penal. Decía el autor que el presupuesto del derecho penal era la existencia de una Atica:

(...) entendido en el sentido cristiano, que es el sentido tradicional, que supone la necesidad de valorar como buenas o como malas las acciones humanas en base a una norma que es aquella de un deber, expresión de la suprema voluntad racional, es decir, de Dios⁷³.

72 Maggiore consideraba (en: Diritto penale, vol. I, Bologna, Zanichelli, 1932 (5ª ed. 1949), pp. 687-689) que la pena debía ser:

(...) un mal, o sea, un sufrimiento, un dolor para el reo (...) Por ello es necesario que la pena sea cierta y -según la jerga de los antiguos autores- irredimible (...) El principio de la Escuela humanista de que la pena debe cesar cuando el reo muestre haberse enmendado, hace ilusorio el valor de la pena (...)

También Giulio Battaglini (en Diritto penale, vol. I, Padova, Cedae, 1937 (3ª ed. 1949) afirmaba que la función esencial de la pena era la reparación del daño que sólo se obtenía con un sufrimiento proporcionado producido al culpable del delito aunque admitía:

Es natural que un Estado -como el nuestro- de bases éticas y religiosas, una vez realizada la justicia, mediante la previsión y la imposición de las penas, ponga el acento particularmente sobre la prevención y la enmienda. (p. 528).

73 Bettiol, "Aspetti etico-politici della pena retributiva", en Jus, 1941, p. 58.

El derecho penal traducía estos conceptos de bondad y maldad en unas normas que se especificaban en relación a un valor:

El bien jurídico es la corriente expresión penal del valor, expresión que hacemos nuestra con la advertencia de que ella debe venir privada de cualquier recuerdo utilitarista, porque el derecho penal es tutor de los valores supremos religiosos, políticos, sociales, los cuales no pueden ser reconducidos a una expresión cuantitativa como es la de la utilidad.⁷⁴

El fundamento ético del derecho penal se concretará al formular juicios de valor en referencia a las conductas humanas:

(...) no es el "ser" sino el "deber ser" de las conductas lo que adquirirá importancia decisiva. En este sentido moral y derecho son ciencias normativas, en cuanto establecen normas de conducta que los individuos deberán seguir en vista de un determinado fin.⁷⁵

Este derecho penal venía integrado en el interior de un sistema moral que daba fundamento a la pena:

(...) desde un punto de vista sustancial la pena es malum passionis propter malum actionis. Es una noción impregnada de contenido moral, ínsita en los valores concretos de la vida, expresión de una necesidad ética sin la cual no es posible pensar una vida humana (...) Ella es la expresión más típica y marcada de la necesidad de que al mal deba seguir mal como al bien debe seguir bien, la cual está verdaderamente sentida en el corazón de los hombres; es la expresión de aquella ley de justicia sustancial sin la cual las relaciones entre los hombres estarían reguladas puramente por la expresión de Bentham: "Utility or the greatest happiness for the greatest number" (...) ⁷⁶.

En ello Bettiol asumía el imperativo categórico kantiano en una dimensión que reducía su problematización por cuanto si en

⁷⁴ Bettiol, Il problema penale, cit., p. 67.

⁷⁵ Bettiol, Il problema penale, cit., pp. 26-27.

⁷⁶ Bettiol, Il problema penale, cit., p. 97.

Ent lo que daba fundamento a la pena era la justicia y libertad del orden externo⁷⁷ en Bettiol era la idea de justicia y libertad radicadas en la conciencia interna de los individuos de una sociedad.

Como en Kant, la premisa necesaria de la pena retributiva era la libertad del individuo:

(...) la realidad en la que el hombre vive y obra no es la realidad naturalista, la cual representa un presupuesto o un dato de hecho, si bien esencial, sino la realidad moral (...). El no sufre como los otros seres la ley de sus miembros o la de su ambiente; sino que domina tanto la una como la otra (...). Es un ser que actúa para una finalidad en vistas de lo cual puede elegir entre los motivos antagonistas. No está motivado por el motivo más fuerte, sino que elige y valora él mismo el motivo. Es la libertad lo que le caracteriza y lo que le introduce en el mundo moral⁷⁸.

En el sistema de Bettiol, la necesidad social o, lo que llamaba finalidad del Estado de actuar para el bien común, para tutelar las condiciones físicas y morales que hacían posible la convivencia social, la necesidad de que él interviniera cuando se hubiera roto el equilibrio, suponía un límite para el derecho penal:

La idea retributiva actúa en los límites de las necesidades sociales, sino, el legislador debería castigar también el pecado⁷⁹.

Siendo la pena en su sistema "pura retribución"⁸⁰, el autor

⁷⁷ Kant, Introducción a la teoría del Derecho, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1954. Esta interpretación se apoya en Cacciari, M., "Il mito della pena", en AA.VV., Carcere e pena, 1982, ponencia mecanografiada.

⁷⁸ Bettiol, Il problema penale, cit., p. 18.

⁷⁹ Bettiol, il problema penale, cit., p. 75.

⁸⁰ Bettiol, Il problema penale, cit., p. 104.

rechazaba que ella pudiera perseguir fines ajenos a su sustancia retributiva:

La prevención general, como criterio de determinación de la pena, hace injusta la pena por cuanto el individuo viene tenido en cuenta en atención a la generalidad y considera al primero bajo el perfil de la utilidad que puede derivar para la segunda⁸¹.

Pero admitía que la pena retributiva, sin negarse a sí misma, cumpliera una función de prevención general:

Si la idea retributiva es una de las ideas-fuerza del mundo moral y social, reforzando y consolidando esta idea a través de una legislación penal que sea justa y humana, se llega potentemente a educar la conciencia moral del pueblo⁸².

Con análogos fundamentos rechazaba la finalidad de prevención especial de la pena:

La pena no puede prefigurarse finalidades de prevención especial: ella es pura retribución y no puede, en cuanto tal, estar subordinada al logro de un determinado fin⁸³.

Y, en un artículo posterior, se distanciaba concretamente, de aquellos autores católicos, como Carnelutti, que atribuían a la pena una finalidad de arrepentimiento:

No es verdad que con el arrepentimiento del reo se hayan satisfecho todas las necesidades del derecho penal (... por cuanto) se superan con extrema desenvoltura todas las necesidades sociales que son immanentes al concepto de "justicia distributiva" y que constituyen vértebras del mundo moral y social⁸⁴.

81 Bettiol, Il problema penale, cit., p. 102.

82 Bettiol, Il problema penale, cit., p. 103.

83 Bettiol, Il problema penale, cit., p. 104.

84 Bettiol, "Orientamenti generali del diritto penale", en Jus, 1951, p. 455.

Pero Bettiol admitía que la pena pudiera cumplir una finalidad pedagógica llevando al condenado hacia su arrepentimiento. Para ello pedía que la pena retributiva no viniera privada de su contenido moral mediante modalidades de ejecución ásperas e inhumanas⁸⁵. El límite de este proceso de humanización lo constituía la aflicción que, según Bettiol, necesariamente debía causar la pena:

La faz del derecho penal es humana pero severa, y no tolera la máscara de la compasión en desprecio de la justicia⁸⁶.

Aunque la concepción sobre el derecho penal y sobre la pena propuesta por Bettiol presentara indudables nexos de relación con la situación socio-cultural imperante en Italia en estos años, determinada por la pretensión de la democracia cristiana y de la Iglesia de extender la moral católica a todos los sectores de la vida social⁸⁷, existían otros factores sociales y culturales que, a mi entender, impedían que una concepción retributiva de la pena basada en valores religiosos como la de Bettiol —y me refiero concretamente a Bettiol, por cuanto su idea retributiva venía fundamentada en una moral católica de las relaciones humanas, pero la apreciación es extensible a las concepciones de los otros autores retribucionistas— se hiciera dominante en la doctrina penal de aquellos años: el orden, el equilibrio y, en última instancia, la perfección que debe

⁸⁵ Bettiol, Il problema penale, cit., pp. 104-105.

⁸⁶ Bettiol, Il problema penale, cit., p. 105.

⁸⁷ Al respecto: Pinazzi, op. cit., *passim*.

existir en un sistema de pensamiento o en un sistema social para que pueda presentarse con coherencia una concepción retributiva de la pena por elementos presentes de la sociedad y de la cultura italiana de la posguerra en las que, como puede advertirse en los debates constitucionales, al contrario, predominaba un sentimiento de insatisfacción sobre el estado de cosas existente que, aunque sólo una minoría lo tradujera en propuestas de renovación, no propició la afirmación de concepciones que, en cierta medida, presuponian la perfección del sistema social⁸⁸.

Ello explica que las doctrinas que tenderán a ser dominantes en los años sucesivos, tanto en el ámbito doctrinal como en las directrices de la reforma legislativa, fueran las que venían delimitadas en la ponencia de Delitala al II convenio de la Unión de juristas católicos. Lo que diferenciaba la posición de este autor respecto a aquella de los retribucionistas no era ciertamente la cuestión de fondo, pues existía coincidencia en considerar que la pena debía tener naturaleza retributiva; ni tampoco puede decirse que su gran divergencia estuviera en el contenido atribuido a la ejecución penal pues, como se ha visto, ni los autores que defendían la finalidad reeducativa de la pena negaban su carácter de aflicción, ni los autores retribucionistas se oponían a una humanización de las cárceles que permitiera realizar la enmienda del reo.

Pero, entre retribucionistas y defensores de la finalidad

⁸⁸ Y todo ello encontraba traducción en la Constitución, de la cual (como señalaba Dolcini, *La concezione della pena*, Padova, Cedam, 1977, p. 142), surgía una imagen de Estado no liberal sino intervencionista, solidario, social, que quitaba cualquier fundamento a la afirmación de que el valor de la libertad personal podía ser sacrificado para la persecución de un ideal absoluto de justicia.

reeducativa de la pena existía una diferencia sustancial, pues en la distinta finalidad que atribuían a la pena estaba insita una diversa posición frente al sistema penal: mientras que los primeros afirmaban la legitimidad del derecho penal y de la pena, en los segundos estaba presente una cierta valoración negativa de ellos. En ello estaba su elemento de vinculación a la realidad social y cultural que explicará, a mi parecer, que, en las décadas sucesivas, la concepción que propugnaba una reforma del sistema penal basada en la realización de la idea reeducativa, en sus límites expuestos, llegue a ser plenamente dominante en el panorama doctrinal italiano⁸⁷.

1.3.2 La reeducación como paradigma de la formación de una corriente reformista en la doctrina penal durante los años cincuenta

La contestación a la que fue sometido el proyecto de Código penal de 1949 mostraba, según se ha visto en el epígrafe anterior, que, a pesar del proceso de conservación social y económica que sustituyó a las esperanzas de transformación surgidas tras la caída del fascismo, una parte de la doctrina penal proponía unos planteamientos sobre los fines de la pena que rescataban la advertida necesidad histórica de reforma del sistema penal enunciada en las discusiones constitucionales.

Los años posteriores revelarían el arraigo histórico de la

⁸⁷ La interpretación que he realizado en el texto, basada en considerar que en el debate sobre la finalidad de la pena, las concepciones reeducativas fueron dominantes, sin solución de continuidad, desde las discusiones tenidas en la Asamblea constituyente no es coincidente con la propuesta por Fassone, en: La pena detentiva in Italia dall'800 alla riforma penitenziaria, (cit., pp. 75-91) -que es una de mis referencias fundamentales para la elaboración de este trabajo-, para quien hasta mitad de los años cincuenta se asistirá a un predominio de las concepciones retributivas de inspiración católica y de las teorías utilitaristas que entenderán a la pena como un medio de orientación social. Debe decirse que las fuentes que utilicé son fundamentalmente las mismas que las consideradas por Fassone.

posición de estos penalistas pues una enfatización de este proceso de conservación -debida a la evolución del partido democristiano hacia posiciones más integristas basadas en la acentuación del anticomunismo como uno de los ejes de su política- que, al conllevar un enfrentamiento visceral entre las fuerzas políticas, sería muy poco propicio para la innovación del sistema social y económico de acuerdo a las directrices constitucionales- y una falta de reforma del sistema jurídico-penal heredado de la época fascista -con la excepción de ciertas modificaciones en las medidas de seguridad predelictuales y en la legislación de menores- no llevaría a actitudes doctrinales respetuosas con la concepción sobre la finalidad de la pena que era immanente a la legislación vigente.

En última instancia, los penalistas que asumían concepciones reeducativas se hacían intérpretes del conflicto que se había producido entre el sistema penal proveniente de la época fascista y la nueva realidad social y política: el conflicto era constantemente ignorado por la esfera política pero se mantenía como patrimonio cultural en diversos ámbitos de la sociedad italiana y, entre ellos, en un sector de la doctrina jurídico-penal⁹⁰.

Esta particularidad del surgimiento de las concepciones reeducativas en Italia no excluye, sin embargo, una vinculación con la renovación de las corrientes doctrinales que se produce,

⁹⁰ Como fuentes históricas para analizar las relaciones entre la evolución de la cultura jurídico-penal y la situación política, social y económica durante la década de los cincuenta se valgo de: Pinazzi, op. cit., pp. 2484-2701; Galli, op. cit., pp. 141- 205 y Kogan, op. cit., pp. 75-180.

en general, en Europa durante la postguerra. Ya en 1945, Nuvoione había variado muy acertadamente sobre la evolución de la ciencia jurídico-penal tras la caída de los regímenes autoritarios. Frente a la necesidad de castigar ciertos actos contrarios al régimen que se había afirmado sucesivamente (con referencia a los juicios de Nuremberg y semejantes) cobrarían vigencia, según el autor, corrientes jurídicas basadas en un concepto superior de justicia que se opondrían no sólo al irracionalismo germánico sino también al positivismo jurídico de tipo latino. Estas corrientes anglosajonas, imbuidas de iusnaturalismo, llevarían, según Nuvoione, a que el sistema continental superase en ciertos aspectos el iuspositivismo mediante una mayor reflexión del jurista sobre las categorías lógico-sustanciales del derecho, sobre sus fuentes y sobre la realidad social en la que operaba. Además, estas corrientes influirían en una mayor consideración del reo en el ejercicio de la acción punitiva⁹¹.

En relación a este último punto, si los sistemas penitenciarios de los regímenes autoritarios, en especial el alemán, habían enfatizado el carácter aflictivo de la pena en aras de una intimidación general⁹², parece lógico que la reacción a estos regímenes comportara, como anunciaba Nuvoione, una mayor consideración del recluso. Aceptado esto, me parece que eran las dificultades para distinguir, desde el punto de

91 Nuvoione, "Il accento penale", cit., pp. 276-281.

92 Al respecto: Padovani, L'utopia punitiva. Il problema delle alternative alla detenzione nella sua dimensione storica, Milano, Giuffrè, 1981, pp. 221-231 y Rusche y Kirchheimer, Pena y estructura social, Bogotá, Temis, 1985.

vista de su contenido, entre una concepción retributiva de la pena, que debía estar fundada en su carácter aflictivo, de otra que tuviera por fin la intimidación lo que explica el que, en general, se fueran afirmando en los países democráticos europeos concepciones reeducativas de la pena.

1.2.2.1. Premisa: la despolitización de la cuestión penitenciaria como condicionante de la alienación del discurso teórico respecto de la práctica de la pena⁹³

Los mismos motivos que habían llevado a los gobiernos de Unidad nacional a plantearse la cuestión de la reforma penal, esto es, la conciencia de que el código había sido uno de los instrumentos de dominación del régimen fascista, impulsaron también el proceso de reforma penitenciaria. El Reglamento penitenciario, cuya paternidad, al igual que la del Código penal, es atribuible a Alfredo Rocco, había sido padecido concretamente por diversos participantes en la Asamblea constituyente, los cuales quisieron que la Constitución en su art. 27-3 plasmará su voluntad de ruptura con el pasado.

El proceso de reforma penitenciaria fue impelido por dos instituciones distintas, el Parlamento y el Ministerio de Justicia, las cuales, contemporáneamente, realizaron sus trabajos y propusieron unas determinadas modificaciones al Reglamento penitenciario de 1931. Es conveniente analizar separadamente los trabajos de ambas instituciones por cuanto su diversa relación con el objeto a modificar explica las

⁹³ Sobre la cuestión de la reforma penitenciaria como caso referencia crítica fundamental las investigaciones de Negri Modona: "Carcere e società civile", en *Storia d'Italia*, V-II: documenti, Torino, Einaudi, 1986-1993, y "Appunti per una storia parlamentare della riforma penitenziaria", en *QC*, 1976, pp. 319-325, de las cuales, en lo fundamental, sigo los planteamientos de fondo.

diferentes conclusiones a las que ellas llegaron.

1.2.2.1.1. La Comisión ministerial de reforma penitenciaria

La Comisión ministerial fue formada, con anterioridad a la parlamentaria, en abril de 1947. Su composición, designada por el ministro de Justicia, incluía inicialmente a parlamentarios, profesores universitarios de materias penales, magistrados y altos funcionarios de las instituciones penitenciarias⁹⁴, pero sufría las mismas vicisitudes que explican el retroceso del proyecto de código penal de 1949 respecto del de 1945: las nuevas circunstancias políticas de 1948 repercutieron en la Comisión que fue drásticamente reducida pasando a estar integrada únicamente por funcionarios de la Dirección general de las instituciones de prevención y pena⁹⁵.

La Comisión tomaba como premisa de su actuación la observación de las directrices de reforma penal pues consideraba que era en este marco donde se debía definir la concepción de la pena adecuada a la Constitución. Como quiera que el proyecto de 1949 no se distanciaba sustancialmente del código Rocco, la Comisión interpretó que la reforma penitenciaria no debería alterar el carácter esencialmente retributivo y, traducido al ámbito penitenciario, aflictivo que

⁹⁴ Los datos sobre la formación y participantes de la Comisión están en: "Ministerio di Grazia e Giustizia", "Relazione al disegno di legge" sobre "Ordinamento penitenziario e prevenzione della delinquenza minore" en RSP, 1960, fasc. IV, pp. 180-183.

⁹⁵ Las noticias sobre las vicisitudes de la Comisión y sobre el proyecto elaborado -que no se consta que fuera publicado- las entresaco de un artículo de uno de los miembros del Comité de redacción: Erra, "La riforma carceraria in Italia", en RSP, 1951, pp. 643-678.

el Reglamento penitenciario atribuía a la pena⁹⁶.

Según Neppi Modona, era la propia ideología de los miembros de la Comisión, más dispuestos, en cuanto aparatos burocráticos de gestión de las instituciones penitenciarias, a conservar que a modificar la estructura del Reglamento, la causa de que el proyecto que ella elaboró siguiera las líneas directrices del Reglamento Rocco⁹⁷. Esta ideología respondía a la forma como en Italia se había estructurado desde la Unificación el sistema penitenciario, cuyos principios fundamentales fueron, como ha señalado Neppi, la separación total de la cárcel respecto de la sociedad civil, la subordinación del recluso a la institución para satisfacer las necesidades más elementales y la rígida disciplina militar⁹⁸.

El Reglamento Rocco no rompió totalmente con aquella tendencia de los sistemas penitenciarios del siglo XIX hacia la individualización de la pena dirigida al tratamiento del recluso. Esta tendencia, como ha señalado Padovani, no ponía en crisis, salvo en relación a las penas cortas, la idoneidad de los principios estructurales del sistema penitenciario para

⁹⁶ Esta es la interpretación "auténtica" de Erra, op. cit., nota anterior, quien dice:

(...) estando en vigor un sistema penal como el nuestro, que se basa en la responsabilidad del reo, atribuye a la pena un primordial carácter alicectivo y adopta el sistema dualista de las penas y de las medidas de seguridad, el Reglamento penitenciario viene constringido a no olvidar que el condenado es un hombre que ha querido realizar el delito y debe por tanto expiar su fallo, que el delincuente no es un enfermo que deba ser curado sino un delincuente que debe sentir la alicción de una pena (...) (p. 648).

⁹⁷ Neppi, "Apunti (...)", cit., p. 330.

⁹⁸ Neppi, "Carcere (...)", cit., *passim*.

realizar este tratamiento⁹⁹. El Reglamento Rocca concebía el trabajo, la instrucción y la religión como medios de tratamiento, pero ellos no suponían la concesión de un margen de autonomía al recluso sino que, al contrario, venían regulados como instrumentos de adaptación obligatoria a unas determinadas pautas de conducta¹⁰⁰.

Además de las razones aducidas por Negri sobre la posición institucional de los participantes en la Comisión, pienso que los motivos de que en su seno se asumiera una concepción aflictiva de la pena radicaban en la aceptación de las enseñanzas de la corriente doctrinal que atribuía a la pena una finalidad retributiva, con la cual se justificaba suficientemente la conservación de las estructuras penitenciarias existentes.

No obstante estas premisas, notablemente limitadoras del alcance de la reforma, el proyecto elaborado por la Comisión ministerial contenía unas modificaciones del Reglamento Rocca que suavizaban en algunos aspectos su carácter aflictivo. En primer lugar, afectaba el sistema disciplinario del Reglamento mediante la supresión de algunos castigos, que debieron parecer a la Comisión poco consonantes con el principio de humanidad de

⁹⁹ Padovani, L'utopia punitiva, cit., pp. 212-221.

¹⁰⁰ La subordinación del recluso respecto a estos instrumentos de tratamiento derivaba, entre otros, del precepto que prescribía la facultad del director del establecimiento de asignar a los reclusos a los diversos trabajos (art. 119 R.P.), de la obligación de los reclusos analfabetos de asistir a la escuela (art. 137 R.P.), de la obligación de asistir a las actividades religiosas los detenidos de religión católica (art. 142 R.P.). Señala Negri (en "Carcere (...)", cit., p. 1968) que el carácter aflictivo de esta concepción, que ponía al trabajo, a la instrucción y a la religión como leyes fundamentales de la vida penitenciaria, surgía de que cualquier otra actividad no era sólo prohibida sino además objeto de sanciones disciplinarias.

la pena sancionada en el art. 27-7 de la Constitución, tales como las cárceles de rigor, el cinturón de seguridad y el aislamiento diurno¹⁰¹. En segundo lugar, se introducían unos preceptos de mayor respeto al recluso como el trato de usted, la atenuación de la obligación del corte de pelo y barba, el permiso de fumar para los reclusos. Por último, se moderaba el absoluto aislamiento de la cárcel respecto de la sociedad, derogando la prohibición de que extraños a la cárcel asistieran a las manifestaciones que se desarrollaban en el interior, permitiendo realizar entretenimientos musicales, audiciones radiofónicas y proyecciones cinematográficas y aumentando las posibilidades de coloquios y correspondencia¹⁰².

1.2.2.1.2. La Comisión parlamentaria sobre las condiciones de los detenidos

Quince impulsaron el surgimiento de una Comisión parlamentaria para informar al Parlamento sobre las condiciones de los detenidos lo hacían con la voluntad de que la Constitución recién aprobada desplegara sus principios en

101 El sistema disciplinario previsto por el Reglamento penitenciario estaba basado en un sistema de castigos cuyo núcleo era el aislamiento en celda y que, en función de la gravedad de la falta cometida, se alargaba en el tiempo y se endurecían las condiciones de alimentación y de descanso (castigo a pan y agua y privación de la cama ordinaria) (arts. 153-155 R.P.) (Estas sanciones fueron atenuadas pero no suprimidas por la circular nº 3631/2129 de 18-11-1949, en Regolamento per gli istituti di prevenzione e di pena. Aggiornato con le successive circolari ministeriali, Roma, Edizioni poligrafiche dello stato, 1972, p.173). Cuando este sistema fuera ineficaz para combatir la falta de disciplina del recluso el Reglamento preveía su traslado a unas instituciones especiales, llamadas casas de castigo y casas de rigor, en las primeras -que el proyecto no derogaba- cabía aplicar el aislamiento en celda hasta un máximo de tres meses (art. 232 R.P.), en las segundas -que eran las suprimidas por el proyecto- se permitía que la dirección del establecimiento estableciera las normas que consideraba convenientes (art. 236 R.P.).

102 Estas líneas directrices del "Progetto del Regolamento per gli istituti di prevenzione e di pena" están expuestas en Erra, op. cit., pp. 656-659. No poder acceder a la fuente original impide hacer consideraciones más precisas sobre el proyecto.



aquellos sectores, como el penitenciario, que más vivamente habían sido sufridos por el movimiento antifascista.

El jurista y político Piero Calamandrei, quien en la época de los gobiernos de Unidad antifascista había sostenido que la reforma de los códigos se debería llevar a cabo una vez aprobada la Constitución¹⁰³, fue el principal animador de la Comisión. Calamandrei había sido dirigente del partido de unidad, muchos de cuyos militantes habían vivido el estado de las prisiones italianas, y era director de la revista "Il ponte", órgano de expresión de intelectuales que habían pertenecido a este partido. En 1949, coincidiendo con los trabajos de la Comisión parlamentaria, esta revista lanzó un número en el que diversos ex-presos políticos analizaban a partir de su experiencia personal la situación de las cárceles¹⁰⁴. En su conjunto, este importante documento era expresión del deber moral que habían sentido estos intelectuales de denunciar las condiciones de vida de unos individuos que, por no ser presos políticos, continuaban estando en las cárceles italianas.

Los testimonios ofrecían una imagen radicalmente negativa de las cárceles; se describían con detalle las condiciones decrepitas e insalubres de los establecimientos, se señalaba la explotación, la opresión y la negación de los derechos más elementales, se negaba que en las cárceles se cumplieran las

103 Calamandrei, "Sulla riforma dei codici", en *La nuova Europa*, II, nº 9, 4-III-1945 y nº 10, 11-III-1945 (reproducidos en Calamandrei, *Scritti e discorsi politici*, Firenze, La nuova Italia, 1966, pp. 86-89).

104 AA.VV., en *Il ponte*, marzo 1949, pp. 225-425.

previsiones del Reglamento sobre el trabajo, la educación, la sanidad y la alimentación, se denunciaba la violencia de las sanciones y, como producto de todo ello, se denunciaba el irremediable embrutecimiento en el que iban cayendo los presos por su estancia en la cárcel.

Mientras que, anticipando lo que será el debate en épocas recientes, algunos de los participantes en el número extraordinario de "Il ponte" no aportaban ninguna solución, quizás por su desconfianza a que la cárcel pudiera ser reformada, otros proponían una serie de remedios a la situación, basados en el respeto a los derechos de la persona, en la mejora de las condiciones sanitarias, alimenticias y culturales en la prisión y, especialmente, en la introducción real del trabajo y de la escuela en la institución¹⁰⁵.

La Comisión parlamentaria¹⁰⁶ siguió, obviamente, esta segunda vía como promesa para sus análisis aunque, quizás por la pluralidad en su composición política, llegó a valoraciones críticas más moderadas sobre las condiciones de los detenidos.

En primer lugar, la Comisión aludía a la situación de los establecimientos penitenciarios de los que resaltaba la falta

105 Todas las intervenciones son muy dignas de ser leídas por sus lúcidas reflexiones, en tono literario, sobre la cárcel, pero las que tienen un alcance más general son: Bauer, "Il regime carcerario italiano", pp. 238-255; Vinciguerra, "Chiariamenti", pp. 256-265; Lombardo Radice, "Il carcere dei carcerieri", pp. 347-399; Rossi, "Quello che si potrebbe fare subito", pp. 417-420; Bei, "Episodi di vita in un carcere femminile", pp. 372-377 y Baldazzi, "Riforme necessarie", pp. 394-396 (todas en op. cit., nota anterior).

106 Que había sido formada el 9 de julio de 1949 y compuesta por cinco senadores y cinco diputados entre los cuales el penalista Bettiolí y entregó su informe el 21 de diciembre de 1950. Este informe, al que no he podido acceder, está publicado en Camera dei deputati, I legislatura, Documenti, vol. XXXIX, doc. XII. Una reproducción parcial de él se encuentra en "Relazione della Commissione parlamentare di vigilanza sulle condizioni dei detenuti", en ASP, 1951, pp. 148-175.

de condiciones sanitarias que, en gran número de ellos, impedían combatir enfermedades como la tuberculosis. Añadía que las dimensiones de las celdas, donde los detenidos debían pasar gran número de horas, suponían un detrimento de su resistencia física y espiritual y que se carecía en los cárceles de suficientes espacios para realizar las actividades de instrucción¹⁰⁷. Junto a estas insuficiencias infraestructurales, señalaba, en relación a los medios de tratamiento previstos por el Reglamento, que menos del 20% de la población reclusa podía gozar del trabajo por cuanto las administraciones estaban insuficientemente dotadas de maquinaria y materias primas. Además, se consideraba que las remuneraciones eran insuficientes¹⁰⁸. En cuanto al personal se destacaba su formación deficiente para realizar las tareas de enmienda y de reeducación¹⁰⁹.

A diferencia de las denuncias de "Il ponte", no se consideraba que la alimentación fuera insuficiente y se rechazaba que hubiera violencia con los reclusos por parte de los agentes de custodia¹¹⁰.

Lo más destacable del informe de la Comisión parlamentaria eran sus propuestas de reforma por cuanto suponían, a mi entender, una concreción del espíritu que había animado la

107 "Relazione della Commissione parlamentare (...)", cit., pp. 148-151.

108 "Relazione della Commissione parlamentare (...)", cit., pp. 154-159.

109 "Relazione della Commissione parlamentare (...)", cit., p. 167.

110 "Relazione della Commissione parlamentare (...)", cit., pp. 153-155 y 167, respectivamente.

discusión en la Asamblea constituyente sobre la finalidad de la pena.

Entendía la Comisión que la medida más urgente a tomar era la reforma de los establecimientos, para lo cual requería una partida de fondos extraordinarios que mejorara las condiciones de habitabilidad y, en particular, la situación sanitaria. Además, estos fondos debían permitir que se dispusiera de las condiciones materiales para que las actividades de trabajo y de instrucción fueran posibles¹¹¹.

Aunque estas reformas tuvieran justificación propia, en base al principio de humanidad de la pena, venían vistas por la Comisión en una relación de funcionalidad con el principio reeducativo¹¹².

Para realizar la finalidad reeducativa, la Comisión proponía, además, que a través de una reforma del Código penal, se potenciara la individualización judicial de la pena¹¹³. En el plano de la ejecución, la Comisión asumía la óptica del Reglamento Rocco pues daba prioridad al trabajo, la instrucción y la religión como medios reeducativos pero, no obstante, postulaba diversas modificaciones, entre las cuales, partiendo de que el trabajo tenía un carácter pedagógico y producía un resultado de enmienda demandaba que fuera remunerado igual que el trabajo libre, rechazando la tradicional objeción de la

111 "Relazione della Commissione parlamentare (...)", cit., pp. 148-151, 153 y 160.

112 "Relazione della Commissione parlamentare (...)", cit., p. 149.

113 "Relazione della Commissione parlamentare (...)", cit., p. 171.

conciencia y lo consideraba contrario al principio de solidaridad social¹¹⁴. Para formar un buen ciudadano, el trabajo era considerado necesario pero no suficiente, pues:

Para ello es necesario hacer atención a la conciencia, que la obra andea tratándose de individuos en su mayor parte espiritualmente desviados: esta obra debe ser realizada a través de la instrucción y la religión¹¹⁵.

Por último, se consideraba que el Reglamento debía venir reformado para la provisión de una eficaz asistencia post-penitenciaria que garantizara la ocupación de los liberados en adelante¹¹⁶.

Ciertamente, en estas propuestas se reflejaban las dos concepciones que, confusamente, habían surgido en la Asamblea constituyente, esto es, la de quienes, partiendo de una concepción social de la reeducación, privilegiaban el trabajo como instrumento reeducativo y la de quienes, en cambio, identificando reeducación y enmienda, daban prioridad a la elevación moral del individuo.

El informe de la Comisión, junto a esta continuidad respecto de las discusiones constitucionales, mostraba asumir el mismo principio por el que se había batido una parte de la doctrina

114 "Relazione della Commissione parlamentare (...)", nota 105, pp. 157-158. El Reglamento penitenciario establecía (art. 1258) que sobre la remuneración fijada por el Ministerio para cada categoría de trabajadores, el recluso-trabajador obtendría su remuneración una vez que le fuera devuelta una cantidad (oscilante entre el 10 y el 40%) en función de la situación procesal y del tipo de condena, lo cual suponía un factor de discriminación respecto del trabajador libre. Sobre la suma resultante deberían realizarse nuevas deducciones, que podían alcanzar 2/3 de ella, a título de resarcimiento del daño, gastos de mantenimiento en la cárcel y reembolso de los gastos de procedimiento.

115 "Relazione della Commissione parlamentare (...)", cit., p. 159.

116 "Relazione della Commissione parlamentare (...)", cit., p. 174.

ante el frente al proyecto de Código penal de 1949: el carácter contributivo o aflictivo de la pena debía suponer únicamente un motivo que no limitara el contenido reeducativo de la pena.

1.2.2.1.3. Atribución de la reforma penitenciaria a la Dirección general de instituciones de prevención y de pena

En el transcurso de sus actividades, la Comisión parlamentaria pudo conocer el proyecto de Reglamento penitenciario que había elaborado el Comité restringido de la Comisión ministerial. En el informe relativo¹¹⁷, la Comisión parlamentaria elogió aquellas reformas, expuestas anteriormente, que tenían carácter liberalizador, contrando sus críticas en algunos aspectos relativos a la disciplina en los que el proyecto seguía fielmente al Reglamento Rocco. En este sentido, lamentaba que no se introdujera el principio de legalidad en las infracciones y que no se previera la posibilidad de presentar reclamaciones sobre las sanciones al Jefe de vigilancia¹¹⁸. En cuanto a las sanciones, valoraba negativamente que no se hubiera reducido la duración de la sanción de celda de castigo¹¹⁹. En nombre de los principios de humanidad y de reeducación, denunciaba la absolutización del carácter de aflicción de la pena que el proyecto evidenciaba al ignorar la concesión de licencias al condenado por graves

117 Una reproducción parcial de él se encuentra en Erra, op. cit., pp. 659-669.

118 En Erra, op. cit., p. 668.

119 En Erra, op. cit., pp. 666-668.

motivos familiares o con fines reeducativos¹²⁰. En la misma línea, reprochaba al proyecto que no estableciera un sistema de asistencia post-penitenciaria dotado de los medios suficientes para superar las dificultades de reinserción¹²¹.

Las divergencias notables entre ambas Comisiones, tanto en su distinta posición frente al principio reeducativo como en su visión de la judicialización de la ejecución penal, anunciaban una situación de conflictividad en la escena política sobre los criterios de gestión y reforma de las cárceles. Esta fue la razón por la cual desde un primer momento el Gobierno miró con recelo a la Comisión parlamentaria -de ahí que se negara a la propuesta de Colamandrei de que la Comisión tuviera carácter permanente- y, por lo que, en definitiva, al aflorar el informe de la Comisión parlamentaria ignorara las propuestas de reforma que en él se contenían.

La desaparición definitiva de la Comisión parlamentaria no sólo supuso que no se llevaran a término las reformas que ella había propuesto¹²² sino que además -y ello me parece

120 En Erra, op. cit., p. 668.

121 En Erra, op. cit., p. 669.

122 Siguiendo los criterios de la Comisión ministerial se actuó por vía de circular (circular nº 4014/2473, de 1-VIII-1951, en Regolamento per gli istituti di prevenzione e di pena. Aggiornato con le successive circolari ministeriali, cit., pp. 174-178) una reforma del Reglamento penitenciario cuyos aspectos fundamentales eran: primero, una atenuación de ciertos aspectos del sistema disciplinario como la limitación de la facultad de disponer el aislamiento diurno, la reducción de la sanción de celda de castigo a las infracciones más importantes y la prohibición del uso del cinturón de seguridad salvo en supuestos de enfermedad mental o de crisis nerviosa; en segundo lugar, se moderaban ciertas prescripciones del Reglamento relativas al régimen penitenciario, entre las cuales destacaban la eliminación del control auditivo en las comunicaciones familiares, el permiso concedido a presos preventivos y a condenados a penas breves de sustraerse de la obligación de corte de pelo y barba, la exclusión del uso de uniforme a condenados a penas inferiores a un año y, en general, la ampliación del tiempo de desptazamiento al aire libre; por último, en cuanto a la reeducación, se prescribía la realización de cursos especiales para quien tuviera actitudes especiales, se preveía la realización de cursos de música y canto así como de formación artesanal, se

enormemente importante- sostenía el principio, destinado a ser condicionante de todo el debate posterior, de que solo los órganos gestores de la institución penitenciaria estarían autorizados para dar cuenta de la situación carcelaria. Esta ausencia de control externo confirmaba el principio de separación entre cárcel y seguridad que había caracterizado el sistema penitenciario desde la Unificación¹²³ y condenaba al debate doctrinal sobre la finalidad de la pena a desarrollarse al margen del objeto real al que se referían sus disquisiciones.

1.2.2.2. Desarrollo del paradigma reeducativo: compatibilización de la esencia (atributiva) con la finalidad (reeducativa) de la pena

1.2.2.2.1. Si la pena debe ser reeducativa el sistema de doble vía carece de sentido (VI Congreso internacional de Derecho penal)

La Asociación internacional de Derecho penal, al promover este congreso en 1953¹²⁴, mostraba su sensibilidad hacia el tema de la finalidad de la pena planteando como uno de los objetivos o discusión la cuestión de la unificación entre la pena y la medida de seguridad.

No era ajeno al tema el marco geográfico en el que se celebraba el congreso por cuanto, como ya se había tenido

instaba a la realización de conferencias, representaciones teatrales y sesiones cinematográficas; la clasificación del recluso debería realizarse en atención a su comportamiento en la escuela, en el trabajo, funciones religiosas y a partir de la relación de los reclusos con sus superiores y con los otros reclusos.

¹²³ Esta separación viene demostrada por Neppi Modona en 'Carcere (...)', cit., passim.

¹²⁴ Celebrado en Roma, 26 Septiembre-3 Octubre 1953. La información sobre su desarrollo la obtengo de: Petrocelli, 'Metodi e risultati di un congresso', en RIIP, 1954, pp. 60-71.

relación de "explicar" anteriormente¹²⁵, el código Rocco, tomando como justificación la "compatibilización" entre culpabilidad y peligrosidad postulada por la "Tercera escuela", estableció para los sujetos considerados imputables y peligrosos un sistema de aplicación sucesiva de pena determinada y de medida de seguridad indeterminada en el máximo. Tal sistema no podía ser atribuido plenamente a una concepción retributiva, pues no excluía que causas inculpables que mostraran una mayor predisposición del individuo a delinquir pudieran servir para aumentar la pena (y por ello el proyecto de código penal de 1949, en atención a su retribucionismo, reformaba el art. 133 del código), ni tampoco a una concepción preventivo especial, pues las medidas de seguridad, previstas para combatir la peligrosidad, además de ser aplicadas tras el cumplimiento de la pena, venían sometidas a presunciones de peligrosidad que limitaban ulteriormente el principio de duración indeterminada. De ahí que se haya arguido, a mi entender justamente, que esta instrumentalización de los postulados de las Escuelas respondía a una finalidad de defensa social basada en que las medidas de seguridad operaran como correctivo a la duración determinada de la pena¹²⁶.

El congreso se plantearía la justificación de este sistema de doble vía; la defensa de la posición unificadora estuvo a

125 Infra 2.1.2.

126 Esta es la opinión de Bricola, "Caratteri fondamentali del sistema penale italiano vigente", en Bricola/Squibbi, Dispensa per il corso di Istituzioni di diritto penale, 1981-1982, cit., p. 16. Debe tenerse en cuenta que, en base al art. 205 c.p., las medidas de seguridad para imputables pueden venir impuestas en la sentencia de condena o, con medida sucesiva, durante la ejecución de la pena.

cargo de Grispigni¹²⁷ quien, apoderándose la llamada "Escuela positiva de la Escuela positiva", había renunciado a la construcción de un sistema penal basado en la peligrosidad, aceptando la fundamentación sancionatoria del código Rocco¹²⁸, pero que tras la aprobación de la Constitución interpretará el momento cultural y político como propicio para el despliegue del arsenal teórico del positivismo presentado a través de la concepción reeducativa de la pena.

El compromiso entre la tradición cultural de la Escuela positiva y el Código Rocco lo realizaba Grispigni al admitir que las penas también podían tener la función de combatir la peligrosidad y al proponer la reforma del código Rocco que introdujera un tratamiento unificado -es decir, dirigido desde el inicio de la ejecución a combatir la peligrosidad y de carácter indeterminado solamente para categorías especiales, como los menores imputables, los semi-alienados y los psicópatas, dejando a la discrecionalidad del juez la adopción de esta medida, en vez del doble tratamiento, para categorías como los delinquentes por tendencia y los habituales¹²⁹.

En la propuesta de resolución que Grispigni presentaba al congreso aducía las fundamentaciones siguientes de su posición:

(...) desde el punto de vista teórico, en la ciencia y en la legislación penal de las naciones más civilizadas se

127 La ponencia de Grispigni está publicada bajo el título "Le problème de l'unification des peines et des mesures de sûreté", en RinDP, 1953, pp. 759-804.

128 Así en 1947, en un artículo que servía de presentación al resurgimiento, tras el paréntesis de la guerra, de la revista "La scuola positiva" ("La trasformazione del diritto penale e l'indirizzo tecnico-scientifico", en SP, 1947, pp. 62-75) Grispigni reivindicaba el carácter positivista del código Rocco.

129 Grispigni, "Le problème de l'unification (...)", cit., pp. 789-804.

ha afirmado el doble principio según el cual el tratamiento al cual deben ser sometidos los culpables debe ser adecuado a la personalidad del sujeto y que el tratamiento debe servir también a la reeducación del culpable (...), por otra parte, desde el punto de vista práctico, si no se aplica desde el inicio, y únicamente, el tratamiento requerido por las condiciones del hecho, puede ser retardado e incluso hecha más difícil la obra de la reeducación (...)¹³⁰

A este argumento, que parecía de por sí suficiente para justificar la unificación, se le añadió un segundo que lo matizaba:

(...) considerando, por otra parte, que el problema de la unificación de las penas y de las medidas de seguridad surge sólo frente a particulares clases de delinquentes necesitados de tratamiento "especial" y deja por tanto sin producir el problema de la naturaleza de la pena frente a los delinquentes más o menos normales (...) EXPRESO EL VOTO de que las futuras reformas de la legislación penal estén inspiradas, en cuanto posible, en el principio según el cual -frente a delinquentes para cuya reeducación la pena se presenta como no apta o insuficiente- en vez de añadir a la pena una medida de seguridad, sometiendo al sujeto a dos tratamientos sucesivos, sea establecido el tratamiento unitariamente más apto según las diversas personalidades¹³¹.

Antes de pasar al desarrollo del congreso, en el cual se discutirá de esta separación que realizaba Crispigni entre la unificación y el problema de la naturaleza de la pena, me parece conveniente analizar la posición de Delitala.

Delitala, en su respuesta al retribucionismo del proyecto de Código penal de 1949, había reflexionado sobre la pena interpretando los fines clásicos de la tradición cristiana, la justicia y la enmienda, en una nueva perspectiva en la que la retribución era la esencia de la pena y la enmienda su

¹³⁰ "Proposta di risoluzione" presentada al congreso, reproducida en Petrocelli, "Metodi e risultati...", *cit.*, p. 61.

¹³¹ *Ibidem*. El subrayado es mío.

finalidad. Junto a la pena, el autor admitía otro tipo de sanción, la medida de seguridad, dirigida a los sujetos imputables y justificada por la necesidad de la sociedad de defenderse ante el peligro criminal. Esta sanción se distinguía de la pena tanto por su fundamento, que no radicaba en la responsabilidad, como por su contenido, que excluía el carácter punitivo, pero no por su finalidad, en ambas de carácter reeducativo o curativo¹³².

La concepción del autor respecto del principio del Código de prescribir que la imputabilidad y la peligrosidad de un mismo sujeto dieran lugar a medidas distintas, partía del presupuesto de que:

(...) imputabilidad y peligrosidad no son dos modos de ser sucesivos o independientes del sujeto sino dos valoraciones subjetivas que coexisten y se condicionan reciprocamente¹³³.

El condicionamiento recíproco de imputabilidad y peligrosidad, que era expresión de la unidad espiritual del hombre, excluía que el criterio de la responsabilidad pudiera fundamentar distintas respuestas a ambos estados; siendo también idéntica la finalidad en la pena y en la medida de seguridad sólo restaba que el distinto contenido de estas sanciones justificara el doble tratamiento, pero, sobre ello, Delitala argüía:

Frente a un sujeto capaz, la retribución es siempre prevención y la prevención es siempre retribución; si, por acudir a un ejemplo de la vida cotidiana, amenazo a mi hijo que no estudie con mandarlo a una escuela de

¹³² Delitala, "Riforma (...)", cit., p. 96.

¹³³ Delitala, "Sul progetto preliminare del primo libro del codice penale", en RIIP, 1950, p. 161.

conexión, la leyenda está dirigida a motivar su voluntad, para que estudie, y el colegio viene amenazado en función de castigo, es por tanto una sanción con cuando tiende a emendarlo para el futuro, dada su culpable negligencia y, se prevenía, por tanto, como una medida dirigida a cubrir el peligro de un nuevo crimen¹³⁴.

Si de acuerdo a su fundamento, a su contenido y a su finalidad sólo había un tipo de respuesta frente a los sujetos imputables, resultaba que el único criterio admitido por Delitala para distinguir la medida aplicable a los sujetos imputables peligrosos era el de la idoneidad para producir el resultado, lo cual, frente a los supuestos de doble vía previstos por el código Rocco, le llevaba a propugnar unas medidas que enfatizaran el carácter educativo, en los supuestos de los semienfermos de mente, o educativo, en los supuestos de menores y de individuales o profesionales¹³⁵.

Delitala llegaba a la conclusión de que frente a las tipologías de imputables peligrosos previstas en el código el doble tratamiento debía sustituirse por una medida de duración indeterminada. No discutiendo el carácter determinado de la pena para el resto de imputables, el autor no llevaba su concepción hasta sus últimas consecuencias, por cuanto, desde un punto de vista conceptual, si todos los imputables debían ser sometidos a una pena de carácter reeducativo no podía ser que los supuestos de peligrosidad previstos por el Código llevaran a una diversificación de las sanciones en atención a una no fundamentada separación del criterio de peligrosidad

134 Delitala, "Riforma (...)", cit., p. 95.

135 Delitala, "Riforma (...)", cit., p. 96.

aspecto de "equilibrio" de la reeducación en el que, en principio, iba ser integrado¹³⁶.

En última instancia, me parece que Delitala ponía en evidencia que la unificación no era, como arguye Grispiqui, un problema que afectaba solamente a ciertas categorías de delinquentes anómalos: sino, por el contrario, debería alterar plenamente todo el sistema penitenciario del Código.

De todo ello -salvando al congreso- tenía perfecta conciencia los autores de orientación retribucionista presentes en él, los cuales replicaban, con una propuesta de solución alternativa a la que posteriormente me referiré, en base a las siguientes consideraciones de Petrocelli, que fue uno de sus artífices:

(...) en el acto de establecer la posibilidad de recurrir a la medida de seguridad cuando la pena resulte inadecuada o insuficiente se viene a afirmar, en principio, que el tratamiento reeducativo del reo, y no otro, es el fin de la pena. Y se viene por tanto a negar, siempre en línea de principio (aunque el principio se manifiesta en modo implícito) que la función de la pena sea, en cambio, la retribución moral, la satisfacción de la conciencia social turbada y ofendida por el delito, la reafirmación del derecho violado¹³⁷.

A partir de este razonamiento, que reconducía la cuestión del dualismo al problema de la concepción de la pena, se ponía en evidencia el carácter táctico de la argumentación de Grispiqui, por la cual la medida unificada solo debería adoptarse cuando se demostrara respecto de cierto tipo de delinquentes especiales la insuficiencia o la inadecuación de la pena, reafirmandose que a partir de una concepción reeducativa

¹³⁶ Ibidem.

¹³⁷ Petrocelli, "Metodi e risultati (...)", cit., p. 62.

el dualismo perdía cualquier sentido. En cambio para una concepción retributiva, en la medida en que hubiera ampliado la necesidad de medidas de seguridad para culpables, este sistema era susceptible para restituir la culpabilidad de una persona y para combatir la peligrosidad.

La postura, tan alejada de la proposición de Grispigni, manifestada por los autores partidarios de concepciones retributivas, se tradujo en una propuesta de resolución alternativa en la que se aceptaban algunos puntos de la moción de Grispigni, como los relativos a que el menor de 16 años o los semi-enfermos de mente fueran sometidos exclusivamente a medidas de seguridad, pero no en atención a la idoneidad de la pena para cumplir la reeducación sino por considerar que tales individuos carecían de imputabilidad y, por tanto, no podía serles aplicada una pena¹³⁸.

La moción final aprobada eludió definirse sobre la finalidad de la pena pero reafirmaba el aspecto nuclear de la concepción de Grispigni:

(El VI congreso internacional de Derecho penal...) expresa el voto de que las futuras reformas de la legislación penal estén informadas, en cuanto sea posible, en principios según los cuales, frente a los delinquentes para cuya reeducación la pena pueda presentarse como no apta o insuficiente, en vez de añadir a la pena una distinta medida de seguridad, sea

138 Tal moción (reproducida en Petrocelli, "Metodi e risultati (...)", cit., pp. 65-66) estaba firmada por diversos penalistas italianos como Bettiol, Giulio Battagliani, Cavallo, Crespi, Dell'Andro, Delogu, Foschini, Marcello Gallo, Leone, Moro, Petrocelli y Sabatini y alemanes como Jescheck, Welzel y Mayer. La firmaba también otros altos funcionarios entre los que destacaba el a la sazón Director general de las instituciones de prevención y de pena, Lattanzi.

Las posturas de estos autores fueron legitimadas por el papa Pío XII quien, en el discurso que dirigió a los participantes en el congreso (publicado bajo el título "Principi fondamentali di diritto penale", en *AP*, I, 1953, pp. 421-437) reafirmaba que la culpabilidad, basada en la libre voluntad del hombre, debía ser el presupuesto de la intervención del derecho penal y que la pena debía tener la finalidad de restablecer la igualdad infringida y de proteger el respeto a los imperativos del derecho (pp. 431-436).

establecida desde el primer momento de tratamiento lo más unitario posible y adecuando a las diversas categorías de sujetos¹³⁷.

Esta solución de compromiso, y en general el desarrollo del congreso, a la vez que mostraba una incipiente fuerza del paradigma reeducativo para plantear una reforma del sistema sancionatorio del código Rocco ponía de relieve que la verdadera batalla que debería conducir tal paradigma sería en el terreno de la fijación de la pena, de ahí que, en los años siguientes, aparecieron notables contribuciones de autores que enriquecieron el paradigma reeducativo mediante una fundamentación de la reeducación en una concepción preventiva del derecho penal¹³⁸.

137 Petrocelli, "Metodi e risultati (...)", cit., p. 68.

140 Esta es la conclusión a la que llega Musco (op. cit., pp. 170-172), con quien coincidí, al analizar el debate entre Graspigni y Petrocelli en el VI congreso internacional de Derecho penal.