

CONSEJO DE REDACCIÓN

Pedro GONZÁLEZ-TREVIJANO (*Presidente*)

José María ASENCIO MELLADO

Julio BANACLOCHE PALAO

Pilar BLANCO-MORALES LIMONES

Antonio CAYÓN GALIARDO

José CORRAL MARTÍNEZ

Guillermo GUERRA MARTÍN

Eugenio LLAMAS POMBO

Blanca LOZANO CUTANDA

José Luis MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ

Francisco PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL

Jesús-María SILVA SÁNCHEZ

Enrique ARNALDO ALCUBILLA (*Secretario*)

**CASOS QUE HICIERON
DOCTRINA EN DERECHO
PENAL**

Pablo SÁNCHEZ-OSTIZ
(*Coordinador*)

Si los nuevos límites se entendieran válidos, sin duda los mismos beneficiarían, aplicándose retroactivamente, a las emisiones de la Central, por más que la tutela ambiental quedara menoscabada. En caso contrario —y es ésta una cuestión a decidir desde criterios administrativos, aun en sede penal—, los mismos —como así entendió el Tribunal—, al igual que la tolerancia de la Administración, no podrían evitar la condena de quien se sabe vulnerador de la normativa administrativa ambiental.

EL CASO DE LA IGNORANCIA INVENCIBLE (*)

DONINI, Massimo
Professore Ordinario di Diritto Penale
Università di Modena e Reggio Emilia

SUMARIO:

- I. SENTENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL NÚM. 364/1988: CUARENTA AÑOS DE «CASOS» SIMILARES DE LA LLAMADA «BUENA FE EN LAS CONTRAVENCIONES»
- II. LAS RAÍCES ARGUMENTATIVAS DE LA SENTENCIA
 - II.1. De carácter exegético-constitucional
 - II.2. De carácter sistemático
 - II.3. De carácter político criminal
- III. LAS REACCIONES Y LOS DESARROLLOS POSTERIORES: DOCTRINA, JURISPRUDENCIA, LEGISLADOR

Ya en los años cuarenta o cincuenta del siglo pasado la jurisprudencia italiana admitía una suerte de «excusante» [exclusión de la responsabilidad] constituida por un error de Derecho cualificado, que

(*) Sentencia de la Corte Costituzionale núm. 364/1988, de 23-24 de marzo. Traducción a cargo de Raúl CARNEVALI RODRÍGUEZ, Centro de Estudios de Derecho Penal, Universidad de Talca (Chile).

traía consigo la licitud jurídico-penal del hecho. Era la llamada *buena fe en las contravenciones*⁽¹⁾. Según las decisiones más recurrentes, dicha buena fe debía consistir en el positivo convencimiento de la licitud, y por tanto en un error (no en una mera ignorancia) relativo a un comportamiento objetivamente prohibido por la ley (penal), un error de derecho debido a causas particulares como una sentencia precedente absolutoria por el mismo hecho, la existencia de autorizaciones provenientes de la administración pública acerca de la licitud de la conducta, o de cualificadas opiniones de sujetos públicos siempre en torno a la licitud del hecho, etc. No se trataba de una orientación unívoca, porque junto a sentencias absolutorias se encontraban decisiones más rigurosas que se apoyaban en el art. 5 del código penal italiano que disponía, sin excepciones, que «nadie puede invocar a su favor la ignorancia de la ley penal».

I. SENTENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL NÚM. 364/1988: CUARENTA AÑOS DE «CASOS» SIMILARES DE LA LLAMADA «BUENA FE EN LAS CONTRAVENCIONES»

La sentencia de 23-24 de marzo de 1988, n. 364⁽²⁾ representa aún hoy el pronunciamiento más importante en materia penal que ha emanado de la Corte Constitucional italiana. Una decisión «histórica» no sólo por los principios que en ella se enuncian, que en la época eran afirmados sólo por una parte minoritaria de la doctrina, sino también por toda la argumentación que la sustenta. Una sentencia histórica porque reescribe (*in bonam partem*) un artículo del código penal, incorporándole una delimitación decisiva⁽³⁾, que no se refiere sólo a la norma juzgada, sino a todo el sistema de imputación subjetiva y de culpabilidad penal. El «caso» a tratar era, en cambio, mucho menos impactante: la Corte debía resolver una situación

- (1) Para una referencia de la doctrina y la jurisprudencia sobre la buena fe en las contravenciones, además de los trabajos más destacados, allí citados, cfr. PETRAGNANI GELOSI, «Delitti e contravvenzioni. Elemento soggettivo nelle contravvenzioni. Buona fede ed errore in tema di reati contravvenzionali», en *Giurisprudenza sistematica di diritto penale. Codice penale*, BRICOLA/ZAGREBELSKY (dirs.), vol. I, 2.ª ed., Turín, 1996, págs. 557 ss., págs. 562 ss.
- (2) Vid. en RIDPP 1988, págs. 686 ss. con comentarios de PULITANO.
- (3) Caso típico de las denominadas sentencias «manipuladoras» de la Corte Constitucional, que ha declarado la ilegitimidad del art. 5 CP it., «en la parte que no excluye de la inexcusabilidad de la ignorancia de la ley penal, la ignorancia inevitable».

para nada novedosa. Por el contrario, absolutamente «tipificada» a nivel de la experiencia de la jurisprudencia en Italia.

La orientación recién expuesta, por otra parte, estaba de hecho circunscrita sólo a la materia contravencional⁽⁴⁾. Si bien, como «excepción» al art. 5 CP it., una limitación sólo en el ámbito contravencional no tuviese justificación teórica, se podía comprender que sobre todo en las contravenciones (hoy en día hay miles en Italia) tuviese un sentido práctico disponer limitaciones a la absolutidad del principio *ignorantia legis neminen excusat*. En efecto, las contravenciones contienen en el sistema italiano (como sucede en el francés, por ejemplo, o en la realidad norteamericana con los *petty misdemeanors* o las *summary offences, regulatory offences*, etc.) una tipología muy frecuente de ilícitos de mera «trasgresión» de reglas administrativas o cautelares, de órdenes, disposiciones o reglamentos administrativos de no siempre fácil conocimiento, y cuya violación es sancionada también por culpa. En materia de «buena fe en las contravenciones» se trataba, por otra parte, de puro Derecho jurisprudencial y los dos supuestos de hecho que han dado lugar al pronunciamiento de la Corte Constitucional n.º 364/1988 eran un típico caso de ese género. La primera ordenanza de remisión concernía, como recuerda la motivación de la sentencia, a una contravención de edificación, el entonces vigente art. 17 letra b) de la ley n.º 10 de 28 de enero de 1977 (construcción sin licencia, ilícito contravencional, entonces como ahora)⁽⁵⁾ que había sido cuestionada «por haber ejecutado sin concesión de construcción importantes obras de saneamiento de un terreno agrícola y para finalidades agrícolas, con exclusión de cualquier propósito de edificación. El *pretore de Cingoli* —sosteniendo que

- (4) El código penal italiano distingue los crímenes, según la pena impuesta a éstos, en delitos y contravenciones, conforme al art. 42 CP it. Los delitos son sancionados con presidio perpetuo, reclusión o multa, las contravenciones con arresto o enmienda [*ammenda*]. Para una exhaustiva ilustración de estos aspectos formales, vid. MARINUCCI/DOLCINI, *Corso di diritto penale*, I, 3.ª ed., Milán, 2001, 402 ss. En todo caso, existen *criterios sustanciales* que el legislador sigue o debería seguir para construir las contravenciones, además para adoptar en el futuro soluciones de distribución entre el Derecho penal y el administrativo, abandonando el modelo de las contravenciones. Al respecto, cfr., DONINI, *Il delitto contravvenzionale. «Culpa iuris» e oggetto del dolo nei reati a condotta neutra*, Milán, 1993, págs. XIII ss., 359 ss. y *passim*; ID., *Modelli di illecito penale minore*, en DONINI/CASTRONUOVO (dirs.), *La riforma dei reati contro la salute pubblica. Sicurezza del lavoro, sicurezza alimentare, sicurezza dei prodotti*, Padua, 2007, en especial, págs. 243-264.
- (5) Vid. ahora el art. 44, lett. b), d.p.r. de 6 de junio de 2001, n.º 360.

los imputados eran merecedores de absolución porque habían creído de buena fe, sobre la base de la jurisprudencia del Consejo de Estado, que podían ejecutar los trabajos sin licencia— con la ordenanza de 22 de julio de 1980» había presentado, no obstante, una cuestión de excepción de ilegitimidad constitucional de las normas sobre la imputación subjetiva del código penal (art. 5, 42 inc. 4, 43, 47 CP it.) «en la parte en que no prevén la relevancia de la ya señalada «buena fe» determinada por las interpretaciones de la jurisprudencia del Foro Supremo de justicia administrativa»: § 1 sentencia 364/1988. En consecuencia, no siendo la buena fe una causa de exclusión de responsabilidad reconocida por la ley, sino sólo por la vía jurisprudencial, puntualmente para disculpar al ciudadano que confía, por ejemplo, en las direcciones interpretativas de la misma jurisprudencia, el juez remitente pedía un pronunciamiento sobre la violación, de parte de la ley penal italiana, de una serie de principios constitucionales que exigen para la responsabilidad que el ciudadano pueda conocer la ley penal y no sea sancionado por contradicciones en su interpretación radicadas en las mismas jurisdicciones superiores del Estado.

La segunda ordenanza de remisión provenía del *pretore de Padova*, siempre por un ilícito contravencional, el art. 666 CP it. (espectáculos o entretenimientos públicos sin licencia), que sería después despenalizado, en 1999. El caso concreto de este pronunciamiento se refería al titular de un bar que había poseído o hecho funcionar en su negocio, un aparato de radio, un *videogame* y un *flipper*, creyendo de «buena fe» que para la radio no era necesario la licencia y que para los otros aparatos la situación era normal, también como consecuencia de aseguraciones verbales recibidas de funcionarios locales, y por efecto de la oscuridad de la legislación en cuestión.

II. LAS RAÍCES ARGUMENTATIVAS DE LA SENTENCIA

II.1. De carácter exegético-constitucional

La aceptación de las excepciones de legitimidad constitucional fue mucho más allá de las motivaciones contenidas en las ordenanzas de remisión y también de la orientación jurisprudencial sobre la buena fe en las contravenciones. La sentencia núm. 364/1988, de hecho, tomando nota de la pasividad del Parlamento italiano, *ha reescrito las bases epistemológicas de la imputación subjetiva del crimen en general*, de los delitos y de las

contravenciones. Al hacerlo, su redactor, el prof. Renato DELL'ANDRO ha conjugado los mejores resultados de la hermenéutica de la Constitución, surgidos en la doctrina de los años sesenta y setenta del siglo pasado, con las premisas sistemáticas de una visión postwelzeliana del delito, que en Italia, entonces, era absolutamente minoritaria. Por tanto, ha puesto una sobresaliente sensibilidad político-criminal en la relectura de las relaciones entre los poderes del Estado y los derechos del ciudadano.

En el plano *exegético-interpretativo*, ya a mediados de los años sesenta, Franco BRICOLA, si bien admitía que, en la época, el principio de culpabilidad no podía aún estimarse constitucionalizado con referencia al art. 27.1 de la Constitución («la responsabilidad penal es personal», era un principio restrictivamente reconducido, según la interpretación en aquel entonces mayoritaria, a la sola prohibición de la responsabilidad de hechos ajenos, con legitimación de una responsabilidad objetiva por hecho propio aunque sólo causalmente vinculada a un precedente ilícito culpable), sin embargo, ponía en evidencia como en esta norma estaría presente la idea de la prohibición de instrumentalizar al individuo por meros fines de política criminal, así como la prohibición de utilizar, en el cómputo del *quantum* de la pena, «elementos no reconducibles a la conducta del sujeto o, cuanto menos, a su personalidad», y además la prohibición de perseguir, en sede judicial, «un fin de prevención general que supere el rol de mera *Nebenwirkung*»⁽⁶⁾.

En las mismas páginas, sin embargo, se abría camino a una clave de lectura del art. 27.3 de la Constitución capaz de imponer, en poco tiempo, un replanteamiento completo de la constitucionalización del *nullum crimen sine culpa*.

Emergía, de hecho, una implícita desarmonía entre el «alcance» del art. 27.1 de la Constitución (restrictivamente entendido conforme al significado señalado) y aquél del inciso 3: si la tendencia reeducativa que la Constitución prescribe a la pena («debe tender a la reeducación»: así, el citado inciso 3) impone una personalización de la sanción impuesta⁽⁷⁾, una verdadera personalización de la pena no puede nunca acontecer, en caso de que

(6) BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, Milán, 1965, págs. 353 ss.

(7) BRICOLA, *La discrezionalità*, págs. 356 ss.; para un cuadro actual de la problemática, ver, por todos, FIANDACA, «Il 3.º comma dell'art. 27», en *Commentario della Costituzione*, a

o bien se atribuya un hecho lesivo en ausencia de dolo o culpa o sobre la base de un mero nexo causal entre conducta y resultado, o bien por el sólo hecho de revestir una cierta cualidad (casi de responsabilidad objetiva)⁽⁸⁾. En tal caso, se utilizan en el cómputo del *quatum* de pena elementos seguramente no reconducibles a la personalidad —sino sólo a la conducta «material»— del sujeto que no tiene ninguna «culpa» en la producción de aquellos elementos.

La posible constitucionalización del *nullum crimen sine culpa* vendrá expresamente sugerida a la luz de la conexión entre el inciso 1 y el 3 del art. 27 de la Constitución⁽⁹⁾: una pena que no se refiere a un ilícito culpablemente cometido no puede reeducar.

Desde ese momento y en pocos años, otros autores profundizarán en estas reflexiones, llegando a sostener la constitucionalización del principio *nullum crimen sine culpa*, siempre mediante una lectura conjunta de los incisos 1 y 3 de la Constitución italiana⁽¹⁰⁾.

La Corte Constitucional, motivando la decisión veinte años más tarde respecto a aquellas primeras elaboraciones interpretativas, enmarca la cuestión en la premisa del principio de culpabilidad y adopta la solución exegética ya indicada por la doctrina arriba mencionada. Afirma la Corte que «el art. 27 de la Constitución no puede ser adecuadamente comprendido si se lee de manera, por decirlo de algún modo, fraccionado, sin vinculaciones «internas». Los incisos 1 y 3 deben leerse en estrecha vinculación: ellos, si bien enuncian principios diversos, conforman una unitaria toma de posición en relación a los requisitos subjetivos mínimos que el delito debe poseer para que tengan significado los objetos de política criminal enunciados, particularmente, en el inciso 3. Hay que elegir una sola opción: o

cura di BRANCA-PIZZORUSSO, Bologna, 1991, págs. 222 ss. y *passim*; ROMANO, en Id./GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. II, 3.ª ed., Milán, 2005, art. 133/23 ss.

(8) Así ya BRICOLA, *La discrezionalità*, págs. 358 ss., nota 295.

(9) *Op. loc. ult. cit.*

(10) AMATO G., *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milán, 1967, reimpresso 1975, págs. 454-469; PULITANO, «Ignoranza (dir. pen.)», en *Enciclopedia del diritto*, XX, Milán, 1970, págs. 36 ss.; Id., «Il principio di colpevolezza e il Progetto di riforma penale», *JuS* 1974, págs. 501 ss.; BRICOLA, voz «Teoria generale del reato», en *Novissimo Digesto Italiano*, 1973, págs. 53 ss.; argumentando ex art. 27, inciso 1 de la Constitución, GROSSO, voz «Responsabilità penale», en *Novissimo Digesto Italiano*, XV, 1968, págs. 713 ss.

el inciso 1 está en manifiesta contradicción con el inciso 3 del art. 27 de la Constitución, o bien es, justamente, este último inciso el que revela, si fuese necesario, el exacto significado y el preciso alcance que el principio de la responsabilidad penal personal asume en la Constitución⁽¹¹⁾. Concluye la Corte sobre el punto: «vinculando el primero al tercer inciso del art. 27 de la Constitución, fácilmente se distingue que, de cualquier modo se entienda la función reeducativa (de la pena), ella postula al menos la culpa del agente en relación a los elementos más significativos del supuesto típico. No tendría sentido la «reeducación» de quien, no estando al menos «en culpa» (respecto del hecho), no tiene, ciertamente, «necesidad» de ser «reeducado». Sólo cuando a la pena viene asignada exclusivamente una función disuasiva (lo cual, sin embargo, seguramente quedaría excluido de nuestro sistema constitucional, dada la grave instrumentalización que sufriría la persona humana) podría configurarse como legítima una responsabilidad penal por hechos no reconducibles (además de cuanto se dirá en materia de ignorancia inevitable de la ley penal) a la ya señalada culpa del agente, conforme la previsibilidad o evitabilidad del resultado⁽¹²⁾.

II.2. De carácter sistemático

Sobre el plano *sistemático*, por otra parte, la Corte sigue una formulación bastante distante de aquella afirmada por los autores mencionados *supra*. En la medida en que se refería al nexo entre culpabilidad normativa y principio de culpabilidad para afirmar el *nullum crimen sine culpa* y la exigencia de excusar formas de ignorancia inevitable de la ley penal, la literatura italiana que había enunciado estas soluciones no había aceptado una suerte de constitucionalización, pero tampoco una recepción puramente científica o doctrinal de la «culpabilidad» como *categoría dogmática*, sino sólo del *principio de culpabilidad*. La culpabilidad como categoría era sólo el contenedor de todo lo subjetivo⁽¹³⁾.

(11) C. Const. núm. 364/1988, *RIDPP* 1988, pág. 700, § 9.

(12) *RIDPP* 1988, pág. 706, § 11.

(13) Para una reconstrucción crítica de este *status quo ante*, DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milán, 1991, págs. 552 ss., que es el primer estudio que ha replanteado la sistemática del delito después de la sentencia 364/1988.

La culpabilidad como principio, en cambio, había encontrado, en los años setenta, algunas importantes afirmaciones a nivel constitucional y también de profundización teórica, precisamente en materia de error de derecho⁽¹⁴⁾. Bajo el perfil de la sistemática penal, en cambio, la literatura italiana, durante todos los años ochenta, estaba seguramente fundada sobre una postura en gran parte prewelzeliana, aunque con algunas relevantes excepciones⁽¹⁵⁾. El «hecho» era aún el elemento objetivo, mientras todo el elemento subjetivo era la «culpabilidad» compuesta a la vez por una parte psicológica y una normativa. El ilícito penal, por tanto, era entonces y solamente el hecho objetivo no justificado: un «injusto objetivo», un *objektives Unrecht*.

El redactor de la sentencia no sigue, sin embargo, tal reconstrucción, desde hace tiempo superada a nivel internacional, y razona en términos postwelzelianos: pero este aspecto de gran novedad no ha suscitado en Italia un eco significativo, tampoco, como se verá, en el ámbito académico.

Después de haber afirmado querer tratar la culpabilidad, sobre todo como principio constitucional y haber reconstruido su fundamento, la Corte no podía afrontar la cuestión específica de la excusabilidad de la ignorancia inculpable de la ley penal sin utilizar, además, la culpabilidad como «categoría dogmática». No podía por la simple razón de que la operación que estaba por realizar —esto es, la «reescritura» del art. 5 CP it. modelándolo como una causa de exclusión de la culpabilidad (en caso de ignorancia inevitable de la ley penal)— presuponía, no sólo el reconocimiento de la culpabilidad como principio (el *nullum crimen sine culpa*), sino también el empleo de la categoría específica «sistemática» de la culpabilidad como elemento del análisis del delito, posterior a —y *distinto de*— aquel de la tipicidad objetiva y subjetiva del hecho.

(14) En particular, y siempre sobre la culpabilidad como principio (por otra parte, sin distinguirla verdaderamente de la culpabilidad como categoría), BRICOLA, voz *Teoria generale del reato*, págs. 53 ss.; D. PULITANO, *L'errore nella teoria del reato*, Milán, 1976, *passim*. Para la distinción, DONINI, *Illecito e colpevolezza*, págs. 554 ss.

(15) Entre las excepciones, cfr. las posiciones de la llamada escuela napolitana, de SANTAMARIA y LATAGLIATA, y después aquellas más personales de PAGLIARO y de GALLO. Vid. además el libro de MARINUCCI, *Il reato come azione. Critica di un dogma*, Milán, 1971 (con acogida de una formulación sistemática postwelzeliana, como ROXIN, pero de la que después se retracta el autor).

«La verdad —prosigue la motivación de la sentencia núm. 364/1988— es que no se debe “continuar” la polémica sobre la constitucionalización o no del principio de culpabilidad, respecto de los arts. 42, 43, 47, 59 etc. CP it. como si, no obstante la evidente inversión metodológica, se hubiera admitido interpretar las normas constitucionales a la luz de las normas ordinarias (¿cuál es, por otra parte, entre tantas conceptualizaciones científicas, la noción de culpabilidad que debería ser constitucionalizada?), sino que, aclarados los contenidos de las normas constitucionales que determinan los requisitos subjetivos “mínimos” de imputación, prescindiendo un momento del sistema ordinario, deducido de los arts. 42, 43, 47, 59 etc. CP it., es necesario verificar, en cada ocasión, si las particulares hipótesis criminosas de parte especial (vinculadas con las disposiciones de parte general) sean o no conformes, en cuanto a los elementos subjetivos, a los requisitos mínimos requeridos de las normas constitucionales autónomamente interpretadas»⁽¹⁶⁾.

Por tanto: «La misma posibilidad (que se manifestará, dentro de poco, ser esencial para el juicio de responsabilidad penal) de dirigir un «reproche» por la comisión del ilícito, no equivale a la aprobación por parte de la Constitución (la constitucionalización) de una de las múltiples concepciones «normativas» de la culpabilidad propuestas por la doctrina, sino que constituye un resultado autónomo, desvinculado de cualquier premisa conceptual, de la interpretación de los incisos 1 y 3 del art. 27 de la Constitución también si, *per accidens*, tal «reproche» viene a coincidir con una de las nociones de culpabilidad (normativa) propuestas por la doctrina, o deducidas de un determinado sistema ordinario»⁽¹⁷⁾.

Prosiguiendo con la argumentación, la Corte introduce una idea efectivamente «revolucionaria» respecto a muchas concepciones de la culpabilidad psicológicas o normativas «corrientes» en Italia aún en los años ochenta. Una idea, en realidad, largamente difundida en otras experiencias jurídicas, como en la cultura penal alemana⁽¹⁸⁾, y que estaba contenida *in nuce* en las elaboraciones originarias de la misma concepción normativa

(16) C. Const. núm. 364/1988, RIDPP 1988, págs. 709 ss., § 13.

(17) *Ibidem*, 710, § 13.

(18) Para una exposición crítica de los orígenes históricos de la culpabilidad normativa, vid. PADOVANI, «Appunti sull'evoluzione del concetto di colpevolezza», RIDPP 1973, págs. 554 ss., 566 ss.; DOLCINI, *La commisurazione della pena. La pena detentiva*, Padua, 1979,

clásica de la culpabilidad, presentes en los primeros años del s. xx en escritores como FRANK, GOLDSCHMIDT, BELING, FREUDENTHAL. La idea de que pueden existir, técnicamente, el «dolo» o la «culpa», sin que haya culpabilidad, y que sólo la individualización de criterios normativos de exigibilidad admite una efectiva personalización del juicio penal sobre un hecho (de todos modos) «doloso» o «culposo». Es claro, de esta forma, que el dolo y la culpa, según la Corte, son ya elementos del «tipo»⁽¹⁹⁾.

Afirma la Corte concluyendo sobre este aspecto: «el hecho imputado, para que sea legítimamente punible, debe necesariamente incluir al menos la culpa del agente en relación a los elementos más significativos del supuesto típico. El hecho (punible, “propio” del agente), en la materia que se está tratando, es constitucionalmente entendido en un sentido amplio, también subjetivamente caracterizado, y no en el sentido reducido de un conjunto de elementos objetivos. La “tipicidad” (objetiva y subjetiva) del hecho (obviamente, por regla general, son requeridos en las diversas hipótesis criminales, otros elementos subjetivos, como el dolo, etc.), constituye, así, el primer “presupuesto” necesario de la punibilidad y se diferencia de la valoración y reprochabilidad del hecho mismo»⁽²⁰⁾. Pero aquí no termina todo. Se agrega, además, «la necesaria “reprochabilidad” de la personal violación normativa», con el objeto de que el hecho como ha sido reconstruido sea «expresión de un consciente y reprochable contraste con los (o por indiferencia a) los valores de la convivencia, expresados por las normas penales». Se exige por ello, que el deber de observar las leyes penales no se circunscriba “a una pura dimensión objetiva”, o en una dimensión “subjetiva” limitada a la culpa del hecho»⁽²¹⁾.

Esto postula la posibilidad del conocimiento de la ley penal para la operatividad del mismo precepto: de hecho «el modo más satisfactorio para

págs. 260 ss.; FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Padua, 1990, págs. 53 ss., 163 ss.

(19) Ampliamente, para la ilustración de la distancia de esta especial conclusión respecto a la *communis opinio* (de la época) de la literatura italiana, que aún seguía concepciones «normativas» de la culpabilidad, DONINI, *Illecito e colpevolezza*, Milán, 1991, págs. 552-574; *Id.*, *Il delitto contravvenzionale*, págs. 1 ss.; *Id.*, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padua, 1996, págs. 379-397.

(20) C. Const. núm. 364/1988, RIDPP 1988, pág. 710, § 13.

(21) *Ibidem*, pág. 711.

convalidar todo aquello es el emprendido, en tiempos recientes, por la doctrina que sostiene que la “posibilidad de conocer la norma penal”, es un presupuesto autónomo necesario para toda forma de imputación y que extiende la esfera de operatividad de tal “presupuesto” a todos los supuestos penalmente relevantes, comprendidos los dolosos». «Considerando la disposición compuesta por los incisos 1 y 3 del art. 27 de la Constitución en el cuadro de las directivas fundamentales del sistema constitucional deducidas sobre todo de los arts. 2, 3, 25.2, 73.3 de la Constitución etc., se le atribuye a la “posibilidad de conocer la norma penal”, un rol autónomo en la determinación de los requisitos subjetivos de imputación constitucionalmente requeridos. Tal “posibilidad” es pues, presupuesto para la reprochabilidad del hecho, entendido este último como comprensivo también de los elementos subjetivos atinentes al hecho del delito»⁽²²⁾.

II.3. De carácter político criminal

Los aspectos político criminales y los pasajes argumentativos de la Corte no son ciertamente menos importantes que aquellos dogmáticos.

Bajo el imperio del «viejo» art. 5 CP it. la realización voluntaria de un hecho delictivo, pero en la ignorancia (exclusable o no) de la punibilidad o de la ilicitud penal, era un comportamiento «doloso», o bien «culposo» (si realizado por inobservancia de «cauteladas»), y como tal era sancionado. Obviamente, si hoy el mismo hecho es realizado voluntariamente y en un estado subjetivo de ignorancia evitable y por tanto no excusable, éste sigue siendo igualmente «doloso» si se identifica un dolo penalmente serio. El ámbito de actuación de esta causa de exclusión de la culpabilidad, por tanto, posterior a aquel de la identificación del elemento subjetivo típico.

Según la Corte, el Estado debe hacerse cargo de la falta de conocimiento de los preceptos que el particular no haya podido inculpablemente aprender. Las normas penales «pueden ser conocidas sólo cuando se tornen “reconocibles”. El principio de “reconocibilidad” de las normas penales comprendido en los arts. 73.3 (obligación de publicar las leyes), y 25.2 (principio de legalidad; reserva de ley, taxatividad e irretroactividad) de la Constitución, reenvía [...] a la necesidad de que el derecho penal consti-

(22) *Ibidem*, págs. 712 ss., § 15.

tuya verdaderamente la *extrema ratio* de protección de la sociedad, esté constituido por normas no numerosas, excesivas respecto a los fines de protección, claramente formuladas, dirigidas a la tutela de valores al menos de "relevancia constitucional", y susceptibles de ser percibidos también en función de normas "extrapenales" de civilidad, vigentes efectivamente en el ambiente social en el cual las normas penales están destinadas a operar⁽²³⁾. Es una contrapartida del «contrato social»: el Estado no se impone siempre y en todo caso desde lo alto, sino que dialoga con los ciudadanos exigiendo que éstos se informen sobre las leyes emanadas y, por tanto, disponiendo obligaciones específicas de información, cuyo cumplimiento será examinado al determinar la «inevitabilidad» o no de la *ignorantia legis* (ética de la responsabilidad)⁽²⁴⁾, pero excusando las situaciones objetivas o personales donde emerge la inexigibilidad del conocimiento de la ley.

Lo anterior responde a un deber que el Estado mismo ha asumido y que está sancionado en el art. 2 Const.: la «solidaridad social», que se vincula con el compromiso de la República italiana (art. 3 cpv Constitución) de «remover los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad e igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país» (*vid.* al respecto el § 14 de la sentencia).

Este es, entonces, el juicio inapelable sobre el antiguo art. 5 CP it., el cual «torna inconstitucional todo el sistema ordinario en materia de culpabilidad, en cuanto sustrae a ésta la importantísima materia de la relación entre el sujeto y la ley penal y, consiguientemente, entre el sujeto y la conciencia del significado ilícito del hecho. Pero el art. 5 CP it. «desnaturaliza», quitándole fundamento, también al contenido residual que no se le sustrae a la culpabilidad (dolo, culpa del hecho, etc.). Cuando el agente ignora, de manera absolutamente inculpable, la ley penal y, por tanto, in-

(23) *Ibidem*, pág. 714, § 17. Sobre el principio de «reconocibilidad» de la ley penal, *vid.* DE FRANCESCO, «Il principio della personalità della responsabilità penale nel quadro delle scelte di criminalizzazione», *RIDPP* 1996, págs. 32 ss., 48 ss.

(24) Sobre la ética de la responsabilidad como base política de la «Schuldtheorie», *cfr.* DONINI, *Il delitto contravvenzionale*, cap. I.

culpablemente ignora la ilicitud del hecho, no muestra oposición alguna a los valores tutelados por el ordenamiento»⁽²⁵⁾.

Su dolo, dice la Corte, no podría constituir objeto de reproche ex art. 27 incisos 1 y 3 de la Constitución, pero la conducta (aunque sea) voluntaria no podría tampoco ser valorada como culposa, siendo inculpable la ignorancia de la ley.

La ignorancia inevitable, por tanto, se refiere específicamente a la «reprochabilidad» del hecho cometido con dolo o con culpa. La culpabilidad debe corresponder a la conducta dolosa o culposa, no a la «estructura» dolosa o culposa del hecho en sí, que debe más bien ser previamente determinada. Si el hecho no fuese tampoco doloso o culposo, si no estuviese siquiera configurada la «tipicidad subjetiva» del hecho, evidentemente, el sujeto no tendría necesidad de invocar la ignorancia de la ley penal.

En consecuencia, pretendiendo anticipar una definición de la culpabilidad en el sistema vigente, podemos decir que también la Corte Constitucional sigue una concepción de carácter normativo de la culpabilidad, según la cual la culpabilidad como categoría fundante del merecimiento de pena y limitadora de la responsabilidad (porque sin ella la ofensa causada, o bien el dolo o la culpa, no bastan para explicar la sanción de la pena) es una actitud de la voluntad contraria al deber, valorado en sus cualidades y diferencias psicológicas a la luz de la normalidad de las condiciones personales y sociales que han determinado o condicionado la motivación del sujeto en la realización del hecho típico.

III. LAS REACCIONES Y LOS DESARROLLOS POSTERIORES: DOCTRINA, JURISPRUDENCIA, LEGISLADOR

Los efectos *potenciales* de la sentencia núm. 364/1988 son tan profundos y radicales, que están todavía lejos de haberse realizado en el ordenamiento italiano, salvo en cierta medida de manera lenta y progresiva. Sólo para describir los efectos *reales* de la decisión se requeriría al menos un artículo extenso, o incluso una monografía. Basta entonces, para esta sede, la realización de algunas observaciones sintéticas.

(25) C. Const. núm. 364/1988, *RIDPP* 1988, pág. 724.

La sorpresa suscitada dentro de los operadores correspondió a una acogida muy favorable por parte de casi la totalidad de la doctrina. El reconocimiento del principio de culpabilidad, en particular, ha sido visto como una victoria del saber científico sobre la desidia e insensibilidad del Parlamento. Sólo algunas voces críticas, a propósito de la nueva «causa de exclusión de la culpabilidad», merecen aquí ser recordadas. En primer lugar, las de Luigi STORTONI y Luigi FERRAJOLI⁽²⁶⁾. Para estos autores la decisión de la Corte continúa atribuyendo al ciudadano una responsabilidad del Estado, pues en lugar de declarar la ilegitimidad de normas no taxativas, confusas, caóticas, de difícil interpretación, legítima de hecho su perpetuación legislativa, «disculpando» sólo al ciudadano inculpable y absolviendo del todo al verdadero responsable, esto es, al Estado. Con un efecto perverso sobre la legislación futura. Sobre tales premisas, el Parlamento podría tranquilamente continuar produciendo una legislación excesiva, una inflación penal, disponiendo de un instrumento hipócrita para descargar sobre los particulares los *déficits* de la ley penal. Es más, según FERRAJOLI la sentencia de la Corte núm. 364/1988 sobre la excusabilidad de la ignorancia de la ley penal «representa una declaración oficial de bancarrota del Derecho penal», incapaz de reducir el número de incriminaciones a un núcleo previsto exclusivamente en el código penal, compuesto por delitos respetuosos de los varios y decantados principios-guía de la legislación penal y por tanto, constreñido a admitir abiertamente el fracaso de las promesas de la Ilustración⁽²⁷⁾.

Otra lectura crítica ha sido propuesta por quien escribe, en función tanto dogmática, como directamente práctica y correctiva respecto a los límites de la *Schuldtheorie* acogida por la Corte Constitucional. La «teoría de la culpabilidad» entra en conflicto con el principio mismo de culpabilidad allá donde los hechos tipificados por la ley sean «una conducta neutra», donde no sea posible querer el mismo hecho típico si no se conoce la ilicitud jurídica. Lo anterior, con motivo de la artificialidad de la descripción, de la dificultad de percibir la misma antisociabilidad o la lesividad respecto de un determi-

(26) STORTONI, «L'introduzione nel sistema penale dell'errore scusabile di diritto: significati e prospettive», *RIDPP* 1988, págs. 1313 ss., 1347 ss.; FERRAJOLI, *Quattro proposte di riforma delle pene*, en BORRÉ/PALOMBARINI (dirs.), *Il sistema sanzionatorio penale e le alternative di tutela*, Milán, 1998, pág. 50; FERRAJOLI, *Lo stato di diritto tra passato e futuro*, en COSTA/ZOLO (dirs.), *Lo stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milán, 2002, pág. 364. Cfr. también DE FRANCESCO, *RIDPP* 1996, págs. 32 ss., 48 ss., 50, 55, 66 ss.

(27) FERRAJOLI, *Quattro proposte*, p. 50.

nado interés protegido, siempre que no se esté jurídicamente informado de la situación y de su regulación. En dichos casos, sería necesaria una construcción diversa de los supuestos típicos, o bien, ya desde una perspectiva *de lege lata*, no tanto «excusar sujetos que se reputan o se presumen actuar con dolo», cuanto adoptar una reconstrucción autónoma del dolo y de su objeto, de modo conforme a los principios de la llamada *Vorsatztheorie*, o teoría del dolo, excluyendo el dolo en los delitos de conducta neutra, cuando el sujeto no conozca la antijuridicidad del hecho, y ello por una razón técnica. En efecto, si el dolo no cubre la ilicitud, en estas hipótesis, su contenido no se distingue del conocimiento de un hecho normal de la vida ordinaria y en tal caso, la eventual culpa no es «dolo», sino *culpa iuris*⁽²⁸⁾.

Estas críticas, de todos modos, no reflejan la *communis opinio*, que es del todo legitimista respecto al sistema oficial de la *Schuldtheorie*⁽²⁹⁾. Si los delitos son artificiales, hasta que no se cambien las leyes, tanto peor para el ciudadano.

Deviene entonces de importancia determinar si quien ha cometido el hecho sin haber comprendido su ilicitud o su misma antisociabilidad, pueda verdaderamente hoy ser al menos «exculpado» en caso de ignorancia inevitable-inculpable. A este respecto, resulta en cambio paradójico un dato: precisamente el primer y más inmediato efecto de la decisión, que se refiere al tenor del art. 5 CP it., que la Corte ha modificado con una sentencia manipuladora-aditiva, en cuanto ha agregado el requisito «literal» de la inevitabilidad de la *ignorantia legis*, ha tenido un alcance práctico muy modesto.

(28) DONINI, *Il delitto contravvenzionale*, págs. 17 ss. (cap. I), 293 ss., 326 ss. y *passim*; ID., «Dolo e prevenzione generale nei reati economici», *RTDPE* 1999, págs. 27 ss. En este sentido, FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale. PG*, 6.ª ed., Bologna, 2009, pág. 407; DE SIMONE, en CANESTRARI/CORNACCHIA/DE SIMONE, *Diritto penale. PG*, Bologna, 2008, págs. 629 ss. Vid. también BELFIORE, *Contributo alla teoria dell'errore in diritto penale*, Turín, 1997, págs. 129 ss.; CALABRIA, «Delitti naturali, delitti artificiali ed ignoranza della legge penale», *L'Indice Penale*, 1991, págs. 35 ss.

(29) Para una reproposición integral de la «Schuldtheorie» a todo el sector penal sin excepciones, cfr. PULITANO, voz *Ignoranza della legge (Diritto penale)*, en *Enciclopedia del Diritto*, Aggiornamento, I, 1997, págs. 614 ss.; además, aunque con muchas perplejidades y dificultades en términos de justicia sustancial de frente a los delitos artificiales, VALLINI, *Antiche e nuove tensioni tra colpevolezza e diritto penale artificiale*, Turín, 2003, págs. 223 ss., 335 ss.

La jurisprudencia puede gestionar el principio de la «inevitabilidad» como quiera. Sucede así que respecto a quien carece de instrucción se diga que no debía tampoco emprender cierta actividad sin informarse, careciendo, precisamente, de socialización. En cambio, respecto a quien debería ser competente, se objeta que su error de derecho es inexcusable, esperándose precisamente un nivel mucho más elevado de exigibilidad en la aculturación normativa y peculiares deberes de actualización. La misma antigua jurisprudencia sobre la buena fe en las contravenciones aparece por un lado superada teóricamente, pero por otro lado también debilitada en el plano práctico. Mientras antes había espacio para soluciones más «equitativas» respecto a delitos menores, ahora que esta excusabilidad se aplica también a los delitos, el parámetro es más riguroso: no basta cualquier «buena fe» sino que el error o la ignorancia deben ser efectivamente inevitables⁽³⁰⁾. La imagen de la sociedad jurídica y la selección de la exigibilidad subjetiva son ciertamente más «agresivos». No habiendo pues disminuido los delitos ni las contravenciones⁽³¹⁾, hoy se exige también más del ciudadano (y del extranjero), no sólo

(30) Cfr. BINDA, Art. 5/1964 ss., en DOLCINI/MARINUCCI (dirs.), *Codice penale commentato*, vol. I, Milán, 2006, págs. 134 ss.

(31) Hemos contabilizado hasta 1999, 5431 normas-precepto contenidas en la legislación penal complementaria (con la exclusión de los códigos penales militares). De éstas, 4557 son contravenciones, esto es, el 84% de la legislación llamada especial. Se trata del resultado de una investigación MURST iniciada en 1999 y cuyos resultados han sido presentados en un congreso realizado en Módena del 14-15 de diciembre de 2001. Cfr. los Actos relativos publicados en DONINI, *Modelli ed esperienze di riforma del diritto penale complementare*, Milán, 2003; siempre como conclusión de la señalada investigación, véase, BERTACCINI/PAVARINI, *L'altro diritto penale*, Turín, 2004. Sobre el argumento cfr. también el precedente estudio comparado DONINI (dir.), *La riforma della legislazione penale complementare. Studi di diritto comparato*, Padua, 2000. Como se ha explicado en este trabajo, permanecen algunas fundadas perplejidades hacia un acogimiento integral del modelo español de código penal que concentra en pocos centenares de artículos, sólo del código, casi todo el derecho penal (con sólo poquísimas leyes complementarias); porque para realizar tal empresa, el legislador penal está constreñido a utilizar demasiadas cláusulas generales, normas en blanco y elementos normativos. Un código construido así no sanciona poco, sino sólo de modo más escondido, comportamientos que otros sistemas describen de manera más puntual a través de un número más consistente de incriminaciones, distribuidas entre código y leyes complementarias. Cfr. sobre tal modelo, FOFFANI/PIFARRÉ DE MONER, «La legislazione penale speciale in Spagna», en *La riforma della legislazione penale complementare*, págs. 189 ss.; MUÑOZ CONDE, «Luci e ombre del modello spagnolo», en DONINI (dir.), *Modelli ed esperienze di riforma del diritto penale complementare*, Atti del Convegno di Modena del 14-15 dicembre 2001, Milán, 2003, págs. 101 ss.; TERRADILLOS BASOCO, *Per un modello pancodificistico: l'esperienza spagnola*,

del Estado. En los tiempos de *google*, la falta de cultura jurídica, esto es, la culpa que concierne al derecho, ¡es ya prueba del dolo!

Bajo el perfil de la realización del principio de culpabilidad, hay que distinguir entre jurisprudencia y Parlamento.

La jurisprudencia constitucional primero, y la ordinaria después, han acogido el *nullum crimen, nulla poena sine lege* respecto a la mayor parte de los sectores dominados por la responsabilidad objetiva en el código de 1930. No ha sido pues el legislador el que lo ha hecho, tampoco después de 1988, salvo una excepción. El legislador sólo ha introducido, en 1990, la imputación subjetiva de las circunstancias agravantes (ver la reforma del art. 59, inc. 2 CP it., por obra de la ley núm. 19/1990), adscritas ahora al menos a la culpa. Ha dejado en cambio «sobrevivir en el papel», hasta hoy, todos los principales casos de responsabilidad objetiva por los resultados agravantes no queridos diseminados sobre todo en el Código Penal⁽³²⁾. Sí a la culpa para elementos accidentales, por tanto (las circunstancias), pero no respecto de los diversos elementos esenciales (los resultados de muchos delitos). Y no sólo esto. El legislador incluso ha vuelto a introducir deliberadamente una forma de responsabilidad objetiva pura constituida por la irrelevancia del error (también si es inculpable) sobre la edad de la persona ofendida en los delitos sexuales (art. 609 *sexies* CP it., que forma parte de la reforma de los delitos sexuales de 1996 y corresponde, por lo demás, al previgente art. 539 CP it.).

Sólo en los últimos tiempos, al respecto, se ha consolidado en la jurisprudencia una nueva dirección que realiza verdaderamente la sentencia 364/1988: prescindiendo completamente de que haya un pronunciamiento de la Corte Constitucional, el intérprete, también frente a una voluntad seguramente contraria del legislador ordinario y teniendo la obligación de

ibidem, págs. 113 ss. Además, lo observado en DONINI, «La riforma della legislazione penale complementare: il suo valore costituente per la riforma del codice», en *La riforma della legislazione penale complementare*, págs. 33-37; INSOLERA, *Il diritto penale complementare*, en *Modelli ed esperienze di riforma*, págs. 92 ss.

(32) Por ejemplo, delito doloso seguido de lesiones o muerte (art. 586 CP it.) y más específicamente maltratos seguidos de lesiones o muerte (art. 372 CP it.), riña seguida de lesiones o muerte (art. 588 cpv. CP it.), omisión de medidas de protección contra accidentes laborales seguidos de lesiones o muerte (art. 437 inciso inicial. CP it.), robo seguido de lesiones o muerte (art. 628 CP it.), secuestro de persona con objeto de extorsión seguidos de lesiones o muerte (art. 630 CP it.), etc.

una interpretación conforme a la Constitución, debe sostener el requisito de la culpa (*nullum crimen sine culpa*) en vía puramente hermenéutica, «introduciéndolo» en la ley ordinaria que lo haya excluido. Tal obligación ha sido corroborada, tanto por la Corte Constitucional, últimamente en la sentencia de 24 de julio de 2007, núm. 322 sobre el art. 609 *sexies*⁽³³⁾, como por las Sesiones únicas de la Casación. En Sesiones únicas de 22 de enero de 2009, RONCI⁽³⁴⁾ impone pues, una suerte de relectura de todo el Código Penal. En ausencia del legislador, será por tanto la jurisprudencia la que realice la Constitución. Veremos en qué medida será reconstruida la categoría de la culpa «en contexto ilícito», si verdaderamente es idéntica a cualquier forma de culpa ordinaria, o con trazos autónomos⁽³⁵⁾. En cuanto al perfil sistemático de la construcción de una culpabilidad distinta al dolo y la culpa, la doctrina italiana está aún atrasada. Sólo unos pocos manuales la han acogido ciertamente y pocas obras generales han realmente fundamentado su construcción⁽³⁶⁾.

En general, entonces, esta es una sentencia «histórica» que, sin embargo, después de 22 años, espera aún ser materializada por el legislador. Se trata pues, de un verdadero «caso», no en el sentido de un caso concreto juzgado, sino, como se ha visto, de un clamoroso caso de retardo histórico. Es tan histórica esta tardanza que basta pensar que ya desde los inicios del siglo XX, por parte de Giovanni BATTISTA IMPALLOMENI⁽³⁷⁾, se proponía la introducción, en el cuerpo de la norma del código Zanardelli que corresponde a la que luego sería la norma del art. 5 del código Rocco, de una cláusula casi idéntica a la inventada por la Corte Constitucional en 1988, como solución para la exculpante de la ignorancia inevitable.

(33) En *Diritto penale e processo*, 2007, págs. 146 ss., con nota de RISICATO.

(34) En *FI* 2009, II, págs. 448 ss., con nota de TESAURO.

(35) Sobre el tema de la culpa en contexto ilícito, *vid.* por todos y con posiciones no coincidentes, BASILE, *La colpa in attività illecita*, Milán, 2005; DONINI, *Teoria del reato*, 1996, págs. 369 ss.; CANESTRARI, VOZ «Preterintenzione», en *DDP IX*, 1995, págs. 694 ss.

(36) A nivel de manual, adheridos a posturas modernas, en cuanto a la concepción del «ilícito», también PALAZZO, *Corso di diritto penale*. *PG*, 3.ª ed., Turín, 2008, págs. 204 ss., 214 ss., 355 ss.; CANESTRARI/CORNACCHIA/DE SIMONE, *Manuale di diritto penale*, págs. 275-281; FIORE/FIORE, *Diritto penale*. *PG*, 3.ª ed., Turín, 2008, págs. 155 ss.; NAPPI, *Guida al codice penale*. *PG*, 2.ª ed., Milán, 2008, págs. 165 ss. *Vid.* también FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale*. *PG*, 6.ª ed., págs. 195 ss., 213 ss.; CADOPPI/VEZIANI, *Elementi di diritto penale*. *PG*, Padua, 2007, págs. 163 ss.

(37) G.B. IMPALLOMENI, *Istituzioni di diritto penale*, Torino, 1908, pág. 245.

CASO HIPERCOR^(*)

SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo
Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Navarra

SUMARIO:

- I. INTRODUCCIÓN: ETAPAS DEL CASO
- II. LA POSICIÓN DE LOS TRIBUNALES EN SUS SENTENCIAS: DOLO, DESISTIMIENTO Y RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO
- III. RELEVANCIA DOCTRINAL DEL CASO
 - III.1. ¿Obraron sin dolo?
 - III.2. ¿Desistieron de su conducta?
 - III.3. ¿Responsabilidad patrimonial del Estado?
- IV. CONCLUSIÓN

Los procesados Caride, Ernaga y Troitiño integraban en el año 1987 el denominado «comando Barcelona» de ETA, que actuaba bajo el mando de Arróspide, quien facilitaba información y materiales necesarios para la ejecución de acciones propias de la banda. «Siguiendo las instrucciones que Arróspide les había dado ..., los tres miembros del grupo decidieron hacer estallar una potente bomba incendiaria dentro del edificio de la mercantil "Hiperpor" [...]» de Barcelona, «y

(*) Sentencias de la Audiencia Nacional (secc. 1.ª de lo Penal) 14 de octubre de 1989 y 23 de julio de 2003, y del Tribunal Supremo 848/2004, de 2 de julio.