

## EL PLANTEAMIENTO TELEOLÓGICO CONSTITUCIONAL DE LA ESCUELA DE BOLOGNA Y LA OBRA DE FRANCO BRICOLA COMO ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y METODOLÓGICOS DE LA NOCIÓN DE DERECHO PENAL CONSTITUCIONAL\*

MARIO DURÁN MIGLIARDI\*\*

**RESUMEN:** El presente trabajo, realizado en el marco de una investigación sobre el origen histórico y metodológico del denominado *Derecho Penal Constitucional*, tiene como objetivo principal mostrar que el planteamiento teleológico constitucional de la *Escuela de Bologna* y la obra de su principal exponente, Franco Bricola, pueden constituir un antecedente directo de la tesis sobre el fundamento constitucional del Derecho penal democrático u orientación sustancial o teleológica sobre el rol de la Constitución en el sistema jurídico-penal.

**PALABRAS CLAVE:** Constitución - Derecho penal - Escuela de Bologna - Franco Bricola

## THE TELEOLOGICAL AND CONSTITUTIONAL STATEMENT OF THE SCHOOL OF BOLOGNA AND THE WORK OF FRANCO BRICOLA AS HISTORICAL AND METHODOLOGICAL PRECEDENTS OF THE NOTION OF CONSTITUTIONAL PENAL LAW

**ABSTRACT:** This article, conducted as part of an investigation into the historical and methodological origins of the *Constitutional criminal law* approach of the *School of Bologna* and the work of its main exponent Franco Bricola, analyzes how it can be seen as a direct precedent of the thesis on the constitutional basis of democratic criminal law or

---

\* Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto Regular de Investigación Conicyt-Fondecyt 2012 n° 1120150, titulado “El Derecho penal constitucional como fundamento de los principios, instrumentos y fines del sistema penal. Concepto, alcance y limitaciones en Chile”, de quien el autor es investigador responsable.

Fecha de recepción: 13 de marzo de 2013.

Fecha de aceptación: 4 de septiembre de 2013.

\*\* Doctor en Derecho de la Universidad de Salamanca. Profesor de Derecho Penal y Criminología en la Universidad de Atacama. Correo electrónico: mario.duran@uda.cl

substantial or teleological orientation about the role of the Constitution in the penal justice system.

**KEY WORDS:** Constitution - Penal law - School of Bologna - Franco Bricola

*Sumario: 1. Introducción y delimitación: la orientación sustancial o teleológica sobre el rol de la Constitución en el sistema jurídico-penal. 2. La Escuela de Bologna y sus bases metodológicas. 3. El núcleo del planteamiento “teleológico-constitucional” del Derecho penal. 4. Posibles consecuencias del planteamiento respecto del legislador penal. 5. Posibles oportunidades del planteamiento respecto del operador jurídico-penal. 6. A modo de conclusión. 7. Bibliografía.*

## 1) INTRODUCCIÓN Y DELIMITACIÓN: LA ORIENTACIÓN SUSTANCIAL O TELEOLÓGICA SOBRE EL ROL DE LA CONSTITUCIÓN EN EL SISTEMA JURÍDICO-PENAL

A mi juicio, en la moderna doctrina penal pueden distinguirse dos grandes enfoques desde los cuales se ha emprendido el análisis del rol de la Constitución política respecto del sistema penal y su reforma: la orientación sistemática lógico-formal o dogmática-penal y la orientación sustancial, material o teleológica<sup>1</sup>. Entre las principales diferencias que distinguen a ambas orientaciones debe destacarse el rol que estas le asignan a la Constitución Política en el marco del sistema penal<sup>2</sup>.

Así, para la *orientación sistemática o dogmática-penal*, el rol de la Constitución es, básicamente, limitar el poder del Estado en materia penal y garantizar los derechos del individuo, esto es, construir principios

<sup>1</sup> En un sentido similar, BERDUGO; ARROYO; GARCÍA; FERRÉ; SERRANO (1999) *Lecciones de Derecho penal, Parte General*. 2ª Edición. Barcelona: Praxis, pp. 39 y ss.; GARCÍA RIVAS, Nicolás (1996) *El poder punitivo en el Estado democrático de Derecho*. Cuenca: U. de Castilla-La Mancha, p. 43. Sobre la relación entre el Derecho constitucional y el Derecho penal, desde la óptica dogmática-penal: TIEDEMANN, Klaus (1991) “Constitución y Derecho penal”, *REDC* N° 33, pp. 145-171; LAGODNY, Otto (2007) “El Derecho penal sustantivo como piedra de toque de la dogmática constitucional”; HEFENDEHL, Roland (2007) *La Teoría del Bien Jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Edición española a cargo de Rafael Alcacer, María Martín e Iñigo Ortiz de Urbina. Presentación de Enrique Gimbernat. Madrid: Marcial Pons, pp. 129 y ss.

<sup>2</sup> En este sentido: DONINI, Massimo (2001) “Un Derecho Penal fundado en la carta constitucional: razones y límites. La experiencia italiana”. *VV.AA. Responsa Iurisperitorum Digesta*. Vol. II. Salamanca: Ediciones Universidad, pp. 223 y ss. Para un análisis pormenorizado: DONINI, Massimo (2004) *Il volto attuale dell’illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*. Milán: Giuffrè, pp. 61 y ss.

capaces de restringir el siempre excesivo e insaciable *Ius puniendi* estatal. Por ello, esta orientación se satisface con establecer principios *limitadores* desde una perspectiva lógico-formal, como el de legalidad, el de responsabilidad personal o el de culpabilidad que, extraídos del Derecho natural o de programas políticos, se caracterizan por ser externos al Derecho penal. Por esta razón, además, la reforma del sistema penal queda aquí entregada casi exclusivamente a la elaboración de la propia dogmática jurídico-penal.

La relación entre la Constitución y el sistema penal sería aquí, más bien, una *relación formal-negativa*, por cuanto esta definiría qué clases de incriminaciones pueden ser legítimas y qué bienes jurídicos deben quedar al margen de la intervención penal, qué técnicas de tutela penal no pueden adoptarse y qué sanciones no son admisibles en el Derecho penal<sup>3</sup>.

Por otra parte, para la *orientación material, sustancial o teleológica*, en cambio, el poder punitivo del Estado debe estar definido y fundado en la Constitución, no solo en cuanto a sus fines, objetivos e instrumentos, sino que, además, en cuanto a los postulados o principios de su sistema de argumentación y aplicación, es decir, su faz legislativa y judicial.

Por ello, esta orientación postula, a diferencia de la anterior, que los principios rectores del sistema penal no son meros límites formales al *Ius puniendi*, sino verdaderos fundamentos o principios constituyentes del mismo, esto es, un *Derecho penal Constitucional* cuya función esencial es garantizar los valores, bienes y derechos que en dicho texto se establecen. Por ello, es en la propia Constitución democrática de Derecho donde se encuentra el cuadro de *valores* y la jerarquía de bienes a los que el legislador debe atenerse para elaborar los intereses dignos de tutela penal<sup>4</sup>.

Por estas razones, y partiendo de la base que la intervención del Derecho penal siempre afecta derechos fundamentales y que las libertades solo pueden limitarse a través del Derecho penal si este tiene por finalidad proteger esas mismas libertades, solo los bienes de relevancia constitucional pueden justificar dicho sacrificio. Así, para esta orientación, resulta sumamente inadecuado afectar los derechos constitucionales para proteger bienes inexistentes o de inferior rango. Sobre todo, porque una

<sup>3</sup> DONINI (2001) 224.

<sup>4</sup> En este sentido: ROXIN, Claus (1997) *Derecho Penal. Parte General Tomo I Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Traducción y notas de Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas Ediciones, pp. 55 y ss; BRICOLA, Franco (1997) "Teoria generale del reato". *Scritti di Diritto Penale*. Vol. I, Tomo I. Milán: Giuffrè, pp. 539 y ss; BRICOLA, Franco (2012) *Teoria general del delito*. Colección Maestros del Derecho Penal nº 38. B de F. Montevideo-Buenos Aires: Libromar, pp. 5 y ss; MOCCIA, Sergio (1992) *Il Diritto penale tra essere e valore. Funzione sistematica teleologica*. Nápoles: ESI; DONINI, Massimo (1995) *Teoria del reato. Una introduzione*. Padova: Cedam; DONINI, Massimo (1998) "Dogmatica penale e política criminal a orientamento costituzionalistico. Conoscenza e controllo critico delle scelte di criminalizzazione". *Dei delitti e delle pene* Nº 3, pp. 37 y ss.

verdadera Constitución democrática debe establecer –precisamente– un *sistema de valores* donde el poder punitivo se encuentre limitado, más que formalmente, por la legitimidad del pacto constituyente que reconoce y establece dichos derechos fundamentales<sup>5</sup>.

Así, como bien se señala, es con referencia a la Constitución, en sus conexiones técnico-jurídicas y valorativas con el sistema penal, como se debe establecer el concepto y el método del Derecho penal, el concepto de delito, el fin de las penas y el sentido de la dogmática y del sistema<sup>6</sup>. Esto significa, en un Estado social y democrático de Derecho, que el Derecho penal, como parte del ordenamiento jurídico, debe adaptarse y ponerse en consonancia con dicho modelo de Estado así como con los valores que este propugna ya que la legitimidad del Derecho penal o del poder punitivo del Estado proviene del modelo fijado en la Constitución<sup>7</sup>.

Más aún, en este sentido, la propia reforma penal –desde la óptica sustancial o constitucional– queda entregada no solo a la dogmática jurídico-penal sino también a la *Política Criminal*, abriendo una perspectiva metodológica pluridimensional, abierta al ser y al diálogo entre las cuestiones sustanciales, las categorías sistemáticas y los objetivos político-criminales. Ampliando, de esta forma, las posibilidades teóricas y prácticas para la evolución del sistema y la reforma penal al no hacerla depender –de manera exclusiva y excluyente– del desarrollo, tradicionalmente de sistemática endógena, esto es, interna, cerrada y autónoma de dicha dogmática, incorporando a este proceso todo un abanico de valoraciones y nuevos instrumentos<sup>8</sup>.

<sup>5</sup> BRICOLA (1997) 565 y ss. En el mismo sentido: ANGIONI, Francesco (1985) “Beni costituzionali e criteri orientativi sull’area dell’illecito penale” en: STILE, Alfonso (a cura di), *Bene Giuridico e Riforma della parte speciale*. Nápoles: Jovene, pp. 57-130, esp. pp. 88 y ss; CARBONELL MATEU, Juan Carlos (1999) *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*. 3ª Edición. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 36. Sobre la crisis de la capacidad selectivo-sustancial del vínculo constitucional, respecto de la política de bienes jurídicos y las técnicas de tutela, así como del propio concepto sustancial de delito y su relación con el modelo de sociedad y los cambios político-electoral; DONINI (2004) 70. Sobre la afectación a Derechos fundamentales y la supuesta exclusiva lesividad del Derecho penal de *ultima ratio*: BÖSE, Martin “Derechos Fundamentales y Derecho penal como ‘Derecho Coactivo’ ” en, HEFENDEHL (2007) 137 y ss.

<sup>6</sup> ARROYO ZAPATERO, Luis (1987) “Fundamento y función del sistema penal: el programa de la Constitución”. *RJCLM* N° 1, pp. 97-112, esp. p. 99.

<sup>7</sup> En este sentido: MUÑOZ CONDE, F; GARCÍA ARÁN, M. (1994) *Derecho penal PG*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 64.

<sup>8</sup> Al respecto: MOCCIA, Sergio, “Función sistemática de la política criminal. Principios normativos para un sistema penal orientado teleológicamente” en: SCHÜNEMANN, B.; DE FIGUEIREDO DIAS, J. (Coords.) SILVA SÁNCHEZ, J.M. (1995) *Fundamentos de un Sistema Europeo del Derecho penal. Libro-Homenaje a Claus Roxin*. Edición Española. Barcelona: Bosch, pp. 73 y ss. Sobre el valor axiológico de la constitución como marco de referencia valorativo de la política criminal: ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura (2001) *Política criminal*. Madrid: Colex, p. 50-55.

Por ello, desde este enfoque sustancial, material o teleológico, el rol de la Constitución respecto del Derecho penal va más allá de la simple idea de que este no debe contradecirla formalmente –lo que, por obvio, está fuera de discusión– sino que plantea que la Constitución, más que un mero límite, es el *fundamento* de la pena y del Derecho penal<sup>9</sup>. Esto es, tanto la elección de la conducta a sancionar, las técnicas a emplear, los bienes jurídicos a proteger o las sanciones penales a aplicar, entre otras cuestiones, no pueden ser decisiones entregadas al simple capricho del legislador de turno sino que deben tratarse de decisiones fundamentadas directamente en las valoraciones, principios, reglas y decisiones político criminales –condiciones o requisitos– que establezca la respectiva norma constitucional en materia penal.

En síntesis; el fundamento Constitucional del Derecho penal democrático, desde una orientación material, sustancial o teleológica, implica que la configuración del conjunto de valores-marco, de los fines u objetivos y de los instrumentos y técnicas en los que se sustenta y desarrolla el sistema penal, recae en la Constitución democrática.

Establecida esta distinción entre los dos grandes enfoques desde los cuales se ha emprendido el análisis del rol de la Constitución política respecto del sistema penal y su reforma, pretendo desarrollar la idea de que el planteamiento teleológico constitucional de la *Escuela de Bologna* y la obra de su principal exponente, Franco Bricola, pueden constituir un antecedente directo de la tesis sobre el fundamento constitucional del Derecho penal democrático de orientación sustancial o teleológica.

## 2) LA ESCUELA DE BOLOGNA Y SUS BASES METODOLÓGICAS

Con el rótulo de *Escuela de Bologna* quiero hacer mención a ese importante grupo de penalistas italianos que, desde comienzos de los años setenta y a partir de su actividad académica en la Universidad de Bologna, dieron vida a una serie de planteamientos jurídico-penales, criminológicos y político-criminales que jugaron un rol decisivo en el progreso de la ciencia jurídico-penal, no solo en Italia sino también en Europa.

Conocido es que el máximo representante de dicha Escuela fue el desaparecido profesor Franco Bricola<sup>10</sup>, insigne y prolífico penalista que,

<sup>9</sup> DONINI (2001) 223.

<sup>10</sup> Sus obras están recogidas en: BRICOLA, Franco (1997) *Scritti di Diritto Penale*. 4 Vol. Milán: Giuffrè. Se destacan entre ellas; (1973) “Teoria Generale del Reato” en, *Novissimo Digesto Italiano*, Vol. XIV. Turín: Utet. p. 7-93; BRICOLA (2012) 5-368 y en BRICOLA (1997) 539-809; BRICOLA, Franco, “Il costo del principio “societa delinquere non potest” nell’attuale dimensione del fenomeno societario” en BRICOLA (1997) 2975 y ss; “Forme di tutela ‘antedelictum’ e profili costituzionali della prevenzione”, en (1975) *Le misure di prevenzione*. Atti del Convegno di studio ‘Enrico de Nicola’. Milán: Giuffrè, p. 29 y ss; (1975) “Politica

a pesar de su repentina muerte, logró concretar en múltiples obras los conceptos, ideas y planteamientos fundamentales de su Escuela.

Además de Bricola, debe señalarse que también destacaron en la formulación de los principales planteamientos e ideas de la Escuela de Bologna, entre otros, autores tales como Dario Melossi<sup>11</sup>, Massimo Pavarini<sup>12</sup> y Filippo Sgubbi<sup>13</sup>. Y, más recientemente, sobresalen como continuadores de dicha orientación las obras de Massimo Donini<sup>14</sup> y de Nicola Mazzacuva<sup>15</sup>.

Asimismo, a mi juicio, debe considerarse como parte integrante de la *Escuela de Bologna*, aunque desarrollara su actividad académica en la Universidad de Saarlandes Saarbrücken, Alemania, al gran criminólogo Alessandro Baratta<sup>16</sup>, no solo por haberle correspondido ejercer el cargo

---

criminale e politica penale dell'ordine pubblico (a proposito della legge 22 maggio 1975 n° 152)". *LQC*, pp. 221-288; "Luci ed ombre nella prosettiva di una responsabilità penale degli enti" en BRICOLA (1997) 3065 y ss; (1975) "Conseguenze economiche e sociali del delitto: nuovi appelli alla ricerca e alla pianificazione". *L'indice penale*; (1978) "Responsabilità penale per il tipo e per il modo di produzione (a proposito del 'caso di Seveso')". *LQC*, pp. 101-120; (1980) "La verifica delle teorie penali alla luce del processo e della prassi: problemi e prospettive". *LQC*, N° 2-3. p. 453-467; (1980) "Legalità e crisi: L'art. 25, comi 2ª e 3ª, della costituzione rivisitato alla fine degli anni '70". *LQC*, N° 2-3. p. 179-275; (1981) "Il Codice Rocco cinquant'anni dopo" (Considerazioni introduttive al dibattito "Il Codice Rocco cinquant'anni dopo"). *LQC*, p. 7-28; (1981) "Funzione promozionale, tecniche premiale e Diritto penale". *LQC*, p. 445-460; (1982) "Crisi del Welfare State e sistema punitivo". *Politica e Diritto*. XIII N°1, p. 65-75; (1984) "Técnicas de tutela penal e técnicas alternativas de tutela" en, *Funzioni e limiti del diritto penale. Alternative di tutela*. A cargo de DE ACUTIS, M.; PALOMBARINI, G. Padova: Cedam, p. 4-84; (1988) "Rapporti tra dommatica e politica criminale". *RIDPP*, p. 3-35; (1989) "Riforma del processo penale e profili di diritto penale sostanziale". *L'indice penale*. N° 2, p. 313-340; "Tutela penal della Pubblica Amministrazione e principi costituzionali" en BRICOLA (1997) 2387-2416.

<sup>11</sup> MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo (1980) *Cárcel y fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario. Siglos XVI-XIX*. Madrid: Siglo XXI Editores; (1991) "Ideología y derecho penal. Garantismo jurídico y criminología crítica como nuevas ideología de la subalternidad?" en, *Dei Delitti e delle Pene*, N° 1, p. 15-34.

<sup>12</sup> PAVARINI, Massimo (1983) *Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*. Madrid: Siglo XXI Editores; (1985) "El sistema de la justicia penal entre reduccionismo y abolicionismo" en, *Dei Delitti e delle Pene*. Tomo III, p. 525-553.

<sup>13</sup> SGUBBI, Filippo (1975) "Tutela penal de *interessi difusi*". *LQC*. N° 3, p. 439 y ss; (1981) "Mecanismo de 'agguiramento' de la legalidad y de la tassatividad en el código Rocco". *LQC*, p. 319-322.

<sup>14</sup> DONINI, Massimo (2001) "Un Derecho penal fundado en la carta constitucional: razones y límites. La experiencia Italiana". *VV.AA. Responsa Iurisperitorum Digesta*. Vol. II. Salamanca: Ediciones Universidad, p. 223 y ss; (2004) *Il volto attuale dell'illecito penale*. La democracia penal entre diferenciación y subsidiariedad. Milán: Giuffrè; "La herencia de Bricola y su obra. A modo de retrato" Prólogo a la traducción al castellano de, Bricola (2012) 27 y ss.

<sup>15</sup> MAZZACUVA, Nicola (2006) "Modello costituzionale di reato. Le «definizioni» del reato e la struttura dell'illecito penale. Diritto penal e costituzione". CADOPPI/DONINI/FORNASARI/GAMBERINI/INSOLERA/MAZZACUVA/PAVARINI/ROSONI/STORTONI/VALENTI/ZANOTTI (2006) *Introduzione al sistema penal*. Vol. I. 3ª Edición. Turín: Giappichelli, pp. 83 y ss.

<sup>16</sup> Entre sus obras destacan; BARATTA, Alessandro (1986) *Criminología crítica y crítica del Derecho Penal. Introducción a la sociología jurídico-penal*. México: Siglo XXI Ediciones; "Criminología y dogmática penal. Pasado y futuro del modelo integral de la ciencia penal". *Papers*

de codirector de la revista *La Questione Criminale. Revista de investigación y debate sobre desviación y control social* –principal órgano difusor del pensamiento de la Escuela– sino también por constituir el máximo exponente de las ideas y planteamientos de la misma en cuanto a la relación entre la moderna Criminología, la Ciencia jurídico-penal y la realidad social.

Establecido lo anterior, para analizar las ideas de la *Escuela de Bologna* –y especialmente las de Bricola– como aportes a la orientación teleológica en comento, intentaré abordar sus bases metodológicas y su principal postulado a este respecto; su planteamiento teleológico del Derecho penal, esto es, el sistema penal centrado en las normas constitucionales y en los valores que la han propiciado.

Desde una perspectiva netamente metodológica, no hay lugar a dudas que, tanto la dirección técnico-jurídica italiana<sup>17</sup>, como sus dos principales revisiones –el teleologismo de Bettiol<sup>18</sup> y el realismo de Antolisei–<sup>19</sup> constituyen las claves para entender e intentar exponer los modelos doctrinales que, en el ámbito jurídico-penal, han surgido en Italia con posterioridad a la segunda guerra mundial.

Más aún, a esta fuerte y especial tradición jurídico-penal, se debe agregar una particular realidad práctico-legislativa que, en el ámbito penal, ha obligado a convivir al viejo y fascista Código Penal Italiano –el denominado ‘Código Rocco’– con nuevas, numerosas y heterogéneas leyes penales especiales, bajo el marco constitucional democrático establecido por la Carta Constitucional de 1948. Especial situación que, a mi juicio,

---

*Revista de Sociología*, N° 13, p. 13-48; (1976) “Sistema penale ed emarginazione sociale. Per la critica dell’ ideología del trattamento”. *LQC*, N° 2 y 3, p. 237-261; (1981) “Criminología crítica e riforma penale. Osservazioni conclusive sul dibattito ‘il codice Rocco cinquant’ anni dopo’ e risposta a Marinucci”. *LQC*, p. 349-389; (1985) “Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale”. *Dei Delitti e delle Pene*. Tomo III, p. 443-473.

<sup>17</sup> El autor más significativo e impulsor de la dirección fue Arturo Rocco, 1876-1942. Sus obras más destacadas son: *Sul concetto di diritto subiettivo di punire; Sul concetto del diritto penale obiettivo; El problema y el método en la Ciencia del Derecho penal; El objeto del delito y de la tutela jurídico penal. Contribución a la teoría general del delito y de la pena; La pena y las otras sanciones jurídicas; Las medidas de seguridad y los otros medios de la tutela jurídica; Le misure di sicurezza e gli altri mezzi di tutela giuridica; y Lezioni di Diritto Penale*. Ver: ROCCO, Arturo (1999) *El Problema y el Método de la Ciencia del Derecho penal*. Reimpresión de la 3ª Edición. Santa Fe de Bogotá: Temis. Para su discípulo Petrocelli, Rocco no solo fue el creador de la dirección sino el autor del progreso de los estudios jurídicos-penales en la Italia de la primera mitad del siglo XX, el responsable de que el DP italiano recuperase la dignidad y la Ciencia jurídica su autonomía, continuando y reforzando con ello la obra ya iniciada por Carrara. PETROCELLI, Biagio (1950) *La dirección jurídica italiana en la ciencia del Derecho penal*. Valladolid: Imprenta Provincial, p. 3.

<sup>18</sup> BETTIOL, Giuseppe (1966) *Scritti giuridici*. Vol. I y II. Padova: Cedam; (1969) *Diritto Penale* PG. 8ª Edición. Padova: Cedam.

<sup>19</sup> ANTOLISEI, Francesco (1955) “Per un indirizzo realistico nella scienza del diritto penale”. *Scritti di Diritto Penale*. Milán: Giuffrè, p. 3 y ss; (1975) *Manuale di diritto penale* PG. 7ª Edición. A cargo de CONTI, Luigi. Milán: Giuffrè.

ha derivado en la importancia y trascendencia que la doctrina penal italiana le ha otorgado a los principios constitucionales en el orden jurídico-penal<sup>20</sup> y, dentro de este, a la teoría del bien jurídico. Cuestiones que, en definitiva, han posibilitado la construcción de programas o teorías sustancialistas que buscan coordinar de forma armónica la construcción y la sistematización teórico-conceptual jurídico-penal con la realidad de las exigencias sociales<sup>21</sup>.

De esta forma, y solo teniendo presente lo anterior, se puede aventurar e intentar resumir los postulados de la *Escuela de Bologna* diciendo que propone un análisis sustancial o esencial del Derecho penal, separado del Derecho natural, por el cual define el delito en clave constitucional con el objetivo de revisar la Dogmática tradicional en favor de un mayor acercamiento a la realidad.

Sobre la base de esta definición, se puede entrever que la metodología propuesta y utilizada por la *Escuela de Bologna* –particularmente por Bricola–, aunque no se adhiere, tampoco se aleja totalmente de los postulados de la dirección técnico-jurídica, sobre todo en el sentido de reconocerle –como gran mérito– el hecho de haber separado, en Italia, la teoría general del delito de los postulados y senderos del Derecho natural y de cualquier otra propuesta de raíz extrajurídica<sup>22</sup>.

Sin perjuicio de este reconocimiento, se puede señalar que Bricola le critica permanentemente a la dirección técnico-jurídica, respecto de su método, su falsa apariencia de neutralidad valorativa, por cuanto en virtud de este postulado la dirección justifica su alejamiento del análisis de la realidad social en favor del formalismo jurídico. Formalismo que, al relegar la elaboración sistemática a un simple y mero proceso de análisis y clasificación de conceptos –en función de su efectividad sancionatoria– reproduce el statu quo punitivo que históricamente solo ha llegado a los sectores sociales más vulnerables de nuestras sociedades<sup>23</sup>.

<sup>20</sup> Al respecto: DONINI (2001) 223 y ss; de él mismo, DONINI (2004) 43, 66 y ss, 70 y ss, y 149 y ss; CADOPPI/DONINI/FORNASARI/GAMBERINI/INSOLERA/MAZZACUVA/PAVARINI/ROSONI/STORTONI/VALENTI/ZANOTTI (2006) 85 y ss.

<sup>21</sup> Debe tenerse presente que la tradición *objetivista* en Italia viene marcada por su propio derecho positivo ya que el propio C.P. conecta siempre el resultado al dolo o a la culpa (Art. 43); excluye la punibilidad del delito imposible y de la tentativa inidónea (Art. 49 y 56) y, en materia de circunstancias atenuantes y eximentes, disminuye o excluye la pena aun cuando el agente las desconozca o por error las estimase inexistentes y se proyecte el resultado objetivo (Art. 59). Así, el total predominio de la concepción objetiva de la antijuridicidad, de la relevancia del desvalor del resultado y el generalizado rechazo del concepto personal de injusto, han hecho, además, que la teoría de la acción final no haya tenido gran acogida en la doctrina penal italiana.

<sup>22</sup> Sobre estas ideas, BRICOLA (2012) 16 y ss.

<sup>23</sup> Otro análisis sobre el punto en, DONINI, Massimo. “La herencia de Bricola y su obra. A modo de retrato” Prólogo a la traducción al castellano de, BRICOLA, Franco (2012) pp. XXIV y ss.

Más aún, Bricola rechaza el formalismo impulsado por la dirección técnico-jurídica por cuanto fomenta la rigurosa exclusión de cualquier posible indagación sustancial sobre el delito, esto es, sobre los criterios y límites relativos a la configuración normativa del mismo, impidiendo con ello, tanto respecto del intérprete como de cualquier ciudadano, la realización de toda valoración crítica sobre las elecciones de política legislativa. Cuestión que le parece, sobre todo, una clara y manifiesta muestra del carácter ideológicamente autoritario de la dirección, todavía más si se tiene en cuenta el carácter rígido del sistema constitucional italiano, donde los márgenes de elección de los hechos –tanto para reprimir penalmente como para legislar– se encuentran claramente delimitados<sup>24</sup>.

Por último, Bricola le critica a la dirección técnico-jurídica, la identificación que realiza del objeto de la Ciencia jurídico-penal con el estudio exclusivo y excluyente del Derecho positivo, idea que lleva al jurista a una torre de marfil ajena a la realidad social por cuanto acepta la crítica –que debe ser de carácter estrictamente jurídico– solo como un tenue e inconsistente momento metodológico. Así, es claro que Bricola no acepta el postulado de la dirección técnico-jurídica según el cual aquel jurista que realiza alguna crítica sustancial al Derecho penal deja la toga y pasa a vestir el hábito del filósofo o del politólogo<sup>25</sup>.

Para Bricola, metodológicamente, el trabajo de la ciencia jurídico-penal no solo se trata del estudio del Derecho positivo, sino también –como objeto ulterior y más genuino– de la construcción de la norma futura. Ello, porque para el autor, una cosa es que la teoría general del delito deba conducirse en términos rigurosamente positivos y otra es que lo positivo agote el campo del jurista en general y del penalista en particular<sup>26</sup>. Por el contrario, según Bricola, justamente en el momento en que se ocupa de la construcción de la norma futura, el jurista es libre para mostrar todas las opiniones ideológicas y todos los datos metapositivos, sin que deba limitarse a solo preparar los instrumentos conceptuales y técnicos para conseguir los fines de política legislativa que otros –los políticos– deben prefigurar. Limitación que es sumamente criticable no solo porque hace de la artificiosa contraposición entre jurista y político, el instrumento para el alejamiento del primero de la esfera de decisión, sino porque además no tiene en cuenta el hecho de que a menudo, en un sistema con

---

<sup>24</sup> Sobre estas ideas: BRICOLA (1997) 551 y 552. El autor agrega –n. 42– que el componente autoritario-estatal de la dirección explica por qué, durante el fascismo, esta concepción pasó a ser absolutamente dominante en el campo de la ciencia jurídico-penal, ya que con su acentuación exasperada en el derecho positivo del Estado como única fuente del Derecho, interpretó cabalmente la tendencia autoritaria y estatal fascista que establece la absoluta prioridad del Estado frente al individuo y repudia cualquier derecho natural.

<sup>25</sup> BRICOLA (1997) 552-553 n. 43.

<sup>26</sup> BRICOLA (1997) 553.

Constitución *rígida*, las mismas finalidades de política criminal son prefiguradas al legislador y al político por la Carta Constitucional<sup>27</sup>.

En conclusión, para Bricola, tanto la teoría general del delito como la propia Ciencia penal, deben tener como objeto exclusivo el Derecho positivo, entendido eso sí, no como un dato definitivo, sino como un punto de partida –quid– que puede ser cambiado y en cuyas modificaciones estructurales debe cooperar el jurista, desde el ámbito de su competencia. Con ello, el autor busca establecer que la metodología de la ciencia jurídico-penal moderna, por una parte, debe recalcar y partir desde las exigencias dogmáticas y, por otra, debe impulsar las posibilidades político-criminales que comprende la labor del penalista, todo ello, eso sí, bajo las *directrices orientadoras establecidas por la Constitución*<sup>28</sup>.

Más aún, para Bricola, tanto los conceptos de la parte general como las instituciones de la parte especial del Derecho penal, deben ser reconducidos a un examen crítico acerca de su legitimidad constitucional porque su teoría general del delito es, precisamente, una reconstrucción constitucional de los conceptos esenciales del ilícito penal en el sistema positivo italiano, sobre todo porque es la Constitución democrática la que diseña el nuevo rostro del delito, contrario a aquel que se extrae de la norma penal ordinaria –el Código Rocco– fruto de una visión institucional radicalmente distinta de la que se refleja en la Constitución<sup>29</sup>. Así, sobre la base de una propuesta centrada en las normas constitucionales y en los valores que respaldan el surgimiento de esta, se conforma un sistema con un *planteamiento teleológico del Derecho penal*.

### 3) EL NÚCLEO DEL PLANTEAMIENTO “TELEOLÓGICO-CONSTITUCIONAL” DEL DERECHO PENAL

Como ya adelantaba, dentro de los múltiples postulados de la *Escuela de Bologna*, solo me centraré en las ideas fundamentales de su planteamiento teleológico del Derecho penal, esto es, en la esencia de su propuesta de un sistema penal centrado en las normas constitucionales y en los valores que la han propiciado, la denominada *Teoría General del Delito*. Ello, con el fin –arriba establecido– de intentar demostrar que el planteamiento teleológico constitucional de la *Escuela de Bologna* y la obra de su principal exponente, Franco Bricola, pueden constituir un antecedente directo de la tesis sobre el fundamento constitucional del Derecho penal

<sup>27</sup> BRICOLA (1997) 554.

<sup>28</sup> BRICOLA (2012) 19. La cursiva es mía. Al respecto, resultan decidoras las propuestas y el debate surgido con ocasión del cincuenta aniversario del Código Rocco, recogido en la revista *LQC*. 1981. En particular: DE FELICE, Paolo (1981) “Sulla necessità di un nuovo codice penale ancorato ai principi costituzionali”. *LQC*, p. 123-127.

<sup>29</sup> BRICOLA (1997) 636.

democrático u orientación sustancial o teleológica sobre el rol de la Constitución en el sistema jurídico-penal.

En este contexto, al tratar el origen del fundamento del establecimiento del delito y de la pena –desde un punto de vista prenормativo y sustancial– Bricola plantea que, tanto el establecimiento de las sanciones penales como la elección de la conducta a sancionar, no pueden ser decisiones entregadas al capricho del legislador sino que debe tratarse de decisiones fundamentadas en algunas de las características del ilícito o de la sanción penal, de acuerdo a las condiciones, requisitos o características que establezca la respectiva norma constitucional en materia penal<sup>30</sup>. Más aún, para el autor, la importancia de la individualización de los rasgos sustanciales del ilícito penal –que son características que brotan del análisis normativo– no solo sirve para limitar la elección prenормativa del legislador, sino que también para entender, en el marco del Estado de Derecho, el aumento gradual y constante del número de los ilícitos sancionados penalmente, así como el proceso de transformación del ilícito administrativo en ilícito penal<sup>31</sup>.

Bricola funda este planteamiento en el análisis de tres cuestiones: a) El carácter rígido de la Constitución Italiana; b) La relevancia de la norma constitucional en materia penal y c) La preeminencia absoluta de la libertad personal en el ámbito de los valores constitucionales.

- a) Respecto de la primera cuestión, el carácter rígido de la Constitución italiana, Bricola concluye que el carácter rígido de la Constitución es determinante a la hora de analizar la reconstrucción de los rasgos esenciales del ilícito penal. Para el autor, en un sistema con Constitución *rígida*, en el que las finalidades de política criminal vienen predeterminadas por la carta fundamental, el legislador, libre para configurar un hecho como ilícito penal, solo se encuentra vinculado a la persecución –mediante todo tipo de normas, incluso penales– de los fines del Estado establecidos en la Constitución. Sobre todo en el sentido de incriminar los hechos que impidan el ejercicio de los derechos constitucionales o los hechos que lesionen los bienes jurídicos establecidos en ella, marco de tutela que hace las veces de límite respecto a los derechos mismos<sup>32</sup>.
- b) Respecto de la relevancia de la norma constitucional en materia penal, Bricola sostiene que del establecimiento en el nivel constitucional de normas penales emerge el intento por parte del

<sup>30</sup> En este sentido, sobre los límites a la configuración legislativa de los ilícitos penales y a la despenalización: BRICOLA (2012) 27 y ss.

<sup>31</sup> BRICOLA (1997) 554-560.

<sup>32</sup> BRICOLA (1997).

constituyente de circunscribir, dentro de los límites de la estricta necesidad, el área del ilícito penal. Así, por ejemplo, el establecimiento del principio de legalidad de los delitos y de las penas<sup>33</sup>, no es una mera enunciación de un principio inaplicable, sino más bien la plasmación del ideal de reducción del campo del ilícito penal. En esta línea, resultaría contradictorio que un constituyente, opuesto a la progresiva extensión de la esfera de ilicitud penal, entregue toda la potestad de creación de las normas penales al Parlamento –o excepcionalmente al Ejecutivo– sin establecer ninguna clase de límite. Además, por exigencia del principio de taxatividad<sup>34</sup> –que también inspira la prohibición de retroactividad e inflación del ilícito penal<sup>35</sup>– dicha contradicción resulta inconciliable ya que, cuanto más compleja sea la gama de los ilícitos penales –en cantidad, especialidad y jerarquía– en menor medida el ciudadano estará en condiciones de discernir lo lícito de lo ilícito penal, volviéndose difusa la tipología penal, lo cual lesiona el principio de legalidad.

En el mismo sentido, para Bricola el carácter personal de la responsabilidad penal establecido en la Constitución<sup>36</sup>, más allá de constatar el proceso de valoración ética del juicio de culpabilidad conectado con la finalidad de corrección de la pena, y visto simplemente como una consagración del principio *nulla poena sine culpa*<sup>37</sup>, también constituye un límite estructural<sup>38</sup> o de modalidad del ilícito penal<sup>39</sup>.

Asimismo, según Bricola, la función reeducativa de la pena establecida en la Constitución italiana, que a diferencia de la función retributiva

<sup>33</sup> Para un análisis de lo que el autor denomina las connotaciones esenciales del delito: el ilícito penal como ilícito de fuente exclusivamente legislativa: BRICOLA (1997) 637 y ss. Respecto al análisis de los ilícitos extrapenales y el principio de legalidad: BRICOLA (1997) 654 y ss.

<sup>34</sup> La visión del principio de taxatividad del autor en: BRICOLA (1997) 660 y ss; BRICOLA (2012) 167 y ss.

<sup>35</sup> Al respecto: BRICOLA, Franco (1988) “Rapporti tra dogmatica e politica criminale”. *RI-DPP*, p. 17, donde analiza el principio constitucional de taxatividad en su significado formal y sustancial, esto es, en sus relaciones funcionales con la dogmática y la política criminal, estableciendo que la connotación esencial de la taxatividad consiste en ser un instrumento para una mejor concretización de la dogmática y para un más sólido anclaje empírico de la política criminal.

<sup>36</sup> Un completo estudio sobre el ilícito penal como ilícito personal en BRICOLA (1997) 675 y ss.

<sup>37</sup> La posición del autor respecto de la responsabilidad penal por hecho propio culpable puede consultarse en BRICOLA (1997) 683.

<sup>38</sup> Al respecto: BRICOLA (1988) 22, donde el autor analiza el principio de culpabilidad en relación con el principio de materialidad y sus influencias en las relaciones entre dogmática y política criminal.

<sup>39</sup> BRICOLA (1997) 563. Respecto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y este principio: BRICOLA, Franco, “Il costo del principio “societa delinquere non potest” nell’attuale dimensione del fenomeno societario”. *Scritti di Diritto Penale*. Vol. II. Tomo II, p. 2975 y ss; “Luci ed ombre nella prostettiva di una responsabilità penale degli enti”. *Scritti di Diritto Penale*. Vol. II. Tomo II, p. 3065 y ss.

se encuentra ligada estrechamente al concepto de tratamiento, implica necesariamente una delimitación de la ilicitud penal respecto a una esfera seleccionada de valores<sup>40</sup>. Más aún, cuando la norma constitucional exige la posibilidad de conocer la ley penal como presupuesto de la culpabilidad. Por ello, para Bricola, es obvio que la exigencia de taxatividad lleva implícito que la posibilidad de *conocimiento de la ley penal* deviene en un requisito inexigible en un clima de inflación de los ilícitos penales<sup>41</sup>. Punto este, donde la teoría de Bricola ha recibido uno de sus mayores reconocimientos, incluso, por el propio Tribunal Constitucional Italiano<sup>42</sup>.

Así, una compleja normativa constitucional en materia penal exige un sistema positivo fundado sobre una gama restringida de ilícitos penales e inspirada, dentro de los límites constitucionales, en la tendencia hacia la despenalización<sup>43</sup>.

- c) Respecto del criterio establecido por el constituyente, que según Bricola puede servir para que el legislador fundamente la restricción de los ilícitos penales, el autor señala como decisiva la valoración preeminente que la Constitución italiana otorga al valor de la libertad personal. La preeminencia absoluta de la libertad personal en el ámbito de los valores constitucionales se encuentra consagrada como inviolabilidad de la libertad personal, tanto en el Título “Derechos y deberes del ciudadano”, como en el Título “Relaciones civiles”. De ello se deduce que la máxima restricción a la libertad personal, cual es aquella que opera efectiva o potencialmente a través de la sanción penal, no puede ser ejercida sino como *extrema ratio*. Esto es, para el constituyente la sanción penal solo puede ser aplicada cuando se está en presencia de una violación significativa de un bien jurídico relevante, único extremo en el cual se podrá concretar el establecimiento de un delito. En consecuencia, la sanción penal solo puede adoptarse si el bien lesionado por la acción criminal tiene un valor semejante al sacrificado, esto es, a la libertad personal<sup>44</sup>.

Así, para Bricola la relevancia constitucional de un bien no significa simplemente no contradicción del bien respecto de la Constitución, sino la admisión del mismo dentro de los valores garantizados explícita o im-

<sup>40</sup> Al respecto: BRICOLA (2012) 43 y, esp. pp. 318 y ss.

<sup>41</sup> Al respecto, críticamente: BRICOLA, Franco (1981) “Funzione promozionale, tecniche premiale e Diritto penale”. *LQC*, p. 445 y ss.

<sup>42</sup> Al respecto, Sentencia nº 364 del 23 y 24 de marzo de 1988, sobre *ignorantia legis* y principio de culpabilidad en: DONINI, Massimo (2012) “La herencia de Bricola y su obra. A modo de retrato” Prólogo a la traducción al castellano de BRICOLA (2012) pp. XXXVII.

<sup>43</sup> BRICOLA (1997) 564.

<sup>44</sup> BRICOLA (1997) 565-566.

plícitamente por la Carta constitucional. A pesar del carácter amplio de la Constitución italiana, existen valores que, aunque no están en contradicción con la Constitución misma, no asumen el rango de valor constitucional. La expresión relevancia constitucional es así amplia, comprendiendo no solo los derechos del individuo constitucionalmente garantizados, sino también aquellos valores que son objetivamente tutelados.<sup>45</sup>

#### 4) POSIBLES CONSECUENCIAS DEL PLANTEAMIENTO RESPECTO DEL LEGISLADOR PENAL

A mi juicio, las consecuencias que este planteamiento tiene respecto del legislador penal tienen varias lecturas.

Por una parte, se traduce en que siempre el legislador debe asumir como fundamento de la creación de una categoría de delito la tutela de un bien constitucionalmente relevante, siendo necesario además que en el proceso de especificación –exigido por la objetividad jurídica– asuma y tenga en cuenta toda la singularidad específica del bien jurídico protegido, de tal forma que este no pierda su fisonomía constitucional<sup>46</sup>.

Por otra parte, significa que el legislador tiene un preciso deber de tutelar penalmente los valores en su exacta dimensión constitucional, debiendo hacer coincidir el valor constitucional con las normas penales que configuran los delitos respectivos<sup>47</sup>.

Finalmente, este postulado sustancial implica que la significatividad<sup>48</sup> del valor constitucionalmente relevante sea un elemento condicionante de la medida abstracta de la pena criminal, en el sentido de que introduce para el legislador penal un margen de vínculo en la etapa de formación de la norma penal. Por ello, el legislador además de no poder incriminar hechos que se concretan en el ejercicio de un derecho constitucional, salvo para tutelar un bien de superior peso constitucional o un bien que haga las veces de límite previsto por la norma constitucional respecto al ejercicio de dicho derecho, no puede adoptar la sanción penal por hechos lesivos de valores que, sin ser contrarios a la Constitución, no encuentran en ella algún reconocimiento explícito o implícito<sup>49</sup>.

<sup>45</sup> BRICOLA (1997) 568.

<sup>46</sup> Al respecto: BRICOLA (1988) 13, donde, siguiendo a Roxin, analiza los límites constitucionales de la política criminal y de la dogmática penal en conexión con los principios emanados de la Constitución.

<sup>47</sup> BRICOLA (1997) 569. Para el autor estas premisas podrían ser utilizadas, además, como un *criterio-limite* en el análisis de la expansión de los delitos de omisión.

<sup>48</sup> Un profundo análisis del autor acerca del ilícito penal como ilícito formal de contenido necesariamente lesivo en: BRICOLA (1997) 731 y ss. Esp, respecto de la concepción del ilícito penal como ilícito formal de contenido necesariamente lesivo y su relación con la Constitución, pp. 772 y ss; BRICOLA (2012) 263 y ss. Esp. pp. 318 y ss.

<sup>49</sup> BRICOLA (1997) 572.

Más aún, el límite que vincula al legislador en la fase de formación de la norma penal no atiende exclusivamente, en el planteamiento de Bricola, a la elección de la cualificación de ilicitud penal, sino que también a la graduación de la sanción penal, lo que constituiría el aspecto implícito al contenido de significatividad de la lesión. Esto es, aceptado que la libertad personal tiene un valor preeminente en la Constitución italiana y que toda restricción a la misma va seguida de una sanción penal, la significatividad va a servir para balancear la lesión al valor constitucionalmente significativo, consiguiendo que la restricción de la libertad personal pueda adoptarse en una medida creciente, según la importancia del bien constitucionalmente ofendido, y proponiendo excepciones de ilegitimidad constitucional por desproporción entre la medida de la pena y la significatividad del valor ofendido.

Así, la significatividad se nos presenta como un tipo de cuestión de legitimidad, ya conocido en otros sistemas positivos –como el alemán– que puede contribuir a reducir el aparentemente excesivo margen de discrecionalidad legislativa<sup>50</sup>. Tal como fue reconocido, en su momento, por el propio Tribunal Constitucional italiano<sup>51</sup>.

## 5) POSIBILIDADES QUE PROPORCIONA EL PLANTEAMIENTO RESPECTO DEL OPERADOR JURÍDICO-PENAL

Por otra parte, puede señalarse que el postulado sustancial de Bricola, que caracteriza al delito como un hecho lesivo de un valor constitucionalmente relevante, implica la imposibilidad de que la norma penal cree o proteja meros intereses ya que solo puede acotar y especificar, sin desnaturalizar, los valores ya previstos por la Constitución.

Por esta razón, su postulado también implica mantener una interpretación coherente –en el marco de la Constitución italiana– con la función reeducativa de la pena, como tendencia a dar o constituir en el reo una sensibilidad por los valores constitucionales ofendidos, esto es, por los principales valores que rigen en el contexto social en el que este volverá a desenvolverse. Esta función de la pena, de superior entidad que la simple y genérica reinserción del reo en la sociedad, tiene como obvio presupuesto para su actuación el que en su tratamiento el reo no esté privado del goce de los demás derechos constitucionales, ajenos a aquellos rigurosamente relacionados con la ejecución de la pena privativa de libertad, así

---

<sup>50</sup> BRICOLA (1997) 574.

<sup>51</sup> Al respecto, la Sentencia nº 409 del 6 de julio de 1989, estableció que no son legítimas las incriminaciones penales que tutelén bienes que no expresen valores constitucionalmente relevantes: DONINI, Massimo (2012) “La herencia de Bricola y su obra. A modo de retrato” Prólogo a la traducción al castellano de BRICOLA (2012) XXXVIII. Con bibliografía al respecto.

como de toda otra restricción que sea coesencial a la eliminación del contenido retributivo de la sanción<sup>52</sup>.

Así, se puede sostener que la tesis de Bricola acerca del perfil sustancial del ilícito penal y del control sobre la significatividad de la lesión, a través de la valoración comparativa de los distintos bienes constitucionales, por un lado, contribuye a hacer menos arbitrario el proceso de despenalización, y por otro, introduce a la doctrina y a la jurisprudencia en la confrontación de un nuevo discurso sobre la relación entre el ilícito penal y los valores constitucionales, distinto y más profundo que el desarrollado hasta ahora<sup>53</sup>.

Es, precisamente que, en este último sentido, son múltiples las posibilidades que la teoría de Bricola ofrece a los operadores jurídicos en el campo penal<sup>54</sup>. Esto es, posibilita el análisis de la inconstitucionalidad de aquellas normas penales que tutelan bienes que no tienen ni explícita ni implícitamente relevancia constitucional; permite plantear la ilegitimidad constitucional de las normas penales que garantizan bienes contrarios a una norma constitucional, a la propia Constitución, al espíritu que la inspira o a las instituciones políticas que le sirven de soporte, así como de aquellas normas penales que tutelan bienes en una dimensión distinta o no concordante con la establecida en la Constitución; facilita aplicar a las normas predichas, dónde y cuándo sea posible, una interpretación que sustituya el valor protegido por un nuevo valor expresado en la Constitución; en fin, permite poner al descubierto la ilegitimidad de las normas que protegen valores de rango constitucional en una medida desproporcionada a su efectiva relevancia<sup>55</sup>.

Todos estos temas, relativos a la individualización de los límites constitucionales de la política de despenalización, se aclaran gracias a la distinción que Bricola realiza entre el proceso de despenalización normal y el proceso de despenalización anormal.

Con la primera locución, el autor quiere definir el proceso legislativo de transformación de un ilícito penal lesivo de un valor constitucional o de un valor no constitucional cuya lesión es el presupuesto necesario de la ofensa de un bien constitucional o, en fin, de un valor no constitucional que pertenece a un ilícito extrapenal o administrativo sancionado con una medida pecuniaria o, en todo caso, no restrictiva de la libertad personal. Característica, esta última, de la que se hace depender el carác-

<sup>52</sup> BRICOLA (2012) 570-571.

<sup>53</sup> Al respecto, en detalle: BRICOLA, Franco (1975) "Forme di tutela 'ante-delictum' e profili costituzionali della prevenzione". *Le misure di prevenzione*. Atti del Convegno di studio 'Enrico de Nicola'. Milán: Giuffrè, p. 29 y ss.

<sup>54</sup> En el mismo sentido: DONINI (2012) en BRICOLA (2012) XXXV y ss.

<sup>55</sup> BRICOLA (1997) 577 y ss.

ter de despenalización normal<sup>56</sup>, de forma tal que, si el proceso de despenalización tiene por objeto un ilícito lesivo de un valor no constitucionalmente significativo, debe entenderse que el procedimiento legislativo no hace sino dar cumplimiento al mandato constitucional.

Con la locución despenalización anormal, Bricola quiere caracterizar el proceso legislativo de transformación de un ilícito penal lesivo de un valor constitucional –en la acepción arriba señalada– o, en un ilícito extrapenal, de un valor no constitucionalmente relevante pero sancionado con una medida que, aunque formalmente administrativa, sustancialmente resulta restrictiva de la libertad personal.

Debe tenerse presente, sin embargo, que para el autor la aplicación de esta medida, por parte de la autoridad judicial y en clave jurisdiccional, no genera las fuertes dudas sobre legitimidad constitucional que crea el proceso de transformación del ilícito a través de una ley de despenalización, puesto que en los excepcionales casos de restricción de la libertad personal previstos por la constitución, la despenalización anormal puede ser consentida, bajo la condición de que la medida extrapenal sea aplicada, precisamente, de forma jurisdiccional y por la autoridad judicial<sup>57</sup>. La necesidad de la aplicación de la vía jurisdiccional por parte de la autoridad judicial depende del hecho que tal garantía a la jurisdicción, a diferencia de la restricción de la libertad personal –excepcional, y, por ello, no extensible analógicamente– tiene el carácter de principio general y es coesencial, por lo que opera en todo caso de restricción a la libertad personal. Esto es, el legislador siempre podrá abolir un delito o transformarlo en ilícito administrativo, pero si establece, en relación con cualquier infracción, una sanción que limite la libertad personal, no puede confiar su aplicación sino solo al juez<sup>58</sup>.

Así, para Bricola, solo una vez establecidos claramente los límites constitucionales de la despenalización, el legislador podrá moverse con mayor conciencia y afrontar el camino de transformar muchas contravenciones previstas en el código penal en ilícitos administrativos y, elevar, eventualmente, aquellos más relevantes al rango de delitos<sup>59</sup>.

<sup>56</sup> BRICOLA (1997) 579.

<sup>57</sup> BRICOLA (1997) 580. Bricola pone como ej. el caso de un ilícito penal lesivo del valor constitucional *sanidad pública* transformado en un ilícito administrativo sancionado con una medida restrictiva de la libertad de circulación o de residencia.

<sup>58</sup> Al respecto, en detalle: BRICOLA, Franco (1984) “Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela” en DE ACUTIS, M.; PALOMBARINI, G. A cargo de: *Funzioni e limiti del diritto penale. Alternative di tutela*. Padova: Cedam, p. 4-84; (1989) “Riforma del processo penale e profili di diritto penale sostanziale”. *L'indice penale*. N° 2, p. 313-340; “Tutela penale della Pubblica Amministrazione e principi costituzionali”. *Scritti di Diritto Penale*. Vol. I. Tomo I, p. 2387-2416.

<sup>59</sup> BRICOLA (1997) 581.

## 6) A MODO DE CONCLUSIÓN

Según lo arriba desarrollado, puede afirmarse que el postulado teleológico constitucional propuesto por Franco Bricola y la *Escuela de Bologna*, tiene importantes y múltiples efectos.

En primer lugar, tienen un importante efecto metodológico a través de la idea de que tanto los conceptos de la parte general como las instituciones de la parte especial del Derecho penal deben ser reconducidos a un examen crítico acerca de su legitimidad constitucional. Esto es, en el sistema penal positivo, a través de una teoría general del delito, se deben reconstruir constitucionalmente los conceptos esenciales del ilícito penal a partir de una Constitución que diseñe el nuevo rostro del delito. Así, sobre la base de una propuesta centrada en las normas de una Constitución democrática, y en los valores que respaldan el surgimiento de esta, se conforma un sistema con un planteamiento teleológico del Derecho penal.

En segundo lugar, tienen un importante efecto respecto del rol del bien jurídico. Esto es, partiendo de la base de que todos los bienes jurídicos de relevancia penal deben ser extraídos del texto Constitucional, el bien jurídico, para fundamentar la consecuencia jurídica del delito, debe alejarse de los criterios lógico-formales que conducen a la justificación ideológica del Derecho penal, debiendo propugnar una auténtica lectura democrática del objeto de tutela a través de su reconducción a un valor reconocido constitucionalmente de forma tal que, con ello, vincule al máximo al legislador con la Constitución. Además, el bien jurídico debe constituir la pauta fundamental de interpretación judicial y doctrinal de todas las nociones de la teoría del delito, de forma tal que esta quede salvaguardada de posibles sofismas dogmáticos y encuentre un modelo de racionalización del sistema<sup>60</sup>.

En tercer lugar, el planteamiento entrega –y deja la posibilidad de desarrollar– claros límites al actuar del legislador penal así como oportunidades de acción respecto del operador jurídico-penal. Todo, centrado en la idea de un Derecho penal de la libertad, caracterizado por el ideal de resocialización y de adecuación del Derecho penal a los fines de la Constitución de un Estado democrático y social, de carácter liberador, desideologizado, desmoralizado y más cercano a la despenalización.

En cuarto lugar, constituyen no solo las bases históricas y metodológicas el denominado *Derecho Penal Constitucional*, sino que además el antecedente directo y las bases teóricas fundamentales de la tesis sobre el fundamento constitucional del Derecho penal democrático u orienta-

<sup>60</sup> En este sentido: BRICOLA (1988) p. 3 y ss.

ción sustancial o teleológica sobre el rol de la Constitución en el sistema jurídico-penal<sup>61</sup>.

## 7) BIBLIOGRAFÍA

- ANGIONI, Francesco (1985), “Beni costituzionali e criteri orientativi sull’area dell’illecito penale” en: STILE, Alfonso a cargo de: *Bene Giuridico e Riforma della parte speciale*. Nápoles: Jovene, pp. 57-130, esp. pp. 88 y ss.
- ANTOLISEI, Francesco:
  - (1955) “Per un indirizzo realistico nella scienza del diritto penale”. *Scritti di Diritto Penale*. Milán: Giuffrè.
  - (1975) *Manuale di diritto penale* PG. 7ª ed. A cargo de Conti, Luigi. Milán: Giuffrè.
- ARROYO ZAPATERO, Luis (1987) “Fundamento y función del sistema penal: el programa de la Constitución”. *RJCLM*, N° 1, pp. 97.
- BARATTA, Alessandro:
  - (1985) *Criminología crítica y crítica del Derecho Penal. Introducción a la sociología jurídico-penal*. México: Siglo XXI Ediciones.
  - “Criminología y dogmática penal. Pasado y futuro del modelo integral de la ciencia penal”. *Papers Revista de Sociología*, N° 13, p. 13-48.
  - (1976) “Sistema penale ed emarginazione sociale. Per la critica dell’ ideología del trattamento”. *LQC*, N° 2-3, p. 237-261.
  - (1981) “Criminología crítica e riforma penale. Osservazioni conclusive sul dibattito ‘il codice Rocco cinquant’ anni dopo’ e risposta a Marinucci”. *LQC*, p. 349-389.
  - (1985) “Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani como oggetti e limiti della legge penale”. *Dei Delitti e delle Pene*. Tomo III, p. 443-473.
- BERDUGO/ARROYO/GARCÍA/FERRÉ/SERRANO (1999) *Lecciones de Derecho penal. Parte General*. 2ª Edición. Barcelona: Praxis.
- BETTIOL, Giuseppe:
  - (1966) *Scritti giuridici*. Vol. I y II. Padova: Cedam.
  - (1969) *Diritto Penale* PG. 8ª Edición. Padova: Cedam.
- BÖSE, Martin (2007) “Derechos Fundamentales y Derecho penal como ‘Derecho Coactivo’” en: HEFENDEHL, Roland (ED.) *La Teoría del Bien Jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o*

---

<sup>61</sup> Sobre el interés que la orientación constitucionalista italiana, actualizada desde la perspectiva europea debería tener en el extranjero, con abundante bibliografía: DONINI (2012) en BRICOLA (2012) XLVI.

*juego de abalorios dogmático?* Edición Española a cargo de Rafael Alcacer, María Martín e Iñigo Ortiz de Urbina. Presentación de Enrique Gimbernat. Madrid: Marcial Pons, pp. 137 y ss.

– BRICOLA, Franco:

- (1997) *Scritti di Diritto Penale*. 4 Vol. Milán: Giuffrè.
- (1973) “Teoria Generale del Reato”. *Novissimo Digesto Italiano*, Vol. XIV. Turín: Utet, p. 7-93 y en su *Scritti di Diritto Penale*. Vol. I. Tomo I, p. 539-809.
- (1973) “Il costo del principio “societa delinquere non potest” nell’attuale dimensione del fenomeno societario”. *Scritti di Diritto Penale*. Vol. II. T.II. p. 2975 y ss.
- (1975) “Forme di tutela ‘ante-delictum’ e profili costituzionali della prevenzione”. *Le misure di prevenzione*. Atti del Convegno di studio ‘Enrico de Nicola’. Milán: Giuffrè, p. 29 y ss.
- (1975) “Politica criminale e politica penale dell’ordine pubblico (a proposito della legge 22 maggio 1975 n° 152)”. *LQC*, p. 221-288.
- (1973) “Luci ed ombre nella prostettiva di una responsabilità penale degli enti”. *Scritti di Diritto Penale*. Vol. II. Tomo II, p. 3065 y ss.
- (1975) “Conseguenze economiche e sociali del delitto: nuovi appelli alla ricerca e alla pianificazione”. *L’indice penale*.
- (1978) “Responsabilità penale per il tipo e per il modo di produzione (a proposito del ‘caso di Seveso’)”. *LQC*, p. 101-120.
- (1980) “La verifica delle teorie penali alla luce del processo e della prassi: problemi e prospettive”. *LQC*, N° 2-3, p. 453-467.
- (1980) “Legalità e crisi: L’art. 25, comi 2ª e 3ª, della costituzione rivisitato alla fine degli anni ’70”. *LQC*, N° 2-3, p. 179-275.
- (1981) “Il Codice Rocco cinquant’anni dopo” (Considerazioni introduttive al dibattito “Il Codice Rocco cinquant’anni dopo”). *LQC*, p. 7-28.
- (1981) “Funzione promozionale, tecniche premiale e Diritto penale”. *LQC*, p. 445 y ss.
- (1982) “Crisi del Welfare State e sistema punitivo”. *Politica e Diritto*. N° XIII. N° 1, p. 65-75.
- (1984) “Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela” en: De Acutis M.; Palombarini, G., a cargo de *Funzioni e limiti del diritto penale. Alternative di tutela*. Padova: Cedam, p. 4-84.
- (1988) “Rapporti tra dommatica e politica criminale”. *RIDPP*, p. 3-35.
- (1989) “Riforma del processo penale e profili di diritto penale sostanziale”. *L’indice penale*. N° 2, p. 313-340.

- (1973) “Tutela penale della Pubblica Amministrazione e principi costituzionali”. *Scritti di Diritto Penale*. Vol. I. Tomo I, pp. 2387-2416.
- (1977) “Sulle misure c.d. alternative, del Grupo penalistico dell’Università di Bologna” en Bricola, Franco a cargo de *Il carcere “riformato”*. Bologna: Il Mulino, p. 15-30.
- (2012) *Teoría general del delito*. Maestros del Derecho Penal N° 38. B de F. Montevideo-Buenos Aires.
- CARBONELL MATEU, Juan Carlos (1999) *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*. 3ª Edición. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 36.
- DE FELICE, Paolo (1981) “Sulla necessita di un nuovo codice penale ancorato ai principi costituzionali”, *LQC*, p. 123-127.
- DONINI, Massimo:
  - (2001) “Un Derecho penal fundado en la carta constitucional: razones y límites. La experiencia italiana”. *VV.AA. Responsa Iurisperitorum Digesta*. Vol. II. Salamanca: Ediciones Universidad, pp. 223 y ss.
  - (2004) *Il volto attuale dell’illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*. Milán: Giuffrè, pp. 61 y ss.
  - (1995) *Teoria del reato. Una introduzione*. Padova: Cedam.
  - (1998) “Dogmatica penale e política criminal a orientamento costituzionalistico. Conoscenza e controllo critico delle scelte di criminalizzazione”. *Dei delitti e delle pene*. N° 3, pp. 37 y ss.
  - (2012) “La herencia de Bricola y su obra. A modo de retrato” Prólogo a la traducción al castellano de, Bricola, Franco. *Teoría general del delito*. Maestros del Derecho Penal N° 38. B de F. Montevideo-Buenos Aires, pp. XVII y ss.
- GARCÍA RIVAS, Nicolás (1996) *El poder punitivo en el Estado democrático de Derecho*. Cuenca: U. de Castilla-La Mancha.
- LAGODNY, Otto (2007) “El Derecho penal sustantivo como piedra de toque de la dogmática constitucional” en: HENFENDEHL, Roland (ED.) *La Teoría del Bien Jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Edición Española a cargo de Rafael Alcacer, María Martín e Iñigo Ortiz de Urbina. Presentación de Enrique Gimbernat. Madrid: Marcial Pons, pp. 129 y ss.
- MAZZACUVA, Nicola (2006) “Modello costituzionale di reato. Le «definizioni» del reato e la struttura dell’illecito penale. Diritto penale e costituzione” en: CADOPPI/DONINI/FORNASARI/GAMBERINI/INSOLERA/MAZZACUVA/PAVARINI/ROSONI/STORTONI/VALENTI/ZANOTTI, *Introduzione al sistema penale*. Vol. I. 3ª Edición. Turín: Giappichelli, pp. 83 y ss.

- MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo:
  - (1980) *Cárcel y fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario. Siglos XVI-XIX*. Madrid: Siglo XXI Ediciones.
  - (1991) “Ideología e diritto penale. Garantismo giuridico e criminologia critica come nuove ideologia della subalternità?”. *Dei Delitti e delle Pene*. N° 1, p. 15-34.
- MOCCIA, Sergio:
  - (1992) *Il Diritto penale tra essere e valore. Funzione sistematica teleologica*. Nápoles: ESI.
  - (1995) “Función sistemática de la política criminal. Principios normativos para un sistema penal orientado teleológicamente” en: SCHÜNEMANN, B.; De Figueiredo Dias, J. (Coords.) SILVA SÁNCHEZ, J.M. (Ed. Española) *Fundamentos de un Sistema Europeo del Derecho penal. Libro-Homenaje a Claus Roxin*. Barcelona: Bosch, pp. 73 y ss.
- MUÑOZ CONDE, F.; GARCÍA ARÁN, M. (1994) *Derecho penal PG*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- ROCCO, Arturo (1999) *El Problema y el Método de la Ciencia del Derecho penal*. Reimpresión de la 3ª Edición. Santa Fe de Bogotá: Temis.
- ROXIN, Claus (1997) *Derecho Penal. Parte General Tomo I Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Traducción y notas de Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas Ediciones.
- PAVARINI, Massimo:
  - (1983) *Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*. Madrid: Siglo XXI Ediciones.
  - (1985) “Il sistema della giustizia penale tra riduzionismo e abolizionismo”. *Dei Delitti e delle Pene*. Tomo III, p. 525-553.
- PETROCELLI, Biagio. *La dirección jurídica italiana en la ciencia del Derecho penal*. Valladolid: Imprenta Provincial.
- SGUBBI, Filippo:
  - (1975) “Tutela penale di *interessi difusi*”. *LQC*. N° 3, p. 439 y ss.
  - (1981) “Mecanismo di ‘aggiramento’ della legalità e della tassatività nel codice Rocco”. *LQC*, p. 319-322.
- TIEDEMANN, Klaus (1991) “Constitución y Derecho penal”. *REDC*. N° 33, pp. 145-171.
- ZÚNIGA RODRÍGUEZ, Laura (2001) *Política criminal*. Madrid: Colex.