

REDPPC

DIREITO PENAL E POLÍTICA CRIMINAL

vol. 10, n. 2, 2022



Expediente

Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal – REDPPC
Vol. 10, nº 02, 2022
ISSN 2358-1956

EQUIPE EDITORIAL

Editores

Odone Sanguiné, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Brasil
Pablo Rodrigo Alfien, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Brasil

Assistente editorial

Tiago Kalkmann, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Brasil

CONSELHO EDITORIAL CIENTÍFICO

Alejandro González Gómez, Universidad de Morélia (UDEM), Mexico
André Luís Callegari, Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP), Brasil
Andrea Castaldo, Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Salerno (UNISA), Itália
Angelo Roberto Ilha da Silva, Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Brasil
Bartira Macedo de Miranda, Universidade Federal de Goiás (UFG), Brasil
Christiano Falk Fragoso, Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Brasil
Daniela Villani Bonaccorsi, Pontificia Universidade Católica de Minas Gerais (PUCMG), Brasil
Danilo Knijnik, Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Brasil
Diego Nunes, Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Brasil
Diogo Rudge Malan, Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Brasil
Eduardo Alcócer Povis, Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), Perú
Emetério Silva de Oliveira Neto, Universidade Regional do Cariri (URCA), Brasil
Emilio Dolcini, Università degli Studi di Milano (UniMi), Itália
Fabio Coppola, Università degli Studi di Salerno (UNISA), Itália
Gerson Faustino Rosa, Faculdade Maringá (FM), Brasil
Giovanni Cocco, Università degli Studi di Cagliari (UniCa), Itália
Guillermo Jorge Yacobucci, Universidad Austral (UAustral), Argentina
Guillermo José Ospina López, Universidad Autónoma del Cauca (Uniautónoma), Colômbia
John Vervaele, Universiteit Utrecht (UU), Holanda
Julia Sáenz, Facultad de Derecho Universidad de Panamá (UP), Panamá
Luciano de Freitas Santoro, Pontificia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP), Brasil
Manuel Cancio Meliá, Universidad Autónoma de Madrid (UAM), Espanha
Marco Aurélio Florêncio Filho, Universidade Presbiteriana Mackenzie (Mackenzie), Brasil
Marcus Alan de Melo Gomes, Universidade Federal do Pará (UFPA), Brasil
Marcus Vinicius Aguiar Macedo, Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Brasil
Ramon Ragués I Vallés, Universitat Pompeu Fabra (UPF), Espanha
Raphael Boldt de Carvalho, Faculdade de Direito de Vitória (FDV), Brasil
Rosmar Rodrigues Alencar, Universidade Federal de Alagoas (UFAL), Brasil
Sérgio Bruno Araújo Rebouças, Universidade Federal do Ceará (UFC), Brasil
Stephen Legomsky, Washington University in St. Louis (WashULaw) Estados Unidos
Thiago Allisson Cardoso de Jesus, Universidade Ceuma/Universidade Estadual do Maranhão (UEMA), Brasil
Thiago Baldani Gomes De Filippo, Universidade Anhembi Morumbi (UAM), Brasil
Vanessa Chiari Gonçalves, Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Brasil

AVALIADORES DESTA EDIÇÃO

Adriane Pinto Rodrigues da Fonseca Pires • André Adriano do Nascimento da Silva • Bruna Azevedo de Castro • Christiane Kalb
• Demetrius Barreto Teixeira • Diego Alan Schöfer Albrecht • Emetério Silva de Oliveira Neto • Fernanda Pacheco Amorim •
Giovanna Sampaio • José Eduardo Lourenço dos Santos • Paulo Mario Canabarro Trois Neto • Priscila Vargas Mello • Raphael
Boldt de Carvalho • Raíssa Lima e Salvador • Renata Moraes Leimig • Rodrigo José dos Santos Amaral • Rodrigo Teles de
Oliveira • Tatiana Lourenço Emmerich de Souza • Victor Cezar Rodrigues da Silva Costa • Túlio Felipe Xavier Januário •
Viviane Nery Viegas

Endereço

Avenida João Pessoa, nº 80, Centro Histórico, DIR 01
Porto Alegre-RS, CEP 900040-000
<https://seer.ufrgs.br/redppc>
redppc@ufrgs.br

Editorial

A segunda edição da Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal – REDPPC do corrente ano se destaca pelo seu caráter internacional, uma vez que conta com valiosas contribuições de renomados autores da Argentina, Espanha, Itália e Portugal.

Nesta edição são tratadas questões de extrema atualidade e de particular relevância para o debate jurídico-penal contemporâneo, tais como: a Lei portuguesa de Cibercrimes e os problemas na articulação entre esta Lei e o Código de Processo Penal de Portugal, com particular ênfase na prova digital; o debate suscitado a partir da proposta de alguns neurocientistas no sentido de modificar as bases do Direito Penal para amoldá-las às contribuições oferecidas pela neurociência e a resposta da doutrina jurídico-penal defendendo um Direito Penal da culpabilidade pelo fato como elemento estrutural do Estado de Direito e de um sistema de liberdades; a análise técnico-financeira da negociação de compra da rede social Twitter por parte de Elon Musk, e se esta se enquadraria no tipo penal de manipulação de valores negociáveis, previsto no art. 309 do Código Penal Argentino; o instituto da extradição como instrumento de cooperação no âmbito do Direito Penal Internacional, com especial referência aos princípios da dupla incriminação e do “*aut dedere aut iudicare*”; a problemática do dolo sem conhecimento e a chamada teoria da cegueira deliberada (willful blindness), com particular ênfase ao caso jogador Lionel Messi por fraude fiscal; o debate italiano acerca da problemática das chamadas circunstâncias do delito, que assume especial relação com o direito penal brasileiro; a análise crítica do discurso político-crime gerencialista que propugna uma racionalização da governança do sistema penal como instrumento de gestão masiva de riscos penais; as relações entre o Direito penal e a Sociologia jurídica a partir de análise minudente dos fatores historicamente coadjuvantes nas principais etapas de desenvolvimento do direito penal; e, por fim, a análise acerca dos limites entre os chamados discurso terrorista, discurso de ódio e o comportamento de exaltação do terrorismo ou de terroristas à luz da doutrina e da jurisprudência espanholas.

Agradecemos a todos os autores e a todas autoras por suas valiosas contribuições, bem como aos avaliadores, cuja colaboração tem sido fundamental para a qualificação do periódico.

Desejamos uma boa leitura e esperamos que aproveitem.

Porto Alegre, dezembro de 2022

Pablo Rodrigo Alflen
Odone Sanguiné
(Editores)

Sumário

Artigos

Prova digital: Articulação entre o Código de Processo Penal Português e a Lei do Cibercrime	7
Joaquim Ramalho	
Neurociencias y Derecho Penal de un sistema de libertades	19
Bernardo Feijoo Sánchez	
Twitter & Elon Musk una historia de amor sin final feliz. ¿Un romance que podría ser un delito de manipulación de precios de valores negociables (art. 309 CPA)?.....	31
Sebastian Alberto Donna	
A extradição como instrumento de cooperação no Direito Penal Internacional	49
Eva Gimbernat Díaz	
¿Dolo sin conocimiento? Reflexiones en torno a la condena por defraudación fiscal de Lionel Messi.....	63
Ramon Ragués i Vallès	
Il “modello italiano” di disciplina delle circostanze del reato. Profili critici e prospettive di riforma	77
Alessandro Melchionda	
O “modelo italiano” de disciplina das circunstâncias do delito. Críticas e perspectivas de reforma.....	111
Alessandro Melchionda	
Discurso político-criminal gerencialista y exclusión social.....	145
José Manuel Paredes Castañón	
Dogmática jurídico-penal y Sociología del Derecho: acordes y desacuerdos	159
Víctor Gómez Martín	
Discurso terrorista, discurso de odio y el delito de enaltecimiento/ humillación (Art. 578 del Código Penal): ¿Riesgo o imposición de una determinada visión del pasado?*	173
Manuel Cancio Meliá	

Seção ARTIGOS

verso

Prova digital: Articulação entre o Código de Processo Penal Português e a Lei do Cibercrime

Digital Proof: Articulation between the Portuguese Code of Criminal Procedure and Cybercrime Law

Joaquim Ramalho 

Doutor em Direito pela Facultad de Ciencias Jurídicas y del Trabajo, Universidad de Vigo, Espanha. Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Portugal. Licenciado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Portugal. Professor Associado na Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Fernando Pessoa, Portugal. Investigador no Observatório Permanente de Violência e Crime, Universidade Fernando Pessoa, Portugal. Advogado.

Resumo: O cibercrime é, nos tempos hodiernos, uma das principais ameaças à segurança nacional e internacional. É um crime que ultrapassa fronteiras e, deste modo, têm vindo a surgir diplomas legislativos internacionais de combate a este tipo de crime, os quais podem colidir com as legislações nacionais. Um dos principais pontos de colisão reside na articulação entre o regime especial da Lei do Cibercrime e o regime geral Código de Processo Penal, nomeadamente no que respeita à pesquisa de dados informáticos e às perícias e exames informáticos. A opção pelo regime especial poderia fazer supor que este sobrepõe ao regime geral, no entanto, demonstra-se que o regime especial não invalida o regime geral, já que estamos perante um regime processual de obtenção de prova digital com um campo de aplicação mais abrangente do que a própria lei.

Palavras-chave: Cibercrime; Pesquisa de dados informáticos; Perícias informáticas; Exames informáticos

Abstract: Cybercrime is, in modern epochs, one of the main fears to national and global security. It is a crime that crosses borders, and, in this way, international legislation has been emerging to combat this type of crime, which end up colliding with national law. One of the main points of collision lies in the articulation between the special regime of the Cybercrime Law and the general regime of the Criminal Procedure Code, namely about computer data research and computer expertise and exams. The option for special regime could lead to the assumption that it overlaps the general regime, however, it is shown that the special regime does not invalidate the general regime, since we are dealing with a procedural regime for obtaining digital evidence with a larger field of application than the law itself.

Keywords: Cybercrime; Computer data search; Computer expertise; Computer exams

1. Introdução

É inegável a relevância que as novas tecnologias apresentam na vida dos cidadãos. Normalmente,

são utilizadas em benefício dos seus utilizadores, permitindo que, em segundos, se possa ter acesso a informação contida em qualquer parte do mundo. No entanto, as novas tecnologias não acarretam apenas vantagens. A utilização universal de correio eletrónico ou de redes sociais, entre outras, constituem um meio de acesso à prática de crimes tradicionais¹, mas com recurso às tecnologias, mas constituem também numa retumbante proliferação de determinados tipos de criminalidade.

Com a revolução tecnológica foram alterados os tipos de contacto entre as pessoas, surgindo novas redes relacionais e, por consequência, também novas formas de crime, como, por exemplo, a criminalidade informática², designada de cibercrime.

Foi na época pós-moderna, com a revolução tecnológica e com a globalização, que o ciberespaço - o qual diz respeito a um espaço existente no universo de comunicação, através do qual não é necessária a presença física para constituir uma comunicação relacional - ganhou preponderância, ao funcionar como um espaço de partilha de informações e de contacto entre pessoas de todo o mundo.

A criação da internet, no ano de 1969, veio ajudar a consolidar um mundo sem fronteiras espaciais, territoriais, sociais, económicas e linguísticas, surgindo a designada sociedade de informação. Com o aparecimento da cibernética, da digitalização e, sobretudo, de uma comunidade com uma cibercultura e com ciberespaço, surge a chamada sociedade digital³.

De acordo com a Procuradoria-Geral da República⁴, as denúncias de cibercrime, em sentido amplo, têm vindo a aumentar, de uma forma consistente, desde o ano de 2016. No ano de 2020, ano de pandemia da COVID-19, as denúncias aumentaram de uma forma excecional, no entanto, o aumento foi ainda mais expressivo no ano de 2021, revelando que entre janeiro e dezembro foram recebidas 1160 denúncias, enquanto no ano anterior foram registadas 544 denúncias, ou seja, de ano para ano, as denúncias têm vindo a duplicar.

Ainda de acordo com a mesma fonte, a criminalidade mais frequente é a seguinte: *phishing*, burlas online, burlas com páginas “falsas”, burlas com criptoativos e outros produtos financeiros, burlas em relações pessoais, CEO *fraud*, ataques informáticos, falsas chamadas da Microsoft®, divulgação de fotografias e outra informação pessoal, stalking e sextortion, discurso de ódio online, violação de direitos de autor, crimes contra a honra e defraudações na utilização da aplicação de pagamentos MBWAY®.

Para promover o combate à cibercriminalidade, a Europa tem vindo a aprimorar a legislação e, em 2009, com a publicação da Lei nº 109/2009 de 15 de setembro, Portugal transpôs para a ordem interna a Decisão-Quadro nº 2005/222/JAI do Conselho da Europa.

2 Cibercrime

O crime caracteriza-se como sendo um facto humano, normalmente voluntário, declarado punível pela norma jurídica. Formalmente, o crime é uma ação ou um facto típico, ilícito e culposos. Materialmente, crime é todo o comportamento humano que lesa ou ameaça de lesão (coloca em perigo)

¹ Como, por exemplo, crimes como a burla, a injúria ou as ameaças.

² As constantes disseminações de vírus informáticos são um exemplo.

³ MARQUES DIAS, V. A problemática da investigação do cibercrime. *Data Venia, Revista Jurídica Digital*, 1 (1), 2012, p. 63-88.

⁴ PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA. *Cibercrime: denúncias recebidas*. Lisboa: Ministério Público de Portugal. 2022.

bens jurídicos fundamentais.

Atualmente, uma das principais formas de crime é, sem dúvida o cibercrime que é hoje uma das principais ameaças ao respeito pelos Direitos Fundamentais dos cidadãos, podendo até ser, por variadas razões uma ameaça à segurança interna e internacional⁵.

Procurando definir cibercriminalidade, podemos referir que, de acordo com a Comissão Europeia⁶, entende-se por cibercrime os atos criminosos praticados com recurso a redes comunicacionais eletrónicas e sistemas de informação ou contra este tipo de redes ou sistemas.

Acrescente-se que o cibercrime corresponde, em termos gerais, à designação dada aos crimes cibernéticos que envolvam qualquer tipo de atividade ou de prática ilícita na rede, sendo que essas práticas podem envolver, por exemplo, a disseminação de vírus, a falsidade informática, as invasões de sistema, o roubo de dados pessoais ou o acesso a informações confidenciais⁷.

Coelho dos Santos⁸, apresenta uma classificação tripartida, nos termos da qual distingue: (a) os crimes tipicamente informáticos, que correspondem aqueles que o legislador reconhece, em sentido amplíssimo, como sendo crimes eminentemente ligados à informática, na medida em que o objeto ou instrumento da ação é um computador ou outro equipamento tecnologicamente semelhante; (b) os crimes essencialmente informáticos, que compreendem unicamente aqueles em que o próprio bem jurídico ofendido consiste numa realidade de natureza informática e que possui dignidade suficiente para merecer a tutela penal; (c) os crimes acidentalmente informáticos, que são aqueles crimes em que a utilização do computador é apenas um *modus operandi*, não contendendo, em si, o preenchimento do respetivo tipo legal.

Mais recentemente, para Marques Dias⁹ e Rodrigues Nunes¹⁰, a sistematização da cibercriminalidade pode ser entendida seguindo 2 prismas diferentes: (a) por um lado, pode ser perspectivada num sentido amplo, englobando todos os ilícitos criminais praticados através de meios informáticos, em que a eles sejam reconduzidos todo e qualquer facto tipificado na lei como crime e que seja praticado através da utilização de um sistema informático, com base no artº 2.º a) da Lei do Cibercrime, a Lei nº 109/2009 de 15 de setembro; (b) por outro lado, num sentido mais restrito, englobando apenas os crimes cujo tipo legal pressupõe a prática de uma conduta criminosa através do uso de meios informáticos ou contra um bem informático, que a ele se subsuma apenas os crimes em que o sistema informático integra o tipo legal de crime ou surge como objeto de proteção, tal como, por exemplo, os crimes previstos na Lei nº 109/2009 de 15 de setembro ou a burla informática.

3 Fontes normativas internacionais do cibercrime

Como se pode perceber, tendo em conta a natureza e o âmbito global da cibercriminalidade, não

⁵ RODRIGUES NUNES, D. **Os crimes previstos na lei do cibercrime**. Lisboa: Editora Gestlegal. 2020.

⁶ COMISSÃO EUROPEIA. Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho e ao Comité das Regiões. Rumo a uma política geral de luta contra o cibercrime. In <https://eur-lex.europa.eu>. 2007.

⁷ RODRIGUES NUNES, D. **Os crimes previstos na lei do cibercrime**. Lisboa: Editora Gestlegal. 2020.

⁸ COELHO DOS SANTOS, R. O Tratamento Jurídico-Penal da Transferência de Fundos Monetários Através da Manipulação Ilícita dos Sistemas Informáticos. **Boletim da Faculdade de Direito**. Coimbra: Coimbra Editora. 2005.

⁹ MARQUES DIAS, V. A problemática da investigação do cibercrime. **Data Venia, Revista Jurídica Digital**, 1 (1), 2012. p. 63-88.

¹⁰ RODRIGUES NUNES, D. **Os crimes previstos na lei do cibercrime**. Lisboa: Editora Gestlegal. 2020.

é difícil de encarar este tipo de crime como sendo um crime que, facilmente, ultrapassa fronteiras. Assim sendo, para além de legislação nacional que possa combater o cibercrime, é necessária a existência de instrumentos legais de cooperação internacional, porque só deste modo se poderá combater a cibercriminalidade de uma forma verdadeiramente eficaz.

No mundo e particularmente na Europa, têm vindo a ser desenvolvidas diversas fontes normativas no que respeita à cibercriminalidade, dado que com o acelerar do avanço tecnológico, é necessário dar respostas eficientes e imediatas no combate a este tipo de crimes.

Através da Lei nº 109/2009 de 15 de setembro, designada de Lei do Cibercrime (doravante designada de LC), Portugal transpôs para a ordem interna a Decisão-Quadro nº 2005/222/JAI do Conselho da Europa, relativa a ataques contra sistemas de informação. No entanto, como veremos mais à frente, este regime especial tem vindo a causar alguns problemas de articulação com o regime geral do Código de Processo Penal em Portugal (doravante designado de CPP).

São quatro os principais diplomas internacionais que estiveram na base da atual LC, a Convenção sobre o Cibercrime do Conselho da Europa, Decisão-Quadro do Conselho Europeu e a Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho Europeu e a Lei nº 32/2008, de 17 de julho, os quais serão analisadas em seguida.

A Convenção sobre o Cibercrime do Conselho da Europa, de 23 de novembro de 2001, aberta à assinatura em Budapeste, teve como objetivo fundamental criar mecanismos destinados a proteger a sociedade contra a cibercriminalidade, designadamente através da adoção de legislação adequada que fomentasse também a cooperação internacional.

Procurou, com a previsão de normas penais substantivas e adjetivas, harmonizar as várias legislações dos países signatários, promovendo, assim, um combate mais eficaz contra a cibercriminalidade, ao contemplar um conjunto de conceitos informático-jurídicos, de ilícitos criminais, de medidas processuais destinadas a regular a forma de obtenção de prova em ambiente digital e de mecanismos de cooperação internacional.

Portugal subscreveu a Convenção sobre o Cibercrime em 2001, no entanto, só procedeu à sua ratificação em 2009, por Resolução da Assembleia da República nº 88/2009 e pelo Decreto do Presidente da República nº 92/2009, ambos publicados a 15 de setembro, data que corresponde à publicação da Lei nº 109/2009, de 15 de setembro.

A LC, como consta no próprio texto, adaptou ao direito interno a Convenção sobre o Cibercrime. Por este facto e pelo papel que teve e que continua a ter no combate contra a cibercriminalidade, era essencial mencioná-la na presente exposição.

Para além da Convenção sobre o Cibercrime atrás referida, que, sem qualquer dúvida, serviu de paradigma para a elaboração da LC, importa também destacar um outro diploma legal, a Decisão-Quadro nº 2005/222/JAI, do Conselho, de 24 de fevereiro.

A Decisão-Quadro nº 2005/222/JAI do Conselho, de 24 de fevereiro, relativa a ataques contra sistemas de informação, decorre das linhas orientadoras promovidas pela Convenção sobre o Cibercrime.

A Decisão-Quadro, tal como a Convenção, teve como fundamento o de procurar reforçar a cooperação entre as autoridades judiciais e outras autoridades competentes, através da aproximação das disposições de direito penal no que respeita aos ataques contra os sistemas de informação, tendo em

atenção que os ataques contra esses sistemas têm frequentemente uma dimensão transfronteiriça, o que faz realçar uma absoluta necessidade de harmonizar as legislações penais no âmbito da cibercriminalidade.

Este diploma legal estabelece, nos artº 2.º, 3.º e 4º, a incriminação de diversas condutas, como sejam, o acesso ilegal a sistemas de informação e de dados.

O legislador português transpôs esta Decisão-Quadro do Conselho da Europa e a Convenção sobre o Cibercrime do Conselho da Europa, através da Lei nº 109/2009 de 15 de setembro.

A Diretiva nº 2006/24/CE, do Parlamento e do Conselho, de 15 de julho¹¹, reporta-se à conservação de dados gerados ou tratados no contexto da oferta de serviços de comunicações eletrónicas publicamente disponíveis ou em redes públicas de comunicações.

Esta Diretiva foi transposta para a ordem jurídica portuguesa através da Lei nº 32/2008, de 17 de julho, que procura regular a conservação e a transmissão dos dados de tráfego e de localização, tal como os dados conexos necessários para identificar o assinante ou o utilizador registado para fins de investigação destes e repressão de crimes graves.

Como fomos percebendo, a globalização é vista como um agente facilitador dos crimes praticados por meios eletrónicos e, deste modo, no mundo e particularmente na Europa, têm vindo a ser desenvolvidas diversas fontes normativas no que respeita à cibercriminalidade, uma vez que, tal como acrescenta Marques Dias¹², a diversidade de ordens jurídicas e a respetiva diferente qualificação do ilícito, levam a que à mesma conduta lesiva sejam aplicadas diferentes sanções ou até que a conduta seja vista como um ilícito criminal num país e não o seja noutro.

Contudo, até ao ano de 2009, Portugal não havia dado cumprimento aos diferentes preceitos de cariz internacional a que se encontrava vinculado, resultantes do facto de ter assinado, em 23 de novembro de 2001, a Convenção sobre o Cibercrime do Conselho da Europa, que, como vimos, é ainda hoje considerada como o primeiro e mais importante trabalho internacional versando a temática cibercrime.

Em 2009, com a publicação da Lei nº 109/2009 de 15 de setembro, Portugal transpôs para a ordem interna a Decisão-Quadro nº 2005/222/JAI do Conselho da Europa, relativa a ataques contra sistemas de informação¹³, respeitando as obrigações internacionais a que o Estado Português estava adstrito, o legislador nacional consagrou, finalmente, um autêntico sistema processual de prova digital.

A LC foi inovadora, na medida em que instituiu, pela primeira vez, regras jurídicas específicas referentes à recolha de prova em suporte eletrónico. Até então, a investigação dos crimes relacionados com a informática fazia-se com recurso às normas pertinentes, interpretadas com as necessárias adaptações, do CPP. Com a aprovação desta lei, o legislador procurou reunir num único diploma todas as normas respeitantes à criminalidade informática, tais como, normas de direito substantivo, normas de direito processual e também normas relativas à cooperação judiciária em matéria penal¹⁴.

Do ponto de vista estrutural, a LC possui um conjunto de normas de natureza adjetiva, designadas

¹¹ Esta Diretiva foi subsequentemente revogada e substituída pela Diretiva 2013/40/EU do Parlamento Europeu e do Conselho da Europa, de 12 de agosto, também relativa a ataques contra sistema de informação.

¹² MARQUES DIAS, V. A problemática da investigação do cibercrime. *Data Venia, Revista Jurídica Digital*, 1 (1), 2012. p. 63-88.

¹³ Tal como refere o artº 1.º da Lei nº 109/2009 de 15 de setembro.

¹⁴ Acórdão do Tribunal Constitucional. Processo número 830/2021.

como disposições processuais, estabelecendo uma série de novos meios de obtenção de prova. Contudo, embora tenha passado a consagrar um sistema processual de prova digital, a LC veio criar problemas de articulação com o CPP, uma vez que o legislador, ao duplicar os regimes, consagrou o regime geral do CPP e o regime especial da LC.

Um dos exemplos de duplicação - e de possível contradição - na articulação entre os dois regimes, designadamente, tal como refere Conde Correia¹⁵, na aplicação do regime especial da LC e o regime geral do CPP, entre a pesquisa de dados informáticos (artº 15.º da LC) e as perícias (artº 151.º e segs do CPP) e os exames (artº 171.º e segs do CPP).

Deste modo, a grande questão da presente investigação consiste em perceber se, doutrinalmente, a LC revogou, de uma forma tácita, o CPP, persistindo apenas este regime geral no que não estiver especialmente consagrado, dado que, tal como sustenta o autor supra citado, uma vez que a norma do artº 11.º da LC determina, pela via positiva, o âmbito de aplicação processual das disposições nela constantes, e exclui, pela via negativa, a aplicação de qualquer outra lei para estes crimes, incluindo, naturalmente, o CPP, ou seja, a única forma de aceder ao conteúdo de um computador seria através da pesquisa de dados informáticos (artº 15.º LC), pelo que, todas as outras formas de acesso seriam ilegitimamente ordenadas, inviabilizando assim a realização de meios de prova (perícias informáticas) e meios de obtenção de prova (exames).

Tendo em conta o problema doutrinal em estudo, será analisado, de seguida, o regime de acesso à prova digital no processo penal português e as respetivas dificuldades de articulação entre os regimes supra citados.

4 Prova digital: dificuldades na articulação entre o Código de Processo Penal Português e a Lei do Cibercrime

Como ponto prévio, é importante reconhecer que a reflexão acerca da construção da prova enquanto forma de reconstrução da verdade foi sempre um tema imensamente debatido no domínio do Direito Processual Penal. Um dos seus princípios basilares consiste no princípio da legalidade ou legitimidade da prova, conforme estabelece o artº 125.º do CPP.

Tal como refere o artº supra citado, todas as provas são admissíveis, excetuando as que são proibidas pela lei (o que densifica o estabelecido constitucionalmente, designadamente o que postula o artº 32.º/8 e 34.º/4 da Constituição da República Portuguesa, doravante designada de CRP). Ambos os artigos proíbem, de uma forma expressa, a admissão de provas obtidas, *verbi gratia*, mediante tortura, coação, ofensa à integridade física ou moral ou abusivas intromissões na vida privada, no domicílio, na correspondência e nas telecomunicações.

Destes princípios resulta o exposto no artº 126.º/1 e 3 do CPP, que só vem compactar o que determina a CRP, mencionando que são nulas, as provas obtidas mediante tortura, coação ou com ofensa da integridade física das pessoas e ressalvados os casos previstos na lei, são igualmente nulas, não podendo ser utilizadas as provas obtidas mediante intromissão na vida privada, no domicílio, na

¹⁵ CONDE CORREIA, J. Prova digital: enquadramento legal. In: **Cibercriminalidade e prova digital. Jurisdição penal e processual penal**. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2020. pp. 23-37.

correspondência e nas telecomunicações sem o consentimento do respetivo titular¹⁶.

É de notar que o regime legal da prova está codificado no CPP, o qual inclui os meios de prova e os meios de obtenção de prova. Embora uma parte deste livro seja dedicado a este tema, o código não apresenta qualquer conceito de prova, limitando a sua referência ao objeto da prova.

No âmbito do Direito Civil, o Código Civil português, no artº 341.º, expressa uma definição mais específica de prova, referindo que, as provas têm por função a demonstração da realidade dos factos, demonstrando os elementos da realidade pelos meios intelectivos permitidos por lei, tendo como principal finalidade formar a convicção do juiz sobre os elementos necessários para a decisão da causa.

Realçando a importância da prova em toda a investigação, determina-se que depois de adquirida a notícia do crime e aberto o inquérito, ocorrem um conjunto de diligências que constituem os fundamentos principais da prova, ou seja, a indagação da existência ou inexistência de um crime, a determinação de responsabilidade do seu agente e a recolha de provas, de modo obter uma decisão sobre a possível acusação¹⁷.

De acordo com Simas Santos & Leal-Henriques¹⁸, a prova consiste na atividade que se destina a demonstrar a verdade dos factos ocorridos, ou seja, é um processo direto que permite obter a justificação da convicção sobre a existência de um determinado facto.

Como referido, no âmbito do Direito Processual Penal português, podemos distinguir os meios de prova dos meios de obtenção de prova. Os meios de obtenção de prova são os instrumentos de que se servem as autoridades judiciais para investigar e recolher meios de prova. Os meios de prova correspondem aos caminhos através dos quais se desenvolve a atividade probatória, destinada à demonstração dos factos relevantes relacionados com o crime que se pretende investigar. Por outro lado, os meios de obtenção de prova correspondem às diversas diligências realizadas pelas autoridades, de modo a recolher prova.

De modo a estabelecer uma diferenciação mais proficiente, Marques da Silva¹⁹, estabelece a distinção entre os meios de prova e os meios da sua obtenção, mencionando o seguinte que parece claro que através meios de obtenção de prova se podem obter meios de prova de diferentes espécies, por exemplo, documentos, coisas, indicação de testemunhas, mas o que releva de modo particular é que, nalguns casos, o próprio meio de obtenção da prova acaba por ser também um meio de prova.

O CPP, no artº 124.º, faz uma distinção entre os meios de prova e os meios de obtenção de prova, mencionando que se constituem objeto de prova todos os factos juridicamente relevantes para a existência ou inexistência do crime, a punibilidade ou não punibilidade do arguido e a determinação da pena ou da medida de segurança a aplicar.

Num sentido restrito e direto, a prova é a demonstração explícita da realidade de um facto ou da existência de um ato jurídico, será também o processo ou o conjunto dos procedimentos que tem por fim tal demonstração. Ou seja, podemos ver a prova como resultado ou a prova como demonstração.

Conforme atrás referido, os meios de prova e de obtenção de prova previstos no CPP que, de uma

¹⁶ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa. Processo número 351/20.8PZLSB-C.L1-5, de 09 de novembro de 2021.

¹⁷ MARCOLINO DE JESUS, F. **Os meios de obtenção de prova em processo penal**. Coimbra: Almedina. 2015.

¹⁸ SIMAS SANTOS, M.; LEAL-HENRIQUES, M. **Noções de Direito Processual Penal**. Porto: Editora Rei dos Livros. 2011.

¹⁹ MARQUES DA SILVA, G. **Curso de Processo Penal – noções gerais, elementos do processo penal**. Volume I. Lisboa: Verbo Editora. 2010.

forma evidente, colidem com o regime especial de pesquisa de dados informáticos - artº 15.º da LC - são, respetivamente, as perícias e os exames informáticos.

Passando a analisar o artº 15.º da LC, relativo à pesquisa de dados informáticos. Refere o nº 1 desta norma que se durante uma investigação se revelar essencial para a descoberta da verdade obter determinados dados informáticos armazenados num sistema informático, a autoridade judiciária competente autoriza ou ordena, mediante despacho²⁰, a pesquisa de tais dados no sistema informático.

De acordo com um acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa²¹, a apreensão de dados informáticos a que a LC se refere não equivale à apreensão prevista no CPP, pela própria natureza das coisas. Esta última passa por desapossar alguém da coisa corpórea, enquanto a apreensão do conteúdo digital, bastas vezes virtual e armazenado num servidor em qualquer lugar do mundo, facilmente possibilita, especialmente quanto ao correio eletrónico, a continuação do acesso pelo utilizador original ao seu conteúdo, o qual, em bruto, é apenas linguagem binária.

Acrescenta esse mesmo acórdão que a apreensão de dados informáticos tem muito mais a ver com a respetiva perceção e assim apenas ocorre quando o conteúdo de mensagens de correio eletrónico é desvendado e junto ao processo em linguagem comum, uma vez que é apenas nesse momento que ocorre a efetiva compressão do direito à inviolabilidade da correspondência que a lei visa salvaguardar com as garantias e formalidades processuais que impõe, designadamente a da reserva judicial no que respeita àquela correspondência eletrónica.

Analisando, mais detalhadamente, cada um dos regimes, podemos mencionar que, tal como refere Marques da Silva²², a perícia corresponde à atividade de perceção ou de apreciação dos factos probandos, efetuada por pessoas dotadas de especiais conhecimentos.

De acordo com a norma prevista no artº 151.º do CPP, a prova pericial ocorre quando a perceção ou a apreciação dos factos exigirem especiais conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos, que determinará, posteriormente, a sua valoração (artº 163.º do CPP).

A perícia é realizada em estabelecimento, laboratório ou serviço oficial apropriado ou, quando tal não for possível ou conveniente, por perito nomeado de entre pessoas constantes de listas de peritos existentes em cada comarca, ou, na sua falta ou impossibilidade de resposta em tempo útil, por pessoa de honorabilidade e de reconhecida competência na matéria em causa (artº 152.º do CPP).

Quando a perícia se revelar de especial complexidade ou exigir conhecimentos de matérias distintas, pode ela ser deferida a vários peritos funcionando em moldes colegiais ou interdisciplinares.

Terminada a perícia, os peritos procedem à elaboração de um relatório, no qual mencionam e descrevem as suas respostas e conclusões devidamente fundamentadas. Aos peritos podem ser pedidos esclarecimentos pela autoridade judiciária, pelo arguido, pelo assistente, pelas partes civis e pelos consultores técnicos (artº 157.º do CPP).

Quanto ao valor da prova pericial (artº 163.º do CPP), o juízo técnico, científico ou artístico inerente à prova pericial presume-se subtraído à livre apreciação do julgador. Sempre que a convicção do julgador divergir do juízo contido no parecer dos peritos, deve aquele fundamentar a divergência.

²⁰ Acrescenta o nº 2 do artº 15.º da LC que este despacho tem a validade máxima de 30 dias, sob pena de nulidade.

²¹ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa. Processo número 351/20.8PZLSB-C.L1-5, de 09 de novembro de 2021.

²² MARQUES DA SILVA, G. *Curso de Processo Penal – noções gerais, elementos do processo penal*. Volume I. Lisboa: Verbo Editora. 2010.

Analisando os exames, importa mencionar que é através de exames a pessoas, a lugares e a coisas que se inspecionam os vestígios que possa ter deixado a prática do crime, como sejam, ao modo como e ao lugar onde foi praticado, às pessoas que o cometera ou sobre as quais foi cometido (artº 171.º/1 do CPP).

Os exames podem ocorrer por iniciativa própria dos órgãos de polícia criminal (artº 55.º/2, 171.º/4 e 173.º do CPP), sem prejuízo de, aos exames suscetíveis de ofender o pudor das pessoas, só poder assistir a autoridade judiciária competente (artº 172.º/3, 270.º/2 e) e 290.º/2 do CPP).

Podem também ocorrer por competência de uma autoridade judiciária (juiz, juiz de instrução e Ministério Público, artº 1.º b) do CPP) em que esta obriga alguém que pretenda abstrair-se de realizar qualquer exame ou de facultar coisa que deva ser examinada (artº 172.º/1 do CPP).

É de competência reservada de um juiz, o exame que envolva as características físicas e/ou psíquicas de uma pessoa que não tenha prestado qualquer tipo de consentimento para a realização desses mesmos exames (artº 172.º/2 e artº 269.º/1 b) do CPP).

As perícias e os exames, quando são realizados a sistemas informáticos, apresentam limitações diversas, as quais resultam das especificidades que os acessos à prova digital encerram.

Devido à sua natureza, a prova digital apresenta características que a diferenciam dos meios de obtenção de prova clássicos: (a) é uma prova de acesso complexo já que tem caráter temporário; (b) é fungível, uma vez que há uma enorme facilidade de substituição dos dados informáticos por outros; (c) é de natureza imaterial e volátil, dado que facilmente se escondem esses dados, podendo ser ocultados ou suprimidos, do suporte original e também é frágil, exigindo especiais cuidados no seu manuseamento, o que obriga, ao avaliador, conhecimentos técnicos e científicos elevados²³.

A prova digital pode ser definida como sendo a informação passível de ser extraída de um dispositivo eletrónico ou de uma rede de comunicações. Deste modo, a prova digital, para além de ser admissível, deve ser também autêntica, precisa e concreta²⁴.

A LC sistematizou processualmente, embora de uma forma não muito clara, o regime de prova digital. Tal como refere Conde Correia²⁵, passaram a reger-se pela LC a pesquisa de dados informáticos, a apreensão de dados informáticos, a apreensão de correio eletrónico e de registos de comunicações de natureza semelhante e a interceção de comunicações.

Conforme foi referido anteriormente, e conforme refere o autor supra mencionado, dado que o artº 11.º da LC determina, pela via positiva, o âmbito de aplicação processual das disposições nela constantes, e exclui, pela via negativa, a aplicação de qualquer outra lei para estes crimes, interessa perceber qual o regime que prevalece.

Apesar de a LC estabelecer, expressamente, no artº 11.º, a aplicação processual do regime especial, excluindo a aplicação de qualquer outro preceito legal, tal não se verifica na realidade, dado que o regime especial não invalida o regime geral, pois existem pressupostos e objetivos referentes à pesquisa informática, como a obtenção de dados informáticos específicos armazenados no computador,

²³ LOPES MILITÃO, R. A propósito da prova digital no processo penal. *Revista da Ordem dos Advogados*, 72 (5), 2012. p. 247-285.

²⁴ DIAS RAMOS, A. *A prova digital em Processo Penal*. Lisboa: Chiado Editora. 2014.

²⁵ CONDE CORREIA, J. Prova digital: enquadramento legal. In: *Cibercriminalidade e prova digital. Jurisdição penal e processual penal*, Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2020. pp. 23-37.

que poderão carecer de perícias ou exames simultaneamente.

Nas palavras de Venâncio²⁶, as normas previstas nos artº 11.º e segs da LC possuem uma extensão geral, uma vez que estamos perante a possibilidade de recorrer a estes meios de obtenção de prova para combate à criminalidade em geral, independentemente da forma. Deste modo, tal como afirma o autor, estamos perante um regime processual de obtenção de prova digital com um campo de aplicação mais abrangente do que a própria lei porque não restringe a sua aplicação aos processos relativos aos crimes que nela estão contemplados.

Por tudo o que foi supracitado, somos levados a concordar com o que Verdelho²⁷ estabelecia, quando refere ser incorreto ver na figura da pesquisa de dados informáticos, algum tipo de substituto para os exames, uma vez que a própria LC reconhece a possibilidade de aplicação de outras leis, ao regular, nos artº 16.º e 17.º, a pesquisa informática ou de outro acesso legítimo a um sistema informático. Como tal, não será a única lei reguladora em matéria de aquisição processual de dados, afastando a exclusividade.

Como evidência do supra mencionado, em que se verifica a articulação da aplicação de diferentes regimes, num acórdão do Tribunal da Relação do Porto²⁸ estabelece-se que a busca de onde resulte a apreensão de um computador é regulada pelas normas do CPP. Por outro lado, a pesquisa dos dados informáticos num computador, bem como a apreensão desses mesmos dados, é regulada na LC.

Pelo supra citado, importa realçar que a lei também se aplica nas seguintes situações: (1) aos crimes praticados através de um sistema informático; (2) aos processos relativos a crimes em que seja necessário proceder à recolha de prova digital, no decorrer da investigação criminal.

Como reflexão, convém ainda realçar as palavras de Lopes Militão²⁹, revelando que se tem vindo a constatar uma progressiva degradação das garantias processuais do suspeito e do arguido, dado que, sobrepondo o valor da segurança à liberdade, os direitos fundamentais tendem a constituir um obstáculo numa luta eficaz dos Estados contra a criminalidade.

Acrescenta o autor que a LC, com o objetivo de obter prova digital, consagrou diversos meios processuais e mecanismos de cooperação internacional, os quais podem se tornar profundamente intrusivos e até mesmo indesejáveis. Deste modo, muito embora a LC tenha uma enorme importância no combate à cibercriminalidade, ao mesmo tempo pode originar a violação de Direitos Fundamentais, constitucionalmente previstos.

5 Considerações finais

Com efeito, reserva-se este capítulo final para uma síntese conclusiva de todo o trabalho assim como para uma reflexão sobre o mesmo.

Como mencionado, os meios de prova e de obtenção de prova constituem os alicerces que sustentam a construção da prova no processo penal. Enquanto uns são instrumentos de que se servem as

²⁶ VENÂNCIO, P. D. *Lei do Cibercrime: anotada e comentada*. Coimbra: Coimbra Editora. 2011.

²⁷ VERDELHO, P. *A nova lei do Cibercrime*. Tomo LVIII. Braga: Scientia Juridica. 2009.

²⁸ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto. Processo número 2039/14.0JAPRT.P1, de 07 de julho de 2016.

²⁹ LOPES MILITÃO, R. A propósito da prova digital no processo penal. *Revista da Ordem dos Advogados*, 72 (5), 2012. p. 247-285.

autoridades judiciais para investigar e recolher meios de prova, outros, permitem que a verdade dos factos possa ser obtida e avaliada, de forma constituir uma fonte de justificação devidamente fundamentada, com vista à aplicação de medidas aos agentes do crime.

Na prova digital, a LC veio superar uma lacuna que existia no ordenamento jurídico-penal em Portugal, no entanto, como não originou uma revogação expressa do CPP, criou problemas na articulação entre os dois diplomas, dado que, cumprindo um dos princípios basilares do Direito, dever-se-ia aplicar o regime na aplicação da LC, em detrimento do regime geral do CPP.

Em nosso entender - e concordando com a doutrina maioritária - o legislador, ao consagrar o regime da prova digital na LC, pretende fornecer aos órgãos de polícia criminal instrumentos de combate à criminalidade em geral, pelo que nos parece ser incorreto, por exemplo, na norma da LC referente à pesquisa de dados informáticos, alguma forma de substituição para o consagrado no CPP para esta matéria, uma vez que a própria LC reconhece a possibilidade de aplicação de outras leis, distanciando-se, assim, da exclusividade de aplicação.

Referências bibliográficas

Literatura:

- ALBUQUERQUE, P. P. **Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem**. 3ª edição atualizada. Lisboa: Universidade Católica Editora. 2015.
- ANTUNES, M. J. **Consequências Jurídicas do Crime**. 1ª edição. Coimbra: Coimbra Editora. 2013.
- COMISSÃO EUROPEIA. Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho e ao Comité das Regiões. **Rumo a uma política geral de luta contra o cibercrime**. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu> (consultado em 28 de dezembro de 2021). 2007.
- COELHO DOS SANTOS, R. O Tratamento Jurídico-Penal da Transferência de Fundos Monetários Através da Manipulação Ilícita dos Sistemas Informáticos. **Boletim da Faculdade de Direito**. Coimbra: Coimbra Editora. 2005.
- CONDE CORREIA, J. Prova digital: enquadramento legal. In: **Cibercriminalidade e prova digital. Jurisdição penal e processual penal**, pp. 23-37. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários. 2020.
- DIAS RAMOS, A. **A prova digital em Processo Penal**. Lisboa: Chiado Editora. 2014.
- FIGUEIREDO DIAS, J. **Direito Penal Português: Parte Geral II – As Consequências Jurídicas do Crime**. 2ª reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora. 2011.
- FIGUEIREDO DIAS, J. O Direito Penal do bem jurídico como princípio juridicoconstitucional implícito. **Revista de Legislação e Jurisprudência**, 3998, 144, 2016, p. 250-266.
- LOPES MILITÃO, R. A propósito da prova digital no processo penal. **Revista da Ordem dos Advogados**, 72 (5), 2012. p. 247-285.
- MARCOLINO DE JESUS, F. **Os meios de obtenção de prova em processo penal**. Coimbra: Almedina. 2015.
- MARQUES DA SILVA, G. **Curso de Processo Penal – noções gerais, elementos do processo penal**. Volume I. Lisboa: Verbo Editora. 2010.
- MARQUES DIAS, V. A problemática da investigação do cibercrime. **Data Venia, Revista Jurídica Digital**, 1 (1), 2014. p. 63-88.
- MIRANDA RODRIGUES, A. **A determinação da medida da pena privativa da liberdade: os critérios da culpa e da prevenção**. 1ª edição. Coimbra: Coimbra Editora. 2014.
- PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA. **Cibercrime: denúncias recebidas**. Lisboa: Ministério Público de Portugal. 2022.
- RODRIGUES NUNES, D. **Os crimes previstos na lei do cibercrime**. Lisboa: Editora Gestlegal. 2020.
- RODRIGUES NUNES, D. **Os meios de obtenção de prova previstos na lei do cibercrime**. Lisboa: Editora Gestlegal. 2018.

- SILVA RAMALHO, D. A recolha de prova digital através de pesquisas informáticas transfronteiriças. In: **O domínio do imaterial: prova digital, cibercrime e a tutela penal dos direitos intelectuais. Jurisdição penal**, pp. 57-70. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários. 2018.
- SIMAS SANTOS, M. & Leal-Henriques, M. **Noções de Direito Penal**. 6ª edição. Porto: Editora Rei dos Livros. 2018.
- SIMAS SANTOS, M. & Leal-Henriques, M. **Noções de Direito Processual Penal**. Porto: Editora Rei dos Livros. 2011.
- VENÂNCIO, P. D. **Lei do Cibercrime: anotada e comentada**. Coimbra: Coimbra Editora. 2011.
- VERDELHO, P. **A nova lei do Cibercrime**. Tomo LVIII. Braga: Scientia Juridica. 2009.

Jurisprudência:

- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa. Processo número 351/20.8PZLSB-C.L1-5, de 09 de novembro de 2021.
- Acórdão do Tribunal Constitucional. Processo número 830/2021.
- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto. Processo número 2039/14.0JAPRT.P1, de 07 de julho de 2016.

Recebido em: 04/06/2022
Aprovado em: 29/07/2022

Neurociencias y Derecho Penal de un sistema de libertades

Neurosciences and criminal law of a system of freedoms

Bernardo Feijoo Sánchez 

Catedrático de Derecho Penal de la
Universidad Autónoma de Madrid

Resumen: Exposición del debate suscitado a raíz de la propuesta de algunos neuro-científicos de modificar las bases del Derecho Penal para amoldarlas a las aportaciones de las neurociencias y de la respuesta por parte de la doctrina jurídico-penal defendiendo un Derecho Penal de la culpabilidad por el hecho como elemento estructural del Estado de Derecho y de un sistema de libertades.

Palabras-clave: Neurociencias; derecho penal; culpabilidad; libertades

Abstract: The article presents an exposition of the debate arising from the proposal of some neuroscientists to modify the bases of Criminal Law to adapt them to the contributions of neurosciences and the response of the legal-criminal doctrine that defends a Criminal Law of guilt based on the fact as a structural element of the Rule of Law and of a system of freedoms.

Keywords: Neurosciences; criminal law; culpability; freedoms

1 Introducción

El Derecho Penal de la culpabilidad viene sufriendo ataques cíclicos. Muchos de esos ataques han tenido que ver con avances en el conocimiento científico, que abren la esperanza a una nueva forma de tratar la delincuencia de acuerdo con criterios más científicos para los que la tradicional idea de culpabilidad puede suponer una traba innecesaria.

Desde principios del presente siglo esos ataques han sido protagonizados por determinados neurocientíficos y por una minoría de penalistas que han asumido algunos de sus planteamientos. En Alemania destaca, por ejemplo, Grischa Merkel, que ha colaborado activamente con el neurocientífico Gerhad Roth, gran protagonista del debate en los últimos veinte años. Ello ha dado lugar a un debate en el que han participado los penalistas de mayor influencia en la actualidad. En la doctrina española también se ha reproducido este debate (las tesis críticas desde las neurociencias han sido defendidas en España por el catedrático jubilado de la Facultad de Medicina de la Universidad Complutense de Madrid Francisco José Rubia Vila con especial radicalidad), si bien la mayoría de la doctrina, aunque desde perspectivas muy diversas, se ha mostrado crítica con los ataques contra el Derecho Penal de la culpabilidad y ha procedido a su defensa.

Se expone a continuación el origen, la evolución y el estado actual de dicho diálogo entre las neurociencias y el Derecho Penal.

2 La crítica del Derecho Penal de la culpabilidad con argumentos neurocientíficos

2.1 El punto de partida

Si el cometido de la neurociencia es comprender los procesos mentales (neuronales) mediante los que percibimos, actuamos, aprendemos y recordamos, un análisis de la influencia de las neurociencias en el Derecho Penal implica revisar cómo el mejor conocimiento sobre el funcionamiento del cerebro o del sistema nervioso en su conjunto puede obligar a transformar las concepciones existentes sobre sus dos elementos esenciales: el delito y la pena. Si tradicionalmente se recurría a la psicología con el objeto de explicar las acciones humanas, a finales del siglo XX pasaron a ocupar un lugar protagonista las neurociencias, partiendo de que todo lo que los humanos deciden o hacen tiene su origen en el cerebro y se realiza mediante procesos neuronales.

Esto es así porque en los últimos años las neurociencias han experimentado un avance espectacular en su objetivo de explicar el funcionamiento del cerebro y de los concretos mecanismos neuronales. Cada vez se conoce mejor el equipamiento neurobiológico y neurofisiológico del ser humano en sus diferentes niveles. Teniendo en cuenta lo fascinantes que resultan dichos avances no es de extrañar que, al menos desde principios de siglo, lo “neuro-” se haya convertido en un tema de moda. Estos avances han sido favorecidos en gran medida gracias al espectacular avance en las técnicas de neuroimagen (resonancia magnética funcional y estructural, tomografía por emisión de positrones, tomografía computerizada de emisión monofotónica, etc.) que permiten disponer de datos medibles, cuantificables y comparables impensables no hace mucho tiempo e identificar patrones, disminuyendo el ámbito de las especulaciones. Mediante técnicas no invasivas podemos observar desde una perspectiva externa el “cerebro en acción” de un individuo vivo, con independencia de que más que la actividad neuronal de forma directa se observen fenómenos acompañantes o subyacentes. Por ejemplo, lo que mide un aparato de fMRI (siglas en inglés de Imágenes por Resonancia Magnética funcional) no es directamente la actividad cerebral, sino el consumo de oxígeno en partes del cerebro, que son analizados por un ordenador y convertidos en imágenes. Podemos ver en vivo fenómenos que antes no podíamos, pero no debemos olvidar que no vemos fotos en directo del cerebro, sino representaciones computerizadas con base en cálculos estadísticos realizados por un algoritmo.

Aunque nunca se debe olvidar que las imágenes son re-construcciones sobre lo que sucede en el cerebro y que no vemos la mente o las experiencias subjetivas, sino actividades bioquímicas y eléctricas del cerebro, la diferencia entre disponer o no de estas técnicas es parangonable a hacer astronomía con o sin telescopios y observatorios. Gracias a los avances técnicos la ciencia ha identificado regiones concretas relacionadas con modos de pensar y de sentir y zonas de actividad en función de la decisión gracias a los flujos sanguíneos, la oxigenación, las variaciones de calor, los cambios eléctricos, etc. Somos capaces de observar leves cambios en el flujo sanguíneo de concretas áreas corticales que obedecen a variaciones en la actividad nerviosa subyacente que necesita oxígeno y glucosa. De esta manera se puede hacer un mapeo del cerebro neurona a neurona. Esto representa un gran avance como fuente de conocimiento ya que con anterioridad los rayos X no eran aptos para proporcionar información

de tejidos blandos como el cerebro que, además, estaba encerrado dentro de una caja ósea para su protección que denominamos cráneo y sólo permitían obtener imágenes bidimensionales cuando el objeto de estudio era tridimensional. La utilización de contrastes mejoraba la situación, pero poco. Hoy en día disponemos incluso de escáneres cuánticos que posibilitan estudios de neuroimagen inimaginables hace poco tiempo. Disponer de ordenadores cada vez más potentes ayuda, sin duda, a esta evolución. La descodificación del genoma humano también ha representado un importante avance, sobre todo para la explicación de algunas patologías neurológicas, trastornos cerebrales o anomalías funcionales o estructurales del cerebro. Todos estos avances permiten el desarrollo de teorías para interpretar los datos y, en última instancia, una mejor comprensión de los seres humanos como especie en un proceso que no ha hecho más que empezar. Disponemos de nuevas herramientas para volver a la vieja cuestión kantiana de “¿Qué es el ser humano?”. Es evidente que el Derecho Penal no se puede quedar al margen de esta realidad.

Las neurociencias se ocupan de fenómenos como la cognición, la percepción, la identidad, la voluntad o la conciencia sobre los que los filósofos han reflexionado durante siglos. El primer aspecto relevante es que la abundante investigación empírica no ha permitido corroborar ciertos planteamientos clásicos de la filosofía moral o la ética sobre la cuestión mente-cuerpo (en términos actuales, mente-cerebro). Ello presenta importantísimas implicaciones para numerosas disciplinas, incluyendo la reflexión filosófica y ética. No debemos olvidar que tanto la teoría jurídica del delito como de la pena se han desarrollado tradicionalmente desde los planteamientos de la filosofía moral y de la responsabilidad moral.

Desde la perspectiva de las implicaciones de los avances neurocientíficos para el Derecho Penal, lo más relevante ha sido que ya no se puede hablar en propiedad de una voluntad consciente libre o de un libre albedrío que ponga en marcha o sea actor de las acciones humanas. No se trata sólo de que no “veamos” la libre voluntad que sustenta algunas de las especulaciones desarrolladas tradicionalmente desde la ética y la filosofía, al menos desde Samuel Puffendorf (1632-1694), sino que esa “mano invisible” no es un elemento esencial en el modelo explicativo imperante sobre los procesos mentales o el funcionamiento del cerebro. La cuestión no es tanto si un experimento concreto como los de Libet o Haynes refuta la idea de libre albedrío demostrando que en el cerebro existen procesos que tienen que ver con la formación de la voluntad antes de que alcance la conciencia, sino que los conocimientos científicos convierten en inverosímil o no plausible una voluntad libre e indeterminada como origen de todos nuestros comportamientos y, por consiguiente, como objeto o fundamento de censura, reproche, reprobación o castigo. Los experimentos, aisladamente considerados, no constituyen prueba directa de la existencia o no del libre albedrío humano, sino que son indicios a partir de los que deducir inferencias plausibles. Los nuevos conocimientos empíricos han añadido una extraordinaria complejidad a una cuestión clásica que siempre ha estado en el centro de las reflexiones sobre las bases del Derecho Penal. Sobre todo, porque nos demuestran que dónde habíamos venido presumiendo capacidad para un control consciente dominan en realidad los procesos inconscientes (subcorticales).

Si bien es cierto que la ausencia de prueba no es lo mismo que prueba de ausencia, por lo que no constatar algo no significa que no exista o no pueda existir teórica o lógicamente, con la ayuda de impresionantes -con independencia de sus muchas limitaciones- avances tecnológicos las neurociencias han ido demostrando como es difícil asumir una escisión radical entre cerebro y mente o conciencia ya que la mente es el conjunto de operaciones que realiza el cerebro, que las facultades mentales o cognitivas superiores son un producto de la actividad cerebral o que la actuación consciente representa

una ínfima parte de dicha actividad y hemos sobrevalorado su papel. Nuestras decisiones vienen motivadas en gran medida por procesos inconscientes que racionalizamos o interpretamos *a posteriori* y esos procesos inconscientes, que están determinados en gran medida por estructuras subcorticales como los ganglios basales o nuestro sistema límbico (amígdala, hipocampo, giro cingulado, hipotálamo entre otros), están conducidos por nuestras emociones o nuestra memoria emocional. Cognición y afectividad son procesos interactivos e integrados. Como afirma un científico de primerísimo nivel como Eric Kandel, “*la percepción consciente depende en su totalidad de procesos inconscientes*”¹. Se suele recurrir a la imagen del iceberg, que ya fue utilizada por Sigmund Freud, para visualizar que nuestros procesos conscientes serían como la pequeña parte que se ve fuera del agua. Con independencia de que las emociones no sean en gran medida algo genético, sino que son aprendidas en la interacción social o cultural, se trata, en todo caso, de un proceso complejo donde intervienen varios sistemas interdependientes -que pueden ser tanto conscientes como inconscientes-. Estas aportaciones tampoco plantean en la actualidad especiales problemas filosóficos. La cuestión se vuelve, sin embargo, enormemente polémica cuando se aborda el problema del “libre albedrío”.

En consonancia con ello se afirma que, desde la perspectiva biológica, no existe un “yo” central o hegemónico en sentido estricto que, como ejecutivo central o supremo (agente inmaterial), controle todos estos procesos que son consecuencia de un largo proceso evolutivo, sino que es una construcción mental que carece de una base estructural definida en el cerebro y deriva del funcionamiento de un sistema o conjunto de módulos especializados con una organización descentralizada (dinámica de sistemas de base material). Como afirma gráficamente Gazzaniga, “*El cerebro funciona más a base de chismorreos vecinales que de planificación central*”². La película de dibujos animados del año 2015 *Del revés (Inside Out)* quizás nos permita hacernos una idea de esta afirmación.

La conciencia no es el determinante o agente causal de nuestra conducta ni toma la iniciativa, sino que no es más que una experiencia subjetiva de una actividad continua del cerebro en su permanente interacción con el entorno. La actividad cerebral es un proceso continuo que reacciona a los inputs o las informaciones que provienen del exterior y esas reacciones no siempre son conscientes.

Considera Fuster que entre los grandes especialistas en neuroética existe un amplio acuerdo en que “el dualismo (cerebro/mente) es indefendible, que toda opción humana está determinada biofísicamente -es decir, por acontecimientos físicos en el cerebro-, y que la responsabilidad moral es reducible a estos acontecimientos”, por lo que “el verdadero libre albedrío no existe”³.

En palabras del estadounidense Eagleman,

“(e)l quid de la cuestión es si todos sus actos ocurren fundamentalmente en piloto automático o si existe alguna pequeña área en la que seamos «libres» de elegir, independientemente de las reglas de la biología. Éste ha sido siempre un problema insoluble tanto para los científicos como para los filósofos. Que nosotros sepamos, toda actividad cerebral viene impulsada por otra actividad cerebral, en una red enormemente compleja e interconectada. Para mejor o para peor, esto no parece dejar mucho sitio a nada aparte de la actividad nerviosa; es decir, no hay sitio para una mente separada del cuerpo. Para considerarlo desde la otra perspectiva, si el libre albedrío ha de tener alguna influencia en los actos del cuerpo, no le queda más remedio que influir en la actividad cerebral en curso. Y para ello necesita estar físicamente

¹ KANDEL, E.R. **La nueva biología de la mente**, Barcelona: Paidós, 2018, p. 231.

² GAZZANIGA, M. **Relatos desde los dos lados del cerebro**, Barcelona *et al*: Paidós, 2015, p. 345

³ FUSTER, J.M. **Cerebro y libertad**: los cimientos cerebrales de nuestra capacidad para elegir, Barcelona: Ariel, 2014, p. 308.

conectada con al menos algunas neuronas. Pero no encontramos ningún lugar del cerebro que no sea impulsado por otras partes de la red. Por el contrario, todas las partes del cerebro están densamente interconectadas con otras partes del cerebro, e impulsadas por éstas, lo que sugiere que no existe ninguna parte independiente y por tanto «libre». Así pues, según nuestros conocimientos científicos actuales, no hay manera de encontrar el espacio físico en el que colocar el libre albedrío –la causa incausada–, porque no parece haber ninguna parte de la maquinaria que no siga una relación causal con las otras partes. Todo lo que hemos afirmado aquí se basa en lo que sabemos en este momento de la historia, que desde luego parecerá bastante tosco dentro de un milenio; sin embargo, en este punto, nadie puede ver una manera clara de sortear el problema de cómo una entidad no física (el libre albedrío) interactúa con una entidad física (el material del cerebro).”⁴

De esta manera, lo que hemos venido denominando voluntad humana, se correspondería en realidad con procesos internos inconscientes y conscientes fuertemente determinados por factores neurobiológicos, genéticos y del entorno, así como por experiencias psicológicas y sociales positivas o negativas, especialmente en las etapas más tempranas de la vida. Pero si la conciencia no es más que un producto de nuestra actividad cerebral, las acciones no pueden tener su origen en la conciencia libre. El auténtico “motor” de nuestras acciones es el inconsciente. En este sentido se deben entender afirmaciones de algunos neurocientíficos como Prinz, Singer o Roth, alegando “que no hacemos lo que queremos, sino que queremos lo que hacemos” o que –parafraseando a Freud– “el yo no es el señor de la casa”, ni “el gran piloto que se cree”, sino un constructo mental. Esto significa que no son los estados mentales (ideas, sentimientos, voluntad, etc.) los que generan los procesos neuronales, sino al revés. No existe un yo inmaterial como centro de mando que se sirva de los procesos neuronales para actuar en el mundo material. El libre albedrío va vinculado a la idea del “yo”, por lo que si éste es una ilusión aquél también lo será. Según los científicos mencionados, la diferencia del actual debate es que tales afirmaciones ya no serían en la actualidad meras conjeturas, sino que estarían corroboradas por investigaciones científicas, aunque éstas no sean totalmente concluyentes.

2.2. El traslado de estos conocimientos al debate jurídico-penal como crítica al Derecho Penal de la culpabilidad

Si el funcionamiento del cerebro es una parte esencial de la conducta humana, los avances en el conocimiento de nuestros procesos mentales son de enorme trascendencia para otros campos de conocimiento y han suscitado ya intensos debates filosóficos y éticos. Uno de ellos tiene que ver con las bases del Derecho Penal. Esto se puede entender como inevitable si tenemos en cuenta que la rama del ordenamiento social que se dedica de forma más intensa a (des)valorar comportamientos no podía mantenerse ajena a estas consideraciones.

A partir de los presupuestos expuestos, algunos neuro-científicos han considerado inevitable una transformación de las bases del ordenamiento jurídico-penal vigente como un Derecho Penal de la culpabilidad por el hecho, por lo que propugnaron la necesidad de un cambio de paradigma que se adaptara mejor a los nuevos conocimientos provenientes de la ciencia. En el debate español han tenido especial relevancia los trabajos de neurocientíficos alemanes como Roth, Singer, Prinz o Markowitsch,

⁴ EAGLEMAN, D. **Incógnito. Las vidas secretas del cerebro**, epublibre (en papel, Barcelona: Anagrama), 2016. p. 320 s. Este autor insiste en que el libre albedrío, si existiera, tendría muy poco espacio en el que actuar. No sería más que un pequeño factor montado en lo alto de una enorme maquinaria automatizada. El comportamiento humano, según Eagleman, opera en gran medida casi sin atender a la mano invisible de la volición.

especialmente del primero, que se ha mostrado especialmente activo en estas cuestiones. A principios de siglo quedó planteado de esta manera un reto de gran complejidad ya que es evidente que un Derecho Penal que no quiera dejar de ser ilustrado no puede desarrollar sus bases de espaldas al conocimiento científico.

Como señala Frisch, “la Ciencia del Derecho Penal tiene que ocuparse de esta crítica contra el fundamento del Derecho Penal de la culpabilidad y rebatirla o debilitar su solidez o relevancia si quiere seguir aferrada al Derecho Penal de la culpabilidad de forma coherente”⁵. Al fin y al cabo, nuestra actividad mental, las emociones que tiñen nuestras decisiones y nuestro comportamiento tienen su origen en el cerebro (como elemento central del sistema nervioso). Ello no significa incurrir en un naturalismo ingenuo, pensando que existe una correspondencia epistemológica entre el mundo natural y el mundo social. Sin embargo, la cuestión no puede ser eludida, aunque se parta de una perspectiva normativista del Derecho Penal como institución social, de acuerdo con la cual las estructuras dogmáticas no reflejan la naturaleza, sino los criterios de imputación vigentes de acuerdo con una determinada lógica social. Sin dejar de tener en cuenta que estamos ante cuestiones filosóficas y que las ciencias naturales sólo operan como límite de las posibles soluciones, lo cierto es que la tradición de la filosofía moral (aristotélica, cartesiana, kantiana) ha tenido ciertos contenidos especulativos que deben ser confrontados con las evidencias científicas. Por ello, aunque no se parta de un naturalismo que entienda que el deber ser es una consecuencia del ser, no se deberían dejar de revisar las implicaciones del debate. Desde las publicaciones de neurocientíficos se hacen afirmaciones que afectan a debates clásicos y cuestiones esenciales de la teoría del Derecho Penal.

Sería pretencioso como penalista discutir las aportaciones de las neurociencias, pero sí que podemos analizar la pretensión expresada por algunos neurocientíficos, y que ha sido compartida por algunos penalistas, de que los nuevos conocimientos sobre el cerebro obligan a modificar las funciones del Derecho penal y de la pena. Podemos debatir las conclusiones de lo que Roth⁶ denomina el “neurocientífico que filosofa” -él es doctor también en filosofía-. Es decir, cuando el neurocientífico se adentra en un terreno filosófico o de las denominadas “ciencias del espíritu” o de las ciencias sociales. Se trata de debatir la posición de algunos neurocientíficos cuando hacen filosofía social, que tiene sus propias lógica, reglas y metodología diferentes a las de las ciencias de la naturaleza. Para el debate jurídico-penal la cuestión esencial no es tanto la comprobación o refutación empírica del libre albedrío, sino las aplicaciones y consecuencias prácticas que algunos pretenden extraer de datos neurocientíficos. De esta manera algunos neurocientíficos han avivado el debate sobre la legitimación del Derecho Penal.

La teoría del Derecho Penal se ha visto impelida a colocar el Derecho Penal de la culpabilidad por el hecho frente a evidencias como el materialismo monista o la relevancia de lo inconsciente en la adopción de decisiones y afrontar si los conocimientos que están aportando las neurociencias son incompatibles con el Derecho Penal de la culpabilidad o bien, a lo sumo, exclusivamente con algunas concepciones de la culpabilidad que beben de la tradición y de intuiciones que no están siendo corroboradas por la ciencia.

⁵ FEIJOO SÁNCHEZ, B. **Derecho Penal de la culpabilidad y neurociencias**, Navarra: Civitas-Thomson Reuters, 2012. p.26 s.

⁶ ROTH, G. “Discusión con el filósofo Richard David Precht”, **Spiegel Wissen** 1, 2009. p. 20.

3 La respuesta desde la perspectiva penal: la resistencia a una revolución neuro-penal y la defensa del Derecho Penal de la culpabilidad

3.1. La propuesta alternativa de ciertos neurocientíficos

La propuesta de los neurocientíficos se concretó en una sustitución del Derecho Penal de la culpabilidad por el hecho por el tratamiento del fenómeno delictivo prescindiendo de la rancia idea de culpabilidad y atajando el problema en su origen: los procesos neuronales. Se recupera así la vieja idea de la *poena medicinalis* que se puede reconducir al menos hasta Aristóteles, adaptada a los avances que aporta la neurociencia.

La propuesta alternativa al ordenamiento penal vigente es un sistema de control social donde no desempeñara papel alguno la idea de culpabilidad con todas sus consecuencias: no hay pena sin culpabilidad y aquella es proporcional a la gravedad de la culpabilidad y del hecho cometido.

3.2. La respuesta de los penalistas en defensa del Derecho Penal de la culpabilidad

Esta propuesta ha motivado una reacción por parte de un sector dominante de la doctrina jurídico-penal, oponiéndose a una transformación del Derecho Penal en la línea expuesta. El ataque ha motivado un amplio acuerdo en la doctrina jurídico-penal que no es fácil de ver cuándo se trata de abordar cuestiones esenciales relativas al delito, la culpabilidad y la pena. La doctrina mayoritaria ha tocado a rebato para defender el Derecho Penal de la culpabilidad. Algunos motivos de esta resistencia desde la doctrina son ciertas consecuencias que se entienden como indeseables: la desaparición de la distinción entre imputables e inimputables, es decir, entre personas que son o no capaces de ser responsables de sus acciones, la renuncia a que la pena sea proporcional a la gravedad del hecho y la responsabilidad del agente o la conversión de la pena como institución en medidas de tratamiento o seguridad.

De hecho, la doctrina dominante ha venido defendiendo las características esenciales de un Derecho Penal de la culpabilidad por el hecho sin que ello implique la defensa de la posibilidad de actuar de otro modo en un momento histórico concreto para declarar a alguien culpable e imponerle una pena. La fuerte resistencia a que la “revolución neuro-científica” implicara necesariamente una transformación de las bases esenciales del Derecho Penal se ha basado más bien en que la propuesta no atendió todos los aspectos relevantes en juego para una correcta solución de la cuestión. No se ha tratado de una defensa del libre albedrío y del **alternativismo**, sino más bien de las consecuencias sociales que se pretenden derivar de las investigaciones neurocientíficas.

Existe un amplio convencimiento entre juristas de que el Derecho Penal de la culpabilidad por el hecho da lugar a una praxis punitiva soportable en el contexto del Estado de Derecho, al menos más que otras opciones o alternativas. Un ordenamiento jurídico que se orienta materialmente por el principio de culpabilidad permite justificar la concreta restricción de derechos que sufre un individuo concreto por un hecho determinado, más allá de la legitimación general que tenga la pena como institución jurídica y de las necesidades sociales que ésta venga a cubrir. Permite cumplir con la máxima kantiana de que la pena, antes que necesaria, debe ser merecida, siendo éste el objetivo esencial de la dogmática y de la teoría jurídica del delito.

3.3. La debilidad de los argumentos contra el Derecho Penal de la culpabilidad

La denominada “revolución neuro-científica” no ha provocado una revolución del Derecho Penal vigente. Esto es así no sólo por la inercia de las cosas, sino porque los argumentos críticos provenientes de argumentos neurocientíficos han ido perdiendo fuerza con el tiempo.

Seguramente esto es así porque mientras las críticas se dirigían de forma indiscriminada contra el Derecho Penal de la culpabilidad, los avances neurocientíficos sólo estaban poniendo directamente en entredicho ciertas teorías subjetivas o morales de la retribución que basan ésta en la capacidad de actuar con libertad de voluntad y conciben la pena como compensación de la voluntad defectuosa. Nada más que esta perspectiva queda en cuestión si, como señala Roth, ya no es posible hablar en propiedad de un libre albedrío no sometido a leyes naturales “*en que el autor, sobre la base de su conciencia jurídica, hubiera podido decidir actuar de otro modo, esto es, de modo conforme a la ley, del que lo hizo*”⁷. Exclusivamente quedan sin base este tipo de planteamientos si no es posible seguir hablando de una voluntad entendida como una entidad inmaterial o espiritual que puede iniciar un curso causal por sí misma de forma espontánea e indeterminada (*causa libera* o *causa sui*).

Sin embargo, tales concepciones ya carecían de un papel relevante en el marco de los grandes modelos teóricos sobre el Derecho Penal de los últimos años, por lo que no suponen alteración sustancial alguna ni desde la perspectiva de la teoría de la pena ni de la fundamentación de la culpabilidad. Ayuda a lo sumo a podar las hojas más mustias del edificio conceptual del Derecho Penal.

Como señala Frisch, lo que se ve afectado con las críticas de los neurocientíficos que han sido citados

“no es todo el Derecho Penal de la culpabilidad, sino exclusivamente una determinada variante del Derecho Penal de la culpabilidad: aquella que parte de la compensación de la culpabilidad o de la expiación de la culpabilidad por el autor como fin exclusivo de la pena. Una pena concebida y legitimada de este modo pierde su fundamento si la decisión a favor del hecho punible está determinada: carecería de sentido hablar de una culpabilidad del autor”⁸.

Es decir, los nuevos aires que provienen de las ciencias naturales suponen una crítica contra teorías retributivas radicales o en sentido fuerte de carácter bidimensional en las que la pena se basa en el libre albedrío del sujeto: es imprescindible una *actio libera* y si existe *actio libera* no queda otra opción que imponer una pena. La pena expresa o manifiesta un reproche por no haber actuado de otra manera o no haber adoptado otra decisión en una determinada situación. Pero lo cierto es que las críticas llegan demasiado tarde. Hace ya mucho tiempo que estas teorías tienen un lugar marginal en el debate jurídico-penal sobre la legitimación del castigo. El Derecho Penal de la culpabilidad por el hecho hace mucho tiempo que se ha alejado de puntos de partida retribucionistas como la teoría kantiana o la teoría de la expiación.

Como sabe cualquier buen conocedor de la evolución dogmática sobre el fundamento de la culpabilidad en los últimos cincuenta años, ésta se ha visto orientada a fines político-criminales (teorías preventivas) o a satisfacer la función social del Derecho Penal (teorías funcionales). En estos contextos de legitimación de la culpabilidad el libre albedrío y la correspondiente posibilidad de actuar de otro

⁷ DEMETRIO CRESPO, E. *Neurociencias y Derecho Penal*, Buenos Aires y Montevideo: Bdef, 2013. p. 670.

⁸ FEIJOO SÁNCHEZ, B. *Derecho Penal de la culpabilidad y neurociencias*, Navarra: Civitas-Thomson Reuters, 2012. p. 39.

modo tienen un papel marginal como límite (condición necesaria pero insuficiente de la pena) o, directamente, irrelevante⁹. El impacto de las críticas con argumentos neurocientíficos es, en este sentido, escaso o nulo.

Es de agradecer la honradez intelectual de Roth al haber asumido que ciertos planteamientos de partida han resultado exagerados. En un debate con el filósofo Richard David Precht, éste le reprocha la falta de cautela de algunas afirmaciones iniciales junto con Wolf Singer, en el sentido de que no existe el libre albedrío en el sentido en el que se habla de él. Considera Precht que eso es una invasión conceptual y añade que aparentemente Roth se ha apartado de una posición tan materialista. A ello contesta Roth:

“Sí y no. Fuimos ingenuos al pensar que el concepto kantiano de autonomía racional era el concepto general de libre albedrío. No vimos que existen otros muchos conceptos de libertad de voluntad. Pensamos que o bien la voluntad era determinada y, por tanto, libre o no. Entretanto he aprendido que es posible hablar muy en serio del libre albedrío y, por tanto, buscar correlatos en el cerebro. No soy un determinista estricto, pero tampoco creo en la pura automotivación de la conciencia. Siempre existen motivos esenciales para nuestra conducta de los que no disponemos a voluntad”.

4. El panorama actual

El debate expuesto hasta aquí demuestra que los datos biológicos no pueden aportarnos sin más una solución a cómo debería estar configurado el Derecho Penal. No se puede derivar o deducir una respuesta a esta cuestión social directamente de nuestro mejor conocimiento del sistema nervioso. No se trata de discutir los maravillosos avances en esa última frontera de la biología que es el cerebro, sino de las inferencias que algunos neurocientíficos y una minoría de penalistas han desarrollado inicialmente para defender cómo debería ser el Derecho Penal o una supuesta mejora de lo que conocemos como Derecho Penal. De la falta de constatación del libre albedrío en sentido fuerte o de la constatación de la importancia de los procesos inconscientes no cabe deducir que el Derecho Penal deba ser de una determinada manera y sólo de esa manera. La respuesta de la doctrina a tales pretensiones filosófico-penales es que ciertas inferencias han sido precipitadas, excesivamente simples y no han tenido suficientemente en cuenta la enorme complejidad de la cuestión. Resulta precipitado afirmar que el estado actual de las investigaciones sobre el cerebro impone una alteración sustancial de la responsabilidad penal y los procesos de criminalización. Ni las tesis neurodeterministas ni la renuncia al dualismo suponen tener que renunciar al Derecho Penal de la culpabilidad por el hecho ni a nuestras prácticas punitivas en lo esencial.

Han abundado desde la doctrina jurídico-penal los reproches de arrogancia (arrogándose soberanía interpretativa, protagonismo epistemológico, etc.) o de incurrir en un error categorial, críticas que coinciden con las de un número importante de filósofos. Este es un aspecto más bien anecdótico, pero ello tiene que ver con que no se puede derivar silogísticamente una conclusión normativa como resultado lógico de premisas fácticas (falacia naturalista de Hume). Es un error lógico o categorial derivar directamente de una serie de datos fácticos provenientes de la ciencia una afirmación de lo que

⁹ Jakobs en FEIJOO SÁNCHEZ, B. **Derecho Penal de la culpabilidad y neurociencias**, Navarra: Civitas-Thomson Reuters, 2012.

deberíamos hacer como sociedad para defender elementos estructurales de la convivencia. No se deben confundir expectativas normativas y cognitivas. El sentido del orden social y normativo no depende de leyes de la naturaleza. Hay que distinguir entre *Physis* y *Nomos*. El lenguaje descriptivo de la ciencia no se puede traducir de forma automática en un lenguaje prescriptivo. Incluso, aunque la ciencia nos pudiera ofrecer una teoría completa del funcionamiento del cerebro y de la conciencia, todavía careceríamos de una respuesta de cómo construir un sistema de imputación jurídico-penal.

La crítica proveniente de un sector de neurocientíficos fue desafortunada en un principio porque se entendió que la puesta en entredicho del libre albedrío en sentido fuerte implicaba una crítica frontal al Derecho Penal vigente. Esto fue así porque tenía como premisa una identificación especulativa entre culpabilidad y posibilidad de actuar de otro modo con base en una voluntad libre que podría haber querido una conducta distinta. De esta manera, se acabó proponiendo una alternativa a un Derecho Penal que se tildaba de no suficientemente ilustrado sobre la base de un diagnóstico erróneo del enfermo. Sin embargo, el ataque a la culpabilidad por el hecho como elemento estructural de nuestra cultura jurídica vigente ha sido como el de un Don Quijote contra gigantes que, en realidad, eran molinos. Si bien no se puede afirmar con rotundidad que ningún penalista piense hoy en día en una fundamentación de la culpabilidad en la tradición de la escolástica medieval o del iusnaturalismo racionalista influido por la teodicea y, por tanto, en especulaciones impregnadas por sistemas e ideologías de pensamiento religioso o teológico, lo cierto es que hace tiempo que en la literatura especializada las fundamentaciones de la culpabilidad discurren por derroteros distintos.

Si bien el debate ha generado una ingente producción científica y académica en los primeros quince años de este siglo, la intensidad del mismo se ha ido relajando en los últimos años. Hoy en día se puede afirmar que los avances de las neurociencias no van a acarrear a corto plazo un cambio radical en la legislación penal ni una modificación de las características básicas del Derecho Penal. No hay revolución a la vista. Los criterios jurídicos no van a verse sustituidos por criterios neurocientíficos -con independencia de que las neurociencias puedan ir aportando datos que sean relevantes para el sistema jurídico- ni los juristas van a verse reemplazados por especialistas en ciencias empíricas del sistema nervioso. Es de destacar que desde el ámbito neurocientífico tampoco se han aportado en los últimos años nuevos conocimientos que hayan renovado sustancialmente los términos del debate. Como se ha señalado, más bien científicos como Roth han modificado la radicalidad de algunas propuestas iniciales.

Con la perspectiva que otorga el tiempo se puede entender como precipitada y prematura la conclusión de que, si los nuevos avances neurocientíficos ponen en entredicho que se pueda fundamentar empíricamente la posibilidad de actuar de otro modo, no quedaría más recurso legítimo para el Estado en el tratamiento de la delincuencia que la **prevención especial**. Las propuestas más radicales entendían que sin libertad sobre la que construir la culpabilidad, la pena basada en la culpabilidad debe ser desterrada y sustituida por tratamiento y, en caso de no existir tal posibilidad, por inocuización y aseguramiento. Tales propuestas derivaban de la idea de que un ser tan determinado como el humano no puede ser hecho responsable, por lo que sólo puede ser tratado y, en su caso, inocuizado. Se trata de la clásica tesis determinista en sentido fuerte que sostiene que la vida está fuertemente determinada por circunstancias que escapan al control humano de modo que no se puede hacer a nadie responsable de lo que hace o deja de hacer.

Es de destacar que la mayor parte de los neurocientíficos y penalistas que estimularon en parte este enriquecedor debate público han moderado su discurso, dejando de proponer la sustitución de penas por tratamiento y reconociendo la importancia de la **prevención general** y de la **estabilización de**

normas. De esta manera la prevención especial pasa a ocupar un papel secundario en relación con una pena orientada a la prevención general. En este contexto de legitimación del Derecho Penal, que se corresponde con el que está ampliamente aceptado por la doctrina penal, existe un enorme margen para una fructífera colaboración. Por ejemplo, mejores conocimientos de los denominados trastornos emocionales, afectivos o de la personalidad, donde los factores biológicos interactúan con factores ambientales, pueden dar lugar en un futuro a que se traslade la línea fronteriza entre imputabilidad e inimputabilidad. Pero será una decisión estrictamente normativa a partir de los datos que nos aporte la ciencia.

Las neurociencias nos han puesto ante los ojos que las acciones que definimos como culpables y que castigamos para estabilizar normas siempre tienen un pasado susceptible de ser explicado científicamente y están más condicionadas de lo que pensábamos hace algunos años. Hay que aceptar que no es verosímil partir de un albedrío o una voluntad humana que se pueda liberar de esta determinación. Pero la mayor constatación de que somos sistemas psicofísicos complejos multi- o pluri-determinados por multitud de factores, tanto naturales (biológicos, genéticos, epigenéticos, químicos, etc.) como sociales, por lo que las decisiones y acciones humanas son fruto de procesos neuronales en el cerebro que dependen o tienen su origen en otros procesos neuronales y todo ello tiene una -cada vez más desarrollada- explicación científica, no obliga a renunciar a la idea de un Derecho Penal de la culpabilidad por el hecho. No existe incompatibilidad entre los avances neurocientíficos y la libertad y la responsabilidad como instituciones sociales. Aquéllos no obligan a renunciar a un sistema penal que es el resultado de siglos de construcción. La conclusión debe ser otra: el Derecho Penal de la culpabilidad, el delito y la pena deben ser fundamentados al margen del libre albedrío.

Baste citar sólo a dos neurocientíficos españoles de primer nivel internacional. Señala Delgado¹⁰ como “nuestros conceptos actuales de libertad y responsabilidad penal son perfectamente sostenibles con los conocimientos disponibles de la neurofisiología cerebral”. Fuster¹¹ también afirma que “los neuroéticos no ponen en duda la responsabilidad legal” y las ideas sobre la libertad o la responsabilidad de la neurociencia no tienen que ser incompatibles con la perspectiva jurídica.

La culpabilidad tiene que ver con la libertad como institución social, no como hecho bruto o neurobiológico. Un Derecho Penal de la libertad no puede renunciar como principio a la culpabilidad por el hecho. Pero debe quedar claro que se trata de la libertad como ciudadano o persona en el Derecho, no de una libertad natural ajena a determinación. Por esta razón los aspectos más positivos de un Derecho Penal de la culpabilidad por el hecho ya no pasan por la defensa de un libre albedrío ajeno a determinación como motor espiritual, espontáneo e inmaterial de las acciones humanas, sino de un Derecho Penal de la libertad entendida como institución social. Ese Derecho Penal propio de una sociedad de libertades desempeña y debe seguir desempeñando funciones esenciales que no se reducen a la prevención especial.

La renuncia al Derecho Penal de la culpabilidad por el hecho y la transformación de la pena en una medida de tratamiento, corrección y/o seguridad para todos los sujetos (al no mantenerse una distinción entre responsables e irresponsables) presenta mas inconvenientes que ventajas y es incompatible con nuestra lógica social como Estado de Derecho y sistema de libertades.

¹⁰ En DEMETRIO CRESPO, E. **Neurociencias y Derecho Penal**, Buenos Aires y Montevideo: Edisofer Bdef, 2013. p. 14.

¹¹ FUSTER, J.M. **Cerebro y libertad**: los cimientos cerebrales de nuestra capacidad para elegir, Barcelona: Ariel, 2014. p. 21 e s., p. 310.

Conclusiones

1. Ciertos neurocientíficos han entendido que, si no existe libre albedrío en sentido fuerte, el Derecho Penal vigente resulta insostenible. Si la libertad en sentido biológico u ontológico es una ilusión, también lo será el Derecho Penal de la culpabilidad.

2. La doctrina jurídico-penal se ha visto obligada a responder a esta crítica en defensa del Derecho Penal de la culpabilidad por el hecho y a afrontar si los conocimientos que están aportando las neurociencias son incompatibles con el Derecho Penal de la culpabilidad.

3. La doctrina jurídico-penal se ha opuesto a la desaparición de la distinción entre imputables e inimputables, la renuncia a que la pena sea proporcional a la gravedad del hecho y la responsabilidad del agente y la conversión de la pena en medidas de tratamiento o seguridad.

4. La puesta en entredicho del libre albedrío en sentido fuerte no representa una crítica frontal al Derecho Penal vigente. Se trata de una conclusión precipitada que no atiende a toda la complejidad que presenta lo que podemos denominar la cuestión penal.

5. No ha habido ni se espera a corto plazo una revolución neuro-penal, aunque sean muchos los aspectos en los que los avances neurocientíficos pueden acabar influyendo en el Derecho Penal (tratamiento de psicopatías, de jóvenes delincuentes, etc.).

Bibliografía recomendada

AROCENA, G.A. **Neuroderecho penal. Neurociencias, culpabilidad penal y ejecución penitenciaria.**

Madrid: Reus. 2021.

CONTRERA ISLAS, D. S. “Cerebro y filosofía: un vistazo al trabajo de Gerhard Roth”, **Ciencia**, 2017, Vol. 68, nº 4, pp. 76 ss.

DEMETRIO CRESPO, E. **Neurociencias y Derecho Penal**, Buenos Aires y Montevideo: Edisofer Bdef, 2013.

DEMETRIO CRESPO, E. **Fragmentos sobre Neurociencias y Derecho Penal**, Buenos Aires y Montevideo: Bdef, 2017.

DEMETRIO CRESPO, E. **Derecho Penal y comportamiento humano.** Avances de la neurociencia y la inteligencia artificial, Valencia: Tirant lo blanch, 2022.

EAGLEMAN, D. **Incógnito. Las vidas secretas del cerebro**, epublibre (en papel, Barcelona: Anagrama), 2016.

FEIJOO SÁNCHEZ, B. **Derecho Penal de la culpabilidad y neurociencias**, Navarra: Civitas-Thomson Reuters, 2012.

FUSTER, J.M. **Cerebro y libertad: los cimientos cerebrales de nuestra capacidad para elegir**, Barcelona: Ariel, 2014.

GAZZANIGA, M. **Relatos desde los dos lados del cerebro**, Barcelona *et al*: Paidós, 2015.

KANDEL, E.R. **La nueva biología de la mente**, Barcelona: Paidós, 2018.

ROTH, G. “Discusión con el filósofo Richard David Precht”, **Spiegel Wissen** 1, 2009.

ROXIN, C.; GRECO, L. **Strafrecht. Allgemeiner Teil**, Tomo I, Múnich: C.H. Beck, 2020.

SANZ MORÁN, A. “El concepto material de culpabilidad: Un balance”, en: **Libro Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña**, Madrid: Reus, 2020, pp. 1087-1102.

Recibido: 31/07/2022

Aprovado: 01/09/2022

Twitter & Elon Musk una historia de amor sin final feliz. ¿Un romance que podría ser un delito de manipulación de precios de valores negociables (art. 309 CPA)?

Twitter & Elon Musk a love story without a happy ending. A romance that could be a crime of manipulation of prices of negotiable values (art. 309 CPA)?

Sebastian Alberto Donna 

Doctor en Derecho penal por la Universidad de Buenos Aires - UBA, Magister en Derecho & Economía, por la UBA, Maestría en Economía Aplicada por la UTDT, Abogado, UBA, Gastwissenschaftler en la Georg-August Universität Göttingen, Institut für Kriminalwissenschaften, CEDPAL (Alemania), Profesor de grado y postgrado, Doctorando en Derecho penal Univ. Salamanca España.

Resumen: La idea de este trabajo es analizar desde el art. 309 del CP argentino y el análisis técnico financiero la negociación de compra de *Twitter* por parte de *Elon Musk*, y si esta novela de amor con la participación de una tercera en discordia incurriría en el tipo penal de manipulación de valores negociables. Para ello, se analiza las acciones del comprador y como fluctuó el precio de los papeles de *TWTR* y *TSLA* en la bolsa de *New York*, posteriormente se verá el tipo penal del art. 309 CPA y se buscará una conclusión.

Palabras clave: Twitter, Elon Musk, manipulación de valores negociables, Derecho penal, acciones, bolsa de valores, TWTR, TSLA

Abstract: The idea of this paper is to analyze from the point of view of art. 309 of the Argentinean CP and the technical financial analysis the negotiation of the purchase of *Twitter* by *Elon Musk*, and if this love novel with the participation of a third party in discord, would fall under the criminal type of manipulation of negotiable securities. To do this, the actions of the buyer are analyzed, and how the price of the *TWTR* and *TSLA* shares fluctuated on the New York Stock Exchange, and then the criminal offence of art. 309 CPA is examined and a conclusion is sought.

Keywords: Twitter, Elon Musk, manipulation of securities, criminal law, shares, stock exchange, TWTR, TSLA

1 La historia de amor entre Twitter & Elon Musk

Tras comprar algo menos de una décima parte de la empresa, a pesar de que *Musk* ha trabajado para asegurar el financiamiento para la adquisición, las especulaciones sobre si el acuerdo se llevaría a cabo han estado dando vueltas desde que la junta directiva de *Twitter* aceptó la oferta el 26 de abril.

Musk propuso por primera vez la transacción de US\$ 54,20 por acción el 14 de abril. Las acciones de la empresa han languidecido en los últimos meses, habiendo perdido casi el 60% de su valor en los 12 meses anteriores a la revelación de Musk a principios de abril de que había realizado una gran inversión en acciones de *Twitter*. Las acciones de *Twitter* subieron un 5,5% a 51,63 dólares cuando el lunes 25 de abril los inversores digirieron la decisión de la junta.¹

Después de toda la atención recibida por el que parecía ser una de las mayores operaciones bursátiles del año, el 2 de mayo *Elon Musk* confirmaba que el acuerdo para comprar *Twitter*, valorado en US\$ 44.000 M “*queda en suspenso*”. La decisión de compra queda en suspenso, a la espera de recibir los datos de la cantidad de cuentas falsas o de *spam* que existe en la red social.

La financiación para la compra se basa en 21.000 millones de dólares provienen de su propio capital. Los otros 25.500 millones con los que se cierra la operación han sido financiados por *Morgan Stanley Senior Funding* junto a otras empresas. *Twitter* ya está en manos de Musk.²

La CNN informaba que “El acuerdo de *Twitter* está en suspenso temporalmente a la espera de detalles que respalden el cálculo de que las cuentas de *spam*/falsas representan menos del 5% de los usuarios”, tuiteó Musk el viernes. La noticia hizo que las acciones de *Twitter* cayeran más de un 20% en las operaciones previas a la comercialización. En su tuit, *Musk* vinculó un informe de Reuters que decía que *Twitter* había revelado en una presentación el lunes que las cuentas falsas o de *spam* representaban menos del 5% de los usuarios activos diarios monetizables de la red social durante el primer trimestre”.³

Musk dijo que estaba esperando información “que respalde [el] cálculo de que las cuentas de *spam* o falsas representan menos del 5% de los usuarios”. Esto provocó que las acciones de *Twitter* llegaron a caer hasta un 25% antes de la apertura oficial del mercado en Estados Unidos y con el inicio de la sesión el desplome se fue suavizando.⁴ El 23 de mayo *SKYNEWS UK* Informa que “*Elon Musk wants a 25% discount on his Twitter bid if 25% of Twitter’s users are spam bots- are they?*”⁵

El 13 de abril aparece la noticia que, hace algunos días el empresario se había gastado 3.000 millones de dólares comprando secretamente casi el 10% de *Twitter*. El detalle es que mientras decía esto, ya se había convertido en el mayor accionista de *Twitter* al hacerse con el 9.2% del total de las acciones, algo que debió haber hecho público antes y que le hizo ganar o ahorrar dinero. Dinero que

¹ BROWN, Abram. Finalmente, Elon Musk compró Twitter y esto es lo que pagó por la empresa. **Forbes [Argentina]**, 25 Abril de 2022, en: <https://www.forbesargentina.com/millonarios/finalmente-elon-musk-compro-twitter-esto-lo-pago-empresa-n15231>.

² LACORT, Javier. Lo que Musk compra realmente con Twitter: una red a la cola en usuarios, líder en influencia e incapaz de ser rentable. **Xataka**, 26 Abril 2022, en: <https://www.xataka.com/empresas-y-economia/que-obtiene-musk-compra-twitter-red-a-cola-usuarios-lider-influencia-e-incapaz-ser-rentable>.

³ MORROW, Allison. Elon Musk dice que el acuerdo para comprar Twitter está en suspenso. **CNN**, 13 Mayo, 2022, en: <https://cnnespanol.cnn.com/2022/05/13/elon-musk-acuerdo-compra-twitter-suspenso-trax/>.

⁴ REDACCIÓN. Elon Musk suspende la compra de Twitter mientras aclara detalles sobre cuentas falsas. **BBC News**, 13 mayo 2022, en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-61440292>.

⁵ MARTIN, Alexander. Elon Musk wants a 25% discount on his Twitter bid if 25% of Twitter's users are spam bots - are they? **Sky News**, 23 May 2022, en: <https://news.sky.com/story/elon-musk-wants-a-25-discount-on-his-twitter-bid-if-25-of-twitters-users-are-spam-bots-are-they-12619502>: “He criticised Parag Agrawal, Twitter’s chief executive, for publicly refusing “to show proof” that less than 5 % of accounts were “fake/spam” and wrote that he was “worried that Twitter has a disincentive to reduce spam, as it reduces perceived daily users”.

justamente un accionista está diciendo que la jugada le costó dinero, y por lo que **quiere iniciar demanda colectiva**.⁶

Según el accionista vendido acciones entre el momento en que Musk tenía que revelar su adquisición en *Twitter* y antes de la revelación real, perdiéndose la consiguiente subida del precio de las acciones.

Musk adquirió más de un 5% de participación en *Twitter* antes del 14 de marzo, lo que le obligaba a presentar un formulario ante la Comisión de Valores de EEUU en un plazo de 10 días, es decir, el 24 de marzo.

El demandante entiende que, Musk no hizo esto sino hasta el 4 de abril, y **en ese tiempo las acciones de *Twitter* subieron más de 27%**. La acción que valía 39,31 dólares el 1 de abril pasó a valer 49,97 dólares.⁷

Para el demanda, “Los inversores que vendieron acciones de *Twitter* entre el 24 de marzo de 2022, cuando Musk debía haber revelado su propiedad de *Twitter*, y antes de la revelación real del 4 de abril de 2022, se perdieron el aumento resultante del precio de las acciones a medida que el mercado reaccionaba a las compras de Musk y fueron perjudicados”.⁸

Al no revelar su participación a tiempo, Musk pudo adquirir acciones de *Twitter* a menor precio. Musk rechazó unirse a la junta directiva de *Twitter* (12 de abril), no estará limitado a no poseer más del 14,9% de las acciones.⁹

Recuerde de la importancia del precio y de la normativa en el mercado de valores, el caso en concreto fue el pánico de 1901 en la bolsa de EEUU cuando no existía la *Securities and Exchange Commission*¹⁰ (SEC) que exige que cualquiera que adquiriera el 5% o más de una empresa debe hacerlo público. Este dato es importante, al no existir dicha normativa o un órgano de control como hoy se conoce, se iba adquiriendo poco a poco el control de los intereses de una empresa sin que el mercado se diera cuenta y por tanto subiendo el precio de las acciones. Esto fue lo que sucedió con las acciones de *Northern Pacific Railroad* (el ferrocarril del pacifico norte).

El pánico de 1901 estuvo provocado por la lucha entre *E. H. Harrinian* y *James Hill* y sus respectivos banqueros, *Kuhn, Loeb & Company* y *J.P. Morgan and Company*, por el control de *Northern Pacific Railroad*.

Esto es de lo que se lo acusa a Musk, que hizo la compra de la que debería haber informado para que todos en el mercado lo supieran, y no lo hizo, es por ello que lo quieren demandar ciertos inversores, porque si él hubiera informado podrían haber ganado más dinero o tal vez hubieran tomado otras decisiones. En este caso lo que habría hecho Musk es esconder información que afecta el precio, en especial si parte de su análisis está basado en el volumen del mercado.

⁶ GONZÁLEZ, Gabriela. Elon Musk ya enfrenta su primera demanda por comprar tantas acciones de Twitter en secreto. *Genbeta*, 13 Abril 2022, en: <https://www.genbeta.com/actualidad/elon-musk-enfrenta-su-primera-demanda-comprar-tantas-acciones-twitter-secreto>

⁷ REICHERT, Corinne. Twitter Shareholder Sues Elon Musk Over Share Acquisition. *CNET*, April 12, 2022, en: <https://www.cnet.com/news/social-media/twitter-shareholder-sues-elon-musk-over-share-acquisition/>

⁸ Idem.

⁹ Idem.

¹⁰ <https://www.sec.gov>.

En uno de los capítulos de la novela, el CEO de Tesla consiguió que Ken Paxton, el fiscal general republicano de Texas, iniciara una investigación contra *Twitter* por “posibles informes falsos”.¹¹

Según *The Washington Post*, “After a weeks-long impasse, Twitter’s board plans to comply with Elon Musk’s demands for internal data by offering access to its full “firehose,” the massive stream of data comprising more than 500 million tweets posted each day, according to a person familiar with the company’s thinking, who spoke on the condition of anonymity to describe the state of negotiations”.¹²

El mismo diario informó que, “Musk’s legal team contends the data stream is essential for understanding the amount of spam and bot activity on its platform, a figure that could influence the company’s ad revenue, according to a letter sent to Twitter on Monday”.¹³

La última información que conocí de esta historia de amor mientras cierro este trabajo, es la que informa el diario *Frankfurter Allgemeine* (22/7/2022) “Twitter registró una disminución en las ventas y una alta pérdida en el último trimestre en torno al turbulento intento de adquisición del multimillonario tecnológico Elon Musk. Los ingresos cayeron un uno por ciento interanual a 1180 millones de dólares. Los analistas esperaban unos buenos 1300 millones de dólares. *Twitter* justificó el declive con el debilitamiento del mercado de la publicidad en línea y también con la incertidumbre en torno a los planes de adquisición de Musk. Musk había anunciado en abril que quería comprar *Twitter* por unos 44 000 millones de dólares. Unas semanas más tarde, declaró que el acuerdo se suspendió unilateralmente y finalmente se retiró a principios de julio”.¹⁴

Según el diario alemán, *Twitter* quiere llegar a un veredicto que obligue a Musk a llevar a cabo la adquisición al precio acordado de 54,20 \$ al mes. La conclusión es que *Twitter* terminó el segundo trimestre con una pérdida de 270 millones de dólares, después de un beneficio de poco menos de 66 millones de dólares el año antes. El número de usuarios activos diarios a los que *Twitter* puede llegar con su publicidad porque utilizan la aplicación o la versión web aumentó de 229 millones a 237,8 millones en tres meses. En el primer trimestre, el servicio había ganado unos 14 millones de usuarios.¹⁵

En la misma nota el diario informa que, el negocio de la aplicación *Snapchat* también se ve muy afectado por la debilidad del mercado de la publicidad en línea. El rápido crecimiento de las ventas cayó a un escaso aumento del 13 por ciento en el último trimestre. A los inversores no les iba bien: hicieron que las acciones se desplomaran más de una cuarta parte en el comercio posterior al comercio el jueves. El viernes, los títulos comenzaron de nuevo con un 2 por ciento menos. Los desencadenantes de las turbulencias son la alta inflación y la débil economía. Esta situación ahorra a muchas empresas en gastos de publicidad, la fuente central de ingresos de *Snapchat*. Están en una batalla más estrecha por los dólares de la publicidad en línea con rivales como *TikTok*, dijo el director financiero de la compañía operadora *Snap*, Derek Andersen.¹⁶

¹¹ CASTAÑO, Judit. Elon Musk se sale con la suya: Twitter compartirá millones de datos sobre sus cuentas. **Lavanguardia**, 10/06/2022, en: <https://www.lavanguardia.com/tecnologia/actualidad/20220610/8330015/elon-musk-sale-suya-twitter-compartira-millones-datos-sobre-cuentas-pmv.html>.

¹² DWOSKIN, Elizabeth. In reversal, Twitter plans to comply with Musk’s demands for data. **The Washington Post**, June 8, 2022, en: <https://www.washingtonpost.com/technology/2022/06/08/elon-musk-twitter-bot-data/>.

¹³ Idem.

¹⁴ FAZ, Twitter in den Mühlen von Musk, **FAZ**, 22 Juli 2022, en: <https://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/unternehmen/verlust-und-umsatzrueckgang-twitter-in-den-muehlen-von-musk-18192812.html>.

¹⁵ Idem.

¹⁶ Idem.

De esta manera dado los problemas de inflación, sumado a que no hay tanto dinero en publicidad como pondría haber habido antes, que la publicidad ya no es como se conocía sino que se contrata y se paga dependiendo de los sectores a los que se quiera llegar, es conocido por todos que el dinero en la publicidad también se ha recortado, y solo se invierte en lugares muy puntuales.¹⁷

2 Una historia de amor entre velas

A los fines de hacer más claro el romance entre *Twitter & Musk* es que incluí un gráfico de armado propio de velas diarias, para que se pueda seguir de forma más practica como fue fluctuando *TWTR* en el mercado de valores de NY.

El análisis a los fines que sea conocido por todos y simple lo realizaré desde la teoría que propuso *Weinstein*¹⁸ para el análisis de los mercados financieros. Así las cosas, el análisis de esta novela romántica con final abierto del papel *TWTR* (por lo menos mientras hago este trajo) se realizó sobre el mercado de valores de NY, en un gráfico de velas de 1D, con una media móvil ponderada (MMP 9-0), con volumen (MA Length 20), momentum (MM Length 10) y RSI (Length 14).



En el gráfico podemos ver que la primera compra del 5% sin notificar de Musk es en el punto más barato de la acción (14-3), si vemos la media móvil ponderada (MMP) sería el momento o una vela previa a comprar dado que estaría empezando un nuevo ciclo en subida; de hecho el precio continúa subiendo y luego de un *GAP* bastante grande en Musk, notifica que había adquirido acciones de *TWTR*, las que él había adquirido, y si se observa la vela siguiente, esta es en alza.

¹⁷ En relación a la inversión en publicidad en los medios de comunicación ver entrevistas a Mario Pergolini, y que es un empresario de medios que habla mucho sobre esos temas y como ha cambiado el flujo de dinero en los medios de comunicación.

¹⁸ Ver WEINSTEIN, Stan. *Secretos para ganar en los mercados alcistas y bajistas*. Barcelona: Valor Ediciones, 2014.

Luego de esa última vela con los rumores de que si compraría o no compraría, etc., el precio de la acción comienza a caer, el 14/4 realiza una oferta por comprar de *Twitter* por un valor de US\$ 44.000 MM. Lo que hizo subir la acción, pero esta comenzó a caer cuando los rumores y los directivos de *Twitter* decían que no se la venderían a él.

El 26/4 la empresa acepta la oferta de Musk, pero ahora con esa noticia se pueden observar que las velas se mantendrían en un canal, expectantes a ver qué ocurriría. Luego cuando Musk suspende la compra por las cuentas falsas que había, lo cual es entendible dado que *Twitter* vendía como que tenía x cantidad de cuentas lo que representa el patrimonio de la empresa, hizo que la acción comenzara a caer hasta casi el precio inicial de cuando empezaron a subir cuando compró Musk.

Viendo los indicadores *MM* y *RSI* nos permite intuir que, luego de la compra sin declarar de Musk los indicadores muestran una subida, volviéndose más plana llegada al *GAP*, luego del *GAP* se muestra una subida abrupta quedando sobrevendidas en ambos indicadores, incluso si se mira el volumen antes y durante la notificación de compra aumenta el volumen de compra de acciones.

Luego de ello, se ve que un aumento de la acción, luego los indicadores muestran que la fuerza comienza a descender hasta la propuesta de compra de las acciones *TWTR* por parte de *Musk* donde se ve que sube un pico de impulso, pero hay que observar que luego de que la empresa pusiera en dudas si vendería o no a Musk, se observa una caída casi de 90 grados en *MM*, a diferencia del *RSI* que la fuerza de caída es menos abrupta y menos profunda.

Cuando la empresa acepta la compra de Musk por un valor de US\$ 44.000 MM, los dos indicadores muestran una suba, la diferencia es que en *MM* tiene una subida bastante fuerte casi llegando al pico anterior, y el *RSI* se mantiene bastante estable con un pico parecido al anterior.

Los dos indicadores se mantienen bastante estables hasta que Musk avisa que detendrá la compra dado a que el capital de *Twitter* que son sus usuarios no queda claro cuantos son reales, a partir de ese momento la los índices muestran que la fuerza del papel de *TWTR* comienza a caer, de la misma manera que lo hace el precio, lo mismo ocurre con el volumen de venta el cual aumenta por sobre el de compra, salvo en la última etapa que la empresa que se estabiliza dado el nivel de compra, lo mismo se puede observar en los indicadores, que al encontrarse sobre vendidos empiezan a estabilizarse y muy levemente a ascender.

Esto es de lo que se lo acusa a Musk, que hizo la compra de la que debería haber informado para que todos en el mercado lo supieran, y no lo hizo, y es por ello que lo quieren demandar ciertos inversores, porque si él hubiera informado podría haber ganado más dinero o tal vez hubieran tomado otras decisiones. En este caso lo que habría hecho Musk es esconder información que afecta el precio, en especial si parte de su análisis está basado en el análisis técnico.

Y parecería ser que, es en este momento donde se podría pensar que estuvo buscando manipular el precio del mercado, porque luego de esa compra que no notificó la acción comienza a subir el precio, y si se mira la *MMP* la segunda vela ya estaría por encima de esta lo que indicaría señal de compra.

Cerrando el artículo, aparece la noticia en *The Washington Post*, de que *Twitter* abriría el acceso a los datos que solicitó Musk, quedaría realizar un último análisis sobre *TWTR* estos últimos días a ver como reaccionó el papel a esa información.

Published on TradingView.com, June 11, 2022 16:44:47 CEST
TWTR, D O:39.50 H:39.65 L:38.90 C:39.00



La intuición nos permite decir que, que luego que la acción toca 24/5 el mínimo desde la caída que venimos analizando, sube ya a bailar dentro de la franja de los 39 y 42 dólares, incluso el 8/6 cuando *Twitter* avisa que le dará la información que solicita Musk, la acción tiene una leve subida y vuelve a bajar, pero siempre sin salir de la pista de baile de los 39 a 42 dólares, pero si se observa la vela nunca pasa la MMP, solo en un momento asoma un poco pero vuelve a caer por debajo de la línea ponderada.

Incluso los indicadores, muestran una suba en especial *MM* que parece que sube con más fuerza que el *RSI*, pero luego esa fuerza cede y se mantienen en un canal con algunas fluctuaciones, mostrando una caída en la fuerza en el momento en que sale la noticia en el diario.

3 La tercera en discordia y un ataque de celos

En el romance entre *TWTR* & Musk aparece una tercera en discordia que podría sentir que le fueron influir, y ante el despecho de una dama deviene la tormenta.

Como dice el personaje principal de *Stefan Zweig* en “Carta de una desconocida”: “Noté la diferencia entre mis sentimientos hacia ti porque el corazón se me encogía y el alma se me partía cuando veía a una mujer desconocida caminando muy segura de sí misma cogida de tu brazo. No me sorprendía. Yo ya conocía de antes tus inacabadas visitas femenina...”¹⁹

El gráfico muestra como fue evolucionando entre velas el papel de *TSLA* según avanzaba el romance entre Musk y *TWTR* (gráfico de armado propio), de esta manera podemos seguir el romance oculto hasta que se hace público. Esto nos servirá para evaluar si tal vez las acciones de Musk sobre *TWTR* sirvieron o no para elevar el valor del papel *TSLA*.

¹⁹ ZWEIG, Stefan. Carta de una desconocida, en: **Novelas**. Primera edición. Barcelona: Acantilado, 2012. p. 199.

El análisis de esta novela de celos de *TSLA* se realizó sobre el mercado de valores de *New York*, en un gráfico de velas de 1D, con una media móvil ponderada (MMP 9-0), con volumen (MA Length 20), momentum (MM Length 10) y RSI (Length 14).

Published on TradingView.com, May 28, 2022 19:22:25 CEST
TSLA, D O: 723.50 H: 759.50 L: 720.50 C: 759.50



El 14/3 es cuando Musk compró el 5% de *TWTR* (sin dar aviso), ese día el papel de *TSLA* estaba en \$778.5. Al día siguiente la acción empieza a subir a \$801, los indicadores muestran una señal alcista de compra tanto *MM* y *RSI*.

El 28/3 los indicadores dan señal que el papel se encuentra sobrevendido, a partir de ese día se observa que la fuerza de *TSLA* comienza a perder fuerza. Incluso si se mira la *MMP* es superada por las velas lo que implica una señal de compra²⁰ y de un ascenso de la acción, hasta el 7/4 en que la *MMP* no pudo ser superada por la vela salvo muy pocas excepciones.

Si se observa el 4/4 día en que *Musk* notifica a la *SEC* su compra del <5% de *TWTR*, el papel de *TSLA* ya avisaba que estaba haciendo un esfuerzo por mantenerse, y esto se observa en ciertos indicadores *MM* ya muestra una clara caída de la fuerza, en lo que respecta al volumen es bajo para lo que se venía viendo. La *MMP* continua por debajo de la vela, y el *RSI* continua sobre vendido, la intuición nos dice que, se esperaría que comenzara a bajar.

El 13/4 parecía que se estabilizaría la caída, el 19/4 el papel estaba a \$1015.5 y el 21/4 sube a \$1070.5 una subida de la acción, pero luego cae el precio. La intuición nuevamente nos permite decir que es lógico si se mira el *RSI* y *MM*. Recordemos que el 14/4 es cuando Musk hace la oferta de compra de *Twitter* por US\$ 44.000 MM.

²⁰ Ver ciclo de compraventa en WEINSTEIN, Stan. *Secretos para ganar en los mercados alcistas y bajistas*. Barcelona: Valor Ediciones. 2014.

El 4/5 el papel intentó romper el techo a \$950 pero luego ya de esto empieza a caer sin posibilidad de que se detenga. El 25/5 cuando tocó fondo a \$637 es que comienza a subir, pero recién el 27/5 empieza a subir a \$756.5.

La intuición nos permitiría afirmar que, no habría una relación entre las acciones que realiza Musk para la compra de *Twitter* con la finalidad de beneficiar el papel de *TSLA*. La hipótesis que podría haber realizado estas acciones para beneficiar la acción de *TSLA* o hacerla caer para recomprar parecería por el momento no tener sustento, ello no quita que a futuro pueda ocurrir.

4 El tipo penal de manipulación de precios de valores negociables u otros instrumentos financieros (art. 309)

1. Será reprimido con prisión de uno (1) a cuatro (4) años, multa equivalente al monto de la operación e inhabilitación de hasta cinco (5) años, el que:

a) Realizare transacciones u operaciones que hicieren subir, mantener o bajar el precio de valores negociables u otros instrumentos financieros, valiéndose de noticias falsas, negociaciones fingidas, reunión o coalición entre los principales tenedores de la especie, con el fin de producir la apariencia de mayor liquidez o de negociarla a un determinado precio;

b) Ofreciere valores negociables o instrumentos financieros, disimulando u ocultando hechos o circunstancias verdaderas o afirmando o haciendo entrever hechos o circunstancias falsas.

2. Será reprimido con prisión de dos (2) a seis (6) años, cuando el representante, administrador o fiscalizador de una sociedad comercial de las que tienen obligación de establecer órganos de fiscalización privada, informare a los socios o accionistas ocultando o falseando hechos importantes para apreciar la situación económica de la empresa o que en los balances, memorias u otros documentos de contabilidad, consignare datos falsos o incompletos. (Artículo incorporado por art. 5º de la Ley N° 26.733 B.O. 28/12/2011) (Artículo 308 renumerado como artículo 309 por art. 3º del Decreto N° 169/2012 B.O. 06/02/2012)

El agiotaje es la especulación, segura y sin riesgo, consistente en la obtención de un lucro excesivo por medio del intercambio de papel moneda por dinero en efectivo, todo ello aprovechando las fluctuaciones de precios. Explicado de otra forma, el agiotaje se da cuando alguien compra pagares, letras u obligaciones públicas o privadas con el objetivo de volver a venderlas aprovechando que su precio ha subido. Eso sí, siempre que está persona sepa a ciencia cierta, por ejemplo, con información privilegiada, que esa situación se va a dar.

Este concepto no debe llevar a confusión con la especulación. Especular conlleva un riesgo futuro, ya que no sabemos con certeza cómo oscilarán los precios. Sin embargo, este tipo de operaciones requieren de dos condiciones, que sean seguras y que carezcan de riesgo. De esta forma, acaban perjudicando a un tercero e incluso al público en general.²¹

²¹ En Alemania, la prohibición de la manipulación del mercado regulada anteriormente en el §20 WpHG (*Gesetz über den Wertpapierhandel – Wertpapierhandelsgesetz*) para aplicar la MAD (*Market Abuse Directive -Richtlinie 2003/6/EG des Europäischen parlament und des Rates v. 28.1.2003 über Insider- Geschäfte und Marktmanipulation*, versión antigua), se encuentra actualmente en los §§ 12, 15 MAR (*Marktmissbrauchsrecht*) desde julio de 2016. En consecuencia, está prohibido

4.1 El inciso 1. (a) alterar los precios artificialmente

4.1.1 Bien jurídico

El denominado derecho penal del mercado de valores protege el correcto funcionamiento de dicho mercado o, lo que es lo mismo, elementos básicos para el funcionamiento de los mercados de valores e instrumentos financieros como la transparencia informativa y la correcta formación de los precios, pero no el patrimonio de los inversores o cualquier otro interés patrimonial, que no representarían más que un reflejo de protección (más allá de la evidente idea de que un mercado de valores e instrumentos financieros que funcione correctamente y con eficacia ampara, sin duda, los derechos e intereses de los inversores como colectivo).²² En otras palabras, lo que pretende proteger este tipo penal es la competencia leal como bien jurídico colectivo.²³

Tiedemann, entiende que el bien jurídico en estos casos es, el funcionamiento de los mercados de valores supervisados estatalmente y -conectado con el- la confianza de los participantes en el mercado en la fiabilidad y en la veracidad de la formación de las cotizaciones. Estos mercados tienen una función socioeconómica central que les confiere un valor social elemental.²⁴

Respecto al bien jurídico afectado por las conductas subsumibles en el tipo penal señala *Donna* que, es evitar la desigualdad en este tipo de mercados, en donde juega la buena fe y la equiparación entre las partes, de modo que si alguna persona entra en él, con más datos sobre algún título y sabe lo que va a ocurrir antes de las operaciones, tal equilibrio no existe más y dichas conductas deben ser castigadas.²⁵

Para *Paolantonio*, la norma penal se vincula directamente con proteger el proceso de formación de precios en el mercado de valores, lo que implica en instancia final su relación con la integridad en el mercado financiero, en este caso en el segmento correspondiente al mercado de valores.²⁶

4.1.2 Tipo objetivo

Este punto se refiere al *agiotaje* financiero, que consiste en realizar transacciones u operaciones mañosas para subir, mantener o bajar el precio de valores negociables o instrumentos financieros, con el propósito de aparentar mayor liquidez o de negociarlos a un determinado precio. Lo antedicho se

manipular los precios de mercado de los instrumentos financieros. El objeto de protección de la norma es *la confianza del inversor en una formación de precios no distorsionada*. También se pretende evitar los comportamientos que, en contra del objetivo de la eficiencia asignativa, hacen que el capital no llegue al lugar donde su uso parece más prometedor debido a un comportamiento distorsionador. El fraude de precios se reguló originalmente en la BörsG de 1896 y luego en el § 88 de la BörsG (versión antigua), pero quedó sin mucha importancia práctica. Posteriormente, la manipulación del mercado se incluyó en la WpHG (§20ª WpHG versión antigua), ya que se trata de una ley de conducta de mercado y no de organización de mercado.

²² FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. El derecho penal español frente a fraudes bursátiles transnacionales. ¿protege el Derecho penal del mercado de valores los mercados financieros internacionales?, en: DEMETRIO CRESPO, Eduardo (dir), **Crisis financiera y Derecho penal económico**. Buenos Aires y Montevideo: Bdef, 2014. p.863.

²³ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, ob. cit. p. 863.

²⁴ TIEDEMANN, Klaus. **Manual de Derecho penal económico**. Parte general y especial. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010. p. 380, n° 347.

²⁵ DONNA, Edgardo Alberto. **Derecho penal**. Parte especial. Tomo IV. 3 edición actualizada. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2014. p. 540.

²⁶ PAOLANTONIO, Martin E. **Derecho penal y mercado financiero**: ley 26.733. Abeledo Perrot, 2012. p.146.

refiere al precio real fijado por el mercado al momento del hecho — es decir, por el libre juego de la oferta y la demanda —; no al fijado por la autoridad.²⁷

En el engaño, a diferencia de los que podría entenderse el engaño en la estafa, acá aparece de un modo bastante diferente cuando se trata -como aquí- de considerar si es posible engañar, mediante una conducta de abstenerse de informar, a todos los intervinientes en el mercado de valores. Ocurre que en los mercados secundarios de valores existen sin duda fuertes deberes (humidificados además) de información de las empresas cotizadas a las autoridades bursátiles y a los agentes económicos presentes en el mercado.²⁸

4.1.3 Acción típica

La acción típica consistiría en producir el alza, la baja o el mantenimiento de precios de los valores negociables u otros instrumentos financieros por los medios taxativamente enunciados por la Ley y cuyo resultado se alcanza mediante maniobras que perturben el normal juego de las leyes de la oferta y la demanda.²⁹ Es decir, se trata de la normal alteración de los precios, en alza o baja, así como la conservación de su valor en el tiempo, y guarda vinculación con el precio medio real que, al momento del hecho, tiene los valores negociables.

Se sanciona a quienes difunden noticias o rumores, por si o a través de un medio de comunicación, sobre personas o empresas en que, a sabiendas, se ofrecieren datos económicos total o parcialmente falsos, con el fin de alterar o preservar el precio de cotización de un valor o instrumento financiero, obteniendo para si o para terceros un beneficio económico.³⁰

Parecería tener consenso que las negociaciones formalmente existentes, pero económicamente ficticias son la forma prototípica de las negociaciones fingidas. La literatura coincide entonces en la punibilidad de las llamadas *wash sales* (transacciones en las que el comprador y el vendedor son, económicamente idénticos o en las que no hay un cambio real de la propiedad del instrumento financiero) y en las *improper matched orders* (dos partes simultáneamente intercambian recíprocamente al mismo precio y cantidad, produciendo una sensación de interés por determinado valor que no es real en el mercado).³¹

El *scalping* sería subsumible en el supuesto de la realización de transacciones verdaderas. Lo que permanece oculto de la maniobra es en realidad el interés que conlleva el consejo dado, ya que la suba del precio producto de la compra masiva de quienes seguían sus consejos, lo beneficiaba directamente. En ello el hecho reprochable parece asemejarse más a una negociación incompatible que a una manipulación del mercado.³²

²⁷ BASILICO, Ángel Ricardo y otros. **Delitos contra el orden económico y financiero**. Astrea. 2019. p. 83.

²⁸ PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, Problemas de tipicidad en las conductas de manipulación de precios de los mercados de valores, en: DEMETRIO CRESPO, Eduardo, **Crisis financiera y Derecho penal económico**, Bdef, 2014. p. 832.

²⁹ ABOSO, Gustavo Eduardo. **Código Penal**. Comentado, concordado con jurisprudencia, 4 edición, BdeF, 2017. p. 1518.

³⁰ VARGAS LOZANO, Renato. La alteración del precio en los “instrumentos financieros” y su relevancia penal a la luz del artículo 284 del Código Penal español, en: DEMETRIO CRESPO, Eduardo (dir). **Crisis financiera y Derecho Penal Económico**. Bdef. 2014. p. 915.

³¹ ORCE, Guillermo. Manipulación del precio de valores negociables u otros instrumentos financieros, en **Código Penal y normas complementarias**. Análisis doctrina y jurisprudencia. Tomo. 12. Buenos. Aires: Hammurabi, 2013. p. 649.

³² ORCE, Guillermo. ob. cit. p. 650.

4.1.4 Sujeto activo

El tipo si bien aparentemente no requiere una autoría especial, de acuerdo a lo dicho, solo pueden ser los autores especiales quienes tienen la capacidad de realizar este tipo de acciones previstas por la ley.³³

4.1.5 Tipo Subjetivo

El tipo penal exige que se realice el acto contrario al Derecho mediante dolo directo.

El elemento subjetivo consistente en la finalidad de fijar sus precios en niveles anormales o artificiales tiene que ver con la existencia de otras razones económicas distintas legítimas para haberse asegurado la posición dominante como, por ejemplo una determinada estrategia de configuración empresarial.³⁴

4.1.6 Error de tipo

Ahora bien, si el autor no llega a representarse la posibilidad de que su acción de lugar a una alteración de precios, o bien piensa que dicha alteración será insignificante en su cuantía, o bien, en fin, se equivoca de forma significativa en cuanto al grado de probabilidad de que la alteración tenga lugar, nos hallamos ante un caso de error de tipo (sobre la concurrencia del resultado de peligro) y la conducta devendrá penalmente atípica.³⁵

4.2 El inciso 1.(b) ofrecimiento falaz de valores u oferta engañosa de valores negociables

b) Ofreciere valores negociables o instrumentos financieros, disimulando u ocultando hechos o circunstancias verdaderas o afirmando o haciendo entrever hechos o circunstancias falsas.

4.2.1 Bien Jurídico

Si bien todo esta englobado bajo el esquema del sistema económico y financiero, su correcto funcionamiento y transparencia, la idea de la ley sigue siendo la igualdad de las personas que intervienen en el mercado de valores.³⁶

Al respecto *Tiedemann*, identifica como bienes jurídicos protegidos al mercado de capitales y su funcionamiento eficaz; aunque junto a ello, sostiene que también se protege el patrimonio del inversor

³³ DONNA, Edgardo Alberto. ob. cit. p. 545.

³⁴ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. **Orden socioeconómico y delito**. Cuestiones actuales de los delitos económicos. Bdef, 2016. p. 73

³⁵ PAREDES CASTAÑÓN, ob. cit. p. 838.

³⁶ DONNA, Edgardo Alberto. ob. cit. p. 540.

individual y su libertad de disposición. A ello agregó, sin embargo, con anterioridad, una función de protección de la sinceridad de la publicidad en el mercado de capitales.³⁷

4.2.2 Tipo Objetivo

El punto dos del inciso primero sanciona a quien ofreciere valores negociables o instrumentos financieros, disimulando u ocultando hechos o circunstancias verdaderas o afirmando o haciendo entrever hechos o circunstancias falsas.

Hoy en día el hecho es considerado lesivo al orden económico y financiero, lo que nos permite establecer a través de una de las funciones primordiales del bien jurídico, su diferencia con un caso de estafa, ante la similitud de conductas. En efecto, quien procede de esta forma podría decidir que intenta perpetrar una especie de defraudación, ya que está ofreciendo valores negociables o instrumentos financieros, disimulando, ocultando o haciendo entrever hechos o circunstancias falsas.³⁸

Esta cuestión a la que se refiere alude a la buena fe en el tráfico comercial, en el sentido de que si se compran acciones se debe tener una noticia cierta de la economía y de las finanzas de la persona jurídica como tal.³⁹

4.2.3 Acción típica

Para *Paolantonio*, la existencia de información -con ciertas características- se muestra como un elemento necesario para el funcionamiento del mercado de valores, y una pieza central en la captación del ahorro mediante la oferta pública de valores negociables. Los deberes de información se visualizan como una exigencia de la tutela del inversor, y en esa línea se vincula con uno de los dos principios fundamentales del mercado de valores: la protección del ahorrista.⁴⁰

Si se comprende el tipo penal del art. 309, inc. 1-b, como un tipo de peligro abstracto sin daño (y también sin necesidad de provocación de error por parte de la víctima) resulta evidente que se trata de recortar esa parte de la conducta engañosa y volverla punible autónomamente con relación a una oferta dirigida a una multiplicidad indeterminada de personas y no a un negocio en particular y concreto.⁴¹

4.2.4 Tipo Subjetivo

En ambos casos el tipo penal requiere dolo directo, es decir la realización de transacciones o el ofrecimiento de valores o instrumentos financieros a sabiendas de que esta se realizan valiéndose de falsedades u ocultaciones de situaciones verdaderas y con la voluntad de realizarlas de tal modo.

³⁷ ORCE, Guillermo. Manipulación del precio de valores negociables u otros instrumentos financieros, en: **Código Penal y normas complementarias**. Análisis doctrina y jurisprudencia. Tomo. 12. Buenos Aires: Hammurabi, 2013. p. 653.

³⁸ TAZZA, Alejandro. Agiotaje financiero y otros delitos contra el orden económico y financiero. Arts. 309 a 311, en RIQUERT, Marcelo (dir), **Insolvencias punibles y delitos contra el orden económico y financiero**. Hammurabi, 2017. p. 403.

³⁹ DONNA, Edgardo Alberto. ob. cit. p. 314.

⁴⁰ PAOLANTONIO, Martin E. ob. cit. p. 156.

⁴¹ PAOLANTONIO, Martin E. ob. cit. p. 156.

4.2.5 Autoría

La actuación en el ámbito del mercado de valores sujeta a los participantes a diferentes deberes, entre los cuales es prominente el de información. Aunque el aspecto más conocido se vincula con los deberes de información relacionados con la preparación y difusión de un prospecto de oferta pública de valores negociables, los deberes de información no se acotan a esa dimensión sino que -por el contrario- se extienden como un continuo durante todos los momentos en los que la información cumple o puede cumplir con las funciones asignadas y beneficios esperados de su presencia.⁴²

4.3 Inciso 2. información falaz y delitos de balances

Se consagra un agravante donde el legislador ha aumentado la escala punitiva en función de la calidad de la responsabilidad de los autores. Lo que se castiga es la falsedad sobre la real economía de la empresa, con prescindencia de la producción del resultado.⁴³

Señala *Donna Bonelli* que, todos los sistemas de costos y su aplicación a la contabilidad tienen fundamentalmente por objeto suministrar toda aquella información que pueda contribuir a la eficiencia y razonada dirección de la empresa y su valor depende, por tanto, de la utilidad que pueda prestar.⁴⁴

A través del análisis de las cuentas anuales de una empresa se consigue una visión clara de su situación patrimonial, financiera y económica. De esta forma podemos diagnosticar sus fortalezas y debilidades en aspectos económicos y financieros tales como el endeudamiento y capitalización, solvencia a corto plazo, fondo de maniobra, gestión de los plazos de cobro y pago, gestión de los activos, capacidad de generar beneficios (flujos de caja, EBITDA...), creación de valores y rentabilidad, autofinanciación, etc.⁴⁵

4.3.1 Bien jurídico

El bien jurídico protegido en este caso es el patrimonio de los socios y accionistas o, más generalmente, la confianza en la veracidad de la información patrimonial de la sociedad. *Tiedemann*, sostiene que penalizar la falsedad del balance, se debe a que, el tipo protege la confianza en la corrección de la información sobre la situación patrimonial de la empresa y que la posición contraria desconoce el significado de la información comercial para la vida económica.⁴⁶

En principio habría dos tipos de conductas claramente separadas: informar a los socios ocultando o falseando hechos importantes para apreciar la situación económica de la empresa (y en ese caso, los protegidos por la norma son los accionistas, y los son con relación a su patrimonio) o consignar datos falsos o incompletos en los balances, memorias u otros documentos de contabilidad (por lo que, en general, podría decirse que alguien más que los accionistas resulta protegido).⁴⁷

⁴² PAOLANTONIO, Martin E. ob. cit. p 169.

⁴³ BASILICO, Ángel Ricardo y otros. ob. cit. p. 86.

⁴⁴ DONNA BONELLI, José Alberto. **Empresas Constructoras, su organización -contabilidad**. Mendoza: D'Accurzio, 1961. p. 5.

⁴⁵ DONNA BONELLI, José Alberto. ob. cit. p. 5.

⁴⁶ ORCE, Guillermo. ob. cit. p. 655.

⁴⁷ ORCE, Guillermo. ob. cit. p. 655.

5. Conclusión

Señala *Friedman* que, “el sistema de precios solo transmite información importante y únicamente a las personas que necesitan conocerla”⁴⁸. De esta manera, los precios desempeñan tres funciones en la organización de la actividad económica: primero, transmiten información; segundo, aportan al estímulo para adoptar los métodos de producción menos costosos, y por esa razón inducen a emplear los recursos disponibles para los empleos mejor remunerados; tercero, determinan quien obtiene las distintas cantidades del producto — la llamada “distribución” de la renta — estas tres funciones íntimamente relacionadas.⁴⁹

Esto da como resultado las tareas esenciales de la Ley del mercado de capitales: el público inversor debe tener acceso a tanta información como sea posible, información “perfecta” o relevante para el valor de un instrumento financiero, de modo que los inversores no corran el riesgo de adquirir un instrumento financiero inadecuado o sobrevalorado y luego retirar su capital del mercado de manera decepcionante. Esto haría que se fuera mucho capital del mercado. Se debe tener en cuenta un gran número de obligaciones de información en virtud de la legislación del mercado de capitales, que obliga a los emisores en particular (acceso a estados contables, libros, etc.), pero también a otros agentes del mercado de capitales a poner a disposición del mercado la información pertinente en determinadas situaciones.⁵⁰

La primera parte del tipo penal y las que nos interesaría para este caso, nos dice que incurre en tipo penal quien “Realizare transacciones u operaciones que hicieren subir, mantener o bajar el precio de valores negociables u otros instrumentos financieros, valiéndose de noticias falsas, negociaciones fingidas, reunión o coalición entre los principales tenedores de la especie, con el fin de producir la apariencia de mayor liquidez o de negociarla a un determinado precio”.

Veamos respecto Musk (haciendo referencia no solo a él, sino que también a la infraestructura financiera empresarial que posee), la primera parte del tipo penal “Realizare transacciones u operaciones que hicieren subir, mantener o bajar el precio de valores negociables u otros instrumentos financieros” hasta acá la transacción ha sido comprar acciones de forma legal, claro está que las acciones u opiniones que realice Musk implican una movilización del mercado, no solo en el mercado de valores tradicional, el ejemplo aparece cuando hace grandes compras de criptomonedas, o da opiniones políticas, o realiza una consulta popular en *Twitter* si debería desprenderse de más acciones de *Tesla*, etc. Pero la especulación es parte del mercado financiero, la especulación no es un delito, y eso hay que dejarlo claro, toda vez que se confunde muchas veces la especulación en el mercado con el delito. Lo que es delito es la especulación de la que habla el tipo penal. Pero todo lo que implique, finanzas, mercado de capitales, comercio, etc. tiene especulación, y es muy sana esa especulación para los mercados.

El tipo penal continua “valiéndose de noticias falsas, negociaciones fingidas” acá ya tenemos un problema para imputarle a Musk, las noticias no fueron falsas o fingidas en relación a la compra, compro pero no las notifico a tiempo. Hasta acá solo hay falta administrativa a la reglamentación de la *SEC*. Seguro está pensando “*ST*” pero estos tipos penales necesitan de una falta administrativa para que se puedan imputar; lo cual Ud. tiene mucha razón. Pero no solo se necesita que se dé la falta administrativa,

⁴⁸ FRIEDMAN, Milton y Rose. **Libertad de elegir**. Biblioteca económica. Madrid. 1983. p. 32.

⁴⁹ FRIEDMAN, Milton y Rose. ob. cit. p. 33.

⁵⁰ POELZIG, Dörte. **Kapitalmarktrecht**. München: C.H. Beck, 2018. p. 1, n° 2.

sino que además luego tiene que poder darse el tipo penal, y como este último no se da es solo una falta administrativa.

Pero, de todos modos, quienes están en el mercado de valores dicha compra podría haber dado un indicio en el volumen, o en los demás indicadores, de hecho si recuerda el grafico de velas, a partir de esa compra el volumen comienza a aumentar, las velas superan la *MMP* lo cual daría una señal de compra, luego de la compra se estabiliza la subida hasta el *GAP* del 3/4, que tiene una suba abrupta.

Musk adquirió más de un 5% de participación en *Twitter* antes del 14 de marzo, lo que le obligaba a presentar un formulario ante la Comisión de Valores de EE.UU. en un plazo de 10 días, es decir, el 24 de marzo. De hecho el demandante no niega que estaba subiendo, sino que podría haber ganado más dinero. En otras palabras, la pérdida es no porque cayó la acción, sino porque le faltó información para poder tomar decisiones, y ello lo llevo a no poder tomar una mejor decisión porque *Musk* oculto esa información; pero ojo no dice que lo hizo para beneficiarse el solo, o porque quiso perjudicar a los demás dolosamente.

Según el grafico de velas, la propuesta de compra de *Musk* no es en el momento máximo de la acción, sino cuando ya era publica la información y esta había caído de ese pico máximo, cuando la junta de *Twitter* acepta la compra es cuando vuelve a subir la acción. También es cierto que cuando pasaba todo esto, ya se había convertido en el mayor accionista de *Twitter* al hacerse con el 9.2% del total de las acciones.

El tipo penal continúa diciendo “*negociaciones fingidas, reunión o coalición entre los principales tenedores de la especie*”, en este caso no hubo negociaciones fingidas, las negociaciones realmente se dieron con *Twitter*. Fue publica la propuesta de compra, y también fue publica la duda que planteo la junta directiva de la empresa a vendérsela a *Musk*, hasta que dieron el *ok* a la venta.

Luego el pedido de *Musk* sobre cuantos usuarios reales tiene *Twitter*, no representaría ninguna acción ilícita, es lo mismo que hace cualquiera que compra una empresa o un comercio, quiere saber cuál es la contabilidad real que tiene la empresa, el fondo de comercio, el volumen que mueve, el volumen de venta, el volumen de clientes, etc., en síntesis la contabilidad real de la empresa. En este caso el capital de *Twitter* son sus usuarios reales, no los *bots*, sino aquellos que se pueden contabilizar como usuarios “reales”.

Recordemos que, todos los sistemas de costos y su aplicación a la contabilidad tienen fundamentalmente por objeto suministrar toda aquella información que pueda contribuir a la eficiencia y razonada dirección de la empresa y su valor depende, por tanto, de la utilidad que pueda prestar.⁵¹

Esto es importante, debido a que por ellos se pagará un precio, pero además es el valor de la empresa, en consecuencia no habría una especulación. Toda vez que, una vez acordado un precio y visto los números contables, es donde pueden surgir nuevas dudas sobre ¿Qué tiene la empresa?, es un tema netamente contable, y esto se debe a que incluso dentro de la contabilidad se pueden hacer ciertos maquillajes (lícitos) para darle un mejor aspecto a la empresa, y es ahí la función de abogados y contadores de descubrir donde está el maquillaje.

Ahora bien, la Ley de mercado de valor argentina n° 26.831 el inc. b) del art. 117 dice: “Manipulación y engaño. Los emisores, agentes registrados, inversores o cualquier otro interviniente o participante en los mercados autorizados deberán abstenerse de realizar, por sí o por interpósita persona,

⁵¹ DONNA BONELLI, José Alberto. ob. cit. p. 5.

en ofertas iniciales o mercados secundarios, prácticas o conductas que pretendan o permitan la manipulación de precios o volúmenes de los valores negociables, alterando el normal desenvolvimiento de la oferta y la demanda. Asimismo, dichas personas deberán abstenerse de incurrir en prácticas o conductas engañosas que puedan inducir a error a cualquier participante en dichos mercados, en relación con la compra o venta de cualquier valor negociable en la oferta pública, ya sea mediante la utilización de artificios, declaraciones falsas o inexactas o en las que se omitan hechos esenciales o bien a través de cualquier acto, práctica o curso de acción que pueda tener efectos engañosos y perjudiciales sobre cualquier persona en el mercado”.

En consecuencia si se utilizara el tipo penal analizado contra *Musk*, la conducta debería ser atípica, dado que solo a realizado una falta administrativa en la tardanza de informar la compra de de esos papeles de *TWTR* en el mercado de valores de NY, lo cual podría implicar la posibilidad una demanda civil, pero no una persecución penal.

La especulación no es algo negativo en los negocios, las personas especulan continuamente, y en los mercados, particularmente en el negocio bursátil la especulación es parte del juego, para quien la especulación representa un costo demasiado alto no debería dedicarse al mercado de valores. El comercio es especulación, más allá de los cálculos matemáticos que se realicen, más allá de si trazamos un *Fibo* y nos da señal de compra o si el *RSI* nos dice que esta sobre vendido el papel y hay que vender, el mercado es especulación.

El tipo penal y es importante volver a remarcarlo, no sanciona la especulación sanciona la mentira, el ocultar, el inventar información a los fines de engañar a los posibles compradores o al mercado, no sanciona la especulación propia del mercado de valores. Incluso aquellas personas que están dentro del mercado, la especulación esta también en su cálculo *costo-beneficio* a la hora de comprar o vender especula si el precio subirá o bajará.

Bibliografía

- ABOSO, Gustavo Eduardo. **Código Penal. Comentado, concordado con jurisprudencia**. 4 edición, Buenos Aires: BdeF, 2017.
- BASILICO, Ángel Ricardo y otros. **Delitos contra el orden económico y financiero**. Buenos Aires: Astrea. 2019.
- BRETTEL, Hauke; SCHNEIDER, Hendrik. **Wirtschaftsstrafrecht**. 2.Auflage. Nomos. 2018
- DEMETRIO CRESPO, Eduardo (Dir). **Crisis financiera y Derecho penal económico**. Buenos Aires: Bdef, 2014.
- DONNA BONELLI, José Alberto. **Empresas Constructoras, su organización-contabilidad**. Mendoza: D'Accurzio, 1961.
- DONNA, Edgardo Alberto. **Derecho penal**. Parte especial. Tomo IV. 3 edición actualizada. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2014.
- DONNA, Sebastian Alberto. **Las teorías de la pena, un análisis Jurídico-Económico**. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2021.
- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. **Orden socioeconómico y delito**. Cuestiones actuales de los delitos económicos Buenos Aires: Bdef, 2016.
- FRIEDMAN, Milton y Rose. **Libertad de elegir**. Madrid: Biblioteca económica, 1983.
- HELMANN, Uwe. **Wirtschaftsstrafrecht**. 5 Auflage. Stuttgart: Kohlhammer. 2018.
- MENÉNDEZ LARRE, Matías. **Las ondas de Elliott. El comportamiento fractal de los mercados financieros**. Barcelona: PROFIT, 2016.

- ORCE, Guillermo. Manipulación del precio de valores negociables u otros instrumentos financieros, en: **Código Penal y normas complementarias**. Análisis doctrina y jurisprudencia. Tomo. 12. Buenos Aires: Hammurabi, 2013.
- PAOLANTONIO, Martin E. **Derecho penal y mercado financiero: ley 26.733**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2012.
- PARASCHAKOS, Christos. **Bankenaufsicht zwischen Risikoverwaltung und Marktbegleitung. Studieren zum Regulierungsrecht**. 10. Tübingen: Mohr Siebeck, 2017.
- POELZIG, Dörte. **Kapitalmarktrecht**. München: C.H. Beck, 2018.
- RIQUERT, Marcelo (Dir.). **Insolvencias punibles y delitos contra el orden económico y financiero**. Buenos Aires: Hammurabi. 2017.
- THIESS, Peterson. **Makroökonomie**. Schritt für Schritt. 3 Auflage. Stuttgart: Utb, 2018.
- TIEDEMANN, Klaus. **Manual de Derecho penal económico**. Parte general y especial. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010.
- WEINSTEIN, Stan. **Secretos para ganar en los mercados alcistas y bajistas**. Barcelona: Valor Ediciones. 2014.
- ZWEIG, Stefan. Carta de una desconocida, en: **Novelas**. Primera edición, Barcelona: Acantilado, 2012.

A extradição como instrumento de cooperação no Direito Penal Internacional*

Extradition as an instrument of Cooperation in International Criminal Law

Eva Gimbernat Díaz 

Professora Associada de Direito Penal na Universidad San Pablo CEU de Madrid. Sócia-diretora de Gimbernat Estudio Jurídico. Advogada penalista.

Resumo: Neste artigo é realizada uma breve reflexão sobre a importância da extradição como instrumento de cooperação no âmbito do Direito Penal Internacional, com especial referência aos princípios da dupla incriminação e *aut dedere aut iudicare*. Além disso, abordar-se a extradição sob a ótica da Justiça Universal.

Palavras-chave: Direito Penal Internacional; Cooperação jurídica internacional; Extradição

Abstract: This paper offers a brief reflection about the importance of extradition as an instrument of cooperation in International Criminal Law, with special reference to double criminality, universal jurisdiction and *aut dedere aut iudicare* Principles. Also, it will be analyzed the extradition from the perspective of the Universal Jurisdiction principle.

Keywords: International Criminal Law; International judicial cooperation; Extradition

1. Introdução

O presente trabalho tem sua origem na I Jornada de Direito Penal Internacional realizada em 5 de maio de 2016, no Salão de Grau da Faculdade de Direito da Universidade Complutense de Madrid, onde tive a honra de ministrar uma conferência junto a companheiros de profissão, docentes e alunos.

Agradeço a oportunidade de ter podido expor minha palestra aos profissionais, professores e estudantes desta Faculdade que é minha casa já há mais de dezessete anos, quando então iniciei meus estudos de graduação.

A escolha do tema objeto desta palestra, deve-se ao entusiasmo que sempre me despertou o instituto da extradição. E precisamente porque em razão do exercício de minha profissão tenho tido a sorte de atuar e colaborar em vários procedimentos extradicionais realizados perante a Audiência

* Publicado originariamente em LINÁN LAFUENTE, Alfredo; OLLÉ SESÉ, Manuel (Coords.). *Estudios sobre derecho penal internacional*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2018. p. 21-32. Tradução ao português pelo Prof. Dr. Pablo Rodrigo Alflen (UFRGS), devidamente autorizada pela autora, a quem registra-se aqui o agradecimento pela gentileza em fornecer o texto e pela autorização para a sua tradução.

Nacional^{NT1}, tanto de extradição ativa como passiva. Por esta razão, e desde que iniciei meus estudos de Doutorado, também nesta Faculdade de Direito, os diversos trabalhos apresentados, minha *tesina*^{NT2}, e agora minha tese doutoral, versam sobre esta figura jurídica, imprescindível para materializar e entender a finalidade do Direito Penal Internacional.

2. O Direito Penal Internacional e a extradição

O Direito Penal Internacional (DPI) protege os bens jurídicos supranacionais mais importantes para a comunidade internacional e promove a persecução dos crimes internacionais mais graves e reprováveis, que atentam contra a paz, a segurança e o bem-estar da humanidade, quando estas condutas violam Direitos Humanos e se convertem em típicas, face à proteção de um bem jurídico. Entre estes estão o crime de genocídio, os crimes contra a humanidade e os crimes de guerra, os quais são também denominados de crimes de primeiro grau¹.

E no próprio marco do DPI, todos os Estados têm a obrigação *erga omnes* de combater estes ilícitos penais, independentemente da titularidade da jurisdição². No entanto, se não há cooperação entre os mesmos, no âmbito do DPI, não se pode processar e nem julgar os autores de tão execráveis crimes, fundamentalmente, quando o presumido autor (ou o acusado) não está fisicamente à disposição do Tribunal que pretende julgá-lo (ou executar sua condenação), por encontrar-se refugiado em outro Estado. Esta cooperação também se estende à obtenção e à produção de prova, quando a mesma se encontra em um Estado diverso ao da investigação ou do julgamento.

A extradição é o mecanismo que tem servido para materializar a efetiva persecução e julgamento destes criminosos. Trata-se de um instituto de cooperação jurídica internacional, por meio do qual um Estado (requerido) a pedido de outro Estado (requerente), entrega ou coloca fisicamente à disposição deste uma pessoa (*extradendus* ou *extraditurus*) que se encontra em seu território, com a finalidade de que ela cumpra uma pena ou medida de segurança, ou seja submetida a um julgamento que se encontra pendente no Estado requerente.

A extradição — que tem como uma de suas finalidades, mediata ou imediata, no âmbito da Justiça Universal, a cooperação internacional entre Estados para evitar a impunidade dos reclamados — está submetida a uma série de princípios e normas básicas existentes entre o Estado requerente e o Estado requerido.

Referidos princípios tiveram sua origem na proteção que se queria conferir ao *extradendus* no Estado de refúgio, ante a desconfiança dos sistemas penais dos demais Estados, princípios aos quais muitos países recorrem para evitar acordar sobre a extradição solicitada.

^{NT1} Segundo a Lei Orgânica do Poder Judiciário da Espanha, a Audiência Nacional, por meio de sua Sala em Matéria Penal, constitui o órgão competente para o processamento dos procedimentos judiciais de extradição, bem como para o cumprimento das ordens europeias de detenção e entrega. (Nota do Tradutor)

^{NT2} A *tesina* é um trabalho acadêmico monográfico cujo objetivo é demonstrar que o estudante de doutorado conta com uma formação adequada na trajetória correspondente e possui as capacidades para organizar os conhecimentos e expressá-los em forma adequada e coerente. Não são todas as Universidades espanholas que a exigem em um doutorado. Tal exigência não possui um equivalente no plano acadêmico brasileiro, sendo que o mais aproximado seria o chamado projeto ou trabalho de qualificação de doutorado. (Nota do Tradutor)

¹ OLLÉ SESÉ, M. *Justicia universal para crímenes internacionales*. Editorial La Ley, 2008, p. 190.

² OLLÉ SESÉ, M. *op. cit.*, p. 322.

Entretanto, quando se trata de promover a persecução de crimes internacionais de primeiro grau, já não estão em jogo os direitos somente do *extraditatus*, mas os da comunidade internacional como um todo, já que o crime objeto de demanda extradicional afeta a bens jurídicos supranacionais.

3. O princípio da dupla incriminação

Um dos princípios reitores da extradição é o da dupla incriminação — estritamente ligado ao princípio da legalidade — que consiste em que os fatos pelos quais se solicita a extradição do reclamado, para que seja concedida, devem constituir crime também no Estado requerido.

No campo do DPI, o princípio da dupla incriminação poderia ver-se desnaturalizado pela vulneração do clássico princípio da legalidade (*nullum crimen nulla poena sine lege praevia*), isto é, porque no momento do cometimento dos execráveis fatos delituosos, a legislação penal interna do Estado requerido não abrangia, em seu rol de delitos, os crimes internacionais mais graves (crimes de genocídio, de guerra, contra a humanidade, de tortura etc.) ou não havia ratificado os tratados internacionais correspondentes.

No entanto, não se deve passar por alto que os crimes internacionais de primeiro grau constituem condutas que, por si mesmas, já conformam delitos subjacentes em todos os textos penais, a saber, homicídios, lesões, torturas, constrangimentos ilegais, agressões sexuais, desaparecimentos forçados, entre outros. Estes são, portanto “delitos que, sem sombra de dúvida, há muito tempo, já formam parte do catálogo de ilícitos penais dos códigos penais da quase totalidade dos sistemas jurídicos dos Estados. Esta tipificação de delitos subjacentes reforça, desde a legalidade doméstica, a legalidade internacional”³.

Já no núm. VI dos Princípios do Tribunal de Nuremberg, de 1950, estabelecia-se como fatos puníveis segundo a lei internacional: os crimes contra a paz, os crimes de guerra e os crimes contra a humanidade.

Nos Princípios de Nuremberg, confirma-se a prevalência do DPI sobre o direito interno para considerar que a punição pelos crimes internacionais está sujeita ao princípio da legalidade, independentemente de sua incorporação pelas legislações nacionais: “qualquer pessoa que cometa atos que constituam crime de acordo com as leis internacionais será responsável e, por conseguinte, estará sujeito à punição” (Princípio I) e “o fato de as leis internas não submeterem a pena um ato que constitua crime segundo as leis internacionais não exime a pessoa que cometeu o ato de sua responsabilidade segundo as leis internacionais” (Princípio II).

Mas é possível aplicar o direito internacional, independentemente de as condutas delitivas estarem previstas no direito interno do Estado em que foram cometidos os crimes ou do qual os seus supostos autores eram nacionais?

³ OLLÉ SESÉ, M. *op. cit.* pp. 178 e 179. No mesmo sentido, FERNÁNDEZ PONS, X. El principio de legalidad penal y la incriminación internacional del individuo, **Revista Electrónica de Estudios Internacionales**, núm. 5/2002, p. 6 (Disponível em <http://www.reei.org/index.php/revista/num5/archivos/XFdez.pdf>); CAPELLÁ I ROIG, M. **Justicia universal para crímenes internacionales**, Editorial La Ley, 2008, p. 383; BASSIOUI, Ch. **Crimes Against Humanity in International Criminal Law**. Dordrecht/Boston/Londres: Martinus Nijhoff Publishers, 1992, pp. 281 a 287; GÓMEZ BENÍTEZ, J.M. Elementos comunes de los crímenes contra la humanidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y necesaria tipificación de estos crímenes en el Derecho penal español, **Cuadernos de Derecho Judicial**, VII, 2001, pp. 9 a 36.

As opiniões doutrinárias a respeito são variadas e enfrentadas em diferentes sentidos⁴.

Efetivamente, muitos acusados ou processados por fatos cometidos durante a Segunda Guerra Mundial ou durante os conflitos armados de Ruanda ou da ex-Iugoslávia, alegaram em sua defesa a violação ao princípio da legalidade.

O artigo 15 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP), de 16 de dezembro de 1966, estabelece:

“1. Ninguém poderá ser condenado por atos ou omissões que não constituam delito de acordo com o direito nacional ou internacional, no momento em que foram cometidos [...].

2. Nenhuma disposição do presente artigo impedirá o julgamento ou a condenação de qualquer indivíduo por atos ou omissões que, no momento em que foram cometidos, eram considerados delituosos de acordo com os princípios gerais do direito reconhecidos pela comunidade internacional”.

O artigo 7 da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais (CEDH), de 4 de novembro de 1950, preceitua:

“1. Ninguém poderá ser condenado por uma ação ou uma omissão que, no momento em que foi cometida, não constituía infração segundo o direito nacional ou internacional. Igualmente não pode ser imposta uma pena mais grave do que a aplicável no momento em que a infração foi cometida.

2. O presente artigo não invalidará a sentença ou a pena de uma pessoa culpada de uma ação ou de uma omissão que, no momento em que foi cometida, constituía crime segundo os princípios gerais do direito reconhecidos pelas nações civilizadas”.

Tal parágrafo, de redação quase idêntica ao parágrafo segundo do artigo 15 do PIDCP, foi incluído após a Segunda Guerra Mundial, para poder promover a persecução dos crimes praticados pelos nazistas, com a aplicação retroativa das normas. Foram incluídos como fontes do Direito, além do Direito nacional e internacional, os princípios gerais do Direito⁵.

Quanto ao parágrafo 2º do artigo 7º da CEDH, sua redação também influenciou, sobremaneira, o propósito de processar e julgar os autores de crimes de guerra e de crimes contra a humanidade, com a finalidade de salvar a retroatividade em prol da justiça material, em face de crimes da máxima gravidade.

Ollé, analisando o artigo 7º da CEDH, conclui que a Convenção Europeia não exige apenas que no momento do cometimento dos fatos o delito esteja previsto no direito interno, mas que, ainda que não o tenha previsto, seja suficiente que uma norma internacional proíba essas condutas puníveis,

⁴ GIL GIL, A. **Derecho Penal Internacional**. Madrid: Tecnos, 1999. p. 72, opina que “o princípio da legalidade deve ser respeitado no Direito penal internacional, assim como nos Direitos nacionais, enquanto exigência de segurança jurídica, como garantia contra o abuso e a arbitrariedade que poderiam transformar a justiça penal em um instrumento de opressão ou de vingança, e como expressão da igualdade perante a lei”. OLLÉ SESÉ, M. *op.cit.*, pp. 178 e 179.

⁵ GIL GIL, A. *op. cit.*, p. 77, considera desnecessários os parágrafos segundos dos artigos 7 da CEDH e 15 do PIDCP, já que “deveriam ter se limitado a seu parágrafo primeiro, no qual já se reconhece o Direito penal internacional como fonte de criação de ilícitos penais”.

confirmando, com o referido parágrafo 2º, o Direito Penal Internacional como fonte para fundamentar a persecução dos crimes internacionais⁶.

4. O princípio da justiça universal e o princípio *aut dedere aut iudicare*

Todos estes crimes especialmente reprováveis e objeto de repulsa internacional estão (ou melhor dito, estavam) afetados pelo princípio da Justiça Universal (agora, melhor denominado de *restrição universal*), disposto no artigo 23, 4 da Lei Orgânica do Poder Judicial (LOPJ). E que, ao que parece, está novamente em vias de sofrer reforma⁷.

Antes das diversas reformas que se realizaram em referido preceito, tanto no Governo socialista, como no popular, dos anos de 2009 e 2014 respectivamente, com a finalidade de restringir o alcance da jurisdição universal, permitia-se, na sua redação original, aos Tribunais espanhóis conhecerem, praticamente sem exceções (unicamente o fato de não ter sido beneficiado com indulto, absolvido ou condenado no estrangeiro pelos mesmos fatos cuja persecução se pretende), dos fatos cometidos por espanhóis ou estrangeiros fora do território nacional, suscetíveis de tipificarem-se, segundo a lei penal espanhola, como, entre outros, crimes de genocídio, de terrorismo ou qualquer outro que, de acordo com os tratados ou convenções internacionais, deveria ser objeto de persecução na Espanha.

Na Espanha, em virtude do princípio da Justiça Universal, e antes da malfadada e criticada reforma, vários casos foram iniciados e sobre os quais brilhantes palestras foram proferidas ao longo desta Jornada, a saber: Sahara, Guatemala, El Salvador (também conhecido como caso Jesuítas), Tibet etc. E no marco das mesmas foi invocado o instituto da extradição, a fim de poder colocar os supostos responsáveis à disposição da Audiência Nacional.

De sua parte, quando no Direito Internacional se faz referência à locução latina *aut dedere aut iudicare*, que significa “ou extraditar ou julgar”, e que provém da expressão cunhada no século XVII pelo jurista Hugo Grocio⁸, *aut dedere aut punire* (entregar ou punir), nos encontramos diante de um princípio que implica um dever para qualquer Estado frente a toda a comunidade internacional.

É um princípio geral no Direito Internacional contemporâneo e no Direito extradicional, que estabelece a obrigação dos Estados de extraditar ou, em caso negativo, estender sua jurisdição, ou seja, julgar determinadas condutas delitivas que a comunidade internacional considera especialmente graves, na luta contra a impunidade, e aparece estritamente vinculado ao princípio da Justiça Universal.

Se todos os Estados têm a obrigação de promover a persecução dos crimes internacionais de primeiro grau por sua submissão ao Direito internacional, a cooperação internacional na persecução de tais crimes de *ius cogens*⁹ é uma obrigação *erga omnes*, para todos os Estados, sendo dita cooperação a

⁶ OLLE SESÉ, M. El principio de legalidad en Derecho penal internacional: Su aplicación por los tribunales domésticos, in: GARCÍA VALDÉS, C. *et al* (Coords.). **Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat**. Tomo I, Madrid: Edisofer, 2008. p. 577.

⁷ Durante o mês de fevereiro de 2017, os meios de comunicação informaram que o artigo 23, 4 da LOPJ encontra-se, novamente, em vias de modificação.

⁸ GROCIO, H., **De Iure Belli Ac Pacis**, livro II, cap. XXI, parágrafos III - IV.

⁹ Por *ius cogens* entende-se, de acordo com o artigo 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 23 de maio de 1969: “uma norma imperativa do direito internacional em geral [...] aceita e reconhecida pela comunidade internacional de Estados em seu conjunto como norma que não admite acordo em contrário e que somente pode ser modificada por uma norma posterior de Direito internacional”.

única via para possibilitar o julgamento dos responsáveis pelos crimes mais cruéis que afetem à humanidade.

Esta cooperação internacional, derivada do princípio formulado por Grocio, vem se materializando em diversos instrumentos internacionais, vejamos:

A Resolução 3074 (XXXVIII) da Assembleia Geral (AG) das Nações Unidas, de 3 de dezembro de 1973, pela qual foram aprovados os Princípios de cooperação internacional na identificação, extradição e punição dos culpados por crimes de guerra ou crimes contra a humanidade, estabeleceu que os crimes contra a humanidade e os crimes de guerra, onde quer que sejam praticados, e independentemente da data em que tenham sido executados, “serão objeto de investigação, e as pessoas contra as quais exista provas da responsabilidade pelo cometimento de tais crimes, serão buscadas, detidas e julgadas, e, no caso de serem consideradas culpáveis, punidas”, estando os Estados igualmente obrigados a cooperar e a tomar as medidas internas e internacionais necessárias a este fim.

No entanto, antes mesmo desta resolução da AG das Nações Unidas, foram aprovadas diversas resoluções¹⁰ em que se postulava aos Estados que adotassem todas as medidas adequadas para deter e extraditar os responsáveis pelo cometimento de crimes de guerra e contra a humanidade, e em que também se declarava a imprescritibilidade dos mesmos, estabelecendo-se, ademais, que não cooperar com a detenção, extradição, julgamento e punição das pessoas acusadas ou condenadas pelos referidos crimes, violava o disposto na Carta de Nações Unidas e nas normas reconhecidas em Direito Internacional em geral.

O artigo VII da Convenção para a Prevenção e Punição do Genocídio, de 9 de dezembro de 1948, estabelece que: “Para efeitos de extradição, o genocídio e os demais atos enumerados no artigo III não serão considerados como delitos políticos. As Partes contratantes se comprometem, em tal caso, a conceder a extradição conforme a sua legislação e os tratados vigentes”.

Por sua vez, o artigo III da Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade, de 26 de novembro de 1968, dispõe que: “Os Estados Parte da presente Convenção se obrigam a adotar todas as medidas internas que sejam necessárias, legislativas ou de qualquer outra ordem, com a finalidade de tornar possível a extradição, em conformidade com o Direito internacional, das pessoas a que se refere o artigo II da presente Convenção”.

O artigo 6, 2, da Convenção Europeia sobre Extradição, de 13 de dezembro de 1957, dispõe que: “Se a Parte requerida não conceder a extradição de um nacional, deverá a pedido da Parte requerente, submeter o assunto às autoridades competentes a fim de que possa proceder-se judicialmente, conforme o caso, contra aquele [...]”.

Igualmente, o artigo 7, 1, da Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas cruéis, desumanos ou degradantes, de 10 de dezembro de 1984, preceitua que: “o Estado Parte no território de cuja jurisdição seja encontrada a pessoa que se supõe que tenha cometido qualquer dos delitos referidos

¹⁰ Decisão 2583 (XXIV), de 15 de dezembro de 1969; Decisão 2712 (XXV) de 15 de dezembro de 1970; Decisão 2849 (XXVI), de 18 de dezembro de 1971, todas elas sobre a *Questão da punição dos criminosos de guerra e das pessoas que tenham cometido crimes contra a humanidade*; e a Decisão 3020 (XXVII), de 18 de dezembro de 1972, sobre *Princípios de cooperação internacional na identificação, detenção, extradição e punição dos culpados por crimes de guerra ou crimes contra a humanidade*. Todas elas disponíveis em: <http://www.un.org/es/documents/ag/resga.shtml>.

no artigo 4, nas hipóteses previstas no artigo 5, se não realizar a sua extradição, submeterá o caso a suas autoridades competentes para fins de julgamento.”¹¹

De sua parte, também as quatro Convenções de Genebra de 1949 contemplam a fórmula *aut dedere aut iudicare* com o seguinte teor: “Cada uma das Partes Contratantes terá a obrigação de buscar as pessoas acusadas de terem cometido ou ordenado cometer, qualquer das infrações graves, e deverá fazê-las comparecer perante os próprios tribunais, seja qual for a sua nacionalidade. Poderá também, se o preferir, e segundo as disposições previstas na própria legislação, entregá-las para que sejam julgadas por outra Parte Contratante interessada, se esta tiver apresentado contra elas provas suficientes”.

No mesmo sentido, o princípio *aut dedere aut iudicare* é acolhido no Protocolo adicional às Convenções de Genebra, de 12 de agosto de 1949, relativo à proteção das vítimas dos conflitos armados internacionais (Protocolo I); na Convenção sobre a Proteção Física dos Materiais Nucleares, de 26 de outubro de 1979; na Convenção Internacional contra o Recrutamento, Uso, Financiamento e Treinamento de Mercenários, de 4 de dezembro de 1989; na Convenção Internacional para a Repressão de Atentados Terroristas cometidos com Bombas, de 15 de dezembro de 1997; na Convenção Internacional para a Repressão do Financiamento do Terrorismo, de 9 de dezembro de 1999; na Convenção das Nações Unidas contra a Delinquência Organizada Transnacional, de 15 de novembro de 2000; na Convenção Internacional para a Repressão dos Atos de Terrorismo Nuclear, de 13 de abril de 2005.

Este princípio do *aut dedere aut iudicare* era entendido por Bassiouni como: “O amplo uso da fórmula ‘perseguir’ ou ‘extraditar’, seja ela estabelecida de forma expressa ou explicitamente afirmada em um dever de extraditar, ou ainda implicitamente no dever de realizar a persecução ou criminalizar, e o número de signatários destas várias convenções, atesta a existência de um princípio geral de *jus cogens*”¹².

O reformado, e anteriormente mencionado, artigo 23.4 da LOPJ, apesar de ter restringido extraordinariamente o alcance da jurisdição espanhola para promover a persecução e julgar crimes internacionais como os descritos, deixa um mínimo resquício de competência, ao acolher o princípio de *aut dedere aut iudicare* com o seguinte teor literal:

“A jurisdição espanhola será igualmente competente para conhecer dos fatos cometidos por espanhóis ou estrangeiros fora do território nacional suscetíveis de tipificar-se, de acordo com a lei espanhola, como algum dos seguintes delitos, quando

¹¹ Por sua vez, o artigo 8 da Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas cruéis, desumanos ou degradantes estabelece:

“1. Os crimes a que se refere o Artigo 4º serão considerados como extraditáveis em qualquer tratado de extradição existente entre os Estados Partes. Os Estados Partes obrigar-se-ão a incluir tais crimes como extraditáveis em todo tratado de extradição que vierem a concluir entre si.

2. Se um Estado Parte que condiciona a extradição à existência de tratado de receber um pedido de extradição por parte do outro Estado Parte com o qual não mantém tratado de extradição, poderá considerar a presente Convenção com base legal para a extradição com respeito a tais crimes. A extradição sujeitar-se-á às outras condições estabelecidas pela lei do Estado que receber a solicitação.

3. Os Estado Partes que não condicionam a extradição à existência de um tratado reconhecerão, entre si, tais crimes como extraditáveis, dentro das condições estabelecidas pela lei do Estado que receber a solicitação.

4. O crime será considerado, para o fim de extradição entre os Estados Partes, como se tivesse ocorrido não apenas no lugar em que ocorreu, mas também nos territórios dos Estados chamados a estabelecerem sua jurisdição, de acordo com o parágrafo 1 do Artigo 5º”.

¹² BASSIOUNI, C. **International Extradition: United States Law and Practice**. Oxford: Clarendon Press, 1987. p. 22.

forem cumpridas as respectivas condições:

a) Genocídio, crimes contra a humanidade ou contra pessoas e bens protegidos em caso de conflito armado, sempre que o procedimento se dirija contra um espanhol ou contra um cidadão estrangeiro que resida habitualmente na Espanha, ou contra um estrangeiro que se encontrava na Espanha e cuja extradição teria sido negada pelas autoridades espanholas”.

[...]

p) Qualquer outro delito cuja persecução se imponha com carácter obrigatório por um Tratado vigente para a Espanha ou por outros atos normativos de uma Organização Internacional da que a Espanha seja membro, nas hipóteses e condições que se determine nos mesmos.

Além disso, a jurisdição espanhola será também competente para conhecer dos delitos anteriores cometidos fora do território nacional por cidadãos estrangeiros que se encontravam na Espanha e cuja extradição tenha sido denegada pelas autoridades espanholas, sempre que assim o imponha um Tratado vigente na Espanha”.

Portanto, os órgãos judiciais espanhóis são competentes para conhecer deste tipo de delitos, quando a Espanha tiver denegado a entrega extradicional dos supostos responsáveis ao correspondente Estado requerente, e estes, portanto, se encontrem no território espanhol.

5. A extradição na Audiência Nacional

Em três dos quatro casos que exporemos, a Audiência Nacional recorreu ao instituto da extradição, como instrumento de cooperação jurídica internacional, com maior ou menor êxito, tendo em conta, como veremos, o propósito de colaboração dos respectivos Estados requeridos.

No quarto caso que citaremos, entrou em jogo a instituição da Ordem Europeia de Detenção e Entrega, aplicável desde o ano de 2003¹³, após a entrada em vigência da Lei 3/2003, de 14 de março, sobre ordem europeia de detenção e entrega, atualmente revogada, após a entrada em vigência, em 11 de dezembro de 2014, da Lei 23/2014, de 20 de novembro, sobre o reconhecimento mútuo de decisões penais na União Europeia.

5.1. Caso El Salvador

Após a denúncia apresentada em 13 de novembro de 2008 pela Associação Pró-Direitos Humanos da Espanha (APDHE), o Juizado Central de Instrução núm. 6 da Audiência Nacional iniciou a instrução e investigação dos assassinatos de cinco jesuítas espanhóis (Ignacio Ellacuría, Segundo Montes, Ignacio

¹³ Com a Lei 3/2003, transpõe-se a Decisão-Marco relativa à ordem de detenção europeia e ao procedimento de entrega entre Estados Membros (DOCE L 190/1, de 17 de julho de 2002), cujo objetivo era substituir, no âmbito da União Europeia, os procedimentos extradicionais por um novo procedimento de entrega das pessoas suspeitas de terem cometido algum delito ou o que obstem a ação da justiça após terem sido condenadas por sentença transitada em julgado. Como estabelecia a Exposição Motivos da citada lei “A aplicação do princípio do reconhecimento mútuo determina que, recebida a ordem europeia pela autoridade judicial competente para sua execução, esta se produza de forma praticamente automática, sem necessidade de que a autoridade judicial que deve executar a ordem realize um novo exame da solicitação para verificar a conformidade da mesma a seu ordenamento jurídico interno”.

Martín, Arnando López, Juan Ramón Moreno) e um salvadorenho (Joaquín López), assim como de uma empregada doméstica (Elba Julia Ramos) e sua filha (Celina), em 16 de novembro de 1989, em San Salvador, por parte de vários militares salvadorenhos (no total, 20 processados, e um deles, recentemente falecido).

Apesar da citada reforma da LOPJ, o Juizado instrutor, no julgamento de 31 de março de 2014, decidiu continuar com a instrução do procedimento seguido contra vários militares salvadorenhos, pelos delitos de assassinatos terroristas. Graças a esta qualificação delitiva foi possível manter aberta a causa.

Em 13 de novembro de 2011, o Juizado Central de Instrução núm. 6 emitiu as primeiras decisões sobre as solicitações de extradição. Um dos processados, Inocencio Montano, coronel do Exército e ex-Vice-Ministro da Segurança Pública de El Salvador em 1989, foi achado em Massachusetts (Estados Unidos), onde foi condenado por um delito de fraude migratória em 2013. Os demais supostos responsáveis, encontravam-se em seu país de origem, o qual, em um primeiro momento, recusou-se a iniciar o respectivo processo de extradição.

Em 4 de janeiro de 2016, o Juizado instrutor reiterou as ordens internacionais de detenção com a finalidade de extradição contra os processados, inicialmente ignoradas pelas autoridades salvadorenhas.

Em 5 de fevereiro de 2016, a juíza Kimberly Swank da Corte do Estado da Carolina do Norte (EEUU) concedeu a extradição de Inocencio Montano à Espanha, ao encontrar evidências suficientes para determinar sua provável participação nos assassinatos terroristas dos jesuítas. Inocencio Montano impetrou ordem de *habeas corpus* contra esta decisão, que foi rejeitado em decisão de 21 de agosto de 2017, pelo Juiz do Distrito Oriental da Carolina do Norte, Terrence W. Boyle, confirmando-se a extradição do mesmo, sem possibilidade de novo recurso.

Paralelamente, em 6 de fevereiro de 2016, isto é, um dia depois de se tomar conhecimento da primeira decisão judicial proferida pelo tribunal norte-americano, a polícia nacional de El Salvador realizou buscas nos domicílios dos dezesseis processados restantes no caso, todos residentes no país da América Central. No cumprimento das respectivas ordens internacionais de detenção, foram detidos o coronel Guillermo Alfredo Benavides, os sargentos Tomás Zárpate Castillo e Antonio Ramiro Ávalos Vargas, e o cabo Ángel Pérez Vásquez. Os outros doze militares, os da mais elevada patente entre os processados, são fugitivos da justiça.

Lamentavelmente, a Corte Suprema de Justiça de El Salvador, na decisão de 16 de agosto de 2016, decidiu por não conceder a extradição dos mesmos. Ainda que, em fase desta decisão, tivessem que ser julgados (*aut dedere aut iudicare*) no referido país da América Central, infelizmente, não há esperanças de que se irá cumprir esta obrigação internacional.

No entanto, em 29 de novembro de 2017, três meses depois de ser proferida a referida decisão de agosto de 2017, foi efetivada a entrega do coronel Montano pelos Estados Unidos de América à Espanha. Em 5 de dezembro do mesmo ano, realizou-se seu interrogatório perante o Juizado Central de Instrução núm. 6. O juizado instrutor decretou sua prisão provisória.

A extradição de Inocencio Montano permitirá a realização do correspondente julgamento oral perante a Segunda Seção da Câmara Criminal da Audiência Nacional, marco que somente será

alcançado, no contexto da jurisdição universal espanhola^{NT3}, em uma única ocasião: no caso Scilingo¹⁴.

5.2. Caso Guatemala

O Juizado Central de Instrução núm. 1 da Audiência Nacional começou a investigar em 1999 o genocídio maia cometido durante a ditadura militar na Guatemala, desde finais dos anos 70 e princípio dos 80, assim como o ataque à Embaixada da Espanha na capital guatemalteca, cidade da Guatemala.

Em 7 de julho de 2006, o Juizado instrutor decretou sete ordens internacionais de detenção, com a finalidade de extradição, contra os generais Óscar Humberto Mejía Vítores, Benedicto Lucas García e Ángel Guevara, o coronel Germán Chupina, o ex-Ministro do Governo, Donaldo Álvarez, o ex-chefe do comando policial, Francisco Arredondo, e o ex-Presidente da República da Guatemala, Efraín Ríos Montt.

As referidas ordens ficaram sem efeito após a decisão da Corte de Constitucionalidade guatemalteca, de 12 de dezembro de 2007, ao apreciar os recursos interpostos por dois dos reclamados, baseando-se, entre outros argumentos, em que a pretensão da justiça espanhola ultrapassava os limites naturais do Direito Internacional, já que o princípio da Justiça Universal não se sustenta em nenhuma regra de Direito Internacional.

O Juizado Central de Instrução núm. 1 proferiu o despacho de 16 de janeiro de 2008, em que ressaltou a falta de cooperação das autoridades guatemaltecas e denunciou a omissão, por parte da Corte de Constitucionalidade da República da Guatemala, ao princípio *aut dedere aut iudicare*, concluindo que constitui uma obrigação *erga omnes* com relação a todos os crimes internacionais que gozam de natureza de *ius cogens*, tendo a Guatemala violado gravemente a sua obrigação de investigar e julgar, ao ter se negado a conceder a extradição dos reclamados.

A Terceira Seção da Câmara Criminal da Audiência Nacional ordenou, em despacho de 1 de julho de 2016, a suspensão provisória do processo, fundamentando-a, entre outros motivos, “na impossibilidade de notificar os fatos aos acusados e de lhes tomar depoimento, após o indeferimento das solicitações de extradição enviadas às autoridades da Guatemala”.

5.3. Caso Cavallo

Ricardo Miguel Cavallo, conhecido pelos apelidos de “Marcelo”, “Ricardo” e “Serpico”, participou da estrutura repressiva e violenta que se formou na Escola Superior de Mecânica da Armada

^{NT3} O ex-coronel Inocencio Montano foi condenado, em 11 de setembro de 2020, por decisão da Segunda Seção da Câmara Criminal da Audiência Nacional da Espanha, à pena privativa de liberdade de 133 anos, quatro meses e cinco dias. Montano foi declarado autor de cinco delitos de assassinato de carácter terrorista, tendo-lhe sido imposta a pena de 26 anos, oito meses e um dia de pena privativa de liberdade para cada delito. Além disso, Montano também foi considerado autor dos assassinatos de outro jesuíta salvadorenho, da cozinheira da Universidade e de sua filha de 15 anos, executados juntamente com os demais religiosos, porém, foi possível condená-lo por estes fatos por não ter sido extraditado pelos Estados Unidos por estes crimes. (Nota do Tradutor)

¹⁴ Adolfo Scilingo, Tenente de Fragata da Marinha Argentina, foi condenado pelo Tribunal Supremo, em 1 de outubro de 2007, à pena de 1.084 anos de privação de liberdade (a pena inicialmente imposta pela Câmara Criminal da Audiência Nacional, foi de 640 anos), como autor de 30 assassinatos, um delito de cárcere privado e como cúmplice de mais 255 sequestros, todos eles considerados crimes contra a humanidade, cometidos na Escola Superior de Mecânica da Marinha (ESMA). Concretamente, participou nos denominados *vôos da morte*, através dos quais a Armada fazia desaparecer supostos subversivos, os quais eram atirados ao mar, drogados, de aviões em pleno voo.

a partir do golpe militar da República Argentina de 24 de março de 1976, na qualidade de Capitão da Armada deste país latino-americano, sendo acusado pelo desaparecimento de 227 pessoas, sequestro e tortura de outras 110 e a detenção de 16 mulheres, cujos filhos foram roubados e entregues a outras famílias ao nascerem na prisão durante a repressão da ditadura militar argentina.

O caso Cavallo constitui um precedente judicial de referência na persecução de crimes internacionais de primeiro grau na Espanha, com base no princípio da Justiça Universal. Aplicou-se o instituto jurídico da extradição (ativa) para colocar Ricardo Cavallo à disposição da Justiça espanhola, já que o mesmo se encontrava residindo, há anos, no México, sob uma falsa identidade: Miguel Ángel Cavallo.

Por despacho de 12 de setembro de 2000, o Juizado Central de Instrução núm. 5 solicitou sua extradição desde o México, sendo entregue por este país norte-americano em 29 de junho de 2003, em virtude do Decreto de extradição de 26 de agosto de 2000.

Finalmente, pouco antes de ser julgado na Espanha, a República Argentina solicitou sua entrega para ser julgado no *locus delicti*, pelos mesmos fatos pelos quais vinha sendo acusado na Espanha. Neste caso, entrou em jogo o instrumento da reextradição, já que, para que a Espanha pudesse entregá-lo, era necessária a autorização do primeiro Estado que o extraditou, isto é, do México. Finalmente, Ricardo Cavallo foi condenado na Argentina, no ano de 2011, à prisão perpétua, por crimes contra a humanidade.

5.4. Caso Diamantes de Sangue

No mês de setembro de 2015, e pela primeira vez, o Juizado Central de Instrução núm. 3 concedeu a entrega à Bélgica de um empresário belga-americano, Michel Desadeleer, acusado de delito de lavagem de dinheiro e crimes de competência do Tribunal Penal Internacional, mais especificamente, crimes contra a humanidade, em virtude de uma ordem de detenção e entrega emitida por aquele Estado membro.

Ao reclamado se imputava o fato de ter traficado diamantes no mercado internacional, entre 1991 e 2002, obtidos por meio de trabalho escravo durante a guerra civil de Serra Leone, e teria sido um dos encarregados de supervisionar os trabalhos de extradição do referido mineral, entre os anos de 1999 e 2000.

6. Entrega no marco dos Tribunais Internacionais da Ex-Iugoslávia (TPIY) e Ruanda (TPIR) e do Tribunal Penal Internacional

A evolução dos princípios extradicionais em matéria de crimes internacionais de primeiro grau sofre o primeiro ponto de inflexão no marco dos Estatutos dos Tribunais Internacionais *ad hoc* e no Estatuto do Tribunal Penal Internacional (ECPI), ao contemplar a entrega do reclamado sem seguir um procedimento formal de extradição.

Os Estatutos do TPIY e do TPIR obrigam os Estados requeridos a cumprir, sem demora, toda decisão sobre entrega ou transferência de pessoas, para colocá-las a disposição dos tribunais (artigos 29, 2 “e” e 28, 2, “e”, respectivamente). Igualmente, o ETPI obriga os Estados Partes a cumprirem as solicitações de detenção e entrega (e não de extradição) sob o princípio da subsidiariedade e a

possibilidade de oposição de coisa julgada. Portanto, encontramos-nos diante de uma entrega praticamente automática, comparável à ordem europeia de detenção e entrega.

Ademais,, o artigo 102 do ETPI distingue, claramente, entre entrega e extradição. Portanto, modificam-se os termos e os trâmites processuais em comparação com os procedimentos extradicionais (mais garantistas):

“Para os fins do presente Estatuto:

- a) Por ‘entrega’, entende-se a entrega de uma pessoa por um Estado ao Tribunal nos termos do presente Estatuto.
- b) Por ‘extradição’, entende-se a entrega de uma pessoa por um Estado a outro Estado conforme previsto em um tratado, em uma convenção ou no direito interno.”

O TPI atua com base no princípio da complementariedade com as jurisdições nacionais dos Estados Partes, intervindo nos casos em que estas não exerçam sua competência ou não estejam em condições de fazê-lo.

A modo de exemplo, em virtude da Lei Orgânica 15/1994, de 1 de junho, para a cooperação com o Tribunal Internacional para o julgamento dos supostos responsáveis de graves violações ao Direito Internacional Humanitário cometidas no território da ex-Iugoslávia, a Espanha entregou a Haia, no ano de 2005, para ser julgado pelo TIPY, o General croata Ante Gotovina, acusado de crimes de guerra por ter dirigido, planejado e instigado a morte de 150 civis sérvios e pela deportação de 200.000 em 1995, durante a reconquista de Krajina, cidade que havia passado às mãos sérvias. O mesmo foi condenado em 2011, em primeira instância, à pena de 24 anos de prisão pela prática de crimes de guerra e contra a humanidade, e foi absolvido em 2012 pela Câmara de Apelações, após o recurso interposto por sua defesa.

7. Estados Unidos e o TPI: os acordos bilaterais de imunidade

O Presidente dos Estados Unidos, Bill Clinton subscreveu, em 31 de dezembro de 2000, o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Este era o último dia em que o mesmo estava aberto a subscrição. Pouco depois, o Presidente George Bush “anulou” a referida subscrição. Desde 2002, o Governo dos Estados Unidos liderou uma campanha contra o TPI, alegando que este poderia instaurar procedimentos contra cidadãos norte-americanos por motivações políticas.

Neste marco político, nasceram os denominados Acordos Bilaterais de Imunidade (ABI), por meio dos quais se pretende excluir (e proibir a entrega) cidadãos, funcionários de governo e pessoal militar norte-americano da jurisdição do TPI. Estes acordos, que são recíprocos, não incluem a obrigação aos Estados Unidos de investigar ou julgar essas pessoas, que não são entregues (e rompe, portanto, o princípio *aut dedere aut iudicare*).

Ademais, em 24 de julho de 2002, a adoção da lei ASPA (*American Servicemembers’ Protection Act* ou Lei de Proteção dos Militares dos Estados Unidos) pelo Congresso americano previu a possibilidade de utilizar todos os meios pertinentes, incluindo os militares, para liberar cidadãos norte-americanos que estivessem fisicamente à disposição do TPI. Inclusive, foram adotadas medidas de pressão, tanto diplomáticas como econômicas, para formalizar e subscrever ABI’s que, até o momento,

foram firmados com Israel, Honduras, El Salvador, República Dominicana, Bolívia, Nicarágua e Panamá.

8. Conclusões

Existe um dever positivo dos Estados de proteger os Direitos Humanos, que é estabelecido pelo DPI, pelo costume e pelos Princípios Gerais do Direito, desde os originários julgamentos de Nuremberg, razão pela qual a entrega extradicional dos responsáveis pelos delitos mais graves, como são os de primeiro grau, não violaria, em hipótese alguma, o princípio da legalidade internacional.

A extradição constitui um instrumento fundamental no âmbito do DPI, para evitar a impunidade dos citados crimes, através da cooperação jurídica internacional que vige entre Estados.

Embora seja certo que, nos últimos anos, e mais concretamente na Espanha, se tenha limitado extraordinariamente a utilidade e o êxito deste instituto pelas travas impostas por diversos países, escamoteando-se por meio de várias questões legais (dupla incriminação, falta de jurisdição do Estado requerente, etc.), a extradição, ainda que de forma excepcional, também tem permitido que crimes de gravíssima proporção tenham podido ser julgados perante diversos órgão judiciais, pelo compromisso que muitos Estados mantêm com o DPI e com sua obrigação de proteção dos bens jurídicos supranacionais mais importantes para a comunidade internacional.

Referências bibliográficas

- BASSIOUI, Cherif. **Crimes Against Humanity in International Criminal Law**. Dordrecht/Boston/Londres: Martinus Nijhoff Publishers, 1992.
- BASSIOUNI, Cherif. **International Extradition: United States Law and Practice**. Oxford: Clarendon Press, 1987.
- CAPELLÁ I ROIG, Margalida. **Justicia universal para crímenes internacionales**. Madrid: Editorial La Ley, 2008.
- FERNÁNDEZ PONS, Xavier. El principio de legalidad penal y la incriminación internacional del individuo, **Revista Electrónica de Estudios Internacionales**, núm. 5/2002, p. 6 (Disponível em <http://www.reei.org/index.php/revista/num5/archivos/XFdez.pdf>).
- GIL GIL, Alicia. **Derecho Penal Internacional**. Madrid: Tecnos, 1999.
- GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel. Elementos comunes de los crímenes contra la humanidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y necesaria tipificación de estos crímenes en el Derecho penal español, **Cuadernos de Derecho Judicial**, N° 7, 2001, pp. 9-36.
- GROCIO, Hugo. **De Iure Belli Ac Pacis**. Trad. de Mariño Gómez. Edición bilingüe, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1987.
- OLLE SESÉ, Manuel. El principio de legalidad en Derecho penal internacional: Su aplicación por los tribunales domésticos, in: GARCÍA VALDÉS, Carlos *et al* (Coords.). **Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernát**. Vol. I, Madrid: Edisofer, 2008. p. 559-582.
- OLLÉ SESÉ, Manuel. **Justicia universal para crímenes internacionales**. Madrid: Editorial La Ley, 2008.

Recebido: 12/08/2022

Aprovado: 08/10/2022

verso

¿Dolo sin conocimiento? Reflexiones en torno a la condena por defraudación fiscal de *Lionel Messi*

*Intent without knowledge?
Reflections on Lionel Messi's sentence for tax fraud.*

Ramon Ragués i Vallès 

Catedrático de Derecho penal de la
Universitat Pompeu Fabra (Barcelona)*

Resumo: El presente trabajo se propone exponer y valorar críticamente los planteamientos a respecto de la discusión sobre la llamada “ceguera ante los hechos” (*willful blindness*), y, para que el lector pueda advertir la relevancia práctica de la discusión, lo hará de la mano, precisamente, del caso de condena del futbolista Lionel Messi por defraudación fiscal.

Palabras-clave: dolo, conocimiento, ceguera ante los hechos, derecho penal

Abstract: The present paper proposes to expose and critically evaluate the approaches to the discussion on the so-called “willful blindness”, and, to allow the reader to understand the practical relevance of the discussion, it will do so precisely in the case of the sentencing of soccer player Lionel Messi for tax fraud.

Keywords: intent, knowledge, willful blindness, criminal law

I. El conocimiento como elemento del dolo: una unanimidad quebrada

En los últimos siglos nunca ha dejado de estar vigente la discusión sobre si el dolo exige conocimiento y voluntad de los elementos del tipo objetivo o si el mero conocimiento de tales elementos ya basta para que concurra una realización típica dolosa. En este debate se ha dado por sentada, en cambio, la necesaria concurrencia del elemento cognitivo del dolo¹. En algunos países porque tal elemento se exige, de manera directa o indirecta, en algún precepto del Código Penal; en otros, por haberlo establecido así una jurisprudencia constante con el apoyo de la doctrina. A tal efecto suele entenderse que renunciar al elemento cognitivo supondría una expansión del dolo en detrimento de la imprudencia que llevaría a resultados punitivos inasumibles en términos de merecimiento y/o necesidad de sanción.

Esta unanimidad en torno a la exigencia del elemento cognitivo se ha quebrado, sin embargo, en

* La redacción del presente trabajo se enmarca en la ejecución del proyecto de investigación DER2017-82232-P (AEI/FEDER, UE).

¹ Cfr. en tal sentido VOGEL, GA, 2006, p. 388; y GAEDE, ZStW, 121 (2009), pp. 239-240 y p. 255, con referencias adicionales.

los últimos años. Por un lado, en la discusión de origen e influencia germánicos autores como *Günther Jakobs*, *Michael Pawlik* o *Gabriel Pérez Barberá* han cuestionado que los casos de la llamada “ceguera ante los hechos” (*Tatsachenblindheit*) deban merecer el tratamiento punitivo más benigno previsto para la imprudencia, aunque en ellos pueda faltar dicho elemento cognitivo. Por otro lado, en países como España o Brasil ha tenido una gran influencia la doctrina angloamericana de la ignorancia o ceguera deliberada (*willful blindness*). Con la asunción de esta última teoría en sistemas binarios de imputación subjetiva (dolo-culpa) se acepta que puede existir dolo sin necesidad de conocimiento de todos los elementos del tipo objetivo.

Sin ir más lejos, estas teorías se han empleado en tiempos recientes por la Justicia española para condenar por defraudación fiscal a alguien tan popular mundialmente como el futbolista *Lionel Messi*. El presente trabajo se propone exponer y valorar críticamente estos planteamientos y, para que el lector pueda advertir la relevancia práctica de la discusión, lo hará de la mano, precisamente, de este último caso. A tal efecto, el siguiente apartado se dedicará a resumir las razones esgrimidas para la condena del futbolista (II). Seguidamente, se procederá a revisar la teoría que propone considerar como dolo las situaciones de ceguera ante los hechos (III), así como la incorporación por parte de sistemas continentales de la doctrina de la *willful blindness* (IV). Por último, en el apartado final se ofrecerán algunas valoraciones personales sobre estas teorías en general y sobre el caso analizado en particular (V).

II. La condena de Lionel Messi por delito fiscal

En España era una práctica frecuente, hasta hace unos años, que los deportistas de élite cedieran contractualmente la explotación de sus derechos de imagen a sociedades mercantiles carentes de la más mínima infraestructura empresarial y domiciliadas en países con una fiscalidad mucho más favorable que la española. A partir de un determinado momento, la Agencia Tributaria consideró que los contratos que se firmaban con estas compañías suponían una simulación contractual fraudulenta pues, en realidad, se trataba de honorarios que el futbolista percibía por una actividad estrictamente personal que tenía lugar en territorio español. La sujeción de las cantidades percibidas a los elevados tipos fiscales vigentes en España para el impuesto sobre la renta supuso que, en muchos casos, se superasen los 120.000 € defraudados por ejercicio e impuesto, que es el umbral mínimo que la legislación española prevé para que concurra un delito fiscal (art. 305 del Código Penal).

Lionel Messi fue uno de los futbolistas inspeccionados y acusados penalmente por estos motivos². Entre otros argumentos, su defensa alegó en descargo del cliente que, desde que el jugador era menor de edad, todas las cuestiones contractuales y fiscales las tenía delegadas en su padre, quien contaba con amplios poderes. Este, a su vez, seguía el consejo de prestigiosos asesores fiscales, con los que su hijo no había coincidido prácticamente nunca. De acuerdo con la defensa, por sus circunstancias personales y profesionales, *Lionel Messi* no tenía tiempo, ni tampoco capacidad, para comprender las complejas operaciones mercantiles diseñadas por los asesores y su actuación se limitaba a estampar su firma, cuando esta era imprescindible, en los contratos que le presentaban los asesores en la absoluta confianza de que todo era correcto. Con esta tesis de la defensa no solamente se negaba la concurrencia de dolo en

² Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 5 de julio de 2016 (Sección Octava, magistrada ponente Armas Galve). Existe un comentario a esta resolución por parte de MONTIEL, *En Letra*, 3 (2016), pp. 1-4.

el hijo –imprescindible en España para condenar por defraudación fiscal- sino que se dificultaba la condena del padre como autor mediato o partícipe, ya que la doctrina y jurisprudencia españolas dominantes consideran que el delito fiscal es un delito especial del que solo puede ser autor el obligado tributario (en este caso, el hijo) y ambas parten del principio de accesoriedad limitada en la participación.

Por su parte, para evitar un veredicto absolutorio, la acusación sostuvo que no era creíble que el jugador desconociera las razones de tan complejas operaciones mercantiles y argumentó que, en todo caso, un posible desconocimiento era debido al absoluto desinterés por conocer el sentido de tales operaciones, lo que de ningún modo podía beneficiarle penalmente. Esta tesis fue asumida por la Audiencia Provincial de Barcelona, que condenó al acusado en primera instancia a una pena de veintidós meses de prisión³. Según afirmó este Tribunal, el jugador contaba con información suficiente a su alcance, si hubiera teniendo interés en obtenerla, para advertir que en la gestión de sus derechos de imagen se estaba defraudando a la hacienda pública. En tal sentido, se afirma en la sentencia que, *“quien ha tratado de eludir la norma, por el camino que sea, no puede resultar beneficiado por ello, amén de que con la impunidad en esos casos se dirige a la ciudadanía el mensaje de que es preferible inhibirse a preocuparse”*. En palabras del propio Tribunal, *“quien se pone en situación de ignorancia por no querer saber aquello que puede y debe saber; es decir cuando existen indicios de que el sujeto ha sido consciente de determinados elementos en los que no ha querido profundizar: asistiríamos a una realización objetivamente típica sin que el sujeto haya contado en el momento de realización del hecho con los conocimientos exigidos por el dolo del tipo cometido; pero esta falta de conocimiento sería, simplemente, el resultado de una decisión previa, más o menos, consciente, de no querer obtenerlo”*.

La tesis del Tribunal, en resumen, es que para condenar por una defraudación fiscal dolosa al futbolista no importaba si este realmente había sido consciente de estar eludiendo impuestos cuando estampaba su firma en los contratos de las operaciones mercantiles diseñadas por sus asesores para defraudar al fisco. Según la Audiencia, aunque fuera cierta la hipótesis del desconocimiento, esta permitía una condena por delito doloso, al ser dicha falta de representación el resultado del desinterés absoluto del acusado por conocer el sentido de tales operaciones. Un planteamiento que recuerda mucho a las teorías aludidas en las primeras páginas de este trabajo, cuyos argumentos se exponen más detalladamente a continuación.

III. La doctrina de la ceguera ante los hechos y los conceptos objetivos de dolo

En una tradición en la que es prácticamente unánime la tesis de que el dolo requiere siempre conocimiento, hace ya algunas décadas que *Günther Jakobs* defiende la idea discrepante de que resulta imposible justificar que aquel sujeto que desconoce una determinada circunstancia de su actuación por indiferencia o enemistad hacia los intereses ajenos se vea privilegiado por el Derecho respecto de aquel otro sujeto que sí cuenta con tales conocimientos. En tal sentido, este autor lleva años sosteniendo que resulta mucho más razonable la atenuación facultativa del § 17 del Código Penal alemán para los casos de desconocimiento evitable de la antijuricidad que la atenuación (o impunidad) obligatoria que deriva de la redacción vigente del § 16 para los casos de error de tipo. Así, apelando a la antigua doctrina del

³ De acuerdo con el Derecho español (art. 80 y siguientes del Código Penal), esta pena era susceptible de ser suspendida condicionalmente por no superar los dos años, no existir reincidencia y haberse reparado el daño económico causado. De hecho, el jugador nunca llegó a entrar en prisión.

dolus indirectus, a su juicio lo que debe importar para el dolo no son los datos psíquicos concurrentes en el momento de actuar, sino el déficit volitivo que se manifiesta en determinados hechos: un déficit que es idéntico en quien sabe que está infringiendo la norma y en quien no lo sabe porque le resulta indiferente saberlo. En sus últimos trabajos, *Jakobs* ha defendido la tesis de que este planteamiento podría incluso aplicarse ya *de lege lata*⁴.

El anterior planteamiento ha influido claramente en el de autores como *Michael Pawlik* o *Gabriel Pérez Barberá* en Argentina⁵. Según el primero, *el dolo y la imprudencia actúan como criterios para medir la contrariedad a deber de la actuación del sujeto infractor*⁶. Ambas modalidades de imputación subjetiva tienen en común la infracción del deber de esforzarse por evitar el hecho y tanto el autor doloso como el culposo expresan con su hecho menosprecio por el ordenamiento jurídico. A su juicio, el injusto doloso no se manifiesta como un *aliud* respecto de la imprudencia, sino que la diferencia entre ambos títulos de imputación es meramente cuantitativa. Citando a *Grolman*, afirma *Pawlik* que el autor doloso manifiesta una actitud de auténtica enemistad hacia la ley penal y, en cambio, el imprudente solo expresa falta de amistad⁷. Sin embargo, dado que, después de todo, la enemistad no es otra cosa que una ausencia de amistad cualificada, la diferencia entre una y otra situación es solo cuantitativa.

La determinación de qué se entiende por expresión de ausencia de amistad o de enemistad en un caso concreto no resulta precisamente sencilla y al respecto *Pawlik* propone en sus trabajos un criterio más específico para constatar la concurrencia de dolo. Así, caracteriza la enemistad como la *ausencia de voluntad de omitir la infracción de la norma de conducta pese a su peligrosidad masiva*⁸. En tal sentido señala que quien se expresa como un enemigo del Derecho no se distingue por querer el resultado, sino “por no haberse motivado al cumplimiento de la norma cuestionada por su conducta pese a que debía racional y exigiblemente reconocer que con ella creaba un peligro no permitido cualificado para la posición jurídica protegida por aquella norma”⁹. Según esta tesis, lo decisivo no es tanto lo que el sujeto se representó, sino lo que necesariamente debió haberse representado en dicho momento. En su perspectiva *la cuestión del dolo no puede depender de cómo el autor valora individualmente el riesgo, sino de si su conducta, interpretada como el comportamiento de un ser racional, expresa la máxima de que la lesión del otro debe ser o, incluso, puede ser*¹⁰. Con todo, en algunos pasajes de su obra parece darse a entender que, para la equiparación en términos penales de los casos de representación y de ausencia de esta, es necesario que dicha ausencia se deba a razones que graven al autor, como la indiferencia o la temeridad¹¹.

Por su parte, *Gabriel Pérez Barberá* sostiene, resumidamente, que cualquier hecho punible no es sino *comunicación de una regla que prima facie se aparta de la regla establecida en el tipo penal, siendo necesaria la intervención punitiva cuando dicho hecho alcance una “intensidad comunicativa”*

⁴ Son numerosos los trabajos en los que este autor ha expuesto sus tesis. La versión más acabada, en lo que se alcanza, puede encontrarse en *JAKOBS, RW*, 2010, p. 283 ss, con referencias a trabajos anteriores. La compatibilidad de su tesis con el § 16 StGB ha sido cuestionada por una parte importante de la doctrina: por ejemplo, *VOGEL, GA*, 2006, pp. 388-389; *FRISTER, ZIS*, 7-8 (2019), p. 386 (especialmente, nota 29); o *GAEDE, ZStW*, 121 (2009), p. 265.

⁵ Pueden encontrarse referencias a otros autores que han defendido posiciones próximas a estas tres en *GAEDE, ZStW*, 121 (2009), p. 248 ss.

⁶ Una cuestión de la que se ocupa *Pawlik* en el apartado C (*Das Ausmaß der Pflichtwidrigkeit*) de su obra *Das Unrecht des Bürgers*, Tübinga, 2012 (p. 362 ss).

⁷ *Das Unrecht*, pp. 373-374.

⁸ *Das Unrecht*, p. 375.

⁹ *Das Unrecht*, p. 380.

¹⁰ *Das Unrecht*, p. 392, en referencia a *PUPPE, NK*, § 15, n.º marg. 68.

¹¹ Así, por ejemplo, *PAWLIK, Das Unrecht*, p. 397 o p. 404.

suficiente para desestabilizar las expectativas asociadas a la regla cuestionada¹². Esta mayor o menor “intensidad comunicativa” explica, a juicio del autor, la diferencia de tratamiento punitivo entre la imprudencia y el dolo, aun cuando el hecho doloso y el imprudente –desde su punto de vista- lesionen una misma norma¹³. Así, aquellas conductas que “tienen por base representaciones epistémicamente racionales y ontológicamente acertadas”, “si se apartan de una regla jurídico-penal lo hacen con elevado efecto comunicativo contrario a ella, pues comunican una toma de postura que, atento la existencia de una correlación objetivamente adecuada entre sujeto epistémico y mundo, debe ser interpretada, desde un punto de vista objetivo, como intensamente contraria a la de la regla”¹⁴. A juicio de Pérez Barberá, en tales casos *el autor comunica con pretensión de validez una regla opuesta a la violada*, lo que sucede en aquellos supuestos que tradicionalmente han abarcado los conceptos de dolo directo y eventual.

Sin embargo, a su juicio esta misma intensidad comunicativa está presente también en aquellos casos en los que existen *desconocimientos o ausencias de representación epistémicamente irracionales*, lo que sucederá cuando el sujeto se orienta de manera arbitraria, esto es, desafiando objetivamente regularidades empíricas obvias o normas de conducta elementales propias de un ámbito específico de actuación. Este argumento le permite sostener a Pérez Barberá la necesidad de otorgar el tratamiento propio del dolo a los casos de “ceguera ante los hechos”, como, por ejemplo, el del conductor que, sin haberse llegado a representar el peligro real de su conducta, con la que causa varias muertes, decide conducir tras haber bebido en abundancia, pese a ser consciente de su escasa habilidad al volante y de que no tiene licencia, circulando con un exceso de velocidad de 20 km/h y esquivando en zigzag a los vehículos que circulan en el mismo sentido¹⁵. En palabras del propio autor, “un desconocimiento o una falta de representación irracional por desafiar regularidades empíricas obvias y/o normas de conducta elementales de ese ámbito específico de actuación (sea que ello esté motivado en un manifiesto desinterés por el resguardo de los bienes ajenos o en cualquier otro motivo), grava intensamente a su autor y le corresponde, por lo tanto, la forma de castigo más grave (la dolosa), aun mediando amenaza o posibilidad de *poena naturalis*”¹⁶.

De manera coherente con las razones que, a su juicio, fundamentan la respuesta punitiva propia del dolo, el autor define esta figura como el “*reproche objetivo a la acción que se aparta de una regla jurídico-penal, mediando ex ante una posibilidad objetivamente privilegiada de que su autor prevea este apartamiento*”; por el contrario, imprudencia debe definirse como el “*reproche objetivo a la acción que se aparta de una regla jurídico-penal, mediando ex ante una posibilidad objetivamente atenuada de que su autor prevea este apartamiento*”¹⁷. Como se desprende de estas dos definiciones, el punto clave para diferenciar ambas figuras es si el autor ha contado con una *posibilidad privilegiada de prever* el apartamiento de su conducta respecto de la norma, o bien si sólo ha tenido una *posibilidad atenuada de previsión*¹⁸. En palabras tal vez menos precisas, pero seguramente más fácilmente comprensibles, *para afirmar que existe dolo debe poder sostenerse que el sujeto ha tenido la capacidad de prever -y, por tanto, evitar- fácilmente el hecho*, es decir, una cuestión netamente objetiva si por autor no se

¹² PÉREZ BARBERÁ, **El dolo eventual**, Buenos Aires, 2010, pp. 127-130. Existe una versión resumida en alemán de los planteamientos de este autor en GA, 2013, p. 454 ss.

¹³ **El dolo eventual**, p. 13.

¹⁴ **El dolo eventual**, p. 133.

¹⁵ **El dolo eventual**, pp. 138-139.

¹⁶ **El dolo eventual**, pp. 139-140.

¹⁷ **El dolo eventual**, p. 648.

¹⁸ Conviene destacar que en diversos pasajes de la obra (por ejemplo, **El dolo eventual**, p. 648) el autor afirma que, en realidad, no está proponiendo *ex novo* un concepto de dolo distinto del usual, sino reconstruyendo los criterios que en la práctica ya se vienen utilizando para afirmar que alguien ha obrado dolosamente.

entiende el concreto acusado con todas sus particularidades, sino, como es el caso, un modelo ideal de sujeto colocado en su lugar¹⁹.

Los planteamientos de *Pawlik* y *Pérez Barberá* parecen compartir la idea de que, en los casos de inadvertencia de riesgos muy cualificados o de fácil evitación, la responsabilidad del sujeto se sitúa en un terreno que merece la respuesta punitiva propia del dolo y no de la culpa. Queda menos claro, en cambio, el papel que deben desempeñar las razones que han llevado al sujeto a tal ausencia de representación, que parecen más relevantes en los trabajos de *Jakobs*. La indiferencia o la enemistad al Derecho como motivos de la falta de representación pueden asociarse a una actitud interior del sujeto o incluso a un rasgo de su personalidad, pero también ser el resultado de una valoración externa, puramente normativa, que atribuya tal expresión de sentido a todo aquel que no advierte los riesgos más evidentes que genera. Con esta última perspectiva se consuma la plena objetivización del concepto de dolo que se advierte claramente en algunos de los pasajes citados anteriormente. Sobre las dudas que plantea esta posición se volverá más adelante (cfr. *infra* V).

IV. La doctrina de la ignorancia deliberada

La justificación de la condena de *Messi* con el argumento de que su desinterés por conocer debía merecer la misma sanción que un eventual conocimiento efectivo puede llevar a pensar en que la Audiencia de Barcelona estaba aplicando las anteriores teorías. Sin embargo, el referente directo del Tribunal fue, en realidad, la doctrina anglosajona de la ignorancia deliberada, que ha influido de una manera importante a la praxis de la fiscalía y los tribunales españoles y de algunos países de Latinoamérica desde principios del presente siglo²⁰. La importación de esta teoría supone un interesante y poco habitual fenómeno jurídico: el “injerto” de una estructura de imputación propia del *common law* en el sistema de imputación subjetiva binario (dolo/imprudencia) como el español.

Suele afirmarse que la primera vez que en el *common law* apareció la idea de equiparar el efectivo conocimiento y la “ceguera intencionada” fue en la sentencia inglesa de 1861 sobre el caso *Regina v. Sleep*²¹. Según parece desprenderse de un pasaje no demasiado elocuente de esta resolución *la abstención intencionada de obtener conocimientos, en caso de haberse probado, habría debido merecer la misma respuesta punitiva que el conocimiento cierto*. En 1899 la doctrina *apareció por vez primera en una resolución del Tribunal Supremo de los Estados Unidos*, concretamente en la sentencia del caso *Spurr v. United States*²². En ella se revisaba la condena de *Mr. Spurr*, presidente del *Commercial National Bank of Nashville*, condenado por haber certificado los cheques emitidos por un cliente contra una cuenta que carecía de fondos.

De acuerdo con la ley aplicable, para sancionar penalmente tal conducta era necesaria una violación *intencionada* de los preceptos que regulaban la emisión de dichos efectos mercantiles. En su recurso ante el Tribunal Supremo la defensa de *Spurr* cuestionó que el jurado hubiera sido bien instruido,

¹⁹ El dolo eventual, p. 674.

²⁰ Sobre la asunción de esta teoría por la doctrina española, RAGUÉS I VALLÈS, *La ignorancia deliberada*, pp. 21-62. Para Brasil SILVEIRA, *RBCCrim*, 122 (2016), p. 255 ss; y TOTH SYDOW, *A teoria da cegueira deliberada*, *passim*.

²¹ ROBBINS, *JCLC*, 81 (1990), p. 196; ver también MARCUS, *YLJ*, 102 (1993), pp. 2233-2234 y EDWARDS, *MLR*, 17 (1954), p. 298 ss.

²² ROBBINS, *JCLC*, 81 (1990), pp. 197-198, quien cita alguna resolución anterior; CHARLOW, *TLR*, 70 (1992), pp. 1353-1354 (nota 7) y 1359; y MARCUS, *YLJ*, 102 (1993), pp. 2234-2235. La referencia del caso citado *supra* es 174 U.S. 728 (1899).

pues el magistrado que lo presidía no informó a sus miembros de que el delito aplicable exigía que el acusado actuase “intencionadamente” al librar el cheque, es decir, que la conducta de quien actuaba en la creencia errónea de que existían fondos en la cuenta en el momento de emitir la certificación no era penalmente relevante. En respuesta a semejante alegación, el Tribunal Supremo formuló *obiter dictum* las siguientes apreciaciones:

“El propósito infractor es la esencia del presente delito. Si el oficial certifica un cheque con la intención de que el emisor obtenga dinero del banco pese a no tener fondos, dicha certificación no sólo es ilícita, sino que se le puede imputar el propósito específico de violar la ley. Y este mal propósito puede presumirse cuando el oficial se mantiene deliberadamente en la ignorancia acerca de si el librador tiene o no dinero en el banco o cuando muestra una indiferencia crasa (*grossly indifferent*) respecto de su deber de asegurarse de tal circunstancia”²³.

Durante la primera mitad del siglo XX la teoría fue aplicada en diversas ocasiones por tribunales inferiores, a propósito, especialmente, de acusaciones por delito de bancarrota²⁴. Sin embargo, el número de resoluciones en las que aparece la *willful blindness* no sería especialmente elevado hasta la década de 1970, cuando empezaría a aplicarse de manera generalizada por los tribunales federales en casos de narcotráfico y, en particular, de transporte de droga²⁵. En este último contexto se enmarca la sentencia del caso *United States v. Jewell*²⁶ dictada en 1976 por el Tribunal de Apelaciones del Noveno Circuito federal y que suele citarse como el *leading case* en la materia²⁷. El acusado *Jewell* había sido condenado en primera instancia por cruzar la frontera de México con los Estados Unidos transportando, supuestamente por encargo, 110 libras de marihuana en el compartimento secreto del maletero de un coche. La alegación de *Jewell* afirmando que no sabía exactamente lo que transportaba, pese a tener la sospecha de estar haciendo algo ilegal, fue desestimada por el jurado, que previamente había sido instruido de acuerdo con la doctrina de la *willful blindness* en los siguientes términos:

“La acusación puede satisfacer la carga de la prueba demostrando, más allá de toda duda razonable, que si el acusado no era en realidad consciente de que había marihuana en su vehículo cuando entró en los Estados Unidos fue porque su desconocimiento acerca de esta circunstancia fue única y exclusivamente el resultado de haberse hecho el propósito consciente de ignorar la naturaleza de lo que llevaba en el coche, con una voluntad consciente de evitar conocer la verdad”²⁸.

La condena del jurado fue recurrida por *Jewell*, cuya defensa cuestionó la legalidad de esta instrucción. Sin embargo, en su posterior resolución el Tribunal de Apelaciones confirmaría la condena partiendo de la equiparación que contiene la sección 2.02.7 del *Model Penal Code* entre conocimiento

²³ 174 U.S. 728 (1899), p. 735.

²⁴ ROBBINS, *JCLC*, 81 (1990), pp. 198-199, con las referencias oportunas.

²⁵ De hecho, en el comentario al caso *United States v. Murrieta-Bejarano* publicado en la *Iowa Law Review*, 63 (1977/78), pp. 470-471, se señala cómo entre 1899 y la década de 1930 la doctrina apenas se aplicó y, después de esta última, no reaparecería con vigor hasta la década de 1960.

²⁶ 532 F. 2d 697 (9th Cir. 1976). Al respecto ver también ROBBINS, *JCLC*, 81 (1990), p. 203 ss; CHARLOW, *TLR*, 70 (1992), p. 1419; y MARCUS, *YLJ*, 102 (1993), pp. 2241-2243. A partir de este caso no es infrecuente que las instrucciones de los fiscales en las que se pide a los jurados que se pronuncien sobre posibles situaciones de ignorancia deliberada reciban el nombre de “*Jewell instructions*”. Ver, por ejemplo, el comentario a *United States v. Murrieta-Bejarano* publicado en *ILR*, 63 (1977), pp. 468-469.

²⁷ Así, HUSAK/CALLENDER, *WLR*, 29 (1994), p. 34.

²⁸ Reproducido en ROBBINS, *JCLC*, 81 (1990), p. 204. Otro ejemplo de instrucción en DRESSLER, *Understanding*, p. 110.

cierto de un determinado hecho y conciencia de la alta probabilidad de su concurrencia. Según la Sala, quien es consciente de la alta probabilidad de la existencia de un hecho y no hace lo necesario para confirmarla merece el mismo tratamiento que quien tiene plena certeza sobre tal extremo. Para justificar su decisión el Tribunal invocó, entre otras, la idea de que “la ignorancia deliberada y el conocimiento positivo presentan un mismo grado de culpabilidad”²⁹.

Precisamente a raíz de la publicación del *Model Penal Code* -un texto no legislativo pero que ha servido de pauta para la reforma de muchos códigos penales estadounidenses- en la discusión académica de las últimas décadas se viene cuestionando de manera creciente el alcance de la *willful blindness*, que no fue incluida expresamente entre las formas de imputación subjetiva que aparecen en la sección 2.02 de este texto. Ello ha llevado a algunos autores a entender que las situaciones abarcadas por esta forma de imputación deberían reconducirse a la *recklessness* (figura muy similar al dolo eventual continental), mientras otros académicos denuncian que con esta doctrina se estarían rebasando los límites impuestos por el principio de legalidad. Sea como fuere, a mediados de 2011 la vigencia de la doctrina se vio confirmada por el propio Tribunal Supremo en su sentencia sobre el caso *Global-Tech Appliances, Inc. et al. v. Seb S.A.*, dictada con una amplia mayoría de ocho magistrados a propósito de un procedimiento civil por infracción del derecho de patente³⁰. En esta resolución el Tribunal constata que “la doctrina de la ignorancia deliberada está bien asentada en Derecho penal”.

En sistemas como el español supuestos como los descritos, en los que una persona renuncia deliberadamente a conocer (o a conocer mejor) determinadas circunstancias de su conducta, tradicionalmente se han reconducido al dolo eventual, al haber contado el acusado con un grado de representación suficiente para atribuirle tal modalidad de dolo³¹: así, según la solución más habitual, en el caso del transporte de la maleta con droga basta con que el sujeto hubiera sido consciente de la posibilidad de estar transportando dicha sustancia para entender que había obrado dolosamente, aun cuando no hubiera llegado a cerciorarse plenamente de todas las características concretas (naturaleza, peso, pureza) del objeto del delito³².

En la práctica, no obstante, la apreciación de dolo eventual requiere la prueba –no siempre sencilla- de que el sujeto se representó efectivamente la posible concurrencia de los elementos del tipo. Para aligerar estos problemas de prueba, a principios de siglo XXI la Fiscalía española empezó a invocar la doctrina anglosajona de la *willful blindness* como una modalidad de dolo en casos de tráfico de drogas y blanqueo, especialmente en supuestos de transporte de objetos ilícitos³³. Con el tiempo su alcance se fue ampliando a otros delitos, como demuestra el caso de *Lionel Messi*. Veinte años más tarde, la doctrina ha sido asumida en numerosas sentencias por el Tribunal Supremo, aunque ha encontrado fuerte rechazo en ambientes académicos y, sorprendentemente, ha sido criticada en sentencias del propio

²⁹ ROBBINS, JCLC, 81 (1990), p. 205 y HUSAK/CALLENDER, WLR, 29 (1994), p. 35.

³⁰ 563 U.S. 754 (2011). El magistrado ponente fue *Samuel Alito* y el único voto discrepante lo formuló *Anthony Kennedy*, quien argumenta que la aplicación de la ignorancia deliberada a casos en los que la ley exige conocimiento no es posible sin incurrir en analogía.

³¹ En tal sentido, los argumentos ya expuestos en RAGUÉS I VALLÈS, *La ignorancia*, p. 101 ss.

³² El amplio alcance del dolo eventual lleva a diversos autores a sostener que, en realidad, la figura de la ignorancia deliberada es superflua en los sistemas binarios dolo/culpa. Entre ellos, por ejemplo, GRECO, *Discusiones*, XIII (2013), p. 68 ss, quien apunta a que los casos de desconocimiento provocado no abarcados por dicha figura podrían castigarse en todo caso acudiendo a la *actio libera in causa*.

³³ Al respecto RAGUÉS I VALLÈS, *La ignorancia*, capítulo I, con las oportunas referencias.

Tribunal Supremo cuando su redacción ha recaído en determinados magistrados³⁴. También en otros países como Brasil los tribunales han utilizado esta construcción teórica en casos de blanqueo y corrupción, con la dificultad añadida de que en este país existe una definición legal de dolo (art. 18 del Código Penal) que parece exigir conocimiento, cosa que no sucede en España, donde el dolo no está legalmente definido.

V. Reflexiones finales y de vuelta al “caso Messi”

Pese a sus diversos orígenes, las *anteriores teorías presentan notables similitudes, pero también importantes diferencias*³⁵. Entre las diferencias cabe destacar que la doctrina de la ignorancia deliberada ha tenido históricamente un alcance más amplio, al no existir tradicionalmente en el Derecho federal de los Estados Unidos algo parecido al dolo eventual en aquellos delitos que, como el tráfico de drogas, exigen una actuación “con conocimiento”³⁶. Precisamente por la existencia de esta modalidad de dolo, en los sistemas binarios dolo/culpa los casos de representación de posibilidad del resultado se han tratado a menudo como dolosos y son muy pocos los supuestos de ceguera ante los hechos en los que sea procesalmente creíble la falta de conocimiento siquiera eventual³⁷.

Sin embargo, las dos corrientes teóricas expuestas presentan un denominador en común: para ellas *lo decisivo no es lo que el sujeto se haya representado en el momento del hecho, sino aquello que debió haberse representado si hubiera tenido interés*. En el planteamiento de origen germánico se hace más énfasis en que, para merecer la pena del dolo, dicho desconocimiento debe ser expresión de la indiferencia del sujeto por conocer; por su parte, la doctrina angloamericana pone el acento en la decisión voluntaria del sujeto de no querer saber, esto es, de no querer obtener (más) información acerca de ciertos detalles de su conducta.

1. En cuanto a las *teorías que aprecian dolo en los casos de ceguera ante los hechos*, una primera cuestión a resolver es si el desinterés por conocer debe responder a un acto de voluntad concreto, a una actitud interna más o menos permanente o si, más bien, se trata de una valoración normativa resultante del hecho de que, pese a tener a su fácil acceso una determinada información, el sujeto no se ha esforzado por obtenerla. Las respuestas posibles son básicamente dos y cada una de ellas resulta problemática por razones distintas:

a) Buscar la indiferencia del sujeto en una suerte de *actitud o decisión interna del sujeto* no plantea menos problemas que hacer depender la cuestión del tipo subjetivo de los datos psíquicos concurrentes en el momento del hecho. En última instancia todo acabará dependiendo de un “hecho psíquico” (la decisión de no conocer) o, peor aun, de un rasgo de la personalidad del acusado, cuya trayectoria vital

³⁴ Entre los trabajos más críticos con esta doctrina –que es tachada de “peligrosa”– cabe destacar FEJOO SÁNCHEZ, *InDret*, 3/2015, p. 1 ss. Resumidamente este autor fundamenta su crítica (p. 7 ss) en que se trataría de una doctrina incompatible con la legalidad, con elementos propios del *versari in re illicita* y contraria a la presunción de inocencia en la medida en que se utiliza para eludir las exigencias de la prueba del conocimiento necesario para el dolo. Por su parte, MANRIQUE, *Isonomía*, 40 (2014), p. 193, pone el acento, sobre todo, en la incompatibilidad de esta construcción con el principio de legalidad.

³⁵ Los vínculos entre estos planteamientos ya fueron advertidos por FEJOO SÁNCHEZ, *InDret*, 3/2015, p. 15 ss.

³⁶ Una ilustrativa clasificación integrada de los diversos elementos que caracterizan, respectivamente, los sistemas de imputación subjetiva vigentes en Alemania (y su ámbito de influencia) y el *common law* en STUCKENBERG, *Vorstudien*, p. 312. Este autor pone de manifiesto cómo la *willful blindness* abarca casos de representación como posible de la realización típica (al igual que el dolo eventual), pero también situaciones de ausencia de cualquier representación (como la culpa inconsciente).

³⁷ Sobre la difícil traslación procesal de la “ceguera ante los hechos” GAEDE, *ZStW*, 121 (2009), p. 258 ss.

deberá valorarse a fin de determinar si se trata de un individuo a quien, por regla general, los intereses ajenos importan más bien poco o si, por el contrario, es una persona por lo general respetuosa con los intereses ajenos que simplemente tuvo un mal momento³⁸. Además del evidente riesgo de derivar hacia un Derecho penal de autor si se pone el acento en este último punto, los problemas de prueba que puede plantear en un juicio esta opción se antojan prácticamente insuperables.

b) Para superar los anteriores problemas cabe sostener que, en realidad, el desinterés o indiferencia del sujeto no debe buscarse en su psique, ni tampoco en un rasgo de su personalidad, sino que se trata de un *juicio normativo resultante de la valoración que merece el hecho de que dicho sujeto no advirtiera la concurrencia de un grave peligro pese a tener a su fácil alcance el conocimiento* de todos aquellos elementos que debieron haberle llevado a darse cuenta de ello. En tal caso cabe hablar con sentido de una *plena objetivización del dolo*, al no tener ningún interés para decidir el caso el fuero interno del acusado en el momento del hecho.

Sin embargo, esta última interpretación plantea el problema de convertir automáticamente en dolosos *olvidos o negligencias inexplicables para una persona promedio que ocasionalmente se presentan en la práctica*. Por ejemplo: un padre que ha pasado toda la mañana de compras por la ciudad acompañado de su hijo de un año inexplicablemente olvida al niño dentro del coche en un estacionamiento, a pleno sol y con más de treinta y cinco grados, produciéndose su fallecimiento³⁹. También concurren estas situaciones en ciertos casos que se denominan de “eliminación mental” del peligro, en los que en un primer momento el sujeto advierte un determinado riesgo abstracto en su conducta pero, al ejecutar dicho comportamiento, borra de su representación dicha advertencia previa, por ejemplo, en caso de maniobras muy peligrosas en el tráfico rodado⁴⁰.

En estos casos la concepción normativa de la indiferencia lleva a una condena por delito doloso que parece excesiva y se plantea *la duda de si, para una adecuada valoración de la gravedad de un hecho, puede considerarse verdaderamente irrelevante aquello que haya pasado por la cabeza del acusado*. Por volver al ejemplo del niño olvidado en el coche, la valoración ajena de la actuación del padre cambia radicalmente –sin variar el más mínimo detalle de las circunstancias objetivas– en función de que: 1) se admita que el acusado tuvo un olvido, aunque fuera absolutamente inexplicable; 2) el propio acusado reconozca haber sido consciente de estar dejando solo al menor durante horas; o 3) confiese haber querido matar a su hijo de este modo. Tratar idénticamente estas tres situaciones para no ser esclavo de los “hechos psíquicos” no parece posible sin entrar en frontal conflicto con la percepción colectiva sobre la muy distinta gravedad de cada supuesto en función, *precisamente*, de su configuración psíquica⁴¹.

³⁸ En esta línea se dirigen las críticas de autores como VOGEL, GA, 2006, p. 389.

³⁹ No se trata en absoluto de un “caso de laboratorio”, sino que son situaciones que, por desgracia, se presentan esporádicamente. Algunas noticias de casos de este tipo en España: https://www.lasexta.com/noticias/sociedad/muere-bebe-que-olvido-padre-coche-llevarla-guarderia-madrid_201810035bb4f6240cf247c4deea919a.html. O: <https://www.elmundo.es/elmundo/2003/06/18/sociedad/1055955402.html>.

⁴⁰ Por ejemplo, SCHMIDHÄUSER, JuS, 1980, p. 249 o, más recientemente, FRISTER, ZIS, 7-8 (2019), p. 382. No en vano, para no tener que sostener que concurre dolo en maniobras arriesgadas del tráfico rodado JAKOBS, RW, 2010, p. 291, propone para este concreto ámbito la tesis de la “habitación al riesgo”, según la cual las creaciones conscientes de peligro de los conductores dan lugar a un delito de desobediencia, pero no pueden considerarse actos de lesión.

⁴¹ Al fin y al cabo, como señala PUPPE, en *El Derecho penal*, p. 122, en relación con la teoría de la ceguera ante los hechos, “el precio de la normativización de los elementos del tipo penal consiste en que el fundamento fáctico del reproche por el delito deviene cada vez más escaso. Al final, la relación real del autor con el hecho concebido como constructor normativo es tan solo externa. Del autor real no queda más que un cuerpo y del hecho real no más que un movimiento corporal que causa un resultado”.

2. En cuanto al carácter deliberado de la ignorancia que exige la teoría de la *willful blindness*, su principal problema estriba en el hecho de que *la renuncia deliberada a conocer es algo perfectamente habitual en muchos casos de reparto de tareas o delegación de funciones*. Repartirse el trabajo o delegar de modo eficiente en otra persona supone, casi siempre, una renuncia a revisar en profundidad los detalles de la actividad delegada. Por ejemplo: cuando una profesora (funcionaria pública) firma una larga resolución con las notas finales de todos sus alumnos que la administración de la facultad ha elaborado a partir de las correcciones a mano en los exámenes está actuando como una ignorante deliberada, pues renuncia a comprobar que las notas de la lista se corresponden, una por una, con las de los exámenes. Sin embargo, reprocharle tal actuación (¡a título de prevaricación dolosa!) en caso de que una nota fuera incorrecta supondría acabar prácticamente con todas las ventajas que tiene la posibilidad de delegar esta clase de tareas administrativas.

Si se traslada esta última idea al caso de *Messi* se advierten serias dudas en la solución alcanzada por el tribunal: por un lado, puede entenderse, como hizo la Audiencia de Barcelona, que su desconocimiento se debía al desinterés; pero también cabe interpretar que, en realidad, *se trataba de una delegación en una persona de la máxima confianza perfectamente comprensible en quien pasa la mayor parte de su tiempo desbordado por otras ocupaciones y no tiene capacidad para entender las cuestiones fiscales*, máxime teniendo en cuenta que dicha delegación empezó cuando era todavía menor de edad⁴². Precisamente, una de las principales críticas que merece la aplicación por parte de los tribunales españoles de la teoría de la ignorancia deliberada es su uso selectivo: lo que respecto de unos acusados se consideran delegaciones razonables que exoneran del conocimiento de los detalles la actividad del delegado, en otros casos es sometido al exigente filtro de la ignorancia deliberada y el desconocimiento del delegante –que no verifica la conducta del delegado– se reprocha a título de dolo.

3. Todas estas dudas llevan a *preguntarse si un eventual abandono del conocimiento como barrera entre el dolo y la imprudencia no acarrea acaso más problemas que ventajas*⁴³. Ciertamente, la dependencia de dicho elemento psíquico puede conllevar un tratamiento excesivamente benigno en aquellos supuestos de ignorancia deliberada que obedecen a la planificada estrategia de un sujeto para llevar a cabo lo que pretende y poder al mismo tiempo alegar desconocimiento en su descargo. Expuesto con un último ejemplo: un sujeto coloca en la lista de “correo basura” la dirección electrónica de la administración de tráfico, de tal modo que no le lleguen nunca las notificaciones de posibles sanciones por su conducción. Varios años más tarde se le notifica electrónicamente la retirada de su licencia sin que, por las razones expuestas, llegue a tomar conocimiento de ello ¿Realmente merece este caso la absolución por falta de dolo si se comete un delito de conducción sin licencia?

Si casos como este pueden llegar a probarse con todos sus elementos, un castigo con la pena propia del dolo podría ser una solución adecuada *de lege lata*, pues nadie diría que se trata de situaciones de error⁴⁴. Con todo, hay que tener en cuenta que la prueba de las causas (voluntarias) del

⁴² En tal sentido se coincide plenamente con la crítica de MONTIEL, *En Letra*, 3 (2016), pp. 4-5.

⁴³ La posibilidad de un dolo sin conocimiento en relación con el delito de defraudación tributaria ha sido rechazada de modo expreso por KUHLEN, en *Steuerstrafrecht*, p. 138, aunque fundamentalmente por razones de compatibilidad con el § 16 StGB.

⁴⁴ En un original trabajo publicado en 1999, LUBAN, *GLR*, 87 (1999), p. 968, diferencia entre dos modelos de ignorantes deliberados: por un lado, el que puede caracterizarse como un avestruz, esto es, como un débil moral que trata de negarse a sí mismo el hecho de que se enfrenta a un dilema de naturaleza también moral, en cuyo caso su actitud parece menos grave que la actuación con conocimiento cierto sobre los datos relevantes de la propia conducta; y, por otro lado, el que sujeto merece ser equiparado con un astuto zorro, es decir, alguien que opta decididamente por llevar a cabo una conducta ilícita y que busca la propia ignorancia solo como una excusa para protegerse frente a posibles declaraciones de culpabilidad. En este caso, sostiene Luban, la ignorancia podría considerarse incluso como más grave que el mero conocimiento, pues añade a la consciencia un elemento de cálculo obstinado que la hace más culpable.

desconocimiento no parece que sea, en la mayoría de los casos, precisamente sencilla y, después de todo, dependerá de la constatación de un acto voluntario en origen consistente en la construcción artificiosa de una alegación de desconocimiento. Admitir dolo en estas situaciones supondría la ampliación de este concepto en un número muy limitado de casos, que no incluiría el anterior ejemplo de la profesora, ni en general casos en los que solo se lograra probar una delegación razonable como el de *Lionel Messi*. Con todo, es cierto que la mera admisión de que en algunos (pocos) casos puede existir dolo sin conocimiento debería llevar a replantear ciertas premisas del vigente modelo de imputación subjetiva⁴⁵.

Sin embargo, en esta búsqueda de soluciones parece *muy arriesgada la asunción de un concepto plenamente objetivo de dolo* basado solo en la muy elevada peligrosidad de un comportamiento o en su fácil evitabilidad: como antes ya se ha expuesto, también en los casos de riesgos más patentes no parece intrascendente, para calibrar la gravedad de un hecho, tratar de reconstruir lo que pasaba por la cabeza de un acusado en el momento de cometerlo, pese a las obvias dificultades que acarrea la prueba de tales hechos. Prescindir de este último dato puede suponer un aumento innecesario de severidad en las consecuencias de supuestos tradicionalmente castigados como culposos. Por ello, tal vez la creación *de lege ferenda* de una categoría intermedia entre dolo y culpa –con un castigo de gravedad también intermedia como sucede con la *recklessness* anglosajona– podría dar una solución mas proporcionada para las situaciones limítrofes, esto es, los casos de dolo eventual con una representación muy limitada del riesgo, los supuestos de temeridad manifiesta sin representación suficiente (“ceguera ante los hechos”) y los casos de auténtica ignorancia deliberada, como el ejemplo del correo electrónico⁴⁶.

Antes de finalizar, conviene dar respuesta al lector que posiblemente se pregunte cómo acabó el caso de *Lionel Messi*. Tras presentar recurso ante el Tribunal Supremo, su defensa alegó –entre otros motivos– que la doctrina de la ignorancia deliberada era incompatible con el Derecho español, en el que no podía concurrir dolo sin conocimiento. Pese a la existencia de numerosas resoluciones del propio Tribunal Supremo empleando dicha teoría, los concretos magistrados en este caso decidieron dar la razón a la defensa⁴⁷. Sin embargo, en vez de acordar la absolución –pues la Audiencia había manifestado dudas sobre si el jugador se había representado su defraudación– el Tribunal Supremo decidió mantener la condena basándola en un dolo eventual “tradicional”, al considerar que existía prueba de que el futbolista conocía de modo suficiente las operaciones en las que había intervenido, aunque solo fuera por el mero hecho de haber acudido a unos asesores altamente especializados en fiscalidad internacional⁴⁸. Esta conclusión suscita muchas dudas y abre el interrogante de si, desde la perspectiva del derecho de defensa, quien ha sido condenado en primera instancia por ignorancia deliberada puede ser condenado por dolo eventual en segunda instancia, cuando solo ha recurrido su defensa, con el argumento de que, al fin y al cabo, se trata solo de modalidades del mismo concepto legal de dolo. Sin embargo, esta interesante cuestión procesal deberá reservarse, tal vez, para otro futuro artículo.

⁴⁵ Algunas propuestas para este replanteamiento se ofrecen en RAGUÉS I VALLÈS, **Discusiones**, XIII (2013), p. 33 ss y p. 151 ss.

⁴⁶ Otra posibilidad se señala en el trabajo de GAEDE, **ZStW**, 121 (2009), pp. 279-280, quien se inclina por incriminar los casos más graves de temeridad, pero de manera sectorial, es decir, solamente en aquellos concretos delitos en los que se advierta la necesidad específica de que tales situaciones no queden impunes.

⁴⁷ Sentencia del Tribunal Supremo 1885/2017, de 24 de mayo (magistrado ponente Varela Castro).

⁴⁸ Para atribuirle el conocimiento –e incluso la voluntad– de defraudar al fisco el Tribunal alude a indicios como la mera contratación de un despacho fiscalista altamente especializado o la firma de algunos contratos.

Bibliografia citada

- CHARLOW, Robin. "Wilful Ignorance and Criminal Culpability", *Texas Law Review*, 70 (1992), p. 1351 ss.
- DRESSLER, Joshua. **Understanding Criminal Law**, 2.^a ed., Nueva York, San Francisco, 1995 (reimp. 1998).
- EDWARDS, J. LL. J. "The Criminal Degrees of Knowledge", *The Modern Law Review*, 17 (1954), p. 294 ss.
- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. "La teoría de la ignorancia deliberada en Derecho penal: una peligrosa doctrina jurisprudencial", *InDret*, 3/2015, p. 1 ss.
- FRISTER, Helmut. "Vorsatzdogmatik im Deutschland", *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 7-8 (2019), p. 381 ss.
- GAEDE, Kaersten. "Auf dem Weg zum potentiellen Vorsatz?", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 121 (2009), p. 239 ss.
- GRECO, Luís. "Comentario al artículo de Ramon Ragués", *Discusiones*, XIII (2013), p. 67 ss.
- HUSAK, Douglas N. / CALLENDER, Craig A. "Wilful Ignorance, Knowledge, and the 'Equal Culpability' Thesis: a Study of the Deeper Significance of the Principle of Legality", *Wisconsin Law Review*, 29 (1994), p. 29 ss.
- IOWA LAW REVIEW (COMMENTS). "Willful Blindness as a Substitute for Criminal Knowledge", *Iowa Law Review*, 63 (1977), p. 466 ss.
- JAKOBS, Günther. "Altes und Neues zum strafrechtlichen Vorsatzbegriff", *Rechtswissenschaft*, 2010, p. 283 ss.
- KUHLEN, Lothar. "Vorsatz und Irrtum im Steuerstrafrecht", en MELLINGHOFF (ed.), **Steuerstrafrecht an der Schnittstelle zum Steuerrecht**, Colonia, 2015, p. 117 ss.
- LUBAN, David. "Contrived Ignorance", *The Georgetown Law Journal*, 87 (1999), p. 957 ss.
- MANRIQUE, María Laura. "Ignorancia deliberada y responsabilidad penal", *Isonomía*, 40 (2014), p. 163 ss.
- MARCUS, Jonathan L. "Model Penal Code Section 2.02(7) and Willful Blindness", *The Yale Law Journal*, 102 (1993), p. 2231 ss.
- MONTIEL, Juan Pablo. "El caso Messi y las consecuencias de 'ignorar' la dogmática de los delitos imprudentes", *En Letra*, 3 (2016), pp. 1-4.
- PAWLIK, Michael. **Das Unrecht des Bürgers**, Tubinga, 2012.
- PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. **El dolo eventual**, Buenos Aires, 2010.
- PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. "Vorsatz als Vorwurf. Zur Abkehr von der Idee des Vorsatzes als Geisteszustand", **Goldammer's Archiv für Strafrecht**, 2013, p. 454 ss.
- PUPPE, Ingeborg. Comentario al § 15, en KINDHÄUSER *et al.*, **Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch**, 3.^a ed., Baden-Baden, 2010.
- PUPPE, Ingeborg. "El Derecho penal como comunicación. Aportaciones y peligros de un nuevo paradigma en la dogmática del Derecho penal", trad. M. Bermejo, en PUPPE, **El Derecho penal como ciencia**, Madrid, 2014, p. 101 ss.
- RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **La ignorancia deliberada en Derecho penal**, Barcelona, 2007.
- RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. "Mejor no saber: sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en Derecho penal", *Discusiones*, XIII (2013), p. 11 ss.
- ROBBINS, Ira P. "The Ostrich Instruction: Deliberate Ignorance as a Criminal Mens Rea", *The Journal of Criminal Law and Criminology*, 81 (1990), p. 191 ss.
- SCHMIDHÄUSER, Eberhardt. "Die Grenze zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Straftat ('dolus eventualis' und bewußte Fahrlässigkeit)", *Juristische Schulung*, 1980, p. 249 ss.
- SILVEIRA, Renato. "A aplicação da teoria da cegueira deliberada nos julgamentos da Operação Lava Jato", *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 122 (2016), p. 255 ss.
- STUCKENBERG, Carl Friedrich. **Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum im Völkerstrafrecht**, Berlín, 2007.
- TOTH SYDOW, Spencer. **A teoria da cegueira deliberada**, Belo Horizonte, 2016.
- VOGEL, Joachim. "Normativierung und Objektivierung des Vorsatzes?", *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 2006, p. 86 ss.

Recebido em: 04/07/2022

Aprovado em: 29/10/2022

verso

Il “modello italiano” di disciplina delle circostanze del reato. Profili critici e prospettive di riforma

The "Italian model" of regulation of the circumstances of the crime. Critics and perspectives of a reform.

Alessandro Melchionda 

Professore Ordinario di Diritto penale
nell'Università di Trento, Italia

Abstract: Il testo sviluppa una analisi della specifica ed articolata disciplina generale delle c.d. “circostanze aggravanti ed attenuanti del reato”, che è ancora oggi prevista in Italia dal codice penale del 1930. La materia è da sempre oggetto di un controverso inquadramento, sia dogmatico, che funzionale, e presenta molteplici profili di criticità. Procedendo da una rinnovata verifica storico-comparatistica dell’attuale disciplina italiana, lo studio prende in esame le più recenti proposte di eliminazione della categoria e conclude fissando le basi per una “rilettura” del sistema italiano delle circostanze anche nella prospettiva di un’eventuale riforma del codice penale.

Parole chiave: circostanze aggravanti ed attenuanti, elementi accidentali del reato, forme di manifestazione del reato, commisurazione della pena, imputazione soggettiva delle circostanze

Abstract: The text develops an analysis of the specific and articulated general regulation of the so-called “aggravating and mitigating circumstances of the crime”, which is still provided for in Italy today by the Criminal Code of 1930. The subject has always been the subject of a controversial framing, both dogmatic and functional, and presents multiple critical profiles. Proceeding from a renewed historical-comparative review of the current Italian discipline, the study examines the most recent proposals for the elimination of the category and concludes by setting the basis for a “rereading” of the Italian system of circumstances also in the perspective of a possible reform of the penal code.

Keywords: aggravating and attenuating circumstances, incidental elements of the offense, forms of manifestation of the offense, dosimetry of the penalty, subjective imputations of circumstances

1. Nell’ambito del codice penale italiano del 1930, la disciplina delle c.d. “circostanze del reato” ha notoriamente rappresentato una tra le più importanti novità sistematiche¹.

Gli indici, in tal senso, sono molteplici. Un primo è, ad esempio, apprezzabile anche da un punto di vista meramente quantitativo: già da una semplice ricognizione delle molte disposizioni incentrate

¹ Nel presente scritto vengono ripresi molteplici aspetti che ho più ampiamente trattato nello specifico studio: A. MELCHIONDA, *Le circostanze del reato. Origine, sviluppo e prospettive di una controversa categoria penalistica*, Padova, Cedam, 2000. A questo testo faccio quindi riferimento per più ampie citazioni bibliografiche e giurisprudenziali, qui limitandomi alla segnalazione dei soli dati essenziali ed alle citazioni testuali.

sulla previsione di singole circostanze aggravanti od attenuanti si evidenzia, infatti, una consistenza del fenomeno circostanziale che, certo non a caso, ha portato ad attribuire al sistema italiano una sorta di vero e proprio «primato europeo di ampiezza»².

Gli aspetti di maggior importanza sono tuttavia legati ai presupposti di tipo tecnico-legislativo e, da questo punto di vista, il dato fu oggetto di immediata segnalazione anche nel quadro dei lavori preparatori del codice: da più parti si convenne, infatti, nell'indicare la nuova disciplina generale delle circostanze come «una fra le parti più importanti e caratteristiche della riforma»³; «vera costruzione»⁴, si aggiunse ancora, «radicalmente innovatrice di ogni concezione teorica tradizionale e legislativa»⁵.

Il risvolto più evidente di questa drastica rivoluzione fu senz'altro quello legato all'opzione per una tecnica di tipo essenzialmente casistico, nella specie caratterizzata anche dalla parallela introduzione di un ulteriore aspetto di rilevanza più generale. Oltre, infatti, ad una articolata elencazione di singole circostanze aggravanti ed attenuanti previste in raccordo a specifiche figure di reato (emblematici gli esempi delle numerose circostanze aggravanti previsti dagli artt. 576 e 577 c.p. per il reato di omicidio ed all'art. 625 c.p. per quello di furto), sono state inserite nell'ambito del Libro Primo del codice, agli artt. 61 e 62 c.p., le circostanze aggravanti ed attenuanti che sono state ritenute suscettibili di essere valorizzate con riguardo ad un più vasto numero di illeciti: da qui, come è noto, è nata la tradizionale differenziazione tra “*circostanze comuni*” e “*circostanze speciali*”.

La particolare importanza di questa novità fu ampiamente sottolineata dallo stesso Ministro Alfredo Rocco, il quale, in un famoso passo della relazione al progetto definitivo del codice, richiamò l'attenzione sulla astratta possibilità di opzione fra più modelli di disciplina, distinguendo tra la generica scelta di deferire al giudice il potere di aumentare o diminuire la pena, senza fornire più specifiche indicazioni su presupposti e/o criteri di tale ampia facoltà discrezionale; ovvero, in alternativa, integrare questo primo modello mediante l'indicazione di criteri direttivi, che potessero fungere da guida per il giudice; ovvero, ancora, procedere ad una minuziosa e tassativa elencazione di varie circostanze aggravanti ed attenuanti⁶. Ferma la segnalata opzione per quest'ultima soluzione, la codificazione italiana del 1930 si caratterizzò tuttavia anche per la parallela previsione di quei criteri di commisurazione discrezionale della pena che, così come fissati nell'ambito dell'art. 133 del nuovo codice, hanno poi portato alla ulteriore contrapposizione tra l'area delle c.d. “*circostanze proprie*” e quella delle c.d. “*circostanze improprie*”⁷.

Su questo piano fu netta, perciò, la differenza che si venne a determinare rispetto al previgente assetto normativo. Nell'ambito del codice penale italiano del 1889, infatti, le uniche circostanze aventi efficacia comune a tutti i reati erano identificabili solo nella pur articolata figura della recidiva ed in alcune situazioni ulteriori, tutte ricomprese nell'ambito del Titolo Quarto del codice, formalmente dedicato alla disciplina “Della imputabilità, e delle cause che la escludono o la diminuiscono”. Fra queste spiccavano soprattutto la previsione di una diminuzione di pena per il soggetto affetto da vizio

² A. MALINVERNI, *Per una teoria generale delle circostanze aventi a fondamento la personalità del soggetto attivo del reato*, in «La Scuola Positiva», 1965, p. 196.

³ *Relazione del Prof. Berenini per l'Università di Parma*, in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, a cura del Ministero della Giustizia e degli Affari di Culto, vol. III-1^a, Osservazioni e proposte sul Progetto preliminare di un nuovo codice penale, Roma, 1928, p. 451.

⁴ *Relazione del Prof. Pinto per l'Università di Urbino*, in *Lavori preparatori*, cit., p. 454.

⁵ *Relazione del Prof. Lanza per l'Università di Catania*, in *Lavori preparatori*, cit., p. 449.

⁶ *Relazione sul Libro 1° del Progetto*, in *Lavori preparatori*, cit., vol. V-1^a, Roma, 1929, p. 110.

⁷ Per una più ampia disamina dei lavori preparatori del Codice Rocco rinvio a A. MELCHIONDA, *Le circostanze*, cit., pp. 486-493.

parziale di mente (art. 47), per chi avesse agito in stato di ubriachezza accidentale (art. 48), per chi avesse reagito a seguito di provocazione (art. 51), nonché per tutte quelle “classiche” ipotesi in tema di minore età del soggetto attivo (artt. 54, 55, 56). Il vero perno centrale della disciplina prevista dal codice Zanardelli era, tuttavia, rappresentato da quell’ulteriore disposizione in tema di circostanze attenuanti generiche (art. 59), che lo stesso Ministro Rocco indicò quale tipico esempio di soluzione tecnica contrapposta a quella viceversa adottata dalla nuova legislazione del 1930.

Drasticamente innovative risultarono, tuttavia, anche le specifiche disposizioni che furono introdotte proprio al fine di fornire una disciplina unitaria ed omogenea dell’intera sfera delle circostanze del reato. Nella legislazione del 1889 mancava, in effetti, una disciplina siffatta: le regole di maggiore importanza erano quelle dettate per l’applicazione ed il computo delle singole variazioni di pena (art. 29); quelle inerenti ai casi di errore di persona (art. 52); e quelle infine dedicate alla disciplina della c.d. comunicabilità delle circostanze fra più compartecipi nello stesso reato (artt. 65 e 66). Un quadro quindi molto meno articolato ed omogeneo di quanto venne a caratterizzare la soluzione in seguito accolta dal codice penale del 1930, non a caso valorizzata anche dalla previsione di un intero capo del Libro Primo espressamente dedicato alla disciplina globale “Delle circostanze del reato”.

Ed in effetti, è proprio nella più generale disciplina delle circostanze che è dato cogliere il perno della maggiore importanza sistematica che l’istituto ha assunto nell’ordinamento penale italiano del 1930. Attraverso tali disposizioni è stata, infatti, delineata una piattaforma normativa avente caratteristiche assolutamente specifiche, sia per quanto concerne il regime di imputazione soggettiva delle circostanze (artt. 59 e 60 c.p.), sia con riguardo agli stessi effetti modificativi della pena ed all’eventuale concorso, omogeneo od eterogeneo, di più circostanze (artt. 63, 64, 65, 66, 68 e 69 c.p.). A queste regole si è inoltre affiancato un ulteriore insieme di previsioni normative che, pur collocate in altri settori del codice (così, ad esempio, l’art. 84 c.p., ai fini della delimitazione del c.d. reato complesso; l’art. 118 c.p., in relazione alla valutazione delle circostanze nel caso di concorso di persone nel reato; l’art. 157 c.p., sul piano del regime di computo della prescrizione; l’art. 9 disp. att. c.p., per gli effetti sulla distinzione fra delitti e contravvenzioni), nel loro complesso hanno concorso a dettare una disciplina generale del tutto originale ed innovativa⁸.

Il ruolo assunto dall’avvento del codice Rocco rispetto alla complessiva rilevanza del fenomeno circostanziale ben emerge, tuttavia, anche alla luce di quanto pare aver contrassegnato la parallela disamina scientifica. Al di fuori di pochi lavori incentrati sull’analisi di singole ipotesi circostanziali e di sporadiche trattazioni sollecitate da problemi di natura prettamente tecnico-applicativa, non pare, in effetti, che, prima dell’avvento del codice penale del 1930, la categoria delle circostanze fosse stata posta ad oggetto di studi di particolare ampiezza e notorietà. Certo, se si guarda al passato più remoto, vengono ancora oggi segnalati e ricordati scritti di indubbio rilievo⁹. Ma se si opera un confronto con il taglio delle “moderne” questioni penalistiche, prima del 1930 gli unici scritti dedicati ad una disamina globale della materia si limitavano solo ad un paio di voci enciclopediche, anch’esse, peraltro prive di spunti dogmatici di rilievo¹⁰ e ad alcuni più specifici studi rimasti tuttavia ai margini del principale

⁸ Sulla centrale importanza di questa disciplina più generale v. per tutti A.M. STILE, *Il giudizio di prevalenza e di equivalenza tra le circostanze*, Napoli, Jovene, 1971, p. 53.

⁹ Notissimo il richiamo all’opera di A. TIRAQUELLUS, *De poenis legum ac consuetudinum, Statutorumque temperandis, aut etiam remittendis, et id quibus quotque ex causis*, Venetiis, 1560.

¹⁰ Ci si riferisce, in particolare, alla “voce” di S. DURANTE, *Attenuanti*, in «Digesto Italiano», Torino, Utet, 1926, vol. IV-2, 1926, pp. 144-162, ed a quella precedente di LUCCHINI, *Aggravanti (cause) e attenuanti (cause)*, in «Digesto Italiano», Torino, Utet, 1893, vol. II-2, 1893, pp. 1-3.

dibattito dell'epoca¹¹. Con l'emanazione del codice Rocco è, invece, evidente la brusca accelerazione che immediatamente acquisì l'interesse per lo studio delle circostanze del reato, subito poste ad oggetto di più di un'indagine monografica e, da allora, rimaste praticamente sempre al centro dell'attenzione scientifica italiana¹².

La diffusione e la permanenza di un così articolato e costante interesse per il tema vanno, senza alcun dubbio, comprese anche alla luce del successivo operato del legislatore, ed in particolare delle molteplici occasioni di riforma che hanno avuto modo ripercuotersi sull'assetto originario della disciplina delle circostanze, così implicitamente eletta a piano privilegiato per l'attuazione dei più variegati obiettivi di politica criminale. L'esemplificazione è vastissima: dalle prime modifiche in tema di attenuanti generiche apportate nel 1944, subito dopo la caduta del regime fascista, con l'introduzione dell'art. 62-bis c.p., alla "rivoluzione" determinatasi a seguito della famosa novella del 1974 sul giudizio di bilanciamento delle circostanze previsto dall'art. 69 c.p.; dalla previsione della nuova categoria delle c.d. circostanze "ad effetto speciale", introdotta nel 1984 con la correzione dell'art. 63 c.p., alla riforma del regime di imputazione oggettiva delle circostanze introdotta nel 1990 mediante la modifica dell'art. 59 c.p. e dell'art. 118 c.p.; dalla legislazione dettata dall'emergenza terroristica, a quella intervenuta in risposta al grave fenomeno dei sequestri di persona; dai molteplici provvedimenti di amnistia, con il rinvio all'accertamento di determinate figure circostanziali, quale presupposto decisivo per l'esclusione o meno del beneficio, alle tante riforme in tema di competenza per materia, di carcerazione cautelare, di recidiva e prescrizione, etc., nel complesso sono davvero tantissimi gli interventi che hanno avuto modo di incidere su singoli profili di rilevanza del fenomeno circostanziale; e ciò, invero, con l'inserimento di modifiche che, ancorché ispirate da una logica di mera correzione novellistica, hanno spesso rappresentato il frutto di una perdurante incapacità di procedere a più radicali riforme del codice ancor

¹¹ Fra questi spiccano, soprattutto, il saggio di P. MIRTO, *Le circostanze del reato e la nozione di elementi caratterizzanti*, in «Rivista Penale», 1923, (XCVII), p. 424 e la più vasta opera di Domenico Cigna, complessivamente articolata in due monografie (D. CIGNA, *Le circostanze del reato nella dottrina, nella legge, nella storia*, Milano, SEI, 1916; ID., *Positivismo e diritto*, Palermo, Trimarchi, 1921), ed in un'ulteriore serie di lavori minori (ID., *Le circostanze di reato nella critica giuridica e storica*, in «Rivista Penale», 1919, LXXXIX, pp. 371-390; ID., *Le circostanze procedurali*, in «Rivista Penale», 1919, LXXXIX, pp. 138-142; ID., *Il sistema delle circostanze di reato nel diritto positivo*, in «Rivista Penale», 1919, XC, pp. 445-461). Sul ruolo e l'importanza di questi studi mi permetto ancora rinviare a quanto osservato in A. MELCHIONDA, *Le circostanze*, cit., pp. 445-457.

¹² Anche dalla semplice considerazione delle principali monografie e voci enciclopediche pubblicate dopo il 1930 emerge chiara conferma di questo maggiore interesse: in ordine cronologico, A. SANTORO, *Teoria delle circostanze del reato*, Roma, 1933; R. PANNAIN, *Gli elementi essenziali e accidentali del reato*, Roma, Athenaeum, 1936, 1936; S. COSTA, *Circostanze oggettive e soggettive del reato*, in «Nuovo Digesto Italiano», Torino, Utet, 1938, vol. III, p. 164; B. COCURULLO, *Le circostanze del reato*, Napoli, 1940; A. SANTORO, *Le circostanze del reato*, Torino, Utet, 1952; M. MASSA, *Le attenuanti generiche*, Napoli, Jovene, 1959; A. SANTORO, *Circostanze del reato*, in «Novissimo Digesto Italiano», Torino, Utet, 1959, vol. III, p. 264; A. MALINVERNI, *Circostanze del reato*, in «Enciclopedia del Diritto», Milano, Giuffrè, 1961, vol. VII, p. 66; G. CONTENTO, *Introduzione allo studio delle circostanze del reato*, Napoli, Jovene, 1963; G. MARINI, *Le circostanze del reato. Parte generale*, Milano, Giuffrè, 1965; A.R. LATAGLIATA, *Circostanze discrezionali e prescrizione del reato*, Napoli, Jovene, 1967; A. STILE, *Il giudizio*, cit.; G. MARINI, *Circostanze del reato (Diritto penale)*, in «Novissimo Digesto Italiano», Torino, Utet, 1980, app. A-COD, p. 1254; G. DE VERO, *Circostanze del reato e commisurazione della pena*, Milano, Giuffrè, 1983; R. GUERRINI, *Elementi costitutivi e circostanze del reato*, Milano, Giuffrè, 1988; A. MANNA, *Circostanze del reato*, in «Enciclopedia Giuridica», Roma, Treccani, 1993, vol. VI, p. 1; T. PADOVANI, «*Circostanze del reato*», in «Digesto delle discipline penali», Torino, Utet, 1988, vol. II, p. 187; G. MARCONI, *Il nuovo regime di imputazione delle circostanze aggravanti*, Milano, Giuffrè, 1992; G. ZUCALÀ, *Delle circostanze del reato*, in «Commentario breve al Codice Penale», a cura di A. Crespi, F. Stella e G. Zucalà, Padova, Cedam, 1992, p. 188; S. PREZIOSI, *La fattispecie qualificata*, Padova, Cedam, 2000; S. PUTINATI, *Responsabilità dolosa e colposa per le circostanze aggravanti*, Torino, Giappichelli, 2008; A. PECCIOLI, *Le circostanze privilegiate nel giudizio di bilanciamento*, Genova, Brigati, 2008; L. PELLEGRINI, *Circostanze del reato: trasformazioni in atto e prospettive di riforma*, Firenze, Firenze University Press, 2014. A questi scritti va ovviamente aggiunta un'ampissima messe di saggi, articoli, note a sentenza, e brevi osservazioni, che pure hanno contribuito all'approfondimento di svariati aspetti di rilevanza generale dell'istituto e per i quali rinvio alle indicazioni fornite in A. MELCHIONDA, *Le circostanze*, cit., pp. 32-34.

oggi vigente, così però anche alterando l'assetto originario del codice fino al punto, come è stato osservato, di porre l'intera categoria delle circostanze di fronte al rischio di una vera e propria disintegrazione sistematica¹³.

2. Non ostante questa grande attenzione per lo studio della materia, l'esito del dibattito penalistico italiano non pare essere stato coronato da risultati univoci e condivisi.

Secondo una soluzione ormai comune, a livello manualistico l'analisi della disciplina delle circostanze del reato viene sviluppata nell'ambito di un capitolo collocato in posizione separata ed autonoma, tanto rispetto alla trattazione della struttura costitutiva del reato, quanto rispetto alle più specifiche implicazioni in materia di commisurazione della pena¹⁴. In coerenza con questa prima prospettiva di inquadramento, parimenti diffusa e consolidata è altresì la tendenza a ravvisare nelle caratteristiche di fondo dell'istituto una sorta di ponte funzionale fra l'astrattezza dei presupposti sui quali vengono affrontate le questioni in ordine all'*an* della responsabilità penale e la contrapposta esigenza di concretizzazione e di individualizzazione del *quantum* di pena applicabile al soggetto ritenuto responsabile del fatto commesso. A questo riguardo è anzi divenuta una sorta di assioma, quasi incontestato ed incontestabile, la celeberrima segnalazione in ordine alla possibilità di cogliere, nella disciplina delle circostanze del reato, «il più esplicito tentativo del legislatore di rendere quanto più possibile aderente il diritto al fatto in una materia in cui, più che in ogni altra, è viva ed urgente la necessità di non dissociare la regolamentazione giuridica dalla realtà umana che ne è oggetto»¹⁵. Ed è soprattutto in quest'ottica, in effetti, che, come si è ulteriormente ribadito, «la distinzione tra elementi essenziali ed accessori assurge a vera costante del pensiero giuridico-penale»¹⁶.

A questa apparente omogeneità di inquadramento generale non corrisponde, tuttavia, un'analogia univoca di opinioni sul piano delle connesse fondamenta dogmatiche e funzionali.

I primi studi della materia (di certo condizionati da un approccio "tecnico-giuridico" all'epoca dominante e notoriamente poco aperto ad una lettura "critica" della legislazione positiva) hanno subito interpretato l'assetto complessivo della nuova disciplina, ed in particolare la prevista autonomia di regole valide per le sole circostanze, come una sorta di diretto precipitato logico di quanto altrimenti riconducibile alla categoria dei c.d. "*elementi accidentali del reato*"; di quegli elementi, cioè, che, come si suole dire, diversamente dai c.d. "*elementi essenziali del reato*", svolgono un ruolo puramente accessorio e secondario rispetto all'*an* della responsabilità penale, rilevando in via principale sul solo versante del *quantum* di pena irrogabile al reo¹⁷.

Sottoposta a più attenta verifica questa prima impostazione non ha, però, trovato conforto. Ad essa si è, infatti, obiettato che, sul piano delle regole che governano la formazione della norma giuridica, ogni elemento che si aggiunge a quelli già previsti da una determinata disposizione normativa (integrandone o modificandone il contenuto) genera «una nuova norma con propria fattispecie e proprie

¹³ G. DE VERO, *Le circostanze del reato al bivio tra reintegrazione e disintegrazione sistematica. I riflessi delle novelle del 1984*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1986, p. 49.

¹⁴ Per tutti: G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale*, p.g., Bologna, Zanichelli, 2019, 8ª ed., p. 435 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, Cedam, 2017, 10ª ed., p. 395 ss.; G. MARINUCCI - E. DOLCINI - G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, p.g., Milano, Giuffrè, 2022, 11ª ed., p. 655 ss.; F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2021, 8ª ed., p. 492 ss.

¹⁵ G. CONTENTO, *Introduzione*, cit., p. 2.

¹⁶ F. BRICOLA, *Le aggravanti indefinite. Legalità e discrezionalità in tema di circostanze del reato*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1964, p. 1051.

¹⁷ R. PANNAIN, *Gli elementi*, cit., pp. 19 e 161; A. SANTORO, *Le circostanze*, cit., p. 25.

conseguenze giuridiche», divenendo così anch'esso elemento del tutto essenziale alla dimensione costitutiva di quest'ultima¹⁸. Sulla scorta di queste premesse, ed esclusa quindi in radice ogni possibilità di ancorare la differenza fra circostanze ed altri elementi del reato a presupposti di ordine pregiudiziale asseritamente riferibili alla categoria dei c.d. *accidentalia delicti*, un primo indirizzo ha ritenuto di poter qualificare le circostanze quali elementi che, al pari degli stessi elementi essenziali, danno origine ad una autonoma fattispecie astratta di reato (quella del c.d. reato circostanziato) e, vista la diversa rilevanza (e disciplina) giuridica di queste particolari fattispecie rispetto a quelle viceversa classificabili quali veri e propri titoli autonomi di reato, le circostanze sono state così dogmaticamente classificate quali elementi modificativi (non del titolo, bensì solo) della c.d. "forma di manifestazione del reato"¹⁹. Diversa conclusione è stata invece raggiunta da un successivo orientamento interpretativo che, muovendo dalla considerazione del particolare criterio di calcolo della pena dettato dall'art. 63, comma 1, c.p. per il solo reato circostanziato (con valorizzazione della variazione circostanziale di pena solo quale passaggio successivo alla quantificazione della c.d. pena base) ha ritenuto di poter meglio classificare le circostanze quali "elementi autonomi della c.d. fattispecie concreta": quali elementi, cioè, che, pur rimanendo estranei alla struttura costitutiva della fattispecie astratta, concorrerebbero a dare vita ad una sorta di fattispecie intermedia, formalmente distinta anche da quella rappresentata dall'ancor più ampio insieme di elementi (concreti) che, a norma di quanto previsto dall'art. 133 c.p., sono rilevanti (secondo l'accennato regime dell'art. 63, comma 1, c.p.) ai fini della determinazione della c.d. pena base²⁰.

Questo contrasto di opinioni si è, invero, accentuato anche alla luce dei risultati raggiunti da successive indagini più direttamente concentrate sugli aspetti di tipo funzionale dell'istituto. In particolare: l'asserita equiparazione fra circostanze ed elementi costitutivi del reato sul piano della c.d. fattispecie astratta del reato ha trovato ulteriore riscontro nell'opinione di chi, alla luce di quanto previsto dall'art. 157 c.p. in materia di prescrizione (ovviamente nella formulazione precedente alle modifiche introdotte dalla legge n. 251/2005), ha ritenuto corretto considerare le circostanze quali elementi che, al pari degli stessi elementi costitutivi del reato, risultano funzionalmente raccordati alla stessa fase di determinazione edittale della sanzione. Si tratterebbe, cioè, di elementi che, lungi dall'operare nel quadro della commisurazione concreta della pena, sono direttamente rilevanti sul piano della c.d. commisurazione legale, in quanto disciplinati quali vere e proprie "cause di modificazione della cornice della pena"²¹. Diversa conclusione è stata invece raggiunta da chi, proprio traendo spunto dallo specifico dettato dell'art. 63, comma 1, c.p., ha ritenuto più corretto inquadrare la funzione delle circostanze in una prospettiva di mera individualizzazione concreta della pena: la previsione di tale specifica incidenza frazionaria sulla c.d. pena-base rappresenterebbe, così, la conferma di una esclusiva ed autonoma rilevanza commisurativa concreta delle circostanze, tale, quindi, da differenziarle, non solo dagli elementi rilevanti nella determinazione edittale della pena, bensì da quegli stessi elementi fattuali che potranno essere apprezzati, a norma di quanto previsto dall'art. 133 c.p., solo entro tali limiti edittali²².

Anche queste impostazioni non sono però andate esenti da critiche. Alla tesi delle circostanze

¹⁸ M. GALLO, *Sulla distinzione tra figura autonoma di reato e figura circostanziata*, in «Rivista italiana di diritto penale», 1949, p. 565.

¹⁹ G. MARINI, *Le circostanze*, cit., p. 58.

²⁰ G. CONTENTO, *Introduzione*, cit., p. 78.

²¹ A.M. STILE, *Il giudizio*, cit., p. 54.

²² G. DE VERO, *Circostanze*, cit., pp. 124-125.

quali “elementi autonomi della c.d. fattispecie concreta” (come tali caratterizzate, quindi, anche da una asserita valenza commisurativa concreta) si è principalmente obiettato di adattarsi solo ad una limitata tipologia di circostanze (a quelle, cioè, ricollegabili alla citata disciplina dell’art. 63, comma 1, c.p.) e di non riuscire, pertanto, a fornire una adeguata e completa giustificazione teorico-sistematica dell’intera disciplina dell’istituto²³. All’opposta classificazione delle circostanze quali elementi funzionalmente omogenei a quelli della stessa fattispecie astratta del reato, ma modificativi solo della sua forma di manifestazione, si è viceversa contestata l’assoluta diversità di effetti della disciplina delle circostanze rispetto a quella degli altri istituti così parimenti classificati: nel caso di questi ultimi, ed in particolare nel caso della disciplina sul tentativo e sul concorso di persone nel reato, si registra, infatti, un ampliamento del campo di applicabilità di una determinata figura di reato a situazioni che, altrimenti, resterebbero al di fuori del suo ambito di rilevanza; profondamente distinto è invece l’effetto modificativo che si determina nel caso del c.d. reato circostanziato, posto che quest’ultimo comporta una selezione di fatti già punibili in base ad una separata fattispecie di reato. Anche le circostanze intervengono, cioè, sulla sfera di applicabilità della singola norma incriminatrice, ma con un effetto esattamente opposto a quello degli altri istituti normalmente inquadrati fra le forme di manifestazione del reato: non ampliano, bensì restringono la cerchia dei fatti già riconducibili ad una autonoma figura di reato e, quindi, non assumono alcun rilievo diretto sul c.d. versante costitutivo della punibilità²⁴.

Nell’insieme è comunque evidente l’assoluta inconciliabilità di tutte queste soluzioni interpretative. Se valutate alla luce di quel parametro di auspicabile tassatività, che un illustre maestro ha opportunamente suggerito di utilizzare anche al fine di una necessaria verifica delle più tradizionali categorie dogmatiche della teoria generale del reato²⁵, le odierne basi di inquadramento della tematica circostanziale appaiono ancora ben lontane dal fornire risposte omogenee e lineari.

3. A fronte di questa perdurante incapacità di una giustificazione autonoma ed unitaria della pretesa peculiarità d’insieme delle circostanze, in tempi più recenti si è ritenuto preferibile prescindere da una logica di necessaria ed assoluta contrapposizione fra circostanze ed altri elementi della fattispecie del reato. Traendo spunto anche da una rinnovata disamina storico-comparatistica dell’attuale disciplina dell’istituto, si è così evidenziata la possibilità di considerare le circostanze quali veri e propri elementi costitutivi di fattispecie astratte di reato, a loro volta caratterizzate tuttavia dal fatto di assumere un rilievo sistematico di tipo “meramente dipendente” rispetto a quello della fattispecie base di riferimento: si tratterebbe, cioè, di fattispecie prive di autonoma rilevanza applicativa, in quanto subordinate alla parallela integrazione di una separata fattispecie incriminatrice “indipendente”, e come tali formalmente differenziate da quelle ulteriori ipotesi modificative, che il legislatore ha ritenuto preferibile rendere “indipendenti” ed assoggettare al medesimo regime di queste ultime (di qui la configurazione di quelle particolari ipotesi di reato speciale che, come nel caso del delitto di “rapina” rispetto a quello di “furto” ed in contrapposizione con le connesse ipotesi di “furto circostanziato”, sono svincolate dal regime applicativo tipico delle sole circostanze)²⁶.

²³ A.M. STILE, *Il giudizio*, cit., pp. 54-58; T. PADOVANI, *Circostanze*, cit., 192; A. MELCHIONDA, *Le circostanze*, cit., pp. 533-542.

²⁴ A. MELCHIONDA, *Le circostanze*, cit., p. 557. Per conclusioni analoghe v. ora anche L. RISICATO, *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato*, Milano, Giuffrè, 2001, pp. 104-114.

²⁵ F. BRICOLA, *Rapporti fra dogmatica e politica criminale*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1988, p. 16.

²⁶ A. MELCHIONDA, *Le circostanze*, cit., pp. 717-719. In senso concorde su questa impostazione v. ora anche A. SPENA, *Accidentalia delicti? Le circostanze della struttura del reato*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2009, p. 648.

Per meglio comprendere il fondamento di questa diversa impostazione, e con riserva di meglio ritornare sui riflessi potenzialmente apprezzabili (anche in ottica *de jure condendo*) da quest'opera di rivalutazione sistematica e funzionale dell'attuale regime delle circostanze, occorre tuttavia tenere conto anche di un ulteriore aspetto problematico della disciplina vigente.

Come visto, la stessa determinazione del concetto di "circostanza" presenta aspetti tutt'altro che agevoli o scontati. Ancorché contestato nel suo fondamento, un approccio ancora oggi ricorrente tende a muovere da un dato di apparente certezza, spesso ritenuto apprezzabile in ragione della stessa radice etimologica del termine "circostanza" (per l'appunto rappresentativa di un qualcosa che *circum stat* ad un *quid* di per sé già completo), e che, in questa prospettiva, confermerebbe l'idea di fondo di considerare le circostanze quali elementi meramente accidentali del reato, in quanto non necessari alla sua integrazione e rilevanti solo perché suscettibili di comportare effetti modificativi (in senso aggravante od in senso attenuante) sulla pena²⁷.

In linea con questo approccio definitorio, la stessa origine del concetto di circostanza è stata spesso posta in correlazione all'opera di Cicerone, il quale, riprendendo uno spunto argomentativo già presente nel pensiero di Aristotele, avrebbe per la prima volta elaborato una sorta di sistematizzazione unitaria delle circostanze, intese quali singole peculiarità concrete dell'atto umano. Ciò si sarebbe poi tradotto nell'elaborazione di una formula di carattere generale, che, nei termini nei quali è stata successivamente attribuita all'oratore romano da parte di San Tommaso, risulterebbe sostanzialmente la seguente: «*Quis, quid, ubi, quibus auxiliis, seu instrumentis, cur, quomodo, quando, circa quod*»²⁸.

Al di là della reale pertinenza ed utilità di queste labili radici etimologiche, nell'ambito della legislazione vigente il concetto di circostanze del reato non viene esplicitato con definizione univoca: talvolta si parla di «circostanze che attenuano (o che aggravano) la pena» (art. 59 c.p.); mentre in altri casi si usa l'espressione «circostanze che attenuano (o che aggravano) il reato» (artt. 61 e 62 c.p.). Nel contempo, il concetto trova riscontro nella valorizzazione legislativa di singoli aspetti molto differenziati fra loro: a seconda dei casi si tratta, infatti, di elementi riferiti sia al profilo oggettivo, che a quello soggettivo del reato, oppure ancora riferiti all'autore od alla vittima del reato, od ancora potenzialmente apprezzabili anche nella connessione del singolo fatto di reato con altre figure criminose.

Non di rado, poi, siffatte incertezze definitorie risultano ulteriormente accresciute da una ancor più vasta gamma di nozioni - spesso ereditate da un vocabolario penalistico del quale non sempre chiara è l'origine od il fondamento - che, per quanto anch'esse apparentemente destinate a delineare aspetti analogamente riconducibili al più lato fenomeno della modificazione della pena, in assenza di una espressa presa di posizione normativa non si è sempre in grado di poter apprezzare in modo tecnicamente compiuto. Così, ad esempio, per concetti quali "cause e/o circostanze diminuenti", "cause e/o circostanze qualificanti", "condizioni obiettive di maggior punibilità", etc.: formule tutte che, pur se non sempre espressamente riconosciute in sede legislativa, spesso riemergono anche a livello giurisprudenziale, talvolta con valenza del tutto equipollente alle altre nozioni utilizzate, talvolta invece per contrapporle a queste, e giustificare così l'adozione di soluzioni applicative del tutto antitetiche a quelle apparentemente imposte da una mera considerazione del dato positivo²⁹.

²⁷ V. ancora G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 435.

²⁸ G. BETTIOL, *Diritto penale*, Padova, Cedam, 1982, 12ª ed., p. 519.

²⁹ Per un noto precedente v. A.M. STILE, *La minore età nel gioco delle circostanze del reato ex art. 69 c.p.*, in «Giurisprudenza di merito», 1975, II, p. 290. La sostanziale identità di significati assunta dalla nozione di circostanza "attenuante" e/o

Di sicuro, il rilievo di queste incertezze è spesso solo marginale e secondario. Nel loro complesso, però, anche tali problemi hanno contribuito a determinare - e, per certi versi, ad accentuare - quello stato di profonda difficoltà, che da tempo impedisce di pervenire ad una convincente identificazione e delimitazione dell'ambito di esclusiva applicazione delle specifiche regole dettate per le circostanze del reato.

A ben vedere è proprio questo l'aspetto più problematico dell'attuale disciplina dell'istituto, in quanto mina alla base la stessa possibilità di una autonoma e razionale legittimazione normativa della categoria. Ed è problema "antico". Già nei primi scritti immediatamente successivi all'avvento del codice penale del 1930 la dottrina colse subito la necessità di una precisa determinazione dei criteri di identificazione delle circostanze³⁰. L'esito di tutte le soluzioni fino ad oggi prospettate è, tuttavia, decisamente negativo.

Come accennato, nessuna indicazione utile è ricavabile dal contenuto delle varie circostanze previste: la stessa formula introduttiva degli artt. 61 e 62 c.p. è del resto chiara nel precisare che, a seconda dei casi, un identico elemento può assumere rilievo sia quale elemento costitutivo, sia, in alternativa, quale circostanza aggravante o attenuante.

Preso, quindi, atto dell'impossibilità di una identificazione di tipo contenutistico, si è focalizzata l'attenzione sulla complessiva disciplina dell'istituto (ed in particolare di quanto previsto dagli artt. da 63 a 69 c.p.). Si è così posto in rilievo come il principale (se non unico) profilo identificativo dell'istituto possa essere colto solo nella esplicita previsione di effetti modificativi direttamente incidenti sulla sanzione principale stabilita dalla legge per una determinata figura di reato³¹. Da questo punto di vista, in effetti, l'eventualità che il legislatore fissi in termini generici l'effetto modificativo previsto (facendo, quindi, uso della formula «la pena è aumentata», ovvero «la pena è diminuita») rappresenta indice dotato di notevole precisione a favore della natura circostanziale dell'elemento considerato. Trattasi, infatti, di formula insuscettibile di essere adeguatamente interpretata se non in forza del necessario raccordo con le specifiche regole fissate per le sole circostanze del reato dagli artt. 64 e 65 c.p.³²

In molti casi, tuttavia, la previsione di una pena più grave, o più lieve di quella che sarebbe altrimenti applicabile non consente ancora di attribuire sicura natura circostanziale ad un determinato elemento. Ed anche l'eventuale mutamento della stessa specie di pena prevista per il reato base non può essere apprezzato quale indice univoco per escludere la natura circostanziale dell'elemento considerato. Da parte di alcuni autori si è allora ritenuto di poter attribuire valore dirimente ad alcuni ulteriori criteri di portata generale: in particolare (limitando qui la considerazione alle sole opinioni che più hanno trovato riscontro anche in giurisprudenza), taluno ha così fatto riferimento alla possibilità di considerare le circostanze quali elementi inidonei ad incidere sulla sfera del bene giuridico tutelato³³; da parte di altri si è invece postulata la diversa possibilità di identificare le circostanze quali elementi caratterizzati

“diminuente” è in realtà confermata anche dalla rubrica dell'art. 311 c.p., ove viene così definita una ipotesi di attenuazione della pena caratterizzata dalla tipica incidenza modificativa delle circostanze “in senso stretto”. Com'è noto, la nozione di “circostanze diminuenti” ha peraltro trovato una rinnovata importanza soprattutto a seguito delle specifiche diminuzioni di pena introdotte dal nuovo codice di procedura penale: F. BRICOLA, *Riforma del processo penale e profili di diritto penale sostanziale*, in *Studi in memoria di Pietro Nuvolone*, vol. III, Milano, Giuffrè, 1991, p. 78.

³⁰ R. PANNAIN, *Gli elementi*, cit., pp. 169-187.

³¹ G. MARINI, *Le circostanze*, cit., pp. 18-29; T. PADOVANI, *Circostanze*, cit., pp. 188-190; A. MELCHIONDA, *Le circostanze*, cit., pp. 715-719.

³² T. PADOVANI, *Circostanze*, cit., p. 196; R. GUERRINI, *Elementi*, cit. pp. 35-36.

³³ G. LEONE, *Reato abituale, continuato e permanente*, Napoli, Jovene, 1937, p. 238.

da un rapporto di necessaria specialità con la sfera costitutiva del reato³⁴. Entrambe queste soluzioni non trovano tuttavia univoco riscontro sul piano positivo: nel primo caso, in quanto è la stessa disciplina dell'art. 84 c.p. che, al di là di più complesse questioni sulla stessa individuazione dei criteri atti a delimitare la sfera del bene giuridico, conferma l'astratta possibilità di qualificare come circostanza anche quanto già separatamente rilevante quale autonoma figura di reato (con conseguente autonoma rilevanza anche sul piano del raccordo ad un ben determinato - e diverso - oggetto di tutela)³⁵. Rispetto al secondo criterio proposto, invece, la mancata coerenza con il dato positivo si evince dal fatto stesso che analogo rapporto di necessaria specialità è pacificamente riscontrabile anche nella relazione fra gli elementi costitutivi di due autonome fattispecie di reato (ad esempio: furto e rapina), il che condiziona già a priori la possibilità di individuare una linea di confine idonea ad essere assunta quale requisito effettivamente "tipico" delle sole circostanze³⁶.

Alla luce di queste premesse risulta, allora, evidente l'assenza di un univoco criterio distintivo e, come si disse già molto tempo fa, la conseguente necessità, caso per caso, di «trovare nella legge i segni, le espressioni della volontà legislativa, i sintomi da cui possa desumersi se si tratta di figura o di circostanza»³⁷.

Se rapportato con la netta specificità ed autonomia di disciplina che la dottrina italiana riconosce alla categoria circostanze del reato, questo esito interpretativo è uno dei dati più sconcertanti del dibattito penalistico su questo istituto. Ciò, soprattutto, se si tiene conto di come il ciclico rifiorire di problematiche già da tempo discusse ed affrontate, lungi dall'evidenziare un reale fondamento giuridico, si sia spesso dimostrato funzionale alla sola prospettazione di conclusioni interpretative diverse e contrarie a quelle che una più coerente e distaccata valutazione del dettato normativo avrebbe forse consentito di - se non talvolta addirittura obbligato a - ritenere. Anche tali aspetti tendono, cioè, a presentarsi quali cause indirette di quella più generale situazione di caoticità ed incertezza che, oltre a rivelarsi indice di un vizio intrinseco alla stessa dimensione generale della categoria, contribuisce in misura determinante all'ormai costante ed immediato rinverdire di polemiche e divergenze d'opinione, non appena nuovi interventi legislativi vengano anche solo a sfiorare alcuni specifici aspetti della relativa disciplina normativa.

La problematicità della categoria non si manifesta d'altronde all'interno dei soli margini di operatività di un circoscritto riflesso aggravante o attenuante. A causa delle tante correlazioni infrasistematiche che la materia presenta con altri fondamentali istituti del diritto penale, molte fra le questioni innanzi richiamate vengono in realtà ad assumere spesso una rilevanza determinante sul piano della stessa punibilità, in senso lato, di un certo soggetto. Stabilire se un particolare elemento abbia, o meno, natura circostanziale è infatti questione che, in molti casi, si ripercuote anche sull'*an* della responsabilità penale, posto che diverse sono le regole che governano i relativi parametri di imputazione soggettiva; ed anche se le recenti innovazioni hanno in parte ridotto l'ampiezza di effetti in precedenza

³⁴ A. SANTORO, *Le circostanze*, cit., pp. 211-212; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., pp. 400-402.

³⁵ M. GALLO, *Sulla distinzione*, cit., pp. 563-564; T. PADOVANI, *Circostanze*, cit., pp. 194-195; A. MELCHIONDA, *Le circostanze*, cit., pp. 568-569.

³⁶ T. PADOVANI, *Circostanze*, cit., pp. 194-195.

³⁷ M. GALLO, *Sulla distinzione*, cit., p. 566; R. GUERRINI, *Elementi*, cit. pp. 79-80. Sull'esito "fallimentare" di ogni tentativo di soluzione univoca del problema v. di recente G. AMARELLI, *Circostanze ed elementi essenziali del reato: il difficile distinguo si ripropone per il furto in abitazione*, in «Cassazione penale», 2007, pp. 2815-2843.

apprezzabili³⁸, di certo ci sono ancora molti casi nei quali l'incertezza sulla esatta qualificazione di un determinato elemento conserva riflessi di centrale rilevanza³⁹.

Ciò non ostante, in uno fra i più recenti manuali di diritto penale italiano si legge, ancora oggi, quanto segue: «Ponendosi da un punto di vista prelegislativo, la differenza di *ratio* che passa tra la configurazione di una circostanza, aggravante o attenuante, e la previsione di una autonoma ipotesi di reato, è quanto mai chiara. Col delineare una nuova fattispecie incriminatrice, il legislatore provvede a colmare una reale o supposta lacuna della protezione penalistica, apprestando in forma adeguata la tutela di un determinato bene giuridico contro una *specifica* forma di aggressione; mediante la previsione di una circostanza aggravante o attenuante il legislatore mira, più semplicemente, ad adeguare la pena applicabile al maggiore o minore disvalore del fatto tipico, che si ritiene consegua a una particolare modalità esecutiva del fatto o, più in generale, alla presenza di determinate “circostanze” del suo realizzarsi»⁴⁰.

Come già osservato, il portato di queste precisazioni pare, tuttavia, andare ben al di là di quanto diversamente rilevabile da una diretta analisi dell'ordinamento vigente. A tale riguardo basta, infatti, considerare anche il semplice disposto dell'art. 84 c.p., per notare subito come la categoria delle circostanze risulti formalmente in grado di coinvolgere anche «fatti che costituirebbero, per se stessi, reato»⁴¹. Da un primo punto di vista è quindi evidente come la rilevanza funzionale dell'istituto mal si presti ad essere circoscritta sul solo versante dell'adeguamento sanzionatorio di un certo fatto tipico alle sue possibili variazioni modali, sviluppandosi al contrario anche oltre tale più ristretta sfera di azione ed interagendo direttamente con il fenomeno della convergenza di norme e del concorso di reati. Sotto altro profilo ciò consente, inoltre, di ben apprezzare come il processo di creazione legislativa di una nuova figura di reato non rifletta necessariamente una esigenza di superamento di una “reale o supposta lacuna” nella tutela normativa di un certo interesse giuridico, ben potendo essere giustificata anche da una mera scelta di diversificazione dei riflessi sanzionatori complessivamente collegati alla applicazione di altre disposizioni incriminatrici⁴². In vari casi, d'altronde, la stessa previsione di una autonoma figura di reato pare rispondere ad una logica del tutto analoga a quella innanzi più genericamente indicata quale asserito presupposto pregiudiziale dell'intero fenomeno circostanziale⁴³. Anche in quest'ottica appare pertanto difficile attribuire alla contrapposizione fra elementi costitutivi e circostanze del reato quella univoca differenza di funzioni e di ruoli, che le affermazioni innanzi citate sembrerebbero al contrario presentare

³⁸ La riforma del 2005 in materia di prescrizione ha, ad esempio, ridotto l'originaria importanza della precedente questione: F. CORDERO, *Circostanze “generiche” e termine di prescrizione*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1958, p. 824; A.R. LATAGLIATA, *Circostanze*, cit.

³⁹ Massima l'importanza dei riflessi in tema di procedibilità: rispetto alla passata controversia circa l'incidenza della recidiva sul regime di procedibilità del delitto di truffa, mi permetto rinviare a quanto osservai in *Recidiva e regime di procedibilità*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1987, p. 63, ed all'intervento delle Sezioni Unite: Cass. 31 gennaio 1987, in «Il Foro Italiano», 1987, II, c. 633, con mia nota di commento *Nuovi e vecchi problemi sulla natura circostanziale della recidiva*.

⁴⁰ C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale*, P.G., Torino, Utet, 2020, 6ª ed., p. 420; in termini analoghi G. CONTENUTO, *Corso di diritto penale*, Bari, Laterza, 1989, p. 47.

⁴¹ G. VASSALLI, *Reato complesso*, in «Enciclopedia del Diritto», Milano, Giuffrè, 1987, vol. XXXVIII, p. 819.

⁴² Il ruolo della disciplina delle circostanze nel quadro del fenomeno del concorso di norme e di reato è stato oggetto di studi anche importanti (R.A. FROSALI, *Concorso di norme e concorso di reati*, Milano, Giuffrè, 1971, 2ª ed., p. 352-353; A. MORO, *Unità e pluralità di reati*, Padova, Cedam, 1951, p. 63), ma, come ho osservato in altra sede (A. MELCHIONDA, *Le circostanze*, cit., pp. 520-529) anche l'esito di queste indagini ha scontato il peso di molteplici condizionamenti concettualistici e non pare essersi affrancato dall'idea di una necessaria contrapposizione dogmatico-funzionale delle circostanze rispetto ad altri elementi della fattispecie.

⁴³ Si pensi, ad esempio, al significato di molte fattispecie che, come, ad esempio, nel caso dell'omicidio del consenziente, risultano caratterizzate da un mero rapporto di specialità rispetto ad una più generale figura di reato, e di fatto appaiono certamente improntate più ad una esigenza di adeguamento del rapporto fra disvalore del fatto e pena astrattamente irrogabile, che a quella di colmare una ipotetica lacuna legislativa nella tutela del corrispondente bene giuridico.

quale indice di una distinzione immanente alla stessa dimensione ontologica del diritto penale.

4. Come accennato, alla luce di questa perdurante situazione di incertezza, in tempi più recenti è parso metodologicamente corretto optare per un tentativo di radicale rivisitazione delle varie problematiche sottese al tema delle circostanze. Più precisamente, a fronte della riconosciuta insufficienza di ogni pregresso sforzo di razionalizzazione dogmatica e funzionale del sistema vigente, è parso utile muovere da un sostanziale azzeramento del dibattito e da una rimodulazione della linea investigativa in un'ottica di taglio storico-comparatistico⁴⁴.

Il valore metodologico di questa soluzione non necessita di essere particolarmente sottolineato. È noto, infatti, come «la ricerca storica eviti di considerare le multiformi prospettazioni di una categoria dogmatica come “fenomeni” di strutture calate in un eterno, immutabile presente, in un’asettica atemporalità che le svuota del reale significato da esse assunto nella concretezza della loro applicazione storica. Il recupero di tale significato apre, invece, la via per mettere in luce l’autentica portata, non solo sul piano strettamente giuridico, ma altresì su quello *lato sensu* ideologico-politico, di una categoria dogmatica; e, in definitiva, per assicurarne una comprensione non formalistica ed astratta»⁴⁵. Sotto altro profilo è inoltre riconosciuta la stretta complementarietà che questo primo taglio d’indagine assume nel rapporto con le ulteriori implicazioni di stampo comparatistico: «l’origine storica delle nostre classificazioni, il carattere relativo dei nostri concetti, il condizionamento politico o sociale delle nostre istituzioni ci sono rivelati chiaramente solo se, per studiarli, ci mettiamo al di fuori del nostro proprio sistema giuridico»⁴⁶. Se ci si limita allo studio di un solo ordinamento, alcune classificazioni possono infatti apparire come imprescindibili. Il diritto comparato ci mostra invece come queste non siano dotate di valore assoluto e ci consente di meglio affrontare «il problema, al di là della loro origine, della loro ragion d’essere e della loro portata reale nello stesso sistema del nostro diritto nazionale attuale. Altrettanto può dirsi dei concetti utilizzati nel nostro diritto: anche qui il diritto comparato contribuisce a distruggere un certo atteggiamento mentale che tende ad attribuire ai medesimi un carattere di imprescindibilità e che in certe epoche o in certi paesi ha condotto a sacrificare alla coerenza logica dei concetti gli interessi che il diritto è destinato in ultima analisi a servire»⁴⁷.

Da qui pertanto l’opzione per un tentativo di “rompere” le barriere di natura concettualistica e pregiudiziale, che hanno segnato il tradizionale studio italiano della materia delle circostanze, e cercare di calarne la relativa analisi in un più ampio contesto di valore storico e comparato, che consentisse di meglio apprezzare i termini attraverso i quali si è giunti alla concretizzazione di questioni che, viste oggi quali aspetti caratteristici di un unico coacervo di complessità globale ed unitaria, potrebbero invece aver rappresentato solo il frutto di un dibattito nel quale si sono progressivamente sedimentati i riflessi di un’evoluzione legislativa non sempre attentamente valutata e spesso forse sviluppatasi sotto il peso di condizionamenti e di forzature interpretative dettate da contingenti ragioni di tipo tecnico-normativo, o da superate esigenze politico-criminali.

⁴⁴ A. MELCHIONDA, *Le circostanze*, cit., pp. 42-49.

⁴⁵ T. PADOVANI, *Appunti sull’evoluzione del concetto di colpevolezza*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1973, p. 555, in sintonia con T. WÜRTENBERGER, *La situazione spirituale nella scienza penalistica in Germania*, trad. it. a cura di M. Losano e F.G. Répaci, Milano, Giuffrè, 1965, p. 50: «Una considerazione storica non è in alcun luogo così necessaria per l’esistenza del diritto quanto proprio nell’ambito del diritto penale. Senza storia del diritto penale non può esistere alcuna scienza penalistica che abbia pieno valore».

⁴⁶ R. DAVID, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, Padova, Cedam, 1973, 2ª ed., p. 5.

⁴⁷ *Ibidem*.

Il favore per questa soluzione metodologica, di recente maturato anche in altri paesi⁴⁸, era del resto motivato proprio dalla stessa carenza, ma anche dalla labile attendibilità di precedenti studi di taglio storico-comparatistico. Da un certo punto di vista appare anzi significativo ed emblematico che, anche nei pochi casi nei quali ci si era (pur sinteticamente e marginalmente) fatti carico di dare conto del diverso regime previsto in altri paesi, l'esame delle relative soluzioni normative avesse spesso trovato spazio più per rimarcare⁴⁹ - in altri momenti storici, addirittura per esaltare⁵⁰ - l'assoluta peculiarità della disciplina nazionale, che per procedere ad una verifica della coerenza e/o della effettiva plausibilità teorica e funzionale del modello adottato con la legislazione del 1930.

Fino a quel momento, in ogni caso, i principali studi in argomento avevano focalizzato l'attenzione soprattutto sulla possibilità di distinguere i diversi modelli di disciplina delle circostanze tenendo conto delle sole caratteristiche tecniche della loro concreta previsione legislativa. Si sono così tradizionalmente contrapposti ordinamenti fondati su di una predeterminazione casistica delle singole circostanze, a quelli privi di esplicite disposizioni circostanziali ed a quelli viceversa caratterizzati dalla previsione di ipotesi di aggravamento e/o di attenuazione prive di un tassativo paradigma normativo⁵¹. Particolare importanza è stata inoltre attribuita alla presenza, o meno, di circostanze aventi rilevanza generale, distinguendo altresì fra ordinamenti caratterizzati dalla indicazione di poche ed isolate ipotesi, ovvero dalla previsione di veri e propri elenchi di plurime circostanze comuni⁵².

Al di là di una generica valutazione delle diverse soluzioni di volta in volta adottate, l'utilità comparatistica di tali canoni classificatori è tuttavia relativa: la possibilità di un contemporaneo ricorso a più soluzioni, mediante integrazioni reciproche analoghe a quelle effettuate dallo stesso legislatore italiano, rende infatti quasi impossibile tentare di forzare le prerogative dei molteplici sistemi vigenti all'interno di schemi rigidi e predeterminati.

Nello stesso tempo, però, l'importanza di una rinnovata analisi in questa direzione pareva parimenti confermata dalla stessa necessità di meglio comprendere le ragioni della notevole difficoltà riscontrate in questo approfondimento. Già verso la fine del secolo scorso, ad esempio, uno fra i più autorevoli studiosi spagnoli ebbe occasione di sottolineare come la presenza di diversi modelli di disciplina rendesse quanto mai complessa e problematica la «terminacion de las Concordancias»⁵³. Ed indicazioni di analogo tenore furono segnalate anche nel corso di un importante - e per certi versi unico - convegno internazionale sulla tematica delle circostanze aggravanti, nel corso del quale molti relatori denunciarono espressamente la notevole difficoltà incontrata nell'affrontare l'argomento in termini analoghi a quelli seguiti da esponenti di altre nazionalità, tant'è che nella stessa mozione conclusiva si fece riferimento esplicito all'assoluta esigenza ed opportunità di nuovi approfondimenti

⁴⁸ M. ALONSO ALAMO, *El sistema de las circunstancias del delito*, Valladolid, 1981, tesi dottorale, p. 7; J.L. GONZÁLEZ CUSSAC, *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*, Valencia, Tirant lo Blanc, 1988, pp. 35-50; M.N. PEDROSA MACHADO, *Circunstâncias das infracções e sistema do direito penal português*, Lisboa, 1989, p. 31; C. SALINERO ALONSO, *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y el artículo 66 del Código Penal*, Granada, Comares, 2000.

⁴⁹ A.M. STILE, *Probleme und Besonderheiten der Strafzumessung in Italien*, in «Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft», 1982, (94), p. 173.

⁵⁰ Sintomatiche le parole di R. PANNAIN, *Gli elementi*, cit., quando - era l'anno 1936 - nella premessa, osservava: «Ho tenuto conto della dottrina straniera, ma senza feticismo, anzi con un po' di prevenzione, perché soprattutto stimo e valorizzo il genio italiano».

⁵¹ Schema identico si seguiva anche in passato: B. ALIMENA, *I limiti e i modificatori dell'imputabilità*, Torino, Utet, 1899, vol. III, p. 447.

⁵² J.L. GONZÁLEZ CUSSAC, *Teoría*, cit., p. 35.

⁵³ J.F. PACHECO, *El Código Penal concordado y comentado*, Madrid, 1881, 5ª ed., vol. I, p. 186.

comparatistici⁵⁴.

Anche sul piano storico, del resto, ancorché i riferimenti bibliografici risultino sicuramente più numerosi, si avvertiva una notevole carenza di informazioni utili a meglio cogliere l'effettivo fondamento della specifica normativa prevista dal codice italiano del 1930. Pure su questo versante, infatti, al di là di approfondimenti sui diversi fattori oggettivi e soggettivi più rilevanti nella graduazione della gravità del reato e della pena, ovvero sulla differenziazione delle soluzioni di tecnica normativa complessivamente adottate e/o adottabili per la valorizzazione di tali medesimi fattori, sullo sfondo era ed è dato cogliere il peso di apriorismi di tipo concettualistico, che, oltre a rinforzare l'idea di una sorta di valenza pregiuridica della categoria delle circostanze, portavano parimenti a considerare - ma così anche a legittimare - la disciplina positiva vigente come il mero precipitato logico di quanto altrimenti riconducibile alla "ontologica" diversità delle circostanze, così intese, quali "*elementi accidentali del reato*", rispetto al più specifico (ma, come visto, in concreto non distinguibile) ambito degli "*elementi essenziali del reato*".

Ecco, allora, che, nella prospettiva di questa rinnovata disamina storico-comparatistica, prima ancora che sulla peculiarità della tecnica casistica all'epoca sottolineata dallo stesso Ministro Alfredo Rocco, è stata avvertita la necessità e l'utilità di un approfondimento indirizzato soprattutto a verificare il reale fondamento dei due pilastri di disciplina generale sui quali poggia l'attuale ambito di autonomia sistematica e di necessaria differenziazione delle circostanze dagli altri elementi del reato; e cioè: da un lato, le regole di imputazione soggettiva (artt. 59 e 60 c.p.) e di comunicabilità delle circostanze tra concorrenti (art. 118 c.p.); dall'altro, le specifiche disposizioni dettate dagli artt. 63/69 c.p. per il computo della pena e delle modificazioni aggravanti ed attenuanti nel caso di "reato circostanziato".

5. L'importanza teorico-sistematica delle apposite regole dettate per l'imputazione soggettiva delle circostanze è notoria, anche perché, come detto, rappresenta il primo caposaldo di quella più generale rilevanza della categoria che, a torto od a ragione, nell'ambito dell'ordinamento italiano vigente ha portato a tracciare una netta linea di demarcazione rispetto alla parallela, ma diversa disciplina prevista per i c.d. elementi costitutivi del reato.

L'indagine storica e comparata sulla genesi di questa disciplina ha confermato la possibilità di cogliere aspetti di fondamentale importanza per una sua più corretta comprensione.

Già dal confronto con la pregressa esperienza italiana maturata durante la vigenza del Codice penale del 1889 emerge con assoluta chiarezza che, lungi da qualunque possibilità di essere interpretata come una sorta di riflesso necessario della diversa valenza pregiuridica di determinati elementi della fattispecie, l'iniziale adozione di un regime di imputazione oggettiva fu solo la conseguenza diretta del dibattito scaturito dai complessi problemi pratici, che furono riscontrati, da parte di un settore della giurisprudenza dell'epoca, nell'accertamento del dolo dell'agente con particolare riferimento alle circostanze aggravanti del reato di ricettazione previsto dall'art. 421 del codice penale del 1889⁵⁵.

La questione fu fortemente condizionata dallo specifico dettato di questa disposizione: la misura della pena prevista per il reato di ricettazione era, infatti, stabilita mediante un rapporto di tipo

⁵⁴ Ci riferiamo al IX Congresso dell'*Association Internationale de Droit Pénal*, che si tenne a L'Aja dal 23 al 30 agosto 1964 ed al precedente colloquio preparatorio tenutosi a Varsavia nel settembre 1963: gli atti sono pubblicati in «Revue Internationale de Droit Pénal», 1965, pp. 277-827.

⁵⁵ A. MELCHIONDA, *Le circostanze*, cit., pp. 435-445.

matematico con la pena astrattamente prevista per il reato da cui provenivano i beni ricettati: se questi ultimi fossero risultati provenire da delitto punito con una pena detentiva superiore ai cinque anni, la pena del ricettatore avrebbe perciò dovuto essere sostituita con altra più grave, pur senza eccedere la metà della pena stabilita per tale particolare illecito. Complessi problemi di accertamento del dolo dell'agente vennero, perciò, a determinarsi in tutti i casi nei quali il delitto, dal quale provenivano le cose ricettate, risultava a sua volta caratterizzato dalla sussistenza di particolari circostanze aggravanti: il potere/dovere di tener conto degli effetti di queste ultime anche con riguardo alla pena astrattamente irrogabile al ricettatore era infatti subordinato alla necessità, chiaramente irta di notevoli difficoltà pratiche, di fornire piena prova della "scienza" del reo anche in ordine alla pregressa integrazione di tali più specifici elementi circostanziali⁵⁶.

Un indirizzo di marca soprattutto giurisprudenziale cominciò così a distinguere fra regole valide per gli elementi costitutivi del fatto e regole diversamente applicabili alle sole circostanze del reato e, in pieno contrasto con la più comune interpretazione dell'art. 45 del codice penale Zanardelli, si giunse ad escludere che, anche con riguardo alle singole circostanze aggravanti riscontrate (e principalmente di quelle connesse al reato commesso da chi aveva fornito le cose ricettate) fosse sempre necessario fornire piena prova di una loro diretta conoscenza da parte del reo⁵⁷.

Per quanto apparentemente circoscritta ed isolata, la questione acquisì subito notevole importanza, rappresentando anzi uno dei principali esempi di quelle specifiche applicazioni pratiche, che, anche in difetto di una norma apposita, indussero dottrina e giurisprudenza a legittimare alcune prime «deviazioni dal dogma dell'assoluta volontarietà» nell'attribuzione delle circostanze aggravanti⁵⁸. Nella sostanza risulta, però, inequivocabile come tale soluzione, giustificata dalle sole esigenze della prassi applicativa del tempo, risultasse in netto contrasto sia con l'opinione più tradizionale, con le effettive intenzioni del legislatore del 1889. Segnalava, in proposito, Crivellari: «dall'avere detto il legislatore che l'agente o l'omittente non può essere punito se non quando abbia voluto il fatto che costituisce il delitto, non deve poi desumersi che alla punibilità sia necessario che la volontà venga soltanto diretta all'elemento o agli elementi costitutivi del delitto, in guisa che delle circostanze che lo aggravano dovesse rispondere incondizionatamente, le abbia o non le abbia volute. Sarebbe un errore», aggiungeva. Un errore, in particolare, perché «per quanto una circostanza si presenti come aggravante, anziché costitutiva di un delitto, una volta che il fatto da cui è costituita questa circostanza è specialmente previsto dal legislatore, non solo aumenta la quantità del delitto, ma si immedesima col delitto, per modo che se manca questo, non può sussistere giuridicamente neppure esso»⁵⁹.

Ancorché presentata quale regola di asserita coerenza con la natura meramente "accidentale" delle circostanze, solo da questa problematica contingenti ha tratto origine la drastica decisione di fissare in modo esplicito e definitivo la pur contestata regola sulla valenza meramente oggettiva delle circostanze del reato, espressamente presentata quale «soluzione ispirata a concetti realistici, che ha, se non altro, il merito di sgombrare il campo da una serie di indagini, sempre difficili, spesso impossibili, dirette ad

⁵⁶ G. CRIVELLARI, *Il Codice per il Regno d'Italia*, Torino, Utet, 1898, vol. VIII, sub art. 421, pp. 272-294. V. altresì F. CARRARA, *Ricettazione dolosa di cose furtive*, 1860, poi in *Opuscoli di diritto criminale*, Firenze, Cammelli, 1898, 5ª ed., vol. III, p. 423.

⁵⁷ In sede pratica, le soluzioni adottate presentarono tuttavia alcune differenze. Un primo orientamento ammise la possibilità di un diretto addebito oggettivo delle singole ipotesi aggravanti, ponendone i relativi effetti a carico del reo anche a prescindere da qualunque ulteriore attività di accertamento probatorio. Meno rigorosa risultò, invece, la soluzione prospettata da parte di un secondo indirizzo, che si limitò a riconoscere una sorta di presunzione *juris tantum* di conoscenza dell'imputato, con conseguente inversione a suo carico del relativo onere probatorio.

⁵⁸ A. SANTORO, *Teoria*, cit., prefazione.

⁵⁹ G. CRIVELLARI, *Il Codice*, cit., 1892, vol. III, sub art. 45, p. 329.

accertare se il colpevole avesse o meno conoscenza delle stesse»⁶⁰.

La conferma del valore meramente contingente ed opinabile di una pretesa diversificazione astratta e generale del regime di imputazione soggettiva delle circostanze ben emerge, tuttavia, anche da una più ampia disamina storico-comparatistica. Così, in particolare, pur senza poter qui illustrare tutti i passaggi complessivamente ripercorsi, l'indagine storica ha mostrato con chiarezza che, ferma la sicura evidenza di un diretto collegamento concettuale e funzionale con il più remoto dibattito teorico in materia di arbitrio giudiziale e di determinazione delle sanzioni penali⁶¹, con l'avvento delle codificazioni illuministiche la rilevanza normativa di una serie di circostanze - o elementi, o cause - aggravanti od attenuanti la pena, venne convogliata (anche e soprattutto) sul fronte della specificazione legale delle singole fattispecie di reato. Tale innovazione tecnico-legislativa favorì parimenti l'insorgere di una serie di questioni interpretative, spesso di rilievo più processuale, che sostanziale, per effetto delle quali in vari ordinamenti si venne a prospettare una più stretta necessità di distinguere, anche concettualmente, tra circostanze ed altri elementi costitutivi o modificativi del reato. L'avvio di questo processo risultò molto importante ed evidente soprattutto nell'ambito dell'esperienza normativa francese successiva all'avvento della codificazione del 1791. Da un lato, infatti, l'adozione di un sistema di misure fisse di pena portò ad accentuare l'esigenza di riconoscere spazi di mitigazione della pena e favorì, anche a causa delle regole processuali sulle questioni di specifica competenza delle giurie popolari, la necessità di distinguere tra le c.d. *excuses atténuantes* (vere e proprie cause di modificazione legale della pena sostanzialmente coincidenti con le attuali "circostanze attenuanti proprie") e le c.d. *circonstances atténuantes* (indeterminate e di natura meramente discrezionale). Sotto altro profilo, tuttavia, l'adozione di analoga rigidità commisurativa anche per le variazioni di pena connesse a singoli elementi di specializzazione (in senso aggravante) della fattispecie principale pose per la prima volta di fronte alla necessità di distinguere tra circostanze aggravanti ed elementi costitutivi del reato e questo perché, in base alle regole stabilite dal *Code d'instruction criminelle* del 1808 per le deliberazioni della Corte d'assise, il giudizio sulla eventuale sussistenza di circostanze aggravanti avrebbe dovuto essere sottoposto alla giuria popolare come questione separata ed autonoma rispetto a quella relativa al fatto principale⁶².

Ferma la rilevanza prettamente processuale di questa iniziale esigenza di distinzione, la questione ha poi trovato più ampio rilievo sostanziale proprio in relazione a specifici riflessi di imputazione soggettiva nel quadro della disciplina del concorso di persone nel reato. La giurisprudenza formatasi sotto il *Code pénal* del 1791 aveva, infatti, affermato che eventuali *circonstances intrinsèques* del reato avrebbero potuto essere poste a carico dei complici solo qualora questi ne avessero avuto conoscenza. Con l'avvento del *Code pénal* del 1810 e con l'introduzione del principio della c.d. *criminalité d'emprunt*, in forza del quale la responsabilità concorsuale veniva ad essere basata sulla sola considerazione dell'illecito configurabile rispetto alla condotta ed alle peculiarità soggettive dell'autore principale del reato, la giurisprudenza si consolidò su posizioni opposte: muovendo proprio da una rigoristica valutazione delle regole previste in tema di ricettazione, secondo le quali nel caso in cui particolari circostanze aggravanti riscontrate nel reato commesso dall'autore principale avessero comportato l'irrogazione di una maggior pena quest'ultima avrebbe dovuto essere applicata nei soli confronti dei complici, i quali, all'atto della ricettazione, avessero avuto conoscenza dell'esistenza di tali circostanze, si giunse così ad affermare che, al di fuori di questo limitato caso, tutte le altre

⁶⁰ V. *Relazione sul Libro 1° del Progetto*, in *Lavori preparatori*, cit., V, 1ª, 106.

⁶¹ Su questi più remoti aspetti storici dell'indagine v. A. MELCHIONDA, *Le circostanze*, cit., pp. 76-131.

⁶² A. MELCHIONDA, *Le circostanze*, cit., pp. 184-187.

circostanze aggravanti avrebbero dovuto essere poste a carico dei complici anche se da essi non conosciute⁶³. Questa tesi incontrò forti reazioni da parte di vari studiosi dell'epoca⁶⁴, ma, anche dopo la cancellazione dell'originario disposto dell'art. 63 del *Code pénal* del 1810 e la configurazione della "ricettazione" quale autonoma fattispecie incriminatrice, la *Cour de cassation* francese mantenne fermo quel primo orientamento interpretativo, ribadendo l'estensione degli effetti modificativi della pena anche laddove il singolo concorrente non avesse avuto contezza dell'esistenza, o della possibilità di successiva integrazione, di determinate circostanze aggravanti⁶⁵. La linea di fondo è stata poi ulteriormente gravata da tutta una serie di profili paralleli, che hanno contribuito a fornire un quadro complessivo di ancora maggior rigore, arbitrio ed eterogeneità: così, ad esempio, giustificando l'estensione di circostanze di natura personale, sulla scorta di non ben precisati - e spesso del tutto apodittici - riflessi sulle caratteristiche intrinseche del fatto commesso; od ancora più drasticamente negando la natura circostanziale di determinate qualità personali dell'autore e, sempre in ragione del solito principio della *criminalité d'emprunt*, ponendo a carico di tutti i complici i relativi effetti aggravanti⁶⁶. Su quali limitati presupposti di omogeneità venisse così a fondarsi la più generale distinzione fra circostanze ed elementi costitutivi del reato, è certo dato subito comprendere.

Nella letteratura francese a cavallo del nuovo secolo la considerazione di questi aspetti assunse poi toni di rilievo molto più generale, quasi a sottolineare il carattere centrale che la distinzione sembrava poter vantare rispetto alla stessa valenza concettuale della categoria delle circostanze aggravanti. A differenza di quanto riscontrabile nel quadro del parallelo dibattito italiano, riferimenti, più o meno velati, a presupposti di tipo ontologico e/o prenormativo sono però rimasti quasi del tutto assenti: anche laddove fatto oggetto di maggiore approfondimento dogmatico, il problema della distinzione fra circostanze ed elementi costitutivi del reato è stato infatti sempre affrontato secondo una prospettiva rigidamente tecnica, e nella consapevolezza della portata contingente (e principalmente processuale) dei relativi presupposti di fondo⁶⁷.

Dalla complessiva indagine storico-comparata ben emerge, tuttavia, come questa esperienza trovi ampio riscontro anche in altri ordinamenti europei, dai quali pure si trae conferma del valore meramente contingente ed arbitrario di ogni soluzione normativa e/o interpretativa volta a predeterminare una aprioristica possibilità di distinzione tra elementi costitutivi del reato e singole circostanze aggravanti e/o attenuanti rispetto alle regole di imputazione soggettiva o di c.d. "comunicabilità tra i concorrenti".

Da questo punto di vista, anzi, proprio la specificità dell'originaria disciplina francese sul concorso di persone nel reato ha consentito di meglio individuare i tratti essenziali di una problematica - quella della c.d. comunicabilità delle circostanze - che, non a caso, tanto in Francia, quanto in altri ordinamenti esaminati, ha fornito l'occasione ed il pretesto per una prima presa di posizione legislativa a favore di una autonoma disciplina di imputazione delle circostanze. Sempre a questo riguardo, dati di notevole valore generale sono, in effetti, emersi anche dall'analisi degli sviluppi

⁶³ A. CHAUVEAU – F. HÉLIE, *Théorie du Code Pénal*, Bruxelles, Meline, 1845, vol. I, p. 211.

⁶⁴ J. M. LEGRAVEREND, *Traité de la législation criminelle en France*, Paris, Imprimerie Royale 1830, 3ª ed., vol. I, p. 135. Molto netta e precisa fu in particolare la critica di P. ROSSI, *Trattato di Diritto penale*, trad. di E. Pessina, Torino, Utet, 1853, pp. 413-414.

⁶⁵ M. PUECH, *Les grands arrêts de la jurisprudence criminelle*, Paris, Cujas, 1976, vol. I, p. 94; per altri riferimenti A. MELCHIONDA, *Le circostanze*, cit., pp. 198-199.

⁶⁶ E. GARÇON, *Code pénal annoté*, Paris, 1952, vol. I, p. 175.

⁶⁷ J. ORTOLAN, *Éléments de droit pénal*, Paris, 1886, 5ª ed., p. 488; R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique du Droit Pénal français*, Paris, 1914, 3ª ed., vol. II, p. 712.

registratisi nell'ordinamento tedesco⁶⁸, nonché in quello spagnolo, l'esame del quale ha altresì offerto lo spunto per una indiretta considerazione delle analoghe problematiche che hanno contrassegnato quasi tutte le principali codificazioni dell'Italia preunitaria⁶⁹. Inutile (e impossibile) comunque, anche in questo caso, ritornare su ogni singolo aspetto innanzi più diffusamente trattato. Basti qui solo l'ulteriore richiamo ad alcune significative caratteristiche tecnico-legislative che, nell'economia della esperienza spagnola, hanno fatto da sfondo all'enucleazione di una prima, più dettagliata, casistica di circostanze di rilevanza "comune" ed ai riflessi che la presenza di un corrispondente insieme di regole generali ha, di fatto, determinato nell'ulteriore sviluppo dell'analisi teorica dell'argomento. Proprio la previsione di una espressa disciplina generale dell'istituto risulta, infatti, avere sensibilmente contribuito ad accentuare gli spazi di una successiva asserita necessità di contrapposizione sistematica con altri elementi del reato⁷⁰; una contrapposizione, tuttavia, che, oltre a risultare del tutto estranea alle originarie intenzioni del legislatore spagnolo, si è in seguito rivelata fonte di una problematicità che non ha mancato di condizionare anche i successivi interventi di riforma⁷¹.

6. Indicazioni di notevole rilievo ed importanza sono parimenti emerse anche dall'approfondimento storico-comparatistico degli aspetti relativi alla rilevanza funzionale delle circostanze ed alla previsione di singole regole di computo degli effetti aggravanti ed attenuanti.

Il quadro delle informazioni rilevanti in questo ambito è ovviamente molto articolato e complesso, in quanto abbraccia in forma più generale l'intera problematica della personalizzazione della pena, nel variegato insieme dei molteplici modelli di tecnica legislativa che, in prospettiva di comparazione diacronica, hanno portato all'adozione di diversificate forme di raccordo ed interazione tra il piano della c.d. commisurazione legale della pena e quello più strettamente afferente alla c.d. commisurazione giudiziale della pena e che, all'interno di quest'ultimo settore, hanno ulteriormente elaborato più soluzioni tecniche di "governo" ed "indirizzo" del potere discrezionale del giudice.

Da questo punto di vista, invero, pur senza alcuna possibilità di dare pieno conto in questa sede di quanto complessivamente emerso da tale indagine, l'esito dei risultati raggiunti fornisce conferma della assoluta esclusività del modello di tecnico-normativa che è dato ancora oggi apprezzare nella disciplina italiana delle circostanze. Si tratta, in particolare, di una specificità, che certamente si caratterizza per l'ampio spazio riconosciuto alla predeterminazione casistica delle singole aggravanti ed attenuanti, ma che soprattutto si connota per la peculiarità delle regole previste per il computo degli effetti modificativi, anche in relazione al concorso omogeneo ed eterogeneo delle circostanze.

Il connotato di assoluta esclusività è *in primis* del tutto pacifico sul piano della comparazione giuridica, atteso che non è dato rinvenire alcun ordinamento che abbia adottato il medesimo modello d'insieme. Importanti profili di maggior continuità sono invece apprezzabili nel confronto con la previgente disciplina del Codice penale "Zanardelli" del 1889.

Rispetto a quest'ultima il principale elemento di differenziazione è sicuramente rappresentando dalla più ampia opzione per la tecnica casistica, frutto dichiarato dell'iniziale abbandono delle circostanze attenuanti generiche/indefinite previste dall'art. 59 del codice previgente (fonte, come si

⁶⁸ A. MELCHIONDA, *Le circostanze*, cit., pp. 315-418.

⁶⁹ A. MELCHIONDA, *Le circostanze*, cit., pp. 225-314.

⁷⁰ A. MELCHIONDA, *Le circostanze*, cit., pp. 255-298.

⁷¹ A. MELCHIONDA, *Le circostanze*, cit., pp. 299-314.

disse, di notevoli critiche e dissidi interpretativi, ed abolite perché, «per la loro stessa genericità e indeterminatezza, avevano dato luogo a gravi inconvenienti nella pratica»⁷²) e, sotto altro profilo, perché soluzione che consentì anche di meglio esprimere quella spinta classificatoria di dati personali del reo che, nel frattempo (come bene si riscontrò anche nel precedente progetto di codice elaborato dal Ministro Ferri⁷³) aveva trovato maggior spazio per via dell'influsso della "scuola positiva".

Più diretta continuità è invece dato cogliere nelle regole di computo degli effetti aggravanti ed attenuanti, in quanto la disciplina adottata nel 1930 è rimasta sostanzialmente quella che lo stesso Codice Zanardelli aveva introdotto per la prima volta (all'art. 29) al fine di superare i molti vizi riscontrati con il c.d. sistema dei gradi di pena, diffuso in vari stati europei e presente anche nelle precedenti esperienze "italiane"⁷⁴. Con questo nuovo modello la predeterminazione dell'efficacia modificativa di ogni singola circostanza veniva articolata secondo più possibili varianti. In alcuni casi, ed in particolare in quelli per i quali si ritenne giustificato procedere ad una vera e propria sostituzione - nel linguaggio dell'epoca: "commutazione" - della pena ordinaria, si stabilì l'applicazione di una misura di pena indipendente dall'entità e/o dal genere della sanzione altrimenti stabilita per il reato semplice; altrove si procedette viceversa ad indicare «tassativamente la maggiore o minore penalità che deve infliggersi nel concorso di tale o tale altra circostanza, sostituendo cioè all'ordinaria una nuova latitudine penale. Ma nel maggior numero dei casi, considerando che con questo primo sistema si sarebbe dovuto discendere a troppo numerose e prolisse specificazioni, essendo moltissime e diverse le ipotesi criminose nelle quali può verificarsi il concorso di circostanze aggravanti o minoranti, (fu) adottato invece il sistema degli aumenti o delle diminuzioni mediante frazioni»⁷⁵, sia secondo il modello delle c.d. "frazioni esatte" (es. un terzo, un sesto, etc.), sia secondo quello delle c.d. "frazioni multiple graduate" (es. da un sesto a un terzo, etc.)⁷⁶. Questa disciplina prevedeva poi un unico regime di computo anche per i casi di concorso (sia omogeneo, che eterogeneo) di più elementi modificativi della pena: al riguardo si stabiliva infatti un meccanismo di cumulo materiale fondato su di un'applicazione progressiva delle singole variazioni di pena secondo un ordine di calcolo parzialmente predeterminato⁷⁷.

A differenza del pregresso "sistema dei gradi di pena", che inquadrava l'effetto modificativo delle circostanze in un passaggio di specificazione intermedia tra il momento della comminatoria edittale della pena e quello della definitiva concretizzazione giudiziale, l'*iter* commisurativo scandito da queste nuove regole venne a presupporre una concatenazione fra le due fasi molto più complessa ed interdipendente di quanto non fosse altrimenti imposto dalla normativa precedente; ma soprattutto comportò lo sbilanciamento degli effetti modificativi verso una fase successiva a quella di quantificazione della c.d. pena-base. L'applicazione pratica di queste regole si rivelò tuttavia quanto mai complessa e problematica, tant'è che già in occasione del "Progetto Ferri" fu subito segnalata l'esigenza di abbandonare quel sistema di "dosimetria penale", che aveva reso il giudice una sorta di mero «contatore meccanico delle frazioni di frazioni»⁷⁸. E a questa medesima esigenza si ricollegò anche la successiva riforma introdotta nel 1930, che, pur mantenendo fermo il tendenziale meccanismo di

⁷² Relazione sul Libro I° del Progetto, in *Lavori preparatori*, cit., vol. V, parte 1ª, pp. 119-120.

⁷³ Progetto preliminare di Codice penale italiano per i delitti (1921), in E. FERRI, *Principii di diritto criminale*, Torino, Utet, 1928, p. 602; per ulteriori riferimenti v. A. MELCHIONDA, *Le circostanze*, cit., pp. 483-486.

⁷⁴ A. MELCHIONDA, *Le circostanze*, cit., pp. 225-229.

⁷⁵ L. MASUCCI, *Il sistema di commisurazione delle pene*, in «Supplemento della Rivista Penale», 1893-94, II, p. 323. V. anche la *Relazione del Ministro Zanardelli*, testualmente citata da G. CRIVELLARI, *Il Codice*, cit., 1891, vol. II, sub art. 29, p. 876.

⁷⁶ U. CONTI, *La pena e il sistema penale del codice italiano*, in «Enciclopedia del diritto penale italiano», a cura di E. Pessina, Milano, SEI, 1910, vol. IV, p. 854.

⁷⁷ E. FLORIAN, *Del concorso fra le varie circostanze di cui all'art. 29*, in «La Cassazione Unica», 1904, p. 1313.

⁷⁸ E. FERRI, *Principii cit.*, pp. 5 e 357.

computo posticipato degli effetti modificativi sulla preeterminazione giudiziale della pena-base, con le nuove regole sul c.d. giudizio di bilanciamento delle circostanze ritenne preferibile attribuire più ampio spazio alla discrezionalità giudiziale - queste le parole del Ministro Alfredo Rocco - proprio «per impedire quei frazionamenti micrometrici e pedanteschi della responsabilità e della pena, che si lamentarono nell'applicazione del codice»⁷⁹.

Come visto, la specificità di questo modello commisurativo ha fortemente influenzato la successiva disamina dogmatica e funzionale della materia. Anche su questo versante si è infatti registrata una fuorviante tendenza a muovere da una visione aprioristicamente condizionata dell'istituto, che ha portato a valorizzare oltre misura i presupposti di una sua pur indubbia specificità di disciplina.

L'idea di una rilevanza prevalentemente (se non già prettamente) commisurativa delle circostanze fu in origine influenzata dalle stesse parole del Ministro Alfredo Rocco che, con una precisazione divenuta in seguito una sorta di assioma comune all'analisi della specifica disciplina del concorso eterogeneo di circostanze, sottolineò espressamente come la previsione dell'innovativo giudizio di bilanciamento delle circostanze concorrenti fosse stata ispirata dalla necessità di far sì «che il giudice abbia una visione completa ed organica del colpevole e del reato da questo commesso, in modo che la pena da applicare in concreto sia, per quanto è possibile, il risultato di un giudizio complessivo e sintetico sulla personalità del reo e sulla gravità del reato, anziché l'arido risultato di successive operazioni aritmetiche»⁸⁰. Ancorché non del tutto pertinente rispetto all'originaria caratterizzazione dell'art. 69 c.p. (che, come noto, non risultava esteso a tutte le circostanze e soprattutto a quelle c.d. «inerenti alla persona del colpevole»), questa indicazione ha molto pesato nello sviluppo dei primi commenti al nuovo codice, nei quali apparve corretto sottolineare come le circostanze rappresentassero elementi attraverso i quali si realizzava «una migliore concretizzazione della fattispecie e, nello stesso tempo, per l'inscindibile legame fra i due termini, una migliore individualizzazione della corrispondente sanzione»⁸¹.

Se adeguatamente vagliato, però, il fondamento di tali affermazioni appare tutt'altro che univoco e scontato. Che la predeterminazione legislativa della rilevanza aggravante od attenuante di un certo elemento comporti una maggiore «specificità» della fattispecie incriminatrice alla quale il dato così individuato accede, rappresenta, infatti, un ovvio riflesso della stessa logica che presiede alla formazione della norma giuridica. Nel momento in cui si ricollega tale primo presupposto ad un effetto immediatamente rilevante anche sul piano dell'ulteriore processo di «individualizzazione della pena» è chiaro, tuttavia, che il perno del problema viene radicalmente modificato: dall'apprezzamento della mutata sfera applicativa della fattispecie astratta ci si sposta, infatti, all'accertamento degli esatti termini operativi attraverso i quali la maggiore «specificità» di quest'ultima venga concretamente a tradursi anche in una corrispondente maggiore «specificità» della connessa conseguenza sanzionatoria; aspetto, quest'ultimo, che comunque lascia poi ancora impregiudicata l'ulteriore evidente necessità di valutare fino a che punto questa mutata dimensione sanzionatoria corrisponda veramente anche ad una reale «individualizzazione» della sanzione di fatto applicabile: la maggior specificità delle conseguenze previste per una certa ipotesi circostanziale (soprattutto se predeterminate in astratto) non è, infatti, già di per se indicativa di una loro maggior aderenza alle caratteristiche «individuali» del fatto e della

⁷⁹ *Relazione al Re*, in *Lavori preparatori*, cit., vol. VII, 56.

⁸⁰ *Relazione sul Libro I del Progetto*, in *Lavori preparatori*, cit., V, 1ª, 123.

⁸¹ A. SANTORO, *Le circostanze*, cit., 4; GIUS. SABATINI, *Appunti sulle circostanze del reato e sul loro concorso*, in «Archivio Penale», 1952, I, p. 100

personalità dell'autore⁸².

La dottrina italiana ha tardato a prendere coscienza di questa ambiguità di fondo e ciò, forse, anche a causa dello scarso interesse che ha per lungo tempo contrassegnato l'analisi dei più generali problemi in materia di commisurazione della pena⁸³. Ciò ha tuttavia portato anche alla già segnalata contrapposizione di letture. Secondo un primo orientamento, la precipua disciplina italiana delle circostanze - ed in particolare di quelle c.d. ad effetto comune - sarebbe effettivamente valutabile in una prospettiva di vera e propria individualizzazione della pena, in quanto espressione della specifica scelta del nostro legislatore di valorizzare in forma separata ed autonoma il concreto rilievo commisurativo di elementi fattuali altrimenti destinati ad essere apprezzati quali mere "circostanze improprie" (ex art. 133 c.p.) e solo nei limiti della sanzione edittale. Il peculiare regime di incidenza frazionaria sulla c.d. pena-base (tipico, in origine, delle sole circostanze ad effetto comune) si configurerebbe, così, come un meccanismo estremamente raffinato e razionale di adeguamento della misura della pena alle caratteristiche individuali del fatto e del suo autore, come tale suscettibile, pur con alcuni parziali ritocchi e correzioni, di essere ulteriormente valorizzato quale valido modello di commisurazione giudiziale della pena anche in vista di una futura riforma del codice⁸⁴. A conclusioni decisamente opposte è viceversa giunto un precedente indirizzo interpretativo, che, sulla scorta di altri aspetti tipici della disciplina delle circostanze, aveva ritenuto più fondato prospettare un inquadramento funzionale dell'istituto nella sola ottica della determinazione legale della pena⁸⁵.

Nell'impossibilità di ripercorrere in questa sede l'approfondimento altrove dedicato ad una più ampia disamina di queste tesi contrapposte, ci si può qui limitare a sottolineare come l'asserita valorizzazione del sistema vigente quale modello di un razionale e coerente modello di commisurazione concreta della pena presti il fianco a varie obiezioni. Sul piano sistematico, la tesi viene infatti a presupporre una differenziazione funzionale tra circostanze c.d. "ad effetto comune" e "ad effetto speciale", che non trova plausibile avallo nella stessa legislazione vigente e che si espone a critiche analoghe a quelle che già sono state segnalate anche in relazione al parallelo e corrispondente approfondimento dogmatico⁸⁶. Ma la validità di siffatto modello commisurativo non ha trovato conferma neppure al banco della concreta esperienza applicativa: in linea di massima, infatti, nella quotidiana prassi giurisprudenziale gli aumenti o le diminuzioni di pena vengono applicati nella loro complessiva ampiezza (senza differenza alcuna fra effetti frazionari, fissi, od elastici) e, in sede di motivazione, tali passaggi del processo di commisurazione sono pressoché sempre illustrati mediante il costante ricorso a quelle «formulette pigre»⁸⁷ che, attraverso il consueto generico richiamo all'art. 133 c.p., lasciano interamente nel vago gli esatti termini di estrinsecazione di tale pur significativo margine di discrezionalità giudiziale⁸⁸. Il perno strutturale dell'intero processo di individuazione

⁸² Che il riferimento ad un processo di "concretizzazione" della fattispecie, determinato dalla previsione normativa di più specifici aspetti del fatto costitutivo del reato, comporti solo un fenomeno di "specializzazione", più che di vera e propria "individualizzazione", è del resto aspetto da tempo ben sottolineato da studi autorevoli: K. ENGISCH, *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, Heidelberg, Winter, 1953, p. 55.

⁸³ Sul punto v. per tutti E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, Padova, Cedam, 1979.

⁸⁴ V. ancora G. DE VERO, *Circostanze*, cit., pp. 119-128.

⁸⁵ Così soprattutto A.M. STILE, *Il giudizio*, cit., pp. 52-58.

⁸⁶ Per la critica alla originaria concezione delle circostanze quali elementi autonomi della c.d. "fattispecie concreta" rinvio ancora a A. MELCHIONDA, *Le circostanze*, cit., pp. 533-542.

⁸⁷ Si tratta di nota espressione risalente a G. BELLAVISTA, *Il potere discrezionale del giudice nell'applicazione della pena*, Milano, 1939, ora in «Il Tommaso Natale», 1975, p. 214.

⁸⁸ E. DOLCINI, *Potere discrezionale*, in «Enciclopedia del Diritto», Milano, Giuffrè, 1985, vol. XXXIV, p. 765. Già F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, Milano, Giuffrè, 1965, p. 109, segnalava l'incompatibilità di tali indirizzi con il rispetto dell'obbligo di motivazione.

giudiziale della sanzione è così rimasto ancorato a presupposti di mera “folgorazione intuitiva”, all’interno dei quali lo spazio per le pur innegabili componenti di “irrazionalità” della scelta sulla misura della pena risulta ampiamente superiore a quanto di fatto ammesso anche da chi ne ha ravvisato l’astratta compatibilità con una strutturazione del momento commisurativo in termini di vera e propria *Rechtsanwendung*⁸⁹.

Piena conferma di questi rilievi è del resto fornita anche da un ulteriore caratteristico aspetto della più consolidata prassi applicativa: lungi dal porre in luce una particolare correlazione fra gli obiettivi di individualizzazione della pena ed il maggior rilievo concreto di specifici elementi fattuali di valutazione, l’assenza di un effettivo apprezzamento delle singole situazioni giudicate ha infatti favorito il delinearsi di una progressiva individuazione di “pene-tariffa”, di fatto commisurate solo alla astratta tipologia dei reati ed alla cristallizzazione fenomenologica di più specifiche sottofattispecie particolari⁹⁰. In tale contesto, la formale considerazione delle singole circostanze presenti ha fornito solo un supporto di apparente conformità alle astratte valutazioni legislative e, soprattutto, ha favorito il consolidarsi di una scansione dell’*iter* di determinazione giudiziale della pena assolutamente fittizia e, spesso, ricostruita solo “a posteriori”⁹¹.

Se valutato secondo i “postulati razionalistici” di più recenti teorizzazioni in materia di commisurazione giudiziale, l’attuale modello italiano di correlazione fra la sfera di incidenza delle circostanze e quella della vera e propria determinazione concreta della pena rivela perciò una struttura ancora piuttosto rozza e meccanicistica. Si presenta, infatti, quale modello fortemente condizionato da un’insufficiente e superficiale considerazione delle complesse interrelazioni - ma così anche delle opportune esigenze di demarcazione - fra l’area di determinazione legale della sanzione penale, e quella della successiva commisurazione giudiziale, e di fatto collimante con un disfunzionale frazionamento del processo di individualizzazione della pena in più operazioni di calcolo, fra loro non sempre univocamente coordinate da una chiara prospettiva finalistica, né, tanto meno, improntate ad obiettivi di lineare diversificazione del rilievo concretamente attribuito alla valutazione di ogni singolo criterio fattuale.

Dietro a questo insuccesso del modello di commisurazione concreta della pena applicabile al reato circostanziato si annida tuttavia la reale dimensione funzionale della disciplina ancor oggi vigente. Proprio l’approfondimento storico-comparatistico offre, infatti, più ampia ed univoca conferma della maggior rilevanza e correlazione che la disciplina italiana delle circostanze presenta “soprattutto” con l’area di pertinenza della c.d. commisurazione legale della pena, o, come altrimenti si precisava all’epoca di elaborazione del codice del 1930, della c.d. *determinazione astratta della pena*⁹². Non ostante le molte “ambivalenze” che hanno contrassegnato la stessa genesi concettuale e normativa della nozione di “circostanze”, che questo rappresentasse il livello di più corretto inquadramento sistematico dell’istituto fu del resto implicitamente confermato dallo stesso Ministro Rocco, che nel momento stesso in cui si convinse di abbandonare un iniziale progetto di modifica del previgente modello delle

⁸⁹ F. BRICOLA, *La discrezionalità*, cit., p. 105; nella sconfinata letteratura di lingua tedesca v. per tutti K. PETERS, *Die kriminalpolitische Stellung des Strafrichters bei der Bestimmung der Strafrechtsfolgen*, Berlin, Springer, 1932, p. 33; T. WÜRTENBERGER, *Die irrationalen Elemente bei der Strafzumessung*, in *Kriminalpolitik im sozialen Rechtsstaat*, Stuttgart, Enke, 1970, p. 157.

⁹⁰ Celebre ed incisiva la denuncia di T. PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1992, p. 423.

⁹¹ T. DELOGU, *Potere discrezionale del giudice penale e certezza del diritto*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1976, p. 395.

⁹² U. CONTI, *La pena*, cit., p. 813.

c.d. “attenuanti generiche” mediante il ricorso ad una elencazione casistica, ma meramente esemplificativa delle singole circostanze, sottolineò subito come la diversa decisione di adottare un elenco tassativo e vincolante di circostanze portasse, di fatto, ad una sorta di «trasformazione radicale dell’istituto», come tale non più direttamente ricollegabile ai veri e propri problemi inerenti alla quantificazione giudiziale della pena⁹³. E sotto questo profilo è parimenti significativo il fatto che, dalla rinuncia a tale iniziale soluzione di compromesso tecnico-legislativo, si sia poi giunti ad un sistema che, se da un lato è stato fondato su di una elencazione tassativa delle stesse circostanze comuni a più reati, dall’altro si è caratterizzato anche per l’assoluta novità di una esplicita indicazione di criteri (quelli di cui all’art. 133 c.p.) destinati ad operare nel quadro della *determinazione (specifica) concreta della pena*.

Ma non solo. Il confronto con lo sviluppo di altre legislazioni ha altresì consentito di cogliere nell’attuale disciplina di computo degli effetti modificativi delle circostanze le caratteristiche di un modello di tecnica legislativa che, oltre a confermare una più corretta valorizzazione sul solo versante della c.d. commisurazione legale della pena e nell’ottica della segnalata considerazione delle circostanze quali vere e proprie cause legali di determinazione edittale della sanzione, risulta parimenti funzionale alla soluzione di problematiche che, in altri ordinamenti, sono risultate conseguenti ad una più generale contrapposizione sistematica fra fattispecie autonome e fattispecie diversamente classificate come “meramente dipendenti”. Illuminante, in questo senso, è apparso in particolare il confronto con le problematiche emerse nel quadro della disciplina spagnola delle circostanze (ed in particolare con riguardo alle c.d. *circunstancias específicas*, altrimenti definite anche quali *circunstancias cualificativas*)⁹⁴ e nell’ambito della legislazione tedesca (con riferimento, in particolare, alle ipotesi di *Qualifizierungs-* e *Privilegierungsgründe*, ed alla corrispondente configurazione di *qualifizierte* e *privilegierte Tatbestände*)⁹⁵.

Se considerata in questa più ampia e significativa ottica comparatistica, anche la singolare e controversa disciplina italiana del concorso di circostanze diviene suscettibile di essere letta in una logica molto più compatibile e coerente con il quadro generale della commisurazione legale della pena. Nel caso in cui risultino integrate più circostanze di tipo omogeneo, le regole dettate dall’art. 63 c.p. (ed in questa prospettiva anche dall’art. 68 c.p.) evidenziano, infatti, la chiara necessità di coordinare il rilievo aggravante, od attenuante, delle diverse fattispecie congiuntamente rilevanti: in questo senso si può cioè affermare che i vari criteri di computo, in base ai quali è dato pervenire alla predeterminazione di quell’unica cornice edittale di pena all’interno della quale potrà successivamente procedersi alla sua definitiva commisurazione concreta, ben si prestano ad essere intesi anche quali mere modalità tecnico-operative di una vera e propria disciplina generale di specifici casi di concorso “di più reati”; di quei casi, cioè, nei quali, a differenza di quanto considerato dal parallelo insieme di regole previste dagli artt. 71 e seguenti del nostro codice, le fattispecie concorrenti non sono di tipo “indipendente”, bensì meramente “dipendente”, in quanto fondate sulla correlazione di singole ipotesi circostanziali con un’unica fattispecie (“indipendente”) di reato⁹⁶.

Analogo rilievo funzionale è parimenti apprezzabile nella diversa ipotesi di concorso di

⁹³ *Discussione generale, Discorso del Ministro della Giustizia e degli Affari di Culto*, in *Lavori preparatori*, cit., I, pp. 266-267. Per la proposta di una elencazione meramente esemplificativa v. *Relazione sul Codice penale dell’On. Alfredo De Marsico*, in *Lavori preparatori*, cit., I, p. 43.

⁹⁴ Per maggiori indicazioni su questi confronti comparatistici rinvio ancora a A. MELCHIONDA, *Le circostanze*, cit., pp. 307-314.

⁹⁵ V. A. MELCHIONDA, *Le circostanze*, cit., pp. 418-422.

⁹⁶ Per maggiori approfondimenti su questi passaggi v. A. MELCHIONDA, *Le circostanze*, cit., pp. 757-758.

circostanze eterogenee. In questo caso, la considerazione delle corrispondenti fattispecie di reato circostanziato pone, infatti, in evidenza la diversa possibilità di valutare tale situazione come del tutto analoga a quella che potrebbe essere ravvisata in casi di concorso di più fattispecie caratterizzate da un rapporto di c.d. specialità reciproca bilaterale: casi, cioè, nei quali, a fronte di una sottofattispecie comune a tutte le ipotesi concretamente integrate (sottofattispecie comune che, nel nostro caso, coinciderà con la fattispecie del reato semplice), si presenta l'ulteriore necessità di stabilire quale rilievo dovrà essere attribuito alla congiunta integrazione di vari elementi specializzanti (corrispondenti alle varie circostanze "in concorso") aventi un rilievo sanzionatorio di tipo eterogeneo. Nell'ambito di altri ordinamenti questa ipotesi di concorso di più fattispecie a specialità reciproca non ha formato oggetto di apposita disciplina e, in sede applicativa, si è fatto ricorso a più soluzioni interpretative: talvolta, invocando una asserita, ma opinabile prevalenza necessaria delle ipotesi attenuate⁹⁷; in altri casi, e con soluzione più condivisa, rimettendo alla valutazione discrezionale del giudice la scelta per la cornice edittale più rispondente al disvalore complessivo del fatto giudicato⁹⁸. In linea con quest'ultimo confronto comparatistico, l'espressa regola dettata all'art. 69 del codice penale italiano appare quindi come una vera e propria disciplina di queste ipotesi di concorso: una disciplina, quindi, che, in assenza di singole possibili deroghe di volta in volta fissate per legge, rimette alla discrezionalità del giudice il compito di valutare quale contrapposta tipologia di fattispecie (a loro volta, però, valorizzabili in termini sostanzialmente unitari, in base a quanto previsto dalle già considerate regole sul concorso omogeneo) potrà essere ritenuta maggiormente suscettibile di meglio esprimere il complessivo disvalore del fatto concretamente giudicato.

7. Come già emerge da queste ultime puntualizzazioni, l'esito di questa disamina storico-comparatistica consente oggi di rivedere la disciplina italiana delle circostanze in un'ottica significativamente diversa.

Sullo sfondo permane certamente l'impossibilità di fornire una definizione generale ed univoca del concetto di circostanza del reato: nell'evoluzione dei principali ordinamenti giuridici di tradizione continentale il concetto ha infatti conosciuto una portata estremamente mutevole e, comunque, insuscettibile di essere correttamente apprezzata senza una attenta considerazione degli schemi strutturali, delle caratteristiche costitutive e degli effetti normativi di volta in volta posti a fondamento della relativa disciplina positiva.

Anche sul piano lessicale, del resto, la nozione non esprime una intrinseca caratterizzazione di tipo contenutistico e/o funzionale. La stessa matrice etimologica del termine "circostanza", tanto ancora valorizzata ed enfaticata, richiama solo l'idea di un *quid* che "sta intorno" (per l'appunto: "*circum stat*") a qualcosa d'altro. Quel *quid* può, però, essere identificato con una sfera estremamente variegata di situazioni, fatti, e/o elementi della più diversa natura, o del più diverso significato; può essere selezionato secondo prospettive quanto mai poliedriche ed articolate (può, cioè, essere individuato secondo schemi di tipo generale e/o particolare; ovvero secondo criteri astratti e/o concreti; od ancora sulla base di parametri oggettivi e/o soggettivi; etc.); può, inoltre, (questo sicuramente l'aspetto più importante sul

⁹⁷ Si tratta della tesi della c.d. "*Sperrwirkung des milderer Tatbestands*": F. GEERDS, *Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht*, Hamburg, Hansischer Gildenverlag J. Heitmann, 1961, p. 200.

⁹⁸ Si tratta di soluzione risalente a K. BINDING, *Handbuch des Strafrechts*, Berlin, Duncker & Humblot, 1885, p. 527, ed in seguito condivisa dall'opinione prevalente: G.K.W. KLASS, *Das Zusammentreffen von qualifizierten und privilegierten Delikten*, Frankfurt am Mein, 1960, p. 117. Per ulteriori riferimenti rinvio a quanto precisato in A. MELCHIONDA, *Le circostanze*, cit., pp. 413-417.

piano di una valorizzazione di tipo funzionale) vantare un rilievo del tutto distinto e mutevole, a seconda del nesso che, di volta in volta, potrà essere apprezzato rispetto a quel “qualcosa d’altro” dal quale è stato idealmente estrapolato, ma con il quale mantiene una diretta relazione valutativa. Proprio questo intrinseco ed imprescindibile rapporto di relazione, che la nozione di “circostanza” viene implicitamente a postulare richiamando l’idea di un *quid* che sta intorno ad “altro”, ben evidenzia, in effetti, come la stessa delimitazione concettuale del termine richiami l’esistenza (e la conseguente necessità di considerazione) di un più ampio contesto d’insieme: il problema della determinazione del valore, dell’efficacia, della rilevanza, della funzione, di quel *quid* che *circum stat* non è, cioè, univocamente affrontabile, se non dopo aver avuto preventiva contezza del rapporto, che lo unisce a ciò “attorno a cui” si trova, nonché del criterio e/o della prospettiva di valutazione che, nei vari casi, ha indotto ad estrapolarlo ed a considerarlo in forma separata da quel più generale quadro d’insieme di cui anch’esso, però, “fa parte”.

Nel caso dell’ordinamento penale italiano l’area di rilevanza normativa delle circostanze (di tutte le circostanze, senza distinzione alcuna fra le diverse tecniche adottate dal legislatore per la predeterminazione dei corrispondenti effetti aggravanti o attenuanti) si colloca espressamente sul solo versante della modificazione della pena. Nessun rilievo risulta, quindi, ascrivibile alla eventuale previsione di effetti di tipo processuale (quale, ad esempio, la modifica del regime di procedibilità di un certo reato), ovvero ad una ipotetica correlazione con altri riflessi di tipo sanzionatorio (applicabilità di pene accessorie, e/o di misure di sicurezza, etc.). Questa stretta correlazione normativa fra circostanze ed effetti di tipo modificativo sulla pena principale dei vari reati assume ovviamente rilievo anche sul piano della stessa identificazione della “fattispecie” alla quale risultano collegate tali conseguenze giuridiche. La dimostrata assenza di una esclusiva ed autonoma rilevanza commisurativa delle circostanze e la connessa impossibilità di una loro valorizzazione al di fuori della diretta correlazione con una determinata figura di reato, confermano, innanzi tutto, la stessa necessità di inquadrare le circostanze nell’economia della più generale fattispecie normativa alla quale risultino collegate le conseguenze per esse specificamente previste. Da questo punto di vista, pertanto, in quanto presupposti ai quali si riconnette l’astratta applicabilità di determinati effetti modificativi della pena principale, anche le circostanze si inquadrano nella struttura della norma giuridica penale, integrandosi con gli elementi costitutivi del reato di volta in volta considerato, e così direttamente partecipando alla configurazione di una nuova (e normativamente autonoma) fattispecie incriminatrice: la c.d. fattispecie del reato circostanziato⁹⁹. Il fatto che, in taluni casi, il legislatore possa avere rinunciato ad una precisa tipizzazione degli elementi circostanziali, rimettendone il concreto apprezzamento solo ad una valutazione discrezionale del giudice, potrà determinare un ipotetico problema di legittimità costituzionale (per possibile violazione del principio di necessaria determinatezza della norma penale), ma certo non impedisce di riconoscere una diretta riconducibilità delle circostanze alla sfera astratta della fattispecie legale.

Da tutte queste premesse (valide, ovviamente, solo per quanto attiene all’ordinamento italiano vigente) è dato, quindi, giungere ad identificare le circostanze solo quali elementi (definiti, o meno), ai

⁹⁹ T. PADOVANI, *Circostanze*, cit., p. 192; A. MELCHIONDA, *Le circostanze*, cit., pp. 717-719. L’autonoma ed esplicita rilevanza, che la fase di determinazione edittale della pena assume rispetto ad altri possibili riflessi applicativi dà altresì conto della maggiore opportunità di non estenderne la relativa dimensione normativa a quegli ulteriori elementi che, a norma dell’art. 133 c.p. (e comunque al di fuori di un loro eventuale, ma separato apprezzamento ex art. 62 bis c.p.) potranno direttamente incidere solo sulla concreta misura di pena applicabile al reo. In questo senso si orientava invece la diversa impostazione di A. PAGLIARO, *Il fatto di reato*, Palermo, Priulla, 1960, pp. 107 e 460, sulla quale rinvio a quanto osservato in A. MELCHIONDA, *Le circostanze*, cit., pp. 537-538.

quali la legge ricollega la previsione (obbligatoria o facoltativa) di una modificazione della (cornice edittale della) pena principale stabilita per un determinato reato e che, in forza di questa caratterizzazione funzionale, concorrono alla configurazione di più articolate fattispecie incriminatrici “normativamente autonome”, ancorché strutturalmente ed operativamente “dipendenti” da tale separata figura di reato.

Per quanto apparentemente generica e priva di autonomo rilievo dogmatico e/o funzionale, l’indicazione è, in realtà, ancora in grado di legittimare lo sviluppo di importanti implicazioni interpretative.

Innanzitutto perché, valorizzando un dato di mera modificazione delle conseguenze giuridiche previste per una certa figura di reato, tale pur generica caratterizzazione normativa evidenzia l’imprescindibile correlazione che viene necessariamente a determinarsi fra la sfera di operatività delle circostanze e la parallela attivazione di un fenomeno di integrazione fra (gli elementi previsti da) più disposizioni di legge. Ma sotto altro profilo anche perché, stante la riscontrata impossibilità di caratterizzare le circostanze in ragione di un loro esclusivo rilievo finalistico e/o commisurativo, questo specifico fenomeno di integrazione normativa non pare suscettibile di essere valutato secondo una logica di mera contrapposizione fra elementi del reato, da un lato, ed elementi meramente circostanziali, dall’altro. Al contrario, proprio il fatto di confluire unitariamente nella determinazione di effetti giuridici diversi da quelli autonomamente conseguenti solo all’avvenuta integrazione dei primi evidenzia l’opportunità di una più attenta considerazione dei rapporti che si vengono a determinare (lo ripetiamo: non fra elementi del reato ed elementi circostanziali, ma) fra l’insieme degli elementi del reato ed il più ampio insieme composto da tutti gli elementi (costitutivi e circostanziali), ai quali la legge ricollega l’applicazione di tale distinta conseguenza sanzionatoria: vale a dire dei rapporti fra una prima, più generica, fattispecie di reato (altrimenti identificabile anche con il concetto di “reato base”) e quella, più specifica (e/o comunque in parte diversamente caratterizzata), che trae origine dalla compenetrazione in quest’ultima della singola disposizione circostanziale¹⁰⁰.

¹⁰⁰ Nell’ambito dello studio più volte citato, con riferimento all’esigenza di meglio contrapporre l’identificazione del c.d. “reato base” rispetto ad eventuali figure circostanziali, avevo accennato all’idea di valutare una soluzione in parte diversa da quelle più tradizionalmente considerate, ipotizzando la possibilità di pervenire al riconoscimento della «esistenza di un fenomeno meramente modificativo ... ogni qual volta l’ipotetica eliminazione di un determinato elemento “di fattispecie” (di una “qualunque” fattispecie: senza distinzione, quindi, fra c.d. “titoli autonomi di reato” e mere fattispecie di “reato circostanziato”) consenta ancora di individuare una (sotto)fattispecie in grado di essere sussunta in un’altra figura di reato diversamente punita» (v. A. MELCHIONDA, *Le circostanze*, cit., p. 752). La soluzione era stata espressamente formulata al solo fine di ricercare un criterio idoneo a valorizzare l’effettivo grado di “autonomia funzionale” della singola fattispecie “circostanziale” e, in questa prospettiva, a differenziarla da quella altrimenti apprezzabile nel c.d. “reato-base”, concetto che avevo considerato così «più correttamente identificabile con quella specifica fattispecie incriminatrice che, di volta in volta, potrà risultare comprensiva di tutti i requisiti necessari a caratterizzare l’illiceità penale di un “fatto” altrimenti insuscettibile di essere ricondotto ad una separata ed autonoma fattispecie penale; di un “fatto”, cioè, che risulterebbe altrimenti insuscettibile di “generare” un effetto di “punibilità”». Ferme, quindi, «le già segnalate ragioni di differenziazione dall’area delle c.d. circostanze improprie, in base a questi presupposti le circostanze del reato (“proprie” e/o “in senso stretto”) verrebbero pertanto ad esprimere un rilievo modificativo del tutto analogo a quello riscontrabile in ogni altro elemento differenziale e/o specializzante, confermando così il carattere di mera variante tecnico-legislativa che, a nostro avviso, contraddistingue l’alternativa fra la previsione di una specifica circostanza (aggravante o attenuante) o la configurazione di una separata figura di reato speciale (“qualificato” o “privilegiato”)». In questa più ampia prospettiva il problema non era quindi «limitato ad una mera verifica dei rapporti fra una determinata fattispecie incriminatrice e le corrispondenti circostanze aggravanti e/o attenuanti, ma impone anche di accertare se, non ostante l’ipotetica eliminazione di uno o più elementi costitutivi di quella medesima fattispecie di reato, il “fatto” corrispondentemente sanzionato possa essere ancora considerato punibile (ancorché con pena diversa) in base ad altra, più generale, fattispecie incriminatrice. Il termine di riferimento ultimo di questa valutazione non è perciò solo quel “determinato” reato che si trova in correlazione con una “determinata” circostanza aggravante o attenuante, bensì “qualsiasi” reato che, in base a quanto previsto dall’attuale ordinamento giuridico, potrà consentire di individuare l’esatta linea di confine fra l’insieme degli “elementi necessari” a generare un “rapporto giuridico penale” (vale a dire: a delineare la fattispecie “più genericamente”

La conclusione è sostanzialmente vicina a quanto già evidenziato da quella parte della dottrina italiana che, come visto, dopo aver ribadito l'impossibilità di qualificare le circostanze se non in ragione dei loro tipici effetti modificativi sulla pena, aveva giustamente sottolineato l'importanza di considerare la stessa rilevanza del fenomeno circostanziale in termini strettamente collegati, non alla singola circostanza, ma all'insieme degli elementi normativamente suscettibili di legittimare l'applicazione dei relativi effetti. Da qui si era perciò giunti a riconoscere la necessità di una corretta ed opportuna valorizzazione, non della sola "fattispecie circostanziale", ma della più ampia "fattispecie del reato circostanziato"¹⁰¹. A differenza di quella originaria impostazione, all'epoca forse condizionata anche dalla netta diversità del regime di imputazione soggettiva, l'inevitabile diversità tra una "fattispecie autonoma di reato" ed una parallela "fattispecie circostanziata di quel medesimo reato" non obbliga, però, anche a postulare una necessaria contrapposizione dogmatica e/o funzionale tra elementi costitutivi e singole circostanze.

È quindi alla luce di queste premesse che si apre la possibilità di rivedere il significato dell'apposita disciplina generale delle circostanze del reato in un'ottica in parte diversa da quella che, secondo larga parte della dottrina italiana, ha invece indotto a configurare in chiave autonoma la rilevanza normativa dell'istituto.

Come già visto, lungi dall'essere intesa quale specifico modello di commisurazione concreta della pena, l'attuale disciplina di computo degli effetti modificativi delle circostanze e le connesse regole sul c.d. concorso di circostanze si prestano ad essere meglio interpretate nella sola ottica del concorso di più fattispecie incriminatrici, prospettando una disciplina parallela a quella del concorso tra fattispecie autonome (o "indipendenti") di reato e destinata alla regolamentazione dei diversi casi di concorso tra una fattispecie autonoma (o "indipendente") di reato ed una o più fattispecie circostanziate (da essa "dipendenti")¹⁰².

Per quanto invece attiene al regime di imputazione soggettiva oggi previsto dall'art. 59 c.p., la rilevata assenza di una univoca omogeneità contenutistica della categoria non consente di pensare alle circostanze quali elementi (pre-)destinati ad essere "imputati" secondo regole diverse da quelle comuni ad altri elementi della fattispecie. La stessa inconferenza delle giustificazioni logiche poste a sostegno

riferibile al fatto concretamente giudicato), e tutto quanto viceversa suscettibile solo di dare luogo all'integrazione di un'altra fattispecie di reato (più, o meno, gravemente sanzionata), ovvero di una mera fattispecie di reato circostanziato». Come è dato vedere, si trattava, quindi, di una soluzione direttamente proiettata verso il tentativo di ricercare una nuova possibilità di razionalizzazione sistematica del modo di operare delle "circostanze" rispetto alla alternativa consistente nella previsione di una "fattispecie autonoma di reato", piuttosto che a fornire un generico nuovo criterio di identificazione delle stesse. E proprio per questo avevo accennato alle possibili perplessità che avrebbero potuto conseguire all'idea di un immediato utilizzo di questa soluzione quale parametro di identificazione delle circostanze, non basandosi su di un criterio originariamente considerato dal legislatore e, per questo, suscettibile di portare a conclusioni contrastanti con quanto diversamente apprezzabile attraverso altri possibili criteri di identificazione della c.d. "voluntas legislatoris". Pur nella somiglianza del criterio considerato, la prospettiva è quindi significativamente diversa da quella emergente dall'importante decisione della Corte di Cassazione, a Sezioni Unite (Cass. pen., S.U., 10 luglio 2002, in «Diritto penale e processo», 2003, 295 ss., con nota di R. BARTOLI, *Truffa aggravata per conseguire erogazioni pubbliche: una fattispecie davvero circostanziante?*) con la quale si è espressamente fatto cenno alla possibilità di identificare l'elemento circostanziale in ragione di un analogo criterio di "eliminazione mentale". Nel formulare una critica alla prospettiva sopra indicata, non pare quindi pertinente l'osservazione che viene formulata da A. MANNA, *Corso di Diritto penale*, P.G., 2015³, pp. 756-759, il quale la valuta solo come una mera «riedizione» in chiave moderna e più sofisticata dello stesso principio di specialità». L'accennata possibilità di procedere alla selezione di un fattore modificativo della punibilità mediante una verifica basata sul criterio della "eliminazione mentale" non è infatti funzionale alla identificazione della singola circostanza, ma solo a quella di meglio identificare il c.d. "reato base".

¹⁰¹ Su questa impostazione v. ancora M. GALLO, *Sulla distinzione*, cit., 566; T. PADOVANI, *Circostanze*, cit., p. 192; A. MELCHIONDA, *Le circostanze*, cit., pp. 717-719; e ora anche A. SPENA, *Accidentalia delicti?*, cit., p. 648.

¹⁰² A. MELCHIONDA, *Le circostanze*, cit., pp. 755-760.

dell'autonoma disciplina adottata nel 1930 obbliga, del resto, ad escludere che la specificità delle regole così introdotte vanti una legittimazione connaturata alla stessa essenza del fenomeno disciplinato. In questa prospettiva le circostanze si prestano allora ad essere più correttamente intese quali elementi del tutto "essenziali" rispetto alla corrispondente fattispecie di "reato circostanziato" (o fattispecie "dipendente")¹⁰³ e, sul piano soggettivo, potranno essere valutate a favore od a sfavore del reo solo se apprezzate in base a quel coefficiente di imputazione soggettiva che, nel vincolante rispetto del principio di colpevolezza (questo il principio certamente riconoscibile nell'attuale disciplina dell'art. 59 c.p.), potrà di volta in volta essere identificato come necessario per esprimere il significato attenuante od aggravante di tale più specifica fattispecie¹⁰⁴. L'assunto è peraltro in sintonia anche con la mantenuta rilevanza oggettiva delle attenuanti, essendo riflesso comunque altrimenti apprezzabile anche nel caso di concorso di fattispecie autonome indipendenti con specialità dell'ipotesi attenuata¹⁰⁵.

L'acquisita inconsistenza ed infondatezza della pur tradizionale tendenza ad assumere la categoria delle circostanze quale espressione di un settore dogmaticamente e/o funzionalmente autonomo e la rilevata necessità di meglio coordinare il corrispondente regime generale con quello parallelamente previsto per altri elementi del reato consente altresì di meglio affrontare i problemi di una eventuale riforma del codice vigente¹⁰⁶.

Su questo versante è infatti impossibile pensare di giungere ad un razionale e definitivo superamento di ogni passata difficoltà, senza avere una chiara e precisa idea, non solo degli effetti che potranno essere ricollegati alla ribadita opportunità di mantenere ferma l'attuale distinzione fra fattispecie incriminatrici di tipo "dipendente" ed "accessorio", e fattispecie viceversa classificate quali vere e proprie figure "indipendenti" di reato; ma anche degli stessi criteri in base ai quali si riterrà di "tradurre" in chiave normativa gli estremi di tale mantenuta esigenza di distinzione.

A meno di non pensare ad una radicale rifondazione dell'attuale sistema di fattispecie incriminatrici su basi di assoluta sintesi e genericità (ad esempio: limitando la tutela di ogni bene

¹⁰³ Il punto è oggi riconosciuto da voci autorevoli: F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 397, in nota.

¹⁰⁴ A. MELCHIONDA, *Le circostanze*, cit., pp. 763-766. Analoga ora anche l'impostazione proposta da S. PUTINATI, *Responsabilità*, cit., pp. 373-379 e da A. SPENA, *Accidentalia delicti?*, cit., pp. 692-694. D'altro canto: che la ricerca dell'esatto criterio di imputazione (e/o di comunicabilità) delle circostanze sia questione da valutarsi con attenzione, sulla base delle specifiche caratteristiche di contenuto del singolo elemento di volta in volta esaminato, e previa considerazione dell'esatto rilievo da questo espresso nell'economia della corrispondente fattispecie complessiva, era assunto già implicitamente sotteso alle ferme parole di critica che, sin dal secolo scorso, avevano indotto a respingere l'ammissibilità di criteri di tipo aprioristico, o prettamente presuntivo: criteri degni di uno «scansafatiche», si disse, «per dispensarsi dall'esame delle varie misure di criminalità»: N. FRAMARINO DE' MALATESTA, *Studio sulla comunicazione delle circostanze nel delitto*, Napoli, Stabilimento tipografico dell'Iride, 1887, p. 46.

¹⁰⁵ Come ho osservato in altra sede (A. MELCHIONDA, *La nuova disciplina di valutazione delle circostanze del reato*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1990, pp. 1470-71), anche la valutazione oggettiva delle attenuanti è regola che appare conforme ad una corretta applicazione del principio di colpevolezza. Ora, una volta abbandonata l'infondata pretesa di muovere dalla espressa disposizione prevista in materia di circostanze attenuanti per desumere da ciò la stessa necessità di contrapposizione con quanto diversamente applicabile agli elementi costitutivi di una autonoma (ed "indipendente") fattispecie incriminatrice (per questa tesi v. invece F. STELLA, *L'errore sugli elementi specializzanti*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1964, p. 84), e visto il maggior fondamento della tesi opposta (A. FIORELLA, *L'errore sugli elementi differenziali del reato*, Tivoli, 1979), il regime complessivamente previsto potrebbe fornire elementi sufficienti per giustificare una valutazione sostanzialmente omogenea anche nei casi di mancata conoscenza di elementi differenziali "privilegiati" (v. A. MELCHIONDA, *Le circostanze*, cit., p. 769, nota 144).

¹⁰⁶ Per un quadro di massima delle più recenti proposte di riforma in materia di circostanze, mi permetto rinviare ancora a quanto osservato in A. MELCHIONDA, *Le circostanze*, cit., pp. 14-26, nonché a quanto successivamente precisato da G. AMARELLI, *Caratteri e limiti della disciplina delle circostanze del reato*, in AA.VV., *Quale riforma del codice penale? Riflessioni sui Progetti Nordio e Pisapia*, a cura di C. Fiore, S. Moccia, A. Cavaliere, Napoli, ESI, 2009, p. 183; L. PELLEGRINI, *Circostanze del reato*, cit., pp. 382-385; e soprattutto D. PULITANÒ, *Circostanze del reato. Problemi e prospettive*, in *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, a cura di S. Vinciguerra e F. Dassano, Napoli, ESI, 2010, pp. 707-719.

giuridico ad una sola fattispecie di portata generale, e quindi rinunciando, non solo alla tipicizzazione di più specifiche modalità di lesione, ma anche alla stessa previsione di fattispecie “speciali” e/o “complesse), non pare, in effetti, che l’idea di una drastica eliminazione della disciplina delle circostanze possa essere seriamente accolta¹⁰⁷. In linea di massima si può, infatti, ammettere che tutti i problemi connessi all’accennata esigenza di diversificazione delle singole fattispecie incriminatrici ben potrebbero essere risolti anche mediante la disciplina del concorso di reati e del concorso apparente di norme. E’ tuttavia verosimile pensare, che il legislatore possa, ad esempio, rinunciare drasticamente a distinguere il reato di furto da quello di rapina? Ovvero che possa altrimenti rinunciare alla distinzione fra reati comuni e reati propri? Al di là della apparente banalità della esemplificazione, l’interrogativo è, in realtà, di estrema importanza: perché nel momento stesso in cui si decidesse di mantenere ferme tali distinzioni, nascerebbe automaticamente una prima esigenza: quella di stabilire, se tali ipotesi “speciali” di reato debbano, o meno, essere assoggettate alla medesima disciplina prevista per ogni altra fattispecie astrattamente suscettibile di evidenziare un rapporto di specialità con una comune, e più semplice, fattispecie di reato. Rispetto agli esempi ipotizzati, nascerebbe, cioè, l’esigenza di decidere quali rapporti applicativi riconoscere fra la rapina ed ogni altra possibile figura “aggravata” del reato di furto; ovvero fra ogni singolo reato proprio ed altre ipotesi aggravate del corrispondente reato comune. Qualora la scelta legislativa si orientasse a favore di una separata valorizzazione di queste astratte possibilità di concorso fra più fattispecie “speciali”; se, cioè, (come risulta comune alle principali codificazioni vigenti e come è di fatto avvenuto in tutti gli ordinamenti che abbiamo avuto modo di esaminare) si decidesse di svincolare l’ambito di applicabilità delle prime fattispecie indicate da ogni possibile concorso con tutte le residue ipotesi aggravanti e/o attenuanti della corrispondente fattispecie comune, l’opzione per una necessaria distinzione fra le varie fattispecie astrattamente suscettibili di esprimere una rilevanza modificativa delle conseguenze previste per un determinato “reato-base” non sarebbe più altrimenti eludibile: a questo punto, in sostanza, al pari di quanto previsto anche dall’attuale disciplina italiana, sarebbe di nuovo necessario distinguere fra fattispecie modificative dipendenti da una determinata ipotesi base, e fattispecie parimenti modificative, sì, ma a loro volta legislativamente configurate quali veri e propri “titoli autonomi di reato”: vale a dire, come nuove e separate fattispecie incriminatrici indipendenti¹⁰⁸.

Come visto, con l’attuale disciplina degli effetti modificativi delle circostanze il codice vigente ha dato risposta (forse inconsapevole) ad una costante (e sinora non altrimenti eludibile) esigenza legislativa di fornire un’adeguata e coerente “organizzazione sistematica”, non solo di tutti i casi nei quali si sia ritenuto opportuno e/o necessario diversificare le conseguenze sanzionatorie previste in astratto per un certo reato, bensì anche delle molteplici interrelazioni che si vengono inevitabilmente a determinare a seguito della previsione di fattispecie incriminatrici fra loro caratterizzate da un diretto rapporto di specialità (sia di tipo unilaterale, che bilaterale). Ed è quindi nella prospettiva della necessaria

¹⁰⁷ Di recente, posizione più favorevole ad una soluzione “abolizionista” è stata invece assunta da L. PELLEGRINI, *Circostanze del reato*, cit., pp. 383-386.

¹⁰⁸ Sulla rilevanza di questi approfondimenti *de jure condendo* ancora fondamentali sono le riflessioni di G. RADBRUCH, *Die gesetzliche Strafänderung*, in *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts*, A.T., Berlin, Liebmann, 1908, vol. III, pp. 189-219, e di R. MAURACH, *Die Behandlung der unselbständigen tatbestandlichen Abwandlungen und der eigenständigen Verbrechen de lege ferenda*, in *Materialien zur Strafrechtsreform*, vol. I (*Gutachten der Strafrechtslehrer*), Bonn, 1954, pp. 249-258. Di recente, con specifico riferimento alle segnalate prospettive di riforma della disciplina italiana delle circostanze v. altresì D. PULITANO, *Circostanze del reato*, cit., p. 717. Per le ragioni indicate nel testo, non ritengo che la problematica della distinzione tra circostanze ed elementi costitutivi possa essere risolta solo mediante una generica “eliminazione delle circostanze”: in questo senso conclude invece G. AMARELLI, *Circostanze ed elementi essenziali*, cit., pp. 2840-2843.

previsione di questa disciplina che deve essere valutato il fondamento, l'utilità e la apprezzabilità delle regole vigenti.

Sul piano delle rimanenti "regole generali" in materia di circostanze, le basi di una eventuale riforma del sistema vanno viceversa correlate con quanto sopra osservato circa gli attuali spazi di rivisitazione dell'odierna disciplina. Una volta definitivamente superata ogni infondata tendenza a valorizzare inesistenti differenze fra circostanze ed altri elementi della fattispecie incriminatrice anche nell'ottica dei criteri di imputazione soggettiva, o dei paralleli canoni di "comunicabilità" fra compartecipati, l'attuale previsione di regole separate potrebbe tranquillamente essere abbandonata¹⁰⁹, sulla falsa riga di quanto accade anche in altre legislazioni straniere¹¹⁰. Tanto in questo caso, quanto nell'ipotesi di eventuale conservazione dell'attuale separazione di regime, andrebbe comunque meglio chiarita la necessità di disciplinare secondo criteri omogenei anche l'intero insieme degli elementi differenziali riconducibili ad una fattispecie incriminatrice "indipendente" e, in questa prospettiva, fermo il definitivo superamento dell'attuale criterio di irrilevanza delle attenuanti meramente supposte¹¹¹, andrebbe viceversa mantenuta l'opposta regola della rilevanza delle situazioni attenuanti solo oggettivamente integrate (salve ovvie deroghe imposte dalle caratteristiche intrinseche degli elementi di volta in volta considerati)¹¹².

Ciò premesso, è, però, altresì chiaro che, proprio per la strettissima correlazione esistente fra la tecnica di previsione di elementi (o circostanze) finalizzati ad una variazione delle conseguenze sanzionatorie fissate per una certa figura di reato ed il più generale assetto di un nuovo codice penale, eventuali scelte di revisione dell'attuale "sistema" delle circostanze non potrebbero non essere condizionate, da un lato, dalle stesse soluzioni adottate in vista di una eventuale revisione delle tecniche di predeterminazione delle varie fattispecie incriminatrici e, dall'altro, da quanto si riterrà di operare sul piano delle sanzioni complessivamente previste.

Sul primo versante, ferma l'innegabile l'opportunità di una (quanto meno parziale) revisione dell'attuale ipertrofia del sistema delle circostanze, si potrebbe, ad esempio, pensare a soluzioni analoghe a quelle che, pur risultati ancora controversi, hanno portato in Germania alla previsione dei c.d. *Regelbeispiele*¹¹³. Ma è ovvio che ogni decisione, anche di questo tenore, non potrebbe non tenere conto di quanto parallelamente operato sul piano della più generale riforma del sistema sanzionatorio e dall'eventuale opzione (anche) per una più articolato assetto di sanzioni. Rispetto alla tradizionale

¹⁰⁹ In passato, avevamo avanzato perplessità rispetto alla soluzione in questo senso proposta da C.F. GROSSO, *Responsabilità penale personale*, cit., 279; v. MELCHIONDA, *La "rilevanza oggettiva"*, cit., 1406. Le ragioni di questo dissenso erano tuttavia interamente determinate dal timore di possibili "ritorni" a passate soluzioni di tipo "oggettivo", potenzialmente favoriti dalla perdurante tendenza a considerare le circostanze quali elementi intrinsecamente diversi da quelli costitutivi del reato.

¹¹⁰ L'esempio più corretto, in quanto non condizionato dalle "problematiche circostanziali" che hanno viceversa contraddistinto gli altri ordinamenti innanzi analizzati, è certamente quello offerto dall'attuale legislazione tedesca: A. MELCHIONDA, *Le circostanze*, cit., pp. 338-348.

¹¹¹ Trattasi, infatti, di regola che appare in contrasto con una corretta applicazione del principio di colpevolezza (C.F. GROSSO, *Responsabilità penale*, in «Enciclopedia del Diritto», Milano, Giuffrè, 1968, vol. XV, p. 715) e che necessita di opportuna riforma (C.F. GROSSO, *Questioni aperte in tema di imputazione del fatto*, in AA. VV., *Verso un nuovo codice penale. Ininerari - Problemi - Prospettive*, Milano, Giuffrè, 1993, p. 254; A. MELCHIONDA, *La nuova disciplina*, cit., pp. 1476).

¹¹² Sulle caratteristiche di questa disciplina rinvio ancora a quanto riferito in A. MELCHIONDA, *La nuova disciplina*, cit., pp. 1470-71.

¹¹³ Per più ampi riferimenti, rinvio a quanto precisato in A. MELCHIONDA, *Le circostanze*, cit., pp. 320-325. In senso favorevole ad una tecnica di tipo esemplificativo v. anche il noto documento presentato dalla PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI, *Circolare 5 febbraio 1986, n. 1.1.2/17611/46 - Criteri orientativi per la scelta tra delitti e contravvenzioni e per la formulazione delle fattispecie penali*, in «Cassazione penale», 1986, p. 632. A favore di una prospettiva di abbandono del sistema attuale, mediante una riconfigurazione delle circostanze quale meri criteri nominati di commisurazione intraeditale della pena, v. ora G. AMARELLI, *Caratteri e limiti*, cit., p. 187.

previsione della sanzione detentiva, l'articolazione delle fattispecie e delle relative specificazioni aggravanti ed attenuanti ben potrebbe, in ogni caso, essere rivista in chiave parzialmente difforme dall'attuale, con un recupero differenziato della rilevanza modificativa di queste ultime: da un lato, mantenendo la previsione di fattispecie speciali con diretta incidenza sui limiti edittali; dall'altro, provando nuovamente ad esplorare gli spazi di una delimitazione interna della cornice edittale, in ipotesi anche mediante la previsione di sottofattispecie "circostanziate" caratterizzate, come detto, da una rilevanza non vincolante o meramente esemplificativa. E, in questa prospettiva, una semplificazione ed una razionalizzazione del sistema vigente potrebbe essere ottenuta anche con il ricorso ad un modello improntato sulle c.d. classi di pena¹¹⁴.

Inutile ed impossibile, in ogni caso, proseguire qui una riflessione che merita e necessita di ben più ampio spazio. Il quadro complessivo appare comunque sufficientemente chiaro. Affrancata da tralatici schemi concettuali e da inutili ed infondati retaggi dogmatici del passato, la disciplina italiana delle circostanze si rivela oggi per quello che è: non già il portato di una categoria ontologica del diritto penale, ma solo un modello di soluzione tecnica e contingente di molteplici riflessi di ordine sistematico e funzionale. Se si vuole pensare ad una riforma del sistema vigente è bene, allora, tenere conto che, come è stato fondatamente osservato, «i problemi che oggi si accavallano attorno al mondo artificiale delle circostanze possono essere meglio inquadrati e (forse) risolti se usciamo dalla caverna di tralatici schemi dogmatici e sottoponiamo i modelli legislativi ad analisi critiche che ne disvelino le ideologie implicite e le disfunzioni»¹¹⁵.

In questa prospettiva, pare allora lecito concludere, che la disciplina italiana delle circostanze è ancora in grado di fornire spunti meritevoli di approfondimento, trattandosi di disciplina che, come visto, se attentamente valutata e compresa ha in sé ancora molto di "vivo" ed il cui "futuro" non pare possa essere genericamente liquidato con una sua drastica e solo apparentemente risolutiva eliminazione.

Bibliografia

- ALIMENA, B. **I limiti e i modificatori dell'imputabilità**. vol. III, Torino: Utet, 1899.
- ALONSO ALAMO, M. **El sistema de las circunstancias del delito**. Valladolid, 1981.
- AMARELLI, G. Caratteri e limiti della disciplina delle circostanze del reato, in AA.VV., **Quale riforma del codice penale? Riflessioni sui Progetti Nordio e Pisapia**, a cura di C. Fiore, S. Moccia, A. Cavaliere, Napoli: ESI, 2009.
- AMARELLI, G. Circostanze ed elementi essenziali del reato: il difficile distinguo si ripropone per il furto in abitazione, in **Cassazione penale**, 2007, p. 2815-2843.
- BELLAVISTA, G. Il potere discrezionale del giudice nell'applicazione della pena, in **Il Tommaso Natale**, 1975.
- BETTIOL, G. **Diritto penale**. 12ª ed. Padova: Cedam, 1982.
- BINDING, K. **Handbuch des Strafrechts**. Berlin: Duncker & Humblot, 1885.
- BRICOLA, F. **La discrezionalità nel diritto penale**. Milano: Giuffrè, 1965.
- BRICOLA, F. Le aggravanti indefinite. Legalità e discrezionalità in tema di circostanze del reato. **Rivista italiana di diritto e procedura penale**, 1964.
- BRICOLA, F. Rapporti fra dommatica e politica criminale. **Rivista italiana di diritto e procedura penale**, 1988.

¹¹⁴ Per una nota proposta di ristrutturazione globale dell'attuale tecnica di predeterminazione edittale delle pene v. T. PADOVANI, *La disintegrazione*, cit., pp. 443-452. Per esigenze di sintesi, sull'ipotizzata opzione di riforma degli effetti modificativi delle circostanze aggravanti ed attenuanti mi permetto qui rinviare a quanto precisato in A. MELCHIONDA, *Riforma del sistema sanzionatorio e cornici edittali di pena. Brevi note a favore di un sistema fondato sulle c.d. "classi di pena"*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2013, pp. 1292-1299.

¹¹⁵ D. PULITANÒ, *Circostanze del reato*, cit., p. 719.

- BRICOLA, F. Riforma del processo penale e profili di diritto penale sostanziale, in **Studi in memoria di Pietro Nuvolone**, vol. III, Milano: Giuffrè, 1991.
- CARRARA, F. Ricettazione dolosa di cose furtive, in **Opuscoli di diritto criminale**, Firenze: Cammelli, 5ª ed., vol. III, 1898.
- CHAUVEAU, A.; HÉLIE, F. **Théorie du Code Pénal**. Bruxelles: Meline, vol. I, 1845.
- CIGNA, D. Il sistema delle circostanze di reato nel diritto positivo. **Rivista Penale**, v. XC, 1919. pp. 445-461.
- CIGNA, D. **Le circostanze del reato nella dottrina, nella legge, nella storia**. Milano: SEI, 1916.
- CIGNA, D. Le circostanze di reato nella critica giuridica e storica. **Rivista Penale**, v. LXXXIX, 1919. pp. 371-390.
- CIGNA, D. Le circostanze procedurali. **Rivista Penale**, v. LXXXIX, 1919. pp. 138-142.
- CIGNA, D. **Positivismo e diritto**. Palermo: Trimarchi, 1921.
- COCURULLO, B. **Le circostanze del reato**. Napoli, 1940.
- CONTENTO, G. **Corso di diritto penale**. Bari: Laterza, 1989.
- CONTENTO, G. **Introduzione allo studio delle circostanze del reato**. Napoli: Jovene, 1963.
- CONTI, U. La pena e il sistema penale del codice italiano, in **Enciclopedia del diritto penale italiano**, a cura di E. Pessina, Milano: SEI, vol. IV, 1910.
- CORDERO, F. Circostanze “generiche” e termine di prescrizione. **Rivista italiana di diritto e procedura penale**. 1958.
- COSTA, S. Circostanze oggettive e soggettive del reato, in **Nuovo Digesto Italiano**, Torino: Utet, vol. III, 1938.
- CRIVELLARI, G. **Il Codice per il Regno d'Italia**. Torino: Utet, vol. VIII, 1898.
- DAVID, R. **I grandi sistemi giuridici contemporanei**. 2ª ed., Padova: Cedam, 1973.
- DE VERO, G. **Circostanze del reato e commisurazione della pena**. Milano: Giuffrè, 1983.
- DE VERO, G. Le circostanze del reato al bivio tra reintegrazione e disintegrazione sistematica. I riflessi delle novelle del 1984. **Rivista italiana di diritto e procedura penale**, 1986.
- DELOGU, T. Potere discrezionale del giudice penale e certezza del diritto. **Rivista italiana di diritto e procedura penale**, 1976.
- DOLCINI, E. **La commisurazione della pena**. Padova: Cedam, 1979.
- DOLCINI, E. Potere discrezionale, in **Enciclopedia del Diritto**, Milano: Giuffrè, vol. XXXIV, 1985.
- DURANTE, S. Attenuanti, in **Digesto Italiano**, Torino: Utet, vol. IV-2, 1926, pp. 144-162.
- ENGISCH, K. **Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit**. Heidelberg: Winter, 1953.
- FERRI, E. Progetto preliminare di Codice penale italiano per i delitti (1921), in E. FERRI, **Principii di diritto criminale**. Torino: Utet, 1928.
- FIANDACA, G.; MUSCO, E. **Diritto penale**, P.G. 8ª ed. Bologna: Zanichelli, 2019.
- IORE, C.; IORE, S. **Diritto penale**, P.G. 6ª ed. Torino: Utet, 2020.
- FLORIAN, E. Del concorso fra le varie circostanze di cui all'art. 29, in **La Cassazione Unica**, 1904.
- FRAMARINO DE' MALATESTA, N. **Studio sulla comunicazione delle circostanze nel delitto**. Napoli: Stabilimento tipografico dell'Iride, 1887.
- FROSALI, R.A. **Concorso di norme e concorso di reati**. 2ª ed. Milano: Giuffrè, 1971.
- GALLO, M. Sulla distinzione tra figura autonoma di reato e figura circostanziata. **Rivista italiana di diritto penale**, 1949.
- GARÇON, E. **Code pénal annoté**. Paris, vol. I, 1952.
- GARRAUD, R. **Traité théorique et pratique du Droit Pénal français**. 3ª ed. Paris, vol. II, 1914.
- GEERDS, F. **Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht**. Hamburg: Hansischer Gildenverlag J. Heitmann, 1961.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. **Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal**. Valencia: Tirant lo Blanc, 1988.
- GROSSO, C.F. Questioni aperte in tema di imputazione del fatto, in AA. VV., **Verso un nuovo codice penale. Itinerari - Problemi - Prospettive**. Milano: Giuffrè, 1993.
- GROSSO, C.F. Responsabilità penale, in **Enciclopedia del Diritto**, Milano: Giuffrè, vol. XV, 1968.
- GUERRINI, R. **Elementi costitutivi e circostanze del reato**. Milano: Giuffrè, 1988.
- KLASS, G.K.W. **Das Zusammentreffen von qualifizierten und privilegierten Delikten**. Frankfurt am Main, 1960.
- LATAGLIATA, A.R. **Circostanze discrezionali e prescrizione del reato**. Napoli: Jovene, 1967.
- LEGRAVEREND, J. M. **Traité de la législation criminelle en France**. 3ª ed. Paris: Imprimerie Royale vol. I, 1830.
- LEONE, G. **Reato abituale, continuato e permanente**. Napoli: Jovene, 1937.
- LUCCHINI, Aggravanti (cause) e attenuanti (cause), in **Digesto Italiano**. Torino: Utet, vol. II-2, 1893, pp. 1-3.

- MALINVERNI, A. *Circostanze del reato*, in **Enciclopedia del Diritto**, Milano: Giuffrè, vol. VII, 1961.
- MALINVERNI, A. Per una teoria generale delle circostanze aventi a fondamento la personalità del soggetto attivo del reato. **La Scuola Positiva**, 1965.
- MANNA, A. Circostanze del reato, in **Enciclopedia Giuridica**, Roma: Treccani, vol. VI, 1993.
- MANTOVANI, F. **Diritto penale**. 10ª ed. Padova: Cedam, 2017.
- MARCONI, G. **Il nuovo regime di imputazione delle circostanze aggravanti**. Milano: Giuffrè, 1992.
- MARINI, G. Circostanze del reato (Diritto penale), in **Novissimo Digesto Italiano**. Torino: Utet, 1980.
- MARINI, G. **Le circostanze del reato. Parte generale**. Milano: Giuffrè, 1965.
- MARINUCCI, G.; DOLCINI, E.; GATTA, G.L. **Manuale di diritto penale**, P.G. 11ª ed., Milano: Giuffrè, 2022.
- MASSA, M. **Le attenuanti generiche**. Napoli: Jovene, 1959.
- MASUCCI, L. Il sistema di commisurazione delle pene. **Supplemento della Rivista Penale**, v. II, 1893-94.
- MAURACH, R. **Die Behandlung der unselbständigen tatbestandlichen Abwandlungen und der eigenständigen Verbrechen de lege ferenda**, in *Materialen zur Strafrechtsreform, (Gutachten der Strafrechtslehrer)*. Bonn, vol. I, 1954.
- MELCHIONDA, A. La nuova disciplina di valutazione delle circostanze del reato. **Rivista italiana di diritto e procedura penale**, 1990.
- MELCHIONDA, A. **Le circostanze del reato. Origine, sviluppo e prospettive di una controversa categoria penalistica**. Padova: Cedam, 2000.
- MELCHIONDA, A. Riforma del sistema sanzionatorio e cornici edittali di pena. Brevi note a favore di un sistema fondato sulle c.d. “classi di pena”. **Rivista italiana di diritto e procedura penale**, 2013, pp. 1292-1299.
- MIRTO, P. Le circostanze del reato e la nozione di elementi caratterizzanti. **Rivista Penale**, (XCVII), 1923.
- MORO, A. **Unità e pluralità di reati**. Padova: Cedam, 1951.
- ORTOLAN, J. **Éléments de droit penal**. 5ª ed. Paris, 1886.
- PACHECO, J.F. **El Código Penal concordado y comentado**. 5ª ed. Madrid, vol. I, 1881.
- PADOVANI, T. Appunti sull'evoluzione del concetto di colpevolezza. **Rivista italiana di diritto e procedura penale**, 1973.
- PADOVANI, T. Circostanze del reato, in **Digesto delle discipline penalistiche**. Torino: Utet, vol. II, 1988.
- PADOVANI, T. La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria editale. **Rivista italiana di diritto e procedura penale**, 1992.
- PAGLIARO, A. **Il fatto di reato**. Palermo: Priulla, 1960.
- PALAZZO, F. **Corso di diritto penale**. 8ª ed., Torino: Giappichelli, 2021.
- PANNAIN, R. **Gli elementi essenziali e accidentali del reato**. Roma: Athenaeum, 1936.
- PECCIOLI, A. **Le circostanze privilegiate nel giudizio di bilanciamento**. Genova: Brigati, 2008.
- PEDROSA MACHADO, M.N. **Circunstâncias das infracções e sistema do direito penal português**. Lisboa, 1989.
- PELLEGRINI, L. **Circostanze del reato: trasformazioni in atto e prospettive di riforma**. Firenze: Firenze University Press, 2014.
- PETERS, K. **Die kriminalpolitische Stellung des Strafrichters bei der Bestimmung der Strafrechtsfolgen**. Berlin: Springer, 1932.
- PREZIOSI, S. **La fattispecie qualificata**. Padova: Cedam, 2000.
- PUECH, M. **Les grands arrêts de la jurisprudence criminelle**. Paris: Cujas, vol. I, 1976.
- PULITANÒ, D. Circostanze del reato. Problemi e prospettive, in *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, a cura di S. Vinciguerra e F. Dassano, Napoli: ESI, 2010.
- PUTINATI, S. **Responsabilità dolosa e colposa per le circostanze aggravanti**. Torino: Giappichelli, 2008.
- RADBRUCH, G. **Die gesetzliche Strafänderung, in Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts**, A.T. Berlin: Liebmann, vol. III, 1908.
- RISICATO, L. **Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato**. Milano: Giuffrè, 2001.
- ROSSI, P. **Trattato di Diritto penale**. Trad. di E. Pessina, Torino: Utet, 1853.
- SABATINI, G. Appunti sulle circostanze del reato e sul loro concorso, in **Archivio Penale**, v. I, 1952.
- SALINERO ALONSO, C. **Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y el artículo 66 del Código Penal**. Granada: Comares, 2000.
- SANTORO, A. **Teoria delle circostanze del reato**. Roma: Tipografia delle Mantellate, 1933.
- SANTORO, A. **Le circostanze del reato**. Torino: Utet, 1952.
- SANTORO, A. Circostanze del reato, in **Novissimo Digesto Italiano**. Torino: Utet, vol. III, 1959.
- SPENA, A. Accidentalità delicti? Le circostanze della struttura del reato. **Rivista italiana di diritto e procedura penale**. 2009.
- STILE, A.M. **Il giudizio di prevalenza e di equivalenza tra le circostanze**. Napoli: Jovene, 1971.

- STILE, A.M. La minore età nel gioco delle circostanze del reato ex art. 69 c.p., in **Giurisprudenza di merito**, v. II, 1975.
- STILE, A.M. Probleme und Besonderheiten der Strafzumessung in Italien. **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**, (94), 1982.
- TIRAQUELLUS, A. **De poenis legum ac consuetudinum, Statutorumque temperandis, aut etiam remittendis, et id quibus quotque ex causis**. Venetiis, 1560.
- VASSALLI, G. Reato complesso, in **Enciclopedia del Diritto**, Milano: Giuffrè, vol. XXXVIII, 1987.
- WÜRTENBERGER, T. Die irrationalen Elemente bei der Strafzumessung, in **Kriminalpolitik im sozialen Rechtsstaat**, Stuttgart: Enke, 1970.
- WÜRTENBERGER, T. **La situazione spirituale nella scienza penalistica in Germania**, trad. it. a cura di M. Losano e F.G. Répaci, Milano: Giuffrè, 1965.
- ZUCCALÀ, G. Delle circostanze del reato, in **Commentario breve al Codice Penale**, a cura di A. Crespi, F. Stella e G. Zuccalà, Padova: Cedam, 1992.

O “modelo italiano” de disciplina das circunstâncias do delito. Críticas e perspectivas de reforma

The "Italian model" of regulation of the circumstances of the crime. Critics and perspectives of a reform.

Alessandro Melchionda 

Professor Ordinário de Direito Penal
da Università di Trento, Itália

Tradutor:

Pablo Rodrigo Alflen 

Professor Associado da Universidade
Federal do Rio Grande do Sul

Resumo: O texto desenvolve uma análise geral da disciplina específica e articulada das chamadas “circunstâncias agravantes e atenuantes do crime”, que ainda são previstas na Itália pelo Código Penal de 1930. O tema sempre foi objeto de análise controversa, tanto dogmática quanto funcional, e apresenta muitos aspectos críticos. Partindo de uma análise histórico-comparativa inovadora da regulamentação italiana atual, o estudo examina as mais recentes propostas para a eliminação da categoria e conclui lançando as bases para uma “releitura” do sistema de circunstâncias italiano também na perspectiva de uma possível reforma do Código Penal.

Palavras-chave: circunstâncias agravantes e atenuantes, elementos acidentais do delito, formas de manifestação do delito, dosimetria da pena, imputações subjetivas das circunstâncias

Abstract: Il testo sviluppa una analisi della specifica ed articolata disciplina generale delle c.d. “circostanze aggravanti ed attenuanti del reato”, che è ancora oggi prevista in Italia dal codice penale del 1930. La materia è da sempre oggetto di un controverso inquadramento, sia dogmatico, che funzionale, e presenta molteplici profili di criticità. Procedendo da una rinnovata verifica storico-comparatistica dell’attuale disciplina italiana, lo studio prende in esame le più recenti proposte di eliminazione della categoria e conclude fissando le basi per una “rilettura” del sistema italiano delle circostanze anche nella prospettiva di un’eventuale riforma del codice penale.

Parole chiave: circostanze aggravanti ed attenuanti, elementi accidentali del reato, forme di manifestazione del reato, commisurazione della pena, imputazione soggettiva delle circostanze

Abstract: The text develops an analysis of the specific and articulated general regulation of the so-called “aggravating and mitigating circumstances of the crime”, which is still provided for in Italy today by the Criminal Code of 1930. The subject has always been the subject of a controversial framing, both dogmatic and functional, and presents multiple critical profiles. Proceeding from a renewed historical-comparative review of the current Italian discipline, the study examines the most recent proposals for the elimination of the category and concludes by

setting the basis for a “rereading” of the Italian system of circumstances also in the perspective of a possible reform of the penal code.

Keywords: aggravating and attenuating circumstances, incidental elements of the offense, forms of manifestation of the offense, dosimetry of the penalty, subjective imputations of circumstances

1. A regulamentação das chamadas “circunstâncias do delito” representou notoriamente uma das mais importantes inovações sistemáticas, no âmbito do Código Penal italiano de 1930¹.

Os indicadores, neste sentido, são numerosos. O primeiro, por exemplo, é apreciado desde um ponto de vista meramente quantitativo: o simples reconhecimento de muitas disposições centradas na previsão de circunstâncias individuais agravantes ou atenuantes revela uma consistência do fenômeno das circunstâncias que certamente, e não por acaso, levou a atribuir ao sistema italiano uma espécie de verdadeira “supremacia de amplitude europeia”².

Os aspectos mais importantes, no entanto, estão ligados aos pressupostos técnico-legislativos e, desde este ponto de vista, este aspecto também foi objeto de menção expressa no âmbito dos trabalhos preparatórios do código: de fato, várias partes concordaram em indicar a nova disciplina geral das circunstâncias como “uma das partes mais importantes e características da reforma”³; “uma verdadeira construção”⁴, acrescentando, inclusive, que permitia “inovar radicalmente toda a concepção teórica tradicional da legislação”⁵.

A consequência mais evidente desta drástica revolução foi sem dúvida a opção por uma técnica essencialmente casuística, neste caso também caracterizada pela introdução paralela de um outro aspecto de maior relevância. Assim, além de uma lista articulada de circunstâncias agravantes e atenuantes individuais previstas em relação a figuras delitivas específicas (os exemplos das numerosas circunstâncias agravantes previstas nos arts. 576 e 577 do CP italiano para o crime de homicídio e no art. 625 para o crime de furto são emblemáticos), foram inseridas no Primeiro Livro do Código, nos arts. 61 e 62 do Código Penal, circunstâncias agravantes e atenuantes que foram consideradas suscetíveis de serem valoradas em relação a uma gama mais ampla de ilícitos: daí a diferenciação tradicional entre “*circunstâncias comuns*” e “*circunstâncias especiais*”.

A importância particular desta novidade foi amplamente destacada pelo próprio Ministro Alfredo Rocco que, numa famosa passagem do relatório sobre o projeto final do código, chamou a atenção para a possibilidade abstrata de uma opção entre vários modelos de disciplina, distinguindo entre a escolha genérica de conferir ao juiz o poder de aumentar ou diminuir a pena, sem fornecer indicações mais específicas quanto aos pressupostos e/ou critérios deste amplo poder discricionário; ou, como

¹ Muitos aspectos deste artigo são abordados e tratados com maiores detalhes no estudo específico: A. MELCHIONDA, *Le circostanze del reato. Origine, sviluppo e prospettive di una controversa categoria penalistica*, Padova, Cedam, 2000. Remeto, portanto, a este texto para citações bibliográficas e jurisprudenciais mais extensas, limitando-me aqui a referir apenas os dados essenciais e as citações textuais.

² A. MALINVERNI, *Per una teoria generale delle circostanze aventi a fondamento la personalità del soggetto attivo del reato*, in «La Scuola Positiva», 1965, p. 196.

³ *Relazione del Prof. Berenini per l'Università di Parma*, in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, editado pelo Ministério da Justiça e Assuntos Religiosos, vol. III-1ª, Osservazioni e proposte sul Progetto preliminare di un nuovo codice penale, Roma, 1928, p. 451.

⁴ *Relazione del Prof. Pinto per l'Università di Urbino*, in *Lavori preparatori*, cit., p. 454.

⁵ *Relazione del Prof. Lanza per l'Università di Catania*, in *Lavori preparatori*, cit., p. 449.

alternativa, completar este primeiro modelo indicando critérios orientadores, que poderiam servir de guia para o juiz; ou, ainda, proceder a uma meticulosa e taxativa listagem de várias circunstâncias agravantes e atenuantes⁶. Não obstante a opção acima referida por esta última solução, a codificação italiana de 1930 caracterizou-se também pela utilização paralela destes critérios para a mensuração discricionária da pena que, tal como estabelecido no art. 133 do novo código, levou então à posterior contraposição entre as chamadas “*circunstâncias próprias*” e as chamadas “*circunstâncias impróprias*”⁷.

Neste plano, portanto, houve uma clara diferença com relação ao quadro normativo anterior. No contexto do Código Penal italiano de 1889 as únicas circunstâncias com efeito comum a todos os delitos só eram identificáveis na figura, embora articulada, da reincidência e numa série de situações adicionais, todas incluídas no Título IV do código, formalmente dedicado à disciplina “Da imputabilidade, e das causas que a excluem ou diminuem”. Estas incluíam, em particular, a previsão de uma redução de pena para a pessoa que sofria de um déficit mental parcial (art. 47), para aquelas que tenham agido em estado de embriaguez acidental (art. 48), para aquelas que tenham reagido após uma provocação (art. 51), bem como para todas aquelas hipóteses “clássicas” sobre a questão da menoridade do sujeito ativo (arts. 54, 55, 56). O eixo central da disciplina prevista pelo Código Zanardelli foi, no entanto, representado por aquela disposição adicional sobre o tema das circunstâncias atenuantes genéricas (art. 59), que o próprio Ministro Rocco indicou como exemplo típico de uma solução técnica oposta à que foi adotada pela nova legislação de 1930.

Drasticamente inovadoras, no entanto, foram também as disposições específicas que foram introduzidas precisamente a fim de proporcionar uma disciplina unitária e homogênea de toda a esfera das circunstâncias do delito. A legislação de 1889, entretanto, carecia de tal disciplina: as regras mais importantes foram as ditadas para a aplicação e cálculo individual da pena (art. 29); as relativas aos casos de erro sobre a pessoa (art. 52); e, finalmente, as dedicadas à regulamentação da chamada comunicabilidade das circunstâncias entre os vários participantes que concorrem para a mesma infração (arts. 65 e 66); uma estrutura muito menos articulada e homogênea do que aquela que caracterizou a solução posteriormente adotada pelo Código Penal de 1930, e não por acaso, também reforçada pela disposição de um capítulo inteiro do Livro I, expressamente dedicado à disciplina geral “Das circunstâncias do delito”.

Com efeito, é precisamente na regulamentação mais geral das circunstâncias que se pode ver o núcleo de maior importância sistemática que o instituto assumiu no ordenamento penal italiano de 1930. Na verdade, estas disposições delinearam uma plataforma normativa com características absolutamente específicas, tanto no que diz respeito ao regime de imputação subjetiva das circunstâncias (arts. 59 e 60 do Código Penal), quanto no que diz respeito aos efeitos modificadores da pena e ao eventual concurso, homogêneo ou heterogêneo, de várias circunstâncias (arts. 63, 64, 65, 66, 68 e 69 do Código Penal). Além destas regras, havia também um outro conjunto de disposições normativas (como, por exemplo, o art. 84 do Código Penal, para fins de delimitação do chamado delito complexo; o art. 118 do Código Penal, em relação à valoração das circunstâncias no caso de concurso de pessoas no delito; o art. 157 do Código Penal, em relação ao regime de cômputo da prescrição; e o art. 9 do Código Penal, para os efeitos sobre a distinção entre delitos e contravenções) que, embora localizadas em outras partes do código, em

⁶ *Relazione sul Libro 1° del Progetto*, in *Lavori preparatori*, cit., vol. V-1ª, Roma, 1929, p. 110.

⁷ Para um exame mais amplo dos trabalhos preparatórios do Código Rocco, consulte A. MELCHIONDA, *Le circostanze*, op. cit., pp. 486-493.

conjunto contribuíram para estabelecer uma disciplina geral que era inteiramente original e inovadora⁸.

Com o advento do Código Rocco o papel assumido com relação à relevância geral do fenômeno das circunstâncias emerge, porém, também à luz do que parece ter marcado o exame científico paralelo. Além de alguns trabalhos centrados na análise de hipóteses circunstanciais isoladas e tratamentos eventuais motivados por problemas de natureza puramente técnica, não parece, de fato, que, antes do advento do Código Penal de 1930, a categoria das circunstâncias tivesse sido objeto de estudos particularmente abrangentes e com notoriedade. Certamente, se olharmos para um passado mais distante, escritos de indubitável importância hoje ainda são notados e lembrados⁹. Mas se fizermos uma comparação com a abordagem das “modernas” questões do Direito Penal, antes de 1930 os únicos escritos dedicados a um exame global do assunto limitavam-se a um par de verbetes enciclopédicos, também desprovidos de significativas percepções dogmáticas¹⁰, e a alguns estudos mais específicos que, no entanto, permaneciam à margem do debate principal da época¹¹. Com a promulgação do Código Rocco, por outro lado, é evidente a súbita aceleração que imediatamente se verificou no interesse no estudo das circunstâncias do delito, o qual foi objeto de mais de uma investigação monográfica e, desde então, permaneceu praticamente sempre no centro da atenção científica italiana¹².

A difusão e permanência de tal interesse articulado e constante pelo tema deve, sem dúvida, ser

⁸ Sobre a importância central desta disciplina mais ampla, veja, por todos: A.M. STILE, *Il giudizio di prevalenza e di equivalenza tra le circostanze*, Napoli, Jovene, 1971, p. 53.

⁹ A referência é à obra de A. TIRAQUELLUS, *De poenis legum ac consuetudinum, Statutorumque temperandis, aut etiam remittendis, et id quibus quotque ex causis*, Venetiis, 1560.

¹⁰ Referimo-nos, em particular, à “voz” de: S. DURANTE, *Attenuanti*, in «Digesto Italiano», Torino, Utet, 1926, vol. IV-2, 1926, pp. 144-162, e ao anterior de LUCCHINI, *Aggravanti (cause) e attenuanti (cause)*, in «Digesto Italiano», Torino, Utet, 1893, vol. II-2, 1893, pp. 1-3.

¹¹ Entre eles destaca-se, sobretudo, o ensaio de P. MIRTO, *Le circostanze del reato e la nozione di elementi caratterizzanti*, in «Rivista Penale», 1923, (XCVII), p. 424 e a vasta obra de Domenico Cigna, complexamente articulada em duas monografias (D. CIGNA, *Le circostanze del reato nella dottrina, nella legge, nella storia*, Milano, SEI, 1916; ID., *Positivismo e diritto*, Palermo, Trimarchi, 1921), e em uma série posterior com trabalhos menores (ID., *Le circostanze di reato nella critica giuridica e storica*, in «Rivista Penale», 1919, LXXXIX, pp. 371-390; ID., *Le circostanze procedurali*, in «Rivista Penale», 1919, LXXXIX, pp. 138-142; ID., *Il sistema delle circostanze di reato nel diritto positivo*, in «Rivista Penale», 1919, XC, pp. 445-461). Sobre o papel e a importância destes estudos, gostaria de me referir mais uma vez ao que foi observado em: A. MELCHIONDA, *Le circostanze*, op. cit., pp. 445-457.

¹² Mesmo da simples consideração das principais monografias e verbetes enciclopédicos publicados após 1930, emerge uma clara confirmação desse maior interesse: em ordem cronológica, A. SANTORO, *Teoria delle circostanze del reato*, Roma, 1933; R. PANNAIN, *Gli elementi essenziali e accidentali del reato*, Roma, Athenaeum, 1936; S. COSTA, *Circostanze oggettive e soggettive del reato*, in «Nuovo Digesto Italiano», Torino, Utet, 1938, vol. III, p. 164; B. COCURRELLA, *Le circostanze del reato*, Napoli, 1940; A. SANTORO, *Le circostanze del reato*, Torino, Utet, 1952; M. MASSA, *Le attenuanti generiche*, Napoli, Jovene, 1959; A. SANTORO, *Circostanze del reato*, in «Novissimo Digesto Italiano», Torino, Utet, 1959, vol. III, p. 264; A. MALINVERNI, *Circostanze del reato*, in «Enciclopedia del Diritto», Milano, Giuffrè, 1961, vol. VII, p. 66; G. CONTENTO, *Introduzione allo studio delle circostanze del reato*, Napoli, Jovene, 1963; G. MARINI, *Le circostanze del reato. Parte generale*, Milano, Giuffrè, 1965; A.R. LATAGLIATA, *Circostanze discrezionali e prescrizione del reato*, Napoli, Jovene, 1967; A. STILE, *Il giudizio*, cit.; G. MARINI, *Circostanze del reato (Diritto penale)*, in «Novissimo Digesto Italiano», Torino, Utet, 1980, app. A-COD, p. 1254; G. DE VERO, *Circostanze del reato e commisurazione della pena*, Milano, Giuffrè, 1983; R. GUERRINI, *Elementi costitutivi e circostanze del reato*, Milano, Giuffrè, 1988; A. MANNA, *Circostanze del reato*, in «Enciclopedia Giuridica», Roma, Treccani, 1993, vol. VI, p. 1; T. PADOVANI, «*Circostanze del reato*», in «Digesto delle discipline penalistiche», Torino, Utet, 1988, vol. II, p. 187.; G. MARCONI, *Il nuovo regime di imputazione delle circostanze aggravanti*, Milano, Giuffrè, 1992; G. ZUCCALÀ, *Delle circostanze del reato*, in «Commentario breve al Codice Penale», a cura di A. Crespi, F. Stella e G. Zuccalà, Padova, Cedam, 1992, p. 188; S. PREZIOSI, *La fattispecie qualificata*, Padova, Cedam, 2000; S. PUTINATI, *Responsabilità dolosa e colposa per le circostanze aggravanti*, Torino, Giappichelli, 2008; A. PECCIOLI, *Le circostanze privilegiate nel giudizio di bilanciamento*, Genova, Brigati, 2008; L. PELLEGRINI, *Circostanze del reato: trasformazioni in atto e prospettive di riforma*, Firenze, Firenze University Press, 2014. Obviamente, a esses escritos deve-se acrescentar uma quantidade muito grande de ensaios, artigos, comentários a decisões e breves observações, que também contribuíram para o aprofundamento de vários aspectos de relevância geral do instituto e para os quais remeto às indicações fornecidas em A. MELCHIONDA, *Le circostanze*, op. cit., pp. 32-34.

analisada também à luz do trabalho legislativo subsequente, em particular, das muitas alterações legislativas que tiveram repercussões na estrutura original da regulamentação das circunstâncias, que implicitamente foi eleita como ponto privilegiado para a implementação dos mais variados objetivos de política criminal. Os exemplos são vastos: das primeiras modificações efetuadas sobre o tema das atenuantes genéricas em 1944, imediatamente após a queda do regime fascista, com a introdução do art. 62bis do CP, à “revolução” provocada pela famosa modificação de 1974 sobre a ponderação de circunstâncias prevista no art. 69 do CP; da previsão da nova categoria das chamadas circunstâncias de “efeitos especiais”, introduzida em 1984 com a modificação do art. 63 do CP, à reforma do regime de imputação objetiva das circunstâncias introduzida em 1990, por meio da alteração do art. 59 do CP e do art. 118 do CP; da legislação aprovada sobre a emergência terrorista, até aquela que interveio em resposta ao grave fenômeno dos sequestros de pessoas; das muitas disposições sobre anistia, com relação à verificação de determinados tipos de circunstâncias, como pré-requisito decisivo para a exclusão ou não do benefício, até às muitas alterações legislativas em matéria de competência, medidas cautelares, reincidência e prescrição etc. Ao todo, há muitas intervenções que tiveram a oportunidade de afetar perfis individuais de relevância para o fenômeno das circunstâncias; e isto, na verdade, com a inserção de modificações que, embora inspiradas por uma lógica de mera correção de vanguarda, representam o fruto de uma incapacidade consistente de proceder a reformas mais radicais do código ainda hoje em vigor, alterando assim também a estrutura original do código ao ponto de, como foi observado, colocar toda a categoria das circunstâncias diante do risco de uma verdadeira desintegração sistemática.¹³

2. Apesar desta grande atenção dada ao estudo do tema, o resultado do debate penal italiano não parece ter sido coroado com resultados uniformes e compartilháveis.

De acordo com uma solução atualmente generalizada, a análise da regulamentação das circunstâncias do delito é desenvolvida em um capítulo situado em uma posição separada e autônoma, tanto no que diz respeito ao tratamento da estrutura constitutiva do delito quanto no que diz respeito às implicações mais específicas sobre a mensuração da pena¹⁴. Em consonância com esta primeira perspectiva de enquadramento, há também uma tendência generalizada e consolidada de ver nas características básicas do instituto uma espécie de ponte funcional entre a abstração dos pressupostos sobre os quais as questões relativas à responsabilidade criminal são tratadas e a exigência oposta de concretização e de individualização do *quantum* de pena aplicável à pessoa considerada responsável pelo fato cometido.

A este respeito, tornou-se uma espécie de axioma, quase incontestável e indiscutível, a célebre referência à possibilidade de ver na regulamentação das circunstâncias do delito “a tentativa mais explícita do legislador de aproximar ao máximo possível o direito do fato, em uma matéria que, mais do que qualquer outra, tem como objeto a necessidade urgente de não dissociar a regulamentação jurídica da realidade humana”¹⁵. E é especialmente a partir desta perspectiva que, como mencionado, “a distinção entre elementos essenciais e acessórios torna-se uma verdadeira constante do pensamento

¹³ G. DE VERO, *Le circostanze del reato al bivio tra reintegrazione e disintegrazione sistematica. I riflessi delle novelle del 1984*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1986, p. 49.

¹⁴ Por todos: G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale*, p.g., Bologna, Zanichelli, 2019, 8ª ed., p. 435 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, Cedam, 2017, 10ª ed., p. 395 ss.; G. MARINUCCI - E. DOLCINI - G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, p.g., Milano, Giuffrè, 2022, 11ª ed., p. 655 ss.; F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2021, 8ª ed., p. 492 ss.

¹⁵ G. CONTENTO, *Introduzione*, op. cit., p. 2.

jurídico-penal”¹⁶.

A esta aparente homogeneidade do enquadramento geral não corresponde, todavia, uma unissonância de opiniões semelhante no tocante aos fundamentos dogmáticos e funcionais.

Os primeiros estudos sobre a matéria (certamente condicionados a uma abordagem “técnico-jurídica” que era dominante na época e notoriamente pouco aberta a uma leitura “crítica” da legislação positiva) interpretaram imediatamente a estrutura geral das novas regras, e em particular a autonomia das regras válidas apenas para as circunstâncias, como uma espécie de precipitação lógica direta do que de outra forma seria atribuível à categoria dos chamados “*elementos accidentais do delito*”, ou seja, aqueles elementos que, como dizemos, ao contrário dos chamados “*elementos essenciais do delito*”, desempenham um papel puramente acessório e secundário no que diz respeito à responsabilidade criminal, sendo principalmente relevante para o *quantum* de pena a ser imposto ao autor¹⁷.

No entanto, submetida a um exame mais detalhado, esta primeira abordagem não encontrou apoio. De fato, objetou-se que, no nível das normas que regulam a formação da norma jurídica, cada elemento que se soma aos já previstos em determinada norma legal (complementando ou modificando seu conteúdo) gera “uma nova norma com tipo próprio e com suas próprias consequências jurídicas”, tornando-se assim também um elemento totalmente essencial para a dimensão constitutiva desta última¹⁸. Com base nessas premissas e, portanto, excluindo radicalmente qualquer possibilidade de basear a diferença entre as circunstâncias e outros elementos do delito em pressupostos de natureza pré-jurídica supostamente referentes à categoria dos chamados *accidentalia delicti*, uma primeira linha de abordagem considerou que as circunstâncias poderiam ser qualificadas como elementos que, assim como os próprios elementos essenciais, dão origem a um fato típico autônomo abstrato (o do chamado delito circunstanciado) e, dada à relevância (e à disciplina) jurídica destes fatos particulares em comparação com aqueles que podem ser classificados como genuínos delitos autônomos, as circunstâncias foram assim dogmaticamente classificadas como elementos modificadores (não do título, mas apenas) da chamada “forma de manifestação do delito”¹⁹. Uma conclusão diversa foi alcançada por uma orientação interpretativa posterior que, afastando-se da consideração do critério particular do cálculo da pena estabelecido pelo art. 63, 1, do CP apenas para o delito circunstanciado (com a valoração das circunstâncias da pena somente como um passo posterior à quantificação da chamada pena-base), sustentou que as circunstâncias poderiam ser melhor classificadas como “elementos autônomos do tipo concreto”: ou seja, como elementos que, embora permanecendo estranhos à estrutura constitutiva do tipo abstrato, contribuiriam para dar vida a uma espécie de tipo intermediário, formalmente distinto também daquele representado pelo conjunto ainda mais amplo de elementos (concretos) que, de acordo com a norma do art. 133 do CP, são relevantes (segundo o esquema acima mencionado do art. 63, 1, do Código Penal) para fins de determinação da chamada pena-base²⁰.

Este contraste de opiniões também foi acentuado à luz dos resultados de pesquisas posteriores mais diretamente focadas nos aspectos funcionais do instituto. Em particular: a suposta equivalência entre circunstâncias e elementos constitutivos do delito no plano do chamado tipo abstrato encontrou

¹⁶ F. BRICOLA, *Le aggravanti indefinite. Legalità e discrezionalità in tema di circostanze del reato*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1964, p. 1051.

¹⁷ R. PANNAIN, *Gli elementi*, op. cit., pp. 19 e 161; A. SANTORO, *Le circostanze*, op. cit., p. 25.

¹⁸ M. GALLO, *Sulla distinzione tra figura autonoma di reato e figura circostanziata*, in «Rivista italiana di diritto penale», 1949, p. 565.

¹⁹ G. MARINI, *Le circostanze*, op. cit., p. 58.

²⁰ G. CONTENTO, *Introduzione*, op. cit., p. 78.

maior confirmação na opinião daqueles que, à luz do disposto no art. 157 do CP, relativo à prescrição (obviamente na versão anterior às modificações introduzidas pela Lei nº 251/2005), entenderam correto considerar as circunstâncias como elementos que, assim como os elementos constitutivos do delito, estão funcionalmente ligados à fase de determinação da pena. Em outras palavras, elas seriam elementos que, longe de operar no âmbito da mensuração concreta da pena, seriam diretamente relevantes no plano da chamada mensuração legal, uma vez que são regulados como verdadeiras “causas de modificação da pena”²¹. Uma conclusão diversa foi alcançada por aqueles que, inspirando-se na redação específica do art. 63, 1, do CP, entenderam mais correto enquadrar a função das circunstâncias numa perspectiva de mera individualização concreta da pena: a previsão desta incidência fracionária específica sobre a chamada pena-base representaria assim a confirmação da importância concreta das circunstâncias como exclusivas e autônomas, de modo a diferenciá-las, não apenas dos elementos relevantes na determinação da pena, mas daqueles mesmos elementos fáticos que podem ser apreciados, de acordo com a norma prevista no art. 133 do CP, somente dentro daqueles limites²².

No entanto, estas posições não ficam imunes a críticas. A tese das circunstâncias como “elementos autônomos do chamado tipo concreto” (como tais, caracterizadas também por um suposto valor concretamente mensurável) foi objetada principalmente por se adaptar somente a uma tipologia limitada de circunstâncias (ou seja, àquelas atribuíveis à mencionada norma do art. 63, 1, do CP) e, portanto, por não fornecer uma justificação teórico-sistemática adequada e completa para a disciplina do instituto²³. A classificação oposta das circunstâncias como elementos funcionalmente homogêneos aos do próprio tipo abstrato do delito, mas modificando somente sua forma de manifestação, foi, ao contrário, contestada pela absoluta diversidade dos efeitos da regulamentação das circunstâncias com relação aos outros institutos assim classificados de forma semelhante: no caso deste último, e em particular no caso das regras sobre tentativa e concurso de pessoas no delito, há, de fato, uma ampliação do campo de aplicabilidade de uma determinada figura de delito a situações que de outra forma permaneceriam fora de seu escopo; por outro lado, profundamente diferente é o efeito modificador que é determinado no caso do chamado delito circunstanciado, já que este último envolve uma seleção de fatos já puníveis com base em um tipo penal separado. As circunstâncias também intervêm na esfera de aplicabilidade da norma incriminadora individual, mas com um efeito exatamente oposto ao dos outros institutos normalmente enquadrados entre as formas de manifestação do delito: elas não ampliam, mas restringem o círculo de fatos já atribuíveis a uma figura delitiva autônoma e, portanto, não assumem qualquer relevância direta no chamado aspecto constitutivo da punibilidade²⁴.

De um modo geral, porém, é evidente que todas estas soluções interpretativas são absolutamente inconciliáveis entre si. Se avaliadas à luz desse parâmetro de taxatividade desejável, que um ilustre professor oportunamente sugeriu que fosse utilizada também para fins de uma necessária verificação das categorias dogmáticas mais tradicionais da teoria geral do delito²⁵, as bases atuais de enquadramento da temática das circunstâncias ainda parecem longe de fornecer respostas homogêneas e lineares.

²¹ A.M. STILE, *Il giudizio*, op. cit., p. 54.

²² G. DE VERO, *Circostanze*, op. cit., pp. 124-125.

²³ A.M. STILE, *Il giudizio*, op. cit., pp. 54-58; T. PADOVANI, *Circostanze*, op. cit., 192; A. MELCHIONDA, *Le circostanze*, op. cit., pp. 533-542.

²⁴ A. MELCHIONDA, *Le circostanze*, op. cit., p. 557. Per conclusioni analoghe v. ora anche L. RISICATO, *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato*, Milano, Giuffrè, 2001, pp. 104-114.

²⁵ F. BRICOLA, *Rapporti fra dommatica e politica criminale*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1988, p. 16.

3. Diante desta constante incapacidade de apresentar uma justificativa autônoma e uniforme pela suposta peculiaridade geral das circunstâncias, em tempos mais recentes tem-se considerado preferível prescindir da lógica da necessária e absoluta oposição entre as circunstâncias e os demais elementos do tipo delitivo. Inspirando-se também por um renovado exame histórico-comparativo da disciplina atual do instituto, destacou-se, assim, a possibilidade de considerar as circunstâncias como verdadeiros e próprios elementos constitutivos dos tipos penais abstratamente considerados, caracterizando-se, assim, pelo fato de assumirem uma importância sistemática como categoria “meramente dependente” com relação aos tipos penais fundamentais de referência: ou seja, seria uma questão de tipos privados de uma relevância aplicativa autônoma, na medida em que estão subordinados à integração paralela a um tipo incriminador “independente”, e como tal formalmente diferenciados daquelas hipóteses modificadoras adicionais, que o legislador tem considerado preferível tornar “independentes” e sujeitas ao mesmo regime que este último (daí a configuração daquelas hipóteses particulares como delitos especiais que, como no caso do delito de “roubo” em oposição ao de “furto” e em oposição às hipóteses conexas de “furto circunstanciado”, são desvinculadas do regime de aplicação típico das circunstâncias)²⁶.

Para melhor compreender o fundamento desta abordagem diversa, e de modo a retomar um reflexo potencialmente significativo (também numa perspectiva *de jure condendo*) deste trabalho de reavaliação sistemática e funcional do atual regime das circunstâncias, também é necessário, no entanto, levar em conta outro aspecto problemático da legislação atual.

A própria determinação do conceito de “circunstância”, como visto, apresenta aspectos nada fáceis ou óbvios. Embora contestada em seu fundamento, uma abordagem ainda hoje recorrente tende a partir de um dado de aparente certeza, muitas vezes considerado apreciável devido à mesma raiz etimológica do termo “circunstância” (precisamente representativo de algo que “*circum stat*” a um “*quid*” em si já completo), e que, nesta perspectiva, confirmaria a ideia de fundo de considerar as circunstâncias como elementos meramente acidentais do delito, uma vez que não são necessárias à sua integração e só são relevantes porque são suscetíveis de produzir efeitos modificativos (no sentido agravante ou atenuante) sobre a pena²⁷.

Em consonância com esta definição, a própria origem do conceito de circunstância tem sido muitas vezes relacionada à obra de Cícero, que, partindo de uma ideia argumentativa já presente no pensamento de Aristóteles, teria pela primeira vez elaborado uma espécie de sistematização das circunstâncias, entendidas como particularidades concretas do ato humano. Isso se traduziria, então, na elaboração de uma fórmula de caráter geral que, nos termos em que posteriormente foi atribuída ao orador romano por São Tomás, seria substancialmente a seguinte: “*Quis, quid, ubi, quibus auxiliis, seu instrumentis, cur, quomodo, quando, circa quod*”²⁸.

Independentemente da real pertinência e utilidade dessas frágeis raízes etimológicas, o conceito de circunstâncias do delito não é definido de forma inequívoca na legislação vigente: algumas vezes é referido como “circunstâncias atenuantes (ou agravantes) da pena” (art. 59 do CP), enquanto outras vezes é utilizada a expressão “circunstâncias atenuantes (ou agravantes) do delito” (arts. 61 e 62 do CP). Ao mesmo tempo, o conceito se reflete na valoração legislativa de aspectos individuais que são muito diferentes uns dos outros: dependendo do caso, na verdade, trata-se de elementos referentes ao perfil

²⁶ A. MELCHIONDA, *Le circostanze*, op. cit., pp. 717-719. De acordo com esta abordagem veja também A. SPENA, *Accidentalita delicti? Le circostanze della struttura del reato*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2009, p. 648.

²⁷ Veja também G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale*, op. cit., p. 435.

²⁸ G. BETTIOL, *Diritto penale*, Padova, Cedam, 1982, 12ª ed., p. 519.

objetivo ou ao perfil subjetivo do delito, ao autor ou à vítima do delito, até mesmo potencialmente apreciáveis na combinação do tipo individual com outras figuras delitivas.

Não é raro, portanto, que tais incertezas de definição sejam mais acentuadas por uma gama ainda maior de noções muitas vezes herdadas de um vocabulário penal cuja origem ou fundamento nem sempre é claro e que, embora aparentemente também tenham a intenção de delinear aspectos igualmente referentes ao fenômeno mais amplo da modificação de penas, na ausência de um posicionamento normativo expresso, nem sempre se consiga apreciar de forma tecnicamente completa. É o caso, por exemplo, de conceitos como “causas e/ou circunstâncias atenuantes”, “causas e/ou circunstâncias qualificadoras”, “condições objetivas de punibilidade” etc., todas fórmulas que, embora nem sempre sejam expressamente reconhecidas na legislação, muitas vezes ressurgem também da jurisprudência, às vezes com um valor totalmente equivalente às outras noções utilizadas, e às vezes, em vez disso, para contrastá-las com estas últimas e assim justificar a adoção de soluções de aplicação que são totalmente antitéticas àquelas aparentemente impostas por uma mera consideração dos dados positivos²⁹.

É claro que o significado dessas incertezas geralmente é apenas marginal e secundário. Tomados em seu conjunto, porém, estes mesmos problemas contribuíram para determinar e, em certos aspectos, acentuar aquele estado de profunda dificuldade, que há muito impede uma identificação e uma delimitação convincentes da esfera de aplicação exclusiva das normas específicas ditadas para as circunstâncias do delito.

Olhando mais de perto, esse é justamente o aspecto mais problemático da atual disciplina do instituto, pois mina a própria possibilidade de uma legitimação normativa autônoma e racional da categoria. E é um problema “antigo”. Já nos primeiros escritos imediatamente posteriores ao advento do código penal de 1930, a doutrina logo percebeu a necessidade de uma determinação precisa dos critérios de identificação das circunstâncias³⁰. O resultado de todas as soluções propostas até à data é, no entanto, decididamente negativo.

Como mencionado, nenhuma indicação útil pode ser obtida do conteúdo das várias circunstâncias previstas: a mesma fórmula introdutória dos arts. 61 e 62 do CP é, aliás, clara ao precisar que, conforme o caso, um elemento idêntico pode assumir importância tanto como elemento constitutivo como, alternativamente, como circunstância agravante ou atenuante.

Portanto, considerando a impossibilidade de identificação de um tipo de conteúdo, voltou-se a atenção para a disciplina geral do instituto (e em particular para o disposto nos arts. 63 a 69 do CP). Destacou-se, assim, que o principal (senão o único) aspecto identificador do instituto só poderia ser apreendido na previsão explícita de efeitos modificativos que afetam diretamente a sanção principal prevista em lei para determinado tipo de delito³¹. Desde este ponto de vista, a possibilidade de o legislador fixar o efeito modificativo pretendido em termos genéricos (recorrendo assim à fórmula «a

²⁹ Para um precedente bem conhecido, veja A.M. STILE, *La minore età nel gioco delle circostanze del reato ex art. 69 c.p.*, in «Giurisprudenza di merito», 1975, II, p. 290. A identidade substancial de significados assumida pela noção de circunstância “atenuante” e/ou “minorante” é, aliás, também confirmada pela rubrica do art. 311 do CP, onde se define assim uma hipótese de atenuação da pena caracterizada pelo típico impacto modificador das circunstâncias “em sentido estrito”. Como se sabe, a noção de “circunstâncias minorantes” também recuperou a sua importância, sobretudo na sequência das reduções específicas das penas introduzidas pelo novo código de processo penal: F. BRICOLA, *Riforma del processo penale e profili di diritto penale sostanziale*, in *Studi in memoria di Pietro Nuvolone*, vol. III, Milano, Giuffrè, 1991, p. 78.

³⁰ R. PANNAIN, *Gli elementi*, op. cit., pp. 169-187.

³¹ G. MARINI, *Le circostanze*, op. cit., pp. 18-29; T. PADOVANI, *Circostanze*, op. cit., pp. 188-190; A. MELCHIONDA, *Le circostanze*, op. cit., pp. 715-719.

pena é aumentada» ou «a pena é diminuída») constitui um indício de considerável precisão a favor da natureza do elemento em causa como uma circunstância. Trata-se, no entanto, de uma fórmula incapaz de ser adequadamente interpretada senão em virtude da necessária combinação com as normas específicas estabelecidas apenas para as circunstâncias do delito previstas nos arts. 64 e 65 do CP.³²

Em muitos casos, porém, a previsão de uma pena mais grave ou mais branda do que a que de outro modo seria aplicável ainda não permite atribuir a natureza de circunstância a um elemento específico. E mesmo a possível alteração da modalidade de pena prevista para o delito em sua forma fundamental não pode ser considerada como um critério unívoco para excluir a natureza do elemento em causa como circunstância. Alguns autores consideraram, então, possível atribuir valor decisivo a alguns outros critérios de aplicação geral: em particular (limitando a consideração aqui apenas às opiniões que também foram refletidas na jurisprudência), alguns se referiram assim à possibilidade de considerar as circunstâncias como elementos incapazes de afetar a esfera do bem jurídico protegido³³; por outro lado, postulou-se a diferente possibilidade de identificar as circunstâncias como elementos caracterizados por uma relação de especialidade necessária com a esfera constitutiva do crime³⁴. No entanto, nenhuma das soluções apresenta uma resposta inequivocamente positiva: no primeiro caso, porque a mesma disciplina do art. 84 do CP, para além de questões mais complexas sobre a própria identificação dos critérios de delimitação da esfera do bem jurídico, confirma a possibilidade abstrata de qualificar como circunstância também o que já é separadamente relevante como figura autônoma do delito (com conseqüente relevância autônoma também em termos de conexão com um objeto de proteção bem determinado - e diferente)³⁵. Com relação ao segundo critério proposto, no entanto, a falta de coerência com o dado positivo pode ser deduzida do próprio fato de que uma relação semelhante de especialidade necessária também é encontrada pacificamente na relação entre os elementos constitutivos de dois tipos autônomos de delito (por exemplo: roubo e furto), o que já condiciona *a priori* a possibilidade de identificar uma linha de fronteira adequada para ser assumida como um requisito realmente “típico” das circunstâncias por si só³⁶.

À luz destas premissas, então, é evidente a ausência de um critério unívoco diferenciador e, como já foi dito anteriormente, a conseqüente necessidade, caso a caso, de “encontrar na lei os sinais, as expressões da vontade do legislador, os sintomas a partir dos quais se pode deduzir se se trata de uma elementar do tipo ou uma de circunstância”³⁷.

Se comparado com a clara especificidade e autonomia da disciplina que a doutrina italiana reconhece à categoria das circunstâncias do delito, esse resultado interpretativo é um dos dados mais desconcertantes do debate criminal sobre esse instituto. Isto, sobretudo, se se tiver em conta como o ressurgimento cíclico de problemas já há algum tempo discutidos e enfrentados, longe de evidenciar um verdadeiro fundamento jurídico, muitas vezes se revelou funcional apenas para a apresentação de diferentes conclusões interpretativas, e ao contrário daquelas que uma avaliação mais coerente e alheia ao contexto normativo talvez tivesse permitido – senão até forçado –, considerar. Ou seja, mesmo esses

³² T. PADOVANI, *Circostanze*, op. cit., p. 196; R. GUERRINI, *Elementi*, op. cit. pp. 35-36.

³³ G. LEONE, *Reato abituale, continuato e permanente*, Napoli, Jovene, 1937, p. 238.

³⁴ A. SANTORO, *Le circostanze*, op. cit., pp. 211-212; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, op. cit., pp. 400-402.

³⁵ M. GALLO, *Sulla distinzione*, op. cit., pp. 563-564; T. PADOVANI, *Circostanze*, op. cit., pp. 194-195; A. MELCHIONDA, *Le circostanze*, op. cit., pp. 568-569.

³⁶ T. PADOVANI, *Circostanze*, op. cit., pp. 194-195.

³⁷ M. GALLO, *Sulla distinzione*, op. cit., p. 566; R. GUERRINI, *Elementi*, op. cit. pp. 79-80. Sull'esito "fallimentare" di ogni tentativo di soluzione univoca del problema v. di recente G. AMARELLI, *Circostanze ed elementi essenziali del reato: il difficile distinguo si ripropone per il furto in abitazione*, in «Cassazione penale», 2007, pp. 2815-2843.

aspectos tendem a se apresentar como causas indiretas daquela situação mais geral de caos e incerteza que, além de se indicar um defeito intrínseco à mesma dimensão geral da categoria, contribui decisivamente para a renovação agora constante e imediata de controvérsias e divergências de opinião, assim que novas intervenções legislativas abordem alguns aspectos específicos da respectiva disciplina normativa.

A problemática do instituto não se manifesta dentro das margens de operação de uma reflexão circunscrita às agravantes ou atenuantes. Devido às muitas correlações infrassistemáticas que a matéria apresenta com outros institutos fundamentais do direito penal, muitas das questões acima mencionadas assumem, muitas vezes, uma importância decisiva em termos da própria punibilidade, em sentido amplo, de um determinado sujeito.

Apurar se um determinado elemento tem ou não o caráter de circunstância é, de fato, uma questão que, em muitos casos, também tem repercussão na responsabilidade penal, uma vez que as regras que regem os parâmetros relativos à imputação subjetiva são diferentes; e mesmo que as inovações recentes tenham reduzido parcialmente a amplitude dos efeitos anteriormente apreciáveis³⁸, certamente ainda há muitos casos em que a incerteza sobre a qualificação exata de um dado elemento apresenta reflexos de importância central³⁹.

No entanto, em um dos mais recentes manuais de direito penal italiano, lemos, ainda hoje, o seguinte: “do ponto de vista pré-legislativo, a diferença de *ratio* que passa entre a configuração de uma circunstância, agravante ou atenuante, e a previsão de uma hipótese autônoma de delito, é muito clara. Ao delinear um tipo penal incriminador, o legislador procura preencher uma lacuna real ou suposta na proteção penal, proporcionando de forma adequada a proteção de um certo bem jurídico contra uma forma *específica* de agressão; ao prever uma circunstância agravante ou atenuante, o legislador busca, simplesmente, adaptar a pena aplicável ao maior ou menor desvalor do fato típico, que se considera resultar de um determinado modo de execução do fato ou, de modo geral, à presença de certas ‘circunstâncias’ de sua realização”⁴⁰.

Como já observado, o alcance desses esclarecimentos parece, no entanto, ir muito além do que de outra forma pode ser detectado a partir de uma análise direta do ordenamento jurídico vigente. A este respeito, basta considerar também a singela disposição contida no art. 84 do CP, para observar imediatamente como a categoria de circunstâncias é formalmente capaz de envolver até mesmo “fatos que constituam, por si mesmos, um delito”⁴¹. De um primeiro ponto de vista, é evidente que a relevância funcional do instituto não se presta a circunscrever somente a adequação da pena prevista para um determinado fato típico às suas possíveis variações, desenvolvendo-se, inclusive, para além desta esfera de atuação mais restrita e interagindo diretamente com o fenômeno da convergência de normas e do concurso de delitos. De outro ponto de vista, isso também nos permite apreciar como o processo de

³⁸ Por exemplo, a reforma de 2005, sobre a prescrição, reduziu a importância original da edição anterior: F. CORDERO, *Circostanze “generiche” e termine di prescrizione*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1958, p. 824; A.R. LATAGLIATA, *Circostanze*, op. cit.

³⁹ A importância das reflexões sobre o tema da ação penal é da maior importância: no que diz respeito à controvérsia passada sobre a incidência da reincidência no regime de persecução do crime de fraude, permito-me referir o que observei em *Recidiva e regime di procedibilità*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1987, p. 63, e a decisão das Seções Reunidas: Cass. 31 gennaio 1987, in «Il Foro Italiano», 1987, II, c. 633, com meus comentários em *Nuovi e vecchi problemi sulla natura circostanziale della recidiva*.

⁴⁰ C. FIORE . S. FIORE, *Diritto penale*, P.G., Torino, Utet, 2020, 6ª ed., p. 420; em sentido semelhante G. CONTENTO, *Corso di diritto penale*, Bari, Laterza, 1989, p. 47.

⁴¹ G. VASSALLI, *Reato complesso*, in «Enciclopedia del Diritto», Milano, Giuffrè, 1987, vol. XXXVIII, p. 819.

criação legislativa de uma nova figura de delito não reflete necessariamente uma exigência de superação de uma “lacuna real ou suposta” na tutela normativa de um certo interesse jurídico, como também pode ser justificado por uma mera escolha de diversificação dos reflexos punitivos ligados à aplicação de outras normas incriminadoras.⁴² Além disso, em vários casos, a própria previsão de uma figura delitiva autônoma parece responder a uma lógica completamente análoga àquela primeira mais genericamente indicada como um pressuposto pré-jurídico de todo o fenômeno das circunstâncias⁴³. Também desde este ponto de vista, parece difícil atribuir à contraposição entre elementos constitutivos e circunstâncias do delito essa diferença inequívoca de funções e papéis, que as afirmações acima citadas procuram, pelo contrário, apresentar como indicação de uma distinção imanente na mesma dimensão ontológica do direito penal.

4. Como mencionado, à luz desta constante situação de incerteza, em tempos mais recentes pareceu metodologicamente mais apropriado optar pela tentativa de uma revisão radical dos vários problemas subjacentes ao tema das circunstâncias. Mais precisamente, diante da reconhecida insuficiência de qualquer esforço prévio de racionalização dogmática e funcional do sistema vigente, pareceu útil passar de uma eliminação substancial do debate para uma remodelação da linha investigativa em uma perspectiva histórico-comparativa⁴⁴.

O valor metodológico desta solução não necessita ser particularmente enfatizado. É sabido que “a pesquisa histórica evita considerar as perspectivas multiformes de uma categoria dogmática como ‘fenômenos’ de estruturas imersas em um presente eterno e imutável, em uma atemporalidade asséptica que as esvazia do real significado que assumem na concretude de sua aplicação histórica. A recuperação deste significado, por outro lado, abre caminho para destacar o verdadeiro objetivo, não apenas no plano estritamente jurídico, mas também no plano ideológico-político *lato sensu*, de uma categoria dogmática; e, em última análise, para garantir uma compreensão não formalista e abstrata”⁴⁵. De outro ponto de vista, reconhece-se também a estrita complementaridade que esta primeira linha de investigação assume na relação com as implicações posteriores de natureza comparativa: “a origem histórica de nossas classificações, o caráter relativo de nossos conceitos, o condicionamento político ou social de nossas instituições só nos são revelados claramente se, para estudá-los, nos colocarmos fora de nosso próprio sistema jurídico”⁴⁶. Se nos limitarmos ao estudo de um único ordenamento, algumas classificações podem de fato parecer imprescindíveis. O direito comparado, por outro lado, mostra-nos como estes não são dotados de valor absoluto e permite-nos abordar melhor “o problema, para além da sua origem, da

⁴² O papel da disciplina das circunstâncias no marco do fenômeno do concurso de leis penais e de delitos também tem sido objeto de importantes estudos (R.A. FROSALI, *Concorso di norme e concorso di reati*, Milano, Giuffrè, 1971, 2ª ed., p. 352-353; A. MORO, *Unità e pluralità di reati*, Padova, Cedam, 1951, p. 63), mas, como observei em outro lugar (A. MELCHIONDA, *Le circostanze*, op. cit., pp. 520-529) o resultado destas investigações também sofreu o peso de múltiplos condicionamentos conceituais e não parece ter se libertado da ideia de uma necessária contraposição dogmático-funcional das circunstâncias com relação a outros elementos do tipo.

⁴³ Pense-se, por exemplo, no sentido de muitos tipos que, como, por exemplo, no caso do homicídio da pessoa que consente, se caracterizam por uma mera relação de especialidade com respeito a uma figura mais geral do delito, e, de fato, parecem certamente mais marcados por uma necessidade de ajustar a relação entre o desvalor do fato e a pena abstratamente exigível, e de colmatar uma hipotética lacuna legislativa na proteção do bem jurídico correspondente.

⁴⁴ A. MELCHIONDA, *Le circostanze*, op. cit., pp. 42-49.

⁴⁵ T. PADOVANI, *Appunti sull'evoluzione del concetto di colpevolezza*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1973, p. 555, em sintonia com T. WÜRTENBERGER, *La situazione spirituale nella scienza penalistica in Germania*, trad. it. a cura di M. Losano e F.G. Répaci, Milano, Giuffrè, 1965, p. 50: «Em nenhum lugar uma consideração histórica é tão necessária para a existência do direito quanto no domínio do direito penal. Sem a história do direito penal não pode haver ciência penal que tenha pleno valor».

⁴⁶ R. DAVID, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, Padova, Cedam, 1973, 2ª ed., p. 5.

sua razão de ser e do seu alcance real no mesmo sistema do nosso atual direito nacional. O mesmo pode ser dito dos conceitos utilizados em nosso direito: também aqui o direito comparado contribui para eliminar uma certa atitude mental que tende a atribuir-lhes um caráter essencial e que em certos períodos ou em certos países levou a sacrificar a coerência lógica de conceitos pelos interesses a que a lei, em última instância, se destina a servir”⁴⁷.

Daí, portanto, a opção por uma tentativa de “romper” as barreiras de natureza conceitual e pré-jurídica que marcaram o tradicional estudo italiano da questão das circunstâncias, e de situar a análise em um contexto de valor histórico e comparativo mais amplo, o que permitiria apreciar melhor os termos pelos quais se chegaria à concretude de questões que, vistas hoje como aspectos característicos de uma massa única de complexidade global e unitária, poderiam ter representado apenas o resultado de um debate em que progressivamente assentaram-se os reflexos de uma evolução legislativa nem sempre criteriosamente avaliada e talvez muitas vezes desenvolvida sob o peso de condicionamentos e imposições interpretativas ditadas por razões técnico-normativas contingentes, ou por necessidades político-criminais ultrapassadas.

A preferência por esta solução metodológica, recentemente desenvolvida também em outros países⁴⁸, foi aliás motivada precisamente pela mesma carência, mas também pela fraca confiabilidade de estudos histórico-comparativos anteriores. De certo ponto de vista, parece deveras significativo e emblemático que, mesmo nos poucos casos em que foi (ainda que de forma breve e marginal) levado em conta regime diverso previsto em outros países, o exame das respectivas soluções normativas muitas vezes encontrou mais espaço para enfatizar⁴⁹ – em outros momentos históricos até mesmo para exaltar⁵⁰ – a absoluta peculiaridade da disciplina nacional, do que para proceder a uma verificação da coerência e/ou da efetiva plausibilidade teórica e funcional do modelo adotado com a legislação de 1930.

Em todo o caso, até então os principais estudos sobre a matéria tinham centrado a sua atenção, sobretudo, na possibilidade de distinguir os diferentes modelos de regulamentação das circunstâncias tendo em conta apenas as características técnicas da sua concreta previsão legislativa. Assim, tradicionalmente, os ordenamentos jurídicos que se baseiam na predeterminação casuística das circunstâncias individuais têm sido opostos àqueles sem normas explícitas relativas às circunstâncias e, vice-versa, àqueles caracterizados pela previsão de hipóteses de agravamento e/ou atenuação carentes de um parâmetro normativo taxativo⁵¹. Particular importância também tem sido atribuída à presença, ou não, de circunstâncias de relevância geral, distinguindo-se também entre ordenamentos caracterizados pela indicação de algumas hipóteses isoladas, ou pelo oferecimento de verdadeiras listas de inúmeras circunstâncias comuns⁵².

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ M. ALONSO ALAMO, *El sistema de las circunstancias del delito*, Valladolid, 1981, tesi dottorale, p. 7; J.L. GONZÁLEZ CUSSAC, *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*, Valencia, Tirant lo Blanc, 1988, pp. 35-50; M.N. PEDROSA MACHADO, *Circunstâncias das infracções e sistema do direito penal português*, Lisboa, 1989, p. 31; C. SALINERO ALONSO, *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y el artículo 66 del Código Penal*, Granada, Comares, 2000.

⁴⁹ A.M. STILE, *Probleme und Besonderheiten der Strafzumessung in Italien*, in «Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft», 1982, (94), p. 173.

⁵⁰ Sintomáticas são as palavras de R. PANNAIN, *Gli elementi*, op. cit., quando era o ano de 1936, na introdução, ele observava: “Tenho levado em consideração a doutrina estrangeira, mas sem fetichismo, até com um pouco de prevenção, porque acima de tudo respeito e valorizo o gênio italiano”.

⁵¹ Esquema idêntico também foi seguido no passado: B. ALIMENA, *I limiti e i modificatori dell'imputabilità*, Torino, Utet, 1899, vol. III, p. 447.

⁵² J.L. GONZÁLEZ CUSSAC, *Teoría*, op. cit., p. 35.

Além de uma avaliação genérica das diferentes soluções adotadas de tempos em tempos, a utilidade comparativa desses cânones classificadores é, no entanto, relativa: a possibilidade de utilização simultânea de várias soluções, através de integrações recíprocas semelhantes às realizadas pelo legislador italiano, de fato, torna quase impossível tentar forçar as prerrogativas dos múltiplos sistemas vigentes dentro de esquemas rígidos e pré-determinados.

Ao mesmo tempo, porém, a importância de uma análise renovada neste sentido parecia igualmente confirmada pela necessidade de melhor compreender as razões da considerável dificuldade encontrada neste estudo. Já no final do século passado, por exemplo, um dos mais conceituados estudiosos espanhóis teve a oportunidade de sublinhar como a presença de diferentes modelos de disciplina tornava a «*terminación de las concordancias*» extremamente complexa e problemática⁵³. E indícios de teor semelhante também foram relatados durante uma importante – e de certa forma única – conferência internacional sobre o tema das circunstâncias agravantes, durante a qual muitos palestrantes denunciaram expressamente a considerável dificuldade encontrada em abordar o assunto em termos semelhantes aos seguidos por expoentes de outras nacionalidades, tanto que na mesma moção conclusiva fez-se referência explícita à absoluta necessidade e oportunidade de novos estudos comparados⁵⁴.

Também no plano histórico, aliás, ainda que as referências bibliográficas sejam certamente mais numerosas, notou-se a carência de informações úteis para melhor compreender o real fundamento de normas específicas previstas no código italiano de 1930. Aliás, mesmo neste âmbito, para além da análise aprofundada sobre os diversos fatores objetivos e subjetivos mais relevantes na graduação da gravidade do delito e da pena, ou sobre a diferenciação das soluções técnicas normativas ao todo adotadas e/ou adotáveis para a valoração destes fatores, no fundo foi e é possível apreender o peso do apriorismo dos tipos conceituais, que, para além de reforçarem a ideia de uma espécie de valor pré-jurídico da categoria das circunstâncias, levou a considerar – e também a legitimar – a disciplina positiva vigente como mera precipitação lógica daquilo que de resto é atribuível à diversidade “ontológica” das circunstâncias, assim entendidas como “*elementos accidentais do delito*”, comparada ao âmbito mais específico (mas, como vimos, indistinguíveis em termos concretos) dos “*elementos essenciais do crime*”.

Então, na perspectiva deste renovado exame histórico-comparativo, mesmo diante da peculiaridade da técnica da casuística sublinhada na época pelo próprio Ministro Alfredo Rocco, sentiu-se a necessidade e a utilidade de um estudo aprofundado destinado, sobretudo, a verificar o real fundamento dos dois pilares da disciplina geral sobre os quais assenta a atual esfera de autonomia sistemática e a necessária diferenciação das circunstâncias com relação aos demais elementos do delito, a saber: por um lado, as regras de imputação subjetiva (arts. 59 e 60 do CP) e de comunicabilidade das circunstâncias entre concorrentes (art. 118 do CP); por outro lado, as normas específicas ditadas pelos arts. 63/69 do CP para o cálculo da pena e as causas de modificação agravantes e atenuantes da pena no caso de “delito circunstanciado”.

5. A importância teórico-sistemática das regras específicas previstas para a imputação subjetiva das circunstâncias é notória, inclusive porque, como mencionado, representa a primeira pedra angular

⁵³ J.F. PACHECO, *El Código Penal concordado y comentado*, Madrid, 1881, 5ª ed., vol. I, p. 186.

⁵⁴ Referimo-nos ao IX Congresso da *Associación Internationale de Droit Pénal*, realizado em Haia de 23 a 30 de agosto de 1964 e ao colóquio preparatório anterior realizado em Varsóvia em setembro de 1963: as atas são publicadas em «*Revue Internationale de Droit Pénal*», 1965, pp. 277-827.

desta relevância mais geral da categoria que, com ou sem razão, no âmbito do ordenamento jurídico italiano vigente levou a traçar uma linha clara de demarcação em relação à disciplina paralela, mas diversa da prevista para os chamados elementos constitutivos do delito.

A investigação histórica e comparativa sobre a gênese deste instituto tem confirmado a possibilidade de apreender aspectos de fundamental importância para sua correta compreensão.

Já da comparação com a experiência italiana anterior adquirida durante a vigência do Código Penal de 1889, emerge com absoluta clareza que, longe de qualquer possibilidade de ser interpretado como uma espécie de reflexão necessária sobre o diferente valor pré-jurídico de certos elementos do tipo, a adoção inicial de um regime de imputação objetiva foi apenas a consequência direta do debate decorrente dos complexos problemas práticos, que se depararam, por um setor da jurisprudência da época, na apuração do dolo do agente com particular referência às circunstâncias agravantes do delito de receptação previsto no art. 421 do CP de 1889⁵⁵.

A questão estava fortemente condicionada pela redação específica desta disposição: a medida da pena prevista para o delito de receptação era, de fato, estabelecida através de uma relação matemática com a pena abstratamente prevista para o delito de onde provêm os bens receptados, se este último tivesse sido proveniente de um delito punível com uma pena privativa de liberdade superior a cinco anos, a pena do receptador deveria ter sido substituída por uma mais grave, sem exceder metade da pena estabelecida para este ilícito em específico. Surgiram assim complexos problemas de apuração do dolo do agente em todos os casos em que o delito de que provêm os bens receptados se caracterizava, por sua vez, pela existência de circunstâncias agravantes particulares: o poder/dever de tomar em consideração os efeitos deste último também com relação à pena abstratamente imposta ao destinatário estava, de fato, subordinado à necessidade, manifestamente carregada de consideráveis dificuldades práticas, de fornecer prova cabal da “ciência” do acusado também no que diz respeito à integração prévia destes elementos circunstanciais mais específicos⁵⁶.

Um particular posicionamento jurisprudencial passou a distinguir entre regras válidas para os elementos constitutivos do fato e regras diversamente aplicáveis apenas às circunstâncias do delito e, em pleno contraste com a interpretação mais comum do art. 45 do CP de Zanardelli, chegou a excluir que, mesmo diante das únicas circunstâncias agravantes encontradas (e principalmente aquelas ligadas ao crime cometido por quem forneceu os bens receptados), era sempre necessária a prova cabal do conhecimento direto por parte do acusado⁵⁷.

Embora aparentemente restrita e isolada, a questão adquiriu desde logo considerável importância, constituindo aliás um dos principais exemplos daquelas aplicações práticas específicas que, mesmo na ausência de uma norma especial, levaram a doutrina e a jurisprudência a legitimar alguns primeiros “desvios do dogma da voluntariedade absoluta” na atribuição de circunstâncias agravantes⁵⁸.

⁵⁵ A. MELCHIONDA, *Le circostanze*, op. cit., pp. 435-445.

⁵⁶ G. CRIVELLARI, *Il Codice per il Regno d'Italia*, Torino, Utet, 1898, vol. VIII, sub art. 421, pp. 272-294. Veja também F. CARRARA, *Ricettazione dolosa di cose furtive*, 1860, poi in *Opuscoli di diritto criminale*, Firenze, Cammelli, 1898, 5ª ed., vol. III, p. 423.

⁵⁷ Porém, na prática, as soluções adotadas apresentaram algumas diferenças. Uma primeira orientação admitia a possibilidade de cobrança objetiva direta das hipóteses agravantes individuais, colocando os efeitos relativos contra o réu mesmo independentemente de qualquer atividade de instrução probatória posterior. Por outro lado, a solução proposta por uma segunda vertente era menos rigorosa, que se limitava a reconhecer uma espécie de presunção juris tantum de conhecimento do acusado, com a consequente inversão do ônus da prova contra ele.

⁵⁸ A. SANTORO, *Teoria*, op. cit., prefazione.

No fundo, porém, é inequívoco que esta solução, justificada apenas pelas necessidades da aplicação prática da época, resultou em nítido contraste tanto com a opinião mais tradicional como com as próprias intenções do legislador de 1889. A este respeito, assinalou Crivellari: «ao ter dito o legislador que o agente ou o omitente não pode ser punido sem que tenha querido o fato que constitui o delito, não se deve então deduzir que para a punibilidade é necessário que a vontade seja dirigida somente ao elemento ou elementos constitutivos do delito, de modo que deve responder incondicionalmente pelas circunstâncias que o agravam, quer as tenha querido ou não. Isso seria um erro», acrescentou. Um erro, em particular, porque “mesmo que uma circunstância se apresente como agravante em vez de elemento constitutivo do delito, uma vez que o fato por ela constituído é especialmente previsto pelo legislador, não só aumenta a quantidade do crime, como se identifica com o crime, de modo que se este está faltando, também não pode subsistir juridicamente”⁵⁹.

Embora apresentada como uma pretensa regra de coerência com o caráter puramente “acidental” das circunstâncias, a drástica decisão de estabelecer explícita e definitivamente a ainda controvertida norma sobre o valor puramente objetivo das circunstâncias do crime decorreu apenas destes problemas contingentes, expressamente identificada como uma “solução inspirada em conceitos realistas, que tem o mérito de abrir o campo a uma série de investigações, sempre difíceis, muitas vezes impossíveis, destinadas a apurar se o acusado tinha ou não conhecimento delas”⁶⁰.

A confirmação do valor meramente contingente e questionável de uma suposta diversificação abstrata e geral do regime de imputação subjetiva das circunstâncias emerge, no entanto, também de um exame histórico-comparativo mais amplo. Assim, em particular, mesmo sem poder ilustrar todos os passos aqui percorridos globalmente, a investigação histórica tem demonstrado claramente que, sem prejuízo da prova segura de um vínculo conceitual e funcional direto com o mais remoto debate teórico sobre o tema do arbítrio judicial e da determinação das sanções penais⁶¹, com o advento das codificações iluministas a relevância normativa de uma série de circunstâncias ou elementos, ou causas agravantes ou atenuantes da pena, foi colocada (também e sobretudo) à frente da especificação legal dos tipos delitivos individuais. Esta inovação técnico-legislativa também favoreceu o surgimento de uma série de questões interpretativas, muitas vezes de importância mais processual do que material, razão pela qual em diversos ordenamentos jurídicos se tornou mais estrita a necessidade de distinguir, ainda que conceitualmente, entre circunstâncias e outros elementos constitutivos ou modificadores do delito. O início deste processo foi muito importante e evidente, especialmente no contexto da experiência normativa francesa após o advento da codificação de 1791. De fato, por um lado, a adoção de um sistema de medidas fixas para penas levou a acentuar a necessidade de se reconhecer espaços de atenuação das penas e favoreceu, também pelas regras processuais em questões de competência específica dos júris populares, a necessidade de distinguir entre as chamadas *escusas atenuantes* (verdadeiras causas de modificação legal de pena que coincidem substancialmente com as “circunstâncias atenuantes próprias”) e as chamadas *circostances atténuantes* (de natureza indeterminada e puramente discricionária). De outro ponto de vista, porém, a adoção de semelhante rigidez proporcional também para as variações da pena ligadas a elementos individuais de especialização (em sentido agravante) do tipo penal fundamental trouxe pela primeira vez a necessidade de distinguir entre circunstâncias agravantes e elementos constitutivos do delito, e isso porque, de acordo com as regras estabelecidas pelo *Code d'instruction criminelle* de 1808, para as decisões do Tribunal de primeira instância, o julgamento sobre a possível

⁵⁹ G. CRIVELLARI, *Il Codice*, op. cit., 1892, vol. III, sub art. 45, p. 329.

⁶⁰ V. *Relazione sul Libro 1º del Progetto*, in *Lavori preparatori*, op. cit., V, 1ª, 106.

⁶¹ Sobre estes aspectos históricos mais remotos da investigação, veja: A. MELCHIONDA, *Le circostanze*, op. cit., pp. 76-131.

existência de circunstâncias agravantes deveria ter sido submetido ao júri popular como uma questão separada e independente daquela relativa ao fato principal⁶².

Sem prejuízo da relevância puramente processual desta exigência inicial de distinção, a questão encontrou maior importância substancial justamente em relação aos reflexos específicos de imputação subjetiva no âmbito de disciplina do concurso eventual de pessoas no delito. A jurisprudência formada sob o *Code pénal* de 1791 tinha, de fato, afirmado que eventuais *circonstances intrinsèques* do delito só poderiam ser imputadas aos cúmplices se eles tivessem conhecimento a seu respeito. Com o advento do *Code pénal* de 1810 e com a introdução do princípio da chamada *criminalité d'emprunt*, em virtude da qual a responsabilidade por insolvência baseava unicamente na consideração do ilícito configurável em relação à conduta e peculiaridades subjetivas do principal autor do delito, a jurisprudência se consolidou em posições opostas: partindo justamente de uma avaliação rigorosa das regras previstas em matéria de receptação de bens furtados, segundo a qual, no caso determinadas circunstâncias agravantes verificadas no delito cometido pelo autor principal terem levado à aplicação de uma pena mais elevada, a pena somente deveria ser aplicada aos cúmplices que, no momento da receptação dos bens, tinham conhecimento da existência de tais circunstâncias, concluiu-se, assim, que, para além deste caso em específico, todas as outras circunstâncias agravantes deveriam ser imputadas aos cúmplices mesmo que eles não tivessem conhecimento delas⁶³. Esta tese encontrou fortes reações de vários estudiosos à época⁶⁴, mas mesmo após o cancelamento do preceito original do art. 63 do *Code pénal* de 1810 e a configuração da “receptação” como um tipo incriminador autônomo, a *Cour de cassation* francesa manteve esta primeira orientação interpretativa, reiterando a extensão dos efeitos modificativos da pena, mesmo quando o concorrente individual não tinha conhecimento da existência, ou da possibilidade de integração posterior, de certas circunstâncias agravantes⁶⁵.

A linha de fundo foi então carregada por toda uma série de perfis paralelos, que contribuíram para fornecer um quadro geral de maior rigor, arbitrariedade e heterogeneidade: assim, por exemplo, justificando a extensão a circunstâncias de natureza pessoal, com base em reflexões não especificadas e muitas vezes completamente apodíticas sobre as características intrínsecas do crime cometido; ou, mais drasticamente, negando o caráter circunstancial de certas qualidades pessoais do autor e, novamente, com base no princípio habitual da *criminalité d'emprunt*, atribuindo os efeitos agravantes em relação a todos os cúmplices.⁶⁶ Em que pressupostos limitados de homogeneidade se baseou a distinção mais geral entre circunstâncias e elementos constitutivos do crime, é algo certamente óbvio.

Na literatura francesa da virada do novo século, a consideração destes aspectos assumiu tons de importância muito mais ampla, como que para destacar o caráter central que a distinção parecia ser capaz de ostentar em relação ao mesmo valor conceitual da categoria das circunstâncias agravantes. Ao contrário do que pode ser encontrado no contexto do debate italiano paralelo, as referências, mais ou menos veladas, aos pressupostos ontológicos e/ou pré-normativos permaneceram, no entanto, quase completamente ausentes: mesmo quando era objeto de maior estudo dogmático, o problema da distinção entre as circunstâncias e os elementos constitutivos do delito sempre foi, de fato, abordado numa

⁶² A. MELCHIONDA, *Le circostanze*, op. cit., pp. 184-187.

⁶³ A. CHAUVEAU – F. HÉLIE, *Théorie du Code Pénal*, Bruxelles, Meline, 1845, vol. I, p. 211.

⁶⁴ J. M. LEGRAVEREND, *Traité de la législation criminelle en France*, Paris, Imprimerie Royale 1830, 3ª ed., vol. I, p. 135. Muito clara e precisa foi, em particular, a crítica de: P. ROSSI, *Trattato di Diritto penale*, trad. di E. Pessina, Torino, Utet, 1853, pp. 413-414.

⁶⁵ M. PUECH, *Les grands arrêts de la jurisprudence criminelle*, Paris, Cujas, 1976, vol. I, p. 94; para outras referências A. MELCHIONDA, *Le circostanze*, op. cit., pp. 198-199.

⁶⁶ E. GARÇON, *Code pénal annoté*, Paris, 1952, vol. I, p. 175.

perspectiva estritamente técnica e com consciência do alcance duvidoso (principalmente processual) dos respectivos pressupostos subjacentes⁶⁷.

Da investigação histórico-comparada global, no entanto, resulta claramente que esta experiência encontra ampla confirmação também em outros ordenamentos jurídicos europeus, dos quais também retiramos a confirmação do valor meramente contingente e arbitrário de cada solução normativa e/ou interpretativa destinada a predeterminar uma possibilidade *a priori* de distinção entre os elementos constitutivos do crime e as circunstâncias agravantes e/ou atenuantes individuais face às regras de imputação subjetiva ou das chamadas “comunicabilidade entre concorrentes”.

Deste ponto de vista, a especificidade da originária disciplina francesa sobre o concurso de pessoas no delito permitiu identificar melhor as características essenciais de um problema que o da chamada comunicabilidade das circunstâncias que, não surpreendentemente, tanto na França quanto nos demais sistemas examinados, proporcionou a oportunidade e o pretexto para uma primeira posição legislativa a favor de uma disciplina autônoma de imputação das circunstâncias. Ainda a este respeito, dados de considerável valor geral resultaram também da análise dos desenvolvimentos registrados no ordenamento jurídico alemão⁶⁸, bem como no ordenamento jurídico espanhol, cujo exame também ofereceu o ponto de partida para uma consideração indireta de problemas semelhantes que marcaram quase todas as principais codificações da Itália pré-unificação⁶⁹.

Em todo o caso, é inútil (e impossível), também neste caso, voltar a cada um dos aspectos já tratados com maiores detalhes. Basta aqui apenas fazer uma referência adicional a algumas características técnico-legislativas significativas que, na economia da experiência espanhola, serviram de pano de fundo para a enucleação de um primeiro estudo casuístico, mais detalhado, de circunstâncias de relevância “comum” e para as reflexões que a presença de um correspondente conjunto de normas gerais tem, de fato, determinado no desenvolvimento da análise teórica do tema. Justamente a previsão expressa de uma disciplina geral do instituto parece ter contribuído significativamente para acentuar os espaços de uma suposta necessidade posterior de um confronto sistemático com outros elementos do delito⁷⁰; um confronto, porém, que, para além de ser completamente distante das intenções iniciais do legislador espanhol, revelou-se mais tarde na fonte de um problema que não deixou de condicionar também as reformas posteriores⁷¹.

6. Do estudo histórico-comparativo dos aspetos relativos à relevância funcional das circunstâncias e à previsão de normas individuais para o cálculo das agravantes e atenuantes, resultaram também indicações de grande relevo e importância.

O quadro de informação relevante nesta área, porém, é obviamente muito articulado e complexo, pois abarca de forma mais ampla toda a problemática da pessoalização da pena, no vasto conjunto de diferentes modelos de técnica legislativa que, numa perspectiva de comparação diacrônica, têm levado à adoção de formas diversificadas de conexão e interação entre o plano da chamada mensuração legal da pena e aquele mais intimamente relacionado com a chamada dosimetria judicial da pena e que, neste

⁶⁷ J. ORTOLAN, *Éléments de droit pénal*, Paris, 1886, 5ª ed., p. 488; R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique du Droit Pénal français*, Paris, 1914, 3ª ed., vol. II, p. 712.

⁶⁸ A. MELCHIONDA, *Le circostanze*, op. cit., pp. 315-418.

⁶⁹ A. MELCHIONDA, *Le circostanze*, op. cit., pp. 225-314.

⁷⁰ A. MELCHIONDA, *Le circostanze*, op. cit., pp. 255-298.

⁷¹ A. MELCHIONDA, *Le circostanze*, op. cit., pp. 299-314.

último setor, no entanto, têm elaborado mais soluções técnicas de “controle” e “direcionamento” do poder discricionário do juiz.

Desde este ponto de vista, aliás, mesmo sem possibilidade de dar conta aqui do que emergiu desta investigação como um todo, o êxito dos resultados alcançados confirma a exclusividade absoluta do modelo técnico-normativo que ainda hoje é empregado na disciplina italiana das circunstâncias. Trata-se, em particular, de uma especificidade que certamente se caracteriza pelo amplo espaço dado à predeterminação de casos de circunstâncias agravantes e atenuantes individuais, mas que se caracteriza, sobretudo pela peculiaridade das normas previstas para o cálculo dos efeitos modificativos, também em relação ao concurso homogêneo e heterogêneo de circunstâncias.

A conotação de exclusividade absoluta é, *antes de tudo*, completamente indiscutível em termos de comparação jurídica, uma vez que não se pode encontrar nenhum ordenamento jurídico que tenha adotado o mesmo modelo global. Perfis importantes de maior continuidade são, ao contrário, apreciáveis em comparação com a disciplina anterior do Código Penal “Zanardelli” de 1889.

Com relação a esta última, o principal elemento diferenciador é certamente representado pela opção mais ampla da técnica casuística, fruto declarado do abandono inicial das circunstâncias atenuantes genéricas/indefinidas previstas no art. 59 do código anterior (fonte, como se dizia, de consideráveis críticas e divergências interpretativas, e abolido porque, “devido à sua própria generalidade e indeterminação, tinham dado origem a graves inconvenientes na prática”⁷²) e, de outro ponto de vista, porque uma solução que também permitia expressar melhor aquele impulso classificatório dos dados pessoais do autor que, entretanto (como também foi encontrado no anterior projeto de código elaborado pelo Ministro Ferri⁷³) tinha encontrado maior espaço por causa da influência da “escola positiva”.

Por outro lado, uma continuidade mais direta pode ser observada nas regras de cálculo dos efeitos agravantes e atenuantes, uma vez que a disciplina adotada em 1930 permaneceu essencialmente aquela que o próprio Código Zanardelli havia introduzido pela primeira vez (no art. 29), a fim de superar os muitos defeitos encontrados com o chamado sistema de graus de punição, difundido em vários países europeus e presente também em experiências “italianas” anteriores⁷⁴. Com este novo modelo, a predeterminação da eficácia modificadora de cada circunstância individual foi articulada de acordo com diversas variantes possíveis. Em alguns casos, e em particular naqueles para os quais se considerou justificado proceder a uma substituição real na linguagem da época: a “comutação” da pena ordinária; foi estabelecida a aplicação de uma medida de pena independente da forma e/ou tipo de sanção estabelecida, de outro modo, para o delito na modalidade simples; em outro lugar, entretanto, passou-se a indicar “estritamente a pena maior ou menor que se deve infligir na concomitância desta ou daquela outra circunstância, isto é, substituindo a ordinária por uma nova medida de pena. Mas, na maior parte dos casos, considerando que com este primeiro sistema se teria de descer a demasiadas e extensas especificações, e sendo inúmeras e diferentes as hipóteses de delitos em que se pode verificar o concurso de circunstâncias agravantes ou atenuantes, o sistema passou a adotar aumentos ou diminuições por frações”⁷⁵, seja de acordo com o modelo das chamadas “frações exatas” (por exemplo, um terço, um

⁷² *Relazione sul Libro 1° del Progetto*, in *Lavori preparatori*, cit., vol. V, parte 1ª, pp. 119-120.

⁷³ *Progetto preliminare di Codice penale italiano per i delitti (1921)*, in E. FERRI, *Principii di diritto criminale*, Torino, Utet, 1928, p. 602; para outras referências veja A. MELCHIONDA, *Le circostanze*, op. cit., pp. 483-486.

⁷⁴ A. MELCHIONDA, *Le circostanze*, op. cit., pp. 225-229.

⁷⁵ L. MASUCCI, *Il sistema di commisurazione delle pene*, in «Supplemento della Rivista Penale», 1893-94, II, p. 323. V. anche la *Relazione del Ministro Zanardelli*, testualmente citata da G. CRIVELLARI, *Il Codice*, op. cit., 1891, vol. II, *sub art.* 29, p. 876.

sexto etc.), seja com o modelo das chamadas “frações graduadas múltiplas” (por exemplo, de um sexto a um terço etc.)⁷⁶. Essa disciplina previa, então, um único regime de cômputo também para os casos de concurso (homogêneo e heterogêneo) de muitos elementos modificadores da pena: nesse sentido, um mecanismo de cúmulo material foi estabelecido com base em uma aplicação progressiva das variações individuais de pena de acordo com uma ordem de cálculo parcialmente predeterminada⁷⁷.

Ao contrário do antigo “sistema de graus de pena”, que enquadrava o efeito modificador das circunstâncias em uma etapa de especificação intermediária entre o momento da cominação legal da pena e o da concretização judicial definitiva, o processo de mensuração da pena marcado por essas novas regras passou a pressupor uma concatenação entre as duas fases muito mais complexa e interdependente do que era imposta pela legislação anterior; mas, sobretudo, implicava o desequilíbrio dos efeitos modificadores no sentido de uma fase posterior à da quantificação da chamada pena-base. A aplicação prática destas regras, no entanto, revelou-se muito complexa e problemática, tanto que já por ocasião do “Projeto Ferri” foi imediatamente relatada a necessidade de abandonar aquele sistema de “dosimetria da pena”, o que fez do juiz uma espécie de mero “contador mecânico de frações fracionárias”⁷⁸. E a essa mesma exigência também estava ligada a subsequente reforma introduzida em 1930, que, mantendo o mecanismo tendencial de cômputo diferido dos efeitos modificadores sobre a predeterminação judicial da pena-base, com as novas regras sobre a chamada ponderação das circunstâncias, considerou preferível dar mais espaço à discricionariedade judicial, estas são as palavras do ministro Alfredo Rocco: “para evitar aquelas micrométricas e pedantes divisões de responsabilidade e de pena, que se lamentava na aplicação do código anteriormente em vigor”⁷⁹.

Como visto, a especificidade desse modelo de mensuração da pena influenciou fortemente o posterior exame dogmático e funcional sobre a matéria. Também deste lado tem havido uma tendência enganosa de partir de uma visão condicionada *a priori* do instituto, o que tem levado a se valorizar excessivamente os pressupostos por sua indiscutível especificidade de regulamentação.

A ideia de uma relevância predominantemente (se não já puramente) proporcional das circunstâncias foi originalmente influenciada pelas mesmas palavras do ministro Alfredo Rocco que, com uma clareza que mais tarde se tornou uma espécie de axioma comum na análise do tratamento específico do concurso heterogêneo de circunstâncias, sublinhou expressamente como a previsão do inovador juízo de ponderação das circunstâncias concorrentes tinha sido inspirada pela necessidade de assegurar «que o juiz tenha uma visão completa e orgânica do autor e do delito por ele cometido, de modo que a pena a aplicar concretamente seja, tanto quanto possível, o resultado de um juízo global e sintético sobre a personalidade do autor e sobre a gravidade do delito, e não o árido resultado de operações aritméticas posteriores»⁸⁰. Embora não seja inteiramente relevante para a caracterização original do art. 69 do CP (que, como se sabe, não se estendeu a todas as circunstâncias e especialmente àquelas ditas “inerentes à pessoa do autor”), esta indicação pesou muito no desenvolvimento dos primeiros comentários sobre o novo código, nos quais parecia correto sublinhar como as circunstâncias representavam elementos através dos quais se conseguiu “uma melhor concretização do caso e, ao mesmo tempo, devido ao vínculo inseparável entre os dois termos, uma melhor individualização da pena

⁷⁶ U. CONTI, *La pena e il sistema penale del codice italiano*, in «Enciclopedia del diritto penale italiano», a cura di E. Pessina, Milano, SEI, 1910, vol. IV, p. 854.

⁷⁷ E. FLORIAN, *Del concorso fra le varie circostanze di cui all'art. 29*, in «La Cassazione Unica», 1904, p. 1313.

⁷⁸ E. FERRI, *Principii*, op. cit., pp. 5 e 357.

⁷⁹ *Relazione al Re*, in *Lavori preparatori*, cit., vol. VII, 56.

⁸⁰ *Relazione sul Libro I del Progetto*, in *Lavori preparatori*, cit., V, 1ª, 123.

correspondente”⁸¹.

Se devidamente examinadas, no entanto, a base dessas afirmações parece longe de ser unívoca e óbvia. O fato de a predeterminação legislativa da relevância agravante ou atenuante de um certo elemento comportar uma maior “especificidade” do tipo incriminador com relação aos dados individualizados, na verdade, representa um reflexo óbvio da mesma lógica que rege a formação da norma jurídica. No entanto, quando este primeiro pressuposto é ligado a um efeito imediatamente relevante também no plano posterior do processo de “individualização da pena”, é claro que o pivô do problema muda radicalmente: da apreciação da esfera alterada de aplicação do tipo abstrato, passamos à verificação dos exatos termos operacionais através dos quais a maior “especificidade” deste último é concretamente traduzida também em uma correspondente maior “especificidade” da consequência sancionatória. Este último aspecto, em todo o caso, ainda não afeta a necessidade mais evidente de avaliar em que medida esta dimensão sancionatória alterada corresponde também a uma verdadeira “individualização” da sanção aplicável ao fato: a maior especificidade das consequências previstas para uma determinada hipótese de circunstância (especialmente se predeterminada em abstrato) não é indicativa da sua maior adesão às características “individuais” do fato e da personalidade do autor⁸².

A doutrina italiana demorou a tomar consciência dessa ambiguidade básica e isso, talvez, também por causa da falta de interesse que há muito marca a análise dos problemas mais gerais em matéria de mensuração da pena⁸³. No entanto, isso também levou ao já relatado contraste de opiniões. De acordo com uma primeira opinião, a principal regulamentação italiana das circunstâncias e, em particular, dos chamados efeitos comuns seria efetivamente avaliada em uma perspectiva de verdadeira e própria individualização da pena, enquanto expressão da escolha específica do nosso legislador de valorar separada e autonomamente a concreta relevância da mensuração dos elementos fáticos de outra forma destinados a serem apreciados como meras “circunstâncias impróprias” (p. ex., art. 133 do CP) e somente dentro dos limites da sanção prevista. O peculiar regime de incidência de frações sobre a chamada pena-base (típico, originalmente, das circunstâncias com efeito comum) configurar-se-ia, assim, como um mecanismo extremamente refinado e racional de adequação da medida da pena às características individuais do fato e do seu autor, como tal suscetível, ainda que com alguns ajustes e correções parciais, a ser ainda posteriormente avaliado como um modelo válido de mensuração judicial da pena também com vista a uma futura reforma do Código⁸⁴. Por outro lado, uma abordagem interpretativa anterior chegou a conclusões definitivamente opostas, que, com base em outros aspectos típicos da disciplina das circunstâncias, consideraram mais fundamentado prever um quadro funcional do instituto somente sob a perspectiva da determinação legal da pena⁸⁵.

Na impossibilidade de retomar aqui o aprofundamento alhures dedicado a um exame mais amplo destas teses opostas, podemos nos limitar aqui a sublinhar como a pretensa valoração do sistema vigente como exemplo de um modelo racional e coerente de mensuração concreta da pena se presta a várias objeções. No plano sistemático, a tese pressupõe uma diferenciação funcional entre as circunstâncias do

⁸¹ A. SANTORO, *Le circostanze*, cit., 4; GIUS. SABATINI, *Appunti sulle circostanze del reato e sul loro concorso*, in «Archivio Penale», 1952, I, p. 100

⁸² Que a referência a um processo de “concretização” do tipo, determinado pela previsão normativa de aspectos mais específicos do fato constitutivo do delito, envolva apenas um fenômeno de “especialização”, e não propriamente uma “individualização”, é, de resto, um aspecto há muito enfatizado por estudos confiáveis: K. ENGISCH, *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, Heidelberg, Winter, 1953, p. 55.

⁸³ No ponto veja, por todos E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, Padova, Cedam, 1979.

⁸⁴ Veja também G. DE VERO, *Circostanze*, op. cit., pp. 119-128.

⁸⁵ Acima de tudo A.M. STILE, *Il giudizio*, op. cit., pp. 52-58.

chamado “efeito comum” e do “efeito especial”, o que não é plausível na mesma legislação vigente e que está sujeita a críticas semelhantes às que já foram relatadas também em relação ao aprofundamento dogmático paralelo e correspondente⁸⁶. Mas a validade de tal modelo de mensuração não foi confirmada nem mesmo no campo da experiência concreta de aplicação: em princípio, na prática jurisprudencial diária, aumentos ou diminuições de penas são aplicados em sua amplitude geral (sem qualquer diferença entre efeitos fracionários, fixos ou elásticos) e, no campo da motivação, estas etapas do processo de mensuração são quase sempre ilustradas pelo constante recurso a essas “fórmulas preguiçosas”⁸⁷ que, através da habitual referência genérica ao art. 133 do CP, deixam totalmente vagos os termos exatos de expressão desta significativa margem de discricionariedade judicial⁸⁸.

O pivô estrutural de todo o processo de individualização judicial da sanção permaneceu, assim, ancorado em pressupostos de mera “fulminação intuitiva”, dentro dos quais o espaço para os inegáveis componentes da “irracionalidade” da escolha sobre a medida da pena é muito superior ao que de fato é admitido mesmo por aqueles que reconheceram sua compatibilidade abstrata com uma estruturação do momento de mensuração da pena nos termos de uma verdadeira e própria *Rechtsanwendung* [“aplicação do direito”]⁸⁹.

A plena confirmação destas observações é ainda fornecida por outro aspecto característico da prática da aplicação mais consolidada: longe de evidenciar uma correlação particular entre os objetivos de individualização da pena e a maior importância concreta de elementos fáticos específicos de valoração, a falta de uma efetiva apreciação das situações individuais julgadas tem favorecido a emergência de uma progressiva individualização de “penas-tarifadas” apenas condizentes com a tipologia abstrata dos delitos e com a cristalização fenomenológica de subcasos particulares mais específicos⁹⁰. Neste contexto, a consideração formal das circunstâncias individuais presentes forneceu um suporte de aparente conformidade com as valorações legislativas abstratas e, sobretudo, a consolidação de uma varredura do processo de determinação judicial da pena absolutamente fictícia e, muitas vezes, reconstruída apenas “*a posteriori*”⁹¹.

Se for avaliado segundo os “postulados racionalistas” das teorizações mais recentes em matéria de mensuração judicial da pena, o atual modelo italiano de correlação entre a esfera de incidência das circunstâncias e a da determinação concreta da pena revela uma estrutura ainda bastante rudimentar e mecanicista. Apresenta-se, de fato, como um modelo fortemente condicionado por uma consideração insuficiente e superficial das complexas interrelações, mas também das exigências oportunas de demarcação entre a área de determinação legal da sanção penal e a da posterior mensuração judicial, e, de fato, colimando em uma divisão disfuncional do processo de individualização da pena em várias

⁸⁶ Para a crítica da concepção original das circunstâncias como elementos autônomos do chamado “tipo concreto”, remeto novamente a: A. MELCHIONDA, *Le circostanze*, op. cit., pp. 533-542.

⁸⁷ Esta é uma expressão bem conhecida que remonta a: G. BELLAVISTA, *Il potere discrezionale del giudice nell'applicazione della pena*, Milano, 1939, ora in «Il Tommaso Natale», 1975, p. 214.

⁸⁸ E. DOLCINI, *Potere discrezionale*, in «Enciclopedia del Diritto», Milano, Giuffrè, 1985, vol. XXXIV, p. 765. F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, Milano, Giuffrè, 1965, p. 109, já assinalava a incompatibilidade destas orientações com o cumprimento do dever de fundamentação.

⁸⁹ F. BRICOLA, *La discrezionalità*, op. cit., p. 105; na ilimitada literatura da língua alemã veja por todos: K. PETERS, *Die kriminalpolitische Stellung des Strafrichters bei der Bestimmung der Strafrechtsfolgen*, Berlim, Springer, 1932, p. 33; T. WÜRTENBERGER, *Die irrationalen Elemente bei der Strafzumessung*, in *Kriminalpolitik im sozialen Rechtsstaat*, Stuttgart, Enke, 1970, p. 157.

⁹⁰ Famosa e incisiva a denúncia de: T. PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionario e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1992, p. 423.

⁹¹ T. DELOGU, *Potere discrezionale del giudice penale e certezza del diritto*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1976, p. 395.

operações de cálculo, nem sempre univocamente coordenados entre si por uma clara perspectiva finalista, e muito menos baseados em objetivos de diversificação linear da importância concretamente atribuída à avaliação de cada critério fático individual.

No entanto, por trás desta falha do modelo de mensuração concreta da pena aplicável ao delito circunstanciado reside a real dimensão funcional da disciplina ainda hoje em vigor. O estudo histórico-comparativo oferece, precisamente, uma confirmação mais ampla e inequívoca da maior relevância e a correlação que a disciplina italiana das circunstâncias apresenta, sobretudo, com a área de relevância da chamada mensuração legal da pena, ou, conforme especificado de outra forma à época da elaboração do código de 1930, da chamada determinação abstrata da pena⁹².

Apesar das muitas “ambivalências” que marcaram a própria gênese conceitual e normativa da noção de “circunstâncias” e de que isso representava o nível de enquadramento sistemático mais correto do instituto foi, ademais, implicitamente confirmado pelo próprio ministro Rocco que no exato momento em que foi convencido a abandonar um projeto inicial para modificar o modelo anterior das chamadas “circunstâncias atenuantes genéricas” através do uso de uma lista casuística, mas meramente ilustrativa das circunstâncias individuais, ele imediatamente enfatizou como a decisão diferente de adotar uma lista exaustiva e vinculante de circunstâncias levou, de fato, a uma espécie de “transformação radical do instituto” como tal, não mais diretamente ligado aos problemas inerentes à quantificação judicial da pena⁹³. E desde este ponto de vista é igualmente significativo que, a partir da renúncia a esta solução inicial de compromisso técnico-legislativo, cheguemos então a um sistema que, se por um lado se baseava numa lista exaustiva das mesmas circunstâncias comuns a vários delitos, por outro lado, se caracterizava também pela novidade absoluta de uma indicação explícita de critérios (referidos no art. 133 do CP) destinados a operar no quadro da *determinação concreta (específica) da punição*.

Mas isso não é tudo. A comparação com o desenvolvimento de outras legislações também possibilitou apreender na atual disciplina do cálculo dos efeitos modificativos das circunstâncias as características de um modelo de técnica legislativa que, além de confirmar uma avaliação mais correta apenas do lado da chamada medida legal da pena e tendo em vista a consideração relatada das circunstâncias como verdadeiras e próprias causas legais da determinação da sanção, resulta igualmente funcional para a solução de problemas que em outros ordenamentos jurídicos têm sido o resultado de um contraste sistemático mais amplo entre tipos autônomos e tipos classificados, diferentemente, como “meramente dependentes”.

Esclarecedora, neste sentido, é a comparação com os problemas que surgiram no âmbito da regulamentação espanhola das circunstâncias (e em particular no que diz respeito às chamadas *circunstancias específicas*, também definidas como “*circunstancias cualificativas*”) ⁹⁴ e no contexto da legislação alemã (com referência, em particular, às hipóteses qualificadoras e privilegiadoras [*Qualifizierungs- und Privilegierungsgründe*], e à correspondente configuração de tipos penais qualificados e privilegiados [*qualifizierte und privilegierte Tatbestände*])⁹⁵.

Se considerada nesta perspectiva comparativa mais ampla e significativa, mesmo a singular e

⁹² U. CONTI, *La pena*, op. cit., p. 813.

⁹³ *Discussione generale, Discorso del Ministro della Giustizia e degli Affari di Culto*, in *Lavori preparatori*, op. cit., I, pp. 266-267. Para a proposta de uma lista meramente exemplificativa veja: *Relazione sul Codice penale dell'On. Alfredo De Marsico*, in *Lavori preparatori*, cit., I, p. 43.

⁹⁴ Para mais informações sobre estes confrontos comparativos, remeto novamente a A. MELCHIONDA, *Le circostanze*, op. cit., pp. 307-314.

⁹⁵ V. A. MELCHIONDA, *Le circostanze*, op. cit., pp. 418-422.

controversa disciplina italiana do concurso de circunstâncias torna-se suscetível de ser lida em uma lógica muito mais compatível e consistente com o quadro geral da medida legal da pena.

No caso de serem integradas circunstâncias mais homogêneas, as regras ditas pelo art. 63 do CP (e nessa perspectiva também do art. 68 do CP) destacam, de fato, a clara necessidade de se coordenar o significado agravante ou atenuante dos vários tipos conjuntamente relevantes: neste sentido, pode-se dizer que os vários critérios de cálculo – com base nos quais é possível chegar à predeterminação deste marco legal de pena dentro do qual ele pode posteriormente proceder à sua medição concreta definitiva – são adequados para serem entendidos também como meras modalidades técnico-operacionais de uma verdadeira disciplina geral de casos específicos de concurso “de vários delitos”; daqueles casos em que, ao contrário do que é considerado pelo conjunto paralelo de regras previstas nos arts. 71 e seguintes do nosso código, os casos concorrentes não são “independentes”, mas meramente “dependentes”, por se basearem na correlação das hipóteses de circunstâncias individuais com um único tipo (“independente”) de delito⁹⁶.

Um significado funcionalmente semelhante é igualmente apreciável nas diversas hipóteses de concurso de circunstâncias heterogêneas. Neste caso, a consideração dos correspondentes tipos de delitos circunstanciados evidencia a diferente possibilidade de avaliar esta situação como completamente análoga àquela que poderia ser reconhecida em casos de concurso de vários tipos penais caracterizados por uma relação assim chamada de especialidade bilateral recíproca: casos em que, diante de um subtipo comum a todas as hipóteses concretamente integradas (subtipo comum que, no nosso caso, coincidirá com o caso de delito simples), há ainda a necessidade de estabelecer qual a importância que deve ser atribuída à integração conjunta de vários elementos especializados (correspondentes às várias circunstâncias “em concurso”) com uma espécie de significado sancionatório heterogêneo. No âmbito de outros ordenamentos jurídicos, esta hipótese de concurso de vários tipos com especialidade recíproca não tem sido objeto de disciplina específica e, na fase de aplicação, tem-se recorrido a várias soluções interpretativas: às vezes, invocando uma suposta, porém, questionável, prevalência necessária de hipóteses atenuantes⁹⁷; em outros casos, e com uma solução mais compartilhável, deixando à valoração discricionária do juiz a escolha do quadro decisório que melhor corresponda ao desvalor geral do fato julgado⁹⁸. Em consonância com esta última análise comparativa, a regra ditada pelo art. 69 do CP italiano parece, portanto, apresentar uma verdadeira disciplina destas hipóteses de concurso: uma disciplina que, na ausência de possíveis derrogações individuais estabelecidas de tempos em tempos por lei, deixa à discricionariedade do juiz avaliar qual tipo entre os demais (por sua vez, explorável em termos substancialmente unitários, com base nas normas já consideradas em matéria de concurso homogêneo) pode ser considerado mais suscetível de exprimir melhor o desvalor global do fato concretamente julgado.

7. Como já se percebe destes últimos esclarecimentos, o resultado deste exame histórico-comparativo permite hoje rever a disciplina italiana das circunstâncias numa perspectiva

⁹⁶ Para maiores informações sobre essas etapas, consulte: A. MELCHIONDA, *Le circostanze*, op. cit., pp. 757-758.

⁹⁷ Trata-se da tese do chamado: “*Sperrwirkung des milderer Tatbestands*”: F. GEERDS, *Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht*, Hamburg, Hansischer Gildenverlag J. Heitmann, 1961, p. 200.

⁹⁸ É uma solução que remonta a K. BINDING, *Handbuch des Strafrechts*, Berlin, Duncker & Humblot, 1885, p. 527, e posteriormente compartilhada pela opinião predominante: G.K.W. KLASS, *Das Zusammentreffen von qualifizierten und privilegierten Delikten*, Frankfurt am Mein, 1960, p. 117. Para mais referências, consulte o que está especificado em: A. MELCHIONDA, *Le circostanze*, op. cit., pp. 413-417.

significativamente diferente.

No fundo, permanece a impossibilidade de fornecer uma definição geral e unívoca do conceito de circunstância do delito: na evolução dos principais ordenamentos jurídicos de tradição continental, o conceito experimentou um alcance extremamente mutável e, em qualquer caso, insuscetível de ser devidamente apreciado sem uma consideração cuidadosa dos esquemas estruturais, das características constitutivas e dos efeitos normativos de tempos em tempos colocados como fundamentos relevantes de sua disciplina positiva.

Mesmo no nível lexical, a noção não expressa uma caracterização intrínseca de conteúdo e/ou de tipo funcional. A própria matriz etimológica do termo “circunstância”, tão valorizada e enfatizada, lembra apenas a ideia de um *quid* que “está ao redor” (precisamente: “*circum stat*”) de outra coisa. Este *quid* pode, no entanto, ser identificado com uma esfera extremamente variada de situações, fatos e/ou elementos da mais diversa natureza ou dos mais diversos significados; pode ser selecionado de acordo com perspectivas multifacetadas e muito articuladas (isto é, pode ser identificado de acordo com esquemas gerais e/ou particulares; ou de acordo com critérios concretos e/ou abstratos; ou mesmo com base em parâmetros objetivos e/ou subjetivos etc.); pode, ademais, (e este é certamente o aspecto mais importante no plano de uma valoração de tipo funcional) ostentar uma importância completamente distinta e mutável, dependendo do elo que, de tempos em tempos, pode ser apreciado em relação àquela “outra coisa” da qual foi idealmente extrapolada, mas com a qual mantém uma relação valorativa direta. Precisamente este fator intrínseco e indispensável de relação, que a noção de “circunstância” implicitamente postula ao evocar a ideia de um *quid* que está em torno de “outro”, torna evidente como a mesma delimitação conceitual do termo recorda a existência (e a conseqüente necessidade de consideração) de um contexto global mais amplo: o problema da determinação do valor, da eficácia, da relevância, da função, daquele *quid* que não é *circum stat*, ou melhor, univocamente endereçável, senão depois de ter tido conhecimento prévio da relação que a une àquilo “em torno do qual” ela se encontra, bem como o critério e/ou perspectiva de avaliação que, nos vários casos, tem levado a extrapolá-la e a considerá-la separadamente daquele quadro geral mais amplo do qual ela também, no entanto, “faz parte”.

No caso do ordenamento penal italiano, o importante campo normativo das circunstâncias (de todas as circunstâncias, sem qualquer distinção entre as diferentes técnicas adotadas pelo legislador para a predeterminação dos respectivos efeitos agravantes ou atenuantes) é expressamente colocada apenas ao lado da modificação da pena. Não se atribui, portanto, qualquer relevância à eventual previsão de efeitos de natureza processual (como, por exemplo, a modificação do tipo de procedimento adotado quanto a determinado delito), ou a uma hipotética correlação com outros reflexos de espécie sancionatória (aplicabilidade de penas acessórias e/ou medidas de segurança etc.). Esta estreita relação normativa entre as circunstâncias e os efeitos modificadores da pena principal dos diversos delitos assume, obviamente, importância também no plano da própria identificação do “tipo” a que estas consequências jurídicas estão ligadas.

A demonstrada ausência de uma exclusiva e autônoma relevância das circunstâncias como critérios de mensuração e a conseqüente impossibilidade de sua valoração fora da relação direta com uma determinada figura de delito confirmam, em primeiro lugar, a própria necessidade de enquadrar as circunstâncias na economia dos diversos tipos normativos os quais resultam vinculados às consequências especificamente previstas. Desde este ponto de vista, portanto, enquanto pressupostos aos quais está ligada a previsão abstrata de certos efeitos modificadores da pena principal, as

circunstâncias também fazem parte da estrutura da norma jurídico-penal, integrando-se aos elementos constitutivos do delito e assim participando diretamente da configuração de um novo (e normativamente autônomo) tipo penal: o chamado tipo penal circunstanciado⁹⁹. O fato de que, em alguns casos, o legislador possa ter renunciado a uma tipificação precisa dos elementos circunstanciais, deixando sua apreciação concreta apenas para a valoração discricionária do juiz, pode determinar um problema hipotético de legitimidade constitucional (por possível violação ao princípio da taxatividade da norma penal), mas certamente não impede que as circunstâncias sejam reconhecidas como diretamente atribuíveis ao plano abstrato do tipo penal.

De todas essas premissas (válidas, é claro, apenas no que diz respeito ao ordenamento jurídico italiano vigente) é possível, portanto, identificar as circunstâncias apenas como elementos (definidos, ou não), aos quais a lei vincula a previsão (obrigatória ou opcional) de uma modificação da pena principal (no marco legal) estabelecida para um determinado delito e que, em virtude desta caracterização funcional, contribui para a configuração de tipos incriminadores “normativamente autônomos” mais articulados, ainda que estrutural e operacionalmente “dependentes” desta figura separada de delito.

Embora aparentemente genérica e desprovida de relevância dogmática e/ou funcional autônoma, a indicação ainda é, na verdade, capaz de legitimar o desenvolvimento de importantes implicações interpretativas.

Em primeiro lugar, porque, valorizando um dado de mera modificação das consequências jurídicas previstas para uma determinada figura delitiva, esta caracterização normativa genérica evidencia a relação imprescindível que vem necessariamente determinada entre a esfera de atuação das circunstâncias e a ativação paralela de um fenômeno de integração entre (os elementos previstos em) vários dispositivos de lei. Mas em outro aspecto também porque, dada a impossibilidade de caracterizar as circunstâncias em razão de sua exclusiva importância finalística e/ou de mensuração, esse fenômeno específico de integração normativa não parece suscetível de ser avaliado segundo uma lógica de mera contraposição entre os elementos do delito, por um lado, e elementos meramente circunstanciais, por outro. Pelo contrário, o próprio fato de convergirem de forma unitária na determinação de efeitos jurídicos diversos daqueles autonomamente resultantes apenas da integração dos primeiros evidencia a conveniência de uma consideração mais cuidadosa das relações que são determinadas (repetimos: não entre os elementos do delito e os elementos circunstanciais, mas) entre o conjunto de elementos do delito e o conjunto mais amplo composto por todos os elementos (constitutivos e circunstanciais), ao qual a lei vincula a aplicação de tais consequências penais distintas: ou seja, das relações entre um primeiro tipo penal mais genérico (também identificável com o conceito de “delito fundamental”) e outro mais específico (e/ou, em qualquer caso, caracterizado como parcialmente diferente) que se origina da penetração neste último da circunstância individual¹⁰⁰.

⁹⁹ T. PADOVANI, *Circostanze*, op. cit., p. 192; A. MELCHIONDA, *Le circostanze*, op. cit., pp. 717-719. A relevância autônoma e explícita que a fase de determinação da pena assume face a outros possíveis efeitos de aplicação tem também em conta a maior oportunidade de não estender a sua dimensão normativa relativa àqueles elementos adicionais que, nos termos do art. 133 CP (e em qualquer caso fora de sua avaliação eventual, mas separada nos termos do art. 62 bis do CP) pode incidir diretamente apenas sobre a medida concreta da pena aplicável ao réu. Sobre isso, se orientava de forma diferente A. PAGLIARO, *Il fatto di reato*, Palermo, Priulla, 1960, pp. 107 e 460, sobre o qual me remeto ao que foi observado em: A. MELCHIONDA, *Le circostanze*, op. cit., pp. 537-538.

¹⁰⁰ No âmbito do estudo várias vezes citado, a propósito da necessidade de melhor contrastar a identificação do chamado “delito fundamental” com eventuais hipóteses de circunstâncias, eu havia mencionado a ideia de avaliar uma solução que em parte era

A conclusão está substancialmente próxima ao que já foi apontado por parte da doutrina italiana, que, como visto, após reiterar a impossibilidade de qualificar as circunstâncias, exceto em razão de seus típicos efeitos modificadores da pena, havia justamente enfatizado a importância de considerar a relevância do fenômeno das circunstâncias em termos estritamente relacionados e não à circunstância individual, mas ao conjunto de elementos que são normativamente suscetíveis de legitimar a aplicação dos seus efeitos. A partir daqui, portanto, foi possível reconhecer a necessidade de uma valoração correta e adequada, não apenas do “tipo penal circunstancial”, mas do amplo “tipo de delito circunstanciado”¹⁰¹. Ao contrário da abordagem original, que talvez também tenha sido condicionada na época pela clara diversidade do regime de imputação subjetiva, a inegável diferença entre um “tipo autônomo de delito” e um “tipo circunstancial paralelo deste mesmo delito” não obriga também a postular uma necessária contraposição dogmática e/ou funcional entre elementos constitutivos e circunstâncias individuais.

É, portanto, à luz destas premissas que se abre a possibilidade de rever o significado da

diferente das consideradas mais tradicionais, levantando a hipótese de se chegar ao reconhecimento da “existência de um fenômeno meramente modificador”... sempre que a “eliminação hipotética de um certo elemento ‘do tipo’ (de ‘qualquer’ tipo: sem distinção, portanto, entre os chamados ‘tipos autônomos de delitos’ e meros tipos de ‘delito circunstanciado’) permitir identificar um (sub)tipo suscetível de ser subsumido por outra figura de delito punido de forma diversa” (v. A. MELCHIONDA, *Le circostanze*, op. cit., p. 752). A solução havia sido expressamente formulada com o único objetivo de buscar um critério idôneo para valorar o efetivo grau de “autonomia funcional” do tipo “circunstancial” e, nessa perspectiva, diferenciá-lo daquele de outra forma apreciável no chamado “delito fundamental”, conceito que assim tinha considerado «mais corretamente identificável com aquele tipo específico incriminador que, de tempos em tempos, pode vir a reunir todos os requisitos necessários à caracterização da ilicitude penal de um “fato” de outra forma incapaz de ser rastreado até um tipo penal separado e autônomo; de um “fato”, ou seja, que de outra forma seria incapaz de “gerar” um efeito de “punibilidade”. Sem prejuízo, portanto, “das razões já expostas acima para a diferenciação da área das chamadas circunstâncias impróprias, com base nestas suposições as circunstâncias do delito (“próprias” e/ou “no sentido estrito”) expressariam, portanto, um significado modificador inteiramente análogo ao encontrado em qualquer outro elemento diferencial e/ou especializado, confirmando assim o caráter de uma mera variante técnico-legislativa que, em nossa opinião, distingue a alternativa entre a provisão de uma circunstância específica (agravante ou atenuante) ou a configuração de uma figura separada de delito especial (“qualificada” ou “privilegiada”)”. Nesta perspectiva mais ampla, o problema não se “limitava, pois, a uma mera verificação da relação entre um determinado tipo incriminador e as correspondentes circunstâncias agravantes e/ou atenuantes, mas exige também apurar se, não obstante a hipotética eliminação de um ou mais elementos constitutivos desse mesmo tipo de delito, o “fato” correspondentemente sancionado pode ainda ser considerado punível (embora com uma pena diferente) com base em outro tipo incriminador mais amplo. O termo de referência final para esta avaliação é, portanto, não apenas aquele delito “determinado” que está em correlação com uma circunstância agravante ou atenuante “específica”, mas sim “qualquer” delito que, com base nas disposições do ordenamento jurídico vigente, permite identificar a linha de fronteira exata entre o conjunto de “elementos necessários” para gerar uma “relação jurídico-penal” (ou seja: delinear o tipo “mais genericamente” relacionado ao fato concretamente julgado), e tudo isso inversamente suscetível apenas de dar lugar à integração de outro tipo de delito (sancionado de forma mais ou menos severa), ou de um mero tipo de delito circunstanciado”. Como se pode ver, foi uma solução diretamente projetada para a tentativa de buscar uma nova possibilidade de racionalização sistemática do modo de operar das “circunstâncias” com relação à alternativa que consiste na previsão de um “tipo autônomo de delito”, em vez de fornecer um novo critério genérico para identificá-los. E por isso mesmo mencionei as possíveis perplexidades que poderiam resultar da ideia de uma utilização imediata desta solução como parâmetro de identificação das circunstâncias, não se baseando num critério originalmente considerado pelo legislador e, por esta razão, suscetíveis de conduzir a conclusões conflitantes com o que pode ser de outra forma apreciável através de outros possíveis critérios de identificação da chamada “voluntas legislatoris”.

Apesar da semelhança do critério considerado, a perspectiva é, portanto, significativamente diferente daquela que emerge da importante decisão da Corte de Cassação, em Seção Reunida (Cass. pen., S.U., 10 luglio 2002, in «Diritto penale e processo», 2003, 295 ss., com comentários de R. BARTOLI, *Truffa aggravata per conseguire erogazioni pubbliche: una fattispecie davvero circostanziante?*) em que a possibilidade de identificar o elemento circunstancial foi expressamente mencionada com base em um critério análogo de “eliminação mental”. Ao formular uma crítica à perspectiva indicada acima, não parece, portanto, pertinente a observação feita por A. MANNA, *Corso di Diritto penale*, P.G., 2015³, pp. 756-759, o qual avalia apenas como uma mera “reedição” do próprio princípio da especialidade numa perspectiva moderna e mais sofisticada. A referida possibilidade de proceder à seleção de um fator modificador da punibilidade mediante uma verificação baseada no critério de “eliminação mental” não é de fato funcional para a identificação da circunstância isolada, mas apenas para melhor identificar o chamado “delito fundamental”.

¹⁰¹ Sobre isto, consulte ainda M. GALLO, *Sulla distinzione*, op. cit., 566; T. PADOVANI, *Circostanze*, op. cit., p. 192; A. MELCHIONDA, *Le circostanze*, op. cit., pp. 717-719; também A. SPENA, *Accidentalità delicti?*, op. cit., p. 648.

regulamentação geral das circunstâncias do delito em uma perspectiva parcialmente diferente daquela que, segundo grande parte da doutrina italiana, levou a atribuir relevância ao caráter normativo autônomo do instituto.

Como já visto, longe de ser entendida como um modelo específico de mensuração concreta da pena, a atual regulação do cômputo dos efeitos modificativos das circunstâncias e as regras conexas sobre o chamado concurso de circunstâncias prestam-se a ser melhor interpretadas somente sob a ótica do concurso de vários tipos incriminadores, prevendo uma disciplina paralela à do concurso entre tipos autônomos (ou “independentes”) e tipos destinados à regulação de vários casos de concurso entre um tipo autônomo (ou “independente”) e um ou mais casos tipos circunstanciados (“dependentes” destes)¹⁰².

No que diz respeito ao regime de imputação subjetiva, hoje previsto no art. 59 do CP, a ausência detectada de uma homogeneidade no conteúdo da categoria não nos permite pensar as circunstâncias como elementos (pré)destinados a serem “imputados” de acordo com regras diversas daquelas comuns aos demais elementos do tipo. A própria falta de justificativas lógicas apresentadas em apoio à regulamentação autônoma adotada em 1930 nos obriga, além disso, a excluir a possibilidade de que a especificidade das regras assim introduzidas tenha uma legitimidade inerente à própria essência do fenômeno regulado. Nesta perspectiva, as circunstâncias se prestam a ser mais corretamente entendidas como elementos totalmente “essenciais” em relação ao tipo correspondente de “delito circunstanciado” (ou tipo “dependente”)¹⁰³ e, no plano subjetivo, somente podem ser valoradas a favor ou contra o autor se forem analisadas com base naquele coeficiente de imputação subjetiva que, em estrita observância do princípio da culpa (este é o princípio que certamente pode ser reconhecido na atual regulamentação do art. 59 do CP), pode ser identificado como cada vez mais necessário para expressar o significado atenuante ou agravante daquele caso mais específico do art. 59 do CP), podem ser identificados como necessários para expressar o significado atenuante ou agravante deste tipo mais específico¹⁰⁴. A hipótese também está em sintonia com a contínua relevância objetiva das circunstâncias atenuantes, refletindo-se de outra forma apreciável também no caso de concurso de tipos autônomos independentes com a especialidade da hipótese atenuada¹⁰⁵.

A inconsistência e a falta de fundamento fornecidas pela tendência tradicional de assumir a

¹⁰² A. MELCHIONDA, *Le circostanze*, op. cit., pp. 755-760.

¹⁰³ O ponto é reconhecido hoje por vozes autorizadas: F. MANTOVANI, *Diritto penale*, op. cit., p. 397, em nota.

¹⁰⁴ A. MELCHIONDA, *Le circostanze*, op. cit., pp. 763-766. Análoga também à configuração proposta por S. PUTINATI, *Responsabilità*, cit., pp. 373-379 e da A. SPENA, *Accidentalità delicti*?, op. cit., pp. 692-694. Por outro lado: que a busca do critério exato de imputação (e/ou comunicabilidade) das circunstâncias é uma questão a ser avaliada cuidadosamente, com base nas características específicas do conteúdo do elemento individualmente examinado de tempos em tempos, e após a consideração da exata relevância expressada por isso na economia do tipo global correspondente, era uma suposição que já estava implicitamente assumida nas firmes palavras de crítica que, desde o século passado, levaram a rejeitar a admissibilidade de tipos apriorísticos ou puramente presuntivos: critérios dignos de “indolentes”, “para dispensar o exame das várias medidas de criminalidade”: N. FRAMARINO DE’ MALATESTA, *Studio sulla comunicazione delle circostanze nel delitto*, Napoli, Stabilimento tipografico dell’Iride, 1887, p. 46.

¹⁰⁵ Como observei em outro lugar (A. MELCHIONDA, *La nuova disciplina di valutazione delle circostanze del reato*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1990, pp. 1470-71), mesmo a avaliação objetiva das circunstâncias atenuantes é uma regra que parece conformar-se a uma correta aplicação do princípio da culpabilidade. Agora, abandonada a pretensão infundada de partir da previsão expressa sobre circunstâncias atenuantes, para daí deduzir a mesma necessidade de contraste com o que de outra forma é aplicável ao elementos constitutivos de um tipo autônomo (e “independente”) (para esta tese veja F. STELLA, *L'errore sugli elementi specializzanti*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1964, p. 84) e dado o maior fundamento da tese oposta (A. FIORELLA, *L'errore sugli elementi differenziali del reato*, Tivoli, 1979), o regime global previsto poderia fornecer elementos suficientes para justificar uma avaliação substancialmente homogênea, mesmo em casos de falta de conhecimento de elementos “privilegiados” diferenciais (veja A. MELCHIONDA, *Le circostanze*, cit., p. 769, nota 144).

categoria das circunstâncias como expressão de um campo dogmaticamente e/ou funcionalmente autônomo e a elevada necessidade de coordenar melhor o correspondente regime geral com aquele previsto para outros elementos do delito também torna possível enfrentar melhor os problemas de uma possível reforma do código vigente¹⁰⁶.

A este respeito é, de fato, impossível pensar em alcançar uma superação racional e definitiva de todas as dificuldades do passado sem ter uma ideia clara e precisa, não apenas dos efeitos que podem estar ligados à oportunidade reafirmada de manter a atual distinção entre os tipos incriminadores “dependentes” e “acessórios”, e os tipos, diferentemente, classificados como verdadeiramente “independentes”, mas também dos critérios com base nos quais se decidirá “traduzir” em chave normativa os extremos desta persistente necessidade de distinção.

A menos que se pense numa refundação radical do atual sistema de tipos penais incriminadores com base numa síntese e generalidade absolutas (por exemplo, limitando a proteção de cada bem jurídico a um único caso geral, renunciando assim não só à tipificação de formas de lesão mais específicas, mas também à própria previsão de tipos “especiais” e/ou “complexos”), não parece que a ideia de uma eliminação drástica da regulamentação das circunstâncias possa ser seriamente aceita¹⁰⁷. De fato, em princípio, pode-se admitir que todos os problemas relacionados com a referida exigência de diversificação dos tipos incriminadores individuais poderiam muito bem ser resolvidos por meio da regulamentação do concurso de delitos e do concurso aparente de normas. É plausível, no entanto, que o legislador possa, por exemplo, abandonar drasticamente a distinção entre o crime de furto e o de roubo? Ou, poderia de outra forma dispensar a distinção entre delitos comuns e delitos próprios? Além da aparente banalidade da exemplificação, a questão é, na verdade, de extrema importância: porque no preciso momento em que se decide manter estas distinções, surge automaticamente uma primeira necessidade, a de estabelecer se estas hipóteses “especiais” de delitos devem, ou não, estar sujeitas à mesma disciplina prevista para qualquer outro tipo abstratamente capaz de demonstrar uma relação de especialidade com um tipo delitivo comum, e outro mais simples. Com relação às hipóteses exemplificadas, ou seja, se reconhece a necessidade de decidir quais as relações de aplicação entre o roubo e qualquer outra possível figura de roubo “agravada”, ou entre cada delito individual próprio e outras hipóteses agravadas do delito comum correspondente. Caso a escolha legislativa seja orientada em favor de uma valoração separada destas possibilidades abstratas de concurso entre muitos tipos “especiais”, ou seja, se (como é comum às principais codificações em vigor e como de fato aconteceu em todos os ordenamentos legais que tivemos a oportunidade de examinar) se decidisse liberar o campo de aplicabilidade dos primeiros tipos penais de qualquer possível concurso com todas as circunstâncias agravantes e/ou atenuantes residuais do respectivo tipo penal comum, a opção por fazer uma necessária comparação entre os vários tipos penais que são abstratamente passíveis de expressar um significado modificador das consequências previstas para um determinado “delito de base” não seria mais ignorada: neste ponto, em essência, como também previsto na atual legislação italiana, seria novamente necessário distinguir entre tipos modificares dependentes de uma dada hipótese fundamental e tipos modificares de

¹⁰⁶ Para um panorama das mais recentes propostas de reforma em matéria de circunstâncias, remeto-me mais uma vez ao que foi observado em A. MELCHIONDA, *Le circostanze*, op. cit., pp. 14-26, bem como o que é subsequentemente especificado por G. AMARELLI, *Caratteri e limiti della disciplina delle circostanze del reato*, in AA.VV., *Quale riforma del codice penale? Riflessioni sui Progetti Nordio e Pisapia*, a cura di C. Fiore, S. Moccia, A. Cavaliere, Napoli, ESI, 2009, p. 183; L. PELLEGRINI, *Circostanze del reato*, op. cit., pp. 382-385; e, sobretudo, D. PULITANÒ, *Circostanze del reato. Problemi e prospettive*, in *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, a cura di S. Vinciguerra e F. Dassano, Napoli, ESI, 2010, pp. 707-719.

¹⁰⁷ Recentemente, uma posição mais favorável a uma solução “aboliconista” foi tomada por: L. PELLEGRINI, *Circostanze del reato*, op. cit., pp. 383-386.

equiparação, mas, por sua vez, configurados legislativamente como verdadeiros “títulos autônomos de delitos”: ou seja, como novos e separados tipos incriminadores independentes¹⁰⁸.

Como vimos, com a atual regulamentação dos efeitos modificadores das circunstâncias, o Código atual respondeu (talvez involuntariamente) a uma necessidade legislativa constante (e até agora não evitada) de proporcionar uma “organização sistemática” adequada e coerente, não apenas de todos os casos em que foi considerado apropriado e/ou necessário diversificar as consequências sancionatórias previstas em abstrato para um determinado delito, mas também das múltiplas interrelações que inevitavelmente surgem como resultado da previsão de tipos incriminadores caracterizados por uma relação direta de especialidade (seja unilateral ou bilateral). E é, portanto, na perspectiva da necessária previsão desta disciplina que a base, utilidade e apreciação das regras em vigor devem ser avaliadas.

No plano das “regras gerais” remanescentes sobre o tema das circunstâncias, as bases de uma possível reforma do sistema devem ser correlacionadas com o que foi observado acima sobre os espaços atuais de revisitação da disciplina atual da matéria. Superada definitivamente qualquer tendência infundada de valorizar diferenças inexistentes entre as circunstâncias e outros elementos do tipo incriminador, também do ponto de vista dos critérios de imputação subjetiva ou dos cânones paralelos de “comunicabilidade” entre os parceiros, a atual previsão de regras separadas poderia facilmente ser abandonada¹⁰⁹, na linha do que também ocorre em outras legislações estrangeiras¹¹⁰. Tanto neste caso, quanto na hipótese de eventual preservação da atual separação de regime, deve ser melhor esclarecida a necessidade de regular de acordo com critérios homogêneos também todo o conjunto de elementos diferenciais atribuíveis a um tipo penal incriminador “independente” e, nesta perspectiva, sem prejuízo da superação definitiva do atual critério de irrelevância das meras hipóteses de circunstâncias atenuantes¹¹¹, deverá manter-se a regra inversa da relevância de situações atenuantes apenas objetivamente integradas (salvo exceções óbvias impostas pelas características intrínsecas dos elementos considerados de tempos em tempos)¹¹².

Dito isto, também é claro que, precisamente devido à correlação muito estreita que existe entre a técnica da previsão de elementos (ou circunstâncias) destinados a uma variação das consequências sancionatórias estabelecidas para uma determinada figura delitiva e a estrutura mais ampla de um novo

¹⁰⁸ Sobre a relevância destas ideias “de jure condendo”, veja as reflexões de G. RADBRUCH, *Die gesetzliche Strafänderung*, in *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts*, A.T., Berlin, Liebmann, 1908, vol. III, pp. 189-219, e de R. MAURACH, *Die Behandlung der unselbständigen tatbestandlichen Abwandlungen und der eigenständigen Verbrechen de lege ferenda*, in *Materialien zur Strafrechtsreform*, vol. I (*Gutachten der Strafrechtslehrer*), Bonn, 1954, pp. 249-258. Recentemente, com referência específica às perspectivas relatadas, de reforma da regulamentação italiana das circunstâncias, veja também: D. PULITANO, *Circostanze del reato*, op. cit., p. 717. Pelas razões expostas no texto, não acredito que o problema da distinção entre circunstâncias e elementos constitutivos possa ser resolvido apenas por uma “eliminação de circunstâncias” genérica; em sentido contrário conclui: G. AMARELLI, *Circostanze ed elementi essenziali*, op. cit., pp. 2840-2843.

¹⁰⁹ No passado, havíamos levantado dúvidas sobre a solução neste sentido proposta por: C.F. GROSSO, *Responsabilità penale personale*, op. cit., 279; veja MELCHIONDA, *La “rilevanza oggettiva”*, op. cit., 1406. As razões para esta divergência, no entanto, foram inteiramente determinadas pelo receio de possíveis “retornos” a soluções “objetivas” passadas, potencialmente favorecidas pela tendência contínua de considerar as circunstâncias como elementos intrinsecamente diferentes daqueles que constituem o delito.

¹¹⁰ O exemplo mais correto, na medida em que não é condicionado pelos “problemas circunstanciais” que têm caracterizado ao contrário os outros sistemas analisados acima, é certamente aquele oferecido pela atual legislação alemã: A. MELCHIONDA, *Le circostanze*, op. cit., pp. 338-348.

¹¹¹ Trata-se de uma regra que parece estar em desacordo com a aplicação correta do princípio da culpabilidade (C.F. GROSSO, *Responsabilità penale*, in «Enciclopedia del Diritto», Milano, Giuffrè, 1968, vol. XV, p. 715) e que necessita de uma reforma (C.F. GROSSO, *Questioni aperte in tema di imputazione del fatto*, in AA. Vv., *Verso un nuovo codice penale. Ininerari - Problemi - Prospettive*, Milano, Giuffrè, 1993, p. 254; A. MELCHIONDA, *La nuova disciplina*, op. cit., pp. 1476).

¹¹² Sobre as características desta disciplina, refiro-me novamente ao que é relatado em: A. MELCHIONDA, *La nuova disciplina*, op. cit., pp. 1470-71.

código penal, quaisquer escolhas para rever o atual “sistema” de circunstâncias não poderiam deixar de ser condicionadas, por um lado, pelas mesmas soluções adotadas tendo em vista uma eventual revisão das técnicas de predeterminação dos diferentes tipos incriminadores e, por outro, pelo que se considera feito em termos das sanções globais previstas.

De um primeiro lado, sem prejuízo da inegável oportunidade de revisão (pelo menos parcial) da atual hipertrofia do sistema de circunstâncias, poder-se-ia, por exemplo, pensar em soluções semelhantes àquelas que, embora com resultados ainda controversos, levaram, na Alemanha, à previsão dos chamados *Regelbeispiele*¹¹³. Mas é óbvio que qualquer decisão, mesmo deste teor, não poderia deixar de ter em conta o que foi feito paralelamente em termos de reforma mais geral do sistema sancionatório e a possível opção (também) por uma estrutura mais articulada de sanções. Em comparação com as tradicionais previsões de pena, a articulação dos casos e as respectivas especificações agravantes e atenuantes poderiam, em todo caso, ser revistas numa chave parcialmente diferente da atual, com valorização diferenciada da relevância modificadora desta última: de um lado, mantendo a previsão de tipos especiais com impacto direto nos limites legais; de outro, tentando novamente explorar os espaços de uma delimitação interna do quadro legal, em hipóteses também por meio da previsão de subtipos “circunstanciais” caracterizados, como referido, por uma relevância não vinculante ou meramente exemplificativa. E, nesta perspectiva, uma simplificação e racionalização do atual sistema também poderia ser obtida com a utilização de um modelo baseado nas chamadas espécies de penas¹¹⁴.

É inútil e impossível, em todo o caso, continuar aqui uma reflexão que merece e precisa de muito mais espaço. No entanto, o quadro geral é suficientemente claro. Livre de esquemas conceituais artificiais e de legados dogmáticos inúteis e infundados do passado, a disciplina italiana das circunstâncias se revela hoje pelo que é: não o resultado de uma categoria ontológica de direito penal, mas apenas um modelo de solução técnica e contingente de múltiplos reflexos de uma ordem sistemática e funcional. Se se quiser pensar em uma reforma do sistema vigente, então, é bom ter em conta que, justamente como foi observado, “os problemas que hoje se sobrepõem ao mundo artificial das circunstâncias podem ser melhor compreendidos e (talvez) resolvidos se sairmos da gruta das armadilhas dogmáticas e submetemos os modelos legislativos a análises críticas que revelem as suas ideologias e disfunções implícitas”¹¹⁵.

Nesta perspectiva, parece então legítimo concluir que a disciplina italiana das circunstâncias ainda é capaz de fornecer ideias dignas de um estudo mais aprofundado, uma vez que é uma disciplina que, como visto, se bem avaliada e compreendida, ainda tem em si muito de “viva” e cujo “futuro” não parece ser genericamente liquidado com sua eliminação drástica e apenas aparentemente decisiva.

¹¹³ Para referências mais extensas, remeto ao que está especificado em: A. MELCHIONDA, *Le circostanze*, op. cit., pp. 320-325. Em um sentido favorável a uma técnica de tipo exemplificativo, veja também o conhecido documento apresentado por: PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI, *Circolare 5 febbraio 1986, n. 1.1.2/17611/46 - Criteri orientativi per la scelta tra delitti e contravvenzioni e per la formulazione delle fattispecie penali*, in «Cassazione penale», 1986, p. 632. A favor de uma perspectiva de abandono do atual sistema, mediante uma reconfiguração das circunstâncias como mero critério nomeado de mensuração judicial da pena, veja: G. AMARELLI, *Caratteri e limiti*, op. cit., p. 187.

¹¹⁴ Para uma proposta bem conhecida para uma reestruturação global da técnica atual de predeterminação da pena nas sentenças veja: T. PADOVANI, *La disintegrazione*, op. cit., pp. 443-452. A título de síntese, sobre a hipotética opção de reforma dos efeitos modificadores das circunstâncias agravantes e atenuantes, gostaria de me remeter aqui ao que se especifica em: A. MELCHIONDA, *Riforma del sistema sanzionatorio e cornici edittali di pena. Brevi note a favore di un sistema fondato sulle c.d. “classi di pena”*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2013, pp. 1292-1299.

¹¹⁵ D. PULITANO, *Circostanze del reato*, op. cit., p. 719.

Bibliografia

- ALIMENA, B. **I limiti e i modificatori dell'imputabilità**. vol. III, Torino: Utet, 1899.
- ALONSO ALAMO, M. **El sistema de las circunstancias del delito**. Valladolid, 1981.
- AMARELLI, G. Caratteri e limiti della disciplina delle circostanze del reato, in AA.VV., **Quale riforma del codice penale? Riflessioni sui Progetti Nordio e Pisapia**, a cura di C. Fiore, S. Moccia, A. Cavaliere, Napoli: ESI, 2009.
- AMARELLI, G. Circostanze ed elementi essenziali del reato: il difficile distinguo si ripropone per il furto in abitazione, in **Cassazione penale**, 2007, p. 2815-2843.
- BELLAVISTA, G. Il potere discrezionale del giudice nell'applicazione della pena, in **Il Tommaso Natale**, 1975.
- BETTIOL, G. **Diritto penale**. 12ª ed. Padova: Cedam, 1982.
- BINDING, K. **Handbuch des Strafrechts**. Berlin: Duncker & Humblot, 1885.
- BRICOLA, F. **La discrezionalità nel diritto penale**. Milano: Giuffrè, 1965.
- BRICOLA, F. Le aggravanti indefinite. Legalità e discrezionalità in tema di circostanze del reato. **Rivista italiana di diritto e procedura penale**, 1964.
- BRICOLA, F. Rapporti fra dommatica e politica criminale. **Rivista italiana di diritto e procedura penale**, 1988.
- BRICOLA, F. Riforma del processo penale e profili di diritto penale sostanziale, in **Studi in memoria di Pietro Nuvolone**, vol. III, Milano: Giuffrè, 1991.
- CARRARA, F. Ricettazione dolosa di cose furtive, in **Opuscoli di diritto criminale**, Firenze: Cammelli, 5ª ed., vol. III, 1898.
- CHAUVEAU, A.; HÉLIE, F. **Théorie du Code Pénal**. Bruxelles: Meline, vol. I, 1845.
- CIGNA, D. Il sistema delle circostanze di reato nel diritto positivo. **Rivista Penale**, v. XC, 1919. pp. 445-461.
- CIGNA, D. **Le circostanze del reato nella dottrina, nella legge, nella storia**. Milano: SEI, 1916.
- CIGNA, D. Le circostanze di reato nella critica giuridica e storica. **Rivista Penale**, v. LXXXIX, 1919. pp. 371-390.
- CIGNA, D. Le circostanze procedurali. **Rivista Penale**, v. LXXXIX, 1919. pp. 138-142.
- CIGNA, D. **Positivismo e diritto**. Palermo: Trimarchi, 1921.
- COCURULLO, B. **Le circostanze del reato**. Napoli, 1940.
- CONTENTO, G. **Corso di diritto penale**. Bari: Laterza, 1989.
- CONTENTO, G. **Introduzione allo studio delle circostanze del reato**. Napoli: Jovene, 1963.
- CONTI, U. La pena e il sistema penale del codice italiano, in **Enciclopedia del diritto penale italiano**, a cura di E. Pessina, Milano: SEI, vol. IV, 1910.
- CORDERO, F. Circostanze "generiche" e termine di prescrizione. **Rivista italiana di diritto e procedura penale**, 1958.
- COSTA, S. Circostanze oggettive e soggettive del reato, in **Nuovo Digesto Italiano**, Torino: Utet, vol. III, 1938.
- CRIVELLARI, G. **Il Codice per il Regno d'Italia**. Torino: Utet, vol. VIII, 1898.
- DAVID, R. **I grandi sistemi giuridici contemporanei**. 2ª ed., Padova: Cedam, 1973.
- DE VERO, G. **Circostanze del reato e commisurazione della pena**. Milano: Giuffrè, 1983.
- DE VERO, G. Le circostanze del reato al bivio tra reintegrazione e disintegrazione sistematica. I riflessi delle novelle del 1984. **Rivista italiana di diritto e procedura penale**, 1986.
- DELOGU, T. Potere discrezionale del giudice penale e certezza del diritto. **Rivista italiana di diritto e procedura penale**, 1976.
- DOLCINI, E. **La commisurazione della pena**. Padova: Cedam, 1979.
- DOLCINI, E. Potere discrezionale, in **Enciclopedia del Diritto**, Milano: Giuffrè, vol. XXXIV, 1985.
- DURANTE, S. Attenuanti, in **Digesto Italiano**, Torino: Utet, vol. IV-2, 1926, pp. 144-162.
- ENGISCH, K. **Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit**. Heidelberg: Winter, 1953.
- FERRI, E. Progetto preliminare di Codice penale italiano per i delitti (1921), in E. FERRI, **Principii di diritto criminale**. Torino: Utet, 1928.
- FIANDACA, G.; MUSCO, E. **Diritto penale**, P.G. 8ª ed. Bologna: Zanichelli, 2019.
- IORE, C.; IORE, S. **Diritto penale**, P.G. 6ª ed. Torino: Utet, 2020.
- FLORIAN, E. Del concorso fra le varie circostanze di cui all'art. 29, in **La Cassazione Unica**, 1904.
- FRAMARINO DE' MALATESTA, N. **Studio sulla comunicazione delle circostanze nel delitto**. Napoli: Stabilimento tipografico dell'Iride, 1887.
- FROSALI, R.A. **Concorso di norme e concorso di reati**. 2ª ed. Milano: Giuffrè, 1971.

- GALLO, M. Sulla distinzione tra figura autonoma di reato e figura circostanziata. **Rivista italiana di diritto penale**, 1949.
- GARÇON, E. **Code pénal annoté**. Paris, vol. I, 1952.
- GARRAUD, R. **Traité théorique et pratique du Droit Pénal français**. 3ª ed. Paris, vol. II, 1914.
- GEERDS, F. **Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht**. Hamburg: Hansischer Gildenverlag J. Heitmann, 1961.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. **Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal**. Valencia: Tirant lo Blanc, 1988.
- GROSSO, C.F. Questioni aperte in tema di imputazione del fatto, in AA. VV., **Verso un nuovo codice penale. Itinerari - Problemi - Prospettive**. Milano: Giuffrè, 1993.
- GROSSO, C.F. Responsabilità penale, in **Enciclopedia del Diritto**, Milano: Giuffrè, vol. XV, 1968.
- GUERRINI, R. **Elementi costitutivi e circostanze del reato**. Milano: Giuffrè, 1988.
- KLASS, G.K.W. **Das Zusammentreffen von qualifizierten und privilegierten Delikten**. Frankfurt am Main, 1960.
- LATAGLIATA, A.R. **Circostanze discrezionali e prescrizione del reato**. Napoli: Jovene, 1967.
- LEGRAVEREND, J. M. **Traité de la législation criminelle en France**. 3ª ed. Paris: Imprimerie Royale vol. I, 1830.
- LEONE, G. **Reato abituale, continuato e permanente**. Napoli: Jovene, 1937.
- LUCCHINI, Aggravanti (cause) e attenuanti (cause), in **Digesto Italiano**. Torino: Utet, vol. II-2, 1893, pp. 1-3.
- MALINVERNI, A. **Circostanze del reato**, in **Enciclopedia del Diritto**, Milano: Giuffrè, vol. VII, 1961.
- MALINVERNI, A. Per una teoria generale delle circostanze aventi a fondamento la personalità del soggetto attivo del reato. **La Scuola Positiva**, 1965.
- MANNA, A. Circostanze del reato, in **Enciclopedia Giuridica**, Roma: Treccani, vol. VI, 1993.
- MANTOVANI, F. **Diritto penale**. 10ª ed. Padova: Cedam, 2017.
- MARCONI, G. **Il nuovo regime di imputazione delle circostanze aggravanti**. Milano: Giuffrè, 1992.
- MARINI, G. Circostanze del reato (Diritto penale), in **Novissimo Digesto Italiano**. Torino: Utet, 1980.
- MARINI, G. **Le circostanze del reato. Parte generale**. Milano: Giuffrè, 1965.
- MARINUCCI, G.; DOLCINI, E.; GATTA, G.L. **Manuale di diritto penale**, P.G. 11ª ed., Milano: Giuffrè, 2022.
- MASSA, M. **Le attenuanti generiche**. Napoli: Jovene, 1959.
- MASUCCI, L. Il sistema di commisurazione delle pene. **Supplemento della Rivista Penale**, v. II, 1893-94.
- MAURACH, R. **Die Behandlung der unselbständigen tatbestandlichen Abwandlungen und der eigenständigen Verbrechen de lege ferenda**, in **Materialen zur Strafrechtsreform, (Gutachten der Strafrechtslehrer)**. Bonn, vol. I, 1954.
- MELCHIONDA, A. La nuova disciplina di valutazione delle circostanze del reato. **Rivista italiana di diritto e procedura penale**, 1990.
- MELCHIONDA, A. **Le circostanze del reato. Origine, sviluppo e prospettive di una controversa categoria penalistica**. Padova: Cedam, 2000.
- MELCHIONDA, A. Riforma del sistema sanzionatorio e cornici edittali di pena. Brevi note a favore di un sistema fondato sulle c.d. "classi di pena". **Rivista italiana di diritto e procedura penale**, 2013, pp. 1292-1299.
- MIRTO, P. Le circostanze del reato e la nozione di elementi caratterizzanti. **Rivista Penale**, (XCVII), 1923.
- MORO, A. **Unità e pluralità di reati**. Padova: Cedam, 1951.
- ORTOLAN, J. **Éléments de droit penal**. 5ª ed. Paris, 1886.
- PACHECO, J.F. **El Código Penal concordado y comentado**. 5ª ed. Madrid, vol. I, 1881.
- PADOVANI, T. Appunti sull'evoluzione del concetto di colpevolezza. **Rivista italiana di diritto e procedura penale**, 1973.
- PADOVANI, T. Circostanze del reato, in **Digesto delle discipline penalistiche**. Torino: Utet, vol. II, 1988.
- PADOVANI, T. La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale. **Rivista italiana di diritto e procedura penale**, 1992.
- PAGLIARO, A. **Il fatto di reato**. Palermo: Priulla, 1960.
- PALAZZO, F. **Corso di diritto penale**. 8ª ed., Torino: Giappichelli, 2021.
- PANNAIN, R. **Gli elementi essenziali e accidentali del reato**. Roma: Athenaeum, 1936.
- PECCIOLI, A. **Le circostanze privilegiate nel giudizio di bilanciamento**. Genova: Brigati, 2008.
- PEDROSA MACHADO, M.N. **Circunstâncias das infracções e sistema do direito penal português**. Lisboa, 1989.
- PELLEGRINI, L. **Circostanze del reato: trasformazioni in atto e prospettive di riforma**. Firenze: Firenze University Press, 2014.
- PETERS, K. **Die kriminalpolitische Stellung des Strafrichters bei der Bestimmung der Strafrechtsfolgen**. Berlin: Springer, 1932.

- PREZIOSI, S. **La fattispecie qualificata**. Padova: Cedam, 2000.
- PUECH, M. **Les grands arrêts de la jurisprudence criminelle**. Paris: Cujas, vol. I, 1976.
- PULITANÒ, D. Circostanze del reato. Problemi e prospettive, in *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, a cura di S. Vinciguerra e F. Dassano, Napoli: ESI, 2010.
- PUTINATI, S. **Responsabilità dolosa e colposa per le circostanze aggravanti**. Torino: Giappichelli, 2008.
- RADBRUCH, G. **Die gesetzliche Strafänderung, in Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts**, A.T. Berlin: Liebmann, vol. III, 1908.
- RISICATO, L. **Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato**. Milano: Giuffrè, 2001.
- ROSSI, P. **Trattato di Diritto penale**. Trad. di E. Pessina, Torino: Utet, 1853.
- SABATINI, G. Appunti sulle circostanze del reato e sul loro concorso, in *Archivio Penale*, v. I, 1952.
- SALINERO ALONSO, C. **Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y el artículo 66 del Código Penal**. Granada: Comares, 2000.
- SANTORO, A. **Teoria delle circostanze del reato**. Roma: Tipografia delle Mantellate, 1933.
- SANTORO, A. **Le circostanze del reato**. Torino: Utet, 1952.
- SANTORO, A. Circostanze del reato, in *Novissimo Digesto Italiano*. Torino: Utet, vol. III, 1959.
- SPENA, A. Accidentalità delicti? Le circostanze della struttura del reato. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*. 2009.
- STILE, A.M. **Il giudizio di prevalenza e di equivalenza tra le circostanze**. Napoli: Jovene, 1971.
- STILE, A.M. La minore età nel gioco delle circostanze del reato ex art. 69 c.p., in *Giurisprudenza di merito*, v. II, 1975.
- STILE, A.M. Probleme und Besonderheiten der Strafzumessung in Italien. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (94), 1982.
- TIRAQUELLUS, A. **De poenis legum ac consuetudinum, Statutorumque temperandis, aut etiam remittendis, et id quibus quotque ex causis**. Venetiis, 1560.
- VASSALLI, G. Reato complesso, in *Enciclopedia del Diritto*, Milano: Giuffrè, vol. XXXVIII, 1987.
- WÜRTENBERGER, T. Die irrationalen Elemente bei der Strafzumessung, in *Kriminalpolitik im sozialen Rechtsstaat*, Stuttgart: Enke, 1970.
- WÜRTENBERGER, T. **La situazione spirituale nella scienza penalistica in Germania**, trad. it. a cura di M. Losano e F.G. Répaci, Milano: Giuffrè, 1965.
- ZUCCALÀ, G. Delle circostanze del reato, in *Commentario breve al Codice Penale*, a cura di A. Crespi, F. Stella e G. Zuccalà, Padova: Cedam, 1992.

Discurso político-criminal gerencialista y exclusión social¹

Managerialist penal discourse and social exclusion

José Manuel Paredes Castañón 

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Oviedo, España

Resumen: El discurso político-criminal gerencialista propugna una racionalización de la gobernanza del sistema penal, que asegure su eficacia y eficiencia en la persecución del objetivo de prevención de riesgos de infracciones. Para ello promueve estrategias de acción orientadas a la identificación de categorías de individuos particularmente peligrosos (mediante el empleo de metodología actuarial, de base estadística) y a la neutralización, mediante la acción del sistema penal, de dicha peligrosidad. Esta concepción del sistema penal como instrumento de gestión masiva de riesgos penales está sujeta a numerosas objeciones, tanto morales como metodológicas. Pero sin duda la crítica más acerba que puede realizarse al discurso gerencialista es el hecho de que en la práctica aparezca combinado con discursos clasistas, ocasionando que la prevención de riesgos penales acabe por concentrarse de manera discriminatoria en los fenómenos de desviación social de las clases más pobres y marginadas.

Palabras clave: Política criminal. Gerencialismo. Justicia actuarial. Exclusión social. Aporofobia

Abstract: The managerial penal ideology advocates a rationalization of the governance of the penal system, which should ensure its effectiveness and efficiency in preventing the risks of offenses. To do this, it promotes strategies aimed at identifying particularly dangerous categories of individuals (using actuarial tools, on a statistical basis) and neutralizing, through the action of the penal system, those risks. This conception of the penal system as an instrument for the massive management of criminal risks is subject to numerous objections, both moral and methodological. But there's no doubt that the bitterest criticism that can be made of managerial discourse is the fact that it often appears combined with classism. This combination tends to focus the prevention of criminal risks mainly on the phenomena of social deviation of the underclass, in a very discriminatory way.

Keywords: Penal policy. Managerialism. Actuarial justice. Social exclusion. Aporophobia

1. Gerencialismo y aporofobia como ideologías

“Aporofobia” es un término de reciente introducción en la lengua castellana² y es definido por el

¹ Versión anotada de la ponencia que presenté en el Congreso internacional sobre *Aporofobia y Derecho Penal*, organizado por la Universidad de Salamanca en octubre de 2020.

² CORTINA, Adela: Aporofobia, *El País* 7/3/2000 (consulta: 15/3/2021). Disponible en: https://elpais.com/diario/2000/03/07/opinion/952383603_850215.html.

diccionario como “*fobia (= aversión exagerada) a las personas pobres o desfavorecidas*”³. Conviene observar, sin embargo, que existe una notoria ambigüedad en esta definición: se puede querer hacer referencia bien a creencias (lo que un individuo o grupo social piensa acerca de las personas pobres), o bien a actitudes (cómo un individuo o grupo social interactúa con las personas pobres).

Este trabajo versa sobre política criminal; esto es, sobre (una clase de) políticas públicas. Y, en concreto, sobre el impacto sobre las mismas de ciertas ideologías⁴: sobre el gerencialismo y la aporofobia, en tanto que (partes de) discursos político-criminales, y sobre las posibles interrelaciones entre ambos. Más exactamente: sobre la medida en que la acogida en las discusiones político-criminales de tópicos propios de los discursos gerencialistas puede posibilitar o favorecer la incorporación también de componentes discursivos aporofóbicos.

Así pues, mi atención aquí se centrará en la parte discursiva del dispositivo penal⁵: no en las prácticas de elaboración o aplicación de normas y otras decisiones políticas y burocráticas; sino más bien en los discursos que pretenden aprehender la realidad social y orientar y justificar aquellas prácticas y decisiones del sistema penal que pretenden incidir sobre la misma. En las racionalidades de gobernanza, en suma, que se proponen⁶. No obstante, veremos que un análisis de dichos discursos que pretenda poseer capacidad crítica no puede limitarse a examinar en abstracto sus enunciados, sino que tiene necesariamente que concentrarse en el uso de los mismos dentro de un determinado contexto social estructurado (aquí, el de las discusiones sobre políticas penales), pues en la realidad social la ideología no aparece nunca como pura abstracción simbólica, sino siempre materializada en prácticas discursivas concretas, por lo que tanto la interrelación semántica entre los diferentes componentes como la pragmática de la situación comunicativa (el contexto cultural, histórico y situacional en los que se profieren los enunciados) resultan decisivas para poder entender sus efectos sociales⁷.

2. Gerencialismo y políticas públicas

Como es sabido, la ideología gerencialista aparece como un discurso acerca de “una nueva (y mejor) forma de gobernar”, que propugna la incorporación de conocimientos y métodos procedentes de las técnicas de dirección de las empresas privadas a la elaboración e implementación de las políticas públicas: incorporando, pues, dichos conocimientos y métodos a la planificación, la organización, la

³ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: **Diccionario de la Lengua Española** (consulta: 15/3/2021). Disponible en: <https://dle.rae.es/aporofobia>.

⁴ Podemos llamar ideología a la construcción semiótica sobre cuya base las prácticas culturales discursivas atribuyen significados a las acciones, a los acontecimientos y a las estructuras de relación sociales: SIERRA CABALLERO, Francisco: **Marxismo y comunicación. Teoría crítica de la mediación social**, Madrid: Siglo XXI, 2020, pp. 95-97.

⁵ En la terminología acuñada por Michel Foucault, un dispositivo es una red de relaciones entre instituciones, normas, procesos, prácticas de interacción y discursos, que subjetivan de un cierto modo a los individuos que constituyen su objeto (FOUCAULT, Michel: El juego de Michel Foucault, en FOUCAULT: **Saber y verdad**, trad. J. Varela/ F. Alvarez-Uría, Madrid: La Piqueta, 1985, pp. 128-129). En este sentido, sin duda alguna el sistema pena es un dispositivo, o al menos parte de uno, ya que contribuye al gobierno de la sociedad mediante el etiquetamiento de quienes se convierten en materia prima de su actividad, aportando elementos esenciales a la subjetividad que les es socialmente atribuida y reconocida (buen ciudadano/ infractor ocasional/ delincuente incorregible/ pervertido/...).

⁶ O'MALLEY, Pat: **Risk, uncertainty and government**, London: Glasshouse, 2004, p. 12.

⁷ CASALMIGLIA, Helena/ TUSÓN, Amparo: **Las cosas del decir. Manual de análisis del discurso**, 3ª ed., Barcelona: Ariel, 2012, p. 1.

dirección, la coordinación y el control de las actividades de las organizaciones del sector público⁸, en todos sus aspectos (gestión de los recursos humanos y de los recursos materiales, organización administrativa, financiación, producción y control de calidad de lo producido)⁹. De entre todos esos elementos, nos interesa aquí particularmente examinar los objetivos y criterios de calidad que la ideología gerencial ha venido a marcar para el sector público, porque son ellos los que pueden influir (y, de hecho, influyen) sobre los objetivos y estrategias político-criminales que se elaboran e implementan.

En este sentido, existen componentes particularmente centrales en el discurso gerencialista, que enmarcan y orientan la interpretación que se atribuye a la organización del sector público y a cuáles son (= deben ser) sus funciones¹⁰:

- Establecimiento de una agenda muy determinada, centrada en la eficiencia y la eficacia de las organizaciones: en la calidad del producto y en la productividad (relación entre el número de unidades producidas y el coste de las mismas).

- Racionalidad y racionalización, entendida en sentido económico, como optimización de los procesos y de las decisiones.

- Cambio e innovación: abandono de las “viejas rutinas” y opción por una gestión “profesionalizada” y “tecnificada” (= eficiente).

- Atribuir a los gestores el máximo poder en las organizaciones.

- Acoger los criterios de eficiencia y de eficacia empleados en la dirección de empresas, así como sus técnicas de gestión.

- Competitividad: competencia entre las organizaciones (o las diferentes unidades organizativas, dentro de la organización) por maximizar su eficiencia y eficacia.

- La actividad pública como actividad cuasi-mercantil: se formula una descripción de la actividad pública que pretende aproximarse a la de los mercados de bienes y servicios, imitándola y simulándolos: la organización pública sería la empresa oferente y los usuarios de sus servicios serían los consumidores demandantes, y la interacción entre la una y los otros debería ser concebida como un intercambio (servicios por legitimidad, o por tasas, o por aceptación, o...).

3. Gerencialismo y política criminal

En el ámbito específico de la política criminal, el discurso gerencialista pretende proporcionar una respuesta a la pregunta acerca de si es posible racionalizar el funcionamiento del sistema penal (y, si es posible, conforme a qué criterio(s) de racionalidad); o si, por el contrario, estamos abocados necesariamente a que sus operaciones sean irracionales en cuanto a su producto (por más que se puedan establecer limitaciones, externas al sistema, tanto en cuanto a qué productos son deseables como en lo que se refiere a los medios aceptables para obtenerlos). Y su respuesta es que sí que es posible dicha

⁸ Vid. OSBORNE, David/ GAEBLER, Ted: **La reinención del gobierno**, trad. M. A. Galmarini/ F. Pardo Gella, Barcelona: Paidós, 1994, pp. 45-52.

⁹ EDEBE, Ambrose E.: **Basic Principles and Practice of Business Administration**, Bloomington: Xlibris, 2013, pp. 13-21.

¹⁰ CLARKE, John/ NEWMAN, Janet: **The Managerial State**. London/ Thousand Oaks/ New Delhi: Sage, 1997, pp. 34 ss.

racionalización, pero que la única racionalidad disponible es la meramente instrumental, consistente en asegurar la eficiencia del sistema: la asignación eficiente de los recursos (escasos) disponibles, para que el producto (en términos de prevención de delitos) sea el mejor de los posibles¹¹.

Así pues, lo que el gerencialismo pretende es proponer criterios de asignación eficiente de los recursos del sistema penal, para obtener el mejor resultado (el mayor número de infracciones prevenidas) posible. Para la ideología gerencialista, por consiguiente, qué haya de ser protegido a través del sistema penal (qué constituya un problema de seguridad) es una cuestión previa: el gerencialismo se concentra en los medios, no en los fines. Las cuestiones morales (cuestiones relativas al merecimiento de sanción o a los derechos) no son, en principio, relevantes en la racionalidad gerencialista (aunque, por supuesto, puedan ser impuestas desde fuera, como límites a la misma).

Una política criminal gerencialista marca objetivos globales de producción del sistema (número de infracciones prevenidas, de infractores identificados, etc.) y medios eficaces para lograrlos. Los aspectos individuales (= los actos individuales de aplicación de las normas jurídico-penales) son considerados principalmente como manifestaciones y consecuencias de las políticas globales. Y, consiguientemente, los evalúa por su nivel de eficiencia: por si había otra forma de actuar que, con los mismos recursos, habría sido más Pareto-eficiente; es decir, habría logrado nivel de una producción (de prevención de infracciones) mayor al mismo coste.

De este modo, en el discurso gerencialista el sistema penal aparece principalmente como un instrumento para la gestión masiva de riesgos sociales. Y la política criminal como aquella política pública orientada a gobernar dicho instrumento.

Gobernanza (del sistema penal) es, por lo tanto, un concepto clave: se trata, en efecto, de controlar los *outputs* del sistema, asegurando que la actuación del mismo produzca, en términos globales, el mayor nivel de producción, con el mejor nivel de calidad, y al coste más reducido que sea posible. En términos prácticos, esto implica que las políticas criminales, en tanto que estrategias de gobernanza del sistema penal, deben incorporar los elementos que (desde la perspectiva gerencialista) resultan imprescindibles para una buena gobernanza:

- Planificación estratégica: una planificación que fija una misión global para el sistema penal y objetivos específicos temporalmente acotados, y que vincula los planes parciales de actuación y las decisiones sectoriales (aquí: las de todos los operadores del sistema) a dicha misión y a dichos objetivos.
- Estándares pre-fijados de actuación óptima para cada operador del sistema.
- Participación activa de todos los operadores del sistema en la elaboración, implementación y evaluación de las estrategias y estándares de actuación.
- Controles a posteriori de la actuación, de la productividad, de la calidad y del impacto: fijando en los planes indicadores, realizando auditorías organizacionales y evaluaciones del desempeño y del impacto.

¹¹ El punto de partida de este análisis del discurso gerencialista está en dos artículos Malcolm Feeley y Jonathan Simon de comienzos de la década de los 90 del pasado siglo: FEELEY, Malcolm M./ SIMON, Jonathan: "The New Penology: Notes on the Emerging Strategy of Corrections and its Implications". En: FEELEY, Malcolm M.: **Crime, Law and Society**. Oxford/ New York: Routledge, 2013, pp. 330-337 (publicado originalmente en 1992); y FEELEY/ SIMON: "Actuarial justice: The emerging new criminal law". En: FEELEY: **Crime, Law and Society**. Oxford/ New York: Routledge, 2013, pp. 352 ss. (publicado originalmente en 1994). En castellano, puede leerse con provecho la sintética exposición de BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel: **El modelo gerencial-actuarial de penalidad**. Madrid: Dykinson, 2016, pp. 111 ss.

— Toma en consideración, para la evaluación, y aprendizaje a partir de la experiencia de usuario: de las experiencias vividas por las víctimas, por los infractores, por todos los operadores del sistema y, en general, por la ciudadanía que entra en contacto con el sistema penal.

— Obligación de rendir regularmente cuentas (sobre la producción del sistema) ante la opinión pública.

4. Gerencialismo y prevención de riesgos

Para que estos principios generales de gobernanza (gerencialista) del sistema penal puedan ser puestos en práctica, resulta imprescindible definir de manera suficientemente precisa las magnitudes que son consideradas como los *outputs* del sistema, aquellos que deben ser gobernados y mantenidos bajo control: producto, productividad, calidad, coste, eficacia y eficiencia. A este respecto, el discurso político-criminal gerencialista, partiendo de la racionalidad propia de la dirección de empresas, concibe al sistema penal como (una parte del) sistema de gestión de riesgos que una organización (la sociedad) despliega para identificar, evaluar, monitorear y mantener bajo control aquellos acontecimientos que podrían impedir, dificultar o, cuando menos, volver dudosa la consecución de los objetivos organizacionales. Y, por consiguiente, entiende que el producto del sistema penal (aquella magnitud a partir de la cual se deben definir las restantes: productividad, calidad, coste, eficacia y eficiencia) que resulta relevante (por ser el que se deriva de su misión organizacional) consiste en la prevención del mayor número posible de conductas potencialmente peligrosas; es decir, del mayor número de conductas infractoras (penalmente típicas) potencialmente posibles. Lo cual pasa por: a) la identificación del mayor número posible de sujetos responsables de infracciones efectivamente realizadas; y b) una comunicación exitosa, dirigida a los individuos y grupos con elevada probabilidad de cometer una determinada clase de infracciones, acerca de la eficacia del sistema penal en la labor de identificación de infractores y sobre las consecuencias de dicha identificación (especialmente –aunque no solo- el daño que la imposición de la pena y su cumplimiento ocasionan al penado).

Es importante señalar que esta concepción de cuál sea la misión organizacional propia del sistema penal presupone asimismo ideas definidas acerca de los rasgos que poseen o deben adoptar todos los agentes que actúan en el seno de dicha organización¹²:

— En el caso de los ciudadanos (infractores actuales o potenciales), se presupone que son principalmente sujetos prudenciales, capaces de gestionar racionalmente los riesgos que crean y, por ello, responsables de los mismos.

— En el caso de las agencias policiales, se las concibe como agencias que actúan guiándose por indicadores medibles, que están orientadas a implementar una gobernanza global de la seguridad (integrando, pues, sus actuaciones con las de otras agencias y órganos, así como con otros agentes sociales), entendida siempre como prevención de riesgos.

— En este mismo sentido, el proceso penal y las decisiones jurisdiccionales son valoradas principalmente por sus efectos (de prevención de riesgos). Esta prioridad conlleva que la formalización de los conflictos –tan característica del proceso penal- sea considerada únicamente como un medio para la prevención. Por lo que en ocasiones puede resultar razonable relajarla, e incluso renunciar a ella

¹² BRANDARIZ GARCÍA, *Modelo gerencial-actuarial*, 2016, pp. 166-172.

(desformalizando la resolución del conflicto), allí donde ello redunde en un incremento del efecto preventivo.

— Por fin, las penas (muy especialmente, su régimen de ejecución) son entendidas igualmente como herramientas de prevención de riesgos penales, pasando a un segundo plano cualquier otra consideración (retribución, merecimiento, satisfacción de las víctimas, etc.).

5. Gerencialismo y justicia actuarial

Así pues, según el discurso gerencialista, una política criminal racional (= gerencialista) ha de consistir en una estrategia óptima de gestión de los riesgos penales (= del riesgo de que tengan lugar infracciones penales) que existen en una sociedad, o en una determinada parte de la misma, dirigida a minimizarlos, empleando para ello los instrumentos que proporciona el Derecho Penal. Y, como toda estrategia de gestión de riesgos, debe incorporar tanto herramientas de identificación y de evaluación de los riesgos como planes de respuesta a cada riesgo que se identifique.

En la práctica, esto significa que, de acuerdo con la teoría del gerencialismo penal, en la configuración del sistema penal deberían incluirse¹³:

— Por una parte, herramientas de identificación y evaluación de las fuentes de peligro: es decir, a la identificación tanto de los infractores potenciales como de los infractores actuales.

— Y, por otra, instrumentos para la neutralización de dichas fuentes de peligro. Es decir, instrumentos para la incapacitación de infractores; para la neutralización del riesgo del que estos son portadores. En el caso de los infractores potenciales, se trata de hacer imposible (o, al menos, volver altamente improbable) que lleguen a cometer realmente infracciones. Y, en el caso de los infractores actuales (identificados), de hacer imposible que vuelvan a cometerlas, minimizando la probabilidad de reincidencia¹⁴.

Aquí nos interesa particularmente el primero de los elementos, el de las herramientas orientadas a la identificación de infractores, puesto que es —como veremos— el que posee vínculos más estrechos con el fenómeno de las políticas criminales aporofóbicas. En el discurso gerencialista, dado que se entiende que la misión del sistema penal consiste en la gestión *masiva* de los riesgos penales¹⁵, un rasgo esencial de dichas herramientas, para resultar eficaces, debe ser el recurso a métodos actuariales: en efecto, puesto que el objetivo principal no es llevar a cabo una gestión individualizada del riesgo derivado de un determinado individuo o grupo de individuos, sino una gestión global de riesgos, se vuelve preciso recurrir al empleo de “*métodos estadísticos, en vez de clínicos, consistentes en amplias bases de datos, para determinar los diferentes niveles de actuación criminal relacionados con uno o más rasgos grupales, a los efectos (1) de predecir la conducta criminal pasada, presente o futura, y (2) de administrar una solución político-criminal*”¹⁶.

¹³ ROBERT, Dominique: “Actuarial Justice”, en BOSWORTH, Mary (ed.): *Encyclopedia of prisons & correctional facilities*, vol. 1. London/ Thousand Oaks/ New Delhi: Sage, 2005, pp. 11-12.

¹⁴ FEELEY/ SIMON, en FEELEY, *Crime, Law and Society*, 2013, pp. 354-355.

¹⁵ FEELEY/ SIMON, en FEELEY, *Crime, Law and Society*, 2013, pp. 356-358.

¹⁶ HARCOURT, Bernard E.: *Against Prediction. Profiling, Policing, and Punishing in an Actuarial Age*, Chicago/ London: University of Chicago Press, 2007, p. 1 (tomo la traducción de BRANDARIZ GARCÍA, *Modelo gerencial-actuarial*, 2016, p. 94).

Este énfasis en la gestión masiva de riesgos y en la identificación de las fuentes de peligro de infracción sobre bases fundamentalmente estadísticas se refleja en varios modos de actuación que se propone que hagan suyas las agencias del sistema penal¹⁷:

— En el caso de la policía, se apuesta por el empleo de técnicas de profiling de categorías de individuos peligrosos y de herramientas de evaluación de riesgos con base estadística.

— Se propone asimismo que las decisiones judiciales (y las de otros operadores que operan dentro del proceso penal: fiscalía, peritos, equipos técnicos, etc.) se basen de manera fundamental en consideraciones sobre sus previsibles efectos preventivos frente a infractores actuales y potenciales. Y se recomienda asimismo, para racionalizar la decisión, el empleo de herramientas de evaluación de riesgos con base estadística.

— Se propone también incentivar el empleo de dichas herramientas para gobernar el proceso de ejecución de las penas; señaladamente, de la penas privativas de libertad.

— Y, en fin, se promueven instrumentos de control post-penitenciario de los infractores (libertad vigilada, registro de delincuentes sexuales,...), para reducir aún más la probabilidad de reincidencia.

6. El gerencialismo penal como discurso tecnocrático

Ya cuando se exponen en términos puramente abstractos los rasgos del discurso político-criminal gerencialista (como aquí he venido haciendo), saltan a la vista algunas obvias objeciones que es posible oponerle, tanto por lo que hace a los valores morales que promueve como en lo que respecta a su racionalidad instrumental¹⁸.

Así, en el primer aspecto, la ideología gerencialista se caracteriza por realizar una descripción extremadamente unilateral del fenómeno social de (mejor: el conjunto –multiforme– de fenómenos sociales que tienen en común su etiquetamiento como) los delitos, dominada por la idea de que, en esencia, se trata de riesgos sociales derivados de decisiones racionales de individuos. Esta visión tan individualista (y, por ello, deformada) de la realidad criminal lleva al discurso gerencialista, cuando pasa del análisis a las propuestas, a tres conclusiones prácticas que resultan moralmente indeseables:

— El individuo infractor (actual o potencial) es percibido principalmente –a veces, únicamente– como mera fuente de peligros (para bienes jurídicos, para el orden social), lo que hace que buena parte de los rasgos que forman su individualidad y que deberían resultar –para cualquier teoría de la pena justa– éticamente relevantes se vuelvan invisibles y, por consiguiente, no sean tomados en consideración.

— Dado que la metodología de evaluación de riesgos de base estadística solamente permite identificar la peligrosidad de clases de individuos, el individuo infractor es caracterizado esencialmente sobre la base de la categoría social en la que es ubicado. De este modo, la respuesta penal pasa a depender no tanto de los rasgos individuales de cada persona cuanto del proceso de etiquetamiento social que experimente. Lo que, desde luego, suscita dudas fundadas acerca de la justificación moral de un juicio de imputación de responsabilidad realizado sobre esa base, que se parece antes a una instrumentalización

¹⁷ BRANDARIZ GARCÍA, **Modelo gerencial-actuarial**, 2016, pp. 173 ss.

¹⁸ Vid. BRANDARIZ GARCÍA, **Modelo gerencial-actuarial**, 2016, pp. 239 ss.; ROTHCHILD-ELYASSI, Gil/ KOEHLER, Johann/ SIMON, Jonathan: "Actuarial Justice". En: DEFLEM, Mathieu (ed.): **The Handbook of Social Control**. Oxford: Wiley, 2019, p. 202, con ulteriores referencias.

del infractor (¡más aún del infractor meramente potencial!) en pro de objetivos colectivos que a un juicio de merecimiento.

— Por fin, esta aproximación tan instrumentalista al fenómeno de la delincuencia y de los individuos infractores acaba, paradójicamente, por dar lugar a un discurso esencialmente (e indebidamente) moralista: si el infractor es visto como mera fuente de peligro, debido a su pertenencia a una categoría de individuos peligrosos y en virtud de su decisión racional, entonces la respuesta penal no necesita justificarse más que por sus efectos (preventivos) en beneficio de la sociedad. Y, en cambio, parecería que el impacto sobre el bienestar del propio infractor no parece que merezca (a la vista de la etiología que se propone para de su conducta infractora) consideración alguna. Algo que parece poco aceptable para cualquier teoría mínimamente desarrollada de la justicia penal.

En segundo lugar, el discurso gerencialista también suscita dudas desde un punto de vista epistemológico y metodológico, por lo que hace a la adecuación de su descripción de la realidad y a la efectividad de las estrategias (de prevención de riesgos) que promueve. Para empezar, porque la relación entre la seguridad pública y el sistema penal resulta más compleja de lo que la ideología gerencialista suele suponer: parece ser cierto que las actuaciones del sistema penal (prohibición de conductas, conminación con penas, identificación de infractores, enjuiciamiento, imposición de penas, ejecución, etc.) contribuyen a la prevención de delitos. Sin embargo, la relación dista de ser directa, dependiendo de una multitud de factores socioculturales, que pueden favorecer o dificultar la producción de ese efecto preventivo. De hecho, puede decirse que el sistema penal resulta ser un ejemplo particularmente imperfecto de sistema de gestión de riesgos. Y ello no es casual, sino que obedece al hecho de que sus operaciones tienen tanto que ver con la prevención como con la justicia: con administrar el sentimiento comunitario de justicia en torno a algunos de los conflictos sociales considerados más graves, en cada momento y lugar¹⁹. Así pues, concebirlo únicamente como instrumento de prevención de riesgos constituye un reduccionismo que tiene escasa justificación, en vista de la evidencia empírica disponible.

Por lo demás, incluso cuando se trata de elaborar el concepto de prevención (de infracciones), el discurso gerencialista promueve una visión del mismo que resulta en extremo simplista, a causa del abuso en el empleo del individualismo metodológico como marco interpretativo para la descripción de la realidad social. En efecto, de una parte, parece evidente que la efectividad del efecto preventivo depende no solo de la categoría en la que el infractor o potencial infractor sea clasificado desde el punto de vista de la criminología actuarial, sino que, por el contrario, está muy condicionada también tanto por factores individuales (personalidad, capital social, alternativas de conducta, modelo de vida buena, etc.) como por factores socioculturales (desigualdad, desempleo, corrupción, legitimidad de la autoridad, modelos morales hegemónicos, etc.). Además, de otra parte, parece también claro que el efecto preventivo no puede ser explicado (ni, por consiguiente, tampoco diseñado razonablemente) exclusivamente sobre la base del modelo conductista del condicionamiento del infractor merced a estímulos externos, sino que una explicación convincente (y una estrategia eficaz) necesitan tomar en consideración asimismo los factores cognitivos y emocionales, dado que, al fin y al cabo, el infractor responde moralmente a las actuaciones del sistema penal, que a su vez también contienen siempre un mensaje moral.

Estas limitaciones en la justificación epistemológica –y, por ende, en la racionalidad instrumental–

¹⁹ Vid. mi opinión al respecto en PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel: “Recensión a Daniel Rodríguez Horcajo: Comportamiento humano y pena estatal: disuasión, cooperación y equidad”. En: *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 21, 2019, p. 382.

del discurso gerencialista (tanto en la teoría acerca de la delincuencia y del sistema penal que predica como en la praxis político-criminal que propone) se ven agudizadas por los problemas específicos que se derivan de la propuesta de utilizar los métodos actuariales como la base principal de conocimientos de la que partir en la elaboración e implementación de la política criminal. Pues ello implica añadir dos objeciones más (si no se comparte el entusiasmo tecnocrático, inasequible al desaliento, que suele caracterizar a los promotores del gerencialismo) a las ya señaladas, que hacen que el discurso gerencialista resulte más bien poco plausible como propuesta político-criminal racional y tiendan a relegarlo al terreno de las meras ideologizaciones²⁰. La primera es que cualquier instrumento de selección de la peligrosidad sobre bases principalmente estadísticas está sujeto a serias limitaciones metodológicas, debido a la existencia de una inevitable tensión entre su nivel de sensibilidad (cuanto mayor sea, más individuos serán identificados como pertenecientes a la clase peligrosa... con el inevitable riesgo de que se incluya a falsos positivos) y su nivel de especificidad (cuanto mayor sea, menos individuos serán identificados... con el inevitable riesgo de falsos negativos), las limitaciones en su valor predictivo, la omnipresente tentación a introducir sesgos (por razones político-criminales – preponderancia de la seguridad sobre el riesgo- o por mero prejuicio) en la selección,...

Además, en segundo lugar, los instrumentos de predicción con base estadística están pensados para proporcionar información (con las limitaciones indicadas) acerca de probabilidades (de infracción) referidas a una clase completa de individuos. Pero no a las probabilidades de infracción por parte de un individuo en particular perteneciente a dicha clase... que es justamente el problema al que –según la ideología gerencialista- debe hacer frente el sistema penal en sus actuaciones. Por lo que cualquier decisión de la administración de justicia penal acerca de un determinado individuo, si es adoptada principalmente a partir de información estadística, corre grave riesgo de resultar (no solo moralmente cuestionable, a causa de la desconexión entre la privación de derechos que se impone y el merecimiento individual de la persona afectada, sino también) injustificable desde un punto de vista instrumental, puesto que no tiene por qué corresponderse con ningún riesgo realmente existente en el caso concreto, ni tiene por qué valorarlo adecuadamente, en el caso de que exista²¹.

7. Gerencialismo y “clases peligrosas”

Las objeciones acabadas de exponer constituyen argumentos (algunos de índole moral y otros de naturaleza epistemológica y metodológica) en contra de una determinada teoría (acerca de la criminalidad y del sistema penal) y de cierto programa de acción (político-criminal), examinados en términos puramente abstractos, como productos intelectuales, en tanto que partes de un discurso. Pero, por supuesto, como más arriba indiqué, el análisis crítico de discursos político-criminales no puede limitarse a examinar en abstracto sus enunciados, sino que tiene necesariamente que concentrarse en el uso de los mismos dentro de un determinado contexto social estructurado: el de las discusiones sobre

²⁰ Podemos hablar de ideologización cuando tiene lugar una atribución de significado a los conceptos de tal índole que a través de ella se está contribuyendo a la construcción de un universo del discurso coherente, pero notoriamente imaginario y que objetivamente cumple funciones de ocultación: esto es, no sólo un discurso incompatible con los datos reales (los datos de la ciencia), sino uno que, además, al proporcionar una descripción alternativa y coherente de la realidad, oculta y sustituye a la descripción real de la misma: THOMPSON, John B.: **Ideología y cultura moderna**, 2ª ed., trad. G. Fantinati, Caviades. Coyoacán: Universidad Autónoma Metropolitana, 1998, pp. 90-92.

²¹ Sobre todo ello, vid. MARTÍNEZ GARAY, Lucía: “La incertidumbre de los pronósticos de peligrosidad: consecuencias para la dogmática de las medidas de seguridad”. En: **InDret** n° 2/2014, 2014; HARCOURT, **Against Prediction**, 2007, pp. 109 ss., ambos con ulteriores referencias.

políticas penales que a partir de la entrada en escena del discurso gerencialista (a partir, digamos, de la década de los años ochenta del pasado siglo).

Es en este contexto en el que es posible establecer una conexión entre el discurso gerencialista y la aporofobia como característica (perniciosa) de ciertas políticas criminales. Pues, como en otro lugar he desarrollado con detalle (y contra lo que presupone la ideología gerencialista), los criterios para identificar qué acontecimientos sean riesgosos y cuál es el grado de relevancia que debe atribuirse a los mismos no son cuestiones que resulten de suyo evidentes, sino que, por el contrario, dependen de la realización de una serie de operaciones discursivas, que solamente son posibles cuando se posee cierto grado de poder ideológico²².

En este sentido, es preciso señalar que, de hecho, el discurso gerencialista acerca de la prevención, a través de la actuación del sistema penal, de los riesgos procedentes de categorías peligrosas de individuos viene apareciendo regularmente (no siempre, pero sí con mucha frecuencia) entrelazado con discursos (seudo-)sociológicos de tinte abiertamente clasista y aporofóbico. En efecto, dado que la selección de los riesgos que es prioritario prevenir es el producto de operaciones discursivas dependientes de las relaciones de poder (ideológico) existentes en una sociedad dada y en un determinado momento histórico, existe un grave peligro de que las operaciones y la selección se vean contaminadas por el influjo indebido de tales relaciones de poder: que la discusión en torno a esta cuestión diste de ser perfectamente racional e igualitaria entre todas las voces; sino que, por el contrario, ciertas voces se oigan más que otras y, por ende, algunos argumentos resulten hegemónicos, no por su valor, sino por el poder ideológico de quienes los aducen y hacen valer en el debate público²³. Algo que no es una posibilidad meramente teórica, sino que justamente parece haber ocurrido en el caso de (buena parte de) el discurso gerencialista en política criminal.

Así, el discurso gerencialista de prevención de riesgos procedentes de categorías de individuos peligrosos ha aparecido frecuentemente combinado con el discurso (aporofóbico) que identifica la pertenencia a las clases más pobres como un factor extremadamente relevante para la probabilidad de desviación social. Un discurso que tiene su propia y larga historia: ciertamente, al menos desde las diatribas aristocráticas y anti-plebeyas de la Grecia clásica; pero, sobre todo, a partir de la revolución industrial se difundió en las sociedades más industrializadas y proletarizadas (en las clases altas y en su intelectualidad orgánica)²⁴. De acuerdo con el mismo, la pertenencia a las clases sociales más pobres incrementaría significativamente la probabilidad de incurrir en comportamientos socialmente desviados, al menos por cuatro causas²⁵:

— Por razones puramente cuantitativas: las clases populares se reproducen masivamente y tienden a aumentar su proporción dentro de la población total. Así, ya por razones puramente estadísticas existiría más probabilidad de conductas desviadas en las clases populares que en otras.

²² PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel: “El riesgo como construcción conceptual: sobre el uso y el abuso de las ciencias sociales en el discurso político-criminal del «derecho penal del riesgo»”. En: **Revista Catalana de Seguretat Pública**, 13, 2003, pp. 15 ss.

²³ Se trata justamente de los fenómenos que yo he denominado falta de representatividad (desigualdad en el acceso a la esfera pública), etnocentrismo (dar primacía a la coherencia del discurso, antes que a su racionalidad y justificación) e ideologización (construcción de discursos predominantemente imaginarios, con funciones de ocultación): PAREDES CASTAÑÓN, **RCSP**, 13, 2003, pp. 20-22.

²⁴ Vid. DEAN, Mitchell: **The Constitution of Poverty**. London: Routledge, 1991; WELSHMAN, John: **Underclass: A History of the Excluded Since 1880**, 2ª ed. London/ New Delhi/ New York/ Sydney: Bloomsbury, 2013.

²⁵ CHEVALIER, Louis: **Classes laborieuses et classes dangereuses**. Paris: Perrin, 2007, pp. 167 ss.

— En razón de los patrones de vida: la falta de salubridad (en términos comparativos) caracterizaría a las clases populares. Esta falta de salubridad favorece conductas desviadas: enfermedades mentales, discapacidades, mayores necesidades materiales, etc.

— En virtud del desajuste de la vida laboral: las clases populares disponen de menos oportunidades de integración laboral, de manera que constantemente están expuestas a la eventualidad de perder dicha integración, con el incremento consiguiente de la probabilidad de que la respuesta a este acontecimiento sea la desviación social.

— Por razones morales: la forma de vida de las clases populares favorece la laxitud moral. Lo que, a su vez, promueve el quebrantamiento de normas morales.

Así pues, desde una determinada perspectiva (aporofóbica), que percibe un nivel de riesgo de conductas socialmente desviadas particularmente alto en los individuos pertenecientes a las clases sociales más pobres, resulta perfectamente racional identificar a tales categorías de individuos como particularmente peligrosas; y, por consiguiente, proponer estrategias que prioricen las actuaciones dirigidas a controlar dicha peligrosidad categorial. El efecto práctico de esta combinación de aporofobia, concepción actuarial de la peligrosidad criminal y focalización (gerencialista) de la política criminal en la prevención de riesgos resulta ser, en definitiva, una política criminal²⁶ selectiva y clasista²⁷.

Pues, desde esta perspectiva, el individuo perteneciente a las clases sociales más pobres y marginadas es percibido principalmente como mera fuente de peligro (de infracciones); y como una fuente de peligro muy intensa. Además, por otra parte, el discurso aporofóbico (plagado de prejuicios clasistas) que impregna este enfoque tiende a cuestionar la posibilidad de que una estrategia de motivación racional a través de la conminación penal pueda resultar realmente eficaz para esta categoría de individuos²⁸.

La conclusión práctica de este discurso es, entonces:

— Un enfoque preeminentemente policial de aquella parte de la política criminal dirigida a la identificación de individuos pertenecientes a esta categoría de infractores actuales o potenciales: se entiende que la función policial consiste principalmente en el control de riesgos (*Gefahrenabwehr*) y que ese ha de ser el objetivo primordial del sistema penal en este ámbito (y en relación con el cual debe evaluarse –según predica el discurso gerencialista– el nivel de eficacia y de eficiencia del sistema). Ello inevitablemente promueve un tipo de actuaciones del sistema penal que se caracterizan por una atención preponderante al producto buscado (el efecto preventivo) y mucho menos a cualquier otra consideración (justicia, merecimiento, igualdad de oportunidades, selectividad secundaria del sistema penal, etc.)

En términos prácticos, este enfoque favorece la aparición de fenómenos como el perfilado policial discriminatorio para personas pobres (especialmente, para las racializadas); prácticas policiales discriminatoria de identificación y registro (*stop and search*); procedimientos de evaluación de la

²⁶ No solo: evidentemente, el gobierno de la población pobre no se lleva a cabo únicamente a través de las políticas penales, sino empleando asimismo otros dispositivos: filantropía, políticas laborales, servicios sociales,...: vid. FOX PIVEN, Frances/ CLOWARD, Richard A.: **Regulating the Poor**, 2ª ed. New York: Vintage, 1993; SOSS, Joe/ FORDING, Richard C./ SCHRAM, Sanford F.: **Disciplining the Poor**. Chicago/ London: University of Chicago Press, 2011; SALES I CAMPOS, Albert: **El delito de ser pobre**. Barcelona: Icaria, 2014, pp. 41 ss.; HINTON, Elizabeth: **From the War on Poverty to the War on Crime**. Cambridge/ London: Harvard University Press, 2016. Pero, desde luego, no cabe duda de que las políticas penales y de seguridad pública cumplen un papel muy destacado en dicha estrategia de gobernanza.

²⁷ VEGH WEIS, Valeria: **Marxism and Criminology**. Leiden: Brill, 2017, pp. 254-258.

²⁸ FEELEY/ SIMON, en FEELEY, **Crime, Law and Society**, 2013, pp. 343-345, 371-372; ROTHSCHILD-ELYASSI/ KOEHLER/ SIMON, en DEFLEM (ed.), **Handbook of Social Control**, 2019, p. 201.

peligrosidad criminal (en relación con la aplicación de medidas cautelares, medidas de seguridad, beneficios y clasificación penitenciarias, etc.) cargados de sesgos y prejuicios estereotípicos;...

— La prominencia de la función de incapacitación (= neutralización de la peligrosidad) en aquella otra parte de la política criminal que tiene que ver con la gestión de las sanciones para la categoría de individuos peligrosos. De manera que la fijación de los marcos penales en la ley, la individualización de la pena en el proceso y el régimen de ejecución de la misma (y de su eventual sustitución y extinción) se ven extremadamente condicionados por las necesidades derivadas de dicho objetivo.

En la práctica, esta tendencia conduce a marcos penales con penas mínimas muy elevadas, incluso para delitos de gravedad media o baja; a presión para que los tribunales sean “*duros con el crimen*” y fijen penas ejemplares para los infractores “*incorregibles*”; a la proliferación de medidas de seguridad para individuos imputables, con objetivos de incapacitación; a la limitación de los beneficios penitenciarios para las categorías de individuos peligrosos.

8. Conclusión: los riesgos políticos de los discursos penales tecnocráticos

Acabo ya. Tal y como he señalado, en mi opinión el enfoque gerencialista de la política criminal adolece ya de por sí de importantes insuficiencias, que lo hacen altamente cuestionable (tanto en el plano epistemológico como en el moral) como modelo a partir del cual diseñar la gobernanza del sistema penal. Por supuesto, ello no quiere decir que la eficacia y la eficiencia de este sean irrelevantes: lo único que significa es que el discurso gerencialista es demasiado simplista para permitir evaluarlas adecuadamente.

Pero más grave aún es el hecho de que, en la práctica, el discurso gerencialista haya venido apareciendo de forma habitual en combinación con visiones extremadamente sesgadas e ideologizadas acerca de la realidad social (y criminal) en la que las políticas penales deben intentar incidir: sesgadas por prejuicios clasistas y racistas, a tenor de los cuales los grupos de población más pobres y más marginales (y especialmente la población racializada) son los grupos criminalmente más peligrosos, sobre los que debería centrar su atención de manera prioritaria el sistema penal, en su labor de prevención de riesgos de infracciones. Desde luego, este sesgo clasista y racista resulta insostenible desde el punto de vista criminológico²⁹. Pero, por supuesto, ello no ha sido óbice para que una y otra vez dicho sesgo ideológico haya operado y siga operando en el debate político (que no se guía solamente por consideraciones racionales, sino también en buena medida por la cantidad de poder que posee cada agente), orientando discursos y decisiones político-criminales.

De este modo, cabe afirmar que, sin duda alguna, el efecto social más destacado del discurso gerencialista ha sido otorgar cobertura ideológica (e ideologizada) a una racionalidad de gobierno de los grupos de población socialmente marginados que prioriza su etiquetamiento (como individuos y grupos peligrosos), una vigilancia intensiva sobre los mismos y una respuesta punitiva a sus conductas

²⁹ Primero, porque lo que varía en atención a la clase social de pertenencia es el tipo de delitos que se cometen, pero no —al menos, no necesariamente— ni la cantidad ni la gravedad de los mismos. Y además, porque la correlación entre pobreza y criminalidad está mediada por otros muchos factores (factores individuales, factores sociales y factores situacionales): vid. SHARKEY, Patrick/ BESBRIS, Max/ FRIEDSON, Michael: “Poverty and Crime”, En: BRADY, David/ BURTON, Linda M. (eds.): **The Oxford Handbook of the Social Science of Poverty**. Oxford/ New York: Oxford University Press, 2016, pp. 623 ss. De manera que el discurso que mantiene que existe un vínculo estrecho entre ambos fenómenos sociales es más que nada una ideologización, casi siempre interesada.

socialmente desviadas que se orienta predominantemente hacia su incapacitación (hacia la neutralización de su peligrosidad).

Esto, desde luego, no significa que la racionalidad de gobierno que se describe haya triunfado por completo: antes al contrario, parece evidente que en la realidad de las discusiones prácticas sobre políticas penales de nuestros estados tiene lugar de forma usual un choque entre discursos y racionalidades propuestas de diferente signo, que pugnan por hacerse un hueco en las decisiones político-criminales y que muchas veces conviven entre ambigüedades y contradicciones³⁰. Y que, debido a ello, tampoco el discurso gerencialista ha sido capaz de imponerse por completo, sino que tan solo ha influido en fragmentos limitados de la política criminal³¹.

No obstante, esta inevitable ambigüedad de la realidad política no debe hacernos cerrar los ojos a otra realidad, también innegable: la de que ciertos discursos, y las racionalidades políticas que propugnan, son promovidos por agentes con un poder ideológico mucho mayor que el que tienen otros, por lo tienden a difundirse y a triunfar con muchas más facilidad y más frecuentemente. Y no cabe duda, a la vista de la experiencia de la historia reciente en todos los estados desarrollados, de que el discurso que combina gerencialismo con clasismo/ racismo es justamente uno de ellos, por lo que conviene permanecer atentos a sus trampas y señalarlo, cuando aparezca, como la forma de ideologización reaccionaria que efectivamente es. Pues, a pesar de que su impacto sobre el sistema penal haya resultado ser mucho más fragmentario de lo que en un principio pudo temerse, lo cierto es que algunos de dichos fragmentos pueden resultar extraordinariamente importantes, por su impacto sobre la intensificación del control social, particularmente de las clases sociales más pobres y marginadas (y racializadas), con la inevitable consecuencia de que ello intensifique igualmente el efecto de exclusión social que la actuación del sistema penal produce sobre dichas clases: pienso especialmente en las prácticas policiales de control de la peligrosidad social (que incluyen la aplicación discriminatoria del perfilado, de la identificación callejera y de la vigilancia) y en las valoraciones de peligrosidad sobre bases actuariales –tan discutibles como discriminatorias– que pretenden fundamentar muchas decisiones importantes en materia penitenciaria (clasificación, permisos, tratamiento, etc.)³².

Bibliografía

- BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel: **El modelo gerencial-actuarial de penalidad**. Madrid: Dykinson, 2016.
- CASALMIGLIA, Helena/ TUSÓN, Amparo: **Las cosas del decir. Manual de análisis del discurso**, 3ª ed., Barcelona: Ariel, 2012.
- CLARKE, John/ NEWMAN, Janet: **The Managerial State**. London/ Thousand Oaks/ New Delhi: Sage, 1997.
- CORTINA, Adela: *Aporofobia*, **El País** 7/3/2000 (consulta: 15/3/2021). Disponible en: https://elpais.com/diario/2000/03/07/opinion/952383603_850215.html.
- CHEVALIER, Louis: **Classes laborieuses et classes dangereuses**. Paris: Perrin, 2007.
- DEAN, Mitchell: **The Constitution of Poverty**. London: Routledge, 1991.
- EDEBE, Ambrose E.: **Basic Principles and Practice of Business Administration**, Bloomington: Xlibris, 2013.

³⁰ BRANDARIZ GARCÍA, **Modelo gerencial-actuarial**, 2016, pp. 65 ss. A veces, esta convivencia se produce porque cada racionalidad político-criminal guía la reacción del sistema penal frente a un grupo diferente de infracciones: he estudiado algunos ejemplos de ello en PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel: “Racionalidad instrumental del legislador y estereotipos sociales sobre la delincuencia: modelos de argumentación punitivista”. En: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, 147, 2018.

³¹ ROTHSCILD-ELYASSI/ KOEHLER/ SIMON, en DEFLEM (ed.), **Handbook of Social Control**, 2019, pp. 194-195.

³² ROTHSCILD-ELYASSI/ KOEHLER/ SIMON, en DEFLEM (ed.), **Handbook of Social Control**, 2019, pp. 195-196.

- FEELEY, Malcolm M./ SIMON, Jonathan: "The New Penology: Notes on the Emerging Strategy of Corrections and its Implications". En: FEELEY, Malcolm M.: **Crime, Law and Society**. Oxford/ New York: Routledge, 2013, pp. 325-351.
- FEELEY, Malcolm M./ SIMON, Jonathan: "Actuarial justice: The emerging new criminal law". En: FEELEY: **Crime, Law and Society**. Oxford/ New York: Routledge, 2013, pp. 352-380.
- FOUCAULT, Michel: *El juego de Michel Foucault*, en FOUCAULT: **Saber y verdad**, trad. J. Varela/ F. Alvarez-Uría, Madrid: La Piqueta, 1985, pp. 127-162.
- FOX PIVEN, Frances/ CLOWARD, Richard A.: **Regulating the Poor**, 2ª ed. New York: Vintage, 1993.
- HARCOURT, Bernard E.: **Against Prediction. Profiling, Policing, and Punishing in an Actuarial Age**, Chicago/ London: University of Chicago Press, 2007.
- HINTON, Elizabeth: **From the War on Poverty to the War on Crime**. Cambridge/ London: Harvard University Press, 2016.
- MARTÍNEZ GARAY, Lucía: "La incertidumbre de los pronósticos de peligrosidad: consecuencias para la dogmática de las medidas de seguridad". En: **Indret** nº 2/2014, 2014.
- O'MALLEY, Pat: **Risk, uncertainty and government**, London: Glasshouse, 2004.
- OSBORNE, David/ GAEBLER, Ted: **La reinención del gobierno**, trad. M. A. Galmarini/ F. Pardo Gella, Barcelona: Paidós, 1994.
- PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel: "El riesgo como construcción conceptual: sobre el uso y el abuso de las ciencias sociales en el discurso político-criminal del «derecho penal del riesgo»". En: **Revista Catalana de Seguretat Pública**, 13, 2003, pp. 11-29.
- PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel: "Racionalidad instrumental del legislador y estereotipos sociales sobre la delincuencia: modelos de argumentación punitivista". En: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, 147, 2018, pp. 403-431.
- PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel: "Recensión a Daniel Rodríguez Horcajo: Comportamiento humano y pena estatal: disuasión, cooperación y equidad". En: **Revista de Derecho Penal y Criminología**, 21, 2019, pp. 375-380.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: **Diccionario de la Lengua Española** (consulta: 15/3/2021). Disponible en: <https://dle.rae.es/aporofobia>.
- ROBERT, Dominique: "Actuarial Justice", en BOSWORTH, Mary (ed.): **Encyclopedia of prisons & correctional facilities**, vol. 1. London/ Thousand Oaks/ New Delhi: Sage, 2005, pp. 11-13.
- ROTHSCHILD-ELYASSI, Gil/ KOEHLER, Johann/ SIMON, Jonathan: "Actuarial Justice". En: DEFLEM, Mathieu (ed.): **The Handbook of Social Control**. Oxford: Wiley, 2019, pp. 194-206.
- SALES I CAMPOS, Albert: **El delito de ser pobre**. Barcelona: Icaria, 2014.
- SHARKEY, Patrick/ BESBRIS, Max/ FRIEDSON, Michael: "Poverty and Crime", En: BRADY, David/ BURTON, Linda M. (eds.): **The Oxford Handbook of the Social Science of Poverty**. Oxford/ New York: Oxford University Press, 2016, pp. 623-636.
- SIERRA CABALLERO, Francisco: **Marxismo y comunicación. Teoría crítica de la mediación social**, Madrid: Siglo XXI, 2020.
- SOSS, Joe/ FORDING, Richard C./ SCHRAM, Sanford F.: **Disciplining the Poor**. Chicago/ London: University of Chicago Press, 2011.
- THOMPSON, John B.: **Ideología y cultura moderna**, 2ª ed., trad. G. Fantinati, Caviedes. Coyoacán: Universidad Autónoma Metropolitana, 1998.
- VEGH WEIS, Valeria: **Marxism and Criminology**. Leiden: Brill, 2017.
- WELSHMAN, John: **Underclass: A History of the Excluded Since 1880**, 2ª ed. London/ New Delhi/ New York/ Sydney: Bloomsbury, 2013.

Recebido em: 17/08/2022

Aprovado em: 27/11/2022

Dogmática jurídico-penal y Sociología del Derecho: acordes y desacuerdos

Criminal-legal Dogmatics and Sociology of Law: agreements and disagreements

Víctor Gómez Martín 

Profesor Catedrático de Derecho penal
de la Universidad de Barcelona, España

Resumen: El presente trabajo tiene por objeto el esbozo crítico de los factores históricamente coadyuvantes de algunas de las principales etapas críticas de la Dogmática jurídico-penal. Dichas etapas críticas pueden ser reconducidas esencialmente a dos: el auge del positivismo, en particular el predominio del positivismo sociológico durante la segunda mitad del s. XIX, por un lado; y la irrupción de la Sociología funcionalista durante la segunda mitad del s. XX, como consecuencia de la extensión del pensamiento tópico, por un lado, y de la convicción de la necesidad de tener presentes en la aplicación del Derecho tanto las valoraciones político-criminales como las aportaciones de la Criminología y las demás ciencias sociales, por otro. En definitiva, se puede constatar ya la presencia ab initio de una disparidad de objetos de análisis entre Dogmática y Sociología penal. Con todo, ambas disciplinas mantienen un evidente punto de conexión.

Palabras clave: dogmática jurídico-penal, sociología del derecho, positivismo, sociología funcionalista, sociología penal.

Abstract: The purpose of this paper is to provide a critical outline of the historically contributing factors to some of the main critical stages of the criminal legal dogmatics. These critical stages can be essentially traced back to two: the rise of positivism, in particular the predominance of sociological positivism during the second half of the 19th century, on the one hand; and the irruption of functionalist Sociology during the second half of the 20th century, as a consequence of the extension of topical thought, on the one hand, and the conviction of the need to take into account both political-criminal evaluations and the contributions of Criminology and other social sciences, on the other. In conclusion, it is possible to verify the presence ab initio of a disparity of objects of analysis between Dogmatics and Penal Sociology. However, both disciplines maintain an evident point of connection.

Keywords: criminal-legal dogmatics, sociology of law, positivism, functionalist sociology, criminal sociology.

I. Planteamiento

En el ámbito del concepto de las ciencias penales se conviene en conferir a la Dogmática jurídico-penal un papel preponderante, hasta el punto de llegar a asumir el estatuto de ciencia del Derecho penal

por excelencia, relegando a disciplinas como la Criminología, la Política Criminal o la Victimología a la consideración de disciplinas autónomas pero esencialmente auxiliares. La Dogmática jurídico-penal, sin embargo, no sólo no ha ocupado siempre tan privilegiado lugar, sino que incluso es posible referirse a determinados momentos históricos en los que, desde distintas perspectivas, se estimó preferible su desaparición. Dichos momentos críticos pueden ser reconducidos esencialmente a dos: el auge del positivismo, en particular el predominio del *positivismo sociológico* durante la segunda mitad del s. XIX, por un lado; y la irrupción de la *Sociología funcionalista* durante la segunda mitad del s. XX, como consecuencia de la extensión del pensamiento tópico, por un lado, y de la convicción de la necesidad de tener presentes en la aplicación del Derecho tanto las valoraciones político-criminales como las aportaciones de la Criminología y las demás ciencias sociales, por otro¹. El presente trabajo tiene por objeto el esbozo crítico de estos dos factores históricamente coadyuvantes de algunas de las principales etapas críticas de la Dogmática jurídico-penal.

II. La influencia del método positivista en la Sociología jurídico-penal

1. El auge del método positivista

El primero de los dos momentos históricos referidos vino determinado por el dominio de la corriente filosófica del *positivismo* en la Europa de la segunda mitad del s. XIX. El apogeo de dicho movimiento cultural tuvo su reflejo en el Derecho penal mediante el rechazo del carácter científico de la consideración jurídica del delito. Entendida la ciencia como la explicación causal de fenómenos empíricos (así, por ejemplo, las ciencias *naturales*), no podía decirse que el estudio *lógico-jurídico* del Derecho penal que constituía la Dogmática jurídico-penal compartiera el referido rango científico. Partiendo de la consideración de la *antropología* y la *sociología* como ciencias en sentido estricto, se operó para la consecución del objetivo indicado la sustitución de la consideración *jurídica* (dogmática) del delito por otra de tipo *antropológico* o *sociológico* (*positivismo naturalista-sociológico*), dando lugar al nacimiento de la Criminología como ciencia de contenido autónomo. Claro reflejo de esta tendencia fueron, respectivamente, un sector *radical-antropológico* de la *Scuola positiva italiana*, integrado, entre otros, por GAROFALO y LOMBROSO, por una parte; y un segundo sector *moderado-sociológico* de la *Scuola positiva italiana*, representado por FERRI, y la *jungdeutsche Kriminalistenschule alemana* de VON LISZT, por otra².

La nueva corriente metodológica que caracterizó a la *Scuola positiva*, que vino a irrumpir con el ocaso del *individualismo* y el *idealismo racionalista* filosóficos y el *liberalismo abstencionista* político que sirvieron de base a la Escuela Clásica italiana precedente, se vio favorecida por el auge del positivismo del COMTE, del evolucionismo de MOLESCHOTT, BÜCHNER y HAECKEL, y el espectacular progreso de las ciencias naturales a lo largo del siglo XIX³. La principal característica de la *Scuola Positiva* fue el *método* utilizado, consistente en la sustitución del racionalista, abstracto y deductivo hasta entonces imperante por la observación de la realidad empírica al modo de las ciencias de la naturaleza, así como en la sustitución de un análisis del delito entendido como ente lequía meramente

¹ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 1992, p. 45; GIMBERNAT ORDEIG, *Concepto y método*, cit., p. 39.

² SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, cit., p. 46.

³ MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal. Concepto y método*, 1976, p. 179.

ideal por otro que lo considera un fenómeno empírico y lo sitúa en la esfera de lo real-material. La referida variante epistemológica condujo, a su vez, a una modificación del objeto de análisis, que dejó de pertenecer a la esfera del *deber ser* para referirse a la búsqueda del *ser*⁴. La consideración del delito como fenómeno situado en el mundo empírico tuvo como consecuencia más relevante el *rechazo de la libertad de voluntad* como punto de partida de la Escuela Clásica y la aceptación de la idea de que el delito no puede sustraerse a la *ley de la causalidad* como una de las que rigen en el ámbito de lo real-material. El delito sería, así, un hecho empírico *causalmente* determinado⁵.

Es precisamente en el ámbito de la determinación de las causas del delito como causas de la peligrosidad de su autor resultante de la observación de la realidad donde se produce la disociación doctrinal en el seno de la *Scuola positiva* antes referida: por una parte, un sector, representado por Cesare LOMBROSO, que, influenciado por el evolucionismo de DARWIN imperante en la época, apostó por una concepción *antropológica* de las causas del delito⁶; por otra, un segundo sector, encabezado por Antonio FERRI, que añadió a las anormalidades biológicas como causa de la peligrosidad del delincuente el estudio de los factores *sociales* desencadenantes del delito, dando paso a la introducción en el ámbito de la metodología general de llamado *Sociologismo jurídico*⁷.

La concepción *sociológica* de FERRI enlaza directamente con la segunda manifestación del positivismo sociológico de la segunda mitad del s. XIX: la *jungdeutsche Kriminalistenschule alemana* de VON LISZT. Esta escuela, reflejo de la concepción política del Estado *social*, constituyó el más claro exponente de la plasmación *naturalística* de la influencia del positivismo en la ciencia penal alemana de la época, que tuvo su contrapartida en el positivismo *jurídico* de BINDING, MERKEL y BELING como manifestación última y más extrema del liberalismo clásico⁸. La contraposición ideológica que puso de manifiesto la sucesión en el tiempo de ambas variantes epistemológicas se refiere al paso de una ideología, el *individualismo liberal*, heredado de la revolución francesa, caracterizada por la voluntad de la recién ascendida burguesía en la conservación del *status quo* de los intereses cuya titularidad corresponde a los *individuos* como los bienes de mayor relevancia, a otra de corte esencialmente *social* fundamentada en la reclamación por parte del proletariado de la necesidad de *intervenir* modificando el *status quo* en beneficio de los intereses de la *colectividad* como los de mayor entidad⁹.

El programa metodológico del positivismo naturalista iniciado en Alemania por VON LISZT se caracterizó por la traslación a la ciencia penal de los métodos propios de las ciencias empíricas¹⁰. VON LISZT, igualmente influenciado por el apogeo de las ciencias naturales en general y el evolucionismo de DARWIN en particular, consideró que el único concepto válido de ciencia era el *positivista*, en cuya virtud sólo el método experimental propio de las ciencias de la naturaleza permite caracterizar a una actividad como científica¹¹. En idéntico sentido participaron del llamado *concepto positivista de la*

⁴ MIR PUIG, *Introducción a las bases*, cit., p. 180.

⁵ MIR PUIG, *Introducción a las bases*, cit., p. 181.

⁶ El delincuente como ser caracterizado esencialmente por su atavismo: MIR PUIG, *Introducción a las bases*, cit., p. 183 y n. 25.

⁷ MIR PUIG, *Introducción a las bases*, cit., p. 184 y n. 26; críticamente GIMBERNAT ORDEIG, *Concepto y método*, cit., p. 39.

⁸ MIR PUIG, *Introducción a las bases*, cit., pp. 208 s.

⁹ MIR PUIG, *Introducción a las bases*, cit., p. 217.

¹⁰ MIR PUIG, *Introducción a las bases*, cit., p. 216.

¹¹ VON LISZT, *La idea de fin en Derecho Penal* [trad. de original “Der Zweckgedanke im Strafrecht”, *ZStW* 3 (1883) E. Aimone Gibson, revisada y prologada por M. de Rivacoba, 1994], pp. 106 ss.; EL MISMO, “Über den Einfluss der soziologischen und antropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts” (informe para la Asamblea General de la Asociación Internacional de Criminología, 1893), en EL MISMO, *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, II,

ciencia autores como COMTE, BENTHAM o STUART MILL, que sostuvieron la tendencia *negativa* consistente en el rechazo “*de todo aquello que pudiera sonar a metafísica; y metafísica era para el positivismo todo lo que sobrepasaba el campo de la “observación”, imponiéndose una limitación de la investigación humana a la observación a “lo que puede ser pesado, medido o calculado”*”¹².

A la luz de la exposición de los respectivos orígenes *políticos y científicos* de las propuestas epistemológicas de la *Scuola positiva italiana* y del *positivismo naturalista* de VON LISZT realizada, es de ver cómo es predicable respecto de aquellos un notable grado de *coincidencia*. La diferencia esencial entre ambas corrientes de pensamiento reside en el *objeto* de análisis: así, mientras que en Italia la *Scuola positiva* se centró en el estudio de la *realidad empírica* del delito, VON LISZT mantuvo como objeto de la Dogmática jurídico-penal el que hasta la fecha había venido siendo tradicionalmente reconocido como tal: el *Derecho positivo*. En el contexto de la evolución histórica de la ciencia penal en Alemania, la consideración del Derecho positivo como objeto de la Dogmática no constituye, sin embargo, una especialidad del positivismo naturalista de VON LISZT, sino que, en realidad, y a diferencia de lo sucedido en Italia con el cambio de *objeto* de la ciencia penal operado por la sucesión en el tiempo de la *Escuela Clásica*, la *Escuela Positiva*, la “*Terza Scuola*” y la *dirección técnico-jurídica*, se erige en rasgo *común* de toda aquella evolución en su conjunto. La especialidad del programa de VON LISZT reside en que el estudio experimental del fenómeno criminal *se añadió* (y a diferencia de la *Scuola positiva italiana* no *sustituyó*) a la Dogmática jurídico-penal como parte diferenciada de la ciencia global del Derecho penal (*gesamte Strafrechtswissenschaft*) al servicio del análisis del *único* objeto de la Dogmática jurídico-penal: el *Derecho positivo*¹³.

El referido mantenimiento del objeto del análisis dogmático, unido a la voluntad de no eliminar los beneficios dimanantes de las conquistas del *Derecho penal liberal* hasta entonces vigente, convirtió el modelo naturalista de VON LISZT en una suerte de variación del *positivismo jurídico* de BINDING que, en su condición modificadora, presenta analogías y diferencias con respecto a este último modelo. La principal *analogía* –la que en sentido estricto permite reunir ambos modelos bajo la denominación común de *positivismo formalista*– reside en que tanto el *positivismo naturalista* de VON LISZT (mediante el planteamiento de la crítica kantiana) como el *jurídico* de BINDING acometen un estudio *formal* de Derecho positivo caracterizado por la *exclusión de juicios de valor* (*escepticismo subjetivo-epistemológico/relativo-axiológico*).¹⁴ La diferencia esencial entre ambos modelos positivistas –que determina su distinto carácter *jurídico* o *naturalista*– debe encontrarse en lo que sigue: mientras que el positivismo *jurídico* de BINDING se agota en el *normativismo* de un análisis *lógico-conceptual* del Derecho positivo (Dogmática jurídico-penal como ciencia *sistemática*) y su voluntad (*teleologicismo objetivo*) sin incidencia alguna de la realidad empírica en el mismo, el *naturalista* de VON LISZT,

Guttentag, Berlín, 1905 (reimpr. De Gruyter, Berlín, 1970), p. 78 y 83; EL MISMO, “Die Aufgaben und die Methode der Strafrechtswissenschaft” (clase inaugural pronunciada en la Universidad de Berlín el 27 de octubre de 1899), en EL MISMO, **Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze**, II, Guttentag, Berlín, 1905 (reimpr. De Gruyter, Berlín, 1970), p. 297. Sobre todo ello vid. MIR PUIG, **Introducción a las bases**, cit., p. 218.

¹² GIMBERNAT ORDEIG, **Concepto y método**, cit., pp. 38 s.

¹³ VON LISZT, **La idea de fin**, cit., pp. 1 ss.; EL MISMO, “Rechtsgut und Handlungsbegriff...”, en EL MISMO, **Strafrechtliche Vorträge**, I, cit., pp. 212 ss.; EL MISMO, “Kriminalpolitische Aufgaben”, en EL MISMO, **Strafrechtliche Vorträge**, I, cit., pp. 290 ss.; EL MISMO, “Die Zukunft des Strafrechts”, en EL MISMO, **Strafrechtliche Vorträge**, II, cit., pp. 1 ss.; EL MISMO, “Über den Einfluss...”, en EL MISMO, **Strafrechtliche Vorträge**, II, cit., pp. 75 ss.; EL MISMO, “Die Aufgaben...”, en EL MISMO, **Strafrechtliche Vorträge**, II, cit., pp. 284 ss.; EL MISMO, **Lehrbuch des deutschen Strafrechts**, 16ª-17ª ed., 1908, *passim*; EL MISMO, **Tratado de Derecho penal**, III, (trad. de la 20ª ed. alemana por L. Jiménez de Asúa y adiciones de Q. Saldaña), 1917, *passim*. De modo amplio MIR PUIG, **Introducción a las bases**, cit., pp. 218, 223, 225 ss.; SILVA SÁNCHEZ, **Aproximación**, cit., pp. 51 y 53.

¹⁴ BINDING, **Die Normen und ihre Übertretung**, I, 1922 (reimpr. 1991), *passim*.

aceptando la influencia de la realidad metajurídica en la construcción dogmática, partió, en cambio, de la necesidad de estudiar el Derecho positivo a la luz de la realidad empírica para operar en el seno de la *gesamte Strafrechtswissenschaft* la distinción entre *política criminal* (destinada a una función *social* de lucha contra el delito y desarrollada sobre la base de disciplinas consistentes en la explicación causal-empírica del delito –*Criminología*– y de la pena–Penalística) y *Derecho penal en sentido jurídico* (que asume la función *liberal* del Estado de Derecho consistente en asegurar o garantizar la igualdad en la aplicación del Derecho y la libertad individual frente al Estado)¹⁵.

El alcance de la referida disparidad entre ambos modelos positivistas fue acrecentándose con la evolución del programa de VON LISZT hacia un paulatino aumento de la importancia del método *empírico* (explicación empírico-causal del delito y la pena) en detrimento del *dogmático*, al que acabó concediendo a la Dogmática jurídico-penal como estudio lógico-jurídico del Derecho penal y procesal una función meramente *pedagógica*¹⁶. No obstante aceptar la aplicación para la Criminología del método propio de las ciencias de la naturaleza, basado en la observación de las conexiones causales del mundo fenoménico, VON LISZT se apartó expresamente de la explicación antropológica de LOMBROSO¹⁷ suscribiendo una posición *ecléctica* predominantemente *sociológica* con la pretensión de completar la Biología criminal con la Sociología criminal. Esta postura ha sido conocida con el nombre de “Escuela sociológica alemana”¹⁸.

2. Aparición y desarrollo de la Sociología positivista: los ejemplos de Durkheim y Ehrlich

A juicio de DURKHEIM, en 1895, año de publicación de su obra *Las reglas del método sociológico*, los sociólogos no habían sentado todavía las bases del método de dicha disciplina. El objetivo que el autor declara perseguir mediante el análisis presente en la referida monografía no es otro que el de *fixar el método, las reglas y los principios adaptados a la particular naturaleza del objeto del estudio sociológico: los fenómenos sociales*. Así entendida, la Sociología devendría una disciplina de orden *científico* que se distinguiría del resto de las ciencias *por su método, adaptado a las especificidades de su objeto*¹⁹.

Posteriormente, EHRLICH propuso en su obra *Die juristische Logik* una concepción sociológica similar a la defendida previamente por DURKHEIM. Partiendo del concepto positivista de ciencia sostenido por HECK, confirmó EHRLICH a la Sociología el estatuto de *la única auténtica ciencia del Derecho*, en su condición de disciplina que investiga los hechos sociales que sirven de base al Derecho

¹⁵ VON LISZT, *La idea de fin*, cit., pp. 1 ss.; EL MISMO, “Rechtsgut und Handlungsbegriff...”, en EL MISMO, *Strafrechtliche Vorträge*, I, cit., pp. 212 ss.; EL MISMO, “Kriminalpolitische Aufgaben”, en EL MISMO, *Strafrechtliche Vorträge*, I, cit., pp. 290 ss.; EL MISMO, “Die Zukunft des Strafrechts”, en EL MISMO, *Strafrechtliche Vorträge*, II, cit., pp. 1 ss.; EL MISMO, “Über den Einfluss...”, en EL MISMO, *Strafrechtliche Vorträge*, II, cit., pp. 75 ss.; Acerca de lo anterior, ampliamente, MIR PUIG, *Introducción a las bases*, cit., pp. 223 y 225 ss.; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, cit., pp. 51 y 53.

¹⁶ VON LISZT, “Die Aufgaben...”, en EL MISMO, *Strafrechtliche Vorträge*, II, cit., pp. 284 ss.; EL MISMO, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 16ª-17ª ed., 1908, *passim*; EL MISMO, *Tratado de Derecho penal*, III, (trad. de la 20ª ed. alemana por L. Jiménez de Asúa y adiciones de Q. Saldaña), 1917, *passim*. Sobre todo ello vid. MIR PUIG, *Introducción a las bases*, cit., pp. 223 y 225 ss.; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, cit., pp. 51 y 53.

¹⁷ VON LISZT, “Kriminalpolitische Aufgaben”, en EL MISMO, *Strafrechtliche Vorträge*, I, cit., pp. 308. Sobre todo ello vid. MIR PUIG, *Introducción a las bases*, cit., p. 224, n. 131.

¹⁸ MIR PUIG, *Introducción a las bases*, cit., p. 224, n. 132.

¹⁹ Sobre este particular vid., además, MERTON, REIS (99), 2002, pp. 201-209; SNELL, *Journal of Classical Sociology*, 10 (1), 2010, pp. 51 ss.; SANCHO, *Revista Patagónica de Estudios Sociales*, (19/20), 2014, pp. 255 ss.; TAPIA ALBERDI, *Política y Sociedad*, 49 (2), 2015, p. 331.

sin tener en cuenta de inmediato una aplicación *práctica* de sus resultados por la jurisprudencia. La contraposición de los conceptos *autenticidad científica* y *carácter práctico* de la investigación operada por EHRLICH conduce a la consideración de la *Dogmática jurídica*, en su calidad de disciplina con finalidad *exclusivamente práctica*, como *tecnología*²⁰.

La consideración de la Sociología jurídica como la única ciencia posible acerca del Derecho propuesta por EHRLICH trae causa esencialmente de dos factores: la Sociología no se detiene en el análisis de la *palabras*, sino que analiza también los *hechos* que sirven de base al Derecho; y, como toda auténtica ciencia, la Sociología trata de profundizar, por medio del “*método inductivo*” (que él mismo define como observación de hechos y reunión de experiencias) el conocimiento de la esencia de las cosas. EHRLICH no se plantea, en cambio, el problema de si cabe un método *comprensivo* en Sociología, posibilidad que, sin embargo, sí cabe, como ya se expuso *supra*, para WEBER²¹. Para EHRLICH, el contenido del Derecho entendido como orden real de una sociedad, no viene determinado por meras *normas de decisión*, sino por *reglas de efectivo comportamiento de las personas en la vida común*. El origen de estas reglas no cabe buscarlo, en su opinión, ni en la jurisprudencia (resolución de decisiones particulares) ni en las normas jurídicas, sino en las *relaciones jurídicas inmediatamente creadas por la sociedad*²².

La propuesta epistemológica que sirve de base al positivismo sociológico de EHRLICH desconoce, en su consideración del Derecho como *conducta practicada habitualmente*, la *pretensión de vinculatoriedad* implícita en su propia vigencia, esto es, el sentido *normativo* de todo ordenamiento jurídico. El concepto de Derecho permite aunar en su seno, como términos no incompatibles entre sí, el *orden de vida* (*vigencia fáctica*) y la *norma de conducta* (*vigencia normativa*), reconociendo, incluso, en el sentido ya apuntado por SAVIGNY, la preexistencia histórica del orden de vida a la norma particular de conducta²³. La consideración sociológica debe ser entendida como un *complemento necesario* de la consideración normativa²⁴, *una de las posibles ciencias del Derecho*, pero es obvio que en modo alguno puede ser acreedora de la condición de *única ciencia verdadera del Derecho*²⁵. El equívoco en que incurrió la Sociología positivista probablemente traiga causa de un incorrecto entendimiento del objeto de Dogmática jurídica, basada en la antes mencionada distinción entre *palabras* y *hechos* como supuestos objetos de la *Dogmática jurídica* y de la *Sociología*, respectivamente. Esta disociación resulta completamente desafortunada, ya que a la Ciencia del Derecho, también, por tanto, a la Dogmática jurídico-penal, no le preocupan *tan solo* las palabras, sino *también el sentido que está expresado en ellas*²⁶. No le importan las representaciones sobre la *rectitud* humana de una determinada época como *fenómeno psíquico-real*, sino su *contenido normativo de sentido*. Este último componente normativo

²⁰ EHRLICH, *Die juristische Logik*, 1925, *passim*. Sobre ello vid. LARENZ, *Metodología de la Ciencia del Derecho* (trad. y revisión a cargo de M. Rodríguez Molinero, 1994), p. 85.

²¹ EHRLICH, *Die juristische Logik*, cit., *passim*. Vid., al respecto, LARENZ, *Metodología*, cit., p. 86; GIMBERNAT ORDEIG, *Concepto y método*, cit., p. 39.

²² Así, por ejemplo, la *familia*, las *corporaciones*, la *propiedad* o los *Derechos reales*, como relaciones jurídicas preexistentes incluso al propio Derecho romano: EHRLICH, *Die juristische Logik*, cit., *passim*. En relación con este particular, vid. LARENZ, *Metodología*, cit., p. 87.

²³ LARENZ, *Metodología*, cit., p. 87.

²⁴ Que se encuentra, como por ejemplo sucede con la dogmática jurídica, *únicamente orientada a reglas*: LARENZ, *Metodología*, cit., p. 88.

²⁵ LARENZ, *Metodología*, cit., p. 89.

²⁶ LARENZ, *Metodología*, cit., p. 89.

resulta inaccesible a una Sociología que, como, por ejemplo, la propuesta por EHRLICH, procede científico-causalmente²⁷.

III. Sociología Jurídica y método neokantiano

El *neokantismo* partió de un *dualismo gnoseológico* consistente en la distinción entre el *noumeno* (la “cosa en sí”) y el *fenómeno* (manifestación espacio-temporal del *noumeno* que convierte a aquél en *aprehensible por los sentidos*), de suerte que la “cosa en sí” tan solo devendría dato empírico espacio-temporal sensorialmente cognoscible (*materia* de conocimiento o realidad sensible) en tanto que *fenómeno* (*materia fenoménica*). Para conocer la realidad empírica, el sujeto de conocimiento debe, sin embargo, aplicar a la referida materia empírica las “*formas a priori*” de conocimiento o “*categorías del entendimiento*” (*valores*).²⁸

De este modo, la aplicación de valores a la realidad sensible se traduciría en la obtención de *significaciones o sentidos* consistentes en los bienes u objetos en que se plasman los valores, de suerte que no puede decirse que la dimensión de sentido de la realidad sea algo apriorístico, sino que es aportada por el propio sujeto de conocimiento (es un producto del proceso de conocimiento, que, de acuerdo con el rechazo de la idea kantiana de una “*conciencia en general*”, puede ser, a su vez, variable histórico-culturalmente). Esta imposibilidad de separar, por tanto, *objeto* y *sujeto* de conocimiento conduce a la atribución al *método* de una función *configuradora del objeto* (“*stoffgestaltende Funktion der Methode*”). En el referido sentido debe ser entendida, por ejemplo, la posición metodológica de STAMMLER, de acuerdo con la cual las distintas clases de ciencias se ocupan de *objetos distintos* o de *distintos aspectos* de un mismo objeto, determinándose, por esta vía, dos distintos modos del conocer científico: el “*percibir*”, propio de las ciencias de la naturaleza como esclarecedoras de las relaciones *causales* (causa-efecto); y el “*querer*” o “*comprender*”, propio de ciencias del espíritu como la propia ciencia del Derecho, cuya función no es otra que la *aprehensión de conexiones finales* (medio-fin)²⁹.

La diferencia entre las ciencias *naturales* y las ciencias *culturales* (entre las que se contarían tanto la Dogmática jurídico-penal como la Sociología), así como entre éstas últimas entre sí, no vendría inicialmente determinada, por tanto, por el *objeto* (materia fenoménica en ambos casos), sino por el *método*: de este modo, ciencias *naturales* y ciencias *culturales* se distinguirían en el referido sentido epistemológico en que mientras las primeras tendrían la consideración de ciencias *causales*, las segundas engrosarían las filas de las ciencias *finales*, no siendo la *causalidad* y la *finalidad*, respectivamente, características de la *materia* objeto de estudio sino *categorías de entendimiento* aportadas “*a priori*” por la propia mente humana. El *neokantismo* supuso, en suma, una pretensión de superación del método puramente *jurídico-formal* del positivismo mediante la introducción de consideraciones *axiológicas* y *materiales*³⁰. Por lo demás, la posibilidad de reconducir tanto las ciencias naturales como las sociales a un supraconcepto de *ciencia* pasa para el *neokantismo* por la afirmación de la existencia de la analogía entre ambas clases de disciplinas consistente en un acercamiento a sus respectivos objetos de

²⁷ LARENZ, *Metodología*, cit., p. 89.

²⁸ Vid., por todos, SAUER, *Derecho penal*, PG (trad. de la 3ª ed. alemana a cargo de J. del Rosal y J. Cerezo Mir), 1956, *passim.*, con referencias a las Escuelas de Marburgo y la Sudoccidental de RICKERT, LASK y RADBRUCH.

²⁹ SAUER, *Derecho penal*, PG, cit., *passim.* Sobre ello vid. GIMBERNAT ORDEIG, *Concepto y método*, cit., p. 43.

³⁰ MIR PUIG, *Introducción a las bases*, cit., p. 227 ss.; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, cit., pp. 55 ss.

investigación mediante el sistema y la formación de conceptos, variando sólo en que en las primeras predomina el pensar *ontológico* mientras que en las segundas lo hace el *axiológico*³¹.

A este respecto, es preciso dejar igualmente apuntada la decisiva influencia ejercida en el método *comprensivo* de la Sociología jurídico-funcionalista de Max WEBER por las tesis epistemológicas del *neokantismo*. Este autor, siguiendo la concepción defendida por RICKERT, en virtud de la cual las ciencias culturales, entre las que se contaría la Sociología, tendrían por objeto la realidad en su concreta individualidad y seleccionarían el objeto a analizar sobre la base de relaciones valorativas. De acuerdo con la propuesta metodológica sociológico-*comprensiva* sostenida por WEBER, consistente, en suma, en una concepción del *entender sociológico* como comprensión de la relación de sentido a la que pertenece un actuar actualmente comprensible de acuerdo con su mencionado sentido subjetivo, el *actuar* sólo puede ser definido como comportamiento humano si y en tanto el o los actantes vinculan a dicho comportamiento un *sentido* subjetivo³². El concepto del actuar comprendería, así, el hacer, el tolerar y el omitir. Partiendo de esta definición, WEBER emplea el concepto *sentido*, por tanto, con el significado que refiere cada determinado comportamiento al objetivo o al destino del hipotético actuante³³.

WEBER parte del concepto de *Sociología comprensiva*, así, como aquélla que quiere *comprender* la conducta humana como “*capaz de sentido*”, explicándola *causalmente* en su curso y efectos, considerando como conducta humana capaz de sentido aquella que se encuentre *orientada a fines* o a *expectativas* (por ejemplo, la actuación de un tercero). Para WEBER el objeto de la *comprensión* de la Sociología residiría en la propia *causalidad* de la acción, constituyendo precisamente el referido *sentido subjetivo* de la acción, entendido como aquél que tiene para el sujeto que la realiza (a diferencia de lo que sucede con su *sentido objetivo*, objeto de la investigación de las *ciencias dogmáticas* -entre las que

³¹ GIMBERNAT ORDEIG, *Concepto y método*, cit., p. 43. Frente al neokantismo, el *finalismo* representó, en cambio, el rechazo del *subjetivismo epistemológico* conducente en el terreno gnoseológico al *relativismo axiológico* neokantiano y su sustitución por el *objetivismo* de determinadas estructuras *lógico-objetivas* o estructuras *permanentes del ser*. WELZEL discrepa de la afirmación *neokantiana* de que el método determina el conocimiento y considera, por el contrario, que *es en realidad el objeto el que determina el método*, atribuyendo el carácter erróneo de aquella premisa *neokantiana* a un supuesto mal entendimiento de los postulados de KANT. Así, según WELZEL, el entendimiento al que KANT alude cuando afirma que éste prescribe a las cosas sus leyes no se refiere al de *cada sujeto*, sino al llamado *entendimiento puro* (“*reiner Verstand*”). De este modo, las categorías mentales “*a priori*” dejarían de constituir meros puntos de vista subjetivos para devenir auténticas *condiciones objetivas de posibilidad* de los objetos de la experiencia, no variando, por tanto, de persona en persona, sino siendo *para todo sujeto lo mismo*. La dimensión de sentido de las cosas se encontraría ya incorporada, por tanto, en ellas mismas (naturaleza *ontológica* -del *ser*-, no *epistemológica* -de su conocimiento- del *sentido* de la materia objeto de análisis). El sujeto de conocimiento deberá acceder entonces al contenido de la referida dimensión de sentido por medio de la aplicación del método *fenomenológico* (deductivo-abstracto). De acuerdo con esta metodología *objetiva*, la configuración del objeto no se produce por la contemplación de cada individuo (ya que ello supondría una deformación de *lo objetivamente dado*). Las distintas ciencias no informarían, por tanto, de distinto modo de la materia objeto de análisis, sino que cada una de ellas se ocuparía de *aspectos específicos* del objeto definitivamente formado. Vid. WELZEL, *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht: Untersuchungen über die ideologischen Grundlagen der Strafrechtswissenschaft*, 1935 (= en EL MISMO, *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, 1975, pp. 29 ss.; EL MISMO, “Studien zum System des Strafrechts”, *ZStW* 58 (1939), pp. 491 ss., EL MISMO, *Das deutsche Strafrecht*, 1947; 4ª ed., 1954; 6ª ed., 1958; 7ª ed., 1960; 11ª ed., 1969 (trad. al castellano de J. Bustos Ramírez y S. Yáñez Pérez, 1970). Según el planteamiento de WELZEL, la autonomía de la ciencia del Derecho con respecto a las ciencias naturales no vendría determinada, en consecuencia, por el *método*, sino por el *objeto*, de suerte que mientras éste consistiría para las ciencias del Derecho en la *acción humana final*, el objeto de las ciencias naturales no sería otro que la *acción humana final* (concepto *prejurídico* de acción como *estructura lógico-objetiva*). En el seno de la realidad consistente en la acción humana sería posible distinguir, de este modo, entre un aspecto *causal*, objeto de estudio por las ciencias naturales, y un aspecto *final*, a analizar por la ciencia del Derecho, de suerte que el factor diferencial entre ambas clases de ciencia vendría determinado no por una diversidad *metodológica*, sino por una diferencia de *objeto*. Vid. WELZEL, *Naturalismus und Wertphilosophie*, cit., *passim*; EL MISMO, *Das deutsche Strafrecht*, cit., pp. 491 ss.; 1947; 4ª ed., 1954; 6ª ed., 1958; 7ª ed., 1960; 11ª ed., 1969; *passim*. Sobre ello vid. MIR PUIG, *Introducción a las bases*, cit., pp. 245 ss.; críticamente SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, cit., pp. 57 ss.

³² BULLASCH, *Rechtsnorm und Rechtssystem*, cit., pp. 114 ss.

³³ Sobre ello, extensamente, vid. BULLASCH, *Rechtsnorm und Rechtssystem*, cit., pp. 114 ss.

se encontrarían, a su entender, la *jurisprudencia*, la *lógica*, la *ética* o la *estética*)- *uno de sus factores causales*. A la vista de lo anterior, no resulta difícil comprender por qué en opinión de WEBER resulta imposible atribuir a la *Dogmática jurídica* la condición de *ciencia*, ya que su objeto se limita a la comprensión del *significado* de normas jurídicas, negocios jurídicos, acciones, etc.³⁴.

IV. La irrupción de la Sociología funcionalista

El segundo de los momentos históricos configuradores del escenario crítico del papel central de la Dogmática jurídico-penal en el marco de las ciencias penales vino determinado por la extensión del pensamiento tópico y la convicción de la necesidad de tener presentes en la aplicación del Derecho tanto las valoraciones político-criminales como las aportaciones de la Criminología y las demás ciencias sociales que tuvieron lugar a partir de la segunda postguerra mundial. De entre los diversos sistemas dogmáticos postfinalistas alimentados por elementos integrantes de alguna de las recién mencionadas ciencias sociales cabría destacar como especialmente influyente el *sistema sociológico funcionalista* sostenido en Alemania por la escuela de Günther JAKOBS³⁵.

Esta versión funcionalista, que parte de la absolutización del criterio funcional y el rechazo de toda limitación de éste por la esfera ontológica y el sentido ordinario del lenguaje³⁶, recibe la condición de *sociológica* a partir de la asunción de las premisas metodológicas de la teoría funcionalista de los sistemas sociales de Niklas LUHMANN. En virtud de ésta, “*no se concibe la sociedad, a diferencia de lo que creyó la filosofía -entroncada con Descartes- desde Hobbes a Kant, adoptando el punto de vista de la conciencia individual, como un sistema que puede componerse de sujetos que concluyen contratos, producen imperativos categóricos o se expanden de modo similar*”³⁷, sino partiendo precisamente de la

³⁴ EHRLICH, *Die juristische Logik*, cit., *passim*. A la vista del planteamiento de WEBER, detecta SCHELTING en él, sin embargo, una cierta negación de la importancia que para el conocimiento cultural empírico tienen las formaciones normativas de sentido, especialmente del Derecho, y su aprehensión científica. En opinión de SCHELTING, el actuar social real humano y la índole de las relaciones sociales reales están también determinados por momentos ideales (ideas normativas) cuyo origen se encuentra en conexiones irreales de sentido, más amplias, sin las que resultaría imposible su *comprensión*. Sobre todo ello vid. SCHELTING, *Max Webers Wissenschaftslehre*, 1934, *passim*; LARENZ, *Metodología*, cit., p. 86, n. 73.

³⁵ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, cit., pp. 68 y 70, emplea el término “radical” para caracterizar la corriente funcionalista de JAKOBS en relación con otras corrientes de idéntico signo de carácter *moderado*, como la sostenida también en Alemania por Claus ROXIN, distinguiéndolas en atención tanto al *punto de partida de la normativización del sistema* y sus categorías como en cuanto al *grado de absolutización del factor metodológico funcionalista*, recayendo en su opinión el factor distintivo más relevante entre ambas versiones funcionalistas en lo siguiente: mientras que ROXIN orienta el sistema de Derecho penal al ámbito valorativo propio de los principios garantísticos de las *finalidades de Política Criminal* (que incluso pueden limitarse recíprocamente), JAKOBS lo hace a la *idea de prevención-integración* al servicio de *necesidades esencialmente sistémicas*.

³⁶ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, cit., p. 69.

³⁷ JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, cit., p. 15. La concepción de JAKOBS encuentra algunos de sus principales exponentes en “Culpabilidad y prevención” (1976) (trad. de C. SUÁREZ GONZÁLEZ), en EL MISMO, *Estudios de Derecho penal*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 73 ss.; EL MISMO, “Kriminalisierung im Vordfeld einer Rechtsgutsverletzung”, *ZStW* 97 (1985), pp. 751 ss. (= “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico” [trad. de E. Peñaranda Ramos], en EL MISMO, *Estudios de Derecho penal*, cit., pp. 293 ss.; EL MISMO, “El concepto jurídico-penal de acción” (1992) (trad. de M. Cancio Meliá), en EL MISMO, *Estudios de Derecho penal*, cit., pp. 101 ss.; EL MISMO, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 1983; 2ª ed., 1991 (= *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, trad. de J. Cuello Contreras y J.L. Serrano González de Murillo, 1995), *passim*; EL MISMO, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional* (trad. de M. Cancio Meliá y B. Feijoo Sánchez, 1996), *passim*; EL MISMO, *Sobre la génesis de la obligación jurídica* (trad. de M. Cancio Meliá, 1999), *passim*; EL MISMO, *Acción y omisión en Derecho penal* (trad. J. Sánchez-Vera Gómez-Trelles, J. / L. C. Rey Sanfiz, 2000); EL MISMO, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal* (trad. de M. Cancio Meliá / B. Feijoo Sánchez, 2003), *passim*; EL MISMO, “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, (trad. M. Cancio Meliá), en JAKOBS, G. / CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo*, 2003, pp. 19 ss.; EL MISMO, “La autocomprensión de la ciencia

distinción entre *sistemas sociales* y *sistemas psíquicos*³⁸. LUHMANN toma como premisa de su teoría funcional de los sistemas sociales la acentuación del concepto de *expectativas de comportamiento*. El autor acuña dicho concepto partiendo de la contraposición por él operada de los términos *estructuras sociales* y *moralidad*, entendida ésta última como la *contingencia* de las posibilidades esperables de acción. Sobre la base de la tesis de que el hombre y la sociedad son medio el uno para el otro, llega a la conclusión de que la estructura y los límites de la sociedad reducen la complejidad y la contingencia del poder orgánico y físico, asegurándose, de este modo, las posibilidades de los hombres devengan respectivamente esperables. Partiendo, así, de aquel concepto, LUHMANN destaca el elemento individual, al que se refiere expresamente cuando describe el hombre no como parte integrante de la sociedad, sino como un *sistema* autónomo que contiene estructuralmente posibilidades permitidas de acción y con ello representa un sistema comparable a la sociedad³⁹.

Importantes analogías con la teoría de los sistemas sociales de LUHMANN presenta, en el marco de la doctrina sociológica de la acción social, la teoría sistémica continuista de la Sociología de la ciencia defendida por Talcott PARSONS⁴⁰. Este autor trató de definir las funciones generales de sistemas de ideas en el interior de sistemas sociales, distinguiendo en concreto cuatro: *la ciencia, la ideología, la religión y la filosofía*. Quiso mostrar, además, las relaciones funcionales recíprocas existentes entre los distintos tipos de sistemas de ideas, por una parte, y entre éstos y los sistemas estructurales sociales, por otra⁴¹. PARSONS define los sistemas sociales como agregados ordenados en los que los hombres se perciben bajo aspectos específicos y tienen determinadas sensaciones entre sí. De acuerdo con esta comprensión, los sistemas sociales se basarían en la existencia de roles interactivos en el interior de colectivos ordenados en su específica interacción mediante normas fundamentadas en y orientadas a valores⁴². La estructura del sistema social consistiría en el encaje de relaciones simbólicas entre cuatro categorías de elementos: roles, colectivos, normas y valores⁴³.

La relevancia de tal distinción en el planteamiento de JAKOBS resulta evidente desde el momento en que para este último autor la propia *esencia*⁴⁴ (preventivo-general positiva o integradora) de la pena viene determinada por la restitución de la confianza en la vigencia de la norma estabilizadora de los sistemas sociales complejos vigentes (*“la prestación que realiza el Derecho penal consiste en contradecir a su vez la contradicción de las normas determinantes de la identidad de la sociedad”*)⁴⁵. La concepción de JAKOBS hunde sus raíces en el ámbito de la dirección de pensamiento que parte de la idea de *racionalidad del sistema*, en sustitución de la tradicionalmente dominante *racionalidad de la acción*. Su forma más amplia viene representada por la *teoría de los sistemas autopoyéticos*, que se

del Derecho penal ante los desafíos del presente” (trad. de T. Manso Porto), en ESER, A. / HASSEMER, W. / BURKHARDT, B. (coords. de la versión alemana) / MUÑOZ CONDE, F. (coord. de la versión española), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*, 2004, pp. 53 ss.

³⁸ JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, cit., p. 16. Sobre todo ello, detalladamente sobre la función estabilizadora del Derecho (en especial del Derecho *restitutivo*) a la luz del concepto de expectativas de comportamiento, vid. BULLASCH, *Rechtsnorm und Rechtssystem*, cit., pp. 131 y 135.

³⁹ LUHMANN, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, 1974, *passim*.

⁴⁰ PARSONS, *El sistema social* (trad. de J. Jiménez Blanco y J. Cazorla Pérez), 1999, *passim*; BULLASCH, *Rechtsnorm und Rechtssystem*, cit., p. 121.

⁴¹ PARSONS, *El sistema social*, cit., *passim*; BULLASCH, *Rechtsnorm und Rechtssystem*, cit., p. 122.

⁴² PARSONS, *El sistema social*, cit., *passim*. Sobre el particular vid. BULLASCH, *Rechtsnorm und Rechtssystem*, cit., p. 124.

⁴³ PARSONS, *El sistema social*, cit., *passim*. Ampliamente sobre ello BULLASCH, *Rechtsnorm und Rechtssystem*, cit., p. 124.

⁴⁴ Y no meramente su *función*: “En esta concepción, la pena no es tan sólo un medio para mantener la identidad social, sino que ya constituye ese mantenimiento mismo”: JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, cit., p. 18.

⁴⁵ JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, cit., p. 18; PEÑARANDA RAMOS / SUÁREZ GONZÁLEZ / CANCIO MELIÁ, “Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs”, en JAKOBS, *Estudios de Derecho penal* (trad. y estudio preliminar de E. Peñaranda Ramos / C.J. Suárez González / M. Cancio Meliá), 1997, p. 23.

apoya en la Biología y en la teoría del reconocimiento de la cognición de MATURANA y VARELA, que es caracterizado, sobre todo, como teoría de los sistemas auto-referenciales. Esta concepción, que presta consideración, por tanto, a las interdependencias internas y externas en las relaciones sistémicas, se aplica a sistemas sociales, en especial al sistema político, esto es, al sistema jurídico estatalmente organizado y a sus diferentes partes, como el sistema de gobierno, el de administración y el de Justicia⁴⁶.

De especial importancia en el ámbito de la teoría de la *imputación objetiva* de JAKOBS es el concepto de *rol social* desempeñado por el sujeto activo de la conducta. En opinión de JAKOBS, el primer gran mecanismo de determinación de ámbitos de responsabilidad que constituye en su construcción la categoría de la imputación objetiva requiere la creación de un patrón que permita mostrar el significado vinculante de cualquier comportamiento. “Y si se quiere que este patrón cree orden, éste no puede asumir el caos de la masa de peculiaridades subjetivas, sino que ha de orientarse sobre la base de estándares, roles, estructuras objetivas. Dicho de otro modo, los autores y los demás intervinientes no se toman como individuos con intenciones y preferencias altamente diversas, sino como aquello que debe ser desde el punto de vista del Derecho: como personas. Es entre éstas donde se determina a quien le compete un curso lesivo: a un autor, a un tercero, o a la víctima...”⁴⁷.

De idéntica relevancia a la asumida por el *rol social* en la concepción jurídica de JAKOBS, participa dicho concepto en el análisis sociológico-funcionalista, por ejemplo, de Talcott PARSONS. En opinión de este autor, el sistema social no representaría grupo de personas o agregado de personalidades alguno, sino, antes bien, una *coordinación de roles*. En el sistema social sólo habría, así, *aspectos* de personas y de sus personalidades, que se evidenciarían mediante el comportamiento de los roles. En el rol se separarían sistema social y personalidad⁴⁸. Con ese tratamiento funcional-estructural del sistema social, PARSONS habría dado continuidad, por un lado, al método empleado por DURKHEIM para el análisis de problemas empíricos en su *De la división del trabajo social*; y, por otro, al análisis empírico de este último autor sobre el suicidio y la interpretación del ritual religioso en las formas básicas de la vida religiosa⁴⁹.

⁴⁶ BULLASCH, *Rechtsnorm und Rechtssystem*, cit., p. 154. No es de extrañar, por ello, que una de las críticas que con más frecuencia —y probablemente de modo más compartible— se ha formulado contra la concepción de JAKOBS es aquella que la acusa, en tanto que autorreferencial, de conservadora, tecnocrática e incluso autoritaria. En palabras de BARATTA, se trataría de un sistema “funcional respecto del actual movimiento de expansión del sistema penal y de incremento, tanto en expansión como en intensidad, de la respuesta penal”, así como promotor de “la reproducción ideológica y material de las relaciones sociales existentes” y, en especial, de la forma tradicional de abordar desde el Derecho penal los conflictos de desviación. BARATTA, “Integración-prevención: una “nueva” fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica” (trad. de E. García-Méndez y E. Sandoval Huertas), CPC (24), 1984, pp. 533 ss., 544 s. y 550; PEÑARANDA RAMOS / SUÁREZ GONZÁLEZ / CANCIO MELIÁ, “Consideraciones...”, en JAKOBS, *Estudios*, cit., pp. 23 s.; en idéntico sentido MIR PUIG, “Función fundadora y función limitadora de la prevención general positiva”, ADPCP 1986, pp. 49 ss. (= ZStW, 1990, pp. 914 ss.; = *El Derecho penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*, Ariel, 1994, pp. 129 ss.).

⁴⁷ JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, cit., p. 53; PEÑARANDA RAMOS / SUÁREZ GONZÁLEZ / CANCIO MELIÁ, “Consideraciones...”, en JAKOBS, *Estudios*, cit., p. 56.

⁴⁸ BULLASCH, *Rechtsnorm und Rechtssystem*, cit., p. 124-5.

⁴⁹ BULLASCH, *Rechtsnorm und Rechtssystem*, cit., p. 125. Vid., además, MERTON, “La división del trabajo social de Durkheim”, REIS (99), 2002, pp. 201 ss.; SNELL, “From Durkheim to the Chicago school: Against the ‘variables sociology’ paradigm”, *Journal of Classical Sociology*, 10 (1), 2010, pp. 51-67; SANCHO, “Derecho, delito y pena en Emile Durkheim: un análisis del libro *La división del trabajo social* (1893)”, en *Revista Patagónica de Estudios Sociales*, (19/20), 2014, pp. 255-288; TAPIA ALBERDI, “Fundamentos de la construcción del pensamiento sociológico de Émile Durkheim”, *Política y Sociedad*, 49 (2), 2015, p. 331.

V. A modo de epílogo: acordes y desacuerdos

Con independencia de cuál sea la opción epistemológica elegida, resulta posible constatar ya la presencia *ab initio* de una disparidad de *objetos* de análisis entre Dogmática y Sociología penal. Así, mientras que “*el objeto de la ciencia del Derecho penal es la ley positiva jurídico-penal, esto es: determinar cuál es el contenido del Derecho penal, qué es lo que dice el Derecho penal*”⁵⁰, el objeto de la Sociología vendría determinado por el concepto de *hecho social*⁵¹. Con todo, entendidos el *delito* y de la *pena* como auténticos *hechos sociales* y, en consecuencia, también como integrantes del *objeto* del análisis sociológico, ambas disciplinas mantendrían, con ello, un evidente punto de conexión⁵².

No obstante este aparente factor de coincidencia, no es menos cierto, sin embargo, que el análisis de las respectivas realidades empíricas consistentes en el *delito* y la *pena* interesa a ambas disciplinas por razones *distintas*. Así, mientras que para la Dogmática jurídico-penal tanto la *teoría del delito* como la *teoría de la pena* constituyen construcciones esencialmente destinadas a la *interpretación* de la *regulación legal* del delito y de la pena como *abstracción jurídica* de la realidad empírica que se encuentra en su base, el análisis sociológico de aquéllos se centra en su consideración como meras *realidades sociales*. La referida diversidad *objetual* se corresponde, como ha sido sugerido *supra*, con una idéntica disparidad en el *método* de las disciplinas aquí objeto de análisis. La aproximación retrospectiva esbozada en las líneas precedentes a propósito de la incidencia del positivismo, el neokantismo y el finalismo en la Dogmática penal así lo pone de relieve. Futuras investigaciones sobre la materia, en particular acerca del interesante concepto de delito y pena en la Sociología positivista de Emile DURKHEIM, acabarán de dar carta de naturaleza a esta conclusión.

Bibliografía

- ALPERT, Harry, “Emile Durkheim and Sociologismic Psychology”, *American Journal of Sociology*, vol. 45, Nº 1 (julio 1939), pp. 64-70.
- BARATTA, Alessandro, *Integración-prevención: una “nueva” fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica*. Traducción de Emilio García-Méndez y Emilio Sandoval Huertas. *Cuadernos de Política Criminal* (24), 1984, pp. 533-551.
- BINDING, Karl, *Die Normen und ihre Übertretung*, I, Felix Meiner, Hamburgo, 1922 (reimpr. Scientia, Aalen, 1991).
- CAVALLI, Luciano, *Il mutamento sociale. Sette ricerche sulla civiltà occidentale*, Il Mulino, Bologna, 1978.
- BULLASCH, Ute, *Rechtsnorm und Rechtssystem in der Normentheorie Emile Durkheims*, Frankfurt am Main, 1988.
- DURKHEIM, Emile, *La división del trabajo social*, 1893. Traducción de Carlos G. Posada. Planeta-Agostini (vols. I y II), Barcelona, 1993.
- DURKHEIM, Emile, *Las reglas del método sociológico*, 1895, traducción de Antonio Ferrer y Robert. Akal Universitaria, 4ª ed., Madrid, 1995.
- DURKHEIM, Emile, “Deux lois de l’ evolution pénale”, en *L’Année Sociologique*, IV, 1901.
- DURKHEIM, Emile, *Leçons de sociologie, physique des mœurs et du droit*, Presses Universitaires de France, Paris, 1950 (=Lecciones de Sociología. Física de las costumbres y el derecho, 1950. Traducción de David Maldavsky. Schapire Editor S.R.L., Buenos Aires, 1974).
- EHRlich, Eugen, *Die jurisristische Logik*, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1925.

⁵⁰ GIMBERNAT ORDEIG, *Concepto y método*, cit., p. 36.

⁵¹ DURKHEIM, *Las reglas del método sociológico*, 1895 (trad. de Antonio Ferrer y Robert, 4ª ed., 1995), p. 33.

⁵² DURKHEIM, *Las reglas del método sociológico*, cit., pp. 33 ss.

- ORDEIG, Enrique, **Concepto y método de la ciencia del derecho penal**, Tecnos, Madrid, 1999.
- JAKOBS, Günther, “Culpabilidad y prevención” (1976) (trad. de C. SUÁREZ GONZÁLEZ), en EL MISMO, **Estudios de Derecho penal**, Civitas, Madrid, 1997, pp. 73 ss.
- JAKOBS, Günther, “Kriminalisierung im Vordfeld einer Rechtsgutsverletzung”, **ZStW** 97 (1985), pp. 751 ss. (= “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico” [trad. de E. PEÑARANDA RAMOS], en EL MISMO, **Estudios de Derecho penal**, Civitas, Madrid, 1997, pp. 293 ss.).
- JAKOBS, Günther, **Strafrecht. Allgemeiner Teil**, De Gruyter, 1983; 2ª ed., De Gruyter, 1991 (= **Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación**, trad. de J. CUELLO CONTRERAS y J.L. SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, Marcial Pons, Madrid, 1995).
- JAKOBS, Günther, “El concepto jurídico-penal de acción” (1992) (trad. de M. CANCIO MELIÁ), en EL MISMO, **Estudios de Derecho penal**, Civitas, Madrid, 1997, pp. 101 ss.
- JAKOBS, Günther, **Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional** (trad. de M. CANCIO MELIÁ y B. FEJOO SÁNCHEZ), Civitas, Madrid, 1996.
- JAKOBS, Günther, **Sobre la génesis de la obligación jurídica** (trad. de M. CANCIO MELIÁ), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999.
- JAKOBS, Günther, **Acción y omisión en Derecho penal** (trad. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J. / REY SANFIZ, L.C.), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000.
- JAKOBS, Günther, **Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal** (trad. de CANCIO MELIÁ, M. / FEJOO SÁNCHEZ, B.), Marcial Pons, Madrid, 2003.
- JAKOBS, Günther, “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, (trad. M. CANCIO MELIÁ), en JAKOBS, G. / CANCIO MELIÁ, M., **Derecho penal del enemigo**, Civitas, Madrid, 2003, pp. 19 ss.
- JAKOBS, Günther, “La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente” (trad. de Teresa MANSO PORTO), en ESER, A. / HASSEMER, W. / BURKHARDT, B. (coords. de la versión alemana) / MUÑOZ CONDE, F. (coord. de la versión española), **La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio**, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 53 ss.
- LARENZ, Karl, **Metodología de la Ciencia del Derecho**. Traducción y revisión a cargo de Marcelino RODRÍGUEZ MOLINERO, Ariel Derecho, Barcelona, 1994.
- VON LISZT, Franz, “Der Zweckgedanke im Strafrecht”, **ZStW** 3 (1883), pp. 1 ss. (= **La idea de fin en Derecho Penal**, trad. de E. AIMONE GIBSON, revisada y prologada por M. DE RIVACOBIA, Edeval, 1994).
- VON LISZT, Franz, “Rechtsgut und Handlungsbegriff im Bindische Handbuche”, en EL MISMO, **Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze**, I, Guttentag, Berlín, 1905 (reimpr. De Gruyter, Berlín, 1970), pp. 212 ss.
- VON LISZT, Franz, “Kriminalpolitische Aufgaben”, en EL MISMO, **Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze**, I, Guttentag, Berlín, 1905 (reimpr. De Gruyter, Berlín, 1970), pp. 290 ss.
- VON LISZT, Franz, “Die Zukunft des Strafrechts” (conferencia pronunciada ante la Sociedad Jurídica de Budapest en 1892), en EL MISMO, **Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze**, II, Guttentag, Berlín, 1905 (reimpr. De Gruyter, Berlín, 1970), pp. 1 ss.
- VON LISZT, Franz, “Über den Einfluss der soziologischen und anthropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts” (informe para la Asamblea General de la Asociación Internacional de Criminología, 1893), en EL MISMO, **Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze**, II, Guttentag, Berlín, 1905 (reimpr. De Gruyter, Berlín, 1970), pp. 75 ss.
- VON LISZT, Franz, “Die Aufgaben und die Methode der Strafrechtswissenschaft” (clase inaugural pronunciada en la Universidad de Berlín el 27 de octubre de 1899), en EL MISMO, **Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze**, II, Guttentag, Berlín, 1905 (reimpr. De Gruyter, Berlín, 1970), pp. 284 ss.
- VON LISZT, Franz, **Lehrbuch des deutschen Strafrechts**, 16ª-17ª ed., Guttentag, Berlín, 1908.
- VON LISZT, Franz, **Tratado de Derecho penal**, III, (trad. de la 20ª ed. alemana por L. JIMÉNEZ DE ASÚA y adiciones de Q. SALDAÑA), Reus, 1917.
- LUHMANN, Niklas, **Rechtssystem und Rechtsdogmatik**, Kohlhammer Verlag, Stuttgart/Berlín/Colonia/Mainz, 1974.
- MARRA, Realino, **Il diritto in Durkheim: sensibilità e riflessione nella produzione normativa**, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 1986.
- MELOSSI, D. / PAVARINI, C., **Carcere e fabbrica. Alle origini del sistema penitenziario**, Il Mulino, Bolonia, 1977.
- MERTON, Robert K., “La división del trabajo social de Durkheim” (trad. de C. TORRES ALBERO), **Revista Española de Investigaciones Sociológicas**, (99), 2002, 201-209.
- MIR PUIG, Santiago, **Introducción a las bases del Derecho penal. Concepto y método**, Bosch, Barcelona, 1976.

- MIR PUIG, Santiago, **Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho**, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1982, pp. 44 s. (=en EL MISMO, **El Derecho penal en el Estado Social y Democrático de Derecho**, pp. 47 s.).
- MIR PUIG, Santiago, Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva, en **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, 1986, pp. 49 ss. (=en **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**, 1990, pp. 914 ss.; = **El Derecho penal en el Estado Social y Democrático de Derecho**, Ariel, 1994, pp. 129 ss.).
- MIR PUIG, Santiago, **Derecho penal, Parte General**, 10ª edición, 2015.
- NEUMANN, Ulfried / SCHROTH, Ulrich, **Neuere Theorien von Kriminalität und Strafe**, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1980.
- PARSONS, Talcott, **El sistema social** (trad. de José JIMÉNEZ BLANCO y José CAZORLA PÉREZ, Alianza Editorial, Madrid, 1999).
- PEÑARANDA RAMOS, Enrique / SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos J. / CANCIO MELIÁ, Manuel, **Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs**, (en JAKOBS, Günther, **Estudios de Derecho penal**. Traducción al castellano y Estudio Preliminar de Enrique Peñaranda Ramos/Carlos J. Suárez González/Manuel Cancio Meliá, Cívitas, Madrid, 1997).
- RUSCHE, Georg / KIRCHHEIMER, Otto, **Pena y estructura social**, Temis, Bogotá, 1984.
- SAUER, Wilhelm, **Derecho penal. Parte General** (trad. de la 3ª edición alemana a cargo de J. DEL ROSAL y J. CEREZO MIR), 1956.
- SANCHO, María Dolores, “Derecho, delito y pena en Emile Durkheim: un análisis del libro La división del trabajo social (1893)”, en **Revista Patagónica de Estudios Sociales**, (19/20), 2014, 255-288.
- SNELL, Patricia, “From Durkheim to the Chicago school: Against the ‘variables sociology’ paradigm”, **Journal of Classical Sociology**, 10 (1), 2010, 51-67.
- SCHELTING, Alexander, **Max Webers Wissenschaftslehre**, I.C.B. Mohr, Tübingen, 1934.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, **Aproximación al Derecho penal contemporáneo**, J.M. Bosch editor, Barcelona, 1992.
- TAPIA ALBERDI, Fernando, “Fundamentos de la construcción del pensamiento sociológico de Émile Durkheim”, en **Política y Sociedad**, 49 (2), 2015, p. 331.
- WELZEL, Hans, **Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht”: Untersuchungen über die ideologischen Grundlagen der Strafrechtswissenschaft**, Deutsches Druck- und Verlags-Haus, Mannheim/Berlin/Leipzig, 1935 (=en EL MISMO, **Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie**, De Gruyter, Berlin, 1975, pp. 29 ss.).
- WELZEL, Hans, “Studien zum System des Strafrechts”, **ZStW** 58 (1939), pp. 491 ss.
- WELZEL, Hans, **Das deutsche Strafrecht**, De Gruyter, Berlín, 1947; 4ª ed., De Gruyter, Berlín, 1954; 6ª ed., De Gruyter, Berlín, 1958; 7ª ed., De Gruyter, Berlín, 1960; 11ª ed., De Gruyter, Berlín, 1969; (trad. al castellano de J. BUSTOS RAMÍREZ y S. YÁÑEZ PÉREZ, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1970).
- WISWEDE, Günther, **Soziologie abweichenden Verhaltens**, Kohlhammer, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz, 1973.

Recebido em: 11/09/2022

Aprovado em: 10/11/2022

Discurso terrorista, discurso de odio y el delito de enaltecimiento/ humillación (Art. 578 del Código Penal): ¿Riesgo o imposición de una determinada visión del pasado?*

Terrorist Speech, Hate Speech and the Crime of Glorification/Humiliation (Art. 578 of the Penal Code): is it a Risk or an Imposition of a Particular Previous Vision?

Manuel Cancio Meliá 

Universidad Autónoma de Madrid

Resumen: El delito de exaltación del terrorismo o de los terroristas, contenido en el art. 578 del Código Penal español, castiga dos tipos de conducta: la exaltación del terrorismo o la humillación de sus víctimas. El Tribunal Supremo español lo ha entendido de dos modos diferentes en su jurisprudencia: o como una (mera) ofensa o como el riesgo de un daño futuro. Se argumenta con frecuencia que este delito implica un discurso de odio. Este ensayo trata de mostrar que, mientras que el terrorismo comparte algunos elementos con los delitos referidos a los discursos del odio, no debería confundirse con ellos, y al mismo tiempo que no hay espacio en el marco español de los delitos de discursos de terrorismo para un delito como la ofensa contenida en el art. 578 SPC, que sería considerada inconstitucional.

Palabras clave: precursor de delitos de terrorismo; delitos de discursos del odio; exaltación del terrorismo y humillación a sus víctimas; daño/ofensa como ilicitud delictiva; ilicitud de las ofensas por terrorismo.

Abstract: The crime of glorification of terrorism offenses or terrorist offenders enshrined in art. 578 of the Spanish Penal Code punishes two kinds of conduct: glorification of terrorism or humiliation of its victims. It has been understood in two distinct ways by case law of the Spanish Supreme Court: either as (mere) offense or as risk of future harm. It is often argued that this crime entails hate speech. This paper tries to show that while terrorism shares some elements of hate speech crimes, it should not be confused with them, and that there is no room in the framework of Spanish communication offenses in the realm of terrorism for a crime as the offense contained in art. 578 SPC, which is to be held unconstitutional.

Keywords: precursor crimes of terrorism; hate speech offenses; glorification of terrorism and humiliation of its victims; harm/offense as criminal wrongfulness; wrongfulness of terrorism offenses.

1. Introducción

El delito que criminaliza el art. 578 del Código Penal (= CP) es una infracción muy peculiar, que contiene dos alternativas de conducta muy diferentes, aunque ambas consistan en conductas de

comunicación: por un lado, “exaltar” delitos de terrorismo o a sus autores, por otra, “humillar” a víctimas de tales infracciones. No es frecuente que los ordenamientos de nuestro entorno incluyan un delito similar. Tampoco está claro cuál es su contenido de injusto: como se expone en el texto que sigue, por un lado, puede considerarse una especie de provocación indirecta, la génesis de un riesgo de ulteriores hechos de terrorismo. Por otro, sin embargo, la *praxis* mayoritaria y algún sector de la doctrina consideran que la infracción se pena por sí misma, retrospectivamente, no por su potencial futuro, sino por haber vulnerado sentimientos colectivos. Dicho en los términos del debate anglosajón, se castiga, entonces, como *offense* (y no como *harm*). Por otra parte, las dos alternativas de conducta (la de exaltación y la de humillación) que incorpora la figura son muy diferentes en cuanto a sus dimensiones de injusto, lo que favorece la notable inseguridad sobre el alcance del precepto, una inseguridad que se ha intensificado últimamente, como se mostrará, hasta el punto de que puede decirse que hay, en realidad, dos líneas jurisprudenciales incompatibles.

Hay que recordar que la introducción del delito en el año 2000 supuso un auténtico cambio de rumbo: cabe decir que se había alcanzado con el nuevo Código Penal de 1995 cierto consenso – materializado por el legislador en la redacción dada al art. 18.1, párrafo 2º CP¹– respecto de que la mera expresión de ideas favorables al delito cometido o a su autor no podía constituir infracción criminal²: en palabras de Rodríguez Mourullo, en fin, en el diseño general del Código, la apología³ carece de “sustantividad propia”⁴. Las dos décadas transcurridas desde entonces muestran lo errado de suponer que la cuestión estaba cerrada: la apología volvió transmutada en el art. 578 CP en la LO 7/2000⁵. De hecho, la evolución que ha conducido a criminalizar numerosas conductas comunicativas en cuya cúspide cabe colocar a los delitos de discurso de odio experimentó un impulso muy notable con la LO 7/2000 y la introducción del nuevo delito de exaltación/humillación, inexistente durante los años de mayor intensidad de la actividad terrorista de ETA.

En efecto, el legislador del año 2000⁶ tipificó (sin que, en lo que se alcanza a ver, esta concreta opción de criminalización exista en ningún ordenamiento de nuestro entorno) conjuntamente dos

¹ Aunque, como es sabido, de forma ciertamente tortuosa, generando la apariencia de que la apología, en general, sigue siendo punible, cuando las exigencias típicas impiden la punición de la mera apología: *vid.* sólo BARQUÍN SANZ, J./OLMEDO CARDENETE, M. (1999) en: COBO DEL ROSAL, **ComCP I**, pp. 895 y ss.

² Así pudo afirmar Vives Antón que con el CP 1995 culminaba un “proceso deflacionario” (después de la inflación de la regulación anterior al establecimiento del actual orden jurídico-político) de castigo de la apología (VIVES ANTÓN, T.S., **Estudios Penales y Criminológicos** 25 [2005], p. 423). Sin embargo, en el panorama general trazado por la regulación del art. 18 CP había desde el principio un cuerpo extraño: la figura del art. 607.2 CP, referida a los delitos de genocidio (que amenazaba de pena la “difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos tipificados en el apartado anterior de este artículo, o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos”; como es sabido, el TC declaró en 2007 la inconstitucionalidad de la alternativa típica de “negar” *tout court*); *vid.* en sentido crítico, por todos, FEIJOO SÁNCHEZ, **LL**. 1998-6, pp. 2271 y ss., 2280; STC 235/2007.

³ Y, como ya formuló CARBONELL MATEU (“Terrorismo: algunas reflexiones sobre el concepto y el tratamiento penal”, en: GÓMEZ COLOMER/GONZÁLEZ CUSSAC [ed.], **Terrorismo y proceso penal acusatorio**, 2006, pp. 51 y s.), si se pretendía utilizar la nueva terminología del “enaltecimiento” para evitar que sea evidente la contradicción con el art. 18 CP, ello, desde luego, no se ha logrado.

⁴ En: IDEM/JORGE BARREIRO, **ComCP**, 1996, p. 83.

⁵ ZARAGOZA AGUADO (en: GÓMEZ TOMILLO/JAVATO MARTÍN (dir.), **Comentarios prácticos al Código Penal**, t. VI, 2015, pp. 665 y s.), por ejemplo, así lo asume.

⁶ Este tipo de infracción no estaba contemplada en las DM 2002 (*vid.* sólo ASÚA BATARRITA, “Concepto jurídico de terrorismo y elementos subjetivos de finalidad. Fines políticos últimos y fines de terror instrumental”, en: Area de Derecho penal [ed.]/ECHANO BASALDÚA [coord.], **Estudios jurídicos en Memoria de José María Lidón**. Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Deusto. Magistrado de la Audiencia Provincial de Bizkaia, 2002, pp. 41 y ss., p. 70) y 2008 y aparece por primera vez (“glorificación”) como forma de provocación indirecta en la Directiva de 2017 (art. 5.).

conductas –la de “enaltecimiento o justificación”⁷ de delitos terroristas o sus autores y la de determinados actos de vejación grave de las víctimas de las infracciones de terrorismo, “humillación”– que poco o nada tienen que ver⁸. Como es obvio para cualquiera que conozca lo que sucedía en aquellos años en el País Vasco, la tipificación de la segunda alternativa de comportamiento respondía a una práctica específica de determinados sujetos próximos a ETA que existió en España durante algún tiempo, consistente –por increíble que parezca tanta crueldad– en acosar de diversos modos a víctimas y familiares de víctimas de ETA. La práctica ya no existe, pero la conducta tipificada sigue en el Código y es aplicada. Parecía claro, ya inicialmente, que se pretendía emboscar una criminalización discutible en otra que no lo parece tanto: en efecto, en muchos casos se trataba de una (moralmente incalificable, pero jurídico-penalmente clara) *injuria gravísima* llevada a cabo con ocasión de la comisión previa de delitos de terrorismo⁹.

Aquí no se pretende entrar en el debate específico acerca de la legitimidad o ilegitimidad de incriminar este tipo de infracciones¹⁰ en el campo de tensión entre intervención del legislador y la dimensión institucional del derecho fundamental a la libre expresión de opiniones, que conduciría fuera del ámbito de discusión que aquí pretende establecerse como objeto de análisis¹¹. Se trata de abordar

⁷ El TS, en su STS 224/2010, de 3 de marzo, afirma que “más evanescente y vaporoso se presenta el tipo penal de enaltecimiento/justificación” (FJ 3).

⁸ FEIJÓO SÁNCHEZ, “Sobre el contenido y evolución del Derecho Penal español tras la LO 5/2000 y la LO 7/2000”, en: **RJUAM** 4 (2001), pp. 9 y ss., p. 49; *vid.* también la mezcla argumentativa en la Exposición de Motivos entre referencias en la línea del potencial de incitación de ambas modalidades de conducta y la referencia a la humillación de las víctimas; al respecto, BENLLOCH PETIT, “El Derecho penal ante el conflicto político. Reflexiones en torno a la relevancia penal de determinados fines, opiniones o motivos políticos o ideológicos y su legitimidad”, en: **ADPCP** 2001, pp. 175 y ss., p. 202.

⁹ Asume esta posición expresamente la STS 224/2010, de 3 de marzo. En una línea similar también MUÑOZ CONDE, **PE**²¹, p. 790, afirmando que en la segunda conducta incriminada parece clara la necesidad de pena (aunque vinculándola de modo más genérico a la “dignidad”). Otra cuestión es si debe existir tal delito sólo para las víctimas de terrorismo; cfr. también la argumentación en este sentido de MIRA BENAVENT, “El delito de enaltecimiento del terrorismo, el de humillación a las víctimas del terrorismo y la competencia de la Audiencia Nacional: ni delito, ni terrorismo, ni competencia de la Audiencia Nacional”, en: ALONSO RIMO/CUERDA ARNAU/FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ (ed.), **Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales**, 2018, pp. 299 y ss., 306 y ss. *Vid.* la posición *de lege ferenda* en CANCIO MELIÁ/DÍAZ LÓPEZ, **¿Discurso de odio y/o discurso terrorista? Música, muñecos y redes sociales frente al artículo 578 del Código Penal**, 2019, § 5.III.b).

¹⁰ *Vid.*, desde una perspectiva crítica, sobre el problema específico de la apología del terrorismo, al hilo de la introducción del delito contenido en el art. 578 CP en 2000, sólo FEIJÓO SÁNCHEZ, **RJUAM** 4 (2001), pp. 49 y ss., 57; CANCIO MELIÁ, **JpD** 2002, pp. 19 y ss., 26; MANJÓN-CABEZA OLMEDA, “Apología del terrorismo”, en: OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/GURDIEL SIERRA/CORTÉS BECHIARELLI (coord.), **Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón**, 2004, pp. 553 y ss., pp. 574 y ss.; VIVES ANTÓN, **EPCr** 25 (2005), pp. 399 y ss., 420 y ss.; SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, en: CANCIO MELIÁ/GÓMEZ-JARA DÍEZ, **Derecho penal del enemigo** 2, pp. 893 y ss.; RAMOS VÁZQUEZ, “Presente y futuro del delito de enaltecimiento y justificación del terrorismo”, en: **AFDUC** 12 (2008), pp. 771 y ss., 781 y ss., todos ellos con diferentes argumentaciones y referencias y llegando a un diagnóstico muy crítico (*vid.* también con carácter general sobre los nuevos delitos de manifestación en el CP español, desde la perspectiva de la evolución político-criminal, CANCIO MELIÁ, “Dogmática y política criminal en una teoría funcional del delito”, en: JAKOBS/CANCIO MELIÁ, **Conferencias sobre temas penales**, 2000, pp. 125 y ss.). En cambio, encontraron vías de justificación (parcial) de la infracción de la primera alternativa de conducta del art. 578 CP, por ejemplo, BENLLOCH PETIT, **ADPCP** 2001, pp. 181 y ss., 203 y ss. (“injurias colectivas” en la estela de la STC 176/1995 [caso del cómic “nazi SS”]); BERNAL DEL CASTILLO, “Observaciones en torno a la Ley Orgánica 7/2000, de modificación del Código penal en materia de terrorismo”, en: **LL** 2001, pp. 1627 y ss., 1629 (la conducta como una especie de provocación difusa o de menor cuantía); RUIZ LANDÁBURU, **Provocación y apología delitos de terrorismo**, 2003, pp. 79 y ss., con ulteriores referencias.

¹¹ Tampoco se entrará a discutir específicamente, desde el punto de vista empírico, los efectos colaterales fácticos que puede llegar a tener la inexistencia de una tipificación de la exaltación/justificación si no existen barreras normativas a la incriminación global: *vid.* sólo el caso de la tan controvertida STS 29.11.1997 (caso Mesa Nacional de Herri Batasuna), en la que lo que no podía entrar por la puerta de la (entonces inexistente) criminalización de la apología del terrorismo (vía art. 18 CP) se hizo entrar por el TS por la puerta, abierta ad hoc (esto es, en contra de su propia jurisprudencia previa), de la colaboración (cfr. al respecto sólo MANJÓN-CABEZA OLMEDA, en: **LH Ruiz Antón**, pp. 565 y ss., 570 y ss.). Una vez introducida la infracción de “autorradicación” en el art. 575.2 II CP en la LO 2/2015 (*vid.* sobre este proceso, desde el punto

problemas más allá de (o previos a) la libertad de expresión. Lo que interesa ahora es si esta infracción es susceptible de ser integrada en el sistema típico de los delitos de terrorismo en el CP español, y, en su caso, el alcance dogmático que pueda tener. Para abordar este programa, y teniendo en cuenta lo vaporoso de la definición típica, habrá que considerar el campo de aplicación concreto de la infracción; así se podrá determinar también cuál es el fenómeno social concreto frente al cual el legislador quería reaccionar en el momento de introducir el precepto y cuál es su entendimiento actual.

En todo caso, en cuanto delito de terrorismo –tal es al menos su apariencia inicial–, el delito de enaltecimiento/humillación se integra en un panorama, generado por sedimentación legislativa (scil.: reformas parciales no meditadas), en el que son numerosas las conductas de comunicación aprehendidas por el CP, como se esboza a continuación. La confusión en cuanto al alcance del precepto se manifiesta con especial claridad en los últimos tiempos, en los que ha pasado a ser común conectar la infracción con los delitos de (discurso de) odio, y, en particular, el art. 510 CP¹²: la consideración (por parte de medios de comunicación, e incluso de tribunales y doctrina) del “discurso terrorista” del artículo 578 CP como exponente del “discurso de odio”¹³. En este sentido, por ejemplo, Zaragoza Aguado llega a afirmar que “una muy consolidada doctrina jurisprudencial señala que lo que se trata de penalizar por esta vía es el discurso del odio”¹⁴, o ha dicho recientemente Galán Muñoz que “[e]ste delito es uno de los numerosos y controvertidos instrumentos creados por el legislador penal español para luchar contra

de vista empírico, últimamente la sintética descripción [hablando de una “pirámide” de la radicalización, que va de la radicalización cognitiva, pasa por la radicalización conductual y llega al ejercicio de la violencia] hecha por SPENA, “Io ho ragione; tu sei morto!” Su terrorismo e radicalizzazione”, en: MILITELLO/SPENA (ed.), **Mobilità, sicurezza e nuove frontiere tecnologiche**, 2018, pp. 249 y ss., 253 y ss., 263 y s., con ulteriores referencias), el delito de enaltecimiento contenido en el art. 578 CP –cuestión que también ha de quedar fuera de consideración aquí– puede llegar a operar en la práctica como una especie de tipo privilegiado para casos menos graves de este delito de “autorradicalización”, o dicho de otro modo, el autoadocctrinamiento como tipo cualificado del enaltecimiento; cfr. al respecto sólo PUENTE RODRÍGUEZ (DLL nº 8967, 25.4.2017, pp. 3 y s., 7): “Lo que el delito de autoadocctrinamiento supone en ocasiones en la práctica no es más, al menos por el momento, que la sanción de una modalidad agravada del enaltecimiento. Y lo es por la sencilla razón de que para poder castigar a quien se autoadocctrina es necesario, con carácter general, que éste manifieste su opinión”. En una línea próxima se manifiesta BAYARRI GARCÍA, “Los nuevos delitos de terrorismo. Adocctrinamiento activo y pasivo vs. enaltecimiento y provocación a la comisión de delitos terroristas”, en: ALONSO RIMO et al. (ed.), **Terrorismo**, 2018, pp. 279 y ss., 294 y s., en cuya opinión el nuevo delito absorbería posibles infracciones de los arts. 577, 578 y 579 CP (!), debido a que la dinámica comisiva del proceso de auto-radicalización pasa por la emisión de variantes de discurso terrorista – esta constatación de la autora parece difícilmente rebatible, y muestra que la regulación española está estructuralmente mal diseñada. *Vid.* también CANCIO MELIÁ/DÍAZ LÓPEZ, ¿Discurso de odio y/o discurso terrorista? (n. 9), § 5.II. Sobre la relevancia que tienen en la descripción de la amenaza terrorista (en el plano de la ONU y de la UE) en su configuración actual la figura del modelo de adhesión ex post facto de los llamados *lone wolves* y en general las peculiaridades del llamado terrorismo “yihadista” (en particular, la cuestión de la doble vía que Daesh logró perseguir durante los últimos años, teniendo tanto el control [para]estatal de territorio, sobre todo en Siria e Irak (con lo que se puso especial atención en el –como hoy sabemos– [al menos de momento] efímero fenómeno del “delito de viaje” a territorios “controlado[s] por un grupo u organización terrorista”, *vid.* hoy, en el caso español, el art. 575.3 CP), *vid.* sólo GALLI, en: MITSSELGAS et al. (ed.), **Research Handbook**, 2016, pp. 401 y ss.; MENDOZA CALDERÓN, **RP** 41 (2018), pp. 136 y s., ambas con ulteriores referencias; señala con razón, sin embargo, CORRAL MARAVER, **Democracy and Security Review** VII (2017), pp. 201 y ss., 227, que “...no hay que olvidar que no todo el terrorismo en Europa es de origen islamista, ni siquiera el mayoritario. Así se desprende de los propios informes de EUROPOL (UE Terrorism situation and trend report 2010), que indican que la mayor parte de los actos de terrorismo en suelo europeo sigue teniendo origen territorial o ideológico y está conformado por grupos antiglobalización, activistas por derechos de los animales, anarquistas, grupos ideológicos vinculados a la extrema derecha, etc...”.

¹² Cfr. CANCIO MELIÁ/DÍAZ LÓPEZ, ¿Discurso de odio y/o discurso terrorista? (n. 9), § 2.II. y V.

¹³ La conexión entre el discurso terrorista y el discurso del odio existe también en la discusión italiana; así, por ejemplo, MAZZANTI (“L’adesione ideologica al terrorismo islamista tra giustizia penale e diritto dell’immigrazione”, **DiPC1**/2017, pp. 26 y ss., 38 y ss., 42) respecto del Derecho penal y administrativo de extranjería en Italia; sobre la discusión en torno a la delimitación de ambos conceptos –sobre bases normativas muy diversas de la europea-continental– en el círculo jurídico anglosajón, cfr. CANCIO MELIÁ/DÍAZ LÓPEZ, ¿Discurso de odio y/o discurso terrorista? (n. 9), § 3.II.

¹⁴ En: GÓMEZ TOMILLO/JAVATO MARTÍN (dir.), **Comentarios prácticos al Código Penal**, t. VI, 2015, pp. 663 y ss., 670.

el discurso del odio terrorista; siendo posiblemente el que de forma más frecuente se ha utilizado por nuestros Tribunales con tal propósito”¹⁵.

En la jurisprudencia española la infracción en cuestión está siendo interpretada, también en las resoluciones de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de dos modos completamente divergentes, por mucho que las resoluciones en cuestión intenten suavizar verbalmente las discrepancias de fondo que cabe observar en el entendimiento de la infracción, con las graves implicaciones que ésta tiene, como acaba de señalarse. En esencia, cabe caracterizar las dos líneas de interpretación del siguiente modo: la primera de ellas pretende, bajo el pretexto de una interpretación literal del texto del art. 578 CP, entender esta infracción como un mero delito de tabú formal, en el que basta pronunciar alguna de las comunicaciones que pueden ser típicas, en un entendimiento gramatical del precepto, con independencia de la posible intención y del contexto objetivo en el que se viertan esas manifestaciones, concebidas como “ofensa” (formal). Esta línea jurisprudencial del TS se contrapone abiertamente a la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional la materia. La segunda línea de interpretación, por el contrario, intenta adaptar los requisitos de esta jurisprudencia constitucional a la interpretación del delito de exaltación/humillación del art. 578 CP, exigiendo como elemento del tipo la concurrencia de un riesgo de ulteriores acciones de índole terrorista provocadas por la manifestación en cuestión (esto es, en la línea de la exigencia del “*clear and present danger*” de la US Supreme Court en *Brandenburg vs. Ohio*¹⁶). Las dos sentencias en las que se presenta con mayor claridad la existencia de estas dos líneas jurisprudenciales incompatibles son, probablemente, la STS 4/2017 (caso *Strawberry*), que defiende una interpretación literal y rechaza exigir ningún riesgo de actividad terrorista derivado de las manifestaciones en cuestión, y, por otro lado, la STS 95/2018 (caso *Cassandra*), en la que el TS precisamente sí exige tal nexo de riesgo para considerar típica la conducta¹⁷.

2. Delitos de terrorismo y conductas de comunicación

Son múltiples las conductas de comunicación que pueden integrar el comportamiento típico de un delito de terrorismo. Surge, probablemente en primer lugar para el observador que siga la prensa –en el caso español– precisamente el delito de exaltación o justificación y menosprecio o humillación del art. 578 CP. Sin embargo, hay otras infracciones encuadradas entre los delitos de terrorismo –por un lado, en la lógica anticipatoria de la incriminación omnicomprendensiva de cualquier conducta de *colaboración* con una organización o con un autor terrorista; por otro lado, desde la LO 2/2015, se parte sin más de una supuesta *peligrosidad individual* (“autoadocinamiento”)– en los también podrán hallarse presentes elementos típicos consistentes en conductas de comunicación.

Así sucede en algunas hipótesis de delitos de colaboración por adoctrinamiento o adiestramiento con autores u organizaciones terroristas, art. 577.2 CP, o en la infracción de proto-provocación del art. 579.1 CP (difusión de “consignas o mensajes” idóneos para incitar a la comisión de delitos de

¹⁵ GALÁN MUÑOZ, “El delito de enaltecimiento terrorista. ¿Instrumento de lucha contra el peligroso discurso del odio terrorista o mecanismo represor de repudiables mensajes de raperos, twitteros y titiriteros?”, *EPCr* 38 (2018), pp. 245 y s.

¹⁶ Cfr. sólo PETZSCHE/CANCIO MELIÁ: “Speaking of Terrorism and Terrorist Speech: Defining the Limits of Terrorist Speech Offences”, en: *Counter-terrorism, Constitutionalism and Miscarriages of Justice. A Festschrift for Professor Clive Walker*, ed. Lennon, /King & McCartney, 2018, pp. 151 y ss.

¹⁷ Vid. el análisis en CANCIO MELIÁ: “¿Strawberry o Cassandra? Sobre la imposible convivencia de dos visiones antagónicas del art. 578 CP en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, en: de VICENTE REMESAL *et al.* (dir.), *Libro Homenaje al profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario*, volumen II, editorial Reus, Madrid, 2020, pp. 1497 y ss.

terrorismo): en las conductas típicas de estas infracciones puede haber –y de hecho hay con cierta frecuencia– manifestaciones que ataquen a un determinado colectivo de víctimas por su pertenencia al mismo, incitando a la violencia con parámetros discriminatorios. Del mismo modo, en muchas ocasiones, son las manifestaciones activas del posible autor de un delito de “autoadoctrinamiento” (art. 575.2 2º inc. CP), consistentes en manifestaciones de odio con frecuencia, las que permiten “medir” el grado de “radicalización” o probar la actitud interna con la que es consumido por el sujeto determinado material de lectura o audiovisual.

Más allá de esta coincidencia fenomenológica que cabe apreciar entre delitos de discurso de odio en sentido estricto con las conductas tipificadas en distintas infracciones de terrorismo consistentes en actos de comunicación, lo cierto es que la estrategia terrorista tiene como característica general y esencial que hace uso, en su “lenguaje violento”, de un mecanismo de comunicación que implica la génesis de una intimidación masiva¹⁸. Ese elemento nuclear de “terror”, sin embargo, no está aislado en lo que se llama terrorismo, sino que se inscribe en una política en la que se trata de simular un enfrentamiento armado con el Estado (cuando en realidad se carece de fuerza militar para hacerlo), mediante una relación triangular: el colectivo terrorista ataca a un círculo de personas que de algún modo representa (en la representación utilizada por el colectivo) al Estado desafiado (los militares; los funcionarios de policía; determinados representantes políticos; la población mundial *infidel* entera), generando así una intimidación masiva que debe influir en la actitud del Estado, y, sobre todo, generar una situación de hegemonía en el grupo social a cuya representación y liderazgo político aspira, en última instancia, el colectivo terrorista. Para ello, es necesario que la violencia terrorista se presente ante ese “público”, ese “campo propio” del colectivo que hace uso del terrorismo, como violencia *legítima*, justificada, equiparable a la que se ejerce en legítima defensa o en una guerra justa.

En esa medida, es preciso que las víctimas de los hechos de la violencia terrorista sean definidas desde la perspectiva de los autores terroristas de acuerdo con parámetros de categorización-neutralización¹⁹ propios de los delitos de odio: el “objetivo” legítimo es cosificado como mero enemigo²⁰. El funcionario de policía del “Estado opresor”, por ejemplo, no es ya un ser humano o un servidor público, es un sujeto que ha elegido libremente estar del lado de la injusticia, un “cerdo” (en palabras de la dirigente de la *primera generación* de la RAF Ulrike Meinhof²¹), un “perro” (*txakurra*) o un “cipayo” (*zipaio*), o, en la versión actual, mucho más *inclusiva*, cualquier ciudadano de un Estado occidental, un “politeísta” o un “cruzado”.

Esta característica general del mecanismo de comunicación propio del terrorismo se proyecta necesariamente sobre las conductas de comunicación definidas como infracciones terroristas. Puede suceder que actos de comunicación terroristas en sentido estricto (como una provocación en el sentido del art. 579.2 CP) impliquen un fragmento de discurso que promueve el odio contra el colectivo de “objetivos” (“debemos golpear con dureza a los *españolazos* uniformados para expulsar a las fuerzas de ocupación de nuestra patria”; “hay que matar a los cristianos que se reúnan esta Navidad en la catedral para echar a su ejército de nuestra tierra”) de la comunicación terrorista. Partiendo de este elemento de

¹⁸ Vid. CANCIO MELIÁ, *Los delitos de terrorismo*, 2010, pp. 167 y ss.

¹⁹ Cfr. CANCIO MELIÁ, *Los delitos de terrorismo*, pp. 64 y ss., con ulteriores referencias.

²⁰ Así, se puede hablar de que se lo define como “radicalmente otro”, se produce un proceso de “alterización” (othering) de la víctima, llegando a una desconexión moral respecto de la violencia practicada contra las víctimas; *vid.* últimamente la síntesis ofrecida por SPENA, en: MILITELLO/SPENA (ed.), *Mobilità*, 2018, pp. 254 y ss., 263 y s., con ulteriores referencias.

²¹ Pronunciadas en una entrevista en 1970, poco antes de pasar a la clandestinidad; Ulrike Meinhof es la protagonista y la frase citada el elemento culminante de una obra de teatro de Elfriede Jelinek; *vid.*, por ejemplo, la crítica en *Neue Zürcher Zeitung* de 30.10.2006, <http://www.nzz.ch/2006/10/30/fe/ar-ticleEM1UY.html>.

la estrategia terrorista, ha de determinarse, entonces, en qué medida las infracciones antes mencionadas, delitos de terrorismo que consisten en conductas de comunicación –y podrían llegar a compartir un determinado campo de supuestos de hecho con los delitos de odio–, se ajustan en realidad a los elementos definitorios del concepto jurídico-penal de terrorismo cuando se limitan a un “discurso del odio”. Como se viene diciendo, lo que aquí interesa es, muy especialmente, en el caso español, el delito de enaltecimiento y humillación del art. 578 CP. Corresponde ahora intentar ofrecer una clasificación de los diversos actos de comunicación que son aprehendidos por los preceptos penales en materia de terrorismo, para así poder calibrar la posición que en este marco corresponde a los discursos específicos del art. 578 CP²².

Tanto desde la perspectiva de las ciencias sociales como desde la jurídico-penal se suele considerar que el terrorismo es esencialmente una estrategia de comunicación²³. Para que su actividad pueda tener opción de alcanzar sus objetivos, es necesario que la sociedad destinataria de su mensaje sepa cuál es la amenaza, y qué agenda y quiénes están detrás de ella. En consecuencia, la comunicación es un elemento central de cualquier estrategia terrorista. Al igual que en el ámbito del discurso del odio, el discurso terrorista encuentra en Internet un espacio relativamente seguro para propagar su ideario, reclutar nuevos adeptos y poder “colocar” sus mensajes puntuales de modo masivo y en un plano internacional²⁴, y ello con un potencial de penetración nunca visto.

Aunque cada vez es más claro que no se trata en absoluto del único factor de radicalización, la propaganda *on line* jugó un papel relevante en muchos atentados recientes, como en el ataque en el puente de Westminster en Londres o en el atentado con explosivos cometido en Manchester²⁵. Una vez que los países occidentales han adquirido conciencia de esta realidad, una parte muy importante de las medidas políticas y legislativas en el plano internacional y estatal se centra ahora en el discurso terrorista²⁶. Como consecuencia de esta nueva estrategia, se han creado delitos de discurso terrorista en todos los Estados miembros de la UE²⁷. En estas infracciones, como es obvio, precisamente no es

²² Vid. sobre lo que sigue PETZSCHE/CANCIO MELIÁ, en: LENNON/KING/McCARTNEY (ed.), *A Festschrift for Professor Clive Walker*, pp. 151 y ss.

²³ Cfr., por ejemplo, SCHMID/DE GRAAF, *Violence as Communication*, 1982, passim; ZÖLLER, “Willkommen in Absurdistan – Neue Straftatbestände zur Bekämpfung des Terrorismus”, *GA* 2010, pp. 607, 612 y ss.; CANCIO MELIÁ, *Los delitos de terrorismo*, 2010, pp. 67 y ss., con ulteriores referencias.

²⁴ Europol, *European Union Terrorism Situation and Trend Report 2017* (La Haya 2017) pp. 25 y ss., 29 y ss.

²⁵ Vid., por ejemplo, NEUMANN/MAHER, “London attack: How are UK extremists radicalised?”, *BBC News* (5.6.2017). En todo caso, la investigación empírica sugiere que las redes sociales off line son tan importantes como las on line, especialmente, en lo que se refiere a la radicalización hasta el punto de superar el umbral del paso a la acción; respecto del caso español, vid. sólo REINARES/GARCÍA-CALVO, *Actividad yihadista en España, 2013-2017: de la Operación Cesto a los atentados en Cataluña*, en: http://www.real-institutelcano.org/wps/portal/rielcano_es/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/terrorismo+internacional/dt13-2017-reinares-garciacalvo-actividad-yihadista-en-espana-2013-2017-operacion-cesto-ceuta-atentados-catalunya.

²⁶ Por ejemplo, tanto la Convención del Consejo de Europa sobre prevención de terrorismo de 2005 como la Decisión Marco 2008/919/JAI, que reformó la DM 2002/475/línea que sigue en la Directiva de 2017. Vid. por todos PETZSCHE, “The Penalization of Public Provocation to Commit a Terrorist Offence – Evaluating Different National ImJAI, obligan específicamente a criminalizar la provocación pública de delitos terroristas, plementation Strategies of the International and European Legal Framework in Light of the Freedom of Expression”, *ECLR* 7 (2017), pp. 241, 243 y ss.

²⁷ Mientras la DM 2002 estuvo dedicada sobre todo –como reacción a los atentados de 11.9.2001 en EE. UU.– al establecimiento de un “suelo” mínimo de regulación en materia de Derecho Penal antiterrorista (vid. sobre esto sólo CANCIO MELIÁ, *Los delitos de terrorismo*, 2010, pp. 142 y ss.), hasta entonces ausente en muchos Estados miembro, la DM 2008 se dedicó ante todo a las conductas de adoctrinamiento/captación. Sobre la implementación de la Convención del Consejo de Europa y la DM 2008 en Alemania, Reino Unido y España cfr. el exhaustivo análisis de PETZSCHE, *Strafrecht und Terrorismusbekämpfung – Eine vergleichende Untersuchung der Bekämpfung terroristischer Vorbereitungshandlungen in Deutschland, Großbritannien und Spanien*, 2013; sobre el caso español en relación con la DM 2008 vid. CANCIO MELIÁ, en: DE LA CUESTA ARZAMENDI et al. (ed.), *Armonización*, pp. 304 y ss.

necesario que exista un concreto resultado; se trata, entonces, de delitos de preparación o *precursor crimes*²⁸. En cuanto tales, se plantea con carácter general la cuestión de hasta qué punto subsiste en cada una de las infracciones el vínculo –por tenue que sea– con alguna lesión posterior, esto es, que se presenta el riesgo de que se confunda el discurso terrorista (en cuanto acto terrorista legítimamente criminalizado) con determinado discurso *sobre* terrorismo (en cuanto mera difusión de opiniones difícilmente soportables)²⁹. Si examinamos los delitos de discurso terrorista presentes en las legislaciones occidentales, cabe establecer tres categorías: la primera de ellas comprende actos de comunicación que suponen el comportamiento típico de la *colaboración* con una organización (o, en España, desde el cambio estructural en la LO 2/2015, un autor individual) terrorista. Esto es, el comportamiento típico consiste en un apoyo de índole material que no va dirigido a un concreto acto delictivo –en tal caso, como indica el art. 577.1. III CP, entran en juego las figuras de participación delictiva–, sino al mantenimiento de la organización en sí misma o, en el caso de autores individuales –aunque esta hipótesis, en lo que se alcanza a ver, aún no ha sido objeto de un proceso en España–, un comportamiento genérico de apoyo material al estatus de *terrorista in spe* del sujeto individual que recibe el apoyo.

Como muestra en el caso del ordenamiento español expresamente el elenco abierto de conductas típicas del art. 577.1 CP, los comportamientos allí previstos comprenden también actos de comunicación: proveer información, realizar conductas de captación o de adoctrinamiento o adiestramiento.

En este ámbito, la información es un medio de apoyo material directo para la actividad terrorista, un instrumento de fortalecimiento de la organización terrorista o de los planes de actuación de un individuo terrorista: así, por ejemplo, puede tratarse de información referida a “objetivos” de la actividad terrorista, o de la transmisión de datos sobre la actividad de los órganos de persecución penal, o referidos a los medios materiales de ejecución de los delitos terroristas nucleares³⁰.

Queda así excluida la interpretación de otros actos de comunicación distintos de los que tengan tal condición de apoyo directo que es la esencia de la colaboración: en concreto, la expresa mención del art. 577.1 CP a que puede darse colaboración “con las actividades o con los fines de una organización, grupo o elemento” terrorista. Si esta mención se concibe como mera adhesión, como apoyo difuso –en consonancia con el *slogan* “todo es ETA” utilizado en algunos sectores judiciales y políticos en la fase final de la persecución penal del “entorno” de esta organización terrorista–, el elemento estructural de la colaboración (el apoyo material)³¹ no está presente³² –se trataría, en todo caso, en el Derecho positivo

²⁸ Vid. CANCIO MELIÁ/PETZSCHE, “Precursor Crimes of Terrorism”, en: WALKER/LENNON (ed.), **The Routledge Handbook of Law and Terrorism**, 2015, pp. 194 y ss.

²⁹ PETZSCHE/CANCIO MELIÁ, en: LENNON et al. (ed.), **Counter-Terrorism**, 2018, pp. 151 y ss., 153.

³⁰ Vid. la exhaustiva clasificación hecha por MESTRE DELGADO, **Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional**, 1987, pp. 198 y ss.; CANCIO MELIÁ, **Los delitos de terrorismo**, 2010, pp. 236 y ss., 241 y ss., sobre la extensa casuística en relación con ETA.

³¹ Esta espita –el entendimiento de la mera adhesión como modalidad del delito de colaboración– puede considerarse hermenéuticamente cerrada por doctrina y jurisprudencia; cfr. CANCIO MELIÁ, **Los delitos de terrorismo**, pp. 248 y ss.

³² En el caso alemán la misma problemática de la posible incriminación de la mera adhesión a título de colaboración, de la mera propaganda (*Sympathiewerbung*) –generado por el terrorismo de la RAF en los años setenta y ochenta del siglo pasado, que contaba con ciertos círculos de apoyo– evidentes excesos de incriminación vinieron dados por la posibilidad de establecer formas típicas de propaganda por parte de sujetos no vinculados orgánicamente al grupo: así se llegó a una situación en la que se perseguía por colaboración con organización terrorista a quien realizara una pintada de apoyo (“¡Viva la RAF!”); o el mero hecho de dibujar del símbolo de esa organización). Aparte de la desaparición endógena de este fenómeno de terrorismo, tuvo que ser el legislador –en el año 2002 (o sea, después de la autodisolución formal de la organización)– el que cortara estos

español actual, de alguna infracción de pre-provocación, a las que se alude seguidamente, aquí, como parte de la tercera categoría, como modalidades del discurso terrorista de provocación (posiblemente: “captación” o “adoctrinamiento”).

La *segunda categoría* –desconocida hasta muy recientemente en los ordenamientos occidentales, y que sólo ha tenido entrada en algunos pocos, entre ellos, el español– supone la extensión de la lógica de la colaboración –en cuanto apoyo material en la preparación de delitos terroristas nucleares (esto es, los actos de violencia implícitos en cualquier estrategia terrorista para alcanzar el efecto de intimidación masiva)– a estadios aún anteriores a los de la colaboración, y en el marco de la esfera de una sola persona: *los actos pre-preparatorios individuales* mediante actos de recepción de comunicación (sin contacto personal), sea para la preparación material de la preparación de delitos nucleares de terrorismo (en el CP español, tipificados en el art. 575.2 I, “auto-adiestramiento”), sea que se trata de una preparación para la preparación a través de la génesis de –digamos– una disposición mental adecuada que algunos ordenamientos incriminan bajo el rótulo de “auto-adoctrinamiento” o “auto-radicalización”, tipificada por la LO 2/2015 expresamente en sus modalidades *on* y *off line* (art. 575.2 II y III CP, acceso habitual a contenidos o –ha de subrayarse, teniendo en cuenta la historia reciente española– *posesión* de textos perniciosos por *auto-adoctrinantes*). Aquí se aborda la tipificación no de la emisión, sino de la recepción de determinados actos de comunicación: se trata de la toma de conocimiento de determinados elementos de información que conducirían a (¿o revelarían?) la disposición del sujeto activo a prepararse para pasar de algún modo a la acción (la comisión de delitos de terrorismo). En este sentido, podemos hablar de un discurso terrorista *interior*, de una actividad comunicativa (de recepción) solitaria.

La *tercera categoría*, finalmente, consiste en aquel discurso terrorista que se dirige directamente a un círculo de destinatarios indeterminado con el fin de ganarlo para la comisión de determinados delitos nucleares de terrorismo, o a integrarse o colaborar con una organización terrorista (es decir, a cometer delitos de organización terroristas) o –desde la LO 2/2015– con individuos que de algún modo vayan a cometer alguna infracción de terrorismo: en este sentido, cabe hablar –en un sentido amplio– de conductas de *provocación*. En este ámbito, la poco meditada política legislativa habida en España desde el año 2000 (en las reformas de las LO 7/2000, 5/2010 y 2/2015) ha conducido a que se hayan ido generando diversas “capas” de sedimentación legislativa descoordinada, de modo que las conductas de provocación a la realización de delitos de terrorismo se presentan deslavazadas en dos sectores distintos de la regulación positiva de los delitos de terrorismo³³.

Así, por un lado, aparece formalmente como modalidad de colaboración la conducta (comunicativa) de “*captación, adoctrinamiento...* que esté dirigida o, por su contenido, resulte idónea para incitar a incorporarse a una organización o grupo terrorista o para cometer cualquiera de los delitos comprendidos en este capítulo” (art. 577.2 CP). Se presenta así como una modalidad de colaboración un comportamiento que, obviamente, tampoco satisface los requisitos del modelo típico de “colaboración”: aunque, como es obvio, estas conductas pueden favorecer la actividad de la organización o de los autores terroristas, no hay contacto con estos, sino una incidencia directa en los

excesos dejando en claro en la redacción típica que las conductas de mera propaganda (sin llegar a la captación) sólo entran en el alcance del tipo en caso de ser llevadas a cabo *vid.* la información, por ejemplo, ya en NK por miembros de la organización como parte de sus actividades de pertenencia; –OSTENDORF, § 129 n.m. 3; sobre el estado actual de la cuestión *vid.* sólo PETZSCHE, *ECLR* 7 (2017), p. 251; LOHSE, “§ 129a StGB”, en: SATZGER/ SCHLÜCKEBIER/WIDMAIER (ed.), *StGB – Strafgesetzbuch Kommentar*, 2ª ed., 2014, n.m. 29.

³³ *Vid.* el detenido análisis de las diversas formas de provocación o similares en el CP español, y su relación con la colaboración mediante “adoctrinamiento” ofrecido por GALÁN MUÑOZ, *EPCr* 38 (2018), pp. 251 y ss., señalando lo difícil que resulta deslindarlas de la mera emisión de ideas, pp. 259 y ss.

destinatarios, por lo que no cabe hablar de “colaboración” en sentido estricto, que se encuentra vinculada al concepto de apoyo material (desde fuera) a la organización o un concreto autor; en consecuencia, las conductas, directamente dirigidas a un círculo de destinatarios, descritas como “captar” y “adoctrinar” deben entenderse como comportamientos de provocación (al menos, a un delito de organización, a ingresar en o colaborar con una organización o un autor terrorista).

También existe –como no podía ser de otro modo, teniendo en cuenta la gravedad de los delitos de terrorismo–, por otro lado, la provocación, proposición y conspiración en el sentido de los arts. 17 y 18 CP, tipificadas en el art. 579.3 CP, junto con una modalidad de “incitación” realizada “públicamente o ante una concurrencia de personas” (art. 579.2 CP) y un comportamiento de pre-provocación o provocación difusa, consistente en difundir públicamente “mensajes o consignas que tengan como finalidad o que, por su contenido, sean idóneos para incitar a otros a la comisión de alguno de los delitos de este capítulo” (art. 579.1 CP). Tamaño *overkill* tipificador deja, desde luego, cubierta cualquier conducta que lejanamente pueda tener relación con la provocación *sensu stricto*³⁴.

Estos son los tres discursos terroristas (esto es: actos de comunicación que constituyen delitos de terrorismo) que presenta el ordenamiento español a día de hoy, que se cuenta, como se ha indicado, entre los más amplios de los países occidentales: *quantum non datur*. Para alcanzar el objetivo de las presentes páginas, deberemos verificar cuál es la modalidad de discurso terrorista que los comportamientos tipificados en el art. 578 CP pueden llegar a integrar.

3. ¿Un nexo de riesgo?

Situándonos en el delito de enaltecimiento, como antes se anunciaba, la situación en doctrina y jurisprudencia es muy confusa a día de hoy. Por un lado, como se ha podido observar últimamente, por ejemplo, en la STS 95/2018 (caso *Cassandra*) –y ésta es la línea de interpretación que ha establecido el TC, sobre todo, en las STC 235/2007, existe una corriente, doctrinal y jurisprudencial, conforme a la cual los diversos delitos en materia del discurso terrorista de provocación deben mostrar una determinada idoneidad en términos de éxito de su comunicación, esto es, deben ser capaces de generar un riesgo de ulteriores actos de terrorismo. Una vez que se categoriza el delito del art. 578 CP como perteneciente a esta clase de discurso terrorista, le resultan de aplicación todos los elementos restrictivos en vigor, en particular, establecidos en la jurisprudencia del TC y en las normas de armonización europeas³⁵.

Parece claro que ésta es una argumentación (minoritaria en la jurisprudencia ordinaria) que no deriva del tenor literal del texto (ni de la voluntad del legislador de 2000), sino que es consecuencia de un determinado entendimiento del marco constitucional en el que se mueve la infracción. De hecho, la otra opción interpretativa –la de afirmar que basta la mera manifestación tipificada, sin referencias de

³⁴ Desde el punto de vista aquí adoptado, de hecho, la reforma de la LO 5/2010 dejó (definitivamente) fuera de juego el elaborado intento de ALONSO RIMO (RDPCr 4 [2010], pp. 55 y ss., 64 y ss., 66 y ss.) de encontrar un espacio propio para el art. 578 CP como provocación en sentido estricto, pero implícita: la nueva modalidad de incitación mediante “consignas o mensajes”, así como la conducta de “adoctrinamiento”, formalmente tipificada como modalidad de colaboración, han cegado cualquier espacio en este sentido.

³⁵ Vid. la perspectiva general sobre la situación en las normas europeas en materia de provocación-instigación que ofrece PETZSCHE, “The Legitimacy of Offences Criminalising Incitement to Terrorist Acts: a European Perspective”, próximamente en: LLOBET ANGLI/CANCIO MELIÁ/WALKER (ed.), *Precursor Crimes. The Criminalisation of Terrorism Risk Offences in Comparative Perspective*, en prensa para Edward Elgar Publishers, Reino Unido (12/2020).

futuro o de contexto, representada de modo especialmente claro por la STS 4/2017 (caso *Strawberry*), y claramente mayoritaria en la jurisprudencia ordinaria—, desde este punto de vista, como ha afirmado Alonso Rimo, “...encuentra difícil encaje en nuestro sistema constitucional”³⁶.

En este contexto, como se ha señalado en la doctrina repetidamente, cobra especial relevancia el pronunciamiento del TC en su Sentencia 235/2007 respecto del hasta entonces delito *de negación* o justificación del genocidio (art. 607.2 CP)³⁷. Como parece claro, la proximidad de la conducta incriminada en ambos preceptos hacía que la posición del Tribunal sobre esta infracción debe incidir en su visión del delito del art. 578 CP³⁸. En lo que aquí interesa, la resolución tiene una doble dimensión: por un lado, declara la inconstitucionalidad de la modalidad de conducta de mera “negación” del genocidio, pero, por otro, mantiene la constitucionalidad de la alternativa típica referida a la “justificación” de esos delitos, aportando criterios de interpretación que son directamente trasladables al ámbito del art. 578 CP, en el que la exaltación y la humillación pueden conectarse con ulteriores hechos:

Tratándose de la expresión de un juicio de valor, sí resulta posible apreciar el citado elemento tendencial en la justificación pública del genocidio. La especial peligrosidad de delitos tan odiosos y que ponen en riesgo la esencia misma de nuestra sociedad, como el genocidio permite excepcionalmente que el legislador penal sin quebranto constitucional castigue la justificación pública de ese delito, siempre que tal justificación opere como incitación indirecta a su comisión; esto es incriminándose (y ello es lo que ha de entenderse que realiza el art. 607.2 CP) conductas que, aunque sea de forma indirecta, supongan una provocación...

Para ello será necesario que la difusión pública de las ideas justificadoras entre en conflicto con bienes constitucionalmente relevantes de especial trascendencia que hayan de protegerse penalmente. Así sucede, en primer lugar, cuando la justificación de tan abominable delito suponga un modo de incitación indirecta a su perpetración. Sucederá también, en segundo lugar, cuando con la conducta consistente en presentar como justo el delito de genocidio se busque alguna suerte de provocación al odio hacia determinados grupos... de tal manera que represente un peligro cierto de generar un clima de violencia y hostilidad que puede concretarse en actos específicos de discriminación.

...Tan íntima vinculación con el valor nuclear de cualquier sistema jurídico basado en el respeto a los derechos de la persona permite al legislador perseguir en este delito modalidades de provocación, incluso indirecta, que en otro caso podrían quedar fuera del ámbito del reproche penal”³⁹.

Como se observa, en este contexto habría que constatar efectos concretos (un clima de violencia y hostilidad) que de algún modo pudieran atribuirse al discurso en cuestión. Una posición que tiene

³⁶ Cfr. ALONSO RIMO, **RDPCr** 4 (2010), p. 38.

³⁷ Sobre las dimensiones político-criminales de la regulación en diversos ordenamientos, y especialmente en el plano europeo, *vid.*, por todos, FRONZA, **Memory and Punishment. Historical Denialism, Free Speech and the Limits of Criminal Law**, 2018, *passim*.

³⁸ *Vid.* sólo RAMOS VÁZQUEZ, **AFDUC** 12 (2008), pp. 789 y ss.; ALONSO RIMO, **RDPCr** 4 (2010), pp. 56 y ss.

³⁹ STC 235/2007, FJ 9.

como presupuesto que exista una audiencia potencial⁴⁰ –en nuestro ámbito, una audiencia potencialmente terrorista– que llevara hacia delante la cadena de riesgo pasando a la acción.

En efecto, como cabía esperar, el TC no ha abandonado esta línea de interpretación del alcance posible de la exaltación/apología, y en un desarrollo lógico de su posición de 2007 –y en consonancia con la comprensión de la apología/glorificación tanto en el Convenio del Consejo de Europa y en la Directiva UE 2017/541 (art. 5), antes citados– afirma en su STC 112/2016⁴¹ que

...la sanción penal de las conductas de exaltación o justificación de actos terroristas o de sus autores requiere, como una manifestación del discurso del odio, una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades como condición para justificar su compatibilidad con el estándar del derecho de la libertad de expresión por ser necesaria esa injerencia en una sociedad democrática también aparece en el contexto internacional y regional europeo tal como se acredita con la actividad desarrollada tanto por el Consejo de Europa como por la Unión Europea en favor de sancionar penalmente las manifestaciones de apoyo a los fenómenos terroristas o a sus autores.⁴²

En el mismo sentido se ha manifestado el TC recientemente al anular la sentencia del TS en el caso Strawberry, estableciendo en su STC 35/2020 que

...no todo ejercicio extralimitado del derecho a la libertad de expresión ni la existencia de un sentimiento de odio convierten sin más la conducta enjuiciada en un ilícito penal. Esta afirmación, sin embargo, no resulta suficiente, por sí sola, para entender completada en su integridad la ponderación constitucionalmente necesaria con carácter previo al examen de la tipicidad, en la medida en que no permite conocer cuáles han sido las bases sobre las que se puede concluir que la conducta del recurrente debía ser considerada como un ejercicio, sea o no extralimitado, del derecho a la libertad de expresión –con la consiguiente entrada en juego del principio de proporcionalidad en la restricción de un derecho fundamental– o debía ser excluida de este concepto.

El Tribunal constata que en las resoluciones impugnadas se ha hecho también una referencia al uso de las nuevas tecnologías como elemento amplificador del daño e, igualmente, que se ha dedicado especial atención al contenido de los mensajes emitidos por el recurrente y su efecto sobre la dignidad e integridad moral de las personas mencionadas en ellos. Ambos aspectos –contenido, emisión y efectos de los mensajes–, como se desprende de lo que hemos afirmado, forman parte de los criterios que hay que tomar en consideración cuando se da cumplimiento a la exigencia previa de ponderación del derecho a la libertad de expresión antes de analizar la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos del tipo aplicable a la conducta imputada al recurrente. Sin embargo, el Tribunal considera que también estas argumentaciones resultan insuficientes, pues se observa la ausencia de consideraciones en relación con la dimensión institucional de la libertad de expresión: valoración de la importancia de los mensajes controvertidos desde el punto de vista de la formación de la opinión pública libre y del intercambio de ideas en consonancia con el pluralismo propio de una sociedad democrática; ponderación de si tales mensajes son susceptibles de ser

⁴⁰ Jakobs afirma que la legitimidad de la norma alemana correspondiente, teniendo en cuenta el pasado colectivo de Alemania, podrá afirmarse mientras haya “una audiencia dispuesta” (“*Rechtsgüterschutz? Zur Legitimation des Strafrechts*” [1995], en: idem, *Strafrechtswissenschaftliche Vorträge* [ed. Pawlik], 2015, p. 85).

⁴¹ Cfr. últimamente sobre esta resolución el análisis de GALÁN MUÑOZ, *EPCr* 38 (2018), pp. 279 y ss., con ulteriores referencias.

⁴² STC 112/2016, FJ 3.

interpretados como manifestaciones de adhesión a opciones políticas legítimas; consideración acerca de si la condena penal de los mensajes podría producir un efecto desaliento o acarrear la desnaturalización del derecho a la libertad de expresión por parte de quienes se propongan ejercitarla mediante la utilización de medios o con contenidos similares; estudio de si el contenido y la finalidad de los mensajes, en su autoría, contexto y circunstancias de quien los emite y de sus destinatarios, es equiparable a la defensa de actitudes violentas contra el orden legal y constitucional. Frente a la falta de consideraciones de esta naturaleza, se advierte que en la resolución impugnada se afirma concluyentemente que resultaba irrelevante ponderar cuál era la intención –irónica, provocadora o sarcástica– del recurrente al emitir sus mensajes, en relación con su trayectoria profesional como artista y personaje influyente, con el contexto en que se emitían los mensajes y con el mantenimiento de una línea de coherencia personal de condena de la violencia como medio de solución de conflictos.

No corresponde a nuestra jurisdicción pronunciarnos sobre si la intención perseguida con los mensajes enjuiciados se integra como elemento en el tipo objeto de acusación. Ahora bien, desde la perspectiva de la exigencia constitucional de ponderar previamente la eventual concurrencia de una conducta susceptible de ser integrada en el ámbito del derecho fundamental a la libertad de expresión, aquella intención, en ausencia de otros factores que puedan ser reveladores respecto de los restantes elementos a que se ha hecho referencia, lejos de constituir una falacia, resulta ser uno de los aspectos indispensables en el análisis, pues su preterición en tales circunstancias hace definitivamente imposible ponderar si el acto comunicativo debe entenderse como realizado en el ejercicio legítimo de aquel derecho.

La posición central que tiene el derecho a la libertad de expresión como regla material de identificación del sistema democrático determina que no solo el resultado del acto comunicativo respecto de los que se puedan sentirse dañados por él, sino también los aspectos institucionales que el acto comunicativo envuelve en relación con la formación de la opinión pública libre y la libre circulación de ideas que garantiza el pluralismo democrático, deben ponderarse necesariamente para trazar el ámbito que debe reservarse al deber de tolerancia ante el ejercicio de los derechos fundamentales y, en consecuencia, los límites de la intervención penal en la materia. La resolución impugnada, al omitir cualquier argumentación sobre este particular, y rechazar expresamente la valoración de los elementos intencionales, circunstanciales y contextuales e incluso pragmático-lingüísticos que presidieron la emisión de los mensajes objeto de la acusación, se desenvuelve ciertamente en el ámbito de la interpretación que corresponde al juez penal sobre el ámbito subjetivo del tipo objeto de la acusación, pero desatiende elementos que, dadas las circunstancias, resultaban indispensables en la ponderación previa que el juez penal debe desarrollar en materia de protección de la libertad de expresión como derecho fundamental⁴³.

Parece claro, entonces, que para el TC la conducta del art. 578 CP debe inscribirse, para poder ser una infracción legítima desde el prisma del derecho fundamental a la libertad de expresión, en el tercero de los discursos genuinamente terroristas que aquí se ha identificado: la provocación en sentido amplio, esto es, la génesis de un riesgo de fortalecimiento de la actividad terrorista nuclear. En este sentido, cabe imaginar casos en los que exaltación sea provocación, como se ha venido señalando en el texto. Sin embargo, como ha mostrado el análisis conceptual y de la aplicación de las conductas de exaltación como formas de provocación, queda claro que para ello debe darse una precondition: la existencia de un terrorismo activo al que se pretende reforzar mediante el discurso provocador. Sin este elemento, el discurso de exaltación no puede llegar a ser –ya conceptualmente– discurso terrorista de provocación.

⁴³ STC 35/2020, FJ 5.

4. ¿“Ofensa” a los “sentimientos colectivos”?

Sin embargo, como se ha indicado, no es éste el entendimiento de la infracción que ha guiado a la jurisprudencia dominante de la jurisdicción ordinaria en muchos de los pronunciamientos habidos sobre la figura delictiva, en particular, en los pertenecientes a lo que se puede denominar “segunda fase” de su aplicación, una vez terminada la historia de ETA como organización terrorista activa en el año 2011 (en la “primera fase”, se trataba sobre todo de mensajes dirigidos al mundo de la “izquierda abertzale”; en la segunda, producida sobre todo *on line*, se trata normalmente de personas ajenas al entorno de alguna organización terrorista en activo).

Esta segunda vía de fundamentación del injusto de la infracción⁴⁴ está no en los posibles efectos futuros (el tipo básico del art. 578.1 CP no establece exigencia alguna de esta índole), en los riesgos generados, sino en el impacto –por así decirlo– *simbólico* que tiene el discurso de exaltación: se trata de una conducta intolerable porque supone una *ofensa* –en terminología estadounidense utilizada recientemente en este ámbito por Miró Llinars⁴⁵–, una *lesión a los sentimientos colectivos*⁴⁶, o, dicho de modo menos amable, la mera infracción de un tabú social⁴⁷. En la jurisprudencia de la Sala Segunda del TS, puede considerarse que esta perspectiva es mayoritaria, y queda representada sobre todo por la sentencia 4/2017, dictada en el caso *Strawberry*: no hay que comprobar ningún nexo de riesgo, el tipo no lo exige, basta con que se pronuncien las palabras de exaltación o humillación.

En este sentido, conviene indicar que es muy discutible que sea cierto que, como sostiene Alonso Rimo⁴⁸, sea (siempre) político-criminalmente preferible intentar interpretar este tipo de infracciones, si es hermenéuticamente posible, como delitos de preparación (es decir, con conexión de futuro), ya que la solución por un delito autónomo implicaría siempre “un incremento (todavía) mayor de la presión punitiva”⁴⁹.

Por el contrario, desde el punto de vista aquí asumido, es de temer que aquí estemos ante una elección entre Satanás y Belcebú: la reducción a la peligrosidad es una pendiente deslizante⁵⁰, supone la aceptación del paradigma policial de la prevención fáctica (exclusiva) como criterio legítimo en la criminalización⁵¹, y por ello no ofrece mayor salvaguardia frente a una interpretación expansiva de la figura en cuestión: siempre se puede encontrar algún tenue hilo de riesgo, si se busca con suficiente

⁴⁴ Cfr., por todos, la exposición de ALONSO RIMO, *RDPCr* 4 (2010), pp. 55 y ss., con amplias referencias, bajo el rótulo de “delito autónomo o de clima”.

⁴⁵ “Ofender como acto de terrorismo. A propósito de los casos “César Strawberry” y “Cassandra Vera”, en: **LH Terradillos Basoco**, 2018, pp. 1433 y ss., 1436 y ss.

⁴⁶ Cfr., por todos, HÖRNLE, “Der Schutz von Gefühlen im Strafgesetzbuch”, en: HEFENDEHL/VON HIRSCH/WOHLERS (ed.), **Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?**, 2003, pp. 268 y ss.; *vid.* sobre el problema particular en relación con el art. 578 CP últimamente CARBONELL MATEU, en: ALONSO RIMO et al. (ed.), **Terrorismo**, 2018, pp. 331 y ss., 341 y ss.; GALÁN MUÑOZ, *EPCr* 38 (2018), pp. 272 y ss.

⁴⁷ Así ya CANCIO MELIÁ, **Los delitos de terrorismo**, 2010, p. 285; se trata, por así decirlo, de la versión mendaz o degenerada de la protección de una institución social, en el sentido desarrollado por Jakobs.

⁴⁸ En: IDEM/CUERDA ARNAU/FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ (ed.), **Terrorismo**, 2018, pp. 215 y ss., 222 y ss.

⁴⁹ *Op. cit.*, p. 222; cursiva en el original; *vid.* ya antes IDEM, *RDPCr* 4 (2010), pp. 13 y ss., 56 y s.

⁵⁰ Como reconocía, desde el punto de vista aquí adoptado, implícitamente el propio Alonso Rimo (*RDPCr* 4 [2010], p. 61) al comentar con acierto la doctrina de la “incitación indirecta” del TC: “...no resulta convincente la opción del TC de apoyar en el tan reiterado –como evanescente– elemento incitador indirecto la fundamentación de la limitación a las libertades fundamentales (y en particular aquí a la de expresión) que comporta la incriminación de esta clase de conductas” (cursiva añadida).

⁵¹ *Vid.* CANCIO MELIÁ, **Los delitos de terrorismo**, 2010, pp. 101 y ss., 111 y ss.

interés, igual que la interpretación en la línea de centrar el análisis en la “offense” ya hecha admite interpretaciones delirantemente amplias⁵². Desde el punto de vista aquí adoptado, la cuestión de la (i)legitimidad de la alternativa típica de exaltación es cualitativa, no cuantitativa, y se puede abordar desde ambas perspectivas teóricas con idéntico resultado.

En este contexto teórico de la lesión simbólica u *offense* –en el que ahora no es posible entrar, como es obvio–, desde luego, no hemos avanzado nada si decimos: es que es una ofensa (o una *offense*); es que se protegen sentimientos colectivos⁵³. Habrá que explicitar si es legítima intervención penal más allá de estas “explicaciones”.

Por un lado, en este sentido, hay argumentaciones que se limitaban a afirmar –y cuya sinceridad debe elogiarse, desde luego–, en el momento de la introducción del precepto, que resultaba sencillamente insoportable contemplar los actos públicos de reafirmación de los partidarios de ETA. Desde la perspectiva de la noción de “Derecho penal” del enemigo⁵⁴ –es decir, de acuerdo con el punto de vista aquí adoptado, en un análisis de legitimidad⁵⁵–, parece claro que esta vertiente „simbólica“ dominante en este discurso consiste aquí en proclamar un mero *tabú* a la expresión de determinadas opiniones, algo obviamente incompatible con el principio de lesividad.

En todo caso, más allá de toda consideración sobre la legitimidad de tal legislación penal, en el plano descriptivo, queda claro, como subraya Jakobs⁵⁶, que tal clase de Derecho penal simbólico (en concreto, en referencia a los “delitos de protección de un clima”) es tanto más necesaria cuanto más débil sea la legitimidad de la Ley penal⁵⁷. Y, como es obvio, esta legitimidad se encuentra vinculada a la del sistema jurídico-político en su conjunto:

“La punición de un ataque a una institución (norma) sólo es legítima si la institución es, a su vez, legítima, y si no hay disponibles otros equivalentes funcionales menos invasivos que la pena. No basta una mera invocación de la constitución, pues hay que demostrar también la legitimidad de ésta”⁵⁸

¿Cuál sería la “institución” a proteger aquí? ¿El consenso de la sociedad española acerca de que el terrorismo es inaceptable? ¿Basta con constatar que la Constitución Española –como muestran, por ejemplo, los arts. 137.3 y 55.2 CE– rechaza con toda energía el terrorismo para legitimar la prohibición

⁵² Cfr. el análisis de varias de resoluciones decisivas de los últimos años en CANCIO MELIÁ/DÍAZ LÓPEZ, **¿Discurso de odio y/o discurso terrorista?** (n. 9), § 4.II.

⁵³ Y, desde la perspectiva aquí adoptada, tampoco podrá bastar con que constatemos que se trata de sentimientos “legítimos”, como indica Gimbernat Ordeig (en la presentación a la versión española del libro colectivo editado por HEFENDEHL/VON HIRSCH/ WOHLERS al que se acaba de hacer referencia [**La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Edición española a cargo de Alcácer Guirao/Martín Lorenzo/Ortiz de Urbina Gimeno, presentación de Gimbernat Ordeig; 2016], pp. 10 y ss., 15 y s., 18: “...también los sentimientos de la generalidad, cuando son legítimos —y solo son legítimos cuando no están en contradicción con un derecho que le asiste al autor de la conducta supuestamente «escandalosa» o «perturbadora»—, pueden constituir un interés digno de protección penal”).

⁵⁴ Vid. por todos JAKOBS/CANCIO MELIÁ, **Derecho penal del enemigo**, 2ª ed., 2006; CANCIO MELIÁ/GÓMEZ-JARA DÍEZ (coord.), **Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión**, 2 vol., 2006.

⁵⁵ Cfr. el punto de vista aquí adoptado al respecto en: “De nuevo: ¿‘Derecho penal’ del enemigo?”, en: JAKOBS/CANCIO MELIÁ, **Derecho penal del enemigo 2**, 2006, pp. 124 y ss., 141 y ss.

⁵⁶ Vid. **Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre**, 2ª ed. 1991, 2/25c.

⁵⁷ Cfr. Sobre esta cuestión en la obra de Jakobs próximamente CANCIO MELIÁ, “Non licet? Überlegungen zum Status der Kriminalpolitik in der Strafrechtslehre Günther Jakobs”, en: Kindhäuser et al. (ed.), **Strafrecht und Gesellschaft. Ein kritischer Kommentar zum Werk von Günther Jakobs**, en prensa para ed. Mohr Siebeck (9/2018).

⁵⁸ JAKOBS, “Sozialschaden? – Bemerkungen zu einem strafrechtstheoretischen Fundamentalproblem”, en: **FS Amelung**, 2009, pp. 37 y ss., 47.

penal? ¿No hay equivalentes funcionales distintos del Derecho Penal disponibles? ¿Es necesario reforzar ese consenso social con penas criminales? ¿O es que se persigue algo muy distinto al legislar de este modo?

Está claro, en todo caso, que esta comprensión de la infracción (que cabe estimar implícitamente mayoritaria en la jurisprudencia) rompe toda posibilidad de considerar que este delito guarda relación alguna con los delitos de terrorismo, pero abre la posibilidad de considerar justificada la criminalización más allá del discurso terrorista (y de las injurias).

Sin que ahora proceda entrar en este debate, en todo caso, y en lo que aquí interesa, un análisis de legitimidad aun desde esta perspectiva debe considerar el contexto en el que se produce la manifestación, esto es, que tenga realmente capacidad de producir el intenso escándalo que pueda considerarse una *offense*, o una lesión relevante de esos “sentimientos colectivos”.

Parece claro que en los casos de más de una de las sentencias recaídas en la segunda fase de aplicación, no puede afirmarse de ningún modo que en el contexto actual de la sociedad española –y aquí confluyen los requisitos del modelo del riesgo con el análisis de la relevancia de las manifestaciones a efectos de infringir el *tabú*, o los “sentimientos colectivos”, si se prefiere– la referencia a hechos de un terrorismo completamente ubicado en el pasado, ya inexistente, pueda realmente generar esos efectos sociales: y, como es obvio, cada vez menos, conforme pasa el tiempo⁵⁹. De lo que se trata, entonces, en este entendimiento de la infracción, es de imponer con la pena una determinada visión del pasado (ya remoto, en ocasiones): por ejemplo, que fue un acto de terrorismo asesinar en 1973 al entonces presidente del Gobierno de la dictadura militar Carrero Blanco, y no un acto de resistencia legítima. La ofensa a los sentimientos colectivos estribaría, entonces, en discrepar de la visión histórica mayoritaria.

Más allá de esta argumentación cuantitativa en cuanto al impacto social, a la ofensa a sentimientos colectivos, también hay una consideración *cualitativa* en torno al injusto del delito del art. 578 CP en la que se aparta el TS en su segunda línea de interpretación, representada por la sentencia en el caso *Cassandra*, y de modo radical, en realidad, de la perspectiva hermenéutica mayoritaria en el TS, sentada y representada en la STS 4/2017 (caso *Strawberry*) como punto de partida para el análisis *cuantitativo* del injusto del delito: se afirma que para la tipicidad del delito del art. 578 CP, más allá de la literalidad del precepto, que no exige vínculo hacia el futuro alguno, debe generarse un *riesgo* de ulteriores acciones – un riesgo, un potencial de futuro, que de modo evidente no presenta el supuesto de hecho:

...el TC incide de forma muy especial en que los actos que deben ser tipificados como delitos y objeto de sanción penal son aquellos que integran conductas de exaltación o justificación de actos terroristas o de sus autores siempre que operen como una incitación a cometer actos terroristas violentos que figuran tipificados en el Código Penal, pudiendo ser considerados como una manifestación del discurso del odio que incita a la violencia.

A ello ha de sumarse, tal como se expone en la sentencia 52/2018 de esta Sala, que la reciente Directiva (UE) 2017/541, aún en plazo de trasposición, expresa en su considerando 10 que «Los delitos de provocación pública a la comisión de un delito de terrorismo comprenden, entre otros, la apología y la justificación del terrorismo o la difusión de mensajes o imágenes, ya sea en línea o no, entre ellas las relacionadas con las víctimas del terrorismo, con objeto de obtener apoyo para causas terroristas o

⁵⁹ Vid. últimamente, por todos, CARBONELL MATEU, en: ALONSO RIMO et al. (ed.), **Terrorismo**, 2018, pp. 331 y ss., 351, con ulteriores referencias.

de intimidar gravemente a la población. Esta conducta debe tipificarse cuando conlleve el riesgo de que puedan cometerse actos terroristas. En cada caso concreto, al examinar si se ha materializado ese riesgo se deben tener en cuenta las circunstancias específicas del caso, como el autor y el destinatario del mensaje, así como el contexto en el que se haya cometido el acto. También deben considerarse la importancia y la verosimilitud del riesgo al aplicar la disposición sobre provocación pública de acuerdo con el Derecho nacional.

Pues bien, en el caso enjuiciado entendemos que no se da ninguna de las circunstancias referidas en los criterios señalados en la jurisprudencia del TC, dado que el acusado ni dio muestras con su conducta de que estaba pretendiendo incitar a la violencia abusando de un ejercicio ilícito de la libertad de expresión, ni provocaba al odio hacia grupos determinados, ni tampoco se valía de mofarse del atentado contra un expresidente de Gobierno ocurrido hace más de cuarenta años con intención de justificarlo o de incitar a nuevos atentados⁶⁰.

De este modo, se defiende en la segunda línea de interpretación del TS una comprensión restrictiva muy distinta de la practicada en numerosas resoluciones recaídas respecto del delito del art. 578 CP⁶¹: se exige, partiendo de la jurisprudencia del TC y de la orientación de las normas de armonización de la UE en la materia, que el legislador español –al igual que el sector de la jurisprudencia representado por la sentencia del TS en el caso *Strawberry*– ha ignorado selectivamente hasta el momento⁶², la concurrencia de un vínculo a futuro viable de la comunicación de exaltación, se interpreta el delito como de peligro por idoneidad de la conducta típica: es necesario que se genere un riesgo.

Dicho de otro modo: se interpreta el delito del art. 578 CP como discurso terrorista de provocación o pre-provocación en el sentido de los arts. 577 CP (“captación” o “adoctrinamiento”) o 579 CP (con sus diversas modalidades de provocación y pre-provocación)⁶³.

Contrastando el caso con las reflexiones antes hechas al hilo de *Strawberry*, queda claro desde el principio que no nos encontramos ante un delito de discurso del odio. La acusada se refiere de modo reiterado a una sola víctima de un atentado, por lo que no es fácil extraer la existencia de un colectivo al que se refiera la conducta de comunicación, máxime siendo tal víctima un personaje público de quien pueden estereotiparse múltiples características.

¿Producía el *tweet* un efecto discriminatorio en los militares, en los marinos, en los antiguos comandantes de los recursos armados de la dictadura nacional-católica? Tal condición no figura en los listados de delitos de odio de nuestro ordenamiento, impidiendo ello *a limine* calificar el discurso como de odio conforme al *discriminatory selection model*. ¿Acaso el efecto iría dirigido a los antiguos dirigentes políticos del régimen franquista, pretendiendo extraerse de ahí un efecto discriminatorio intimidante del mensaje frente a un colectivo –en ningún momento identificado concretamente– de sujetos caracterizados por una particular creencia o ideología? La reflexión se antoja muy forzada. Por

⁶⁰ STS 95/2018.

⁶¹ En la misma línea de la sentencia ahora comentada cabe citar también las SSTS 354/2017, de 17 de mayo y 378/2017, de 25 de mayo; *vid.*, por ejemplo, Bayarri García (en: ALONSO RIMO et al. [ed.], **Terrorismo**, 2018, pp. 279 y ss., 282 y ss., 285 y s.), quien estima que esta última sentencia inaugura “una nueva línea jurisprudencial”; CARBONELL MATEU, *op.cit.*, pp. 331 y ss., 352.

⁶² *Vid.* sobre el proceso de armonización en el caso español sólo CORRAL MARAVER, **Democrazia e Sicurezza – Democracy and Security Review VII** (2017), pp. 201 y ss.; sobre el uso de las DM 2002 y 2008 por parte del legislador español en las últimas reformas (en particular: ignorando la exigencia, presente explícitamente ya en la DM 2008, de que el comportamiento provocador sea idóneo para generar un riesgo), *vid.* también CANCIO MELIÁ, en: DE LA CUESTA ARZAMENDI et al. (ed.), **Armonización penal**, 2013, pp. 304 y ss.

⁶³ Cfr. CANCIO MELIÁ/DÍAZ LÓPEZ (n. 9), pp. 107 y ss.

otra parte, valorando la plausibilidad de un discurso de odio desde la óptica del *animus model*, que pudiera extraerse de las manifestaciones dirigidas a la concreta víctima de aquel lejano atentado un odio a aquel concreto personaje público no habilita sin más que pueda probarse la existencia de un móvil de odio basado en el prejuicio hacia todas aquellas condiciones personales que el almirante Carrero Blanco pudiera representar. No parece que pueda afirmarse o probarse que estemos ante un delito de discurso de odio desde ninguna perspectiva.

En lo que se refiere al posible carácter de discurso terrorista de la difusión de los chistes sobre el atentado contra el almirante Carrero Blanco⁶⁴, el análisis a llevar a cabo –y haciendo remisión a lo ya expuesto– es claro, en línea con el desarrollo argumental de la sentencia: no puede haber discurso terrorista porque está completamente ausente toda seriedad o credibilidad de la comunicación, tanto por el contenido del mensaje difundido, como por la falta de toda identificación del círculo de destinatarios, como, finalmente, por la completa ausencia de idoneidad de incitación de las manifestaciones difundidas. Cabe decir que conforme al modelo hermenéutico que representa la doctrina que contiene la sentencia, nunca debería haberse procedido contra la acusada, por ausencia manifiesta de toda capacidad de génesis de un riesgo en su conducta.

En todo caso, también parece claro que esta dimensión de “lesividad” del segundo delito contenido en la infracción del art. 578 CP, si es que existe, nada tiene que ver con el discurso terrorista, de modo que resulta mendaz ubicar una infracción de estas características –aunque sea sólo formalmente– entre los delitos de terrorismo.

Esa mendacidad, por otra parte, no es un mero defecto estético, sino que implica, de modo muy real y práctico, la activación de todo el dispositivo legal-excepcional previsto en el plano procesal, que recorta de modo muy sensible el estatus del procesado, y, sobre todo, la atribución del conocimiento de la causa, sin que exista ninguna razón que pueda justificarlo, a la jurisdicción especial de la Audiencia Nacional.

5. El injusto de los delitos de terrorismo y el artículo 578 CP

Como antes se ha esbozado, existen notables coincidencias fenomenológicas entre el discurso del odio y las manifestaciones tipificadas en el art. 578 CP: de modo particularmente claro en la segunda conducta incriminada, la de humillación de las víctimas, se observa que tiene como presupuesto el mismo proceso de categorización de las víctimas que es propio de los delitos de odio. Por otra parte, aunque no es presupuesto del tipo básico (como muestra la existencia del art. 578.2 CP), cabe imaginar que una manifestación típica, por ejemplo, de exaltación de un terrorista especialmente sanguinario genere efectos de intimidación masiva en un segmento de la ciudadanía. Sin embargo, ¿puede decirse

⁶⁴ Dejando fuera del análisis del concretos supuesto de hecho la difícil cuestión, hasta ahora completamente omitida en la jurisprudencia (y en la doctrina), de hasta qué punto el ordenamiento jurídico español de la actualidad puede considerar un delito de terrorismo en sentido estricto un atentado contra la vida de un representante ejecutivo de una dictadura militar (¿sería constitutivo del delito del art. 578 CP, por ejemplo, la exaltación de la figura de Georg Elser, quien en 1939 colocó un artefacto explosivo en el *Bürgerbräukeller* de Múnich para atacar contra la vida de Adolf Hitler? ¿o de la de alguien que hubiera atentado contra el dictador Franco directamente?, ¿o, como dice CARBONELL MATEU [en: ALONSO RIMO et al. [ed.], *Terrorismo*, 2018, pp. 331 y ss., 351], la de “los asesin[os] del general Prim o de Viriato, pastor lusitano?”).

que estamos ante un discurso terrorista? O, tomando prestada la expresión proveniente del debate norteamericano, ¿primos hermanos o parientes lejanos?⁶⁵

Si se parte de la aproximación que quiere ver la conducta en clave de provocación en sentido amplio –el único discurso terrorista que puede llevarse a cabo mediante las conductas de exaltación–, cabe imaginar perfectamente (en la alternativa de conducta de la exaltación) que uno de los actos de reafirmación (por ejemplo: el homenaje a un militante muerto) interna que eran habituales en el campo político de ETA tuviera el efecto directo (y que este efecto fuera perseguido) de captar a alguna persona para la organización o de influir decisivamente en el proceso de deliberación interna de un asistente, empujándolo a comenzar a cometer delitos de terrorismo. ¿Sí puede haber discurso terrorista en el art. 578 CP, al menos en algunos casos, y, en esa medida, la infracción tendría sentido como delito referido al terrorismo o de terrorismo?

Esta idea debe rechazarse en un doble sentido. Por un lado, porque los elementos comunicativos del discurso terrorista de provocación, de favorecimiento de una organización, o de incitación directa o indirecta a la realización de delitos de terrorismo, como hemos visto, ya están tipificados de modo más específico en otras infracciones, y con penas distintas. El art. 578 CP no juega aquí papel propio alguno. Por otra parte, porque, ni la jurisprudencia hasta ahora mayoritaria ni el tenor literal del art. 578 CP exigen la existencia de ese hilo hacia el riesgo, o sea, que, de momento, se ha rechazado expresamente la necesidad –en contra de los requerimientos de la jurisprudencia del TC– de que se dé un discurso provocador.

En todo caso (con independencia que se opte por el entendimiento de la infracción como posible delito de preparación o como delito de ofensa a los sentimientos colectivos), lo decisivo es que no cabe imaginar ninguna conducta del art. 578 CP que *por sí misma* –sin integrar una forma de discurso terrorista de provocación, como se ha mostrado– pueda mostrar la necesaria conexión con uno de los tres elementos nucleares de terrorismo: la vinculación con la comunicación terrorista hacia el Estado, el elemento del desafío al Estado que es la esencia de la proyección política característica de todo terrorismo.

Dicho de otro modo: sea que haya de exigirse un nexo de riesgo, ubicando el precepto en el contexto europeo y de la jurisprudencia constitucional, o sea que quepa estimar adecuada la interpretación mayoritaria de la jurisprudencia –que se contenta con las manifestaciones típicas sin más–, lo cierto es que se trata de una infracción –en la vertiente de exaltación/justificación– estructuralmente ilegítima, porque hace pasar por un delito de terrorismo aquello que en sí no puede serlo (y cuando el supuesto sí lo es, ya está tipificado en otras modalidades positivas de discurso terrorista de provocación).

Quien sólo habla de terrorismo (sin llamar a filas o reforzar un colectivo terrorista [existente, no del pasado ya concluido], ni provocar un acto concreto o generar un riesgo de que así suceda), aunque sea de modo escandaloso, no está emitiendo discurso terrorista.

En definitiva, las conductas tipificadas en el art. 578 CP no pueden adscribirse, como tales, estructural o conceptualmente al discurso terrorista (aunque sí pueda haber un específico y agravado injusto de injurias en la alternativa de conducta referida a la humillación de las víctimas de delitos de terrorismo). Cuando algún supuesto de hecho incardinable en el art. 578 CP llega a integrar un discurso de odio o discurso terrorista delictivo, ya queda abarcado por otros preceptos más específicos, por lo

⁶⁵ DELOUGHERY/KING/ASAL, SAGE Journals. *Crime & Delinquency*, vol. 58 n. 5 (2012), pp. 663-688.

que la existencia del art. 578 CP es, a estos efectos, inadecuada sistemáticamente por superflua, y resulta muy perturbadora en la práctica⁶⁶.

Bibliografía

- ALONSO RIMO, A. Apología, enaltecimiento del terrorismo y principios penales. **RDPCr**, 4, 2010, p. 13-80.
- ASÚA BATARRITA, “Concepto jurídico de terrorismo y elementos subjetivos de finalidad. Fines políticos últimos y fines de terror instrumental”, en: Área de Derecho penal [ed.]/ECHANÓ BASALDÚA [coord.], **Estudios jurídicos en Memoria de José María Lidón**. Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Deusto. Magistrado de la Audiencia Provincial de Bizkaia, 2002, p. 41-85.
- BARQUÍN SANZ, J./OLMEDO CARDENETE, M. Artículo 143. En: COBO DEL ROSAL, **Comentario al Código penal**, v. I, 1999, p. 175-249.
- BAYARRI GARCÍA, “Los nuevos delitos de terrorismo. Adoctrinamiento activo y pasivo vs. enaltecimiento y provocación a la comisión de delitos terroristas”, en: ALONSO RIMO et al. (ed.), **Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales**, 2018, pp. 279-298.
- BENLOCH PETIT, “El Derecho penal ante el conflicto político. Reflexiones en torno a la relevancia penal de determinados fines, opiniones o motivos políticos o ideológicos y su legitimidad”, en: **ADPCP** 2001, pp. 175-228.
- BERNAL DEL CASTILLO, “Observaciones en torno a la Ley Orgánica 7/2000, de modificación del Código penal en materia de terrorismo”, en: **LL** 2001, p. 1627-1632.
- CANCIO MELIÁ, M. “Dogmática y política criminal en una teoría funcional del delito”, en: JAKOBS/CANCIO MELIÁ, **Conferencias sobre temas penales**, 2000.
- CANCIO MELIÁ, M. “Non licet? Überlegungen zum Status der Kriminalpolitik in der Strafrechtslehre Günther Jakobs”, en: Kindhäuser et al. (ed.), **Strafrecht und Gesellschaft. Ein kritischer Kommentar zum Werk von Günther Jakobs**, en prensa para ed. Mohr Siebeck (9/2018).
- CANCIO MELIÁ, M. El Derecho Penal antiterrorista español y la armonización penal en la Unión Europea, En: DE LA CUESTA ARZAMENDI et al. (ed.), **Armonización penal en Europa**, 2013.
- CANCIO MELIÁ, M. “¿Strawberry o Cassandra? Sobre la imposible convivencia de dos visiones antagónicas del art. 578 CP en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”. En: VICENTE REMESAL et al. (dir.), **Libro Homenaje al profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario**, volumen II, editorial Reus, Madrid, 2020.
- CANCIO MELIÁ/DÍAZ LÓPEZ, **¿Discurso de odio y/o discurso terrorista? Música, guiñoles y redes sociales frente al artículo 578 del Código Penal**, 2019.
- CANCIO MELIÁ/GÓMEZ-JARA DÍEZ (coord.), **Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión**, 2 vol., 2006.
- CANCIO MELIÁ/PETZSCHE, “Precursor Crimes of Terrorism”, en: WALKER/ LENNON (ed.), **The Routledge Handbook of Law and Terrorism**, 2015.
- CARBONELL MATEU (“Terrorismo: algunas reflexiones sobre el concepto y el tratamiento penal”, en: GÓMEZ COLOMER/GONZÁLEZ CUSSAC [ed.], **Terrorismo y proceso penal acusatorio**, 2006.
- CARBONELL MATEU, J. Crítica a los sentimientos como bien jurídico-penal: el enaltecimiento del terrorismo y la humillación a las víctimas “más allá de la provocación y la injuria”. En: ALONSO RIMO et al. (ed.), **Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales**, 2018.
- CORRAL MARAVER, Democrazia e Sicurezza, **Democracy and Security Review**, VII, 2017.
- DELOUGHERY, K./KING, R./ASAL, V. Close Cousins or Distant Relatives? The Relationship between terrorism and hate crime. **Journals. Crime & Delinquency**, vol. 58 n. 5, 2012, pp. 663-688.
- FEIJÓO SÁNCHEZ, B. Reflexiones sobre los delitos de genocidio (artículo 607 del código penal), En: La Ley (LL), Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, 6, 1998, pp. 2267-2284.
- FEIJÓO SÁNCHEZ, B. Sobre el contenido y evolución del Derecho Penal español tras la LO 5/2000 y la LO 7/2000. **RJUAM** 4, 2001, p. 9-70.
- FRONZA, E. **Memory and Punishment. Historical Denialism, Free Speech and the Limits of Criminal Law**, 2018.

⁶⁶ Si se estimara necesario, podría tipificarse como modalidad agravada del delito de injurias aquella referida a víctimas del terrorismo por su condición de tales, incluyendo, en su caso, personas ya muertas.

- GALÁN MUÑOZ, A. “El delito de enaltecimiento terrorista. ¿Instrumento de lucha contra el peligroso discurso del odio terrorista o mecanismo represor de repudiables mensajes de raperos, twitteros y titiriteros?”, *EPCr* 38, 2018, p. 245-304.
- GALLI, Terrorismo. En: MITSSELGAS et al. (ed.), *Research Handbook*, 2016.
- GÓMEZ TOMILLO/JAVATO MARTÍN (dir.), *Comentarios prácticos al Código Penal*, t. VI, 2015.
- HEFENDEHL, H./VON HIRSCH, J./WOHLERS, W.. *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Edición española a cargo de Alcácer Guirao/Martín Lorenzo/Ortiz de Urbina Gimeno, presentación de Gimbernat Ordeig; 2016.
- HÖRNLE, “Der Schutz von Gefühlen im Strafgesetzbuch“. En: HEFENDEHL/VON HIRSCH/WOHLERS (ed.), *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, 2003.
- JAKOBS, G. “Sozialschaden? – Bemerkungen zu einem strafrechtstheoretischen Fundamentalproblem“. En: *FS Amelung*, 2009.
- JAKOBS, G. “*Rechtsgüterschutz? Zur Legitimation des Strafrechts*“. En: idem, *Strafrechtswissenschaftliche Vorträge* [ed. Pawlik], 2015.
- JAKOBS, G. *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2ª ed. 1991
- JAKOBS, G./CANCIO MELIÁ, M. *Derecho penal del enemigo*, 2ª ed., 2006.
- LLINARES, M. “Ofender como acto de terrorismo. A propósito de los casos “César Strawberry” y “Cassandra Vera”, en: *LH Terradillos Basoco*, 2018.
- MANJÓN-CABEZA OLMEDA, “Apología del terrorismo“. En: OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/GURDIEL SIERRA/CORTÉS BECHIARELLI (coord.), *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, 2004.
- MAZZANTI. “L’adesione ideologica al terrorismo islamista tra giustizia penale e diritto dell’immigrazione”, *DiPC*, v. 1, 2017, pp. 26-47.
- MENDOZA CALDERÓN, S. La lucha contra el terrorismo en la Unión Europea. Estrategias de actuación penal conforme al Tratado de Lisboa y respuestas legislativas. *RP* 41, 2018, p. 136-152.
- MESTRE DELGADO, *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1987.
- MIRA BENAVENT, “El delito de enaltecimiento del terrorismo, el de humillación a las víctimas del terrorismo y la competencia de la Audiencia Nacional: ni delito, ni terrorismo, ni competencia de la Audiencia Nacional”, en: ALONSO RIMO/CUERDA ARNAU/FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ (ed.), *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, 2018.
- MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal*, PE, 21. ed., 2017.
- NEUMANN/MAHER, “London attack: How are UK extremists radicalised?”, *BBC News* (5.6.2017).
- PETZSCHE, “The Penalization of Public Provocation to Commit a Terrorist Offence – Evaluating Different National ImJAI, obligan específicamente a criminalizar la provocación pública de delitos terroristas, plementation Strategies of the International and European Legal Framework in Light of the Freedom of Expression”, *ECLR* 7, 2017, 241-257.
- PETZSCHE, *Strafrecht und Terrorismusbekämpfung – Eine vergleichende Untersuchung der Bekämpfung terroristischer Vorbereitungshandlungen in Deutschland, Großbritannien und Spanien*, 2013.
- PETZSCHE/CANCIO MELIÁ: “Speaking of Terrorism and Terrorist Speech: Defining the Limits of Terrorist Speech Offences“. En: *Counter-terrorism, Constitutionalism and Miscarriages of Justice. A Festschrift for Professor Clive Walker*, ed. Lennon, /King & McCartney, 2018.
- PETZSCHE, “The Legitimacy of Offences Criminalising Incitement to Terrorist Acts: a European Perspective“. En: LLOBET ANGLÍ/CANCIO MELIÁ/WALKER (ed.), *Precursor Crimes. The Criminalisation of Terrorism Risk Offences in Comparative Perspective*, en prensa para Edward Elgar Publishers, Reino Unido (12/2020).
- RAMOS VÁZQUEZ, “Presente y futuro del delito de enaltecimiento y justificación del terrorismo”, en: *AFDUC* 12, 2008.
- REINARES/GARCÍA-CALVO, Actividad yihadista en España, 2013-2017: de la Operación Cesto en Ceuta a los atentados en Cataluña. En: http://www.real-institutoelcano.org/wps/portal/rielcano_es/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/terrorismo+internacional/dt13-2017-reinares-garciacalvo-actividad-yihadista-en-espana-2013-2017-operacion-cesto-ceuta-atentados-catalunya.
- RUÍZ LANDÁBURU, *Provocación y apología delitos de terrorismo*, 2003.
- SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, La tipificación de conductas de apología del delito y el Derecho penal del enemigo. En: CANCIO MELIÁ, M. /GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. *Derecho penal del enemigo*, v. 2, 2006.
- SATZGER, H./SCHLUCKEBIER, W./WIDMAIER, G. (ed.), StGB – *Strafgesetzbuch Kommentar*, 2ª ed., 2014.
- SCHMID, A./DE GRAAF, J. *Violence as Communication*, SAGE Publications, 1982.

- SPENA, A. “Io ho ragione; tu sei morto!” Su terrorismo e radicalizzazione”, en: MILITELLO/SPENA (ed.), **Mobilità, sicurezza e nuove frontiere tecnologiche**, II, 2018.
- VIVES ANTÓN, T.S. Sistema democrático y concepciones del bien jurídicos: el problema de la apología del terrorismo. En: **Estudios Penales y Criminológicos** 25, 2005.
- ZARAGOZA AGUADO, J. De los delitos de terrorismo: (artículos 573 a 580). En: GÓMEZ TOMILLO/JAVATO MARTÍN (dir.), **Comentarios prácticos al Código Penal**, t. VI, 2015, pp. 605-684.
- ZÖLLER, “Willkommen in Absurdistan – Neue Straftatbestände zur Bekämpfung des Terrorismus”, **GA** 2010.

Recebido em: 21/09/2022
Aprovado em: 18/11/2022