

Utopía y Praxis Latinoamericana

ISSN: 1315-5216
Dep. legal: pp 199602ZU720

**Revista Internacional de Filosofía Iberoamericana
y Teoría Social**

Centro de Estudios Sociológicos y Antropológicos (CESA)

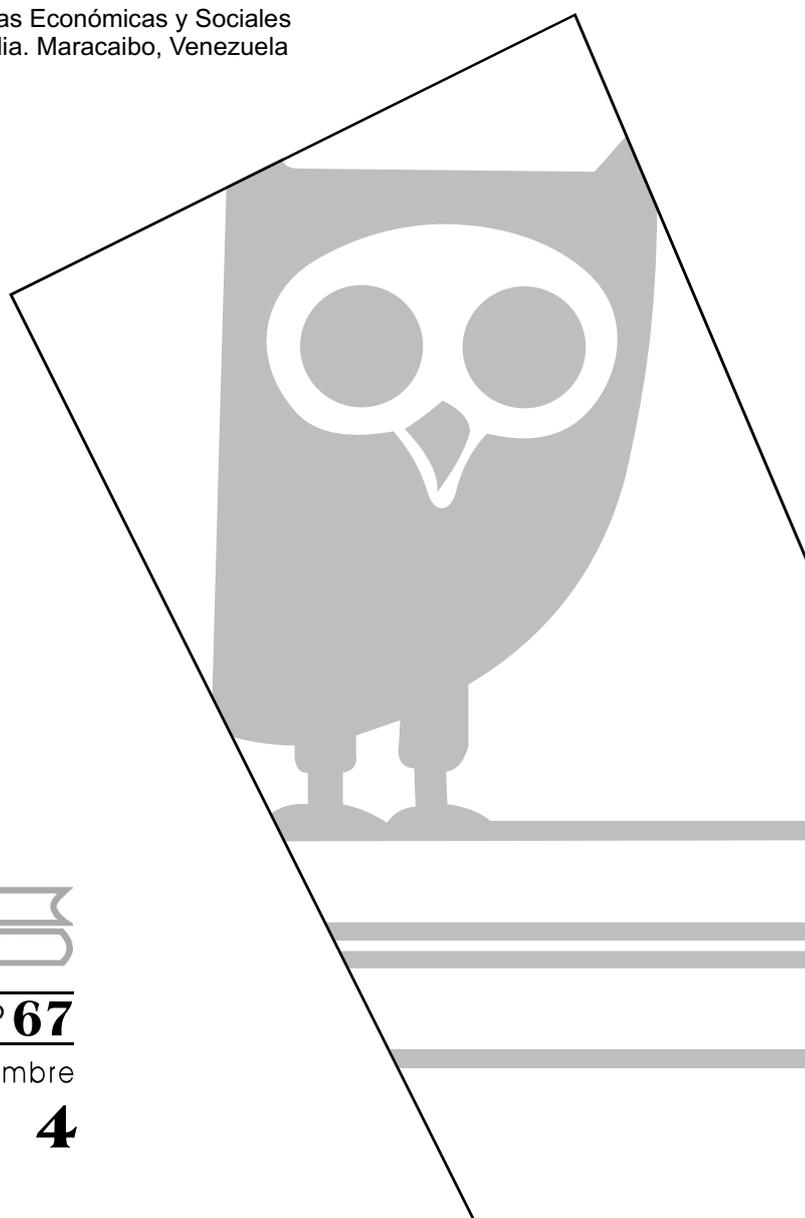
Facultad de Ciencias Económicas y Sociales
Universidad del Zulia. Maracaibo, Venezuela



Año 19. N° **67**

Octubre - Diciembre

2 0 1 4



Utopía y Praxis Latinoamericana nace como una *respuesta* a la situación de conflictividad política que atraviesa actualmente la democracia y la sociedad latinoamericana. Pero también nace como una respuesta comprometida con el análisis filosófico y la interpretación histórica de la cultura y las ciencias sociales frente a la crisis de la modernidad. Respuesta que procura la creación de nuevos actores y escenarios a partir de los cuales se hagan posibles inéditas alternativas para la *teoría crítica* y el *cambio social* efectivo. Una respuesta en dos sentidos: la *utópica* porque todo proyecto existencial auténtico debe enmarcarse y definirse por el universo de sus valoraciones humanas; la *práctica* porque, a diferencia de la necesaria *teoría*, implica un tipo de *acción* cuyo movimiento es capaz de dialectizar la comprensión de la realidad, pero también de transformar a los sujetos que la constituyen. Con lo cual la noción de *praxis* nos conduce de retorno a la política, a la ética y, hoy día, a la ciencia y a la técnica. Es una respuesta desde América Latina, porque es a partir del ser y pensar latinoamericano que la *praxis* de nuestro proyecto *utópico* se hace realizable.

Utopía y Praxis Latinoamericana es una publicación patrocinada por el Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico de la Universidad del Zulia (CONDES).

Utopía y Praxis Latinoamericana aparece indizada y/o catalogada electrónicamente en las siguientes bases de datos:

Serbiluz: [Http://revistas.luz.edu.ve/revicyhluz/](http://revistas.luz.edu.ve/revicyhluz/)

- REVENCyT (Fundacite, Mérida)
- Ulrich's International Periodicals Directory (USA)
- Hand book of Latin American Studies (USA)
- Electronische Zeitschriftenbibliothek (EZB, Alemania)
- The Philosopher's Index (USA)
- Informe Académico (México)
- CLASE (México)
- FONACIT (Caracas, Venezuela)
- BASE (Alemania)
- LATINDEX (México)
- DIALNET (España)
- REVENCyT (Mérida)
- REDALyC (México)
- Google Scholar
- Centro Virtual Cervantes (España)
- CEFILIBE (México)
- LECHUZA (Oviedo, España)
- Instituto de Información y Documentación en Ciencias Sociales y Humanidades (Madrid, España)
- Repertoire Bibliographique de la Philosophie (Louvain La Neuve, Belgique)
- CERCAL (Bélgica)
- OEI-CREDI (España)
- DOAJ (Directory of Open Acces Journals)
- Sistema de Biblioteca de la Universidad de Antioquia (Colombia)
- The Library of Congress (USA)
- Catálogos informatizados de la Red de Bibliotecas del CSIC (España)
- EBSCO (México)
- Sociological Abstracts (USA)
- Reportorio de Ensayista y Filósofos Ibero e Iberoamericano (Athens, USA)
- REBIUN (España)
- Acces my Library (USA)

ISSN 1315-5216

Depósito legal pp 199602ZU720

DR © Universidad del Zulia. Maracaibo-Venezuela.

Esta revista fue impresa en papel alcalino

This publication was printed on acid-free paper that meets the minimum requirements of the American National Standard for Information Sciences-Permanence for Paper for Printed Library Materials, ANSI Z39.48-1984

Utopía y Praxis Latinoamericana

ISSN 1315-5216 / Dep. legal pp. 199602ZU720

Revista Internacional de Filosofía Iberoamericana y Teoría Social
Centro de Estudios Sociológicos y Antropológicos (CESA)
Facultad de Ciencias Económicas y Sociales
Universidad del Zulia. Maracaibo-Venezuela

Año 19. Nº 67. Octubre-Diciembre, 2014

Contenido

Editores Invitados: Luigi di Santo y Flor Ávila

PRESENTACIÓN

El largo camino hacia la humanización del Derecho
Luigi di Santo 5

ESTUDIOS

Fulvio PASTORE
Constitución y Tiempo / *Constitution and Time* 9

Massimo Luigi FERRANTE
La norma en el tiempo en el Derecho penal italiano / *The Norm in Time in Italian Criminal Law* 25

María PORCELLI
Derechos y tiempo de las personas físicas / *The Rights and Time of Physical Persons* 37

Pasquale PASSALACQUA
El acceso al contrato de trabajo temporal en Italia después de la reforma de 2014 / *Access to the Temporary Work Contract in Italy after the 2014 Reform* 47

ARTÍCULOS

Margherita INTERLANDI
El valor del tiempo en la relación entre el procedimiento y el proceso de la administración y los ciudadanos / *The Value of Time in the Relationship between Citizens and the Procedure and Process of Administration* 59

Alessandro BUCCI
La Praesumptio Mortis en el *Decretum Gratiani* / *Presumption of Death in the Decretum Gratiani* 71

Marco PLUTINO
La centralidad del timing en algunos acontecimientos recientes del debate político-institucional italiano / *The Centrality of Timing in Some Recent Events in the Italian Political-Institutional Debate* 91

Giancarlo SCALESE
Algunas reflexiones sobre el marco dogmático de las organizaciones no gubernamentales en el derecho internacional público / *Some Reflections on the Dogmatic Framework for Non-Governmental Organizations in International Public Law* 107

NOTAS Y DEBATES DE ACTUALIDAD

Francesco MAIELLO
La Jurisdicción Internacional del Juez Italiano en la coordinación del Art. 3º CO. 2L. 218/1995 con el sucesivo Reglamento (UE) N. 1215/2012 / *International Jurisdiction of the Italian Judge in the Coordination of Article 3º CO. 2L. 218/1995 with its Successive Regulation (UE) N. 1215/2012* 121

Alessandro TRINCHI	
La anticipación de los efectos constitutivos de la Sentencia antes de la cosa juzgada / <i>Anticipation of the Constitutive Effects of the Sentence in the Light of Jeopardy</i>	131
LIBRARIUS	
Jorge DÁVILA: <i>Bolívar y Spinoza. Reflejos doctrinarios</i> . FUNDECEN, Mérida, 2013 (Pausides Reyes).	143
DIRECTORIO DE AUTORES	145
ÍNDICE GENERAL DE AUTORES Y ARTÍCULOS	
Año 19 (Nos. 64-67) 2014	147



La norma en el tiempo en el Derecho penal italiano

The Norm in Time in Italian Criminal Law

Massimo Luigi FERRANTE

Università degli Studi di Cassino e del Lazio Meridionale, Italia.

Resumen

El tiempo es fundamental en el derecho penal en tanto que para identificar la Ley penal aplicable es necesario determinar el momento preciso en que se cometió el delito. La Constitución y el Código de derecho penal sancionan el derecho de la irretroactividad de la norma penal incriminatoria. Se añade así el objetivo, no tanto de la certeza del derecho, pero se asegura y favorece al reo. El tiempo asume ulteriores y fundamentales connotaciones en otros casos: con el fenómeno del *abolitio criminis*, un hecho cometido durante la vigencia de una Ley penal incriminatoria deja de tener relevancia penal en cuanto una norma sucesiva ya no lo considera delito; en la sucesión de Leyes penales, así como en la transición de la pena con prisión a la pena pecuniaria. Sin embargo, mientras la sucesión determinará la relevancia penal, el reo deberá ser castigado aplicando la disposición más favorable, con la *abolitio* así como en el caso de la declaración de inconstitucionalidad de una Ley penal incriminatoria el sujeto no responderá por el hecho que corresponde al objeto de la abolición.

Palabras clave: Norma, tiempo, derecho penal, Italia.

Abstract

Time is fundamental in criminal law because to identify the applicable criminal law, it is necessary to determine the precise moment at which the crime was committed. The constitution and the criminal law code sanction the right of irretroactivity for the incriminating criminal norm. Thus, the objective is added, not so much for the certainty of the law, but to secure and favor the prisoner. Time assumes ulterior and fundamental connotations in other cases: with the phenomenon of *abolitio criminis*, a deed committed during the validity of an incriminatory criminal law ceases to have criminal relevance when a successive law no longer considers it a crime; in the succession of criminal laws, as well as in the transition of punishment with prison to the pecuniary punishment. Nevertheless, while succession will determine the penal relevance, the accused ought to be punished by applying the most favorable disposition, with the *abolitio* as in the case of declaring the inconstitutionality of an incriminating criminal law, the subject will not respond for the deed that corresponds to the object of the abolition.

Keywords: Norm, time, criminal law, Italy.

GENERALIDADES

El fascinante tema del tiempo asume en el derecho penal una particular importancia para las implicaciones que puede tener sobre el futuro y en particular sobre la libertad personal de quien ha cometido un delito.

Se plantean en efecto delicadas cuestiones de derecho intertemporal que tienen como puntos de referencia el momento en que una norma penal ha entrado en vigor y aquél en que el sujeto ha tenido una determinada conducta, prevista en una ley como delito. Por las respuestas que el ordenamiento proporciona a la temática de la norma penal en el tiempo, se puede observar de manera significativa, el estado de civilización de un país en cuanto tales soluciones, como se ha dicho también, pueden incidir en la libertad personal de quien ha tenido una determinada conducta: se trata de cuestiones inherentes a la norma penal que pueden tener un peso decisivo en la cuestión de si el sujeto debe ser sometido a la pena privativa de libertad personal y, en caso afirmativo, sobre la de la duración de dicha pena.

EL TEMPUS COMMISSI DELICTI

Uno de los dos términos de referencia inherentes al tema del presente trabajo es, sin duda, constituido por el *tempus commissi delicti*¹.

En efecto, para individualizar la ley penal aplicable es necesario establecer en qué momento se haya cometido el delito.

A falta de una toma de posición del legislador italiano sobre el punto, se han propuesto a nivel interpretativo tres soluciones.

La *teoría de la conducta*, que considera el delito cometido en el momento en que se ha materializado su conducta, es decir, la acción o la omisión.

La *teoría del acontecimiento*, que considera el delito cometido en el momento de comprobación del acontecimiento, causalmente reconducible a la conducta.

La *teoría mixta*, que considera el delito cometido indistintamente en el momento de la conducta y en el momento del acontecimiento.

Las últimas dos teorías parecen discutibles.

Aquella centrada en el acontecimiento, se presta a diversas críticas. En primer lugar, existen delitos sin acontecimientos naturales y, en casos como estos, el *tempus* vuelve a estar vinculado a la conducta cometida.

La crítica de mayor importancia consiste en que la teoría del acontecimiento conduciría a una aplicación retroactiva de una norma penal incriminadora, todas las veces en las cuales la conducta sea llevada a cabo bajo el vigor de una ley y el acontecimiento que se haya producido bajo el vigor de una ley distinta.

¹ Sobre este tema consideramos, *ex multis*: SINISCALCO (1965a). "Tempus commissi delicti", in: *Studi in onore di Antolisei*, III, Milano, 233; PAGLIARO (1999). "Legge penale nel tempo," *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1973, 1063; Id., "Tempus commissi delicti", *Enc. dir.*, XLIV, 82, Milano; GALLO, M (1999). "Appunti di diritto penale", Volume I, *La Legge penale*, Torino, p. 128; COMACCHIA, in: CANESTRARI-COMACCHIA, De S (2007). *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Bologna, p. 168; FIANDACA & MUSCO (2010). *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, p. 104; PULITANO (2011). *Diritto penale*, Torino, p. 614; MANTOVANI, F (2013). *Diritto penale, Parte generale*, Padova, p. 95; PALAZZO (2013). *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, p. 163.

Por su parte, la teoría mixta es absolutamente no idónea para resolver el problema del *tempus commissi delicti* porque no proporciona un criterio cierto, dejando en buena sustancia al arbitrio interpretativo la indicación del momento crucial. Además, es razonable, en el caso de sucesión de normas penales incriminadoras, considerar cometido un delito indistintamente bajo la vigencia de dos normas distintas.

Parece, por lo tanto, preferible el criterio de la conducta: dado que el momento de la conducta es aquel en el que el sujeto pondrá en marcha el propósito delictivo, este momento es decisivo con referencia a la función de prevención general relacionada con la amenaza de la sanción punitiva.

Por supuesto, no todos los problemas están resueltos. En el caso de delito permanente, caracterizado por la persistencia de una situación ilícita voluntariamente eliminable por el reo, *quid juris?* Dicho con otras palabras: es necesario tener en cuenta el último momento que sirve de soporte a la situación ilícita o, en cambio, del momento del primer acto que da inicio a la consumación del delito permanente?

La doctrina dominante opina en el primer sentido, incluso si no faltan voces de signo contrario.

Este *modus opinandi* implica precisas consecuencias: si durante un secuestro de una persona se intensifica el tratamiento sancionador para dicho delito, se debe aplicar la norma posterior que prevé una pena más rigurosa, dado que los reos fueron conscientes de la agudización del crimen y a pesar de todo han proseguido su actividad delictiva.

LA PROHIBICIÓN DE LA RETROACTIVIDAD DE LA NORMA PENAL INCRIMINADORA

El art. 25º, 1º párrafo, de la Constitución italiana (COST.) Dice: « *Nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley que haya entrado en vigor antes del hecho cometido* ».

Por su parte el art. 2º, 1º párrafo del Código Penal italiano (c.p.) dispone textualmente: « *Nadie puede ser castigado por un hecho que, según la ley del tiempo en el que se cometió, no constituía delito* ».

Los dos textos son en buena sustancia equivalentes y ambos sancionan el principio de la irretroactividad de la norma penal incriminadora². Este principio, más que garantizar la certeza del derecho, parece destinado a garantizar al reo. En particular, en el caso de delito castigado con pena de prisión, viene de tal modo protegida su libertad personal.

Desde el punto de vista teórico, pocos problemas se plantean al observar el fenómeno basado en una *nueva incriminación*, en el sentido de la previsión de un delito que antes no estaba previsto.

El principio se aplica también a impedir que una norma posterior al hecho, ya previsto como delito, que contenga una disciplina menos favorable al reo, pueda encontrar aplicación.

2 Sobre el punto: SINISCALCO (1965b). *Irretroattività delle leggi in materia penale*, Milano, p. 95; PODO (1971). "Successione di leggi penali", *Noviss. dig. pen.*, XVIII, Torino, p. 667; CARACCIOLI (1973). "Legalità ed irretroattività in tema di leggi tributarie", *Dir. prat. trib.*, p. 205 ss.; GALLO, M (1999). *Op. cit.*, p. 111; FIANDACA & MUSCO (2010). *Op. cit.*, pp. 85; MANTOVANI, F (2013). *Op. cit.*, p. 81.

LA ABOLITIO CRIMINIS. LA RETROACTIVIDAD DE LA NORMA PENAL DESPENALIZADORA

El IIº párrafo del art. C.P., prevé un principio en un cierto sentido similar a aquel ahora considerado: el principio de la retroactividad de la norma que suprime un determinado delito³.

En este caso, un hecho cometido durante la vigencia de una norma penal incriminadora, cesa de tener relevancia penal en cuanto una norma posterior no lo considerará más delito. Es el fenómeno de la *abolitio delictos*, es decir, la supresión de una incriminación anterior.

El principio encuentra su fundamento en la consideración que no tendría sentido castigar al reo por un hecho que no es más considerado por el legislador como un delito. Esta observación, resulta aún más evidente en el caso de un sujeto al que se le está descontando en la actualidad una pena de prisión por lo que al momento de la Comisión era considerado delito pero posteriormente no. Vistas estas consideraciones, parece del todo coherente lo dispuesto en el párrafo aquí examinado, en el sentido de que también en caso de sentencia de condena pasada en *judicatio la abolitio* vence lo sentenciado: "... *si ha habido condena, cesan la ejecución y los efectos penales*".

Un aspecto particular, se refiere a la *abolitio* de normas que van a integrar el precepto penal. Es el caso de los llamados elementos normativos, jurídicos, los cuales imponen el aplazamiento de una norma distinta a aquella incriminadora. Pensemos en el concepto de "*alteridad*" de la cosa en virtud del art. 624º .c.p., en materia de robo: para saber si la cosa es "del otro" es preciso dirigir la mente a las normas civiles en tema de propiedad. Piénsese en la calumnia: el art. 368º c.p. se refiere a la conducta de quien culpa a alguien de un "delito" sabiéndolo inocente; el carácter de delito o menos de lo asignado al sujeto que se sabe ser inocente, se desprende de otras normas penales incriminadoras.

En este sentido, hay que plantearse la siguiente pregunta: en caso de que permanezca intacta la norma penal incriminadora pero cambie la norma sobre la cual se basa el elemento normativo *quid juris?*

La *communis opinio* es que no haya *abolitio* porque los elementos normativos habrían limitada la repercusión en el precepto penal y por tanto, no se vería menos el *disvalor del hecho*. Es el caso de quien durante en la así llamada República de Saló acusó falsamente de un delito incumplido con el reestablecimiento de la legítima autoridad sobre los territorios sometidos a la legislación de la R.S.I.

Distinto es el caso de las normas penales en blanco, caracterizadas por el hecho de que el precepto se especifica en base a otras normas jurídicas y por lo tanto la ley llamada en causa termina por ser parte integrante del precepto: con la derogación de la norma invocada también se pierde el juicio de desvalor del hecho.

LA SUCESIÓN DE LEYES PENALES

Gran parte de las hipótesis aquí consideradas se caracterizan por el hecho de que una ley introduce una nueva *fattispecie* delictiva o que una ley "elimina", *rectius* suprime, una *fattispecie* ya prevista.

3 Sobre este punto, véase: PEDRAZZI (1960). "Ai limiti tra incostituzionalità ed abrogazione", *Riv. it. dir. proc. pen.*, p. 902ss.; VASSALLI (1983). "Abolitio criminis e principi costituzionali", *Riv. it. dir. proc. pen.*, p. 377ss.; GAMBARDILLA (2008). *L'abrogazione della norma incriminatrice*, Napoli; GATTA (2008). *Abolitio criminis e successione di norme "integratrici": teoria e prassi*, Milano.

Igualmente, están previstas situaciones en las cuales se puede hablar de sucesión de normas penales incriminadoras⁴.

En estas situaciones se suceden normas que, aún considerando el mismo hecho como delito, incluyen previsiones diferentes. En estos casos, el legislador se inspira en el principio del *favor rei* (que no es otro que el principio de la inviolabilidad de la libertad personal, consagrado, a juicio de quien escribe, en el sistema penal italiano por los párrafos del art. 13º Cost.⁵), en el sentido de que se debe aplicar la norma más favorable.

En este contexto, en el art. 2º. C.p. están previstas dos situaciones: A) condena a pena privativa de libertad y posterior ley que para ese delito que prevé una pena pecuniaria (art. 2º, IIIº párrafo, c.p.); B) sucesión de leyes penales de las cuales se debe aplicar la más favorable (art. 2º, IV párrafo).

A) El pasaje de pena de prisión a pena pecuniaria

El IIIº párrafo del art. 2º. c.p. ha sido introducido recientemente (l. 24 febrero de 2006, nº. 85) y dispone textualmente: « *Si ha habido condena a pena privativa de libertad y la ley posterior prevé exclusivamente la pena pecuniaria, la pena de prisión impuesta se convierte inmediatamente en la correspondiente pena pecuniaria, en virtud del art. 135º.c.p. .»*.

La particularidad de esta disposición está representada por el hecho de que la sucesión de una ley menos favorable (la que prevé la pena de prisión) de una más favorable (la que prevé la pena pecuniaria) no se ve obstaculizada por el paso de cosa juzgada de la sentencia. Antes del 2006, es decir, antes de la ley hace unos instantes citada, se aplicaba la disposición actualmente prevista en el IVº párrafo del art. 2º. c.p., (en la época del IIIº párrafo): debía aplicarse la disposición más favorable pero con el límite representado por el pasaje de la sentencia definitiva; después de esa transición la norma posterior más favorable no habría podido encontrar aplicación.

Con el nuevo IIIº párrafo, en el caso de condena definitiva a pena de prisión, esta pena se convertirá automáticamente en pena pecuniaria, pero con un mecanismo especial y discutible: no se aplica la "nueva" pena pecuniaria pero se convertirá la prisión impuesta sustituyendo en virtud del art.135º.c.p. cada día de pena de prisión con 250 euros.

Pensemos en un ejemplo concreto: el art. 299º preveía el delito de vilipendio a la bandera, castigado con pena de prisión de uno a tres años y la L. nº. 85 del 2006, que ha introducido la actual

4 Sobre este punto, véase: GROSSO, CF (1960). "Successione di norme integratrici di legge penale e successione di leggi penali", *Riv. it. dir. proc. pen.*, p. 1210ss.; PALATANO (1975). "Reato permanente e successione di leggi penali nel tempo", *Giur. merito*, II, p. 54ss.; PADOVANI (1982). "Tipicità e successione di leggi penali. La modificazione legislativa degli elementi della fattispecie penale incriminatrice o della sua sfera di applicazione nell'ambito dell'art. 2, 3º comma c.p.", *Riv. it. dir. proc. pen.*, p. 1354 ss.; SIRACUSANO, P (1993). "Successione di leggi penali, I, Messina, 1988; SEVERINO Di, B (s/f): "Successione di leggi penali nel tempo", *Enc. giur. Treccani*, XXX, p. 1ss.; DEL CORSO (1999). "Successione di leggi penali", *Dig. disc. pen.*, XIV, p. 82 ss.; PULITANO (2002). "Legalità discontinua? Paradigmi e problemi di diritto intertemporale", *Riv. it. dir. proc. pen.*, p. 1270ss.; DI MARTINO (2003). "Successione di norme penali: modifiche strutturali e giudizi di valore", *Dir. pen. e proc.*, p. 533ss.; MICHELETTI (2006). *Legge penale e successione di norme integratrici*, Torino; ALAGNA (2007). *Tipicità e riformulazione del reato*, Bologna; PECORELLA (2008). *L'efficacia nel tempo della legge penale*, Milano; MUSCO (2009). "La sucesión de las leyes penales en el tiempo", *Revista penal*, nº. 24, p. 135ss.

5 Sobre el principio de inviolabilidad de la libertad personal como principio básico del sistema penal italiano, del que dependen los otros principios del derecho penal previstos explícitamente en la constitución italiana (reserva de ley, la irretroactividad de la norma penal incriminatoria, taxatividad, determinación, personalidad), permítase la referencia a FERRANTE, ML (2012). "A proposito del principio di inviolabilità della libertà personale", *Arch. pen.*, maggio-agosto, p. 587ss.; Id. (2013). "Observaciones sobre el principio de inviolabilidad de la libertad personal", *Revista penal*, nº. 31, enero, p. 70ss.; Id. (2014). *Principio di libertà personale e sistema penale italiano*, Napoli.

IIIº párrafo del art. 2º. c.p., ha previsto en cambio una contravención castigada con la multa de 100 a 1000 euros; en la hipótesis de pena de prisión de un año, ésta se convierte en una multa calculada multiplicando 250 por 365, con el resultado, claramente superior al máximo previsto en el nuevo art. 299º. c.p., de 91.250 euros! Distinto es el caso en que la sentencia no era todavía firme: se aplicaría la pena de multa prevista por el nuevo texto en el límite máximo de 1000 euros.

B) La “Tradicional” sucesión de leyes penales en el tiempo

El actual IVº párrafo del art. 2º. C.P. (antes de la reforma del 2006, IIIº párrafo) dispone textualmente: “*Si la ley del tiempo en el que se cometió el delito y las posteriores son diferentes, se aplicará las disposiciones son más favorables al reo, salvo que se haya dictado sentencia irrevocable*”.

Esta es la hipótesis “tradicional” de sucesión de leyes en el tiempo en cuanto prevista en el texto originario del código penal del 1930 y ya prevista en IIIº párrafo del art. 2º del Código Penal de 1889 (denominado código Zanardelli).

En este caso, el hecho no adquiere *ex novo* o no pierde posteriormente su importancia penal: mantiene esta importancia pero cambia la disciplina a raíz de la sucesión de dos o más leyes penales. La norma aquí considerada, según la opinión preferible⁶, ya formaba parte de la “Constitución material” bajo el vigor del Estatuto albertino y, según el autor⁷, fue “constitucionalizada”, al menos en lo que respecta a los delitos castigados con penas de prisión, en virtud del párrafo del art. 13º Cost., que consagra el principio de inviolabilidad de la libertad personal y por tanto el principio del *favor rei*.

Una de las características de esta sucesión es la inviolabilidad de la cosa juzgada: como se ha visto, el límite infranqueable es precisamente el paso de cosa juzgada de la sentencia. Este límite parece desproporcionado con respecto al poco antes mencionado principio de la inviolabilidad de la libertad personal, que encuentra concreción también en el principio de retroactividad de la norma penal más favorable.

El fenómeno podrá asumir distintos aspectos.

1) Una norma posterior a la vigente en el momento de la comisión del hecho contiene una disciplina menos favorable respecto a la norma anterior: se aplica la norma anterior en cuanto más favorable, siendo además no aplicable la posterior, en virtud de la prohibición de retroactividad de la norma penal anteriormente vista.

2) Una norma posterior contiene en cambio una disciplina más favorable: se aplicará ésta aunque haya entrado en vigor después de la comisión del hecho, porque en este caso no puede considerarse válido la prohibición establecida en el IIº párrafo del art. 25º de la Constitución⁸.

3) Más de dos normas penales incriminadoras se suceden en el tiempo: se aplicará la que a raíz de su comparación resulte más favorable.

Dicho esto, es evidente que un aspecto decisivo es el de determinar dentro de las “normas en batalla” cuál es la norma más favorable.

6 En tal sentido GALLO, M (1999). *Op. cit.*, p. 119ss.

7 Permitase la referencia a FERRANTE, ML (2014). *Op. cit.*, p. 156ss.

8 Sobre los límites en el principio de retroactividad de la norma más favorable considerar: Corte cost., sent. nº. 236 del 2011, in: www.cortecostituzionale.it/action/Giurisprudenza.do. En este aspecto, considérese también: VIGANO (2012). “Retroattività della legge penale più favorevole”, in: GAROFOLI, T (Ed) (2012). *Il libro dell'anno del diritto 2012*, Roma, p. 144ss.

Es preciso decir, en seguida, que la evaluación debe ser realizada *en concreto*, es decir, considerando el caso específico: el juez comparando las normas concretas y teniendo en cuenta las características del hecho concreto, deberá identificar la norma más favorable.

Si se piensa en la hipótesis de dos normas, una, anterior, con el mínimo pecuniario más bajo pero con el máximo pecuniario más alto con relación a una norma posterior, que posea el mínimo pecuniario más alto y el máximo más bajo: teniendo en cuenta la gravedad del hecho, el juez deberá aplicar la primera cuando considere aplicable al hecho, el trato punitivo mínimo; viceversa aplicará la segunda si considera el hecho grave y su autor meritorio del máximo de la pena.

Lo que no puede hacer el juez, es una especie de *sumario* en el cual incluir las partes más favorables de las normas en cuestión: ello arrojaría una tercera Ley de creación jurisprudencial, en armonía con el principio de reserva de ley. Por tanto, el juez debe decidir cuál ley, *en su totalidad*, aplicar al caso concreto.

LA DISTINCIÓN ENTRE SUCESIÓN Y ABOLICIÓN

Por lo hasta ahora dicho, parece evidente la diferencia de fondo entre *abolitio* y *successio legis*: en el primer caso, el sujeto no responderá del hecho correspondiente a la *fattispecie*, objeto de abolición; en el segundo caso, en cambio el hecho no dejará de tener importancia penal pero el reo deberá ser castigado aplicando la disposición más favorable.

En algunos casos, no se plantean problemas en cuanto parece evidente la despenalización. Piénsese en la transformación de un delito, en un ilícito administrativo. En otros, surgen por el contrario delicadas cuestiones.

Un caso de gran importancia se refirió al delito de interés privado en actos de oficio. La l. 26 de abril 1990, n.º 86 abolió el art. 324º del C.P., que preveía expresamente el delito mencionado anteriormente, pero al mismo tiempo reformuló el art. 323º. Del C.P. (primero tenía mero carácter residual) de manera que hace considerar a la Corte de Casación, que no hubiese existido *abolitio* del interés privado en actos de oficio, a pesar del claro contenido literal del art. 20º de la L. 26 de abril 1990, n.º 86, sino una *successio* respecto al nuevo abuso de oficio⁹.

Resulta evidente la necesidad de establecer si se está en presencia de una o de otra.

En este sentido fueron elaborados varios criterios.

A) Continuidad del tipo de ilícito

El criterio se basa en comparar las dos normas en lite: si la posterior, reproduce el contenido ofensivo de la anterior, hay sucesión en virtud del IVº párrafo del art. 2º. c.p.; en cambio, si se observa una solución de continuidad porque la nueva norma no reproduce el contenido ofensivo del anterior, hay abolición. Parámetros de evaluación serían el interés protegido y las modalidades de agresión al bien. Por eso, existiría sucesión en caso de que subsistan idénticos estos elementos. En una versión de este criterio, el juicio está centrado en el caso *concreto*. La Casación, en pleno, han recurrido a este criterio para la cuestión antes mencionada del interés privado en actos de oficio¹⁰.

A este criterio, sin embargo, ha sido criticada por una cierta vaguedad y extensión.

9 Cass., S.U., 20 giugno 1990, *Foro it.*, 1990, II, p. 637ss, con nota crítica de Fiandaca.

10 Cass., S.U., 20 giugno 1990, *Op. cit.*

B) Continencia

Un criterio seguramente más restrictivo es el de la plena continencia, basado sobre una relación estructural entre las *fattispecie abstractas consideradas*: hay sucesión sólo cuando la *fattispecie* subsiguiente, sea *íntegramente contenida* en la posterior, de lo contrario, hay abolición.¹¹

Al contrario de lo anterior, el criterio en cuestión fue objeto de críticas en cuanto demasiado restrictivo.

C) Especialidad

Para resolver la *quaestio* se ha propuesto un criterio más amplio que el de la plena continencia, aunque con puntos de contacto con este último, a partir de la necesidad de realizar una comparación entre las *fattispecie abstractas*¹².

El criterio está vinculado a la temática del concurso aparente de normas coexistentes. Se trata del criterio de especialidades consagrado en art. 15º. del C.p. (*Lex specialis derogat legi generalis*): una norma es especial respecto a otra si contiene todos los elementos de esta última con más al menos un *elemento especializante*. Por lo tanto la norma especial tiene un ámbito de aplicación más restringido, respecto a la norma general por vía de este elemento.

El criterio en cuestión se utiliza para lo que se refiere al problema aquí considerado, partiendo, cabe insistir, de una comparación entre *estas fattispecies abstractas*.

Cuando la norma *derogada* prevea una *fattispecie* abstracta, con los caracteres de la *especialidad*, en relación a otra *fattispecie* introducida simultáneamente o también con respecto a otra *fattispecie* ya existente en el ordenamiento, se está en presencia de una sucesión de leyes en el tiempo.

Se cita como ejemplo (incluso si ahora está superado por la reintroducción con la L. nº. 94 del 2009 del delito de injurias a público oficial) la intervención realizada con la l. nº. 205 de 1999 que había derogado el art. 341º. c.p.

Lo que aparentemente era una *abolitio*, no era otro que una *successio*, porque a pesar de la intervención legislativa seguía existiendo una *lex generalis* respecto del art. 341º.c.p., constituida por art. 594º. c.p. en tema de injuria. En efecto, la ofensa no es otra que una injuria especial por vía de la calificación de la persona ofendida y por vía de los requisitos adicionales de este caso, ahora solicitados por el art. 341º *Bis* c.p.

Es válido el criterio de especialidad y hay sucesión también en el caso inverso al ahora considerado, es decir, aquel en el cual la norma *derogada* sea *general respecto a la especial* ya existente o introducida simultáneamente en la derogación.

En este caso, la sucesión de las leyes en el tiempo abarcará la parte de *fattispecie* que mantiene su relevancia penal. Ya que mientras la norma *derogada*, siendo general había un ámbito más amplio, la ley especial, por vía de caracteres específicos tienen necesariamente un ámbito más restringido.

Ejemplo. El art. 1º, párrafo 1º de la l. nº. 516 de 1982, preveía la multa por falta de la declaración de la renta, en caso de que el contribuyente, aunque sólo por culpa, no presentaba la declaración anual de los ingresos, cuando el importe de los ingresos, no declarados sobrepasaba los cien

11 En tal sentido en jurisprudencia: App. Palermo; 29 maggio 1990, *Foro it.*, 1990, II, p. 637.

12 En tal sentido: PADOVANI (2012). *Diritto penale*, Milano, p. 42ss.

millones de liras. Dicha multa fue derogada por l. n.º 74 del 2000, que sin embargo, ha introducido al mismo tiempo un caso de falta de omisa declaración, dolosa y caracterizada por la superación del umbral del impuesto evadido de 150 millones de liras (77.468,53 euros). El ámbito de aplicación de este caso es más reducido que el anterior en cuanto especial frente a la general de la l. n.º 516 de 1982. Una vez abolida esta última, la *successio* ha sido configurable respecto a las hipótesis incluidas también en la nueva fattispecie, más restringida en cuanto dolosa y caracterizada por la superación del umbral del último indicado, además referida a la evasión y no a cuanto lo no declarado.

LAS LEYES EXCEPCIONALES Y TEMPORALES

El Vº párrafo del art. 2º. del C.p. establece: “*si se trata de leyes excepcionales o temporales, no se aplicarán las disposiciones de los párrafos precedentes*”¹³.

Por lo tanto, no se aplican entonces las disposiciones anteriormente vistas al tema de *abolitio delictis* y de sucesión de leyes penales en el tiempo, que están previstas en los párrafos siguientes al I (que se consagra el principio de irretroactividad) para el cual, por supuesto, vista la previsión constitucional al IIº párrafo del art. 25,º no se admitirá excepción.

Las Leyes excepcionales son las promulgadas a fin de hacer frente a situaciones de emergencia.

Las leyes temporales son las que indican el plazo final de su eficacia.

Todas estas leyes tienen en común el hecho de que se destinarán a durar por un período limitado. La diferencia es que, en las leyes excepcionales este período no es indicado con precisión, debiendo durar mientras dura la emergencia, mientras que en aquellas temporales, el período es exactamente determinado.

La *ratio* de esta previsión se encuentra en que las nuevas incriminaciones o el trato punitivo más riguroso introducido por estas leyes, serían exentos de eficacia general preventiva si, a la expiración del plazo o a la desaparición de la emergencia fuera posible aplicar disposiciones más favorables por vía de la restablecida eficacia de las otras leyes.

Por esta razón, el Vº párrafo del art. 2º. c.p. deroga a la retroactividad, estableciendo lo que se ha impropriadamente llamada *ultra-actividad* de la ley excepcional o temporal. Se trata de una expresión inexacta en cuanto la ley excepcional o temporal no extiende su vigor, al margen de su período temporal de vigencia, sino que se refiere sólo a los hechos cometidos en este período.

LOS DERECHOS-LEY CADUCADOS O NO CONVERTIDOS EN LEY

El VIº Y último párrafo del art. 2º. c.p. dispone: « Las disposiciones de este artículo se aplicarán también en los casos de caducidad o de falta de ratificación de un decreto-ley y en los casos de un decreto-ley convertido en Ley con enmiendas »¹⁴.

Esta norma no planteaba problemas antes de la entrada en vigor de la Constitución, porque la norma anterior era que el Decreto-ley no convertido, perdiera eficacia no retroactivamente sino des-

13 Sobre el punto ver: TRAPANI (1982). “L’art. 20 L. 7 gennaio 1929, n.º 4º e la cosiddetta ultrattività delle norme penali tributarie”, *Riv. it. dir. proc. pen.*, p. 230ss; GALLO, M (1999). *Op. cit.*, p. 53.

14 Sobre el punto ver: MELCHIONDA (1984). “Norme penali favorevoli al reo e mancata conversione del decreto-legge”, *Ind. pen.*, p.176ss.

de el momento de la expiración del plazo para la conversión. El art. 77º, IIIº párrafo, de la COST., establece la norma inversa en base a la cual los decretos no convalidados pierden eficacia desde el comienzo, excepto la posibilidad para el legislador de regular mediante ley las correspondientes relaciones jurídicas.

Frente a esta situación, el Tribunal Constitucional italiano consideró con sentencia nº. 51 de 1985 la ilegitimidad del párrafo en cuestión «...*En la parte en la que hace aplicable a las hipótesis previstas en él las disposiciones contenidas en los párrafos 2º y 3º del mismo art. 2º. c.p.* 15º».

Hay que observar que en esa época el IIIº párrafo contenía las disposiciones actualmente contenidas en el IVº párrafo y por lo tanto, la sentencia prohíbe la retroactividad de la norma abrogadora, contenida en un Decreto no convertido y la aplicación de una norma penal más favorable, también ella contenida en un Decreto ley no convertido.

Así pues, tras este pronunciamiento, las disposiciones en examen, inspiradas en el principio de la invariabilidad de la libertad personal, no deberían encontrar aplicación.

La cuestión se refiere, por ello, a las hipótesis en las que el Decreto no convertido haya derogado este caso de delito o haya introducido un trato más favorable.

Para afrontarlo, es necesario distinguir entre *hechos acaecidos* respecto de la entrada en vigor del Decreto no convertido y *hechos cometidos en el período de vigencia del mismo* (llamados *hechos concomitantes*).

En cuanto a los primeros (hechos acaecidos) *nulla quaestio*: la pérdida de la eficacia retroactiva (*ex nunc*) del Decreto no encuentra límites. El ciudadano no puede haber confiado sobre la disciplina introducida en el Decreto-ley, habiendo sucedido el hecho antes de la entrada en vigor del mismo.

Bien distinto es el discurso en cuanto a los hechos concomitantes, es decir, los hechos cometidos en el período comprendido entre la emanación del Decreto y el vencimiento del plazo de 60 días para la conversión: las opciones de aquellos que han puesto en ser hechos que en base al Decreto no eran más considerados delitos o gozaban de un tratamiento sancionador menos riguroso, han sido indudablemente influidos por la normativa dictada por el Decreto, que durante ese período es ley penal a todos los efectos.

En este caso, la pérdida de eficacia retroactiva debe ser modulada.

En efecto, la opinión más aceptable es aquella que *para los hechos concomitantes se deben aplicar las normas más favorables contenidas en el Decreto-ley, aunque ha decaído*.

Se consideran las distintas hipótesis.

A) El Decreto no convertido había abolido una norma penal incriminadora. En las moras de conversión cualquier hecho subsumible en la fattispecie prevista por la norma derogada es penalmente irrelevante. Sólo después de transcurrido vanamente el plazo previsto en el art. 77º de la Constitución, la norma penal provisionalmente suprimida, retoma vigor *ex tunc*. Esta norma no es aplicable a los hechos cometidos durante el vigor del Decreto no convertido, de lo contrario se violaría la prohibición de retroactividad de la norma penal incriminadora, como se ha visto anteriormente, constitucionalmente consagrado.

b) El Decreto no convertido contenía normas penales más favorables.

Es un razonamiento análogo al llevado a cabo *sub a*): cualquiera que haya actuado en vigencia de la *lex mitior* tiene el derecho de ser tratado en base a la disciplina más suave, de lo contrario, se violaría la prohibición de retroactividad de la norma penal incriminadora.

LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD EN LA NORMA PENAL INCRIMINADORA

Aunque no se pueda hablar en el caso de declaratoria de inconstitucionalidad de hipótesis de sucesión de leyes en el tiempo, sin embargo, las dinámicas son similares y por lo tanto, merecen ser tratadas en el mismo contexto¹⁶.

El art. 136° de la Constitucional dispone: «*Cuando el Tribunal declara la ilegalidad constitucional de una norma de ley o de un acto que tenga fuerza de ley, la norma dejará de tener efecto el día siguiente a la publicación de la decisión*».

¿Qué ocurre con la hipótesis en la que el Tribunal Constitucional declare la inconstitucionalidad de una norma penal incriminadora con referencia a hechos cometidos antes de dicha declaratoria?

La respuesta se encuentra en una ley no constitucional, es decir, la l. n. 87 De 1953 que en el art. 30°, párrafos III° y IV°, dispone: «*Las normas declaradas inconstitucionales no podrán tener aplicación el día siguiente a la publicación de la decisión. Cuando en la aplicación de la norma declarada inconstitucional se ha dictado sentencia irrevocable de condena, expira la ejecución y todos los efectos penales*».

Por lo tanto en el caso de declaratoria de inconstitucionalidad de una norma penal incriminadora, la disciplina es similar a la de la *abolitio delictos*, con superación también de la cosa juzgada.

Un caso ilustrativo es el de declaratoria de inconstitucionalidad del art. 603° P., que preveía el delito de plagio, realizada con la sentencia n°. 96 de 1981¹⁷: los condenados con sentencia firme para tal, indefinido, delito, que descontaba la pena, vieron cesar la ejecución de la misma y todos los efectos penales.

Aunque no se tratara de una norma constitucional, el IV° párrafo del art. 30° de la l. n. 87 de 1953 parece perfectamente en línea con el art. 13° Cost. y el art. 25°, II° párrafo de la COST., a la luz de la inviolabilidad de la libertad personal.

El verdadero problema se tiene, cuando la norma declarada inconstitucional, es favorable al reo. El Tribunal constitucional se ha atribuido, con sentencia n°. 394 de 2006, el poder de declarar la inconstitucionalidad de una "norma penal de favor", por ella entendida como norma que establezca para determinados sujetos o hipótesis, un tratamiento penal más favorable del que resultaría de la aplicación de normas penales generales o comunes (por ejemplo: previsión discriminante de causas de no punibilidad, de causas extintivas del delito)¹⁸.

16 Sobre este punto, véase: GALLO, M (1956). "La "disapplicazione" per invalidità costituzionale della norma penale incriminatrice", *Riv. it. dir. proc. pen.*, p. 723ss.; PARODI, G (1982). "Effetti della dichiarazione di incostituzionalità delle leggi penali", *Riv. it. dir. proc. pen.*, p. 915ss.

17 Corte const. 8 giugno 1981, n°. 96, in: www.cortecostituzionale.it/actionGiurisprudenza.do.

18 Corte cost., sent. n°. 394 del 2006. Sobre tal sentencia ver: DI GIOVINE (2007). "Il sindacato di ragionevolezza della Corte costituzionale in un caso facile. A proposito della sent. n°. 394 del 2006 sui falsi elettorali", *Riv. it. dir. proc. pen.*, p. 100ss.; PECORELLA (2007). "Pronunce in malam partem e riserva di legge in materia penale", *Riv. it. dir. proc. pen.*, p. 343 ss. VASALLI (1983). *Op. cit.*, p. 377ss. VIGANO (2012). *Op. cit.*, p. 144ss.

A pesar del hecho de que el mismo Tribunal ha aclarado que la norma de favor declarada ilegal, debe encontrar aplicación a los hechos cometidos bajo su vigencia (los llamados hechos concomitantes) y no a los hechos acaecidos (a semejanza de lo visto en el tema de decretos-ley no convertidos), no se pueden ocultar las dudas en orden a esta "autoatribución" del poder de afectar negativamente la libertad personal del reo, libertad que el art. 13º Constitucional declara inviolable y cuyas limitaciones son atribuidas al legislador estatal y no a los jueces de la consulta.