

Errores en la creación y aplicación del derecho
Flavia Carbonell Bellolio
Carolina Fernández Blanco (eds.)
ISBN: 979-13-87913-34-2
Madrid, 2025 pp. 145-179
DOI: 10.37417/errores-creacion-aplicacion-derecho/05
Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales
Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

ERRORES LEGISLATIVOS Y PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL. REFLEXIONES DESDE EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ITALIANO*

Antonella MASSARO

RESUMEN: Este trabajo aborda la problemática de los errores legislativos en el marco del derecho penal, con especial énfasis en el ordenamiento jurídico italiano. Se explora cómo los errores legislativos, tanto por acción como por omisión, pueden socavar el principio de legalidad penal, que protege la libertad individual frente al poder punitivo del Estado. El análisis parte de la idea de que el derecho penal debe ser un recurso extremo (*extrema ratio*), empleado solo cuando otros mecanismos jurídicos han demostrado su insuficiencia. Sin embargo, la expansión del derecho penal contemporáneo lo ha transformado en una herramienta política, utilizada para generar respuestas inmediatas a situaciones de alarma social, lo que a menudo lleva a errores legislativos.

El artículo analiza varios tipos de errores, incluyendo aquellos relacionados con la violación de la precisión y verificabilidad de las normas penales, así como los errores técnicos y científicos que contradicen conocimientos aceptados. Además, se examinan los errores procedimentales, sancionadores y las decisiones legislativas arbitrarias tanto para criminalizar como para no criminalizar determinadas conductas.

El artículo concluye con la valoración de que el Tribunal Constitucional italiano desempeña un papel clave en la corrección de estos errores, a menudo mediante sentencias manipulativas o aditivas, pero su intervención plantea interrogantes sobre los límites de la discrecionalidad legislativa y el alcance de su poder. A través del análisis de casos

* Traducción al español realizada por Angelo Giraldi, Profesor Ayudante Doctor de Derecho Penal en el Departamento de Historia Jurídica y de Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad de Murcia.

emblemáticos, el estudio subraya la importancia de una correcta formulación de las normas para evitar una interpretación judicial excesivamente creativa y preservar así la coherencia del sistema penal en conformidad con los principios constitucionales.

PALABRAS CLAVE: Error legislativo; Derecho penal; Tribunal Constitucional italiano.

1. EL ERROR LEGISLATIVO ANTE LA CRISIS DEL DERECHO PENAL: LA LÓGICA PRESCRIPTIVA DEL BINOMIO LEY ERRÓNEA-LEY CORRECTA

El tema de los errores legislativos adquiere, sin duda, una relevancia peculiar desde la perspectiva del derecho penal. Cada vez que el legislador «yerra» en la formulación de la ley penal, debilita las garantías que protegen la libertad personal, sobrepasando los límites impuestos al ejercicio legítimo del poder punitivo (*ius puniendi*).

El derecho penal está estructuralmente vinculado a la idea de «límite» en un doble sentido:

a) El derecho penal debe ser «limitado», en el sentido de que, como sugiere el (meta)principio de *extrema ratio*¹, debería representar el remedio extremo, al que el sistema sólo recurra cuando, ante la insuficiencia de los demás instrumentos puestos a disposición por el ordenamiento, sea realmente necesario el sacrificio potencial de la libertad personal;

b) El derecho penal funciona como «factor limitador» de la actividad de los poderes públicos, protegiendo al individuo en la relación entre «libertad» y «autoridad». El principio de legalidad, entendido en sentido amplio, se convierte en un verdadero «Paladio de la libertad civil», proponiéndose contener la acción de los poderes públicos dentro de ciertos e inexpugnables límites, según una lógica que también caracteriza al derecho penal: todo lo que no está prohibido es lícito (la llamada norma general exclusiva)² y, por tanto, todo lo que queda fuera del derecho penal es arrastrado a la esfera de la libertad del individuo intangible por el Estado. La regla de conducta debe ser clara y predeterminada, haciendo que el derecho penal sea conocible y, sobre todo, calculable³.

Es innegable que el paradigma rápidamente esbozado, inspirado en la cultura liberal y en los principios de la Ilustración jurídica, parece ahora reducido a la consistencia de una «utopía anacrónica», incapaz de describir el estado real de la legislación penal.

¹ DE MURO, 2013: 9.

² HOBBS, 1959: 422. *Amplius*, FERRAJOLI, 2012: 46-47, nota 5.

³ Cf. PIFFERI, 2007: 745-746.

a) El derecho penal, en lugar de *última ratio*, se ha convertido en el instrumento privilegiado de intervención de un poder político dispuesto a utilizar la obsesión securitaria y la percepción de la inseguridad como verdaderos instrumentos de gobierno⁴. Ya es habitual referirse a la expansión del derecho penal⁵, a la hipertrofia de la legislación penal⁶, a un derecho penal (ya no mínimo sino) máximo⁷: el populismo penal⁸ se proyecta en un horizonte más amplio que el populismo político⁹, ofreciendo la respuesta «a coste cero» a las emergencias que alimentan la alarma social o, en todo caso, construyendo la ilusión de una política que, a través del derecho penal, pretende erigirse en modelo y baluarte cultural.

b) La crisis del Parlamento y de la ley (o, mejor dicho, de la reserva de ley en materia penal¹⁰) se traduciría en una «bancarrota» del principio de legalidad (también penal)¹¹, con la consiguiente centralidad del derecho jurisprudencial y de una interpretación cada vez más declaradamente creativa¹². La legalidad penal, entendida como un sistema de principios que gira en torno a la ley del Parlamento y encuentra su culmen en la Constitución, se hace menos reconocible en un sistema de fuentes que se ha vuelto, según cierta opinión, reticular¹³ y laberíntico¹⁴.

Las consideraciones en cuestión, aunque describen una tendencia posiblemente irreversible, no implican, como consecuencia necesaria, renunciar a la idea de un principio de legalidad que ya no podría cumplir su cometido. Por el contrario, es necesaria una reconstrucción más rigurosa del deber ser, que permita poner de relieve y «corregir» las desviaciones erróneas del modelo impuesto por el derecho positivo¹⁵. El esquema epistemológico elaborado por la Ilustración jurídica y el modelo de derecho penal que se inspira en ella, como ha sido señalado, tienen el defecto fundamental y evidente de corresponder a un modelo-límite, en gran medida ideal, pero de hecho nunca realizado y nunca plenamente realizable¹⁶. Sin embargo, queda por ver si la no realización de ese modelo (o de algunas de sus partes) depende de sus límites intrínsecos y como tales insuperables o, más bien, de defectos, evitables o reducibles¹⁷.

⁴ SIMON, 2008.

⁵ SILVA SÁNCHEZ, 1999.

⁶ PALIERO, 1985: 78 y ss.

⁷ CAVALIERE, 2018: 1 y ss.

⁸ RISICATO, 2019: 1 ss.; DONINI, 2020: 12 ss.; ANASTASIA-ANSELMINI- FALCINELLI, 2020; CORNELLI, 2019: 128 y ss.

⁹ FERRAJOLI, 2019: 79 y ss.

¹⁰ BRICOLA, 1980: 182-183; FIANDACA, 2011: 79 y ss.

¹¹ AA. VV., 2016.

¹² DI GIOVINE, 2013: 159 y ss.

¹³ OST- VAN DE KERCHOVE, 2002: 11 y ss.; OST, 2013: 29 y ss.; PASTORE, 2014: 19 ss.; LOSANO, 2005: 425 ss.; MANES, 2018: 1 y ss.

¹⁴ MANES, 2012: 5 y ss.

¹⁵ TARELLO, 1974: 363 y ss.

¹⁶ FERRAJOLI, 2012: 10.

¹⁷ *Ibid.*: 12.

El tema del error legislativo, por tanto, se sitúa precisamente en el plano de la indagación prescriptiva. Es, bien mirado, el primer bordillo capaz de contener la aportación creativa del intérprete dentro de unos límites compatibles con la legalidad penal: cuanto más «correcta» sea la ley, menos «justificables» serán las intervenciones (excesivamente) creativas por parte de la jurisprudencia.

La referencia al derecho penal como sistema de límites, que encuentran su fundamento en la Constitución y que se dirigen en primer lugar al legislador y después al intérprete, puede por tanto valorizarse desde el plano metodológico: este último, en efecto, debe poder basarse en una ley «correcta» en el plano formal y material, para cumplir las obligaciones de las que es destinatario directo.

2. DISCRECIONALIDAD LEGISLATIVA Y JUICIO DE LEGITIMIDAD CONSTITUCIONAL: CONSIDERACIONES GENERALES

En un sistema de fuentes «con una Constitución rígida», los errores legislativos se inscriben en el marco más amplio de los requisitos y límites del juicio de constitucionalidad: frente a los errores que entran en conflicto con la Constitución, la intervención del Tribunal Constitucional es el instrumento que permite «corregir» el error en cuestión.

Con especial referencia al ordenamiento jurídico italiano, un punto de partida interesante lo ofrece el art. 28 de la Ley n. 87 de 1953 (ley que contiene el reglamento de funcionamiento del Tribunal Constitucional). El artículo en cuestión especifica que el control del Tribunal Constitucional sobre la legitimidad de una ley o de un acto con fuerza de ley excluye cualquier apreciación de carácter político y cualquier control sobre el uso del poder discrecional del Parlamento.

Esto excluye, por tanto, un juicio del Tribunal Constitucional que pueda revisar el fondo de las opciones legislativas, consistentes, más precisamente, en valoraciones de naturaleza política y en el ejercicio de un poder discrecional.

En el trasfondo de esta regla está la idea kelseniana del Tribunal Constitucional como «legislador negativo», en el sentido de que los actos de anulación serían obligatorios y no discrecionales, al estar vinculados por la Constitución¹⁸. La única actividad discrecional, en definitiva, es la del legislador y, como tal, resulta incuestionable.

El art. 28 de la Ley n. 87/1953, en realidad, ha demostrado con el tiempo ser más una limitación aparente que real, mostrando toda su «fragilidad»¹⁹:

¹⁸ Kelsen, 1981: 201 y ss.

¹⁹ Arcidiacono, 2009: 2-3, 215.

algunos han definido este artículo como superfluo²⁰, dado que, a lo sumo, se limitaría a reafirmar que el constitucional es un juicio de legitimidad y no de fondo (como ya se deduce claramente del art. 134 de la Constitución italiana).

El Tribunal Constitucional italiano, en efecto, se ha alejado desde el principio de la idea, aun tendenciosa, de un legislador negativo, a través de decisiones cada vez más claramente «creativas»²¹.

No obstante, la premisa de que la discrecionalidad del legislador es el límite (abstractamente) infranqueable para el Tribunal Constitucional no deja de ser una premisa útil, sobre todo si cuestionamos la posible relevancia de los errores legislativos. Mientras se permanezca en el ámbito de la discrecionalidad, dado que la misma es incuestionable, no cabe espacio lógico ni jurídico para el error legislativo: el error legislativo, dicho de otro modo, se queda fuera del legítimo ejercicio de la actividad discrecional del legislador.

Sin embargo, el concepto de discrecionalidad legislativa no es tan obvio.

La discrecionalidad, en efecto, es un atributo habitualmente referido a la actividad administrativa: está vinculada a la consecución de un interés público predeterminado por la ley, respecto del cual los poderes públicos conservan un margen de apreciación relativo (únicamente) a la forma de realización del propio interés, que tiene lugar mediante la «ponderación» de los diversos intereses en juego²². Por lo tanto, si la función administrativa no se ejerce de manera «óptima» con respecto a la consecución del fin establecido por la ley, es posible dar paso al control jurisdiccional.

Las características de la discrecionalidad administrativa, en una primera aproximación, son esencialmente dos: a) la presencia de una norma «externa», es decir, contenida en un acto adoptado por un sujeto distinto de la Administración pública, que predetermina el objetivo que debe perseguirse; b) un control jurisdiccional de la actuación de la Administración Pública, que, especialmente a través del vicio de exceso de poder²³, se traduce en un control sobre la razonabilidad de las opciones de la Administración Pública, situándose en la frontera entre el control de legitimidad y el control de fondo²⁴.

Por tanto, si el predicado de la discrecionalidad se refiriera también a la actividad legislativa, habría que negar que la actividad del legislador sea «política» en el sentido de «libre en sus fines», dado que la actividad discrecional sería, por definición, aquella que está constreñida en los objetivos a alcanzar.

²⁰ GIANNINI, 1954: 56.

²¹ RUOTOLO, 2021, 54 y ss.; TEGA, 2021: 5 ss.

²² *Id.* SANDULLI, 1989: 349 y ss.

²³ MODUGNO-MANETTI, 1988: 1.

²⁴ SAITTA, 2021: 622 ss.

En efecto, no se ha dudado en sostener que sólo la actividad administrativa puede considerarse, en sentido estricto, discrecional²⁵.

La entrada en vigor de la Constitución y, sobre todo, su carácter rígido, desplaza el problema, pero no lo resuelve del todo. El legislador, ciertamente, se convierte en el destinatario de verdaderas obligaciones constitucionales que, si no se cumplen correctamente, desencadenan la «sanción» de ilegitimidad constitucional.

Sin embargo, desde el principio se debatió cuál fuese el grado real de vinculación de las normas constitucionales y, en consecuencia, cuál fuese el grado de «libertad» concedido al poder legislativo.

Frente a quienes consideran que la Constitución opera como un límite extremo a la creatividad del poder legislativo, que, en todo caso, seguiría siendo libre en el ejercicio de su actividad²⁶, hay quienes identifican en la Carta Constitucional un cuadro de valores completo, capaz de imponer restricciones objetivamente reconocibles a la actividad del poder legislativo²⁷.

Según algunos, por tanto, la Constitución seguiría dejando al Parlamento una libertad sustancial en la selección política de los objetivos a perseguir²⁸, mientras que, según otra opinión, tras la entrada en vigor de la Constitución, la actividad legislativa ya no podría considerarse libre en sus objetivos, convirtiéndose, por el contrario, en una actividad funcionalizada, por estar vinculada a la aplicación de la Constitución²⁹.

3. DISCRECIONALIDAD LEGISLATIVA Y DERECHO PENAL: LA DISTINCIÓN ENTRE DISCRECIONALIDAD Y ARBITRARIEDAD

Este enfoque (aun breve y parcial) de las cuestiones planteadas por la discrecionalidad legislativa, especialmente en la relación entre la ley y la Constitución, permite encuadrar mejor la posición del derecho penal que, de hecho, parece encontrarse en el centro de una verdadera contradicción.

1) El rostro constitucional del sistema penal, en su conjunto, está delineado por proposiciones prescriptivas, que son mucho más efectivas que en otras áreas del ordenamiento jurídico.

²⁵ GIANNINI, 1939: 91 y ss.

²⁶ CRISAFULLI, 1952: 61.

²⁷ MORTATI, 1991, 291 ss. *Amplius*, SCACCIA, 1999: 392 ss.

²⁸ SANDULLI, 1975: 565 y ss.

²⁹ MODUGNO, 1970: 616 y ss.

Los principios constitucionales en materia penal tienden a ser «rígidos» y refractarios a la ponderación: esta última, incluso cuando se admite, exige una carga de justificación especialmente intensa.

Además, el contenido mínimo de esos principios es claramente identificable. El principio de personalidad de la responsabilidad penal (art. 27, apartado primero, de la Constitución italiana) hace constitucionalmente ilegítimas (al menos) las formas de responsabilidad por hechos ajenos, o la posible introducción de la tortura como medio de búsqueda de pruebas o como modo de ejecución de penas, que contrastaría con los arts. 13 y 27 de la Constitución italiana: estas conclusiones son identificables sin un especial esfuerzo de interpretación y, sobre todo, no admiten excepciones ni temperamentos.

Frente a normas de este tipo, no parece atrevido hablar de verdaderas «obligaciones», de las que es destinatario el intérprete, pero antes el legislador. Dicho de otro modo, parece que no hay especial pudor en reconocer que la del legislador penal es una actividad discrecional, en la medida en que está constreñida externamente: un constreñimiento que no concierne tanto a los fines como a los contenidos de la ley.

2) Por otro lado, sin embargo, entre los principios generales que regulan la materia penal se encuentra también el de la reserva absoluta de ley, que, al atribuir un papel central al Parlamento democráticamente elegido, parecería imponer límites laxos a la discrecionalidad legislativa. El Tribunal Constitucional italiano, sobre todo en las últimas décadas, siempre ha mostrado especial cautela en su revisión de las normas penales, en nombre de una deferencia tendencial del control constitucional a la discrecionalidad del legislador³⁰.

Especialmente emblemáticos son los pronunciamientos en los que el Tribunal Constitucional excluye, al menos como regla general, una posible revisión de disposiciones penales que supongan un trato de favor para el reo. Una revisión constitucional *in malam partem* tendería a considerarse inadmisibile: un pronunciamiento que declare la ilegitimidad constitucional de una norma, que tendría como efecto ampliar la esfera de lo penalmente relevante o endurecer la respuesta sancionadora, contrastaría con una «lectura fuerte» del principio de reserva de ley: el Tribunal, al carecer de legitimidad democrática, no podría invadir la esfera que el art. 25 de la Constitución italiana reserva al Parlamento³¹.

³⁰ MANES, 2011: 1.

³¹ Sentencia del Tribunal Constitucional italiano de 27 de julio de 1995, núm. 411, punto 2 del *Considerato in diritto*; Sentencia del Tribunal Constitucional italiano de 13 de noviembre de 2000, núm. 508, punto 4 del *Considerato in diritto*. Para diferentes lecturas de este aparentemente anacrónico homenaje al modelo de democracia procesal y a la reserva absoluta de ley en las sentencias del Tribunal Constitucional relativas a la revisión *in malam partem*, vid. CUPELLI, 2015: 181 y ss. y DI GIOVINE, 2007: 110.

Se trata de dilucidar, entonces, si el juego de pesos y contrapesos entre la Constitución y el Parlamento, en lo que atañe particularmente al Derecho penal, está más desequilibrado hacia la inderogabilidad de la vinculación-obligación constitucional o, por el contrario, hacia el perímetro de intangibilidad delimitado por la reserva absoluta de ley.

También en atención al criterio jerárquico que inspira nuestro sistema de fuentes, parece preferible partir de una apreciación de las obligaciones constitucionales que limitan el ejercicio de la potestad legislativa en materia penal.

A efectos puramente penales, pues, la discrecionalidad legislativa puede definirse, estipulativamente, como el ejercicio de la potestad legislativa en cumplimiento de las obligaciones constitucionales que delimitan la materia penal.

La arbitrariedad, en cambio, se entiende aquí como el ejercicio del poder legislativo en violación de las obligaciones constitucionales que delimitan la materia penal.

El error legislativo (en materia penal) consiste, pues, en el ejercicio arbitrario del poder legislativo.

En este punto, trataré de repasar los principales errores legislativos que pueden encontrarse en materia penal, también con el objetivo de destacar, de vez en cuando, su grado de reconocibilidad y (por tanto) de justiciabilidad.

Dado que todo principio general que rige la materia penal es susceptible de funcionar como parámetro de constitucionalidad (principio de legalidad, culpabilidad, ofensividad, etcétera), vamos a considerar los posibles errores derivados del principio de legalidad en materia penal y, más concretamente, los consistentes en la vulneración de los principios de reserva de ley y de determinación.

La reserva de ley, como es sabido, no coincide con la legalidad: la reserva de ley es el «disfraz formal» que los sistemas de *civil law* eligen para caracterizar la legalidad penal. La determinación, por su parte, representa, en ciertos aspectos, la culminación de la reserva de ley: una ley penal indeterminada e incalculable, incapaz de seleccionar conductas penalmente relevantes, no cumpliría la función de garantía a la que está destinada la reserva de ley.

La exposición (no exhaustiva) que intentaré llevar a cabo se desarrollará a lo largo de dos líneas, identificadas respectivamente por la arbitrariedad de castigar y la arbitrariedad de no castigar.

4. LA ARBITRARIEDAD DEL CASTIGO: ERRORES LEGISLATIVOS EN LAS OPCIONES DE PENALIZACIÓN

Los errores que comete el legislador cuando opta por criminalizar una determinada conducta expresan la perspectiva tradicional de un principio de legalidad que interviene como limitación (ante todo) del legislador y como garantía del individuo frente a un posible ejercicio arbitrario del *ius puniendi*.

Se pueden considerar algunas posibles tipologías de error legislativo, que intentaré examinar según el siguiente «mapa»:

1. *Error procedimental.*
2. *Violaciones del principio de determinación:*
 - a) *error de precisión debido a la violación de las reglas del lenguaje común*
 - b) *error de precisión debido a la violación de las reglas del lenguaje jurídico*
 - c) *error por incumplimiento del «imperativo de realidad»:*
 - c.1) *error por violación del principio de verificabilidad;*
 - c.2) *error técnico-científico.*
3. *Error sancionador:*
 - a) *por «penas excesivamente indeterminadas».*
 - b) *por «penas excesivamente determinadas».*

4.1. Error procedimental

Por error procedimental entendemos el relativo al procedimiento previsto en la Constitución para la aprobación de la ley y de los actos con fuerza de ley, del que se deriva una violación del principio de reserva de ley, porque falta una ley formalmente válida. Si no se sigue el procedimiento, no existe una base legislativa formalmente válida en la que fundamentar la reserva de ley.

La cuestión se examinó, en el ordenamiento jurídico italiano, con especial atención a los actos con fuerza de ley (decretos-leyes y decretos legislativos), que son actos adoptados por el Gobierno.

El carácter absoluto de la reserva de ley (la materia penal debe ser regulada únicamente por la ley del Parlamento), en efecto, no excluye la posible intervención del Gobierno mediante decretos legislativos (art. 76 Const.) y decretos-leyes (art. 77 Const.)³². La Constitución italiana perfila la potestad

³² GALLO, 2020: 36-38.

reglamentaria del Gobierno como excepcional, subordinándola, en todo caso, a un control del Parlamento: este control es preventivo en el caso de los decretos legislativos (el Parlamento, mediante ley delegada, debe identificar los principios y criterios rectores, por tiempo limitado y para objetos definidos) y posterior en el caso de los decretos-leyes (que deben convertirse en ley, en el plazo de sesenta días, perdiendo su eficacia *ex tunc* en caso de no conversión).

Si no se respeta el procedimiento previsto por la Constitución, el Tribunal Constitucional puede cuestionar la legitimidad del decreto legislativo o del decreto-ley, incluso si su anulación tuviera un efecto *in malam partem*: el comportamiento «anormal» del poder ejecutivo anula de hecho el control del Parlamento, violando el principio de reserva absoluta de ley en materia penal³³.

4.2. Violaciones del principio de determinación

4.2.1. *Error de precisión debido a la violación de las reglas del lenguaje común*

A continuación, examinaremos algunos tipos de error que pueden remontarse al principio de determinación necesaria de la norma penal y que, aunque están estrechamente relacionados, pueden mantenerse diferenciados a efectos de clasificación, también porque se caracterizan por un grado diferente de reconocibilidad.

El principio de determinación tiene una dimensión estructuralmente compleja que, partiendo de los perfiles relativos a la formulación de la ley penal (obligaciones dirigidas al legislador), llega hasta la prohibición de la analogía (obligaciones dirigidas al intérprete)³⁴.

La primera dimensión del principio de determinación podría identificarse en el principio de precisión, entendido como la obligación del legislador penal de formular la disposición penal conforme a las reglas que rigen el lenguaje común y el lenguaje jurídico.

³³ Sentencia del Tribunal Constitucional italiano de 25 de febrero de 2014, núm. 32, relativa al incumplimiento del requisito de homogeneidad entre el decreto-ley y la ley de conversión: el decreto-ley núm. 272 de 2005, junto a las medidas urgentes para garantizar la seguridad y la financiación de los Juegos Olímpicos de Invierno de Turín, preveía modificaciones estructurales de la Ley sobre sustancias estupefacientes y psicotrópicas (Decreto del Presidente de la República núm. 309 de 1990); Sentencia del Tribunal Constitucional italiano de 23 de enero de 2014, núm. 5, que censuró la derogación de un supuesto incriminatorio en ausencia de competencia delegada (derogación del delito de asociación militar con fines políticos previsto en el decreto-ley núm. 43/1948); Sentencia del Tribunal Constitucional italiano de 22 de abril de 2022, núm. 105, que declaró ilegítima, también por exceso de poder delegado, la introducción del dolo específico en un supuesto de dolo genérico, que solo debía trasladarse de la legislación especial al Código penal (art. 586-bis, apartado séptimo, del Código penal).

³⁴ MASSARO, 2020.

Se puede hablar de error lingüístico para indicar violaciones del principio de precisión por parte de las reglas del lenguaje común: este tipo de error, más concretamente, se produciría en el caso de la formulación de la ley penal mediante elecciones lingüísticas y/o sintácticas que, al violar las reglas del lenguaje común aceptadas en un determinado momento histórico, impiden al intérprete atribuir un significado racional y sistemáticamente coherente.

Esta situación puede darse en (al menos) dos hipótesis:

- a) error material en la redacción del texto legislativo³⁵;
- b) ley radicalmente oscura, debido a defectos de redacción distintos del error material puntual y «reconocible»³⁶.

Se trata, en ambos casos, de un defecto de redacción de la disposición, que impide, desde el principio, identificar un texto que deba interpretarse.

El Tribunal Constitucional italiano, en la sentencia núm. 110 de 2023, se centró en lo que denominó el principio de inteligibilidad, precisamente estigmatizando la oscuridad absoluta de una ley regional.

Se trata, sin duda, de un pronunciamiento interesante, porque la ley declarada inconstitucional no tenía ni carácter penal ni administrativo-punitivo: las premisas tradicionalmente elaboradas con referencia al principio de determinabilidad en materia penal asumen, por tanto, un carácter general, exigiendo, en particular, que toda ley cumpla unos requisitos mínimos de «interpretabilidad»³⁷. Ciertamente, el legislador puede recurrir a cláusulas generales o, también, a conceptos técnicos cuya comprensión solo es posible para quienes poseen conocimientos especializados: *«diverso è, però, il caso in cui il significato delle espressioni utilizzate in una disposizione — nonostante ogni sforzo interpretativo, compiuto sulla base di tutti i comuni canoni ermeneutici — rimanga del tutto oscuro, con il risultato di rendere impossibile all'interprete identificare anche solo un nucleo centrale di ipotesi riconducibili con ragionevole certezza alla fattispecie normativa astratta. Una tale disposizione non potrà che ritenersi in contrasto con quei “requisiti minimi di razionalità dell'azione legislativa” che la poc'anzi menzionata sentenza n. 185 del 1992 ha, in via generale, evocato in funzione della tutela della “libertà e della sicurezza dei cittadini”»*³⁸.

³⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional italiano de 22 de abril de 1992, núm. 185, relativa a un asunto en el que el error material consistía en la indicación errónea del número de un artículo.

³⁶ Sobre el fenómeno de la ley oscura, en general, AINIS, 2010.

³⁷ PALAZZO, 2023: 1055.

³⁸ «Sin embargo, el caso es distinto cuando el significado de las expresiones utilizadas en una disposición —a pesar de todos los esfuerzos interpretativos, realizados sobre la base de todos los cánones hermenéuticos comunes— permanece totalmente oscuro, con el resultado de que resulta imposible para el intérprete identificar siquiera un núcleo central de hipótesis que pueda ser rastreado con razonable certeza hasta el caso normativo abstracto. Tal disposición no puede sino considerarse en pugna con aquellas “exigencias mínimas de racionalidad de la acción legislativa” que la citada sentencia n.º

La identificación del «núcleo» de la disposición, por lo tanto, es un requisito para cualquier ley, no solo para el derecho penal.

Ahora bien, ¿cuál es la norma que debe tomarse como parámetro de legitimidad constitucional?

En el caso de las leyes penales, una ley radicalmente oscura supondría una violación del apartado 2 del art. 25 de la Constitución italiana (que establece el principio de reserva de ley en materia penal). Para una ley «no penal», sin embargo, la cuestión es más compleja.

El Tribunal Constitucional italiano, en la sentencia núm. 110 de 2023, sostuvo que debía identificarse en el art. 3 de la Constitución y, por tanto, en el genérico principio de razonabilidad³⁹.

Me parece, sin embargo, que el principio de razonabilidad es una base demasiado frágil, especialmente para un error tan «evidente». Dicho de otro modo, creo que para un «caso fácil» como este, en el que la violación del principio de legalidad es evidente, sería necesario basarse en un parámetro más específico que el ofrecido por la razonabilidad.

La cuestión podría quizás abordarse reduciéndola al nivel de la validez de una norma jurídica.

En este sentido, considero que entre las condiciones de validez de una norma jurídica puede identificarse también una validez interpretativa. Esta última, a su vez, puede distinguirse en validez interpretativa de primer grado y validez interpretativa de segundo grado.

La validez interpretativa de primer grado (o absoluta) se refiere a la corrección formal de la disposición que debe interpretarse: es el nivel en el que se sitúa la hipótesis de error legislativo considerada.

Esta forma de (in)validez interpretativa «primaria», por así decirlo, no deriva de la naturaleza del acto que se considera (penal, administrativo-punitivo, administrativo), sino que identifica la condición mínima para que sea una «ley», «ley regional», «decreto-ley», «decreto legislativo». Se trata, en efecto, de una condición que podría definirse como pre-jurídica, en el sentido

185 de 1992 evocaba, de modo general, en función de la protección de la “libertad y seguridad de los ciudadanos”». Traducción no oficial de la sentencia del Tribunal Constitucional italiano de 18 de abril de 2023, n.º 110.

³⁹ Así, «*l'errore materiale di redazione del testo legislativo, quale è stato evidenziato nel precedente paragrafo, costituisce per il cittadino una vera e propria insidia, palesemente idonea ad impedirgli la comprensione del precetto penale, o, quanto meno, a fuorviarlo. L'errore stesso, peraltro, introduce nella formulazione letterale della disposizione un elemento certo, pur se involontario, di irrazionalità e di contraddittorietà rispetto al contesto normativo in cui la disposizione è inserita e come tale determina anche una violazione di quel canone di coerenza delle norme che è espressione del principio di uguaglianza di cui all'art. 3 della Costituzione*»: sentencia del Tribunal Constitucional italiano de 22 de abril de 1992, núm. 185, punto 2 del *Considerato in diritto*.

de que constituye la condición misma para que un determinado texto escrito pueda ser leído en sentido jurídico: una condición tan obvia que no necesita ser explicitada.

Aunque soy consciente del carácter problemático de esta afirmación, creo que en este caso existe un defecto de forma que se refiere al propio ejercicio de la potestad legislativa. El art. 70 de la Constitución italiana establece que *la función legislativa se ejerce colegiadamente por las dos Cámaras*. Por lo tanto, una ley radicalmente oscura, incluso antes de violar el art. 3 de la Constitución o, en el caso de una ley penal, el art. 25, apartado 2, de la Constitución, violaría el art. 70 de la propia Constitución, ya que carece de un requisito previo implícito para un ejercicio del poder legislativo que pueda considerarse formalmente válido.

4.2.2. *Error de precisión debido a la violación de las reglas del lenguaje jurídico*

La validez interpretativa de segundo grado (o relativa), por su parte, se refiere al nivel de la norma que puede derivarse de un texto que, aunque formalmente inteligible, no permite deducir de esa norma un significado «calculable».

La norma, dicho de otro modo, debe estar suficientemente predeterminada o, al menos, ser predeterminable, según un parámetro que, en mi opinión, debe identificarse en el intérprete modelo. Este último, más precisamente, coincide con el sujeto que posee las herramientas técnico-cognitivas para atribuir significado a un enunciado jurídico o, si se prefiere, para realizar el proceso de «transición» que conduce de la disposición a la norma⁴⁰.

El perfil en cuestión se sitúa en un plano lógicamente posterior al anterior. No se trata (o, al menos, no debería tratarse) de la mera interpretabilidad del texto legislativo, si por esta se entiende que a la disposición se le puede atribuir cualquier sentido; se trata, más bien, de que el intérprete pueda encontrar una lectura tendencialmente «unívoca» y «estable» de la disposición cuya determinación se denuncia.

También en este caso podría existir un error legislativo susceptible de ser censurado por el Tribunal Constitucional.

Sin embargo, un error legislativo es menos evidente y menos reconocible que uno que dé lugar a una ley radicalmente oscura y, de hecho, sólo en raras ocasiones ha dado lugar, al menos en la experiencia italiana, a declaraciones de ilegitimidad constitucional.

⁴⁰ MASSARO, 2020: 138 y ss.

Entre los argumentos que el Tribunal Constitucional italiano ha utilizado para «salvar» disposiciones vagas, ambiguas o genéricas se encuentra sin duda la valorización del derecho «viviente», entendido como una pauta jurisprudencial suficientemente estable capaz de hacer «calculable» la norma extraída de un texto abstractamente indeterminado. Aunque la existencia de interpretaciones constantes no supe, por sí sola, la posible imprecisión originaria del precepto penal, la existencia de una pauta jurisprudencial constante puede suscitar un elemento de confirmación de la posibilidad de identificar, a partir de una vía hermenéutica ordinaria, el valor más preciso de una expresión normativa de por sí ambigua, genérica o polisémica⁴¹.

El riesgo, por supuesto, es el de reducir significativamente el espacio para la posible aceptación de una excepción de legitimidad constitucional: la referencia al Derecho viviente podría representar un expediente para «justificar», *ex post facto*, opciones discutibles del legislador, confiando a la jurisprudencia ordinaria tareas sustitutorias respecto de la obligación legislativa de correcta formulación de las normas penales⁴², o incluso confirmando una licencia de legitimidad a verdaderas analogías *in malam partem*, siempre que se hayan estabilizado en la doctrina jurisprudencial.

Estas preocupaciones son ciertamente compartibles. El paso del principio de «determinación» al principio de «determinabilidad» deprecia, en abstracto, el valor selectivo de esta articulación de la legalidad penal, aunque sea consecuencia, en muchos aspectos inevitable, del papel central asumido por la interpretación y el intérprete en la identificación de la norma penal.

El «margen de maniobra» del intérprete, en cualquier caso, puede reducirse y abordarse mejor mediante una técnica legislativa «correcta» y adaptada a las exigencias del derecho penal: cuanto más precisa sea la disposición penal, menor será la incertidumbre sobre la norma aplicable.

4.2.3. *Error por incumplimiento del «imperativo de realidad»*

a) Error por violación del principio de verificabilidad

La Ley penal debe describir casos capaces de resistir la prueba de la «realidad»⁴³ en el sentido de que: a) sus elementos constitutivos deben ser susceptibles de prueba dentro del proceso (también porque, al fin y al cabo, el derecho penal no existe fuera del proceso); b) los elementos en cuestión deben

⁴¹ *Ibid.*

⁴² PALAZZO, 1991: 356; VIGANÒ, 2016: 7.

⁴³ Cfr., en una perspectiva más amplia, PULITANÒ, 2006: espec. 798 ss.

cumplir los indicios que pueden derivarse del conocimiento extrajurídico, empezando por el conocimiento científico.

Otra dimensión del principio de determinabilidad, procedente de esta premisa, es el principio de verificabilidad, entendido, en una primera aproximación, como la obligación de formular tipos penales que se correspondan con la realidad y que, por tanto, sean susceptibles de ser probados en juicio.

El error de verificabilidad, por tanto, se da cuando el objeto de la comprobación no existe *in rerum natura* o cuando, en todo caso, el proceso penal no proporciona al intérprete las herramientas necesarias para llegar a una constatación «más allá de toda duda razonable».

Un caso especialmente famoso en Italia se refería al delito de «plagio». El Código penal de 1930 contenía el art. 603, redactado en los siguientes términos:

Chiunque sottopone una persona al proprio potere, in modo da ridurla in totale stato di soggezione, è punito con la reclusione da cinque a quindici anni.

Quien someta a una persona a su poder, de modo que la reduzca a un estado de total sujeción, será castigado con pena de prisión de cinco a quince años.

El Tribunal Constitucional, con la sentencia núm. 96 de 1981, declaró la ilegitimidad constitucional de este artículo, ya que el requisito del «estado de sometimiento total» no era susceptible, según los datos científicos disponibles en ese momento, de comprobación concreta a través de los instrumentos puestos a disposición del proceso penal: no es demostrable, precisó el Tribunal Constitucional, que puedan existir seres capaces de obtener por medios únicamente psíquicos el sometimiento total de una persona. Los jueces constitucionales, entonces, aclararon que el principio de determinación exige expresamente al legislador la formulación de normas conceptualmente precisas desde el punto de vista semántico de la claridad e inteligibilidad de los términos empleados, debiendo lógicamente considerarse implícita también la carga de formular hipótesis que expresen supuestos correspondientes a la realidad⁴⁴.

Una vez más, se plantea una duda sobre el parámetro constitucional. *Nulla quaestio* si se refiere a una ley penal, ya que sería el apartado 2 del art. 25 de la Constitución italiana el que se tomaría en consideración. ¿*Quid iuris*, en cambio, si el mismo «error» se refiriera a una ley distinta de la penal?

⁴⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional italiano de 4 de marzo de 1981, núm. 96, punto 2 del *Considerato in diritto*. Sobre el tipo de plagio, antes de la sentencia del Tribunal Constitucional, *vid.* FLICK, 1971. Para consideraciones relativas a la posibilidad/oportunidad de una relevancia penal del plagio, en particular, *vid.* COPPI, 1983: 932 y ss., y en sentido crítico con respecto a la declaración de inconstitucionalidad, *vid.* BOSCARELLI, 1981: 1147 y ss.

b) Error técnico-científico

El error científico, según algunos, sería reconocible cuando el legislador construye el caso en flagrante contraste con la evidencia biomédica o técnica, establecida en el conocimiento científico⁴⁵.

Ciertamente, no es este el lugar para repasar las relaciones entre el Derecho y la ciencia, que, si queremos simplificar, han llegado, aunque con dificultad, a la condición de interdependencia mutua: el derecho no puede prescindir de las relaciones entre el derecho y la ciencia, pero, al mismo tiempo, la Constitución establece límites, también de carácter axiológico, que ni siquiera la ciencia puede superar⁴⁶.

Lo que parece suficientemente cierto, en todo caso, es que una ley que esté en claro conflicto con el conocimiento científico puede ser declarada constitucionalmente ilegítima. Algunos han hablado, en este sentido, de un control de razonabilidad científicamente orientado⁴⁷, otros, como parece preferible, de la ciencia como parámetro interpuesto de constitucionalidad⁴⁸.

En Italia, entre los casos más representativos de leyes constitucionalmente ilegítimas por ser «científicamente erróneas» están los relativos a la Ley núm. 20 de 2004, sobre reproducción médicamente asistida. La estructura de la ley en cuestión fue literalmente demolida por el Tribunal Constitucional.

Me limitaré a hacer referencia a uno de los pronunciamientos más conocidos sobre el tema.

El artículo 14.2 de la Ley núm. 40 de 2004 establecía la prohibición de la creación de los denominados embriones supernumerarios, que en ningún caso podían superar el número de tres, y a continuación imponía la obligación de una implantación única y simultánea de los mismos.

El Tribunal Constitucional, en su sentencia núm. 151 de 2009, declaró ilegítimas las normas en cuestión, que habrían obligado a los médicos a realizar intervenciones que, según los conocimientos médicos, son potencialmente perjudiciales para la salud de la mujer y del feto. Para ser más precisos, la prohibición en cuestión acababa *«per un verso, per favorire — rendendo necessario il ricorso alla reiterazione di detti cicli di stimolazione ovarica, ove il primo impianto non dia luogo ad alcun esito — l'aumento dei rischi di insorgenza di patologie che a tale iperstimolazione sono collegate; per altro*

⁴⁵ ANGELINI, 2023: 13 y ss.

⁴⁶ Para todas las indicaciones bibliográficas necesarias, *vid.*, de nuevo, ANGELINI, 2023: 27 ss.

⁴⁷ D'ALOJA, 2011: 19; PENASA, 2014.

⁴⁸ CASONATO, 2016: 1 y ss. quien habla de una «reserva de ciencia» como límite a la discrecionalidad del legislador.

verso, determina[va], in quelle ipotesi in cui maggiori siano le possibilità di attecchimento, un pregiudizio di diverso tipo alla salute della donna e del feto, in presenza di gravidanze plurime»⁴⁹.

También en este caso, planteo la misma duda sobre el parámetro constitucional, ofrecido, pero sólo si se toma en consideración una ley penal, por el art. 25, apartado 2, de la Constitución italiana. *¿Quid iuris* si una ley distinta de la ley penal, aunque sea inteligible y procesalmente determinable, traiciona el «imperativo de realidad» por su carácter anticientífico? Para casos similares al que se refiere a la ley sobre reproducción médicamente asistida en Italia, se ha identificado un parámetro de referencia seguro en el art. 32 de la Constitución, dado que la elección del legislador acabaría perjudicando la salud de la mujer (y del feto): de forma más general, si se toman en consideración los derechos fundamentales, podría hacerse referencia al art. 2 de la Constitución.

4.3. Error sancionador

4.3.1. Por «penas excesivamente indeterminadas»

Nullum crimen, nulla poena sine lege. Aunque el principio de legalidad debe necesariamente extenderse también al nivel de la pena, sufre una flexibilización casi inevitable en este último frente⁵⁰.

Esto se aplica a la pena amenazada (prevista por el legislador), la pena conmensurada (identificada por el juez) y la pena ejecutada (aplicada por las autoridades competentes).

Permaneciendo en el lado de la pena prevista en abstracto por el legislador, es innegable que las relaciones con el principio de determinación son problemáticas desde su enunciación. Una pena totalmente determinada sería una pena fija, que, sin embargo, como observó Canelutti, sería ciertamente una pena injusta: ningún delito y ningún delincuente es igual a otro, con la consecuencia de que el ejercicio del poder discrecional del juez entre la pena máxima y la pena mínima se convierte en el único medio posible de alcanzar la igualdad⁵¹. Si, por el contrario, la horquilla edictal (distancia entre la pena

⁴⁹ «Por una parte, favoreciendo —al hacer necesario recurrir a ciclos repetidos de estimulación ovárica cuando la primera implantación no produce ningún resultado— un aumento de los riesgos de aparición de patologías vinculadas a dicha hiperestimulación; por otra parte, determina, en los casos en que las posibilidades de éxito son mayores, un tipo diferente de perjuicio para la salud de la mujer y del feto, en presencia de embarazos múltiples»: traducción no oficial de la sentencia del Tribunal Constitucional italiano de 1 de abril de 2009, núm. 151. Desde la perspectiva penal, *vid.* DOLCINI, 2014: 1669; BARTOLI, 2011: 90.

⁵⁰ VASSALLI, 1965: 503, observa cómo el principio *nulla poena sine lege* debe encontrar necesaria confirmación junto al principio *nullum crimen sine lege*, aunque en materia de penas se admite una mayor elasticidad que no es posible admitir para la previsión de los delitos.

⁵¹ CARNELUTTI, 1968: 201.

mínima y la máxima) fuera tan amplia que no ofreciera ningún criterio real de orientación para el juez, la pena sería constitucionalmente ilegal por ser «demasiado indeterminada».

El primer tipo de error sancionador, por tanto, es el que se deriva de unas penas demasiado indeterminadas y que consisten en la previsión abstracta de un abanico de penas tan amplio que en modo alguno resulta selectivo.

El Tribunal Constitucional italiano, en su sentencia núm. 299 de 1992, declaró la ilegitimidad constitucional del art. 122 del Código Penal Militar de Paz italiano, que castigaba una figura especial de incumplimiento de una orden (*violata consegna*) con penas de prisión militar de dos a veinticuatro años, por violación del principio de legalidad de las penas⁵²: cuando la amplitud de la distancia entre la pena mínima y la máxima supera el margen de elasticidad necesario para asegurar la individualización de la pena, la predeterminación legislativa es sólo aparente y el poder conferido al juez se transformaría de discrecional en arbitrario⁵³.

4.3.2. Por «penas excesivamente determinadas»

En el lado opuesto se encuentran las penas «excesivamente determinadas», es decir, en las que la elección previa del legislador sacrifica o anula por completo la discrecionalidad del juez.

1) Las penas fijas son aquellas que, por definición, no dejan margen al juez en la medición de la pena.

El Tribunal Constitucional italiano, con respecto a las penas accesorias⁵⁴, pero también a las sanciones administrativas de carácter punitivo⁵⁵, ha aclarado que una pena que no pueda ser graduada en el caso concreto por el juez entra potencialmente en conflicto con los principios de razonabilidad-proporcionalidad e individualización del tratamiento sancionador. Solo en el caso de una infracción (penal o administrativa) «no graduable», porque expresa una ofensa o gravedad sustancialmente indiferente a las particularidades del caso concreto, podría considerarse constitucionalmente legítima una pena fija. De no ser así, existiría un error del legislador, que podría ser censurado por infracción de los arts. 3 y 27 (apartados primero y tercero) de la Constitución italiana.

⁵² Sentencia del Tribunal Constitucional italiano de 14 de junio de 1992, núm. 299, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 4/1992, 1468 ss., comentada por C.F. GROSSO, *Illegittimità costituzionale delle pene eccessivamente discrezionali*.

⁵³ Sentencia del Tribunal Constitucional italiano de 14 de junio de 1992, núm. 299, 1472.

⁵⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional italiano de 25 de septiembre de 2018, núm. 222.

⁵⁵ Sentencias del Tribunal Constitucional italiano de 23 de septiembre de 2021, núm. 185; 10 de marzo de 2023, núm. 40.

De hecho, el ordenamiento jurídico italiano sigue previendo, en el catálogo de penas principales (art. 17 del Código Penal), la pena fija por excelencia, representada por la cadena perpetua (*ergastolo*).

La cadena perpetua, evidentemente, aparece estructural e irremediablemente reñida con la finalidad resocializadora que la pena, por imperativo constitucional, debe perseguir (art. 27, apartado tercero, de la Constitución italiana)⁵⁶.

El Tribunal Constitucional ha declarado la ilegitimidad constitucional de la cadena perpetua para los menores de edad⁵⁷, pero siempre ha «salvado» la legitimidad general de la prisión permanente. El argumento fundamental en el que se basan las conclusiones de los jueces constitucionales se refiere a la posibilidad de que los presos a perpetuidad tengan acceso a beneficios penitenciarios, cuyo efecto puede ser una «conversión» sustancial de la pena perpetua en una pena temporal. En concreto, un condenado a cadena perpetua, tras haber cumplido al menos veintiséis años de su condena, puede acceder a la libertad condicional si, durante la ejecución de su pena, ha tenido un comportamiento que permita considerar seguro su arrepentimiento (apartados 1 y 3 del art. 176 del Código Penal)⁵⁸. Considerando, pues, los demás mecanismos de recompensa que tienen como destinatarios (también) a los reclusos a perpetuidad, debe concluirse que la «pena perpetua» también es compatible con el finalismo reeducativo «tendencial» a que se refiere el art. 27, apartado 3, de la Constitución italiana⁵⁹.

Estos argumentos no son del todo convincentes, aunque sólo sea porque, al afirmar que la cadena perpetua solo es constitucional en la medida en que es (potencialmente) temporal, no hace sino reafirmar el contraste estructural de la cadena perpetua con el art. 27.3 de la Constitución⁶⁰.

Sin embargo, estas premisas no «justifican» el denominado *ergastolo ostativo*, expresión utilizada para indicar, en sentido amplio, aquella cadena perpetua que, en atención a la gravedad de determinados delitos tasados (por ejemplo, delitos «de mafia»), impide el acceso a beneficios penitenciarios,

⁵⁶ Los perfiles de la ilegitimidad constitucional de la cadena perpetua han sido destacados por A. PUGIOTTO, *Una quaestio sulla pena dell'ergastolo*, en *Diritto penale contemporaneo*, 5 de marzo de 2013.

⁵⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional italiano de 24 de abril de 1994, núm. 168. Al respecto, *vid.* RUOTOLO, 1995: 358 ss.

⁵⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional italiano de 22 de noviembre de 1974, núm. 264.

⁵⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional italiano de 24 de abril de 1994, núm. 168, punto 4 del *Considerato in diritto*.

⁶⁰ PUGIOTTO, 2013: 4: «*il Giudice delle leggi ci dice che l'ergastolo non viola la Costituzione perché non è più pena perpetua: cioè, costituzionalmente parlando, afferma che l'ergastolo esiste in quanto tende a non esistere. In tal modo, però, l'argomento della Corte costituzionale dimostra, a contrario, che una reclusione a vita è certamente incostituzionale: dunque, tutti i colpevoli che — per le ragioni più varie — hanno scontato un ergastolo fino a morire, sono stati sottoposti ad una pena che la Costituzione respinge. È accaduto. Accade anche oggi. Continuerà ad accadere, sopravvivendo editualmente la pena della reclusione perpetua*».

salvo que el condenado decida cooperar con la justicia (art. 4-*bis* de la Ley Penitenciaria italiana). En sentido estricto, el *ergastolo ostativo* indica la cadena perpetua «no reducible», como consecuencia de la imposibilidad de acceder a la libertad condicional para los procesados que no colaboren y que hayan cumplido 26 años de su condena.

El carácter crítico del *ergastolo ostativo* fue puesto en conocimiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que, en su sentencia *Viola c. Italia*, censuró el automatismo preclusivo previsto en el art. 4-*bis* de la Ley Penitenciaria italiana⁶¹.

Tras varias intervenciones «interlocutorias» del Tribunal Constitucional, el legislador intervino con el Decreto-Ley núm. 162 de 2022, convertido por la Ley núm. 199 de 2022, procediendo a reformular los mecanismos contenidos en el artículo 4-*bis* de la Ley Penitenciaria⁶². La reforma, sin embargo, pareció desde el principio insuficiente para superar las dudas de constitucionalidad relativas al *ergastolo ostativo* que, como se ha dicho, conciernen a la propia cadena perpetua simple (*ergastolo semplice*).

En el caso de la cadena perpetua, por tanto, la evidencia jurídica del error legislativo deja paso a la necesidad política de unos instrumentos que, sobre todo en el pasado, han demostrado ser estratégicos en la lucha contra el crimen organizado. El derecho a la esperanza, por tanto, deja paso a las exigencias de seguridad.

2) Los automatismos sancionadores. La excesiva determinación de la pena también puede conducir a un error legislativo cuando, al tiempo que no describe la pena de manera fija, el legislador introduce mecanismos que limitan el poder del juez en la fase de medición.

Una hipótesis que ha llamado a menudo la atención del Tribunal Constitucional italiano en los últimos años es la de las llamadas circunstancias privilegiadas, entendidas como circunstancias (en particular, agravantes) que el legislador exime del *giudizio di bilanciamento* (art. 69 del Código penal italiano, similar a la compensación del art. 66 del Código penal español). También en este caso, como en el de las penas fijas, los «parámetros constitucionales» que entran en consideración son el principio de razonabilidad-proporcionalidad y el principio de individualización del tratamiento de la pena.

Un caso reciente especialmente interesante se refería al homicidio doloso agravado por actos cometidos en un contexto «doméstico-familiar».

⁶¹ TEDH, sección I, 13 de junio de 2019, núm. 77633/16, *Marcello Viola c. Italia* (n. 2). Al respecto, *vid.* DOLCINI, 2019: 925 ss.

⁶² Para un análisis exhaustivo de la reforma, *vid.* MORO, 2023: 109 ss.

La Ley núm. 69 de 2019, que reforzó la respuesta penal al fenómeno de la violencia de género (*rectius*, violencia doméstica), dispuso que la circunstancia agravante del delito de homicidio voluntario, aplicable a los casos en que pueda reconocerse un vínculo familiar o, en todo caso, sentimental entre el autor y la víctima, no puede sucumbir en el juicio de compensación con las posibles circunstancias atenuantes⁶³.

El Tribunal Constitucional, en su sentencia núm. 197 de 2023, sostuvo que esta disposición se traducía en una drástica limitación de la facultad del juez para calibrar la pena al disvalor real del hecho cometido, impidiéndole considerar como prevalentes tanto la provocación como las circunstancias atenuantes generales, respecto de la circunstancia agravante de haber cometido el hecho en un contexto familiar o parafamiliar.

A juicio de los jueces constitucionales, sin embargo, no sería fácil identificar la *ratio* de una prohibición tan absoluta, que acaba tratando de la misma manera situaciones muy diferentes, que no necesariamente coinciden con casos de «violencia de género».

Los jueces constitucionales han considerado contrario al principio de razonabilidad equiparar conductas muy diferentes: los homicidios intrafamiliares son muy distintos entre sí y en ocasiones derivan de condiciones de angustia y sufrimiento, que no son reducibles al patrón tradicional de violencia machista contra la mujer y que, por ello, no sería razonable excluir de la valoración discrecional del juez sobre el balance entre circunstancias agravantes y atenuantes⁶⁴. Una vez más, por tanto, el parámetro de referencia pasa a ser el de la razonabilidad.

A pesar de este caso concreto, es innegable que cuando el tema de la discrecionalidad legislativa en materia penal se cruza con el de la discrecionalidad

⁶³ Art. 577 del Código penal italiano: «*Si applica la pena dell'ergastolo se il fatto preveduto dall'articolo 575 [omicidio doloso] è commesso: 1) contro l'ascendente o il discendente anche per effetto di adozione di minorenne o contro il coniuge, anche legalmente separato, contro l'altra parte dell'unione civile o contro la persona stabilmente convivente con il colpevole o ad esso legata da relazione affettiva. [...]*

La pena è della reclusione da ventiquattro a trenta anni, se il fatto è commesso contro il coniuge divorziato, l'altra parte dell'unione civile, ove cessata, la persona legata al colpevole da stabile convivenza o relazione affettiva, ove cessate, il fratello o la sorella, l'adottante o l'adottato nei casi regolati dal titolo VIII del libro primo del Codice Civile, il padre o la madre adottivi, o il figlio adottivo, o contro un affine in linea retta. [...]

Le circostanze attenuanti, diverse da quelle previste dagli articoli 62, numero 1, 89, 98 e 114, concorrenti con le circostanze aggravanti di cui al primo comma, numero 1, e al secondo comma, non possono essere ritenute prevalenti rispetto a queste».

⁶⁴ Este es, en síntesis, el hecho que dio origen al recurso ante el Tribunal Constitucional: un hombre mata a su mujer, que padecía desde hacía unos diez años un trastorno bipolar severo de tipo límite, al que se sumó, en los meses anteriores al crimen, un problema de alcoholismo. El estado de salud de la mujer había empeorado desde que tomaba sustancias alcohólicas y tras un intento de suicidio. Su marido, que la cuidaba, se veía obligado a menudo a no dormir, por miedo a que cometiera actos autolesivos. Al final de una discusión, él la había matado, con repetidas puñaladas en el pecho, los brazos y el cuello.

dad del juez en la fase de medición de la pena, la aplicación de los principios de razonabilidad-proporcionalidad corre el riesgo de conducir a resultados (aún más) escasamente «controlables». En efecto, el Tribunal Constitucional asume la delicada tarea de evaluar, y eventualmente censurar, la *ratio* inspiradora de las opciones legislativas.

Un examen de razonabilidad que llegue a censurar como «erróneas» las razones para castigar (no sólo cómo se castiga, sino por qué se llega a esa elección), en otras palabras, representa una operación que ciertamente no se da por sentada, tanto en su resultado como en sus premisas.

5. LA ARBITRARIEDAD DE NO CASTIGAR: ERRORES LEGISLATIVOS EN LAS OPCIONES DE NO CRIMINALIZACIÓN

La preocupación posterior a la Segunda Guerra Mundial, como se ha señalado, era limitar la posible arbitrariedad del legislador en materia penal, potenciando el modelo del derecho penal como *extrema ratio*⁶⁵. El objetivo, en otras palabras, era reducir el ámbito del derecho penal.

Más recientemente, en cambio, las cuestiones relativas a las obligaciones de tutela penal han adquirido una importancia creciente: se exige al legislador que tipifique, es decir, que introduzca nuevas figuras delictivas y nuevas sanciones penales. El problema ya no es un exceso de punibilidad, sino, por el contrario, un exceso de impunidad⁶⁶.

El concepto de obligaciones de tutela evoca, en una primera aproximación, una vinculación para el legislador nacional, procedente de una fuente distinta de la ley, cuyo incumplimiento se sanciona de forma diferente según la localización de la fuente «obligante» y su relación con la fuente «obligada».

A efectos de clasificación, cabe distinguir entre:

1) Obligaciones constitucionales de incriminación, derivadas «directamente» de la Constitución.

Según la opinión mayoritaria, en el ordenamiento jurídico italiano, el único caso de obligación explícita sería el apartado 4 del artículo 13 de la Constitución italiana, que establece que se castigará toda violencia física y moral contra las personas sometidas a limitaciones de la libertad personal. De esta disposición, en particular, se derivaría la obligación de atribuir relevancia penal a la conducta de tortura, a pesar de que, hasta hace pocos años, no existía ningún supuesto *ad hoc* en el Código penal italiano.

⁶⁵ VIGANÒ, 2011: 2646.

⁶⁶ *Ibid.*: 2647.

2) Obligaciones de incriminación procedentes de la Unión Europea, basadas en el artículo 83 del TFUE (Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea).

3) Obligaciones de tutela internacionales, que pueden derivarse de los tratados internacionales y, en el caso del CEDH, de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo.

Una de las cuestiones centrales que plantean las obligaciones de protección penal derivadas del Derecho de la Unión Europea y del Derecho Internacional es, sin duda, la justiciabilidad de su incumplimiento⁶⁷: se trata de verificar, en otras palabras, si nos encontramos ante verdaderas «obligaciones» (caracterizadas, esto es, por el elemento del deber) capaces de restringir el poder legislativo y de convertir en arbitrario su no ejercicio.

En caso de que una obligación de incriminación de la UE siga sin cumplirse, la consecuencia imaginable es la apertura de un procedimiento de infracción.

El incumplimiento de una obligación contenida en un tratado internacional, por regla general, sólo tiene relevancia política. Si, por el contrario, se trata de una obligación derivada del sistema del CEDH, el «remedio» es un recurso ante el Tribunal de Estrasburgo, que tiene como resultado la condena del Estado incumplidor.

Más complejo es el discurso de las obligaciones constitucionales de incriminación.

Se pueden identificar al menos dos hipótesis diferentes.

1) La primera hipótesis es la del legislador que debilita una tutela penal existente, por ejemplo, derogando un tipo penal destinado a proteger los derechos fundamentales de la persona.

Supongamos, por ejemplo, que el Parlamento decida derogar el delito de hurto o el delito de agresión sexual.

Parecería que una ley de despenalización de este tipo suscitaría dudas de legitimidad constitucional, pero, según la opinión mayoritaria en Italia, de nuestra Constitución no se derivaría ninguna obligación implícita de criminalización. Por lo tanto, en ausencia de una obligación que limite la discrecionalidad del legislador, sería difícil identificar una violación que convirtiera la discrecionalidad en arbitrariedad.

Sin embargo, queda por aclarar en base a qué parámetro podría declararse ilegítima la ley de despenalización. Si se decidiera derogar el delito de tortura,

⁶⁷ Este es un aspecto que destaca eficazmente PAONESSA, 2009: 62 ss.

se produciría una violación «directa» del art. 13, apartado 4, de la Constitución. En otros casos, sin embargo, los remedios para «corregir el error» parecen menos obvios y más problemáticos.

Una primera solución es la que hace hincapié en el principio de razonabilidad, que, sin embargo, como ya se ha dicho, es un parámetro (demasiado) débil e incierto, sobre todo si se tienen en cuenta los «errores» evidentes del legislador.

Una segunda solución, en caso de que la ley de despenalización debilitara la protección de los derechos fundamentales de la persona, sería utilizar como parámetro el art. 2 de la Constitución. Pero, incluso en este caso, habría que contar con un catálogo de derechos fundamentales difícilmente predeterminable y, sobre todo, con un parámetro que, en todo caso, habría que completar con el de la razonabilidad: si, por ejemplo, una ley derogara la violencia sexual, pero siguiera considerando penalmente relevantes las hipótesis menos graves de *violenza privata* (parecida a las coacciones), la protección de la libertad de autodeterminación del individuo se vería irrazonablemente debilitada, sobre la base de una lectura global del sistema.

Parece oportuno señalar que la búsqueda de una base constitucional «segura» resulta fundamental también porque cualquier sentencia del Tribunal que declarase ilegítima una ley de despenalización produciría efectos desfavorables y, al menos por regla general, debería considerarse excluida una revisión *in malam partem*.

Si, con respecto al derecho fundamental/bien jurídico individual, también pudiera identificarse una obligación «no nacional» de tutela, los recursos podrían reforzarse: piénsese, en particular, en los derechos/bienes jurídicos que encuentran su protección en el CEDH, incluso en forma de obligaciones de tutela penal, con la consecuencia de que su violación podría dar lugar a una condena del Estado infractor por el Tribunal de Estrasburgo.

En cualquier caso, parece «curioso» que, una vez más, a pesar de la presencia de un aparente «caso sencillo», se luche por encontrar una solución que pueda aplicarse, sin dudas ni dificultades (incluso) en el ámbito puramente nacional.

2) La segunda hipótesis es la de la mera omisión legislativa: el legislador no pone en práctica una obligación de incriminación, al no aprobar ninguna ley para lograr este objetivo.

Esta situación se ha registrado en Italia con referencia a la relevancia penal de las conductas de tortura, respecto de las cuales, con cierta concurrencia de opiniones, existe una obligación de incriminación basada en el artículo 13, apartado cuarto, de la Constitución italiana. La introducción de un tipo *ad hoc* para el delito de tortura se remonta únicamente al año 2017, cuando, también

como consecuencia de las condenas a Italia por violación del art. 3 CEDH, el legislador introdujo el art. 613-*bis* del Código penal italiano.

No es fácil averiguar de qué manera se podría haber resuelto antes la cuestión, activando posibles recursos de derecho interno ante el incumplimiento de una obligación que encuentra cierta cobertura en la Constitución italiana. Una posible vía habría sido plantear una cuestión de legitimidad constitucional relativa a un caso «próximo» a la tortura, pero insuficiente para garantizar una protección adecuada, pidiendo al Tribunal que interviniera con una sentencia aditiva: sin embargo, incluso en este caso, hubiera sido una vía extremadamente problemática, aunque sólo fuera porque la intervención del Tribunal, una vez más, hubiera producido claramente efectos *in malam partem*.

5.1. El error omisivo del legislador y los pronunciamientos manipulativos del Tribunal Constitucional

La cuestión de las omisiones legislativas puede considerarse independiente de la presencia de una obligación de tipificación que haya quedado incumplida. Esta cuestión está inextricablemente vinculada a las técnicas decisorias del Tribunal Constitucional italiano, que, desde la creación del Tribunal, se han alejado del modelo de sentencias «meramente ablativas».

Las sentencias manipulativas se conocen comúnmente como los siguientes tipos de decisiones⁶⁸:

- Sentencia estimatoria parcial: declara inconstitucional solo una parte de la disposición censurada, permitiendo dar al texto un sentido distinto del original (inconstitucional);

- Sentencia aditiva: sirve precisamente para detectar la inconstitucionalidad de una omisión legislativa, que el Tribunal subsana añadiendo el texto necesario para que la disposición censurada exprese una norma conforme con la Constitución;

- Sentencia sustitutiva: declara la inconstitucionalidad de un texto en la parte en que prevé algo en lugar de otra cosa. Las sentencias sustitutorias, por tanto, serían la suma de una decisión estimatoria parcial (relativa solo a una parte del texto censurado) y una aditiva.

- Sentencia aditiva de un principio, a la que recurre el Tribunal cuando la disposición, aun necesitando ser completada, solo puede hacerse conforme a la Constitución mediante la indicación de un principio general, cuyo «desarrollo» está reservado al legislador y, antes de su intervención, al juez ordinario.

⁶⁸ La «clasificación» acogida en el texto es la propuesta por RUOTOLO, 2023, a quien nos remitimos para un estudio más detallado.

La sentencia aditiva de un principio, por tanto, forma parte de un «diálogo» que el Tribunal Constitucional establece tanto con el legislador como con los tribunales ordinarios.

En el marco del diálogo entre el Tribunal Constitucional y el poder legislativo, se han hecho cada vez más recurrentes los pronunciamientos en los que el Tribunal «avisa» al poder legislativo, dirigiendo una advertencia a este último sin estimar la cuestión planteada. Se trata, en particular, de casos en los que el Tribunal detecta perfiles de inconstitucionalidad que, aunque evidentes, sólo pueden ser superados mediante la intervención del legislador. Si, por el contrario, se desoye la advertencia, la sentencia solo tiene valor «político».

Ante la resistencia cada vez más significativa mostrada por el legislador en materia penal, el Tribunal Constitucional ha recurrido, en algunos casos, a los llamados pronunciamientos de inconstitucionalidad diferida: ante cuestiones complejas, que sería preferible dejar al arbitrio del legislador, el Tribunal aplaza la vista, asignando al legislador un plazo para actuar. En ausencia, sin embargo, de reformas o cambios que superen la duda de constitucionalidad, la única vía sigue siendo la de una declaración de ilegitimidad por parte del Tribunal.

5.2. El caso del suicidio médicamente asistido en Italia

Las cuestiones relativas al suicidio médicamente asistido ofrecieron la primera ocasión en la historia de la República en la que el Tribunal Constitucional italiano recurrió a la técnica decisoria de la inconstitucionalidad diferida o, si se quiere, de la inconstitucionalidad anunciada pero no (inmediatamente) declarada. Se trata del conocido, en Italia, como «caso Cappato-Antoniani».

Esta es, en resumen, la historia.

Marco Cappato, político italiano conocido por sus batallas de «desobediencia civil», acompañó a Fabiano Antoniani, que había solicitado «ayuda para morir» ante su grave estado de salud, a una clínica suiza. Tras la muerte de Antoniani, se abre un proceso penal contra Cappato por ayuda material al suicidio, castigado por el art. 580 del Código penal italiano. Sin embargo, se plantea una cuestión de legitimidad constitucional, cuestionando la «conformidad con la Constitución» de la conducta de mera ayuda material al suicidio.

El Tribunal Constitucional intervino con una doble sentencia.

Con la ordenanza núm. 207 de 2018, poniendo de relieve (no la ilegitimidad constitucional de todo el art. 580 del Código Penal, pero sí) las cuestiones críticas que la incondicional relevancia penal de la ayuda material al suicidio planteaba respecto de pacientes en condiciones similares a las de Fabiano An-

toniani, el Tribunal «puso en mora» al Parlamento, asignándole un plazo para modificar, por vía legislativa, un marco normativo anacrónico e inadecuado.

Tomando nota de la persistente inercia del legislador, la sentencia núm. 242 de 2019 declaró la ilegitimidad constitucional parcial del art. 580 del Código penal: se confirmó la estructura del pronunciamiento anterior, precisando más detenidamente los elementos constitutivos de la causa de no punibilidad introducida con referencia a la complicidad en el suicidio. El art. 580 del Código penal, más precisamente, fue declarado parcialmente ilegítimo en la parte en que no excluía la punibilidad de quien, en la forma prevista por los arts. 1 y 2 de la Ley núm. 219 (*Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*) —o, por lo que respecta a hechos anteriores a la publicación de la presente sentencia en el Boletín Oficial de la República, por medios equivalentes—, facilitara la ejecución de la intención de suicidarse, independiente y libremente formada de una persona mantenida en vida por un tratamiento de soporte vital y aquejada de una patología irreversible, fuente de sufrimientos físicos o psíquicos que considera intolerables, pero plenamente capaz de tomar decisiones libres y conscientes, siempre que dichas condiciones y la forma de ejecución hayan sido verificadas por una estructura pública del servicio nacional de salud, previo dictamen del comité de ética territorialmente competente⁶⁹.

En Italia, el suicidio médicamente asistido está actualmente regulado solo por esta intervención del Tribunal Constitucional. La Ley núm. 219 de 2019 regula los casos en los que el paciente renuncia a un tratamiento para salvar su vida o pide interrumpir un tratamiento ya instaurado, pero no toma en consideración las distintas hipótesis en las que el paciente pide que se le ayude a morir.

Estamos muy lejos de la idea de una intervención «obligada» del Tribunal Constitucional y creo que estamos también muy lejos de la idea de un error legislativo que pueda ser corregido por un poder distinto del legislativo. Parece que, con la sentencia núm. 242 de 2019, el Tribunal Constitucional ha ejercido precisamente ese poder discrecional funcional a opciones políticas que, por el contrario, le debería estar prohibido.

Todavía podría objetarse que la introducida por el Tribunal Constitucional en relación con la complicidad en el suicidio es una causa de no punibilidad, ya que se trata, por tanto, de una intervención que restringe el ámbito de la

⁶⁹ Para comentarios amplios y estructurados sobre ambos pronunciamientos, basta con leer las contribuciones recogidas en los dos volúmenes *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un'ordinanza ad incostituzionalità differita*, en *Il caso Cappato. Riflessioni a margine dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018*, editado por F.S. Marini, C. Cupelli, 2019 y *La Corte costituzionale e il fine vita. Un confronto interdisciplinare sul caso Cappato-Antoniani*, editado por G. D'Alessandro, O. Di Giovine, 2020. Véase también MASSARO, 2020a: 38 y ss.

infracción penal. Lo que entra en consideración es, en todo caso, la clarificación de los elementos constitutivos de una infracción penal. *Nulla quaestio* si el delito fuera totalmente inconstitucional, pero la aclaración de los casos en los que la ayuda al suicidio no es penalmente relevante, debido a la forma en que se llevó a cabo, no tiene nada de «necesario», con la consecuencia de que la formulación original del delito no tenía las características de un error legislativo evidente.

El Tribunal Constitucional, en el tema de la «eutanasia», ha intervenido, me parece, para colmar una laguna axiológica, entendida según la definición propuesta por Alchourrón y Bulygin: se encuentra una laguna axiológica cuando un determinado caso está regulado por una norma, pero esta disciplina, a juicio del intérprete, es axiológicamente inadecuada porque el legislador no ha tenido en cuenta una distinción que debería haber tenido en cuenta. La ausencia de una norma «diferenciadora», es decir, de una norma que regule de forma distinta un caso que al intérprete le parece diferente y para el que sería «justa» una solución distinta, hace que la norma existente sea axiológicamente inadecuada⁷⁰.

El problema es que, en este caso, la norma diferenciadora, capaz de colmar la laguna axiológica y adecuar el Código penal a los principios constitucionales, podría haberse construido de muy diversas maneras: el Tribunal «eligió» una de las muchas situaciones imaginables, ejerciendo, repetimos, una función claramente político-legislativa.

No es de extrañar, por tanto, que recientemente se haya planteado una nueva cuestión de legitimidad constitucional sobre el art. 580 del Código Penal, relativa precisamente a las condiciones de no punibilidad introducidas por el Tribunal Constitucional: se pide al Tribunal que valore la legitimidad de una norma... ¡introducida por el propio Tribunal! El cortocircuito de las fuentes parece, en este punto, completo.

5.3. La violación de la reserva de ley en materia de ejecución penal

Otro ámbito de especial interés en el lado de los errores legislativos (también) omisivos es el de la ejecución penal o derecho penitenciario.

La vertiente de la «pena ejecutada», en efecto, representa plásticamente el «dilema» de las sanciones penales: no se puede privar de la libertad personal sino en los casos y formas previstos por la ley (art. 13, apartado segundo, de la Constitución italiana), pero, dado que la pena debe tener por objeto la reeducación/resocialización del condenado (art. 27, apartado tercero, de la Constitución; véase también el principio de personalidad de la responsabilidad penal,

⁷⁰ ALCHOURRÓN BULYGIN, 1974: 158. Sobre este punto, GUASTINI, 2010: 57 ss.

contemplado en el apartado primero del mismo artículo), el tratamiento debe ser necesariamente individualizado (art. 13 de la Ley Penitenciaria italiana).

Es evidente que la necesaria individualización del tratamiento ha representado con demasiada frecuencia, en Italia, el pretexto para verdaderas «huidas de la legalidad»: la prisión es el reino indiscutible de las circulares administrativas y de los reglamentos internos, con una centralidad de las fuentes secundarias tan necesaria como arriesgada.

Se trata de una cuestión que afecta no solo a las prisiones, sino también a los hospitales psiquiátricos penitenciarios (ahora, en Italia, residencias para la ejecución de medidas de seguridad) y, de forma aún más evidente, a los centros de internamiento de extranjeros irregulares.

La cuestión previa se refiere al tipo de fuente encargada de regular las restricciones a la libertad personal. El legislador «omite» intervenir: la ley del Parlamento solo regula cuestiones generales de principio (casos), abdicando de las cuestiones de detalle (modos) en favor de la autoridad administrativa.

La violación del principio de reserva absoluta de ley no puede ser más evidente. El error legislativo, en este caso, es claramente reconocible. El problema, sin embargo, se convierte, una vez más, en el de identificar los instrumentos que puedan corregir el error en cuestión, dado que: a) las fuentes secundarias no pueden ser objeto de una cuestión de legitimidad constitucional; b) una eventual declaración de ilegitimidad de la ley, que contiene la disciplina general referida, entonces, a las fuentes secundarias, implicaría un vacío legislativo inadmisibles, que requeriría una intervención sistémica del legislador.

En Italia se ha producido un pronunciamiento de indudable interés sobre este punto: se trata de la sentencia núm. 22 de 2022, en la que el Tribunal Constitucional debía valorar la legitimidad de la reforma que disponía el cierre de los hospitales psiquiátricos judiciales (OPG) y su sustitución por las Residencias para la Ejecución de Medidas de Seguridad (REMS)⁷¹.

El Tribunal Constitucional constata, entre otras cosas, que la reforma no se apoya en una base legislativa adecuada, dado que mientras que los «supuestos» de admisión a las REMS son identificados por la ley, la especificación de las «modalidades» de admisión/internalización se confía a fuentes secundarias. El Tribunal, sin embargo, no puede ir más allá de una «advertencia» al legislador: la cuestión sometida a su conocimiento debe considerarse inadmisibles, precisamente porque los perfiles de ilegitimidad constitucional constatados sólo podrían superarse mediante una reforma global del sistema, que es necesaria e ineludiblemente competencia del legislador.

⁷¹ GIRALDI, 2024: 83 ss.

6. CONCLUSIONES SOBRE LAS DIFERENCIAS ENTRE «ERROR ACTIVO» Y «ERROR OMISIVO» DEL LEGISLADOR PENAL

El tema de los errores legislativos se presta ciertamente a un enfoque unitario, sobre todo porque presupone una norma parámetro que permite atribuir el predicado de «correcto» o «incorrecto» a la elección del legislador.

Sin embargo, de la distinción entre errores activos y omisivos pueden derivarse otras indicaciones.

En cuanto a los errores activos, parece que se trata, al menos en ciertos casos, de errores (más) fácilmente reconocibles. En ocasiones, resulta complejo identificar los límites de la discrecionalidad del legislador, especialmente en sus relaciones con la discrecionalidad del juez, pero los aspectos más problemáticos se refieren a cuestiones ya consolidadas en el debate jurídico, que proporcionan una base sólida para un marco teórico general. Por lo que se refiere específicamente a los remedios que deben activarse para «corregir» el error, el derecho penal, gracias a un principio de legalidad «sólido» en su deber ser, parece ofrecer coordenadas suficientemente fiables que, de hecho, ofrecen a menudo un modelo más general, válido también para los distintos sectores del ordenamiento jurídico (especialmente por el lado del principio de determinación).

Cuando, por el contrario, el error consiste en una omisión del legislador, la propia identificación de un error en sentido estricto se hace más difícil. Esta cuestión está estrechamente vinculada a la de las omisiones legislativas, que, una vez más, remite a la cuestión más amplia de la discrecionalidad del legislador.

Las lagunas, en Derecho penal, sólo pueden entenderse en un sentido sustantivo: «*sul piano meramente formale è improprio parlare di lacune (anche l'ordinamento composto da una sola norma è pienamente idoneo a qualificare tutti i possibili comportamenti umani: è vietato il parricidio, tutto il resto è lecito), sul piano sostanziale possono emergere ipotesi per le quali, in difetto di una regolamentazione espressa, si avverte la necessità di dare una disciplina imputabile al sistema*»⁷². Partiendo de esta premisa, se hace difícil trazar una línea divisoria entre «lagunas legítimas» y «omisiones ilegítimas», incluso ante una teorización de las obligaciones de tipificación, en muchos aspectos aún incierta. La consecuencia necesaria pasa a ser la de identificar remedios al error omisivo, que, en cualquier caso, no pueden conducir a la introducción de una norma penal incriminatoria, ya que la reserva de ley en materia penal se opondría a este resultado.

⁷² GALLO, 2020: 81.

Las aperturas que se han registrado sobre una censura más aguda del error omisivo del legislador, hasta ahora, se han referido a los derechos fundamentales de la persona y a los principios generales del ordenamiento jurídico. En presencia de una laguna normativa que redunde en un menoscabo de la protección de los derechos fundamentales, los jueces constitucionales mantienen que el Tribunal Constitucional puede y debe hacerse cargo de la necesidad de evitarlos, con una intervención que, aun no estando constitucionalmente constreñida, se deriva de una perspectiva sistémica. La discrecionalidad legislativa, entonces, se convertiría en un «límite relativo» para la revisión del Tribunal, superable en el caso de que la inercia del legislador produzca omisiones inconstitucionales que, aunque diversamente subsanables, no pueden permanecer así *sine die*, máxime cuando el propio Tribunal Constitucional ha enfatizado la necesidad de una intervención normativa. De lo contrario, sería el propio Tribunal el que abdicaría del papel para el que fue instituido: garantizar la preeminencia de la Constitución frente a las leyes y frente a cualquier acto autoritario e incluso frente a situaciones objetivas de vacío normativo.

Lo cierto es que, en todo caso, el Tribunal Constitucional, también para reaccionar ante «omisiones/inercias erróneas» del legislador, solo debería intervenir «en función garantista» o, si se quiere, para producir efectos favorables, no para ampliar la esfera de lo penalmente relevante. De lo contrario, deberían saltar las alarmas de los «límites» impuestos por la legalidad penal, que dicta que el legislador tiene en todo caso derecho a la última palabra.

La brújula, por lo demás, sigue siendo la del derecho penal «como límite», según el modelo clásico del derecho penal. Un modelo antiguo, pero no anacrónico. La identificación de un sólido y consciente deber ser, al fin y al cabo, es el primer y necesario paso para identificar aquellas «normas parámetro» que permitan la operatividad del binomio «correcto-incorrecto» y que, por tanto, atribuyan autonomía conceptual y sistemática al propio concepto de «error legislativo».

BIBLIOGRAFÍA

- AINIS, M., 2010: *La legge oscura. Come e perché non funziona*, Milano: Laterza.
- ALCHOURRÓN, C. E., y BULYGIN, E., 1974: *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires: Astrea (trad. it., editado por Pierluigi Chiassoni y Giovanni Battiste Ratti, Torino: Giappichelli, 2006).
- ANASTASIA, S., ANSELMi, M., y FALCINELLI, D., 2020: «Populismo penale. Una prospettiva italiana», Milano: Wolters Kluwer.
- ANGELINI, F., 2023: *L'errore legislativo come errore sul fatto scientifico. Riflessioni in dialogo con Maria Pia Iadecicco su diritto e scienza nel caso della P.M.A.*, en *Il comitato di ricerca si confronta. Atti del I ciclo di Seminari (2021-2022)*, editado por F. Aperio Bella, N. Posteraro y M.A. Sandulli, Editoriale Scientifica: 13 y ss.

- ARCIDIACONO, L., 2009: «Discrezionalità legislativa e giurisprudenza della Corte a confronto in tre recenti decisioni», *Teoria del diritto e dello Stato*, Roma: Aracne, 2009.
- AA. VV., 2016: *La crisi della legalità. Il «sistema vivente» delle fonti penali*, editado por C.E. Paliero, S. Moccia, G. De Francesco, G. Insolera, M. Pelissero, R. Rampioni, L. Risicato, Napoli: ESI.
- AA. VV., 2019: *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un'ordinanza ad incostituzionalità differita*, en *Il caso Cappato. Riflessioni a margine dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018*, editado por F.S. Marini, C. Cupelli, Napoli: ESI.
- AA. VV., 2020: *La Corte costituzionale e il fine vita. Un confronto interdisciplinare sul caso Cappato-Antoniani*, editado por G. D'Alessandro, O. Di Giovine, Torino: Giappichelli.
- BARTOLI, R., 2011: «La totale irrazionalità di un divieto assoluto. Considerazioni a margine del divieto di procreazione medicalmente assistita eterologa», *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1: 90-111.
- BOSCARELLI, M., 1981: *A proposito del principio di tassatività*, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1147 y ss.
- BRICOLA, F., 1980: «Legalità e crisi: l'art. 25, commi 2° e 3°, della Costituzione rivisitato alla fine degli anni '70», *Questione criminale*, 1: 179-275.
- CARNELUTTI, F., 1968: *La certezza del diritto*, en F. LOPEZ DE OÑATE: *La certezza del diritto*, Milano: Giuffrè.
- CASONATO, C., 2016: «La scienza come parametro interposto di costituzionalità», *Rivista AIC*, 2/2016: 1-11.
- CAVALIERE, A., 2018: «Il diritto penale minimo in Alessandro Baratta: per un'alternativa alla "cultura del presente"», *Archivio penale*, 3: 1-26.
- COPPI, F., 1983: voz «Plagio», *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXIII, Milán: Giuffrè: 932 y ss.
- CORNELLI, R., 2019: «Contro il panpopulismo. Una proposta di definizione del populismo penale», en *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, 4: 128 y ss.
- CRISAFULLI, V., 1952: *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano: Giuffrè.
- CUPELLI, C., 2015: «Problemi di legalità penale. Segnali in controtendenza sulla crisi della riserva di legge», *Giurisprudenza costituzionale*, 1: 181-206.
- D'ALOJA, A., 2011: «Tutela della salute, valutazioni tecnico-scientifiche, limiti all'autonomia regionale. Appunti di giurisprudenza costituzionale», en L. Violini (ed.): *Verso il decentramento delle politiche di welfare*, Milán: Giuffrè.
- DE MURO, G., 2013: «Ultima ratio: alla ricerca di limiti all'espansione del diritto penale», *Diritto@Storia*, 11: 1-28.
- DI GIOVINE, O., 2007: «Il sindacato di ragionevolezza della Corte Costituzionale in un caso facile. A proposito della sentenza n. 394 del 2006, sui 'falsi elettorali'», *Riv. it. dir. proc. pen.*: 100-134.
- 2013: «Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell'interpretazione», *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, 1: 159-181.
- DOLCINI, E., 2014: «La legge sulla procreazione assistita dieci anni dopo: la metamorfosi continua», *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 4: 1669-1692.

- 2019: «Dalla Corte Edu una nuova condanna per l'Italia: l'ergastolo ostativo contraddice il principio di umanità della pena», *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2: 925-948.
- DONINI, M., 2020: «Populismo penale e ruolo del giurista», *Sistema penale*: 1-22.
- FERRAJOLI, L., 2019: «Il populismo penale nell'età dei populismi politici», *Questione giustizialista*, 1: 79-85.
- 2022: *Diritto e ragione*, Bologna: Laterza.
- FIANDACA, G., 2011: «Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale», *Criminalia*: 79-98.
- FLICK, G.M., 1971: *La tutela della personalità nel delitto di plagio*, Milano: Giuffrè.
- GALLO, M., 2020: *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, I, Torino: Giappichelli.
- GIANNINI, M.S., 1939: *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano: Giuffrè.
- 1954: «L'illegittimità degli atti amministrativi e delle norme», *Riv. it. sc. giur.*: 39-71.
- GIRALDI, A., 2024: «La necesidad de tratamiento en el internamiento psiquiátrico penal: hacia la superación de los modelos penitenciarios», *Cuadernos de Política Criminal*: 83-115.
- 2024: «La necesidad de tratamiento en el internamiento psiquiátrico penal: hacia la superación de los modelos penitenciarios», *Cuadernos de Política Criminal*: 83-115.
- GUASTINI, R., 2010: «Defettibilità, lacune assiologiche e interpretazione», *Revus*, 2010: 57 y ss.
- HOBBS, T., 1959: «Dialogo tra un filosofo e uno studioso del diritto comune d'Inghilterra», *Opere politiche*, Torino: Utet, I: 422.
- KELSEN, H., 1928: *La garanzia giurisdizionale della Costituzione*, trad. it., en Id., *La giustizia costituzionale*, editado por C. Geraci, Milano: Giuffrè, 1981: 201 y ss.
- LOSANO, M., 2005: «Diritto turbolento. Alla ricerca di nuovi paradigmi nei rapporti fra diritti nazionali e normative sovranazionali», *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 2005: 403-430.
- MANES, V., 2011: *I recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale*, *Dir. pen. cont. - riv. trim.*: 99-110.
- 2012: *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma: Dike.
- 2018: «Dalla "fattispecie" al "precedente". Appunti di deontologia ermeneutica», *Diritto penale contemporaneo*: 1-33.
- MASSARO, A., 2020: *Determinatezza della norma penale e calcolabilità giuridica*, Napoli: Editoriale Scientifica.
- 2020b: *Questioni di fine vita e diritto penale*, Torino: Giappichelli.
- MODUGNO, F., 1970: voz «L'invalidità della legge», *Enciclopedia del diritto*, 1970: 616 y ss.
- MODUGNO, F.- MANETTI, M., 1988: voz «Eccesso di potere - II) Eccesso di potere amministrativo», *Enciclopedia giuridica*, XII, Roma: Treccani: 1 y ss.
- MORO, F., 2023: «L'art. 4-bis o.p. riformato dal d.l. 162/2022, conv., con modifiche, dalla l. 199/2022: un passo avanti e due indietro», *Sistema penale*: 109-125.
- MORTATI, C., 1991: *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova: Cedam.

- OST, F., 2013: «Dalla piramide alla rete: un nuovo modello per la scienza giuridica?», *Saggi sulla globalizzazione giuridica e il pluralismo normativo*, editado por M. Vogliotti, Torino: Giappichelli.
- OST, F.- VAN DE KERCHOVE, M., 2002: *De la pyramide au reseau*, Publication des facultés universitaires Saint-Louis.
- PALAZZO, F., 1991: «Orientamenti dottrinali ed effettività giurisprudenziale del principio di determinatezza-tassatività in materia penale», *Rivista italiana di diritto e procedura penale*: 327 y ss.
- 2023: «La legge “radicalmente oscura” al vaglio della Corte costituzionale: profili penalistici (e non solo)», *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 3: 1049-1057.
- VIGANÒ, F., 2016: «Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale», *Diritto penale contemporaneo*, 7: 1-43.
- PALIERO, C.E., 1985: «Minima non curat praetor». *Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova: Cedam.
- PAONESSA, C., 2009: *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, Pisa: Edizioni ETS.
- PASTORE, B., 2014: *Le fonti, la piramide, la rete: per un ripensamento del principio di legalità*, en ID., *Interpreti e fonti nell'esperienza giuridica contemporanea*, Padova: Cedam: 19 y ss.
- PENASA, S., 2014: *Nuove dimensioni della ragionevolezza? La ragionevolezza scientifica come parametro della discrezionalità legislativa in ambito medico-scientifico. Spunti dalla sentenza n. 162 del 2014 della Corte costituzionale*, en www.forum-costituzionale.it (última consulta realizada el 25 de septiembre de 2024).
- PIFFERI, M., 2007, «Difendere i confini, superare le frontiere. Le “zone grigie” della legalità tra Otto e Novecento», *Quaderni Fiorentini*, 1: 745-746.
- PUGIOTTO, A., 2013: «Una quaestio sulla pena dell'ergastolo», *Diritto penale contemporaneo*: 1-25.
- PULITANÒ, D., 2006: «Il diritto penale fra vincoli di realtà e sapere scientifico», *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3: 795-825.
- RISICATO, L., 2019: *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti*, Torino: Giappichelli.
- RUOTOLO, M., 1995: «L'illegittimità costituzionale della pena dell'ergastolo nei confronti del minore: un segno di civiltà giuridica», *Giurisprudenza italiana*, I: 358-362.
- 2021, «Oltre le “rime obbligate”?», federalismi.it, 3: 54-63.
- 2023: «Le tecniche decisorie della Corte costituzionale, a settant'anni dalla legge n. 87 del 1953», *Diritto e società*: 1 y ss.
- SAITTA, F., 2021: «Il vizio dell'eccesso di potere: una prospettiva storica», *Nuove autonomie*, 3: 622 y ss.
- SANDULLI, A.M., 1975: «Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale», *Diritto e società*, 1975: 565 y ss.
- 1989, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli: Jovene.
- SCACCIA, G., 1999: «Eccesso di potere legislativo e sindacato di ragionevolezza», *Politica del diritto*, 3: 392 y ss.
- SILVA SÁNCHEZ, J.M., 1999: *L'espansione del diritto penale. Aspetti della politica criminale nelle società postindustriali*, Milano: Giuffrè, 2004.

- SIMON, J., 2008: *Il governo della paura. Guerra alla criminalità e democrazia in America*, Milano: Raffaello Cortina.
- TARELLO, G., 1974: *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Bologna: Il Mulino.
- TEGA, D., 2021: «La traiettoria delle rime obbligate. Da creatività eccessiva, a *felix culpa*, a gabbia troppo costrittiva», *Sistema penale*, 2: 5-31.
- VASSALLI, G., 1965: voz «Nullum crimen sine lege», *Novissimo digesto italiano*, XI: 503 y ss.
- VIGANÒ, F., 2011: «L'arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali», *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli: Jovene: 2645-2704.

