

DERECHO PENAL LIBERAL Y DERIVAS AUTORITARIAS

Reflejos en el pensamiento del joven Giuseppe Bettiol

Gabriele Fornasari

Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Trento

Traducción de **José Luis Guzmán Dalbora** (Universidad de Valparaíso - Chile)

FORNASARI, Gabriele. Derecho penal liberal y derivas autoritarias. Reflejos en el pensamiento del joven Giuseppe Bettiol. Traducción de José Luis Guzmán Dalbora. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2014, núm. 16-01, p. 01:1-01:14. Disponible en internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/16/recpc16-01.pdf>
ISSN 1695-0194 [RECPC 16-01 (2014), 2 jun]

Versión original: "Diritto penale liberale e derive autoritarie: riflessi nel pensiero del giovane Giuseppe Bettiol", publicado originalmente en el libro colectivo *Dallo Stato Costituzionale Democratico di Diritto allo Stato di Polizia? Attualità del "Problema penale". Nel trentesimo dall'Ultima Lezione di Giuseppe Bettiol*, a cura di Silvio

Riondato. Padova University Press, Padova, 2012, págs. 57-70.

RESUMEN: Gabriele Fornasari indaga en el pensamiento penal de Giuseppe Bettiol a la luz de sus publicaciones de la segunda mitad de los años 1930 y primera mitad de la década de 1940, especialmente en sus artículos de 1938 "Bene giuridico e reato" y 1942 "Azione e colpevolezza nelle teorie dei «tipi» di autore".

PALABRAS CLAVE: Derecho penal liberal, derecho penal autoritario, teoría del delito, bien jurídico, concepto de acción, teoría del tipo de autor.

Fecha de publicación: 2 junio 2014

1. Algunas importantes obras de Giuseppe Bettiol, escritas entre finales de los años treinta y principios de los cuarenta del siglo pasado, son un válido testimonio de la actitud que él asumió frente a las corrientes de pensamiento que estaban atravesando la experiencia penalista alemana de aquel tiempo, imponiendo filones subjetivistas que, en algunos casos bien conocidos, desembocaban en la abierta manifestación de un Derecho penal totalitario.

La doctrina italiana de aquellos años —los años del fascismo y del Código de Rocco, que había entrado en vigor poco antes—, en muchos de sus exponentes

calificados, no parecía querer seguir el modelo intuicionista y radicalmente iliberal que se afirmaba allende los Alpes; prefirió mantenerse anclada en las raíces clásicas de un pensamiento liberal conservador, siquiera con no pocas concesiones a una vocación autoritaria¹, fácilmente identificables en el nuevo Código².

Es sobre estas bases que después, en la inmediata posguerra, estudiosos importantes como Giovanni Leone y Tullio Delogu reivindicaron el mérito de la doctrina italiana, de haber mantenido en el Derecho penal, a través de la orientación técnico-jurídica, su rostro liberal y respetuoso del principio de legalidad aun durante el período de la dictadura³.

Sin embargo, el panorama es más variopinto. Aunque no representa a la doctrina mayoritaria, un autorizado penalista como Giuseppe Maggiore pudo escribir en 1939 que la Italia fascista hubiera debido adoptar un sistema penal realmente totalitario, que adhiriese a los principios y a la ideología del partido en el poder, propugnando la substitución del artículo 1º del Código por una disposición que definiese el concepto del delito de este modo: “Es delito todo hecho expresamente previsto como delito por la ley penal y castigado con una pena establecida por ésta. Es también delito todo hecho que ofende la autoridad del Estado y es merecedor de pena según el espíritu de la revolución fascista y la voluntad del Duce, único intérprete de la voluntad del pueblo italiano. Allí donde no esté previsto por una precisa norma penal, tal hecho es punible en virtud de una disposición análoga”⁴.

¹ Como se sabe, es sobre todo la Parte especial la que presenta los aspectos más comprometidos con la ideología fascista, según lo demuestra, por dar sólo un significativo ejemplo, la estructura original del título I, relativo a los delitos contra la personalidad del Estado.

² Por lo demás, Arturo Rocco y Vincenzo Manzini, los exponentes más autorizados de la orientación técnico-jurídica, se habían formado, entre finales del ochocientos y principios del novecientos, en un clima cultural en que el Estado italiano, aunque no libre de aspectos autoritarios, era en su esencia liberal, como lo fue su Código penal. El tecnicismo jurídico había nacido y se afirmó, no tanto para satisfacer demandas de naturaleza represiva, cuanto para resolver el punto muerto a que el contraste, en definitiva estéril, de la Escuela clásica y la Escuela positiva, había conducido a la ciencia penal; que, luego, su planteamiento haya podido resultar funcional a los designios del Estado autoritario, el que, según es obvio, prefería un jurista exégeta, poco dispuesto a la especulación y la crítica, es indiscutible, como también lo es la adhesión personal al fascismo de muchos penalistas “técnico-jurídicos”, lo cual, sin embargo, no impidió que la idea de fondo del principio de legalidad se haya mantenido viva, naturalmente que no en términos tan rigurosos como los que se exige hoy, en la época del Estado constitucional. Para un examen más profundizado, reenvío al ensayo de Donini, *Tecnicismo giuridico e scienza penale cent'anni dopo. La Prolusione di Arturo Rocco (1910) nell'età dell'europeismo giudiziario*, Criminalia, 2010, págs. 130 y ss.

³ Véanse, respectivamente, Leone, *La scienza giuridica penale nell'ultimo ventennio*, en *Arch. pen.*, 1945, págs. 23 ss., y Delogu, *L'elemento politico nel codice penale*, en *Arch. pen.*, 1945, págs. 161 ss.

También entre los historiadores del Derecho hay voces autorizadas que comparten el punto de vista según el cual los penalistas italianos, incluso a causa del planteamiento técnico-jurídico, se mantuvieron al reparo de las tentaciones de una ideología abiertamente totalitaria. Cfr. Sbriccoli, *Le mani in pasta e gli occhi al cielo. La penalistica italiana negli anni del fascismo*, en *Quaderni fiorentini*, 1999, págs. 842 y ss.

⁴ Cfr. Maggiore, *Diritto penale totalitario nello Stato totalitario*, en *Riv. it. dir. pen.*, 1939. Con esta concepción, Maggiore se remitía ampliamente a las tareas contenidas en un trabajo de algunos años antes, en que Heinrich Henkel había condensado las líneas directrices del programa penal del nacionalsocialismo, y donde afirmaba lo siguiente: “El Estado de Derecho de estampa liberal, caracterizado por la supremacía del Poder legislativo sobre los otros dos Poderes, es reemplazado por un tipo de Estado en que el Gobierno domina al Parlamento y a la magistratura. Rotas quedan todas las razones que postulan un Código penal en

2. En este contexto, la posición de Bettiol es interesante y peculiar, ya que, en buena medida, apunta a analizar —por ejemplo, respecto de los conceptos de bien jurídico y acción— las posiciones surgidas en Alemania, para el efecto de distinguir aquellas que son compatibles con los principios liberales de las abiertamente totalitarias, mejor dicho, seleccionar los aspectos asumibles de teorías como la del “tipo de autor”, de la “culpabilidad por la conducta de vida” o del “Derecho penal de la voluntad”.

Este examen se desarrollará siempre dentro del espíritu de la defensa de un Derecho penal anclado en el hecho, que restará cual piedra miliar del sistema en la estela de la enseñanza de sus maestros Ernst Beling y Giacomo Delitala, si bien, en realidad, sólo en trabajos sucesivos (pienso, por ejemplo, en el artículo intitolado *Roma assertrice del Diritto nel XX secolo*, publicado en la revista *Jus* en 1956), Bettiol expresará una rotunda condena política de la perspectiva subjetivo-intuicionista de algunas teorías de la época del nacionalsocialismo⁵.

Sin embargo, y pensando en el estudioso de hoy, el análisis bettioliano de los años treinta y cuarenta parece de enorme interés para asir el *Zeitgeist* de entonces.

De hecho, Bettiol, sin prejuicios ideológicos y con gran precisión en el uso de las palabras, repasa los puntos de vista que se venían difundiendo allende los Alpes con la mira de identificar, caso a caso, hasta qué punto el subjetivismo que los unía pudiese albergar rudimentos útiles para la “personalización” del ilícito penal y, en cambio, hasta qué punto estuviese comprometido con un planteamiento ideológico fundado en un irracionalismo inaceptable.

Por lo demás, esto no puede sorprender.

Toda la cincuentenaria producción científica de Giuseppe Bettiol, un perfecto conocedor de la lengua y la cultura germánicas⁶, está caracterizada por el rechazo del rígido tecnicismo jurídico y del objetivismo integral en la aproximación sistemática, y quiso enfatizar la centralidad del valor y de la persona hasta el

que estén previstas taxativamente las acciones criminosas y las penas. También el nuevo tipo de ciudadano, que se ha venido formando en estos años, ya no requiere, para los efectos de su propia seguridad jurídica, del principio de legalidad. Analogía, costumbre, conciencia popular serán las fuentes del nuevo Derecho penal alemán. Sin embargo, dada la subordinación política del órgano judicial al órgano ejecutivo, la última fuente del Derecho penal hitleriano habrá que hallarla en la orden con que se expresa la actividad de los órganos de un Estado autoritario”. Cfr. Henkel, *Strafrichter und Gesetz im neuen Staat*, Hanseatische Verlagsanstalt, 1934, pág. 70.

⁵ Sobre el particular no caben equívocos, y de ello es testimonio el siguiente pasaje: “El individuo ha desaparecido para ceder su puesto al todo, un todo que entiende ser el árbitro exclusivo del destino de multitudes que acabaron en los campos de exterminio por una inexorable ley de profilaxis social y racial. Esclavismo y deportación, violencia y arbitrariedad, lágrimas y sangre: este es el cuadro de la experiencia jurídica de nuestro siglo, ¡y esta es la situación en la que debemos obrar en el esfuerzo de dar a la vida social un planteamiento racional que pueda verdaderamente salvar la preeminencia de la ley sobre el arbitrio y el terror! Cfr. *Roma assertrice del diritto nel XX secolo*, ora in *Scritti giuridici*, 2 vols., Cedam, Padova, 1966, II, pág. 873.

⁶ Nacido en Cervignano de Friuli el año 1907 como súbdito del emperador de la Casa de Habsburgo, Bettiol, tras graduarse en la Universidad Católica de Milán, completaría sus estudios jurídicos en la cátedra de Derecho penal de la Universidad de Múnich, cuyo titular era Ernst Beling.

extremo de estar siempre muy atento, si bien desde una visión original y crítica, a teorías que exaltan el componente personal del ilícito y de la culpabilidad, teorías que provenían del ámbito alemán y que eran idóneas para secundar el empeño de nuestro autor por equilibrar el ajuste de la sintaxis hecho-autor⁷ de una manera menos proclive a la orientación tradicional de la ciencia penal italiana, muy ligada al desvalor del resultado y a una idea estrictamente objetiva de la tipicidad⁸, así como a una concepción más psicológica que individual-normativa de la culpabilidad⁹.

Esto explica, en su producción de la postguerra, la notable atención, compartida por no muchos penalistas italianos de aquel tiempo, que dedica a la concepción finalista de Hans Welzel, concepción que en realidad nunca acogió como tal¹⁰, pero con la que tuvo en común, a lo menos en una parte del itinerario de su pensamiento, la idea de fondo del necesario basamento del Derecho penal en estructuras ontológicas (una idea del Derecho que debe tender a coincidir con la idea de justicia) y, en todo momento, la exigencia de una culpabilidad realmente enriquecida con elementos personalistas. En el fondo, Bettiol es probablemente el primer penalista italiano que atribuye seriamente relevancia a las causas de inculpabilidad como un concepto diferente de las causas de exclusión del elemento psicológico del hecho¹¹.

⁷ Tomo a préstamo aquí una estructura expresiva cara a Donini. Véase *La sintassi del rapporto fatto/autore nel Progetto Grosso*, *Crit. dir.*, 2001, págs. 257 y ss.

⁸ Para entender mejor qué estaba (y está) en juego cuando se trata de la antítesis de desvalor del resultado y desvalor de la acción, todavía es de gran utilidad la consulta del trabajo de Mazzacupa, *Il disvalore di evento nell'illecito penale. L'illecito commissivo doloso e colposo*, Giuffrè, Milano, 1983, págs. 1-76, prescindiendo del hecho de que se admita o no las apreciaciones del autor.

⁹ Cuáles resistencias encontró por mucho tiempo (harto más allá de los años que son objeto de este estudio) una concepción de estampa normativa de la culpabilidad, puede advertirse si se piensa, entre otras cosas, en la decisión con que defendió la concepción psicológica Francesco Antolisei, el autor del manual de Derecho penal que contribuyó como el que más a formar a los juristas italianos en la última postguerra. Véase Antolisei, *Manuale di diritto penale*, 7ª ed., Giuffrè, Milano, 1975 (una de las ediciones actualizadas por L. Conti), en que se hace sólo alguna concesión formal a la teoría normativa, pero luego se reivindica la connotación esencialmente psicológica de la culpabilidad (págs. 225 y ss.), hasta el punto de considerar completamente extraña a ella la imputabilidad. Por otra parte, hay que señalar que en las páginas inmediatamente siguientes Antolisei suma a su crítica a todo ribete de personalización de la culpabilidad también las teorías de la culpabilidad de autor, a las que reserva un rechazo integral y radical, contrariamente al parecer de Bettiol.

¹⁰ De esta aproximación queda un testimonio, por ejemplo, en los prefacios de su Manual. En el de la segunda edición, publicada por la editorial Priulla en 1950, Bettiol no excluye la posibilidad de revisar una próxima edición a la luz de la concepción finalista welzeniana, la que, según sus propias palabras, “ha permitido elevar el elemento inteligente y vidente de la acción humana, desde el ciego mundo de la naturaleza, para encuadrarla en las articulaciones de una psicología que pone las bases para un juicio moral”; sin embargo, en el prefacio de la tercera edición, publicada en 1955 por el mismo editor, declara haber renunciado a tal modificación porque, pese a seguir convencido de que todo ente tiene una finalidad intrínseca, sigue también persuadido del valor de su propio sistema, un sistema experimentado en la enseñanza y el discurso, amén de ser el producto de un clima cultural y un momento histórico que no son los mismos en que maduró el finalismo de Welzel.

¹¹ Al respecto, menciono únicamente su contribución al tema de la inexigibilidad «*Non esigibilità*» e *collaborazionismo*, en *Giur. it.*, 1946, II, págs. 21 y ss.

Y explica también su adhesión, en obras tardías, al denominado *Gesinnungsstrafrecht* elaborado en Alemania por Eberhard Schmidhäuser¹², que fue el eje de una polémica con Franco Bricola¹³ y, después, con Ferrando Mantovani¹⁴, polémica que perdió intensidad cuando Bettiol precisó que el examen de la actitud interior del sujeto debe servir sólo para medir su responsabilidad, no para fundarla, ya que la responsabilidad continúa basándose en la realización de un hecho material¹⁵.

A este propósito, abro y cierro inmediatamente un paréntesis para señalar, empero, cómo en nuestros días puede resultar peligroso manejar conceptos como la actitud interior, la adhesión a los valores del ordenamiento, la conducta de vida del autor, en circunstancias que es muy fácil caer en el denominado “Derecho penal del enemigo”, enemigo que puede ser quien quiera que no preste adhesión a los valores dominantes y que, por tanto, es considerado responsable (como sospechoso de ser terrorista)¹⁶ o con su responsabilidad agravada (me refiero al inmigrante irregular en Italia, según el aberrante número 11 bis del artículo 61 del Código penal, hoy abrogado por la intervención de la Corte Constitucional)¹⁷.

3. Volviendo al punto inicial, quiero concentrar la atención particularmente, como se anticipó, sobre las posiciones que Bettiol adoptó en dos artículos (que, por lo demás, son parte de una línea de publicaciones bastante extensa del autor acerca de estos temas en esos años¹⁸) que aparecieron en 1938 (*Bene giuridico e reato*¹⁹) y 1942 (*Azione e colpevolezza nelle teorie dei «tipi» di autore*²⁰).

¹² Cfr. Schmidhäuser, *Gesinnungsmerkmale im Strafrecht*, Mohr, Tübingen, 1958, *passim*. La obra de Bettiol a que me refiero es *Sul diritto penale dell'atteggiamento interiore* (1971), ahora contenida en sus *Scritti giuridici. 1966-1980*, Cedam, Padova, 1980, págs. 101 y ss.

¹³ Cfr. Bricola, *Teoria generale del reato*, en *Noviss. Dig. it.*, XIX, UTET, Torino, 1973, págs. 68 y ss. A Bricola, Bettiol responderá en dos trabajos sucesivos, *Stato di diritto e Gesinnungsstrafrecht* (1973), ahora contenido en *Scritti giuridici. 1966-1980*, cit., págs. 129 ss., y, sobre todo, *Colpa d'autore e certezza del diritto* (1977), ídem, págs. 203 y ss., en particular, 207 y ss.

¹⁴ Cfr. F. Mantovani, *Diritto penale* (1ª ed.), Cedam, Padova, 1979, pág. 262. A Mantovani, Bettiol responderá en el ensayo *Sul problema della colpevolezza*, en *Scritti giuridici. Le tre ultime lezioni brasiliane*, Cedam, Padova, 1987, págs. 23 y ss. (publicadas póstumamente, las lecciones las impartió Bettiol en São Paulo el año 1980).

¹⁵ Así, el propio Bettiol, en *Sul problema della colpevolezza*, cit., pág. 23. Todas las vicisitudes de la polémica científica causada por la publicación del artículo sobre el Derecho penal de la actitud interior, han sido bien repasadas, últimamente, en la obra de Riondato, *Un diritto penale detto "ragionevole". Raccontando Giuseppe Bettiol*, Cedam, Padova, 2005, págs. 136 ss.

¹⁶ De la vasta bibliografía que se ha formado en estos últimos años sobre este tema, recuerdo en particular, justamente con referencia a la figura del terrorista, las argumentadas y compartibles observaciones de David Cole, *Enemy Aliens*, en Donini y Papa, *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, Giuffrè, Milano, 2007, pág. 241.

¹⁷ Gustoso cito la ejemplar sentencia número 249 de 2010, cuya magistral motivación parte del presupuesto, que hubiera sido apreciado plenamente por Giuseppe Bettiol, según el cual “los derechos inviolables corresponden a los individuos, no en cuanto son partes de una comunidad política, sino en cuanto son seres humanos”. Al respecto, indico el comentario de Materia, *Cittadini "extracomunitari" tra discrezionalità penale, diritti fondamentali e principio di offensività*, en *Giur. it.*, 2011, págs. 904 y ss.

¹⁸ Cabe citar, por ejemplo, *Sul metodo della considerazione unitaria del reato* (1938), ahora contenido en *Scritti giuridici*, cit., I, págs. 388 y ss.; *Sistema e valori del diritto penale* (1940), ahora en *Scritti giuridici*, I, cit., págs. 491 y ss.; *Rilievi metodologici sul concetto di azione* (1940), ahora en *Scritti giuridici*, I, cit., págs.

Respecto del problema del bien jurídico, ante todo es importante constatar que la concepción que de él tenía el joven Bettioli es asaz moderna para aquellos tiempos, pues rechaza la versión puramente metodológica (y, en substancia, autoritaria), ligada al planteamiento estatista de Arturo Rocco. Para Bettioli, bien jurídico es el objeto específico del delito, o sea, el interés colectivo o individual que es lesionado por cada delito singular, no ya, como en Rocco, el interés del Estado en su propia conservación y defensa, que todo hecho delictuoso lesionaría²¹.

Bettioli intuye fácilmente que en la base de la crítica que autores alemanes (son citados Rauch²² y Schaffstein²³) dirigen a esta concepción del bien jurídico, hay nada menos que un ataque radical a la idea liberal de quien ve el Estado como un sujeto jurídico que se contrapone al individuo en un plano de igualdad y con recíprocas esferas de intereses, derechos y deberes.

En cambio, según una franca visión autoritaria, debiera concebirse al Estado como una realidad viviente y operante, al margen de toda ficción jurídica, y al individuo como un sujeto operante exclusivamente en interés de la comunidad organizada en el Estado; el delito, en consecuencia, sería nada más que una violación de un deber hacia el Estado.

La respuesta que Bettioli dirige a este punto de vista puede parecer en parte sorprendente.

En efecto, no toma críticamente nota de una incompatibilidad entre concepción autoritaria del Estado y teoría liberal del bien jurídico (reafirmando el valor primario de esta última); antes bien, registra algo diferente, que la idea de una serie de relaciones entre Estado e individuo, como expresión de una recíproca esfera de intereses y actividades libres, puede adaptarse incluso a una concepción autoritaria del Estado, porque tampoco faltarían en ella los límites de la intervención estatal y las garantías a favor del individuo, con la única diferencia de que en este caso el individuo no dispone de una esfera natural de libertad (con el derecho de actuar eventualmente en contra del Estado), sino de una esfera delegada en la que puede actuar en su propio interés y en interés del Estado.

Esta compatibilidad —concluye Bettioli— hay que excluirla, en cambio, en la hipótesis de una absorción total del individuo en el Estado, lo cual —agrega, acaso con alguna imprudencia— no habría ocurrido aún en los regímenes autoritarios²⁴;

465 y ss.; *Sui recenti orientamenti metodologici nello studio del diritto penale* (1940), ahora en *Scritti giuridici*, I, cit., págs. 479 y ss.

¹⁹ Ahora contenido en Bettioli, *Scritti giuridici*, I, cit., págs. 318 y ss. (publicado originalmente en *Riv. it. dir. pen.*, 1938).

²⁰ Ahora contenido en Bettioli, *Scritti giuridici*, II, cit., págs. 535 ss. (publicado originalmente en *Riv. it. dir. pen.*, 1942).

²¹ Bettioli, *Bene giuridico e reato*, en *Scritti giuridici*, I, cit., pág. 319.

²² Rauch, *Die klassische Strafrechtslehre in ihrer politischen Bedeutung*, Leipzig, 1936, págs. 42 y ss.

²³ Schaffstein, *Zur Problematik der teleologischen Begriffsbildung im Strafrecht*, en *Festschrift der Leipziger Juristenfakultät für Richard Schmidt*, Leipzig, 1936, págs. 61 y ss.

²⁴ Bettioli, *Bene giuridico e reato*, cit., pág. 321.

se evoca aquí algo semejante a la distinción de Hannah Arendt entre Estado autoritario y Estado totalitario²⁵, asumiéndola como una abstracción, mientras que en 1938 los ciudadanos soviéticos y alemanes tenían ya muy claro que había que entender por Estado totalitario, incongruente con la idea de derechos recíprocos en la relación Estado-ciudadano.

En lo que respecta a la crítica que las concepciones autoritarias del Derecho dirigen a la teoría del bien jurídico, de ser producto de una visión formalista de la antijuridicidad incompatible con el antiformalismo de la doctrina de Carl Schmitt²⁶, Bettiol cree factible rechazarla reivindicando, en la estela de Giacomo Delitala²⁷ y Eugenio Florian²⁸, el hecho de que, al contrario, el concepto de bien jurídico, por su íntimo valor teleológico, responde plenamente a las exigencias de un método antiformalista que tiene la mirada fija en la realidad.

Pero las objeciones al concepto de bien jurídico no son sólo de naturaleza política, sino también de naturaleza lógica.

Wilhelm Gallas aporta un ejemplo muy famoso para demostrar que el delito no es lesión de un bien jurídico, sino violación de un deber hacia el Estado, al invocar el tipo del falso testimonio, en el sentido de que sólo la concepción subjetivista-autoritaria justificaría la solución, patrocinada sin hesitaciones por una parte de la doctrina alemana, que consiste en penar al testigo que, convencido de afirmar algo falso, dice, empero, algo que es objetivamente verdadero²⁹.

La réplica de Bettiol, irreprochable para la mentalidad italiana, es que el delito de falso testimonio es tal sólo si pone en discusión la correcta Administración de Justicia (su bien jurídico), mientras que la conducta del ejemplo de Gallas no constituye sino un delito putativo, irrelevante para el Derecho penal, porque no acompaña a la voluntad criminosa materialidad lesiva alguna³⁰.

Réplica irreprochable, decía, pero, a su vez, mucho menos técnica que política³¹.

Cuando Bettiol escribe que “nadie ha negado jamás que la posición del reo

²⁵ Cfr. Hannah Arendt, *The Origins of Totalitarianism*, London, 1951 (remito a la óptima edición italiana, *Le origini del totalitarismo*, Einaudi, Torino, 2004, págs. 357 y ss., con la amplia demostración de la distinción en palabra, al interior de la cual, como se sabe, la Autora negó que el fascismo pudiese ser calificado, a lo menos hasta 1938, como Estado totalitario).

²⁶ Cuya obra de referencia en este respecto es *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, Berlin, 1934.

²⁷ Con cita de Delitala, *Scienza giuridica e realtà. Postilla ad uno scritto di A. Santoro*, en *Riv. it. dir. pen.*, pág. 536, el que, a su vez, se remite a Schwinge, *Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht*, Bonn, 1930, págs. 27 y ss.

²⁸ Con cita de Florian, *Parte generale del diritto penale*, Vallardi, Milano, 1934, págs. 393 y ss.

²⁹ Cfr. Gallas, *Zur Kritik der Lehre vom Verbrechen als Rechtsgutsverletzung*, in *Gegenwartsfragen der Strafrechtswissenschaft*, Berlin-Leipzig, 1936, pág. 50.

³⁰ Bettiol, *Bene giuridico e reato*, cit., pág. 324.

³¹ Por otra parte, por debajo del punto de vista de Gallas y su relieve “técnico” tampoco faltaba un substrato ideológico. Él puntualizaba que la esencia del delito está en su agresión a la sociedad, no a los intereses jurídicamente protegidos, de suerte que lo que queda en primer plano es el lado personal del delito y la configuración de los conceptos jurídico-penales parte de la idea del deber y de la actitud interior, no del bien jurídico y el interés. Así, Gallas, *Zur Kritik der Lehre vom Verbrechen als Rechtsgutsverletzung*, cit., pág. 51.

respecto del bien lesionado no [*sic*]³² puede tener gran importancia en la valoración conjunta del hecho delictuoso, pero en modo alguno cabe esgrimir esta consideración para negar que el núcleo de la antijuridicidad está constituido por la lesión de un bien jurídico³³, no hace simplemente un discurso dogmático sobre los elementos del delito, sino que subraya los fundamentos de un programa liberal de Política criminal (y, acaso, más en general, de Política del Derecho) antitético al fundado sobre el irracionalismo autoritario de la Escuela de Kiel³⁴.

Defendiendo el bien jurídico, Bettiol, pese a que en sus afirmaciones no considera este concepto incompatible con un Derecho penal autoritario, defiende implícita, pero también claramente un mundo de valores que comprende la tipicidad (como límite de la interpretación), la certeza del Derecho, la primacía del legislador y, al mismo tiempo, la posibilidad de afirmar una instancia teleológica y, por tanto, antiformalista³⁵; por otra parte, el esfuerzo de demostrar la naturaleza antiformalista, o contraria a un estéril liberalismo individualizador, de la teoría del bien jurídico, lo lleva a afirmar, con la mira de reforzar sus afirmaciones, que ella, como la concibe Arturo Rocco, se contrapone a una concepción individualista, hasta el punto de sostener que un interés individual halla tutela penal sólo en cuanto se identifica con un interés del Estado³⁶; pero así, más que un llamamiento a un liberalismo menos formalista, se apela a un liberalismo... menos liberal.

4. La situación no es muy diferente si analizamos los puntos de vista que Bettiol expresó en defensa de las buenas razones de un concepto de la acción entendido en sentido material, en contraposición con las concepciones subjetivistas tendentes a dar el máximo valor, en la economía del delito, a la tipología de autor, su voluntad o su conducta de vida.

En la contribución de 1942, la apuesta es enunciada inmediatamente con toda claridad.

Desde Alemania, también a juzgar por la legislación del período sucesivo a 1933, llegaban posturas que no se planteaban más el problema de los criterios

³² Reproduzco textualmente el pasaje, pero me parece que esta doble negación es un cambio tipográfico del original, porque el sentido de la afirmación de Bettiol, en relación con su contexto, se torna coherente sólo eliminando esta segunda negación.

³³ Bettiol, *Bene giuridico e reato*, cit., pág. 325.

³⁴ Cuyo manifiesto lo representa, sin duda, el opúsculo de Georg Dahm e Friedrich Schaffstein, *Liberales oder autoritäres Strafrecht?*, Hamburg, 1933.

No es casual que el propio Schaffstein, dos años después, refiriéndose entre otras a la posición de Bettiol, lamentase con tono crítico el hecho de que en Italia, no obstante la proximidad ideológica con Alemania, la doctrina se obstinase en mantenerse substancialmente en el surco de un Derecho penal de derivación liberal. Cfr. Schaffstein, *Methodenwandel, Analogieverbot und Rechtsgutslehre in der neuen italienischen Strafrechtswissenschaft*, en *ZStW*, 1940, págs. 519 ss.

³⁵ También Marinucci, con razón, insiste mucho en el valor político más general de la postura de Bettiol a favor del bien jurídico: Marinucci, *Giuseppe Bettiol e la crisi del diritto penale negli anni Trenta*, en *Quaderni Fiorentini*, 2008, págs. 334 ss.

³⁶ Bettiol, *Bene giuridico e reato*, cit., pág. 327.

metodológicos necesarios para determinar el concepto de acción, sea en clave naturalista o finalista, sino que ponían en discusión la misma necesidad e inderogabilidad del concepto de acción para la aplicación de la pena, todo ello en nombre de un proceso de moralización y personalización al cabo del cual la figura del autor, que yace detrás de cada tipo delictuoso, debería elevarse al primer plano y ser intuita por la conciencia jurídica popular.

Habría, pues, casos en que el hombre interesa al Derecho penal, no en cuanto actúa, sino en cuanto es, en cuanto se presenta de una determinada manera, y esto, en un marco ideológico antiliberal que quiere ver anulada la personalidad del individuo dentro de la trabazón estatal.

También en este caso Bettiol insiste en negar la naturaleza político-ideológica de la cuestión; es más, reprocha en primer término a los campeones de la postura consistente en trasladar al plano especulativo (invocando el choque entre opuestas ideologías políticas) el problema, de pura política criminal, de identificar el mejor camino para satisfacer exigencias de justicia substancial³⁷.

Adelanta de inmediato e inequívocamente que el mejor camino sigue siendo establecer tipos claros y precisos, en los que la acción delictuosa sea modelada con claridad en sus aspectos característicos, para el efecto de garantizar al máximo la libertad individual frente a toda intervención arbitraria de la autoridad³⁸.

Luego, somete a análisis el pensamiento de autores que no comparten la centralidad del *Tatbestand* en la construcción del delito, llegando a conclusiones en parte inesperadas.

Ante todo, examina las teorías del “tipo normativo de autor”, no tanto en la versión original de Erik Wolf, que se remonta a 1932 y no era aún encuadrable en el cauce de concepciones autoritarias³⁹, sino, principalmente, en el desarrollo que les habían dado hacia la mitad de los años treinta Georg Dahm y Edmund Mezger.

Georg Dahm, exponente de avanzada de la Escuela de Kiel y jurista muy próximo ideológicamente a los detentadores del poder en aquella época, había afirmado que la calidad de un autor es un determinado modo de ser en la comunidad y el tipo de autor es advertido como tal por la conciencia del pueblo, hasta el punto de devenir criterio práctico de hermenéutica, que sirve para extender o restringir la cabida de una norma penal⁴⁰.

Edmund Mezger había especificado que la relevancia del tipo de autor emerge particularmente cuanto más la figura legal, bajo la que aquél se esconde, es descrita

³⁷ Bettiol, *Azione e colpevolezza nelle teorie dei tipi d'autore*, en *Scritti giuridici*, II, cit., pág. 539.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ Cfr. Wolf, *Vom Wesen des Täters*, Tübingen, 1932. En efecto, su concepto del delincuente como “miembro personal de la comunidad de Derecho con una decaída conciencia jurídica” (*op. cit.*, pág. 16), es aún apriorístico y no tiene una evidente matriz ideológica.

⁴⁰ Cfr. Dahm, *Der Tätertyp im Strafrecht*, Leipzig, 1940, pág. 37.

por el legislador de manera vaga, imprecisa, y cuanto más el intérprete tiene que deducirlo para que la figura misma pueda ser iluminada⁴¹.

5. A la luz de estas observaciones y apoyándose en la doctrina alemana, por ejemplo, Nagler⁴², Bettioli estima que la teoría del tipo de autor no alcanza realmente su objetivo, o sea, reemplazar la acción con el autor. El ladrón, el estafador, el asesino que se esconden en las figuras legales, son tomados en consideración por el Derecho penal en cuanto responsables de una acción, la que deben haber realizado y no sólo ideado; sólo la graduación y, eventualmente, la exclusión de la responsabilidad por el hecho cometido dependen de la tipología del autor, con lo que queda a salvo el principio de materialidad⁴³.

Si este razonamiento prueba una vez más la radicación en el pensamiento de Bettioli del sentido de la centralidad del hecho frente a derivas proyectadas hacia una dinámica enteramente cifrada en el autor, por otra parte olvida un dato sistemático que torna su argumentación aplicable sólo en parte a la realidad normativa alemana de aquel tiempo, tomando en cuenta que en 1935 el legislador nacionalsocialista había reformado el parágrafo 2 del Código penal en el sentido de admitir que el juez recurriese a la analogía *in malam partem*, o sea, la creación pretorial de tipos penales concentrados en la dimensión personal, visto que la guía interpretativa debía ser deducida del sano sentimiento popular⁴⁴.

Además, no se debe olvidar que el efecto de exclusión de la responsabilidad penal producido por la teoría del tipo de autor, considerado con menor crítica en razón de la operatividad del *favor rei*, en la concepción de esos estudiosos concernía a sujetos que fuesen autores de delitos, pero en observancia de principios ideológicos del régimen; un ejemplo de esto lo ofrecen los médicos que participaron en las acciones llamadas de eutanasia de enfermos mentales incurables.

6. En vista de lo que precede, no es necesario detenerse demasiado en la opinión que Bettioli manifiesta relativamente a otras teorías, sobre la culpabilidad de autor o la culpabilidad por la conducción de la vida.

Respecto de la primera, tras la estela de Paul Bockelmann⁴⁵, Bettioli no considera

⁴¹ Cfr. Mezger, *Tatstrafe und Täterstrafrecht insbesondere im Kriegsstrafrecht*, en *ZStW*, 1941, págs. 359 y ss.

⁴² Cfr. Nagler, *Kriegsstrafrecht, Sonderdruck aus Der Gerichtssaal*, Bd. 114, Stuttgart, 1940, pág. 10.

⁴³ Bettioli, *Azione e colpevolezza nelle teorie dei tipi d'autore*, cit., págs. 553 y ss.

⁴⁴ Tal reforma estuvo en el centro de estudios muy atentos de la doctrina italiana de la época. Me limito a mencionar los de dos estudiosos, entonces jovencísimos, que luego llegarían a figurar entre los principales maestros del novecientos, a saber, Vassalli, *La giurisprudenza germanica in materia di analogia. Applicazioni e proposte di applicazione del § 2 del Codice penale del Reich*, en *Rivista di diritto penitenziario*, 1937, págs. 917 y ss., y Nuvolone, *La riforma del § 2 del Cod. pen. germanico*, en *Riv. it. dir. pen.*, 1938, págs. 540 y ss.

⁴⁵ Cfr. Bockelmann, *Studien zum Täterstrafrecht*, De Gruyter, Berlin, 1940, págs. 55 y ss.

violada la regla de la responsabilidad por el hecho singular, dado que extender la consideración al modo de ser del reo permitiría simplemente tener una visión más completa de la acción singular, la que así puede ser mejor retribuida mediante la pena, la cual, a su turno, sirve también como expiación por el modo de ser. Bettiol veía en esto, no un desprendimiento, sino sólo una evolución respecto del pensamiento de la Escuela clásica (y, en cambio, un decidido alejamiento de los postulados de la Escuela positiva, que miraba al autor esencialmente según la perspectiva y prognosis de golpear su peligrosidad social⁴⁶).

Ante los ojos de hoy, esta visión aparece caracterizada por una vena fuertemente moralizante, que casi olvida la necesaria separación de Derecho y moral (y tal vez no es casual que tanto Bettiol como Bockelmann recurren a un paralelo con la relación entre pecado y pecador); pero es preciso tener presente que nuestro autor se preocupa de precisar, respecto del pensamiento de su colega alemán, que “la moral y la religión miran ante todo a la intención recta o mala con que se cumple la acción, por tanto, con una medida que escapa al Derecho, ya que el legislador no puede escudriñar en lo más profundo del hombre y tiene que contentarse con valorar sólo las actitudes psicológicas que pueden ser deducidas del elemento material de la acción realizada por el sujeto”⁴⁷, lo cual no significa —añade— que el lado interior del actuar carezca de importancia para el Derecho.

Finalmente, respecto de la culpabilidad por la conducción de la vida, Bettiol releva que, con algunas excepciones, como la de la punición de la mendicidad, esta teoría es funcional esencialmente para la praxis de la conmensuración de la pena, la cual, por tanto, se irroga, en todo caso, a causa de la comisión de un hecho típico⁴⁸.

Sin embargo, teniendo presente institutos como la reincidencia, la habitualidad en el delito, la embriaguez o la agravante concerniente al delincuente habitual peligroso prevista en el parágrafo 20 “a” del Código alemán de entonces, reconoce que en estos casos a lo menos una porción de la pena, a veces parte significativa de ella, se refiere a una posición del autor que podría no tener nada que ver con el hecho singular realizado, y no duda en afirmar, con Manzini, que, por ejemplo, la reincidencia no aumenta la gravedad objetiva del delito, sino que sirve para calificar como más criminosa la personalidad del delincuente⁴⁹.

Hecha la precisión de que el concepto de personalidad que aquí interesa se diferencia netamente del utilizado por la Escuela positiva, en el fondo Bettiol no rechaza la relevancia de la culpabilidad por la conducción de la vida, únicamente para la conmensuración de la pena, en la medida que postula que la inclinación al

⁴⁶ Bettiol, *Azione e colpevolezza nelle teorie dei tipi d'autore*, cit., págs. 557 y ss.

⁴⁷ Bettiol, *Azione e colpevolezza nelle teorie dei tipi d'autore*, cit., pág. 556.

⁴⁸ Bettiol, *Azione e colpevolezza nelle teorie dei tipi d'autore*, cit., pág. 559.

⁴⁹ Cfr. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano secondo il codice del 1930*, II, UTET, Torino, 1933, pág. 577.

delito requiere una expiación particular que mira sólo ocasionalmente al nuevo delito cometido, al paso que tiene presente un determinado modo de ser del autor.

En suma, no se renuncia a la idea de retribución, puesto que ésta no es infringida, sino que se la extiende más allá de la esfera de influencia de la singular acción delictuosa; utilizando las palabras de Bettiol, se puede decir que mientras quien roba por primera vez es punido porque ha robado, en caso de reincidencia es punido porque es ladrón⁵⁰.

También en este caso, ante los ojos de hoy Bettiol aparenta argumentar desde una cima que puede revelarse peligrosa, aun siendo consciente de que en un ensayo de poco antes Hans Welzel, introduciendo el concepto de culpabilidad por la conducción de la vida, había afirmado que la culpabilidad está constituida por el consciente dejarse ir hacia el mal, añadiendo el comentario de que, en consecuencia, en la valoración judicial la culpabilidad de autor debe pesar más que la culpabilidad por el hecho singular⁵¹.

Sin embargo, hay que reconocer que Bettiol tenía frente a sí disposiciones del Código de Rocco que iban y van todavía en la misma dirección, las que se hallan en los artículos 99 y siguientes y en el segundo párrafo del artículo 133*.

7. Al repasar en su conjunto las teorías examinadas, Bettiol concluye que no ponen realmente en discusión la dogmática de la acción, substituyéndola con una dogmática del autor. La acción nunca es suprimida, sino que se la explica a la luz de la personalidad ética del individuo.

Trata de sacar de ellas lo que tienen de bueno, esto es, el hecho de haber puesto la acción en contacto con el autor, sin que por esto la dogmática del Derecho penal salga revolucionada de verdad.

No podemos dejar de formular un comentario más profundo, como merecen la complejidad y riqueza del pensamiento de Bettiol.

Lo que emerge de los estudios que he examinado es un jurista escrupulosamente fiel al principio de materialidad, que para el efecto de punir requiere una acción externa y, a través de ella, la violación de un bien jurídico⁵², y, al mismo tiempo, un jurista insatisfecho de una concepción clásica de la acción de naturaleza puramente objetiva y de una visión del objeto del delito formalista e impermeable a toda proyección teleológica.

⁵⁰ Bettiol, *Azione e colpevolezza nelle teorie dei tipi d'autore*, cit., pág. 560.

⁵¹ Cfr. Welzel, *Persönlichkeit und Schuld*, en *ZStW*, 1941, pág. 460.

* Los artículos 99 a 109 del Código penal italiano ^{definen los conceptos y} regulan los efectos de la reincidencia y las calidades de delincuente habitual, profesional y por tendencia. El artículo 133 señala los factores que debe tener en cuenta el juez en la commensuración de la pena, a saber, la gravedad del delito y, en el inciso segundo de la disposición, la capacidad de delinquir del culpable, que ha de deducirse de los motivos para delinquir y el carácter del reo, sus antecedentes penales y vida precedente, la conducta coetánea o posterior al delito, y sus condiciones de vida individual, familiar y social. [*Nota del traductor*].

⁵² En suma, un celoso custodio de los principios liberales del Derecho penal, como observa con decisión Marinucci, *Giuseppe Bettiol e la crisi del diritto penale negli anni Trenta*, cit., 346.

El límite de su aproximación a las concepciones subjetivistas de procedencia germánica, probablemente, es una subestimación de sus potencialidades iliberales. Por cierto, Bettiol dialogaba con dogmáticos de alto nivel, como Wolf, Gallas, Welzel, Mezger, Schaffstein, Dahm, Bockelmann, no con los juristas oficiales del régimen nazi, como Freisler o Gürtner, y con la dogmática de aquéllos quería establecer con gran conciencia una confrontación científica; pero la realidad alemana de esa época (y me reduzco en esto sólo a la realidad normativa) hacía ya evidente cómo la atención hacia el autor o su conducta de vida podía convertirse con facilidad en la premisa de experimentos legislativos y jurisprudenciales por entero incongruentes con la tradición cara a Bettiol. Tampoco se puede decir que se trató de experimentos que quedaron en el papel, de suerte que cupiese definir a Erik Wolf, teórico del tipo normativo de autor, como una figura asimilable al aprendiz de brujo de la famosa novela⁵³.

Esta tentativa de acercarse tanto al Hombre podría compararse con el mito de Ícaro, que quiso acercarse al sol batiendo alas de cera, con la consiguiente e inevitable tragedia causada por el rechazo opuesto a los confines de la racionalidad, a la necesidad de que el conocimiento humano reconozca sus limitaciones.

Puede resultar comprensible el intento de construir un Derecho penal próximo en todo lo posible a una idea ética —todavía en 1947 Aldo Moro consideraba que esta debía ser una tarea del legislador⁵⁴—; pero la observación de la realidad nos debe tornar muy cautos sobre el particular, considerando, además y, acaso, sobre todo, que las visiones totalitarias siempre han pretextado tener un trasfondo marcadamente moralizante. Hoy, en el siglo XXI, yo aplicaría esta cautela a cierta propensión del Derecho penal contemporáneo a disponer una tutela sin condiciones —y, sobre todo, sin escrúpulos garantistas— a los derechos humanos⁵⁵.

Pero si estos son los límites, no faltan los méritos, que en algún caso resultan

⁵³ Análogo, en substancia, el punto de vista de Calvi, *Tipo criminologico e tipo normativo d'autore*, Cedam, Padova, 1967, págs. 500 y ss.

⁵⁴ Cfr. Moro, *L'antigiuridicità penale*, Priulla, Palermo, 1947, págs. 63 y ss.; Por otra parte, Moro opinaba también que una subjetivización del Derecho penal sería funcional al ideal de una democracia perfecta, y sólo en razón de la imperfección de nuestra democracia él rechazó, por ser inoportuno, un Derecho penal de la voluntad, lo que le valió la crítica de Alessandro Baratta, *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza. Contributo alla filosofia e alla critica del diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1963, pág. 167, quien le atribuye no haber rechazado radicalmente una teorización comprometida con una ideología totalitaria.

⁵⁵ Una profundización de este argumento nos llevaría demasiado lejos, mucho más allá de los límites de esta contribución. A lo que me refiero, por ejemplo, es a la notable desenvoltura con que, apelando a los principios del Derecho penal internacional, una importante Corte regional, como es la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y, tras su estela, algunos tribunales nacionales de Estados de América, están manejando en los últimos años un proceso de justicia de transición en que se defrauda de un modo casi sistemático principios garantistas de la democracia liberal, como la irretroactividad de la ley desfavorable o el rechazo de la costumbre como fuente. Al respecto, remito al reciente volumen colectivo que he dirigido con Emanuela Fronza, *Percorsi giurisprudenziali in tema di gravi violazioni dei diritti umani. Materiali dal laboratorio dell'America latina*, Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche, Trento, 2011, que contiene contribuciones provenientes de diversos países sudamericanos.

particularmente apreciables si se tiene presente cómo ha sido la evolución de la ciencia penal en la segunda mitad del siglo XX.

Hoy forma parte de la gramática común una consideración del hecho que constituye el delito no separada de la valoración de los motivos⁵⁶, las condiciones personales, la inserción social, personalidad y, en algunos casos, incluso la actitud interna del autor. Mientras permanezca firme el ligamen con la piedra angular representada por el hecho, esta debe ser considerada como una conquista importante en el signo del humanismo moderno, conquista de la que ciertamente Bettiol fue un fundamental precursor.

⁵⁶ Sobre este aspecto, profunda y convincentemente, Veneziani, *Motivi e colpevolezza*, Giappichelli, Torino, 2000, en especial págs. 91 y ss.