

DEMOCRACIA PENAL Y POSILUSTRACIÓN. LO QUE QUEDA DEL
CONSTITUCIONALISMO PENAL DE LOS AÑOS 70

*PENAL DEMOCRACY AND THE POST-ENLIGHTENMENT: WHAT
REMAINS OF THE PENAL CONSTITUTIONALISM OF THE 1970S*

Massimo Donini

Università di Roma La Sapienza

RESUMEN

El presente trabajo realiza un análisis de la denominada crisis del principio de legalidad, a partir de un análisis histórico que toma como referencia el constitucionalismo penal, pero que se abre a otras cuestiones que inciden en la necesidad de repensar la dogmática creada alrededor de este principio, considerando los cambios en sus presupuestos estructurales derivados de la propia situación de conflicto en que se encuentra el poder legislativo, como fuente del derecho penal, y, en última instancia el debate político.

PALABRAS CLAVE

Legalidad, jurisprudencia, interpretación, constitucionalismo.

ABSTRACT

This paper analyzes the so-called crisis of the principle of legality, starting from a historical examination grounded in penal constitutionalism, but expanding to other issues that highlight the need to rethink the legal doctrine built around this principle. It considers the changes in its structural foundations resulting from the current state of conflict faced by the legislative —as source of criminal law— and, ultimately, the broader political debate.

KEYWORDS

Legality, case law, interpretation, constitutionalism.

DOI: <https://doi.org/10.36151/TD.2025.117>

DEMOCRACIA PENAL Y POSILUSTRACIÓN. LO QUE QUEDA DEL CONSTITUCIONALISMO PENAL DE LOS AÑOS 70

Massimo Donini

Università di Roma La Sapienza

Sumario: 1. Las fuentes. 1.1. Crisis de la legalidad. 1.2. El derecho jurisprudencial. 1.3. Desde el tecnicismo jurídico, al enfoque constitucionalista, al europeísmo judicial. 2. Cultura. 2.1. Rasgos de la ilustración penal. 2.2. La postilustración. 3. El derecho constitucional penal hoy. 3.1. Caracteres del garantismo penal. 3.2. Un garantismo triádico o tripolar. 3.3. La política de la interpretación. 3.4. El neoconstitucionalismo. 4. política. 4.1. Lex y ius entre mayorías y razón pública. 4.2. Estado ético vs. sociedad abierta y “democracia penal”. 4.3. De la crisis de la legalidad a la de la idea del código. La nueva relación entre reserva de ley y reserva de código. 5. Conclusiones. Notas. Bibliografía.

1. LAS FUENTES

La reserva de ley tiene dos vertientes: en primer lugar una sublegislativa, referida a las fuentes subordinadas a la ley que, sin embargo, definen su verdadero contenido preceptivo, y, por otro lado, una vertiente jurisprudencial, ligada al papel de la jurisprudencia como fuente del derecho en sentido formal o sustantivo.

1.1. CRISIS DE LA LEGALIDAD

Los estudios sobre las fuentes del derecho ponen de manifiesto una evidente «crisis» de la ley. En primer lugar, de la ley «formal»¹.

a) Hay una crisis del modelo tradicional de fuente «jerárquica», porque a menudo las leyes se distribuyen según un criterio de «competencia», y no de jerarquía (por ejemplo, leyes estatales y regionales, leyes nacionales y fuentes europeas).

Además, en el modelo jerárquico se insertan complejas relaciones entre la preeminencia del derecho europeo sobre el nacional (dato que en sí mismo se inserta en una lógica «jerárquica») y los posibles «límites de control» constitucional a dicho derecho (que limitan la jerarquía mencionada).

b) Una crisis de las mismas fuentes nacionales, que se suma a la del modelo jerárquico, creando en un contexto supranacional un sistema «multinivel»²: el derecho europeo de reglamentos y directivas, así como de tratados, está por encima de la ley nacional, y en parte tiene rango supraconstitucional, pero no se refiere en derecho penal a todas las materias, sino solo a las de competencia de la UE.

c) Una crisis de las fuentes estatales a nivel interno. La *internacionalización y la fragmentación de las normas* acompañan la formación de centros de producción normativa no previstos en la Constitución. En particular, la globalización de los mercados afecta a todas las ramas del derecho, al igual que la *lex mercatoria*³ introduce a través de las empresas disciplinas que ocupan a nivel transnacional el derecho privado interno, tanto a nivel contractual como de normativa «común», que se superponen al modelo codificado y nacional, vaciándolo desde el exterior, aunque no se trate de fuentes superiores. En derecho penal, el fenómeno de la «privatización de los preceptos»⁴ es muy relevante en la construcción de directrices y normas cautelares en ámbitos como el médico, farmacéutico, laboral, alimentario y de gestión de riesgos en los más diversos sectores productivos de las empresas: son «normas» que van llenando las «leyes» de contenidos decisivos para la responsabilidad penal. Otro sector relevante es el de la descentralización administrativa, en diferentes autoridades garantes, de los preceptos que integran los tipos penales en el ámbito de las actividades privadas sujetas a vigilancia pública.

d) Crisis de la función de la ley. El modelo de la ley del derecho moderno era el de una orden dirigida a todos, a la generalidad, *una ley «igual» para todos*, que imponía a todos, además, adaptarse a sus preceptos *sin diferenciar entre las categorías* (siempre generales y abstractas) de posibles destinatarios o situaciones reguladas. El código era su ubicación ideal. Una especie de depósito de mandamientos *para una sociedad (aparente o formalmente) de iguales*⁵.

En la realidad contemporánea, que se desarrolla ya desde la primera mitad del siglo XX, una ley «igual» destinada a «todos», va acompañada de una serie de disciplinas particulares, fragmentadas y diversificadas por sectores, categorías de destinatarios, y situadas en leyes especiales o complementarias, que diferencian la protección.

De acuerdo con lo expuesto, una marcada «descodificación» ha producido durante décadas la pérdida de la centralidad de los códigos y, con ella, de la función «ordenadora» de la ley general⁶.

1.2. EL DERECHO JURISPRUDENCIAL

La otra gran vertiente en la «producción de normas» reales, las que podrían denominarse normas *en acción*, está constituida por el derecho jurisprudencial, por el papel de la judicatura en la aplicación de la ley a los casos, con la consiguiente ampliación de los contenidos vivos del derecho.

Este dato del sistema, junto con el estudio de los límites normativos e institucionales a la interpretación y formulación de las leyes, pone de manifiesto la centralidad de la jurisprudencia como tema relativo a las fuentes y, por tanto, a la reserva de ley, en lugar de limitarse solo al respeto de su determinación *en acción* desde el punto de vista de la taxatividad y la prohibición de analogía.

El derecho jurisprudencial, una vez replanteado en términos contemporáneos el gran tema de la interpretación, debe ser repensado en términos de fuentes jurídicas, y no solo de taxatividad, porque hay una *ratio* de garantía, *no solo de certeza*: Dado que la ley y la norma debe ser segura, determinada, taxativa, su construcción (*lex* y *ius*), una vez que tenga una dimensión interpretativa y no solo textual, debe referirse solo al futuro en el momento en que se modifique con efectos negativos, desfavorables para el imputado. En cambio, tradicionalmente, la interpretación de la ley siempre se ha extendido a todo el pasado, como si cada innovación siguiera siendo (lo que se quería que fuera) *bouche de la loi*. Un mundo de ficciones.

Hoy en día parece inadmisibile que la jurisprudencia cambie *a peor* el contenido de los preceptos interpretativos y que esta innovación se aplique al pasado; una *razón de garantía elemental* impone que la nueva jurisprudencia valga para el futuro, *como si* fuera ley: esto al menos *cundo* se trate de jurisprudencia imprevisible en el momento de los hechos.

Por eso, el tema de la reserva de ley tiene que ver con la prohibición de la retroactividad y con la previsibilidad del derecho: dada la relación con el tema de las fuentes, y no solo con una concepción «estática» de la taxatividad vinculada a las palabras del legislador, a su *redacción* como expresión sagrada de una voluntad suprema e indiscutible que manda (el modelo bíblico y vetero-positivista del Decálogo).

La declinación tradicional de la reserva de ley en relación con la subordinación a ella del juez se inscribe perfectamente en el renovado marco de este tema que es a la vez político y jurídico.

El derecho jurisprudencial⁷ es el conjunto de interpretaciones, principios y reconstrucciones jurídicas que se definen, organizan y consolidan en las sentencias de todos los niveles de jurisdicción, pero sobre todo el que se consolida en interpretaciones reiteradas, tanto más relevantes cuanto más se sitúan en los niveles superiores, porque es ahí donde comienza a cristalizar como *jurisprudencia-fuente en sentido débil*: una fuente complementaria de la ley y del derecho aplicado, que es una parte de lo que hemos definido como *ius*⁸. En el *derecho de civil law*, por otra parte, donde no existe (o es muy diferente) el *stare decisis*, son las máximas y sentencias, más que los *precedentes*, los casos que lo forman. Mientras este «derecho» puede ser evaluado libremente y derogado por otros jueces, expresa una doctrina

jurisprudencial⁹, en la medida en que esté realmente motivado y no se decida simplemente con referencias autoritarias a superiores y resoluciones anteriores.

Este es el problema del presente: la unificación de poderes en el judicial. El controlador-ejecutor codifica las reglas en todos los niveles, las explica y las argumenta. En la cúspide, luego, el «juez de las leyes». Y en competencia con él, otros tribunales que interpretan fuentes paraconstitucionales o supraconstitucionales. Parece, por tanto, evidente que la jurisprudencia-fuente debe ser salvada de su indiscutible éxito, que llena el vacío de la crisis y la inadecuación del poder legislativo, pero que representa un «problema constitucional» no solo para el penalista.

Aquí nace el derecho penal jurisprudencial como problema constitucional.

1.3. DESDE EL TECNICISMO JURÍDICO, AL ENFOQUE CONSTITUCIONALISTA, AL EUROPEÍSMO JUDICIAL

La herencia de la Ilustración, que es la era de los derechos dentro del derecho y la ley, cuyo valor idealtípico¹⁰ redescubrimos una y otra vez, renovado en las cartas fundamentales¹¹, nos plantea hoy también la necesidad de salir del nihilismo de los valores que ella misma no ha podido impedir¹².

El juspositivismo relativista del siglo XVII respondió a las guerras de religión y al exceso de valores totalitarios con pragmatismo relativista; en cambio, la «era de los derechos» reinterpreta la base principialista del derecho a partir de 1945, después de Nuremberg, con el fin de recuperar valores perdidos por poderes nihilistas o totalitarios. *Tres épocas se han enfrentado* entre el siglo XX y el nuevo milenio: el tecnicismo jurídico, el constitucionalismo y el europeísmo judicial.

La primera aspiraba a asegurar una libertad negativa de la ciencia frente a la política (*el viejo tecnicismo*), a través de la previsión de un juez, y, por tanto, de un intérprete, apolítico. *El tecnicismo penal* significa (ha significado históricamente) que el estudio del derecho se distingue de otras disciplinas, incluso «críticas», porque su objeto no es la realidad regulada, sino solo las normas producidas por el Estado –y no por el intérprete–, como las células y los genes son objeto de la biología, preconstituidos para el investigador; para él, la aplicación del derecho considera al juez como ejecutor y no como cómplice en la definición del derecho, cuya crítica está separada/neutralizada con respecto a su comprensión y aplicación. El juez es apolítico y su crítica no puede corregir el derecho positivo ordinario.

El tecnicismo ha sido un método preconstitucional que «no deslegitima los conocimientos extrajurídicos en cuanto a su función cognoscitiva del derecho, sino en cuanto a su potencial de «legitimación», «justificación» de las instituciones normativas. Es en el plano de la justificación del derecho donde el intérprete se detiene en su existencia como un dato primordial para el jurista-intérprete, mientras que cuando se trata de entender sus orígenes y propósitos, o de criticarlo *de lege ferenda*, se da espacio a la política, la filosofía, la sociología, la criminología, etc.»¹³ El *enfoque constitucionalista* del derecho penal nació históricamente sobre la base de la exégesis técnico-jurídica de la Constitución como *estilo*

hermenéutico (un método técnico-jurídico, por lo tanto), pero desde el principio se opuso políticamente al tecnicismo al valorar la *crítica del derecho* como momento fundacional de la actividad del intérprete; una crítica interna a las normas positivas entre principios y reglas de primer nivel (soberano) y reglas de derecho ordinario.

Dos elementos han marcado el enfoque constitucionalista desde su nacimiento en los años setenta del siglo pasado: a) por un lado, una crítica radical del derecho positivo desde su interior, por efecto de los controles constitucionales; y, por otro lado, b) una crítica del derecho a través de las ciencias sociales y criminológicas. Franco Bricola (voz Teoría general del reato, 1973) representa de modo paradigmático la primera tendencia, y su programa podría sintetizarse del siguiente modo: «basta ya de los excesos de un estudio de categorías sistemáticas: es necesario cambiar más bien el derecho vigente, desarrollando una teoría de principios superiores a la ley»; «basta ya del derecho común como ciencia, es necesario refundarlo íntegramente desde la Constitución»; «basta ya del tecnicismo avalorativo, es necesario que el intérprete revalore constantemente los productos de las leyes parlamentarias». En cuanto a la segunda tendencia, la encontramos en el programa de Alessandro Baratta (Criminologia critica e critica del diritto penale, 1983): «basta ya de la ideología de un conocimiento científico y criminológicamente neutral: es necesario cambiar las bases sociales de la desigualdad y, por tanto, transformar las relaciones de fuerza política que son la base del derecho vigente»; «basta con un derecho penal de clase, protegido por la criminología y el derecho penal liberal»; «el jurista es científico solo si es científico social, de lo contrario es un mero técnico; solo el conocimiento de las ciencias sociales da al jurista legitimación epistemológica para construir sus técnicas normativas.

La ruptura entre Bricola y Baratta puede situarse en el año 1981, con el fin de la revista «La questione criminale», y fue debida a varias razones. Por un lado, a considerar que el derecho penal constitucional no puede estar al servicio de una criminología «crítica» que se base en análisis ideológicos de la realidad criminológica y que quiera ser tiránica con respecto al derecho. Además, el derecho penal no es solo derecho de clase. Y por último, el derecho penal de base constitucional sigue siendo una disciplina jurídica, antes que empírica: existe un ámbito de conocimiento científico-normativo que no es solo criminológico.

En cuanto al «método», puede decirse que la secularización no ha supuesto una práctica diferente en la elaboración de las leyes: en el sentido de que el imperativo de nuevo conocimiento empírico no ha entrado en la base epistemológica del derecho, sino que se trata de un nuevo derecho de la razón, a partir del cual «deducir» de manera diferente las innovaciones normativas¹⁴.

Después del tecnicismo jurídico (una forma de positivismo jurídico), y después del constitucionalismo penal (una forma de racionalismo jurídico), llegó el europeísmo judicial (un *tertium genus* entre el *civil law* y el *common law*) que inaugura una fase diferente de método, a nivel internacional, *un marco metodológico distinto*.

El europeísmo judicial es un cambio real en el sistema de las fuentes, en el estatuto de la reserva de ley y en la cultura penal, en cuanto a la función de los sujetos que «hacen» el derecho, y no simplemente lo «dicen». Así, se expresa en la tendencia a asignar a las sen-

tencias de los Altos Tribunales europeos el rango y la «fuerza» de las leyes constitucionales, como superiores/prevalentes sobre la ley ordinaria.

Lo que entra por las «vías constitucionales» y arrolla a la legislación nacional es el derecho europeo escrito (por ejemplo, los Tratados, el CEDH), tal como lo interpretan el TJUE y el TEDH. Las sentencias europeas («derecho jurisprudencial», no positivizado) pasan a formar parte de la normativa obligatoria vinculante de rango constitucional. Orientan la interpretación y, si son sentencias del TJUE, tienen la fuerza de paralizar las leyes parlamentarias nacionales (inaplicadas o reinterpretadas); mientras que, si son sentencias del TEDH, imponen la revisión de las normas derivadas de dichas disposiciones. Son sentencias (TJUE) equiparadas a leyes constitucionales o (si son del TEDH) a leyes subconstitucionales.

El europeísmo judicial adquiere rasgos cada vez más claros: a) normas-principio y argumentaciones por principios; b) declinación de las normas-principio «internas» a los ordenamientos nacionales que se produce a la luz de fuentes supranacionales: UE, CEDH, tratados internacionales (por ejemplo, el Estatuto de Roma); c) gran relevancia de los tribunales supranacionales que interpretan esos principios según lógicas de comparación constitucional; d) expansión a todos los niveles de la interpretación conforme, como obligación del juez ordinario, antes de cualquier remisión a los tribunales constitucionales y supranacionales de cuestiones de legitimidad. El rasgo metodológico más evidente del europeísmo judicial es el neoconstitucionalismo. Pero antes de describir este aspecto, que representa una clara crisis del constitucionalismo de los años 70 y 80 del siglo pasado, es necesario ilustrar el paso en curso de la Ilustración al postiluminismo, para luego recorrer su camino a la luz del derecho constitucional.

2. LA CULTURA

2.1. RASGOS DE LA ILUSTRACIÓN PENAL

Los rasgos consolidados de la Ilustración penal, también en su «recepción político-jurídica» a lo largo del siglo XX en el marco del llamado enfoque constitucionalista, son los siguientes: la laicidad del derecho y la separación entre derecho y moral, la lesividad social de las infracciones, la formalización de la dialéctica binaria entre individuo y autoridad y la reivindicación de los derechos del acusado, la división de poderes y el primado de la ley parlamentaria, la oposición a toda forma de particularismo jurídico con vistas a una codificación exhaustiva o paradigmática, la censura del arbitrio en la discrecionalidad punitiva judicial, la prohibición de la interpretación extensiva, y, en origen, la prohibición de interpretar la ley (la reducción del *ius* a la *lex*). También, el uso del derecho penal como *último recurso*, la clemencia y la proporcionalidad de las penas, y la exclusión de la víctima del proceso penal, que regula la respuesta a un hecho cometido y no la relación entre el autor y la víctima.

2.2. LA POSILUSTRACIÓN

Muchos de los principales rasgos de la Ilustración penal —con la excepción de algunas normas constitucionales positivas vinculantes— han sido hoy abandonados o transmutados por la legislación y la práctica. Se trata de un alejamiento gradual que, de hecho, se ha producido sin teorización previa y sin voluntad de reconocerlo.

Me limitaré aquí a mencionar los siguientes rasgos de la “posilustración penal”¹⁵.

1. La utilización del derecho penal como *prima ratio*, y cada vez más como ética pública, con una permanente confusión entre derecho penal y moral. El derecho penal es visto —al menos también— como un ‘buen’ instrumento para la protección, e incluso la promoción, de bienes-valores, no como un insidioso y terrible poder del Estado,
2. La jurisprudencia-fuente y el papel preponderante del poder judicial.
3. La construcción hermenéutica de las nuevas normas (cuando no también de la analogía) “domesticada” por la previsibilidad del nuevo derecho.
4. El fin del Leviatán como poder unitario y el crecimiento de una red neomedieval de fuentes, que apunta hacia un nuevo particularismo.
5. El garantismo triádico o tripolar actual, en el que la víctima, con sus derechos, forma parte indiscutible, incluso procesal, de la dialéctica punitiva, junto con el delincuente y el Estado. Además, la presencia de la víctima no está vinculada al aumento de los delitos de lesión, dado que la mayoría de los delitos son de peligro.
6. La diferenciación del derecho penal, cada vez menos dirigido a un ciudadano-destinatario universal: es un derecho penal a veces del hecho y del autor, a veces como lesión y puesta en peligro de bienes, a veces como protección de tabúes, a veces como derecho penal de la lucha y del enemigo, y como derecho penal de la vida cotidiana.
7. Una incipiente actitud ambigua frente a la pena de prisión: fractura lacerante de humanidad desigual para unos; pero momento justo, concreto y sagrado de justicia vindicativa para la razón populista, que no puede compartir el proyecto de pena leve.

Quien advierte estos rasgos en la realidad no puede dejar de ver en ellos una posilustración, pues es preciso reconocer que se trata de cambios consolidados a lo largo de décadas, y no de momentos pasajeros en la fugaz vida de algún gobierno. Y, sin embargo, el legado de la Ilustración permanece permanente en la intensificación del garantismo penal.

3. EL DERECHO CONSTITUCIONAL PENAL HOY

3.1. CARACTERES DEL GARANTISMO PENAL

El enfoque constitucionalista ha producido el garantismo penal. El garantismo es una característica de la legalidad y de la jurisdicción penal, y se refiere a la protección de todos

los ciudadanos —imputados, autores, víctimas, terceros— frente al potencial liberticida de la ley penal y del proceso penal, y ello incluso cuando no se orienta puramente hacia un balance negativo (mal + mal) en la respuesta al delito, porque la intrínseca nocividad del arma penal la somete necesariamente a una serie de “límites” universalmente previstos en todas las legislaciones¹⁶. El garantismo tiene, pues, un carácter en parte descriptivo y en parte prescriptivo con respecto a las leyes, porque estos dos momentos corresponden a los distintos niveles, ordinario y constitucional, de la ley y la jurisdicción.

Para resumir esta dimensión, pueden señalarse algunos rasgos que la orientan, que me permito enumerar a continuación de manera telegráfica en aras de la brevedad y en la medida en que son de sobra conocidos. Leyes ciertas y determinadas, no retroactivas. Interpretaciones igualmente no retroactivas si son desfavorables e imprevisibles, pero taxativas. No se permite la analogía, exigencia de cognoscibilidad de la ley, pero también de que la ley explique e interprete la ley. Reserva de ley no relativa. Constitucionalización de la retroactividad de la *lex mitior*. Prohibición de responsabilidad por hecho ajeno y exigencia de personalidad de la responsabilidad penal: sólo por hecho propio y al menos culpable. derecho penal del hecho y no del autor. No punibilidad de hechos sólo inmorales. Principio de ofensividad. Principio de tipicidad, principio de culpabilidad (no presunciones de dolo y culpa, no inversión de la carga de la prueba, no formas de responsabilidad objetiva encubierta). Tendencia reeducativo-socializadora de la pena. Necesidad de individualización y proporcionalidad, sin penas fijas. No a las penas ejemplares. Proporción como límite y no como fundamento de la pena. No *bis in idem* sustantivo. Prescripción del delito como límite al poder punitivo y derecho subjetivo del imputado. *Extrema ratio* como fundamento del *an, quantum y quomodo* de pena y prisión.

Asimismo, cabe tener en cuenta la inclusión dentro de esta tendencia de los principios derivados del debido proceso: presunción de inocencia, el juez como tercero imparcial, juez natural predeterminado por la ley, duración razonable del proceso, derecho de defensa con igualdad de armas, derecho a la prueba, contrainterrogatorio, no medidas cautelares en lugar o en previsión de la pena, no sanciones ‘criptopunitivas’, sino procesales y retroactivas bajo el manto del *tempus regit actum*, prohibición de procedimientos *bis in idem*, responsabilidad probada más allá de toda duda razonable, etc.

Todos estos son límites al derecho penal como arma, espada, mal. Pero son los que lo convierten en derecho legítimo y no en el *ius* de la violencia estatal traducida en *leges*. Dado que es el Estado el que tiene el poder punitivo, el garantismo que lo limita es una doctrina del Estado, no solo de los derechos. Sin embargo, el garantismo en un sentido formal, es decir, el respeto de la Constitución no garantiza una sociedad justa, sino sólo “legítima”. Las profundas desigualdades y las numerosas leyes no son justas porque casi todas se ajusten a la Constitución. Ni siquiera el mito de un derecho penal liberal está asegurado: la Constitución permite muchas leyes antiliberales.

Por otra parte, no existe un código penal que pueda “deducirse” plenamente de la Constitución. Hay programas abiertos a la política y a la historia. El derecho penal sigue siendo una política, sólo parcialmente contenida en la política constitucional y en la ciencia académica.

Así, el garantismo penal se subdivide en un programa de política constitucional, en un imperativo jurídico-constitucional y en una dimensión de derecho común que implementa, o a veces subestima y en parte traiciona, estas regulaciones superiores, porque siempre es posible una desorientación de la política con respecto a la constitución, que la política implemente programas antitéticos a los designios de un modelo constituyente que no se traduce en reglas vinculantes y demostrativas, lo que hace que estas reglas sean susceptibles de ser declinadas y desconocidas por directrices conflictuales¹⁷, pero que no sólo por ello de ser declaradas inválidas.

3.2. UN GARANTISMO TRIÁDICO O TRIPOLAR Y EL PAPEL DE LA IDEA RESTAURADORA

El garantismo penal hoy ya no es bipolar (Estado/ciudadano)¹⁸. En las concepciones clásicas del garantismo, la dialéctica era entre el Estado y el ciudadano, entre el individuo y la autoridad. Era una dialéctica bipolar: el Leviatán y el ciudadano, o el Estado y el acusado. Pero en la dimensión actual, el garantismo es un discurso tripolar: al ciudadano-acusado se une también la víctima en la dialéctica con los poderes públicos.

Se trata de una declinación de la *ultima ratio*: una síntesis de solidaridad y utilitarismo humanista de la pena equilibrada en clave reduccionista; es decir, el objetivo de limitar las sanciones o instrumentos que tienden a multiplicar el sufrimiento ya producido por el delito, en lugar de reparar sus efectos; de limitarlas en vista de un beneficio para la víctima, es decir, de un balance positivo como efecto de la intervención penal.

Esto puede transformar el papel del derecho penal de *lex minus quam perfecta*¹⁹, que sanciona sin restaurar nunca nada, como una máquina productora de un mal añadido (la proporción «simétrica» al delito, para aumentar la pérdida o la limitación de derechos), en *un ius que construye asimetrías* entre el delito y la pena, a la que se les «sustraen» (en el cálculo) una reparación o compensación. Esto significa que es necesario repensar el garantismo en una clave no sólo reo-céntrica (¡el tratamiento del ‘delincuente’ como respuesta al problema del delito!), sino ‘en la relación autor/víctima’, así como Estado/ciudadano, como nota epistémica diferencial de un derecho penal orientado a la reducción del mal, y no a su duplicación, que hoy exige ser reformulado sobre nuevas bases triádicas —a diferencia de lo que ocurría en el pasado— mirando a la remoción de las causas del daño y del delito. Un garantismo orientado al mínimo sufrimiento para autor y víctima pone en juego, ante el Estado, por lo menos tres sujetos a ser considerados “dentro del paradigma garantista” (autor, víctima, y conciudadanos extraños a esa relación, pero susceptibles de “riesgo penal”) y debe necesariamente centrarse en la reparación, en una pena actuada [*pena agita*] y no sufrida, que restablezca una situación positiva, en lugar de simplemente duplicar el mal, y sobre esa base reconstruir también una nueva escala de los marcos penales previstos en las leyes.²⁰

La reflexión científica —es decir, la de quien adopta un método falsificable y no ideológico, respetuoso con la comparación histórico-comparada y con la distinción entre derecho y política de *lege ferenda*— como contrapoder crítico al derecho punitivo tiene como

objetivo una reducción global del mal: para los ciudadanos, los delincuentes y las víctimas. Este programa de lege ferenda tiene fundamento constitucional en el objetivo reeducativo (art. 27, apdo. 3, Constitución italiana) y en el proyecto de cumplir con las obligaciones inderogables políticas, económicas y sociales (art. 2, Constitución italiana).

3.3. LA POLÍTICA DE LA INTERPRETACIÓN

El abuso ideológico de un derecho penal orientado constitucionalmente ha traicionado verdaderamente sus premisas positivistas jurídicas, convirtiendo al intérprete en un iusnaturalista inconsciente.

En efecto, el positivismo, al tiempo que admitía la interpretación como necesaria, exigía la religión de la letra de la ley, como si se tratara de un verbo divino. Pero el constitucionalismo ha relajado precisamente este constreñimiento de sacralidad hermenéutica en la lectura de la carta fundamental, flexibilizando *ab origine* la exigencia de ceñirse en exceso al texto de la legislación ordinaria, que debe ser reinterpretado de acuerdo con las diversas fuentes superiores. No hemos sido conscientes de este cambio de época en la vida cotidiana del derecho hasta las últimas décadas.

La positivización de los derechos fue una aparente victoria del legalismo del siglo XX, narcotizado por intérpretes supraleales y Altos Tribunales que reescriben el contenido de las Constituciones y luego de las leyes con el texto inalterado²¹. Pero en realidad motivan y así construyen el ius de la lex.

Los nuevos hermeneutas posilustración de la razón pública son los Altos Tribunales. Pero solo una concepción declarativa de la interpretación ha llevado a creer que el “cierre” del sistema de garantías podía permanecer bajo exclusivo control judicial²². Sin embargo, hace tiempo que esta concepción declarativa ha sido científicamente desacreditada y ridiculizada por ciertas prácticas, de modo que el constitucionalismo de corte positivista jurídico atraviesa una profunda crisis epistémica y política²³.

Este método llena las Constituciones e incluso las interpretaciones de las leyes con contenidos actuales de racionalidad histórica, suponiendo que son una especie de interpretación auténtica o divinatoria, “deducida” de una palabra suprema que no las contiene, sino que las inspira²⁴.

Ha sucedido así que en Italia tenemos probablemente el mayor número de principios constitucionales no explícitos del mundo. Basta abrir un manual de derecho penal alemán, francés o del *common law* para encontrarlos sólo en una pequeña parte. ¿Cómo es que aquí han proliferado tantos, y casi todos ellos no expresados, o implícitos?

Los principios de rango constitucional en materia penal sustantiva, vinculantes para el Parlamento y el intérprete, son hoy los siguientes:

- art. 25. apdo. 2, art. 13 Const.: extrema ratio, legalidad, reserva absoluta de ley, determinación y taxatividad (la primera dirigida al legislador, la segunda al juez), tipicidad de los delitos, prohibición de retroactividad (extendida también al derecho jurisprudencial), prohibición de analogía;

- art. 25, apdo. 3, Const.: principio de proporcionalidad entre bienes jurídicos y sanciones, principios de razonabilidad y ofensividad (construcción de delitos lesivos en abstracto de bienes de rango constitucional o al menos equiparables al sacrificio de la libertad, deber del juez de interpretar los casos de forma no formalista, de modo que las conductas típicas sean concretamente lesivas de los bienes protegidos);
- art. 27, apdo. 1, Const., como partes del principio de personalidad de la responsabilidad penal: la responsabilidad por el propio hecho y la atribución de hechos y riesgos objetivamente dentro de la competencia del sujeto; *nullum crimen, nulla poena sine culpa*; el principio de culpabilidad (determinación diferenciada y real de la culpabilidad, dolo y culpa, en cuanto al an y quantum de la pena, personalización del juicio penal frente a la lógica de la prevención general);
- artículo 27.3 y artículo 2 de la Constitución: la función reeducadora-resocializadora de la pena y el límite de la dignidad humana a su utilización;
- arts. 3, 19 y 21, Const.: principio de laicidad.

De todos estos principios, en el texto constitucional sólo se mencionan expresamente cuatro: reserva de ley, irretroactividad, personalidad, reeducación con prohibición de castigos inhumanos.

La historia nos ha demostrado que es precisamente el paradigma constitucionalista de un derecho penal basado en la carta fundamental el que ha desarrollado de forma habitual modelos hermenéuticos alejados, cuando no contrarios, al legalismo. La falta de reforma del Código penal ha dado lugar a una sobreexposición del derecho penal constitucional, y con él del papel constructivo del intérprete y del juez: es un fenómeno único en el panorama internacional, donde nunca ha calado la idea de que el derecho penal sustantivo es derecho constitucional aplicado.

Las normas procesales se asemejan más a un modelo de derecho constitucional aplicado, porque tienen una función primordial de garantía. Mientras que el derecho sustantivo priva de derechos según decisiones políticas y, por lo tanto, tiene una función preventiva y represiva que no es de garantía, sino de protección. Obviamente, esta función se desarrolla en el marco de los instrumentos y las formas del garantismo, pero no se deriva, en sus políticas, de una deducción constitucional, salvo en una medida limitada.

El “modelo constitucional” de la infracción penal, sin embargo, existe, y no consiste sólo en límites, porque son la ofensividad, la culpabilidad, la reserva de ley, la taxatividad, la tipicidad, etc., las que dan un rostro a la infracción penal. No obstante, hay demasiadas opciones políticas, sobre todo en la parte especial y en el sistema de penas, abiertas a la gestión parlamentaria y, en cierta medida, judicial.

En cierta medida, también es evidente una patología hermenéutica²⁵: la de una sociedad para la que todo debe convertirse en constitucional o penal, porque la ley carece de valor, a menos que esté reforzada por restricciones supremas incuestionables o instrumentos máximos de disuasión y exclusión.

3.4. EL NEOCONSTITUCIONALISMO

El neoconstitucionalismo²⁶, diversamente expresado en obras de teóricos y juristas como Dworkin, Alexy, Atienza, Nino, Ferrajoli o G. Zagrebelsky, entre otros, aborda la crisis del positivismo jurídico afirmando que la relación entre derecho y moral no puede ser de verdadera separación (aunque muchos positivistas jurídicos lo admiten hoy).

Esto demuestra que la separación entre positivismo jurídico y naturalismo jurídico se ha revelado del todo aparente ante la proliferación de modelos constitucionales del derecho, que imponen una utilización de los principios en clave distinta a la aplicación lógico-formal de las normas: una aplicación que hace tiempo que ha sido radicalmente desvirtuada por los planteamientos hermenéuticos. Desde esta perspectiva, la aplicación de los principios responde a procedimientos distintos de los que presiden las normas (aunque esto es muy discutido); y el papel del poder judicial respecto del legislador es de codefinición de la ley (en esto también pueden estar de acuerdo neoconstitucionalistas y positivistas jurídicos partidarios de los planteamientos hermenéuticos, pero sigue siendo un conflicto problemático para los intérpretes)²⁷.

No se trata sólo de un método diferente de interpretar la Constitución, sino también las leyes a través de ella. Quienes argumentan por principios y valores introducen y desarrollan un estilo jurídico-racionalista, y no jurídico-positivista, en el razonamiento del jurista, y el hábito de reinterpretar la ley ordinaria de manera “conforme” a estándares más elevados ha cambiado genéticamente el papel del juez, hasta el punto de que las direcciones que más desearían volver al modelo del juez-ejecutor, cuando no también al del juez apolítico, son hoy las que se oponen a la propia “interpretación conforme”.

4. POLÍTICA

4.1. LEX Y IUS ENTRE MAYORÍAS Y RAZÓN PÚBLICA

El derecho (*ius*) no es el producto de una voluntad democráticamente mayoritaria: sí lo es, si acaso, la *lex* (ley). Pero el derecho tiene la dimensión doctrinal y jurisdiccional de un contenido motivado, que la ley no tiene. Por eso el derecho —como producto normativo distinto de la mera legislación— es *la técnica más racionalizada en la construcción de la democracia*, y es un *discurso público*, como el de la ciencia. La publicidad del discurso jurídico tiene tres aspectos fundamentales:

- 1) una publicidad que lo aleje de los caminos de la aristocracia jurídica, es decir, del saber teológico reservado, de las matrices de los *arcana imperii*, del círculo cerrado de los técnicos puros o pontífices supremos (o tribunales supremos), de la violencia inmotivada de las leyes “especiales” y, con ello, de las tentaciones de una tecnocracia impermeable al control generalizado;
- 2) el hecho de que comparte con el conocimiento en general el carácter público de la razón. La razón siempre es pública, no pertenece a individuos ni a grupos circun-

scritos, no es esotérica. Este aspecto preserva al derecho de las tentaciones gnósticas generalizadas de revelaciones exclusivas y maniqueas, o tal vez “de escuela”. Siempre puede ocurrir que alguien sea más ilustrado, pero al final este avance debe hacerse colectivo, un colectivo de pensamiento²⁸;

- 3) el reconocimiento de que la razón pública no es sólo la razón mayoritaria²⁹. La controlabilidad de las decisiones por el mayor número posible de personas es la cuestión fundamental en un contexto de democracia constitucional, no la aprobación plebiscitaria. Todos estos esfuerzos deben conducir a una “juridificación” de esos productos, es decir, a su transformación en derecho, que incluso en su pluralismo desplegado sigue siendo concretamente la razón de la *lex* y la racionalidad de la política, protegible en el Estado de derecho, donde el propio Estado está sometido al *ius*.

4.2. ESTADO ÉTICO VS. SOCIEDAD ABIERTA Y “DEMOCRACIA PENAL”

Hoy en día, la razón pública se declina con demasiada frecuencia en términos penales, empezando por la tabuización de comportamientos que en realidad sólo están prohibidos si se penalizan. Es “el derecho penal como ética pública”³⁰. De ahí la centralidad ineludible del discurso penal en la cultura cotidiana.

Frente a esta tendencia, conviene recordar que la sociedad es “abierta”, en el sentido de Popper, y no totalitaria, porque observa el modelo “contractualista” de Licofrón³¹: no es un estado educador, ni un estado ético, sino un estado que protege los bienes y a las personas (también) frente a la delincuencia, pero sin querer educar mediante el castigo³². Sólo el Estado que renace de un contrato asegura a las partes contratantes un valor original que no puede disolverse en el organismo totalitario del derecho público o en el poder del Leviatán³³.

Licrofón fue un sofista menor del siglo IV a. C., discípulo de Gorgias. Un pasaje de *La Política* de Aristóteles³⁴ (56) lo consagró (no sabemos si merecidamente) como defensor del contrato social (*bottom up*), opuesto a las visiones más «estatalistas» (*top down*) de la fuente del derecho: el contrato no es fuente de una justicia intrínseca, «no hace buenos y justos a los ciudadanos», sino que tiene naturaleza convencional. Esta visión desmitifica imágenes demasiado sagradas de la justicia, que tienden a ser siempre especialmente autoritarias. Sin embargo, cuando la razón pública se convierte en penal y ética a través de un programa de moralización, donde el contenido del contrato social lo rellena el poder judicial, y en concreto el juez penal —y no el civil— la persona siempre acaba siendo instrumentalizada para las agendas generales.

Sin embargo, no se trata de una *Ἀνάγκη*. Puede haber sido hasta ahora una necesidad histórica del derecho penal, pero no es un destino del derecho. Incluso el poder de los intérpretes supremos exige hoy fundarse en un colectivo de pensamiento, en una razón públicamente discutida, argumentada y compartida, no por ser autoritaria y ética³⁵.

El instrumento más fuerte y antiliberal de defensa del sistema es el derecho penal. El *ius criminalis*, instrumento autoritario y victimista por excelencia, que no sabe si existe porque hay robos y asesinatos o para que no los haya, y por ello se dice a sí mismo que tiene un doble mandato para sobrevivir, también espera continuamente su propia y deseable falsificación: la única ratio posible capaz de legitimarlo es, de hecho, el objetivo de poder desaparecer al menos parcialmente ante la evidencia empírica de un exceso de protección. Se trata, sorprendentemente, de una forma diferente, pero consecuente de expresar su esencia política, desde la Ilustración en adelante, de “*ultima*” ratio: la búsqueda constante de alternativas al riesgo de una duplicación del mal sin un equilibrio socialmente positivo en la suma de delito y sanción.

4.3. DE LA CRISIS DE LA LEGALIDAD A LA DE LA IDEA DEL CÓDIGO. LA NUEVA RELACIÓN ENTRE RESERVA DE LEY Y RESERVA DE CÓDIGO

Hay muchos estatutos extrajurídicos bajo las pocas palabras de un artículo de la ley. La propia redacción de las leyes que forman parte de una política criminal preventiva permite pensar en los preceptos penales no como “mandamientos” absolutos y autónomos, sino como parte de disciplinas complejas. Como tales, tiene sentido que puedan estar dentro de textos únicos, en códigos sectoriales especiales fuera del código penal.

Pero aquí se abriría otro discurso sobre la postmodernidad y la crisis, no de la legalidad, sino de la idea del código. Sobre esto, he dedicado un estudio reciente³⁶, al que me remito.

El ordenamiento español³⁷ ha experimentado múltiples reformas del código penal, pero tradicionalmente carece de una legislación penal complementaria significativa. La razón histórico-ideológica de esta marginalidad de las leyes penales especiales reside en su tradicional parentesco con las disciplinas «excepcionales» y las jurisdicciones «especiales», de las que se abusó durante el franquismo.

Este «modelo pancodicístico»³⁸ excluye así el uso de técnicas de remisión analíticas y selectivas. Así, encuentran su disciplina en el código, materias muy ricas en remisiones a disciplinas extrapenales: pero esta remisión es totalmente genérica, mediante cláusulas generales. No es una remisión a disciplinas especificadas. Por lo tanto, no se puede decir que la «centralidad del código» se haya logrado sin costes: la posibilidad de incluir en unas pocas normas los delitos contra el orden económico, los societarios, los tributarios, los delitos contra la propiedad intelectual e industrial, contra la seguridad social, contra la ordenación del territorio, el medioambiente, en materia de mercado, protección de los consumidores y de los derechos de los trabajadores, etc., tiene un alto coste debido al amplio uso de una técnica legislativa rica en *elementos normativos indeterminados y normas en blanco*.

En estos casos, el componente jurisprudencial es el que rellena el contenido en blanco de esas remisiones «en bloque». Por lo tanto, el tema de la reserva de ley está inevitablemente involucrado, pero en comparación con ese segundo aspecto «judicial» del principio de reserva y la admisión de que se trata de normas en blanco, es más correcto referirse a aspectos «parcialmente en blanco» de las incriminaciones.

También en Italia, el «código» seguirá siendo durante mucho tiempo, en la imaginación de los penalistas, el lugar de aplicación de los principios constitucionales y generales, mientras que las «leyes especiales» admiten pequeñas o grandes diferenciaciones sectoriales, derogaciones ilegítimas, experimentos, tecnicismos propios de materias más transitorias, disciplinas sujetas a rápida obsolescencia o mutación de fuentes extrapenales o europeas, o bienes jurídicos más «artificiales»³⁹.

Durante la segunda mitad del siglo XX, el Código Penal perdió el papel dominante que había tenido históricamente, desde el siglo XIX en adelante, experimentando un profundo fenómeno de descodificación. La ciencia penal considera este fenómeno como una patología del sistema que debe combatirse en el momento de la elaboración de un nuevo código. Y todos los proyectos de código penal, desde 1992 en adelante, se han fijado el objetivo de contrarrestar la descodificación.

Solo al final de este largo proceso de crecimiento de las leyes complementarias, que ha modificado el significado y el alcance de la función del código, se introdujo, en 2018, el art. 3-bis c.p. que introduce la reserva de código: «*Las nuevas disposiciones que prevén delitos solo pueden introducirse en el ordenamiento si modifican el Código Penal o se insertan en leyes que regulan de manera orgánica la materia*».

Con esta *regla de derecho* (aunque se define como «principio» en su rúbrica), se reconoce que hay dos grandes vías de legislación: el código y las leyes complementarias externas a él, con la condición de que dichas leyes tengan carácter orgánico con respecto a la materia regulada.

Es una regla, porque regula la distribución de las nuevas leyes penales, entre el código y las leyes complementarias orgánicas, pero *expresa algunos principios*, que están en la raíz de la disciplina.

La idea de leyes orgánicas significa *de hecho* la racionalización de una tendencia en curso: los delitos de quiebra, societarios, tributarios, en materia de estupefacientes, prostitución, medio ambiente, seguridad laboral, alimentación, salud, armas, extranjeros, privacidad, seguridad pública, tráfico rodado, navegación, mercados financieros, derechos de autor, trasplantes, construcción y urbanismo, etc., ya expresan *el dualismo legislativo penal*, según la *ratio* de la reserva de ley aprobada; ya son, en parte, legislaciones atentas tanto al modelo constitucional como a la idea de subsistema orgánico, aunque necesitan una amplia *renovación de estilo* conforme a una nueva «parte general» adaptada a la doble vía legislativa (código y leyes complementarias orgánicas)⁴⁰, y repensar si algo de esas disciplinas pudiera incluirse en el cuerpo codificado.

Además, *en línea con el derecho constitucional*, la reserva de código nos recuerda la urgencia de la reconocibilidad del sistema: si existe un sistema, o si se quiere que exista, como *condición previa* para el conocimiento de las normas individuales⁴¹, de las mismas sanciones, de la razonabilidad y de la legitimación de la intervención punitiva.

De hecho, la *reserva de código* no se limita a «expresar», sino que «legisla» los principios constitucionales, confiriendo a estos la *forma de ley*, así como el *contenido jurídico mínimo* necesario para que existan en un ámbito de aplicación determinado: los *principios de*

legalidad-determinación y de última ratio no sólo tienen implicaciones respecto al sistema sancionador, a la relación con las sanciones administrativas, a las cláusulas generales, etc., sino que también requieren necesariamente la «*construcción del sistema*» penal: el primero (*determinación y legalidad-reconocibilidad*), porque un sistema descodificado y acéfalo («de-construido») produce incoherencia, particularismo jurídico, normas irreconocibles e incognoscibles, violando en definitiva la suficiente determinación y el requisito de reconocibilidad de los preceptos; el segundo (*última ratio*), porque la descodificación multiplica los tipos más allá de lo necesario, provocando esa inflación del sistema que es lo contrario del derecho penal como *extrema ratio*.

El Parlamento puede violar el art. 3-*bis*: al ser una norma de derecho común, la ley parlamentaria siempre puede derogarla. Algunos penalistas piensan que se trata, por tanto, de una norma de naturaleza más política que jurídica⁴². Sin embargo, el Parlamento no podría incumplir el art. 3-*bis* del Código Penal de forma *sistemática*. Un legislador ordinario que derogara sistemáticamente la norma del art. 3-*bis* del Código Penal podría incurrir en una censura de inconstitucionalidad en la construcción del sistema penal. De hecho, se trata de una *norma constitucional en sentido material*. Obviamente, solo la jurisprudencia podría establecer los límites de tolerancia de las desviaciones ocasionales de la normativa. Basta con haber identificado la existencia de un posible remedio⁴³.

La gestión de los dos procedimientos legislativos impuestos por la reserva de código pone en práctica la *diferenciación de la ley general y abstracta*. En lugar de unas pocas normas omnicomprendivas y en blanco de derecho penal alimentario, medioambiental, de seguridad laboral o de derecho penal económico, la tendencia que parece conciliar la reserva de ley y la reserva de código es la presencia de algunos delitos mayores en el código constituidos no por normas en blanco, sino por tipos penales definidos por su tipicidad y ofensividad marcadas, acompañados de regulaciones diferenciadas en cuanto a los destinatarios (delitos propios u omisivos) y en cuanto al ámbito de intervención anticipada (delitos culposos o dolosos de peligro). En lugar de normas incriminatorias que abarcan todo el derecho penal de la crisis empresarial, una ley integral sobre la crisis empresarial, que contenga también las normas penales, de acuerdo con un proyecto de eficiencia y estrategia integrada de las disciplinas penal, procesal, administrativa y civil. En lugar de una prohibición (*prohibiting*) de disponer de la vida articulada en la incriminación del homicidio doloso, culposo, consentido y de la ayuda al suicidio, y aparentemente sin excepciones (código-decálogo), su articulación en una red de leyes sobre la protección diferenciada de los riesgos (a)consentidos para la vida (deporte, seguridad del transporte, circulación, trabajo, medicamentos, uso de estupefacientes, biomédico, químico-industrial, alimentario, médico-quirúrgico, salud colectiva, equilibrado con las necesidades del trabajo, la producción, etc.), y acompañada de una serie de reglas orgánicas sobre actos de disposición que se regulan como eximentes procesales al final de la vida. En lugar de una regla general de diligencia y prudencia de la que se pueda «deducir todo» el delito culposo, miles de reglas cautelares consuetudinarias y escritas, incluso recogidas en diferentes estatutos y directrices, que se sumen a la disciplina general del dolo genérico, aunque este coexista y sea en

parte residual. En lugar de una regla general para la relevancia siempre de cada forma de culpa, la previsión de estatutos especiales diversificados de culpa grave, etc.

En lugar de una cláusula general de responsabilidad por omisión por incumplimiento de obligaciones jurídicas, una disciplina detallada de figuras de garante en la parte general del código, y una serie de reglas de la parte especial que indiquen los poderes y deberes específicos de los distintos garantes en relación con determinadas clases de eventos atribuibles en forma omisiva. Enciclopedia y diferenciación son las categorías de la codificación contemporánea, no el código monobloque.

El paso del *código-decálogo* al *código-instrumento de política criminal* hace finalmente obsoleto el antiguo modelo codicístico para todos aquellos delitos que no consisten en una prohibición absoluta, en una orden «en sí misma» independiente del objetivo de regular fenómenos generales: donde no hay una mera *prohibición*, sino una disciplina reguladora específica junto a la penal, el objetivo es regular conjuntamente estos sectores mediante normas que son a la vez civiles, administrativas y penales. El derecho penal no es aquí una mera sanción de preceptos escritos y pensados *en otro lugar* y *antes* que las disciplinas preventivas.

Es un mundo nuevo, el de la codificación, repensada en sus diferencias legislativas y de aplicación, pero conserva, en lugar de desechar, algunos ideales constitutivos de la codificación clásica: la fuerte necesidad de orden, sistema, racionalidad, coherencia, previsibilidad y cognoscibilidad. Los principios constitucionales no bastan para garantizar la permanencia del ius. Para ello, sigue siendo necesaria la cabina de control de un código general⁴⁴.

La crisis de la legalidad clásica, de matriz ilustrada, se debe aparentemente a una nueva forma de entender la reserva de ley (ante, § 1) o la reserva de código y de leyes integrales para regular conjuntamente la descodificación, pero solo en apariencia: en realidad, la crisis de la legalidad se debe sobre todo a la debilidad de los partidos, de la democracia representativa, y a la incapacidad de visión del poder político, que sin continuos controles de legitimidad superior, supralegislativa, parece carecer de orientación. De ahí surge la sobreexposición del poder judicial (nacional y europeo) y un conflicto permanente entre el poder judicial y la política, que son hoy un signo internacional, y no sólo nacional, de nuestros problemas.

V. CONCLUSIONES

No es fácil extraer conclusiones unívocas de la descripción de una realidad tan compleja.

La crisis de la ley, de la reserva de ley ilustrada (reserva absoluta sólo en cuanto a las penas, pero flexible en cuanto a los preceptos) está implícita en la evolución del sistema de fuentes y en la manera como se redactan las leyes, con remisiones de gran alcance a fuentes infralegales o supranacionales, y al derecho jurisprudencial, nacional y europeo. Los penalistas aún no han extraído las consecuencias oportunas de esta evolución, revisando sus

categorías en el plano de las limitaciones a la hermenéutica: esta parece muy libre *in bonam partem* a través de la dialéctica de los principios de garantía, pero tiene también un potencial, en modo alguno despreciable, de operar *in malam partem* «dentro» del espacio que permite el texto de las incriminaciones, redactadas tradicionalmente con amplio recurso a las cláusulas generales. La orientación constitucionalista primero, y luego la europeísta, han transformado el rostro del derecho penal, pero también han hecho del juez un colegislador. La labor de descodificación llevada a cabo mediante el desarrollo de subsistemas orgánicos fuera del código penal, y mediante la construcción de universos normativos con destinatarios cada vez más diferenciados, ha contribuido a hacer del derecho penal un instrumento de la política para regular fenómenos, y no para dictar mandatos (código-decálogo), a través de disciplinas administrativas, procesales y extrapenales muy articuladas, concebidas junto con las penales. Muchos piensan —los civilistas en primer lugar— en una crisis de la idea del código. Pero en derecho penal no basta con los principios constitucionales para ordenar y regir las leyes dispersas en el ordenamiento. Código y reserva de ley integral junto al código son y siguen siendo las dos vías de la legislación. Todo esto es posilustrado y moderno, pero no representa una verdadera crisis de legalidad. El verdadero problema no es la crisis de la ley, sino la crisis del legislador, de la política. Por eso, en la actualidad, sigue siendo aún muy fuerte la necesidad de un control de legitimidad sobre los productos legislativos. No hay una crisis de la legalidad constitucional (al menos todavía no), sino de legalidad parlamentaria. Y es esta crisis la que ha llevado, internacionalmente, a un conflicto permanente entre el poder judicial y la política.

NOTAS

1. Sorrentino, 2019: 4 ss.; Modugno, Nocilla, 1989: 413 ss.; Amplias referencias penales sobre el tema en Ronco 2010: 20 ss.; Notaro, 2010: 76 ss.; Cupelli, 2012: 27 ss.; Grandi, 2006: 23 ss. Específicamente sobre la crisis de la reserva de ley con respecto al papel del derecho jurisprudencial, Fiandaca, 2011: 79 ss.; Borsari, 2014: 18 ss.
2. Véase la descripción de Manes, 2012: 2 ss.
3. Sobre la *lex mercatoria* de la sociedad postindustrial y el contrato como fuente del derecho, Galgano, 1993: 209 ss., 212 ss.; Dalhuisen, 2016: 1 ss.
4. La Torre, 2013: 27 ss.; Bartoli, 2021, 519 ss., 536 ss.; Bianchi, 2021, y aquí, 331 ss., las diversas críticas al fenómeno, entre las cuales, por cierto, no se identifica ninguna con la reserva de ley.
5. Sobre la desigualdad de la sociedad del Código Civil del siglo XIX y sobre el derecho burgués-privado como derecho solo formalmente igual (*gleiches Recht*), citado en el documento de 1875 sobre el programa del Partido Socialista Obrero Alemán («programa de Gotha») objeto de la crítica marxiana, Marx, *Kritik des Gothaer Programms* (1875), Stuttgart, 1890-91, trad. it., *Critica del Programa di Gotha*, Massari, Viterbo, 2008, 49-51, donde afirma que «este derecho igual es derecho desigual por trabajo desigual», sin reconocer ninguna distinción de clase: «Por lo tanto, es un derecho de desigualdad, en su contenido, como todo derecho» («Es ist daher ein Recht der Ungleichheit, seinem Inhalt nach, wie alles Recht»).

6. Para el debate civilístico y penalístico, véanse los autores citados en Donini, 2020b y 2022a.
7. Para todos, además de los clásicos Lombardi, 1975: 470 ss.; Orrù, 1985: 100 ss., cfr. Roselli, 1999: 268 ss.; Marinelli, 1996: 235 ss., 246 ss., 276 ss. Con referencia específica al derecho penal, Donini 2016: 13 ss.; Fiandaca, 2005: 1722 ss., 1736 s.; Cadoppi, 1999; Donini, 2004; Viganò, 2021: 1 ss.; Cocco, 2005; Borsari, 2014; Perrone, 2019. Véanse también las monografías de Galante 2021: 21 ss., 113 ss.; Scevi, 2022, 28 ss., 119 ss., 176 ss.; Reccia, 2020: 32 ss. y 118 ss.; Santangelo, 2022: 81 ss.
8. Donini, 2019. En la ciencia penal francesa, la jurisprudencia se califica como «source véritable», junto con los reglamentos y leyes de referencia, Pradel, 2019: 183 ss., y 191 ss.; en cambio, Dreyer: 2021, 499 ss. (junto con la doctrina, *ibidem*, 555 ss.) la entiende como fuente oficiosa.
9. Basta con el ejemplo de un código —texto de ley— con solo el complemento jurisprudencial y un código que también contenga el comentario doctrinal, para ilustrar la idea.
10. Todorov, 2007: 7 ss., 63 ss.; Pinker, 2018. Véase también la valiosa antología de Tagliapietra, 1997.
11. Sobre los rasgos característicos de la filosofía del constitucionalismo, véase Barbera, 1997: 4 s.
12. Recuerdo solo, además del mismo Nietzsche, 1995: 517 ss. y 575, sobre todo su impactante e influyente lectura realizada por Heidegger, 2000: 575, y *amplius* todo el cap. V sobre «Il nichilismo europeo». Para el derecho, Irti, 2004; Possenti, 2012.
13. Donini, 2010: 128.,
14. Fulminante observación de Naucke, 1984: 213 ss. y 220.
15. Donini, 2019c: 45 ss.
16. Véase, *entre otros*, Carrara, 1898: 169 ss.; Packer, 1978; Bricola, 1973: 7 ss., y 1984: 107 ss. y 117 ss., 133; Feinberg, 1984; Baratta, 1986; Ferrajoli, 1989; Naucke, 1993: 137 ss.; Appel, 1998; Lagodny, 1996; Donini, 1998: 95 ss.; Id., 2001: 29 ss., luego en Id., 2003a, 65 ss.; Vassalli, 2006; Sieber, 2007: 1 ss.; Husak, 2009; Vormbaum, 2015: 51 ss.; Demuro, 2013: 1654 ss.; Ferrajoli, 2016: 3 ss., 26 ss., 61 ss., 209 ss.; Id., 2014, 129 ss.; Tiedemann, Sieber, Satzger, Burchard, Brodowski, 2016; Dyson, Vogel, 2018; Paliero, 2018: 1447 ss. Marra, 2018; Donini, 2020a, 393 ss.; Ferrajoli, 2024, cap. 1, 4, 5.
17. Sobre el carácter demostrativo, o incluso solo de dirección política, de los principios constitucionales en materia penal, véase Donini, 1996, cap. I.
18. *Amplius* Donini, 2020a: 393 ss.
19. Ulpiano (170 aprox.-228 d. C.), al comienzo de las *Regulae* (I,1-2), define como «perfecta» la ley que prohíbe que algo se haga y, si se hace, lo anula; «imperfecta» la ley que no aplica ni una sanción ni un efecto de anulación por un acto contrario a ella; «menos que perfecta» la ley que, al prohibir algo, sanciona el comportamiento que la infringe, pero no anula los efectos de la infracción. Es evidente que el derecho penal siempre ha sido una ley menos que perfecta, que no se preocupa del momento reparador-restaurador, sino solo del negativo sancionador (la duplicación del mal).
20. Fundación de este proyecto en Donini, 2013, 1162 ss.; Id., 2015: 236-250.
21. Iluminadora representación en Habermas, 1996: 294 ss.

22. Pozzolo, cit., 134 ss.
23. Ferrajoli, 2007: 77 ss. El constitucionalismo garantista de Ferrajoli, el más cercano al penalista, solo sufre la falta de una teoría de la interpretación. Solo esbozado por último en Id., *Giustizia e politica*, cit., 80 ss.
24. Véase recientemente el balance del enfoque constitucionalista italiano realizado por Fiandaca, 2017: 62-69.
25. *Amplius* Donini, 2022b: 359-386.
26. Bongiovanni, 2011; Messina, 2011: 384 ss.; Prieto Sanchis, 2002: 199 ss.
27. Pino, 2011: 965 ss.; Bongiovanni, 2011: 749 ss.; Messina, 2011: 384 ss..
28. Para una extraordinaria ilustración «sobre el terreno» de la importancia de construir un *colectivo de pensamiento* con el fin de reconocer una novedad o un descubrimiento científico, Fleck, 1983: 98 ss., 174 ss., 193 ss.
29. Resumen útil del debate sobre el tema, especialmente en el área norteamericana, in Quong, 2011.
30. Remisión a Donini, 2014. Para una versión sociológica *de moda* del discurso, véase Fassin, 2018.
31. Popper, 1998: 148 ss. La interpretación popperiana de Licofrón, que retomo idealmente, se basa en Aristóteles, *Política*, Γ 9. 1280 b 8. Actualizaciones sobre el contractualismo de Licofrón en Mulgan, 1979, 121 ss.; Giombini, 2016: 74 ss.
32. Con el debido respeto a las lecturas moralizantes del art. 27, apartado 3, de la Constitución. Véase la interpretación laica de Fiandaca, 199: 331 ss.
33. Sobre la dimensión totalitaria del Estado ético en la versión gentiliana, véase lo observado en Donini, 2019a: 1-27, y 2019b: 117-146.
34. «*Por el contrario, aquellos que se preocupan por un buen orden político prestan mucha atención a la virtud y al vicio de la ciudadanía, de ahí que sea evidente que la ciudad, al menos aquella que quiera llamarse realmente así y no solo de palabra, debe cuidar la virtud. De lo contrario, la comunidad se convierte en una alianza, diferente de las demás alianzas entre aliados distantes solo por el lugar, y la ley se convierte en una convención y —como dijo el sofista Licofrón— en garante de lo que es justo para unos con otros, pero incapaz de hacer buenos y justos a los ciudadanos*». Trad. en Aristóteles, 1993: 93.
35. Véase siempre Habermas, 1996: 128 ss., 320 ss., 357 ss.
36. Donini, 2020b y 2022a.
37. Amplia información histórica sobre la codificación penal española desde 1822 en Cerezo Mir, 1997: 112 ss. y 145 ss. sobre la legislación penal complementaria.
38. *Amplius* Donini, 2000; Id., 2003b.
39. Por todos Fiandaca 2001: 137 ss.
40. Sobre las «técnicas de construcción» de la propuesta de recodificación, véase, a modo de ejemplo, lo escrito en Donini, 2018a: 429 ss.

41. Es una exigencia «constitucional» consagrada de manera fundamental por la sentencia 364/1988 del Tribunal Constitucional sobre el art. 5 del Código Penal. Sobre la preconstitución del ius (del sistema jurídico preexistente) en relación con la lex, Donini, 2019: 45 ss.

42. Por ejemplo, Paliero, *La «reserva de código» puesta a prueba: deontica «idealística» versus deontica realística*, cit., 24 ss. Véase también sobre el tema Papa, 2018: 136 ss.; Ambrosetti, 2019: 397 ss.; Ruga Riva, 2019: 206 ss.

43. *Amplius* Donini, 2018b: 1-28; retomado en parte en Id., 2020: 83 ss.

44. Obviamente, de una parte general (renovada). Sobre su importancia permanente, véanse los escritos mencionados de Paliero, 2000: 466 ss.; Id., 1994: 1243 ss.

BIBLIOGRAFÍA

- Ambrosetti, Enrico Mario (2019): «Codice e leggi speciali. Progettare una riforma dopo la riserva di codice», *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 62, 397-416.
- Appel, Ivo (1998): *Verfassung und Strafe. Zu den verfassungsrechtlichen Grenzen staatlichen Strafens*, Berlin: Duncker & Humblot.
- Baratta, Alessandro (1986): *Il diritto penale minimo. La questione criminale tra riduzionismo e abolizionismo*, Napoli: Eso.
- Barbera, Augusto (1997): *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, Roma-Bari: Laterza.
- Bartoli, Roberto (2021): «Fonti della colpa», en Massimo Donini (dir.) *Enc. Dir. I tematici*, vol. II, *Il reato colposo*, Milano: Giuffrè.
- Bianchi, Davide (2021): *Autonormazione e diritto penale*, Torino: Giappichelli.
- Bongiovanni, Giorgio (2011): «Neocostituzionalismo», *Enc. dir. Annali*, vol. IV, Milano: Giuffrè, Milano.
- Borsari, Riccardo (2014): *Diritto penale, creatività e co-disciplinarità. Banchi di prova dell'esperienza giudiziale*, Pisa: PUP.
- Bricola, Francesco (1973): «Teoria generale del reato», en *Noviss. dig. it.*, vol. XIV, Torino: Utet.
- (1984a): «Carattere sussidiario del diritto penale e oggetto della tutela», en *Studi Delitala*, vol. I, Milano: Giuffrè.
- (1984b): «Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela» en De Acutis y Palombarini, *Funzioni e limiti del diritto penale*, Padova: Cedam.
- Cadoppi, Alberto (1999): *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Torino: Giappichelli.
- Cerezo Mir, Jose (1997): *Curso de derecho penal español, Parte general*, I, *Introducción*, 5ª ed., Madrid: Tecnos.
- Cocco, Giovanni (2005): *Interpretazione e precedente giudiziale in diritto penale*, Padova: Cedam.
- Cupelli Cristiano (2012): *La legalità delegata*, Napoli: Esi.
- Dalhuisen, Jan (2016): *Dalhuisen on Transnational Comparative, Commercial, Financial and Trade Law*, Vol.1⁶, London: Hart Publishing.
- Demuro, Gian Paolo (2013): «Ultima ratio: alla ricerca di limiti all'espansione del diritto penale», en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1654-1694.
- Donini, Massimo (1996): *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova: Cedam.
- (1998): «L'art. 129 del Progetto di revisione costituzionale approvato il 4 novembre 1997. Un contributo alla progressione «legale», prima che «giurisprudenziale», dei principi di offensività e di sussidiarietà», en *Critica del diritto*, 95-139.

- (2000): *La riforma della legislazione penale complementare. Studi di diritto comparato*, Padova: Cedam,
- (2001): «Ragioni e limiti della fondazione del diritto penale sulla Carta costituzionale. Il significato dell'esperienza italiana», in *Il Foro it*, 29-45.
- (2003a): *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*, Padova: Cedam.
- (2003b): *Modelli ed esperienze di riforma del diritto penale complementare*, Milano: Giuffrè.
- (2004): *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano: Giuffrè.
- (2010): «Tecnicismo giuridico e scienza penale cent'anni dopo. La Prolusione di Arturo Rocco (1910) nell'età dell'europeismo giudiziario», *Criminalia*.
- (2013): «Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male» *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1162-1218.
- (2014): *Il diritto penale come etica pubblica*, Modena: Mucchi.
- (2015): «Il delitto riparato. Una disequazione che può trasformare il sistema sanzionatorio», in *Diritto penale contemporaneo*, 236-250.
- (2016): «Il diritto giurisprudenziale penale», *Diritto penale contemporaneo*, 13-38.
- (2018a): «L'art. 3-bis c.p. in cerca del disegno che la riforma Orlando ha forse immaginato», *Diritto penale e processo*, 429 ss.
- (2018b): «La riserva di codice (art. 3-bis c.p.) tra democrazia normante e principi costituzionali. Apertura di un dibattito», in *Legislazione Penale*, 1-28.
- (2019): «Iura et leges. Perché la legge non esiste senza il diritto», *Il Pensiero. Rivista di filosofia*, 2, 45 ss.
- (2019a): «Pagine penalistiche dimenticate di Croce e Gentile. Legacy & misfortune dell'idealismo tra diritto, etica e politica», *disCrimen*, 1-27.y
- (2019b): «Pagine penalistiche dimenticate di Croce e Gentile. Legacy & misfortune dell'idealismo tra diritto, etica e politica», *Riv. it. per le scienze giuridiche*, 117-146.
- (2019c): *Populismo e ragione pubblica. Il post-illuminismo penale tra lex e ius*, Modena: Mucchi.
- (2020a): «Garantismo penale oggi», *Criminalia*, 393-421.
- (2020b): «Perché il codice penale. Le riforme del codice oltre i progetti di pura consolidazione», in *Diritto penale contemporaneo*, 3, 1-22.
- (2022a): «Codificazione», in *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, vol. 3, Milano: Giuffrè.2022,
- (2022): «La politica dell'interpretazione. Una rilettura di Bricola», *Lo Stato*, 18, 359-386.
- Dreyer, Emmanuel (2021): *Droit pénal général*, Paris: Lexis Nexis.
- Dyson, Matthew y Vogel, Benjamin (2018): *The Limits of Criminal Law. Anglo-German Concepts and Principles*, Chicago: Intersentia.
- Fassin, Didier (2018): *Punire. Una passione contemporanea*, Milano: Feltrinelli.
- Feinberg, Joel (1984): *The Moral Limits of the Criminal law*, 4 vol., New York-Oxford: Oxford University Press.
- Ferrajoli, Luigi (1989): *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale* Roma-Bari: Laterza.
- (2007): *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Roma-Bari: Laterza.
- (2016): *Il paradigma garantista. Filosofia e critica del diritto penale*, Napoli: Editoriale scientifica,
- (2024): *Giustizia e politica*, Roma-Bari: Laterza.
- Fiandaca, Giovanni (1991): «Il 3° e il 4° comma dell'art. 27», in Branca y Pizzorusso, *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma: Zanichelli.
- (1997): *Sistema penale in transizione e ruolo del diritto giurisprudenziale*, Padova: Cedam.
- (2001): «In tema di rapporti tra codice e legislazione penale complementare», *Diritto penale e processo* 137 ss.
- (2011): «Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale», *Criminalia*.
- (2017): *Prima lezione di diritto penale*, Roma-Bari: Laterza, Roma-Bari.
- Fleck, Ludwick: (1983): *Genesi e sviluppo di un fatto scientifico*, Bologna: il Mulino, Bologna.

- Galante, Andrea (2021): *Legalità e mutamenti giurisprudenziali nel diritto penale*, Firenze: FUP.
- Galgano, Francesco (1993): *Lex mercatoria*, Bologna: Il Mulino.
- Gaus, Gerald (2011): *The Order of Public Reason*, New York: Cambridge Univ. Press.
- Giombini (2016): «Lycophron: a minor Sophist or a minor Socratic?», *Philosophical inquiry: international quarterly*, 74-94.
- Grandi, Ciro (2006): *Riserva di legge e legalità penale europea*, Milano: Giuffrè.
- Habermas, Jürgen (1996): *Fatti e norme, Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Milano: Guerini e Associati.
- Heidegger, Martin (1961): *Nietzsche*, Milano: Adelphi.
- Husak, Douglas (2009): *Overcriminalization. The Limits of the Criminal Law*, Oxford: Oxford Univ. Press.
- Irti, Natalino (2004): *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari: Laterza.
- Lagodny, Otto (1996): *Strafrecht vor den Schranken der Prinzipien*, Tübingen: Mohr.
- Lombardi, Luigi (1975): *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano: Giuffrè.
- Manes, Vittorio (2012): *Il giudice nel labirinto*, Roma: Dike.
- Marinelli, Vincenzo (1996): *Ermeneutica giudiziaria. Modelli e fondamenti*, Milano: Giuffrè.
- Marra, Gabriele (2018): *Extrema ratio ed ordini sociali spontanei: un criterio di sindacato sulle fattispecie penali eccessive*, Torino: Giappichelli.
- Marx, Karl (2008): *Critica del Programma di Gotha*, Viterbo: Massari.
- Messina, Giovanni (2011): «Il neocostituzionalismo», *Democrazia e diritto*, 384-425.
- Naucke, Wolfgang (1984): «Christliche, aufklärerische und wissenschaftstheoretische Begründung des Strafrechts (Luther-Beccaria-Kant)», in *Christentum und modernes Recht. Beiträge zum Problem der Säkularisierung*, Frankfurt: Staff, Suhrkamp.
- (1993): «Schwerpunktverlagerungen im Strafrecht», *KritV*, 135-162.
- Nietzsche, Friedrich (1995): *La volontà di potenza*, Milano: Bompiani.
- Notaro, Domenico (2019): *Autorità indipendenti e norma penale*, Torino: Giappichelli.
- Orrù, Giovanni (1985): *Richterrecht*, Milano: Giuffrè.
- Packer, Herbert (1978): *I limiti della sanzione penale*, Milano: Giuffrè.
- Paliero, Carlo Enrico (1994): «L'autunno del patriarca. Rinnovo o trasmutazione del diritto penale dei codici?», *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1243 ss.
- (2000): «La Fabbrica del Golem: Progettualità e metodologia per la Parte Generale di un Codice Penale dell'Unione Europea», *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 466 ss.
- (2018): «Pragmatica e paradigmatica della clausola di extrema ratio», *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1447-1487.
- Papa, Michele (2018): «Dal codice penale «scheumorfico» alle playlist. Considerazioni inattuali sul principio della riserva di codice», *Diritto penale contemporaneo*, 5, 136 ss.
- Perrone, Dari (2019): *Nullum crimen sine iure. Il diritto penale giurisprudenziale tra dinamiche interpretative in malam partem e nuove istanze di garanzia*, Torino: Giappichelli.
- Popper, Karl (1998): *La società aperta e i suoi nemici*, vol. I, Milano: Armando.
- Possenti, Vittorio (2012): *Nichilismo giuridico. L'ultima parola?*, Soveria Mannelli: Rubbettino.
- Pradel, Jean (2019): *Droit pénal général*, Paris: Cujas.
- Prieto Sanchis, Luis (2002): «Neocostituzionalismo e ponderazione giudiziale», *Ragion pratica*, 18, 199 ss.
- Quong (2018): «Public Reason», in *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*.
- Reccia, Eliana (2020): *Il valore del precedente e il carattere vincolante delle pronunce delle Sezioni Unite*, Torino: Giappichelli.
- Ronco, Mauro (2010): «Il principio di legalità» in Ronco, Ambrosetti, Mezzetti, *La legge penale*, Bologna: Zanichelli.
- Roselli, Federico (1999): «Dovere di conoscere la giurisprudenza», in Bessone (dir.) *Interpretazione e diritto giudiziale*, Torino: Giappichelli.

- Ruga Riva, Carlo (2019): «Riserva di codice o di legge organica: significato, questioni di legittimità costituzionale e impatto sul sistema penale», *Diritto penale contemporaneo*, 218-238.
- Santangelo, Alessandro (2022): *Precedente e prevedibilità*, Torino: Giappichelli.
- Scevi, Paola (2022): *La prevedibilità della norma penale tra legislatio e iurisdictio*, Torino: Giappichelli.
- Sieber, Ulrich (2007): «Grenzen des Strafrechts», *ZStW*, 119, 1-68.
- Sorrentino, Federico (2019): *Le fonti del diritto italiano*, Padova: Wolters Kluwer-Cedam.
- Tiedemann, Klaus (2016): *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege. Erinnerung an Joachim Vogel*, Baden-Baden: Nomos.
- Todorov, Tzvetan (2007): *L'esprit des Lumières*, Milano: Garzanti.
- Torre, Massimo (2013): *La «privatizzazione» delle fonti del diritto penale*, Bologna: BUP.
- Vassalli, Giuliano (2006): *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli: Esi.
- Viganò, Francesco (2021): «Il diritto giurisprudenziale nella prospettiva della Corte costituzionale», *Sistema penale*.
- Vormbaum, Thomas (2018): *Saggi di storia del diritto penale moderno*, Napoli Esi.
- (2011): «Fragmentarisches Strafrecht in Geschichte und Dogmatik». *ZStW*, 123.

