

# ¿GARANTISMO VERSUS DESCODIFICACIÓN?

Beatriz Romero Flores

Profesora Doctora Derecho Penal y Criminología

Universidad Internacional de la Rioja

## 1. INTRODUCCIÓN

Una de las manifestaciones del garantismo penal de Ferrajoli viene representada por la reflexión en torno al colapso del principio de legalidad penal fruto de la multiplicación irracional de leyes penales especiales<sup>1</sup>. Vamos a analizar, por ello, la denominada legislación penal complementaria. *Prima facie* se constata la no coincidencia de la parte especial del Código penal y la parte especial del derecho penal, en la mayoría de los ordenamientos continentales<sup>2</sup>.

El fenómeno de la descodificación, de huida del derecho codificado, operado en el ámbito del derecho privado se ha dejado sentir en el ámbito penal en la mayor parte de países de nuestro entorno (Italia, Francia, Alemania, Portugal).

La proliferación de legislación *extra codicem* ha brindado a la doctrina especializada un campo de debate propicio en torno a la vigencia de los principios básicos del derecho penal moderno, en especial el de intervención mínima.

La extensión desmesurada de la penalización se ha generalizado a través de esta legislación aluvial —utilizando el término creado por Ferrajoli<sup>3</sup>—, sobre todo en ordenamientos como el italiano que todavía conservan un Código de principios de siglo.

Si bien el derecho penal español se encuentra en su mayor parte recogido en el Código —desde un punto de vista estricto, ya que no se pueden omitir los reenvíos a legislación foránea—, y por tanto son pocas las materias penadas que no se hallan en tal sede, la evolución del derecho penal podría caminar en dirección contraria a la seguida hasta ahora. Prueba de ello es la declaración de intenciones

---

<sup>1</sup> Ferrajoli afirma que “Il primo fattore di crisi consiste nel crollo della legalità penale. Si è sviluppata, soprattutto in questi ultimi decenni, una patologica inflazione legislativa, in forza della quale le leggi penali speciali e le figure di reato si contano ormai in decine di migliaia, en *Criminalia, Anuario di scienze penalistiche*, 2014, p. 135.

<sup>2</sup> STORTONI, L.: «La parte speciale nel sistema penale», en *Introduzione al sistema penale*. Vol. I, a cura di INSOLERA, G., MAZZACUVA, N., PAVARINI, M., ZANOTTI, M., 2ª edc., ed. Giappichelli, Torino, 2000, p. 400. En el mismo sentido, BETTIOL, G.: *Diritto penale. Parte Generale*, 11ª edc., ed. Cedam, Padova, 1982, pp. 108-109; BOSCARRELLI, M.: *Compendio di Diritto Penale. Parte Generale*, 2ª edc., ed. Giuffrè, Milano, 1976, pp. 9-10.

<sup>3</sup> FERRAJOLI, L.: *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, ed. Laterza, Bari, 1990, pp. 741-745.

efectuado en la Exposición de Motivos del Código penal español de 1995, que finalmente no se ha cristalizado.

Habría que conectar dos conceptos: el de la hipertrofia penal<sup>4</sup> y el de la codificación. La transformación del Estado de derecho liberal en Estado social del bienestar provocó la intervención del Estado en ámbitos distintos de los tradicionalmente regulados, con la consiguiente generalización de la pena como instrumento coactivo.

La fuerza centrípeta normativa del Código comenzó pronto a convivir con la creciente fuerza centrífuga de las leyes especiales<sup>5</sup>. Esta descodificación ha llegado a niveles extremos en el campo del derecho privado, en el que el Código civil «funciona como derecho residual, como disciplina de casos no regulados por normas particulares»<sup>6</sup>.

En resumen, desde una perspectiva general, la expansión del derecho penal se ha materializado mediante la proliferación de legislación penal especial. Sin embargo, en España el aumento de la actividad administrativa no ha dado lugar a esta hipertrofia del Derecho penal, sino a un incremento del poder sancionador de la Administración.

Daremos un concepto aproximado de qué entendemos por legislación penal complementaria, también denominada secundaria o extravagante, para posteriormente proceder a un desarrollo del mismo, teniendo en cuenta nuestro ordenamiento jurídico. Partimos de la concepción de legislación penal especial como aquella normativa que describiendo delitos o faltas se encuentra contenida en leyes distintas al Código penal<sup>7</sup>.

## 2. CUESTIONES PROBLEMÁTICAS DE LA DESCODIFICACIÓN PENAL

### 2.1. CAUSAS DE LA DESCODIFICACIÓN PENAL

El problema de la elección entre codificar los delitos o bien legislar en leyes aisladas surge tras el movimiento de la codificación. Se aducen razones tanto estructurales como sustanciales a la hora de optar por una u otra vía.

---

<sup>4</sup> Término acuñado por FRANK en 1898. Citado por PALIERO, C.E.: «*Minima non curat praetor*»: *ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazioni dei reati bagatellari*, ed. Cedam, Padova, 1985, p.46.

<sup>5</sup> LUNA SERRANO, A.: «Presentación» en *La Edad de la descodificación*, IRTI, N., traducido por Rojo Ajuria, L., ed. Bosch, Barcelona, 1992, p. 8.

<sup>6</sup> IRTI, N.: *L'età della decodificazione*, 3ª edc., ed. Giuffrè, Milano, 1979, p. 33.

<sup>7</sup> Siguiendo el concepto elaborado en MORILLAS CUEVA, L: *Curso de Derecho penal español. Parte general* (dirigido por Cobo del Rosal), ed. Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 82.

Así, desde un punto de vista sustancial o material, los nuevos fenómenos criminales no se incorporan al Código, a la espera de su consolidación. Desde una perspectiva estructural o formal se tiende a conservar al Código como legislación casi intocable, sujeta a pocas modificaciones. Además, de este modo se garantiza una estrecha conexión entre la normativa penal y la normativa extrapenal en la que se inserta y, a su vez, se garantiza la unidad topográfica de ambas normas para hacer más comprensible el propio significado de la norma penal<sup>8</sup>. En principio, en la mayoría de los casos la materia cuya tutela penal se recoge en disciplinas extrapenales viene referida a ámbitos sectoriales caracterizados por la especificidad o tecnicidad del campo en el que se insertan y/o por el carácter profesional de sus destinatarios<sup>9</sup>.

Desde la doctrina italiana se apuntan, por su propia experiencia, otras causas de la emanación de leyes penales *extra codicem*, tales como la antigüedad lógica del *Codice Rocco* de 1930, la carencia de un proyecto político-criminal homogéneo capaz de traducirse en una reforma del Código y, por último, la proliferación «neurótica» de «estados de emergencia»<sup>10</sup>.

## 2.2. RELACIONES ENTRE EL CÓDIGO PENAL Y LAS LEYES PENALES ESPECIALES

La ubicación de las normas penales en el cuerpo del Código penal o fuera de aquél no está exenta de consecuencias<sup>11</sup>. Desde siempre se ha apuntado el peligro que podría suponer el hecho de legislar *extra codicem* por la probable fuga de principios generales contenidos en el Código. Llegados a este punto, es necesario diferenciar las leyes excepcionales o de *emergenza* de la legislación penal complementaria. Toda ley excepcional es legislación complementaria, pero no toda legislación complementaria es excepcional<sup>12</sup>. En este último supuesto, estaríamos hablando de la creación de microsistemas o subsistemas no sujetos a las rígidas reglas de la parte general del Código penal. No entraremos aquí, por no ser ésta la sede adecuada, en la discusión sobre la necesidad o no de crear un nuevo modelo de Derecho penal, distinto al clásico, con el fin de combatir las nuevas realidades

---

<sup>8</sup> Vid. FIORELLA, A.: «La parte speciale tra codificazione e legislazione complementare», en *Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*, Atti del Convegno di studio svoltosi a Saint Vicent, 6-8 maggio, 1994, n° 19, ed. Giuffrè, Milano, 1996, p. 280.

<sup>9</sup> Vid. FIANDACA, G.: «In tema di rapporti tra codice e legislazione penale complementare», en *DPP*, n° 2/2001, p. 138.

<sup>10</sup> En este sentido, INSOLERA, G.: «El Derecho penal complementario». Ponencia presentada en el Congreso sobre el Derecho penal mínimo en Abano Terme, 29-31 de marzo de 2001, traducida por Cugat Mauri, M., en *RDPP*, vol. 6, 2001, p. 134.

<sup>11</sup> Vid. STORTONI, L.: «La parte speciale nel sistema penale», en *Introduzione al sistema penale*, vol. I, op. cit., p. 401.

<sup>12</sup> Como decía BETTIOL, «el derecho penal especial no es una excepción al derecho común, sino una especificación, un complemento del mismo». Vid. BETTIOL, G.: *Diritto penale. Parte Generale*, op. cit., p. 109.

criminógenas que amenazan a la sociedad contemporánea<sup>13</sup>. La verificación de esta realidad paralela al Código la debemos buscar en lo establecido en los correspondientes Códigos penales sobre las relaciones entre éstos y las leyes penales *extra codicem*.

De los posibles modelos existentes nos quedamos con la propuesta realizada por Donini, en el marco de una investigación interuniversitaria en Italia<sup>14</sup>. Así, este autor ha sintetizado en tres las opciones a las que se puede reducir la dialéctica Código penal/leyes penales especiales, guiándose por una tendencia a recuperar la perdida centralidad del Código. La primera de ellas propone la eliminación de las faltas —contravenciones en Italia—, devolviendo los delitos al Código y derogando las leyes penales especiales, mediante la inserción en el Código de sus delitos o mediante la despenalización. La segunda se presenta más flexible, dejando la legislación especial para la regulación de las faltas, y el Código para los delitos. Finalmente, la tercera hipótesis se sitúa en un plano intermedio, señalándose la necesidad de operar una meditada elección entre Código y leyes especiales, reconociendo implícitamente la legitimidad de cualquiera de los dos binarios, así como su oportunidad<sup>15</sup>. Donini acaba inclinándose por esta tercera solución, más fácilmente realizable y acorde con la situación real del Derecho penal actual. En esta línea, afirma que «es en verdad ilusorio pensar que un Código penal contemporáneo pueda agotar el elenco taxativo de los preceptos»<sup>16</sup>. Sería contraproducente el intentar recoger en un Código todas aquellas conductas que creemos merecedoras de sanción penal, ya que se acentuarían los caracteres de indeterminación y de reenvío externo, ya patentes en la mayoría de los ordenamientos jurídicos.

### 2.3. POSTURAS CRÍTICAS A LA CREACIÓN DE LEGISLACIÓN PENAL ESPECIAL

Y bien, ¿qué razones se han aducido para rechazar la legislación penal *extra codicem*? Básicamente dos, la primera, la dispersión del derecho penal y por consiguiente su difícil conocimiento. A priori,

---

<sup>13</sup> Sobre esta cuestión, aplicada a la creación de unas reglas especiales para la creación de un derecho penal colectivo, resulta interesante la lectura de «Una justicia penal a la medida del ser humano en la época de la europeización y la globalización», de ESER, A., en *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología*, Congreso internacional celebrado en Madrid en noviembre de 2000, edt. UNED, Madrid, 2001, pp. 15-38.

<sup>14</sup> Fruto del proyecto de investigación concedido por el Ministerio de Educación italiano entre las universidades de Modena, Bologna y Macerata ha sido la publicación de este libro: *La riforma della legislazione penale complementare. Studi di diritto comparato*, a cura di DONINI, M., edt. Cedam, Padova, 2000.

<sup>15</sup> Vid. INSOLERA, G. y PAVARINI, M.: «Quale ordine al disordine penale? Riflettendo sul saggio di Massimo Donini», en *La riforma della legislazione penale complementare. Studi di diritto comparato*, op. cit., pp. 68-69.

<sup>16</sup> DONINI, M.: «La riforma della legislazione penale complementare: il suo significato «costituente» per la riforma del codice», en *La riforma della legislazione penale complementare. Studi di diritto comparato*, op. cit., p. 22. En el mismo sentido, QUINTANO RIPOLLÉS decía que «la enumeración del Código penal no puede ser exhaustiva, de hecho, no lo es», en QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Comentarios al Código penal*, 2ª edc., edt. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1966, pp. 68-69.

podiera parecer que el crear delitos fuera del Código llevaría a un desconocimiento «excusable» del ciudadano medio, pero esto ocurriría solamente si no se operase una adecuada selección de aquellas conductas delictivas que precisamente por su particularidad sólo pueden ser realizadas por agentes especializados. A esto se une que, para una correcta interpretación, estos delitos especiales se tienen que poner en relación con la normativa general, cuyo incumplimiento más grave se ha convertido en delito. La materia que se ha prohibido está fuera del Código y el destinatario la «maneja» y la conoce, entonces, ¿por qué desarraigarla del corpus normativo del que proviene? En aquellos ordenamientos pobres en legislación penal especial, como el español, el recurso a las normas penales en blanco no ha provocado más que problemas<sup>17</sup>. La segunda razón puesta de manifiesto ha sido la vulneración del principio de fragmentariedad del derecho penal<sup>18</sup>, consagrado por la esencia del instrumento penal como *ultima ratio*<sup>19</sup>. La pésima técnica legislativa utilizada en algunos ámbitos ha tenido como resultado la criminalización de la mera desobediencia de la normativa extrapenal (técnica *a tappetto*), omitiéndose una meditada selección de aquellas conductas que vulnerasen bienes jurídicos dignos de protección penal, con respeto al principio de ofensividad y de intervención mínima, característicos del Derecho penal moderno. Sin embargo, entendemos que esta mala praxis no debería entorpecer una correcta creación de leyes penales especiales.

En este estudio se parte de la necesidad de la existencia de legislación penal *extra codicem*, en aras a una mejor técnica legislativa, con una equilibrada utilización de la misma en las materias que por su especialización o tecnicismo así lo requieran. En nuestra opinión, las ventajas que reporta este modo de legislar superan las advertencias y críticas vertidas por la doctrina, sobre todo la española, contrarias a la «descodificación».

En conclusión, el acierto de crear delitos *extra codicem* radica en la selección de aquellas conductas delictivas que lógico-sistemáticamente se entienda que no deben separarse de la matriz que vienen a

---

<sup>17</sup> Vid. sobre esta cuestión, la obra general de DOVAL PAÍS, A.: *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*, ed. Tirant lo blanch y Universitat de València, Valencia, 1999. Así de tajante se muestra DONINI: «la alternativa a la multiplicación taxativa de los preceptos penales (...) no consiste en la eliminación de aquellos preceptos sino en su ocultación en fuentes subordinadas o extrapenales, a través del recurso a la técnica del elemento normativo, de la norma en blanco o del reenvío». DONINI, M.: «La riforma de la legislazione complementare: il suo significato «costituente» per la riforma del codice», en *La riforma della legislazione penale complementare. Studi di diritto comparato*, op. cit., p. 38. En el mismo sentido, vid. INSOLERA, G.: «El derecho penal complementario», op. cit., p. 141.

<sup>18</sup> Desde una dimensión política-criminal la fragmentariedad significa que «solo algunos bienes, los más significativos, son objeto de tutela penal, y únicamente en el confronto de determinadas, las más graves, modalidades ofensivas». Vid. DONINI, M.: *Teoria del reato. Una introduzione*, ed. Cedam, Padova, 1996, p. 239.

<sup>19</sup> PALIERO, C.E.: «*Minima non curat praetor*»: *ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazioni dei reati bagatellari*, op. cit., pp. 121-122.

prohibir. El hecho de que después su redacción incumpla los elementales criterios de taxatividad o duplique la regulación ya existente en el Código, no podemos imputarlo enteramente a su ubicación, aunque pueda, sin duda, favorecer estos resultados del todo reprobables.

#### 2.4. LA LEGISLACIÓN PENAL COMPLEMENTARIA COMO TÉCNICA LEGISLATIVA: CRITERIOS DE REPARTO

Una manera de aproximarse a la problemática de la así denominada legislación penal extravagante o especial es la de estudiarla como una técnica legislativa alternativa a la inclusión de los tipos penales en el seno del Código penal.

Los criterios de distribución en el Código penal o en una ley penal especial pueden clasificarse en los siguientes:

1. Diversidad de los intereses jurídicos protegidos: protegen bienes jurídicos no recogidos por el derecho penal común<sup>20</sup>. La importancia de los intereses cuya lesión constituye delito especial provoca en la mayoría de los casos que las penas a imponer sean de más gravedad que las del Código.
2. Necesidad impuesta por razones técnicas, por la especialidad de las materias que obliga a utilizar otro lenguaje<sup>21</sup>. Esta especialización puede venir determinada porque se trate de reglas que rigen a ciertos colectivos (Código penal militar) o bien porque la especificidad venga referida al contenido<sup>22</sup>.
3. Unidad sistemática. El propio entendimiento de la materia a la que se refieren las conductas delictivas aconseja no separarlas del objeto de prohibición, para facilitar una mayor claridad y comprensión del destinatario<sup>23</sup>.

---

<sup>20</sup> Vid. RORDÍGUEZ DEVESA, J.M. y SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho penal español. Parte General*, 18 edc., ed. Dykinson, Madrid, 1995, p. 34.

<sup>21</sup> Vid. QUINTERO OLIVARES, G. y MUÑOZ CONDE, F.: *La reforma penal de 1983*, ed. Destino, Colección Nuevo Derecho, Barcelona, 1983, pp. 56-57.

<sup>22</sup> Vid. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.: «Artículo 9», en *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia* (dirigidos por CONDE-PUMPIDO FERREIRO), ed. Trivium, Madrid, 1997, p. 398.

<sup>23</sup> Vid. DONINI, M.: «La legislazione penale complementare: il suo significato «costituente» per la riforma del codice», op. cit., p. 44. Es de la misma opinión, en lo que se refiere a la materia de alimentos, BERNARDI, A.: «Il processo di razionalizzazione del sistema sanzionatorio alimentare tra codice e leggi penali», en *RTDPE*, anno XV, n° 1-2, gennaio-giugno, 2000, p. 106.

4. Mutabilidad: Las continuas modificaciones a las que se verían expuestas, connaturales a la materia de la que traen origen, obligarían a un tratamiento externo al Código<sup>24</sup>.

5. Nueva criminalidad: Se trataría sobre todo de la exigencia de dar respuesta a nuevos fenómenos criminales, creando delitos encaminados a tutelar bienes colectivos dotados de especial relevancia social, como el medio ambiente, el territorio y la salud pública<sup>25</sup>.

Si se siguieran estos criterios, que pueden ir ampliándose con el surgimiento de nuevas necesidades, seguramente el objetivo de conseguir un modelo «ideal» de legislación penal sistemática y racional se atisbaría más cercano. Hoy en día las experiencias tanto propias como ajenas no han sido capaces de conducir la legislación en este sentido, guiadas en la mayoría de las ocasiones por criterios de oportunidad política.

### 3.NIVELES DE PRESENCIA DE LA LEGISLACIÓN PENAL COMPLEMENTARIA EN EL ÁMBITO COMPARADO

#### 3.1. ALEMANIA

Las últimas modificaciones aprobadas en el derecho penal alemán muestran una tendencia a codificar materias que habían nacido originariamente en la legislación penal complementaria, como es el caso de algunos delitos societarios, con la creación de un nuevo Título dedicado a los «delitos contra la concurrencia» (*Straftaten gegen den Wettbewerb*) y la inserción de figuras de delito informático.

En Derecho germano cuando se habla de derecho penal complementario (*Nebenstrafrecht*) el concepto de derecho penal (*Strafrecht*) viene utilizado por algunos autores en sentido amplio, como comprensivo de todas aquellas normas que disponen la imposición de penas y otras consecuencias sancionatorias por una conducta típicamente antijurídica. Por tanto, según esta concepción amplia, por *Nebenstrafrecht* puede entenderse tanto el derecho penal que encuentra su colocación fuera del Código (como «contenedor» del derecho penal nuclear: el *Kernstrafrecht* o *Hauptstrafrecht*) como el derecho punitivo

---

<sup>24</sup> Donini enlaza el criterio de la mutabilidad con el de la especialización, pues los valores que protegen estos delitos son más mutables porque están condicionados por disciplinas jurídicas en rápida evolución o particularmente técnicas. Vid. DONINI, M.: «La legislazione penale complementare: il suo significato «costituente» per la riforma del codice», op. cit., p. 38.

<sup>25</sup> Las leyes penales especiales «permiten satisfactoriamente responder a las necesidades de constante actualización propias de aquellas conductas (...) y su contenido puede ser tan complejo como exija la protección del bien jurídico». MESTRE DELGADO, E.: «Límites constitucionales de las remisiones normativas en materia penal», en *ADPCP*, 1988, p. 526. Vid. tb. FIANDACA, G., y MUSCO, E.: *Diritto penale. Parte generale*, 3ª edc., edt. Zanichelli, Bologna, 1995, pp. 42-43.

administrativo (*Ordnungswidrigkeitenrecht*), basado, este último, en el plano de la respuesta sancionadora, en la presencia de sanciones pecuniarias (*Geldbussen*)<sup>26</sup>.

En la actualidad existen normas penales, principalmente, en el Código tributario, la ley sobre comercio exterior, ley en materia de estupefacientes, ley de ejecución del Convenio sobre armas químicas y ley sobre armas de guerra<sup>27</sup>. Se observa en el legislador alemán una falta de coherencia a la hora de la elección de la materia que merece ser introducida en el Código penal, pues si bien algunas figuras delictivas de gran relevancia se hallan en el Código, a pesar de su estrecha conexión con la disciplina extrapenal (delitos contra el medio ambiente), otras de similar importancia siguen fuera del mismo (delitos de tráfico de drogas). Otro ejemplo significativo sería el de la localización del fraude fiscal fuera del Código, mientras que el fraude de subvenciones se ha tipificado en el seno de éste<sup>28</sup>.

### 3.2. FRANCIA<sup>29</sup>

El legislador francés, al igual que el español, acometió en los años noventa la reforma del Código penal. Durante la gestación del Código de 1994 (entre 1970 y 1992) las diferentes comisiones de reforma apenas se preocuparon por las leyes *extra codicem*, y solo una doctrina minoritaria hizo propuestas dirigidas a la clasificación y reordenación de las mismas. Finalmente, los esfuerzos por organizar la dispersión existente culminaron con la creación de un nuevo Libro, el V, que serviría para acoger aquellas normas dispersas en las nuevas leyes especiales que fueran apareciendo. Pero este objetivo fracasó pues en la actualidad este libro titulado «Des autres crimes et délits» se nutre de tipos delictivos de relevancia secundaria<sup>30</sup>. Por ello, cabe afirmar que en el ordenamiento jurídico-penal francés la mayor parte del derecho penal complementario no se ha integrado en el nuevo texto.

---

<sup>26</sup> CASTRONUOVO, D.: «La tutela della sicurezza del lavoro nel sistema del diritto penale complementare tedesco», en *RTDP*, nº 4, octubre-diciembre, 2001, p. 788.

<sup>27</sup> Junto a estas materias, el derecho penal alimentario alemán ha recibido una buena valoración por la gran taxatividad a la que ha llegado, sacrificando, eso sí, un sencillo conocimiento del mismo, debido a la «atomización normativa» y a su tecnicismo. Es de esta opinión DOVAL PAÍS, A.: *Delitos de fraude alimentario. Análisis de sus elementos esenciales*, ed. Aranzadi, Pamplona, 1996, p. 158.

<sup>28</sup> Vid. DE SIMONE, G.: «Il diritto penale complementare nel sistema tedesco: un primo sguardo d'insieme», en *La riforma della legislazione penale complementare. Studi di diritto comparato*, op. cit., pp. 87-117.

<sup>29</sup> Vid. DELMAS-MARTY, M.: «Le nouveau Code Pénal français: textes et contexte», en *Valori e principi della codificazione penale: le esperienze italiana, spagnola e francese a confronto. Atti del Convegno organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza e dal Dipartimento di diritto comparato e penale dell'Università di Firenze (19-20 novembre 1993)*, ed. Cedam, Padova, 1995, pp. 41- 56; FRONZA, E.: «La riforma del diritto penale complementare in Francia», en *La riforma della legislazione*

*penale complementare. Studi di diritto comparato*, op. cit., pp. 119-156.

<sup>30</sup> Ya la primera Comisión de reforma en los años 70 había concluido la necesidad de que un Título entero se dedicara a la materia económico-financiera. Cuando entró en vigor el Código penal, el Libro V contenía solo dos artículos de delitos contra los animales y posteriormente se han introducido infracciones en materia biomédica.

Atendiendo a las disposiciones penales más significativas que están disciplinadas fuera del Código penal, en el Código electoral, el Código de aduanas, el Código tributario, de la salud pública, de la propiedad intelectual, de los consumidores y en las leyes societarias, parece ser que los esfuerzos doctrinales por conservar el papel central del Código y sistematizar la legislación *extra codicem* no se han reflejado en la normativa vigente.

### 3.3. PORTUGAL

La proliferación de legislación penal especial en Portugal transcurrió paralela a la entrada en vigor del Código penal vigente en 1982. La mayoría de la legislación penal extravagante fue aprobada en el periodo de 1977 a 1997. La trayectoria seguida por el legislador portugués muestra la carencia de criterios estables a la hora de elegir aquellas materias que merecen su encuadre fuera del Código<sup>31</sup>. Existe legislación penal especial en los más variados sectores: derecho económico<sup>32</sup>, derecho laboral<sup>33</sup>, juegos de azar, caza, incendios forestales, salud pública (estupefacientes) y nuevas tecnologías (protección de datos personales en archivos informáticos y criminalidad informática). La falta de sistemática por parte del legislador se ha intentado paliar con propuestas doctrinales, surgidas con el objetivo de delinear un programa de reforma racional, destacando la aportación efectuada por De Figueiredo Dias<sup>34</sup>.

En los últimos tiempos, la reforma global del Código penal llevada a cabo en 1995 ha optado por mantener fuera del Código la incriminación de muchas conductas que, aunque eran merecedoras de sanción penal, por razones de técnica legislativa parecía aconsejable que fueran objeto de legislación *extra codicem*. Esta situación confirma también en Portugal la existencia de una crisis de la codificación penal<sup>35</sup>.

### 3.4. ITALIA

---

<sup>31</sup> TORRE, G.: «Portogallo: alcune osservazioni sul diritto penale secondario», en *La riforma della legislazione penale complementare. Studi di diritto comparato*, op. cit., pp. 157- 187.

<sup>32</sup> Delitos contra la economía y contra la salud pública; delitos fiscales de contrabando; medidas para la lucha contra la corrupción y la criminalidad económica y financiera; disciplina general de las instituciones de crédito y las sociedades financieras; reciclaje; cheque en descubierto.

<sup>33</sup> Duración y régimen de las prestaciones de trabajo; retraso en los salarios; accidentes de trabajo; leyes reguladoras de la huelga y delito de clausura

<sup>34</sup> Vid. DE FIGUEIREDO DIAS: «Para uma dogmática do direito penal secundário», en *Direito Penal Económico e Europeu: textos doutrinários. Vol. I. Problemas Gerais*, ed. Coimbra editora, Instituto de direito penal económico e europeu, Faculdade de direito da Universidade de Coimbra, 1998, pp. 36-74.

<sup>35</sup> Vid. TORRE, G.: «Portogallo: alcune osservazioni sul diritto penale secondario», op. cit., p. 170.

La experiencia italiana ha transformado el derecho penal en un derecho penal máximo, entrando en crisis todos los principios clásicos de legitimación<sup>36</sup>. Y esta dilatación del campo de lo penalmente relevante se ha realizado, en gran medida, a través del instrumento de la legislación penal especial. Las consecuencias desestabilizadoras para el propio sistema llevan a la doctrina de este país a plantearse las mismas bases del derecho penal clásico; así, Paliero cuestiona si pervive el derecho penal de la tradición iluminística o cabe hablar ya de un derecho penal de nuevo cuño, modernizado, que ha sustituido la concepción clásica del derecho penal<sup>37</sup>.

Desde un punto de vista cuantitativo los delitos contenidos en el *Codice* suponen un porcentaje insignificante frente al conjunto de figuras delictivas que se encuentran dispersas en el ordenamiento. Frente al centenar de delitos codificados hallamos miles de delitos extravagantes, la mayor parte de los cuales de carácter contravencional<sup>38</sup>. Si bien este fenómeno no es ajeno en derecho comparado, como hemos tenido oportunidad de ver, la «sustancial inmovilidad de la legislación penal general» italiana<sup>39</sup>, fruto de la permanencia de un Código, el *Codice Rocco*, de 1930, modificado por sucesivas reformas, ha agravado la situación<sup>40</sup>. Así, encontramos fuera del Código tanto delitos que tutelan nuevos intereses (medio ambiente) como aquellos que tradicionalmente han encontrado su sede en el Código (prostitución y estupefacientes). No existen, pues, realmente, criterios de distribución de la materia dentro o fuera del Código, lo que dificulta un estudio dogmático de la legislación penal especial. Resumiendo esquemáticamente el panorama normativo, nos parece muy útil la clasificación realizada por Fiandaca en lo que se refiere a las relaciones entre el Código penal y las leyes penales especiales: a) las leyes especiales protegen bienes o intereses que han aparecido tras la aprobación del Código, pero

---

<sup>36</sup> FERRAJOLI, L.: «Crisi della legalità penale e giurisdizione. Una proposta: la riserve di codice », en *Legalità e giurisdizione. Le garanzie penali tra incertezza del presente ed ipotesi del futuro*. Atti dell'incontro di studio organizzato dalla Facoltà di giurisprudenza dell'Università di Firenze (3 marzo-2000), ed. Cedam, Padova, 2001, p. 28.

<sup>37</sup> ALIERO, C.E.: «L'autunno del patriarca. Rinnovo o trasmutazione del diritto penale dei codici?», en *RIDPP*, 1994, pp. 1224 y ss. El autor alude a nuevos fenómenos criminales en el ámbito económico y de la criminalidad organizada, sectores en los que una codificación tradicional resulta inadecuada. Quizás lo más innovador sea la introducción de la tutela penal de la moralidad, al decir que si «la filosofía de la codificación ha encontrado su principal fundamento en la separación entre derecho y ética, el modelo «codicístico» in sé mal parece prestarse para conducir esta función (neo)moralizadora que al derecho penal la sociedad moderna innegablemente mira a imputar». *Ibidem*, p. 1237. Acertadamente, habla Paliero de crisis de «incontinencia o incontenibilidad », fórmula macarrónica, según el autor, con la que se refiere a que el derecho penal clásico no está preparado para «contener» los nuevos fenómenos criminosos, por su carácter macroscópico. *Ibidem*, pp. 1237-1239. Posteriormente, pero haciendo consideraciones muy parecidas, vid.

MARINUCCI, G. y DOLCINI, E.: «Diritto penale minimo e nuovi forme di criminalità», en *RIDPP*, 1999, pp. 802 y ss.

<sup>38</sup> DONINI, M.: «La riforma della legislazione penale complementare: il suo significato "costituente" per la riforma del codice», op. cit., p. 4. Donini de modo gráfico habla de cómo a las modificaciones operadas en la carretera estatal del Código

<sup>39</sup> En palabras de FIORE, C.: «Prospettive della riforma penale: il ruolo della legislazione special », en *Democrazia e diritto*, 1977, p. 684.

<sup>40</sup> Sobre las claves de la persistente vigencia de este Código, vid. PADOVANI, T.: «La sopravvivenza del Codice Rocco nella "età della decodificazione"», en *La Questione Criminale*, n° 1, 1981, pp. 89-98.

sin desviarse de las normas generales del mismo; b) las leyes especiales introducen nuevas formas de tutela en los contenidos o en las técnicas preventivo-represivas; c) las leyes especiales regulan disciplinas completas con referencia a bienes jurídicos ya tutelados por el Código<sup>41</sup>.

Ante esta «masa magmática y oscura, casi siempre inerte»<sup>42</sup> de preceptos penales, la doctrina italiana actual coincide plenamente en la necesidad de proceder a una profunda revisión del derecho penal vigente. No en vano, Mantovani subraya que uno de los «dilemas primarios» de la Ciencia Penal moderna no es otro que el de la descodificación y recodificación<sup>43</sup>.

Efectivamente, la historia de los sucesivos proyectos de reforma para aprobar un nuevo Código, tras el régimen fascista, se ha guiado por el intento de dar respuesta a esta exigencia. En las últimas décadas la iniciativa más notable ha sido la de la Comisión Pagliaro, constituida en 1988, que elaboró un esquema de diseño de ley (*Schema di disegno di lege-delega*) en 1993, en el que en el apartado referido a los principios de codificación indicaba «el objetivo de hacer del Código el centro del sistema penal y de reducir correlativamente el peso de la legislación especial, que ya ha asumido dimensiones anormales»<sup>44</sup>.

Este proyecto tampoco se plasmó legislativamente, pero recientemente, otro equipo de trabajo, la Comisión Grosso, ha presentado dos documentos, en 1999 y 2001, de conclusión de los trabajos llevados a cabo por sus integrantes. Al igual que la anterior Comisión se repite la misma necesidad de restituir al Código penal una posición central en el ordenamiento con el fin prevenir los peligros de la descodificación<sup>45</sup>.

---

<sup>41</sup> FIANDACA, G.: «Relazione introduttiva», en *Valore e principi della codificazione penale: le esperienze italiana, spagnola e francese a confronto*, op. cit., p. 20.

<sup>42</sup> INSOLERA, G.: «El Derecho penal complementario», op. cit., p. 137. Este autor llega a la conclusión de que «el derecho penal complementario tiene su propia (y perversa) racionalidad. En efecto, por el solo hecho de existir se erige en un formidable instrumento de dominio, capaz de tener secuestrada a una colectividad en perenne duda acerca de la licitud de los propios comportamientos cotidianos». *Ibidem*, p. 137.

<sup>43</sup> MANTOVANI, F.: «Sulla perenne esigenza della codificazione», en *Valore e principi della codificazione penale: le esperienze italiana, spagnola e francese a confronto*, op. cit., pp. 237 y ss.

<sup>44</sup> Vid. *Per un nuovo Codice penale. Schema di disegno di legge-delega al Governo*. A cura di PISANI, M., ed. Cedam, Padova, 1993

<sup>45</sup> PAGLIARO, A.: «Il documento della Commissione Grosso sulla riforma del diritto penale: metodo di lavoro e impostazione generale», en *RIDPP*, 1999, octubre-diciembre, pp. 1184-1200. Vid. tb. *Per un Codice Penale II. Relazione della Commissione Grosso* (1999), a cura de GROSSO, C.F., ed. Cedam, Padova, 2000.