

Prof. Dr. Mario Trapani

Catedrático de Derecho Penal. Univ. degli Studi Roma Tre. Abogado, Roma, Italia.
Socio de la FICP.

**~El delito y sus consecuencias. Hacia una nueva perspectiva
sistemática en el Derecho Penal*~**

I. DELITO Y PUNIBILIDAD

Conforme a una definición comúnmente repetida, el “delito” es un hecho fundado sobre un comportamiento humano realizado con violación a una prohibición o a un mandato, abstractamente sancionado con una pena criminal, o sea un “*hecho punible*”.

Esta definición puede ser considerada dogmáticamente correcta solo si, convencionalmente, se da al término delito un sentido “amplio” como concepto comprensivo de *todos los elementos necesarios y en su complejo suficientes* para la producción de la consecuencia jurídica “pena”, o sea como concepto correspondiente al de “supuesto de hecho” en la teoría general de las normas; si así fuese, podríamos decir que el “delito” es una situación de hecho normativamente prevista por un “tipo” que convencionalmente podríamos definir como “tipo de punibilidad” (o de “responsabilidad punitiva criminal”). Pero la susodicha definición del delito como hecho punible no sería de por sí dogmáticamente correcta si, por el contrario, se entendiese el término delito en sentido “estricto” como mero sinónimo de “ilícito” según la hoy en día bien conocida distinción, de molde alemana, entre “ilícito” y “culpabilidad”, puesto que el solo “delito” no sería suficiente para la producción de la consecuencia jurídica “pena criminal”.

Ingresando más en lo específico, aunque si se acogiera la definición “amplia” de delito, de todas maneras es preciso subrayar que no sería suficiente para la producción de la pena criminal la simple presencia, además del ilícito, de la culpabilidad de su autor¹, puesto que sería asimismo necesaria la presencia de eventuales condiciones

* Texto revisado y ampliado de la ponencia presentada con ocasión del XXIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, organizado por el Área de Derecho Penal de la Universidad de Alcalá (España) y la FICP, y celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá los días 21 y 22 de septiembre de 2023. Este trabajo constituye una síntesis parcial de mi última monografía titulada “Il reato e le sue conseguenze. Punibilità, pena, punizione in un sistema criminale integrale e integrato”, publicada como e-book en diciembre 2022 por la editorial Roma Tre-Press (<http://romatypress.uniroma3.it>) y libremente descargable. V. asimismo *infra*, sección de Publicaciones recientes de los miembros de la FICP, en el apartado dedicado a los socios.

**Actas del XXIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal,
Univ. de Alcalá, 2023**

objetivas de punibilidad y –lo que es dogmáticamente importantísimo– la “*falta*” de las denominadas (en la tradición hispánica) “excusas absolutorias”, de causales personales de no punibilidad y también de causas sobrevinientes de no punibilidad. Dicho de otra manera, el concepto de delito se identificaría aquí con todos los elementos necesarios para la integración del “tipo de punibilidad” y la consiguiente producción de la pena criminal.

Ya en esta perspectiva, es ante todo fundamental subrayar de todas maneras como, para la producción de cualquier consecuencia jurídica –en nuestro caso la pena criminal–, es necesario, lógica antes que dogmáticamente, distinguir entre elementos que tienen que “existir” y otros elementos que deben “faltar”; o, dicho de otra manera, entre *elementos “positivos”* y *elementos “negativos”*. Esta distinción categorial, repito, es ante todo impuesta por la lógica y no se entiende porqué debería ser rehusada por los penalistas cuando ellos mismos la han utilizado desde siempre por ejemplo en el estudio de la relación de causalidad entre conducta y resultado natural de la misma.

Identificando viceversa, más restrictivamente, los conceptos de “delito” y de “ilícito” (penal), la definición del delito como hecho humano abstractamente sancionado por una pena criminal no sería por sí misma dogmáticamente correcta, puesto que *a fortiori* el delito no sería aquí elemento suficiente para la producción de la consecuencia jurídica “pena criminal”, ya que son también necesarios los otros elementos integrantes del “tipo de punibilidad” (por un lado, *presencia* de culpabilidad, condiciones de punibilidad, por el otro, *falta* de excusas absolutorias, causas personales de no punibilidad y causas sobrevinientes de no punibilidad). Concepto “estricto” de ilícito que es a su vez estructurado, según la concepción tripartita actual, en los elementos del “tipo objetivo”, del “tipo subjetivo” y de la “antijuridicidad objetiva”; y, según la concepción bipartita, más simplemente en “elemento objetivo” y “elemento subjetivo”. En este segundo caso, recordando que las “causales de justificación” deben ser entendidas como “elementos negativos” del “tipo de ilícito”. Elementos negativos del

¹ Culpabilidad comprensiva, siempre conforme a la tradición alemana, de la imputabilidad, de la cognoscibilidad de la prohibición penal y de la exigibilidad de un comportamiento diverso de aquel tenido; o, mejor dicho, teniendo en cuenta la disciplina normativa comunmente dictada por el derecho positivo (con referencia también a la averiguación procesal), culpabilidad “en negativo”, como requisito comprensivo de la “*falta*” de situaciones de no imputabilidad, de la ignorancia inevitable de la ley penal y de situaciones de inexigibilidad de otra conducta (causas de exculpación).

**Actas del XXIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal,
Univ. de Alcalá, 2023**

tipo², en el sentido que *no deben objetivamente existir* para la integración del elemento objetivo y de los cuales *no debe ser representada la presencia* para la existencia del dolo. Elementos negativos del tipo de no confundir, como muy a menudo sucede, con los “elementos positivos contruidos negativamente”³, como la falta de consentimiento en la violación de domicilio, que para la integración del dolo requieren viceversa la *representación positiva de su ausencia*.

Esa idea “restringida” del concepto de delito muchas veces está impuesta por el derecho positivo de los singulares ordenamientos, como acaece en el código penal italiano según el cual se califica como “delito” (“*reato*”: art. 39 c.p. it.)⁴ simplemente el “hecho previsto por la ley como delito”, en el sentido de hecho correspondiente a un tipo objetivo y subjetivo de ilícito faltando causales de justificación. En el sistema delineado por el código penal italiano, es en efecto muy claro que las calificaciones personales de “imputabilidad” y de “peligrosidad social” están “*fuera*” del hecho constitutivo de delito⁵. Ese mismo concepto restringido de ilícito me parece impuesto también por el sistema delineado por el código penal español de 1995.

Así las cosas, se deriva que para la integración del “tipo de punibilidad” con la consiguiente abstracta posibilidad de aplicación de la “pena criminal”, además de la realización del “delito” es necesaria la *presencia* de algunos diversos elementos y la *ausencia* de otros. En particular, me parece fundamental ante todo evidenciar como, también para los seguidores de la tripartición, el requisito de la “ignorancia inevitable del conocimiento de la ley penal” (o sea del desvalor penal del hecho cometido) como causa de no punibilidad no puede ser comprendido en el requisito de la “culpabilidad”, puesto que sería *inconstitucional* que solo los imputables pudiesen gozar de esta causa de no punibilidad y no los inimputables en cuanto sujetos desfavorecidos que necesitan

² Más específicamente, como “elementos negativos a contenido positivo”, algebráicamente – (+X): véase *infra*, parágrafo 3.

³ *Infra*, parágrafo 3.

⁴ Art. 39 c.p. it.: «Los ilícitos penales [“*i reati*”, conforme a la tradición italiana] se distinguen en delitos y contravenciones, según el diferente tipo de pena para ellos respectivamente establecida por este código».

⁵ Art. 202 inciso primero c.p. it.: «Las medidas de seguridad pueden ser aplicadas solamente a las personas socialmente peligrosas que hayan cometido un hecho previsto por la ley como ilícito penal [reato]». Véase también el art. 203 inciso primero c.p. it.: «A efectos de la ley penal, es socialmente peligrosa la persona, aunque no imputable o no punible, la cual ha cometido algunos de los hechos indicados en el artículo precedente, cuando es probable que cometa nuevos hechos previstos por la ley como ilícitos penales [reati]», de lo cual se deduce que también la calificación personal de “imputabilidad” está fuera del concepto de ilícito penal. Conclusión confirmada por el art. 85 inciso primero c.p. it., según el cual «Ninguno puede ser penado por un hecho previsto por la ley como ilícito penal [reato], si, al momento de cometerlo, no era imputable».

**Actas del XXIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal,
Univ. de Alcalá, 2023**

de una tutela mayor (cuando incluso un sujeto capaz de entender y querer no pudiese comprender que el hecho que está cometiendo es constitutivo de delito). También para los tripartitos, la cognoscibilidad del desvalor penal del hecho debería por consiguiente ser *sistemáticamente colocada entre el delito* (en sentido restringido como sinónimo de ilícito) y *la culpabilidad*. Culpabilidad que –ya privada del dolo o de la culpa– se reduciría entonces a la imputabilidad y a la exigibilidad de un comportamiento conforme a la norma. Exigibilidad a su vez que –en mi opinión– no tiene en un sistema atado al principio de estricta legalidad (*y no a consideraciones de “justicia” del caso concreto*) *ninguna autonomía* como categoría independiente, operando simplemente *al interior* de otros elementos como por ej. el deber de diligencia en la culpa y las causales de justificación fundadas sobre una situación de necesidad, además de las situaciones cuya presencia excluye una conducta penalmente relevante (como la fuerza mayor).

Acoger una *noción “restringida” de “delito” como sinónimo de simple “hecho ilícito”* fundado sobre un comportamiento humano, noción normativamente respaldada también por precisas disposiciones contenidas en particular en los códigos penales italiano y español y por lo tanto de estricto derecho positivo, determina *dos importantes consecuencias* en la perspectiva tanto dogmática como sistemática.

En primer lugar, que el “tipo de responsabilidad punitiva criminal” es un *tipo de “estructura compleja”*, en el sentido que necesita, para su integración, además de la comisión de un delito, de otros elementos también indispensables para que surja –aunque solo en abstracto– la consecuencia jurídica “pena criminal”; en particular, la cognoscibilidad de la prohibición penal del hecho, la imputabilidad de su autor y la falta de causas personales y sobrevinientes de no punibilidad.

En segundo lugar, el “delito”, considerado en sí mismo, es *elemento esencial* no solo del tipo de responsabilidad punitiva, sino también de *otros tipos de responsabilidad de diferente naturaleza jurídica*, como la responsabilidad por las medidas de seguridad, la responsabilidad civil derivada del delito y la responsabilidad administrativa del ente por delitos cometidos por sus órganos apicales (cuando, como en el ordenamiento italiano, no existe directamente una responsabilidad *penal-criminal* de las personas jurídicas, la cual de todas maneras se basaría en presupuestos lógicamente diferentes de los que rigen la responsabilidad punitiva criminal de un ser humano). Eso, sin contar los numerosísimos casos que ven la comisión de un delito como “elemento normativo” de

**Actas del XXIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal,
Univ. de Alcalá, 2023**

un “tipo” –no constitutivo de ilícito– con sus propias consecuencias jurídicas (como es el caso por ej. de la indignidad en la sucesión).

Así las cosas, aunque la definición del delito como “hecho punible” no es propiamente correcta desde una perspectiva estrictamente dogmática, puede no obstante ser conservada puesto que, *formalmente*, es una precisa “*disposición*”⁶ de la parte especial del código penal o de una ley denominada “complementaria” que prevé la abstracta posibilidad de aplicación de una pena criminal *como consecuencia de la comisión de un hecho por ella descrito*, por consiguiente formalmente calificable como “delito” (en el sentido de ilícito penal). Y es justo la presencia de una consecuencia jurídica *ya previamente calificada como “sanción”* y, en particular, como “pena criminal” que nos permite *calificar su presupuesto factual como “delito”*. Dicho de otra manera, es la previsión de algo ya calificable, conforme al derecho positivo, como “sanción” que nos permite identificar su presupuesto como “ilícito” (o simplemente como “hecho antijurídico”), de naturaleza penal, civil o administrativa *según la naturaleza jurídica de la sanción* misma. No lo contrario⁷.

Subrayo: hice referencia a la palabra “*disposición*” y no a “norma penal incriminadora”, puesto que –como es notorio según la teoría general de las normas– *cualquier “norma jurídica” es el resultado de la interpretación sistemática de (por lo general) una pluralidad de enunciados lingüísticos de contenido normativo*, o sea justo de “disposiciones”. Y para la reconstrucción de cualquier norma penal incriminadora, fundamental es precisamente el *rol central desarrollado por la “disposición” que prevé el “hecho” calificable como delito* dada la previsión como su consecuencia de una sanción a su vez ya calificada como pena criminal. “Disposición” que individua los elementos *específicos* los cuales permiten distinguir un particular tipo de delito de los otros.

Concluyendo, la *definición tradicional del “delito” como “hecho punible”* más que errada es *incompleta*, dado que el delito es en sí *elemento necesario pero no suficiente* para la integración del tipo de responsabilidad punitiva criminal. Concepto de “responsabilidad punitiva criminal” a entender entonces *como sinónimo de “punibilidad”*, o sea como “(abstracta posibilidad de) sujeción a pena”, situación

⁶ Sobre la distinción entre “disposición” y “norma” en la teoría general del derecho véase infra.

⁷ Es decir, no es la previa calificación de un hecho como “ilícito” lo que nos permite calificar su consecuencia como “sanción”.

jurídica subjetiva pasiva de quien ha realizado *todas* las “condiciones de existencia” de un tipo de punibilidad.

II. LAS “CAUSAS DE NO PUNIBILIDAD” COMO “LIMITES” DE LA NORMA PENAL INCRIMINADORA Y COMO “ELEMENTOS NEGATIVOS” DEL TIPO DE PUNIBILIDAD

Si el “tipo de responsabilidad punitiva criminal” comprende *todos los requisitos necesarios y en su complejo suficientes* para la producción de la consecuencia de la punibilidad, significa que ese tipo es *lógicamente comprensivo también de todas las “causas de no punibilidad”*, situaciones que –por su intrínseca esencia “negativa”– *no deben ser presentes*; fórmula de entender a estas alturas *en sentido absolutamente genérico* y por lo tanto de por sí carente de cualquier valor dogmático, habiendo *solo un significado “descriptivo”* del efecto jurídico de la “no punibilidad” en presencia de las situaciones más diversas desde la perspectiva de su naturaleza jurídica (por ej., no previsión del hecho como delito, *abolitio criminis*, fuerza mayor, error sobre el hecho, caso fortuito, causas de justificación, causas de no imputabilidad, causas personales de exención de la pena, causas extintivas del delito, causas sobrevinientes de no punibilidad –en mi opinión, estas últimas siempre dogmáticamente calificables como causas extintivas del delito)–. A propósito, es fundamental aquí subrayar como, a diferencia de lo que (normalmente) sucede con referencia a los requisitos constitutivos del “delito” –que, con excepción de las causales de justificación, deben ser *presentes* (o sea “existir”) para su integración–, viceversa *con referencia a los requisitos directamente concernientes a la “punibilidad”*, en todas las disposiciones que explícitamente la mencionan en un texto legislativo, el legislador no individua “en positivo” los elementos que “fundan” esa punibilidad (con excepción de las condiciones objetivas de punibilidad) *sino solo, “en negativo”, los elementos que la “excluyen”* a través de fórmulas como “no es punible”, “ninguno puede ser penado”, “la punibilidad está excluida” u otras similares; o sea *elementos que tienen que “faltar”* para la punibilidad del autor del delito y que, formalmente, pueden ser en consecuencia calificados como “*elementos negativos*” del “tipo” de “*responsabilidad punitiva criminal*”. A nivel de derecho positivo, el requisito de la “punibilidad” opera por lo tanto “en negativo” como lugar teórico bajo el cual vienen reconducidas las más diversas “causas de no punibilidad” y por lo tanto –como he dicho– concepto meramente descriptivo carente de un contenido uniforme y por consiguiente dogmática

**Actas del XXIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal,
Univ. de Alcalá, 2023**

y sistemáticamente *inutilizable*, siendo las diversas causas de no punibilidad *unitariamente agrupables solo por su extrínseca eficacia común de “excluir” la punibilidad*. De ahí la inconsistencia dogmática, y por lo tanto la sustancial “superfluidad”, de la construcción de una categoría “autónoma” de “causales de no punibilidad” en la teoría del delito o del tipo de punibilidad.

Ahora, si por un lado el simple delito no es suficiente para la producción de la consecuencia jurídica “pena criminal”, y por otro lado el delito es también elemento constitutivo de otros tipos de responsabilidad sancionadora además de la punitiva criminal, todo eso es fundamental para una correcta reconstrucción del “*sistema penal*” *orgánicamente considerado* y por lo tanto convencionalmente calificable como “*integral*” e “*integrado*” en una perspectiva exclusivamente “*normativo-jurídica*” o sea rígidamente anclada al solo derecho positivo. “*Sistema integral*” en cuanto compuesto por el complejo de los “sistemas normativos” sub-específicos que pueden ser deducidos de la interpretación de las “disposiciones legislativas” –de derecho penal sustancial, procesal, penitenciario; preventivas y represivas– que, en su complejo y en una lectura sistemática de sus recíprocas relaciones, *desarrollan la función político-criminal de “contraste” al fenómeno de la criminalidad*. “*Sistema integrado*” porque, si el delito es elemento constitutivo de otros “tipos de responsabilidad” más allá de aquello estrictamente punitivo-criminal, también estos *entran lógicamente en un concepto más amplio de “sistema criminal”* caracterizado además por su “*interferencia*” y estrecha “*interdependencia*” con el mismo tipo de responsabilidad punitiva y por lo tanto *en su recíproco “condicionamiento”*. Con la lógica consecuencia que también esos diversos “tipos de responsabilidad de delito”, *considerados en sus recíprocas relaciones, al final participan también a la función político-criminal de “contraste al delito”* en la doble perspectiva “preventiva” y “represiva”.

Pero, si el “delito” entendido como sinónimo de “hecho constitutivo de delito” es elemento integrativo-esencial no solo del “tipo de punibilidad” sino también de otros tipos de responsabilidad de naturaleza jurídica diferente a la punitivo-criminal, ¿cómo debe propiamente entenderse el concepto de delito? Dicho de otra manera, ¿cuál es su estructura?

Para contestar esa pregunta, me parece fundamental partir del concepto de “*norma penal incriminadora*”, o sea de norma que prevé como *consecuencia* del “tipo de responsabilidad punitiva” la abstracta posibilidad de aplicación de una “pena

**Actas del XXIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal,
Univ. de Alcalá, 2023**

criminal”. En esa perspectiva, considero útil partir de la idea de teoría general de “norma jurídica” de KELSEN. Norma –que, como hemos visto, es el resultado de la interpretación sistemática de una pluralidad de disposiciones, o sea de enunciados lingüísticos de contenido normativo– la cual, *considerada en su “totalidad”, “existe”* jurídicamente, o sea “pertenece” a un cierto ordenamiento positivo, en cuanto “válidamente” formada conforme a las “meta-normas” sobre la “producción jurídica” de aquel mismo ordenamiento. Solo si la norma jurídica considerada en su integridad existe en cuanto válidamente introducida en el ordenamiento, es entonces lógicamente posible analizar sus “ámbitos de validez” que constituyen específicamente su propia “estructura”, o sea su “contenido sustancial”.

Siguiendo la enseñanza de KELSEN como lo venimos haciendo, analizando la estructura de la norma siempre en una perspectiva de teoría general, es necesario entonces distinguir entre *cuatro “ámbitos de validez”,* que concurren a individuar *su específica “dimensión jurídica”:* el “temporal”, el “espacial”, el “personal” y el “material”. Eso significa que *la “invalidez” de la norma aunque solo bajo uno de esos perfiles determina jurídicamente su “inexistencia”* y por lo tanto su “inaplicabilidad”.

En particular, si se trata de la norma penal incriminadora, el derecho positivo establece una disciplina (parcialmente) diferente frente a la de las normas pertenecientes a otras ramas del derecho. Así, con referencia a la norma penal *en su “totalidad”,* la específica meta-norma sobre la producción jurídica prevé el principio de la “reserva de ley”; en el sentido que no cualquier fuente del derecho puede válidamente introducir normas penales incriminadoras. Analizando a continuación sus “*ámbitos estructurales de validez*”, principiando por la *validez “temporal”* es suficiente aquí recordar como la norma incriminadora, o sea la que *califica* un hecho como delito y aquella que prevé un *tratamiento desfavorable* respecto a aquel vigente en el momento de la comisión del hecho, no puede ser aplicada retroactivamente; mientras que la norma que *elimina la calificación* penal del hecho y la que prevé un *tratamiento más favorable* respecto a aquel vigente en el momento de la comisión del hecho, *en derogación* al principio general de irretroactividad de la ley, debe ser aplicada no solo para el futuro *sino también retroactivamente*⁸.

⁸ Tratase de normas que, más precisamente, podrían ser definidas como normas incriminadoras con ámbito de validez temporal interna (es decir, de eficacia) “ilimitada” o, mejor dicho, “*indefinida*”, porque disciplinan los hechos por ellas previstos no solo para el futuro – según la regla de la “irretroactividad”

**Actas del XXIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal,
Univ. de Alcalá, 2023**

Con referencia al *ámbito de validez “espacial”* de la norma incriminadora, cada ordenamiento de derecho positivo elige la regla o de la “territorialidad” o de la “universalidad” (como en el vigente código Rocco italiano), según que, para la calificación de un comportamiento como delito a los fines de la responsabilidad punitiva, sea necesaria su comisión o al interior del territorio del Estado o bien en cualquier parte del mundo; sin embargo, se trata de principios *normalmente ajustados* teniendo en cuenta también los criterios de la “personalidad activa” y/o de la “personalidad pasiva” (que viceversa pertenecen propiamente al ámbito de validez “personal” de la norma), además, a veces, de la “gravedad del delito” si es cometido en el exterior⁹.

En cuanto al *ámbito de validez “personal”*, la *regla* es la aplicabilidad de la norma incriminadora *a todos los coasociados* (ciudadanos y extranjeros) quienes por consiguiente deben ser considerados sujetos que tienen la “capacidad jurídico-penal”, o sea la idoneidad para ser titulares de situaciones jurídico-subjetivas penalmente relevantes. Más específicamente, en esa dirección es necesario ante todo distinguir, *formalmente*, entre una “capacidad al delito” y una “capacidad a la pena criminal”. La “capacidad al delito” puede ser a su vez distinguida en “activa”, como capacidad de comisión *de cualquier delito*, y capacidad “pasiva”, que corresponde a la idoneidad *a ser titular del interés protegido* por la norma, idoneidad que *pertenece en general a la “persona ofendida”* por el delito. Desde la perspectiva *sustancial*, la “capacidad activa” consiste en la posesión de los *requisitos psico-físicos mínimos* necesarios para que un sujeto pueda ser *normativamente calificado como “persona humana”* en grado de realizar, al menos tendencialmente, cualquier hecho delictivo; capacidad que puede ser también definida como *capacidad “natural”* a la comisión del delito. Por otro lado, puede considerarse la “capacidad a la pena criminal” a entender *formalmente* como la idoneidad a ser válido destinatario de la pena criminal, en cuanto tal referible *solo a la misma persona física* la cual ha realizado el hecho delictivo puesto que la

vigente en todos los ordenamientos – sino *también para el pasado*. En efecto, normas propiamente definibles con eficacia “retroactiva” son solo las normas “transitorias”, es decir aquellas que se refieren exclusivamente a los hechos, por ellas previstos, cometidos *antes* de su entrada en vigor, o sea de su jurídica existencia. Sobre ese punto, más detalladamente véase M. TRAPANI, *Abrogatio*. Lineamenti della validità temporale della norma giuridica, Torino, Giappichelli, 2019, p. 106 ss.

⁹ Véase la disciplina interpretativamente deducible según una correcta lectura sistemática de los artículos 6-10 del código penal italiano, que sigue el principio de la “universalidad moderada”, o sea con excepciones. Más detalladamente, véase M. TRAPANI, voz Legge penale. II. Limiti spaziali, en Enc. Giur. Treccani, vol. XXVIII, Roma, 1990, p. 1 ss.

**Actas del XXIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal,
Univ. de Alcalá, 2023**

responsabilidad penal es “personal”; y que *sustancialmente* se identifica con el concepto de *“imputabilidad”*. *“Límites”* del ámbito de validez personal de la norma penal incriminadora, sea como capacidad al delito que como capacidad a la pena, son a su vez las situaciones de *“inmunidad”*.

Por último, el *ámbito de validez “material”* de la norma penal incriminadora hace directa referencia al *“contenido” de lo “regulado”* en el plano sea del *“tipo de punibilidad”* que de la *“consecuencia sancionadora”* de la pena criminal. Empezando por el *“hecho delictivo”*, desde la perspectiva de la validez material *“externa”* de la norma que lo prevé, los *caracteres peculiares de cualquier ilícito penal* que lo distinguen de las otras tipologías de ilícitos jurídicos –y que comúnmente se encuentran definidos por la Constitución– pueden ser identificados 1. en un *comportamiento humano* propio de la misma persona destinataria de la sanción criminal, comportamiento calificable normativamente como de *“acción”* u *“omisión”*¹⁰ que 2. se desarrolla en un *hecho por su autor también concretamente “dominable”*¹¹ y que por consiguiente constituye la *“materia”* de la prohibición (de *“hacer”* o de *“no hacer”*); 3. hecho que tiene que ser *descrito también según una precisa “técnica legislativa”* que impone su formulación en términos lo más claros y puntuales posibles (*“principio de taxatividad”* y *consiguiente prohibición no solo de analogía sino también de interpretación extensiva*); 4. con la necesidad al menos de la *“cognocibilidad de su desvalor penal”*¹². A ese propósito, es importante también subrayar como, si la *“ignorancia inevitable de la ley penal”*, dado que determina la *“invalidez”* de la norma penal incriminadora desde la perspectiva de su ámbito de validez material (externa), impide la calificación *normativa* del hecho cometido como *“delito”* con su consiguiente *“inexistencia”*, deriva como lógica consecuencia también la *imposibilidad de integración de todos los otros tipos de responsabilidad*, cualquiera sea su naturaleza jurídica (civil, administrativa, etc.), en los cuales la comisión de un *“hecho de delito”* es elemento constitutivo esencial.

¹⁰ Según sea en contra, respectivamente, de una obligación de *“no hacer”* o de *“hacer”*.

¹¹ Es decir, un hecho en concreto al menos *“previsible”* y *“evitable”* por un modelo de agente *eiusdem conditionis*.

¹² Puesto que el error de prohibición tiene como objeto no el hecho constitutivo del delito, sino, previamente, la *“calificación normativa”* del hecho como delito, eso significa lógicamente que *ese error no puede ser reconducido entre los elementos constitutivos del mismo (tipo de) delito*, comprensivos de todos sus elementos esenciales, objetivos y *subjetivos*.

**Actas del XXIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal,
Univ. de Alcalá, 2023**

En cuanto al ámbito de validez material “externo” de la norma incriminadora con referencia a la “pena criminal”, la *prohibición absoluta* –contenida normalmente en la Constitución y en los tratados internacionales– *de tratamientos inhumanos y degradantes* impone ante todos *un límite a la “tipología” misma* de las penas criminales, excluyendo las *penas “infamantes”* (como la picota) y las *penas “corporales”* (por ej. latigazos), además de la *pena de muerte*. Puesto que a su vez las penas criminales deben tender a la reeducación-resocialización del condenado, también la legitimidad de la previsión de la cadena perpetua puede ser fuertemente cuestionada. Otro límite del ámbito de validez material de la norma penal incriminadora es la necesidad de la previsión *taxativa* no solo del “tipo” sino *también del mismo “contenido” efectivo de la pena criminal* prevista por la ley como consecuencia de un delito. En esta dirección, la previsión de un *sistema de “medidas alternativas”* a la detención carcelaria *remitido sustancialmente a la total discreción de la magistratura* (desde la perspectiva de sus presupuestos aplicativos, del efectivo contenido de la pena “carcelaria” a descontar y de su misma duración, sobre la base de juicios no sobre hechos sino constituidos por evaluaciones sobre la “personalidad” del condenado y en “prognosis” sobre sus comportamientos futuros, juicios por su naturaleza *vagos*) me parece *contradecir gravemente el principio constitucional (e internacional) de “legalidad-taxatividad” de la “pena”*. Eso al final determina la definitiva desaparición de la forma clásica de la “pena detentiva” *igual para todos*, convirtiéndose en una *sanción no legalmente predeterminada, atípica en su contenido e incierta en su duración*, puesto que por ej. entre dos concurrentes en el mismo delito y condenados a la misma pena de “detención”, uno puede descontar el entero periodo en la cárcel y el otro totalmente afuera. Discrecionalidad o más bien *absoluta arbitrariedad* de la magistratura lógicamente *incompatible con el principio de legalidad* en todas sus declinaciones (ante todo, reserva absoluta de ley y taxatividad). Y el principio de legalidad-taxatividad constituye también objeto de un verdadero y propio “derecho humano fundamental”. Ulterior carácter de la validez material “externa” de la pena criminal es su “*proporcionalidad*” frente a la “*gravedad*” del delito ya desde su previsión abstracta.

Con referencia al ámbito de validez material “interno” de la norma penal incriminadora, él está constituido por el “*contenido específico*” por un lado del *particular* “tipo de delito” y más en general del relativo “tipo de responsabilidad

**Actas del XXIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal,
Univ. de Alcalá, 2023**

punitiva”, por el otro lado de la *particular* “pena criminal” prevista como consecuencia de aquel delito. Empezando por el análisis del “*hecho delictivo*”, siendo el delito constituido por un comportamiento humano realizable en un preciso contexto espacio-temporal, la singular norma incriminadora, en la descripción del particular “hecho delictivo”, *puede* prever también una *específica* –y ulterior– dimensión “temporal” (por ej., “en tiempo de guerra”) y/o “espacial” (“fuera del territorio del Estado”), así delimitando el tiempo y el lugar en el cual la conducta delictiva debe ser realizada para poder asumir “válidamente” su relevancia jurídica como integrativa de aquel particular “tipo de delito”. A su vez, siendo el *comportamiento humano* el *núcleo central* de cada tipo de delito, se deriva que la descripción del “hecho delictivo” por parte de *cada* norma incriminadora presupone *lógica y por lo tanto necesariamente* su *específica “dimensión personal”* desde la perspectiva sea del “*sujeto activo*” (por ej., el “ciudadano”) que del “*sujeto pasivo*” (por ej., “servidor público”).

Esas “dimensiones específicas” temporales, espaciales (momentos eventuales) y personales (momentos necesarios) de cada tipo de delito, en cuanto “*modalidades*” que *acompañan su ejecución*, representan evidentemente “requisitos” de cada ilícito penal que no deben *nunca ser confundidos* con lo que concierne al ámbito de validez temporal, espacial y personal de la norma incriminadora, perteneciendo viceversa a su ámbito de “validez material”, obrando como “*elementos constitutivos esenciales*” del particular “hecho delictivo”. Hecho que, por consiguiente, *asume relevancia jurídico-penal como “ilícito”* (constitutivo de un determinado delito) solo si es realizado en un particular ámbito “temporal” y/o “espacial” o bien si es cometido por la persona (física) y en contra de la persona (física o jurídica) *específicamente* indicadas por la particular norma incriminadora. Elementos que entonces, en cuanto “esenciales” para la realización del particular tipo delictivo, *tienen también que recaer bajo el “objeto del dolo”*.

Siempre al ámbito de validez material “interno” de la norma incriminadora con referencia al contenido específico del *particular “tipo de punibilidad”* pertenecen también las “condiciones objetivas de punibilidad” (que, en mi opinión, hacen parte del hecho delictivo) y las “condiciones de procedibilidad”, cuando sean eventualmente previstas para aquel singular tipo de ilícito. *Correspondiendo el procedimiento penal a la “fisiología” del sistema criminal*, en el sentido que una pena de este tipo *solo* puede ser válidamente aplicada al final de un proceso penal por parte de un juez legalmente

**Actas del XXIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal,
Univ. de Alcalá, 2023**

investido de la función jurisdiccional penal, eso significa que la *falta de las condiciones de procedibilidad* eventualmente requeridas por el particular “tipo de punibilidad” se traduce *indirectamente* en “*causa de no punibilidad*”.

Enfocándonos, en particular, en la “*dimensión personal*” del ilícito penal, en cuanto momento *necesario* del ámbito de validez material interno de la norma incriminadora (a distinguir de la capacidad especial al delito, que concierne viceversa la esfera de la validez personal de la norma incriminadora) tenemos que diferenciar entre los conceptos de “legitimación activa” y de “legitimación pasiva” con referencia a cada “tipo de delito”. En particular, la “*legitimación activa*” al delito “*materialmente*” se identifica con aquel *mínimo* de idoneidad psico-física requerido para que un ser humano pueda realizar un particular “hecho delictivo” *según su descripción legislativa específica*; idoneidad que podría también ser definida como “capacidad natural” a la comisión del singular hecho delictivo. “*Formalmente*”, el concepto de legitimación activa al delito se refiere a la *calificación normativa* que el *autor* del hecho específicamente descrito por la singular norma incriminadora debe poseer para que aquel hecho pueda ser válidamente relevante como “delito”. En esta perspectiva, ante todo se evidencia la *distinción entre delitos “comunes” y “propios”*, distinción a operarse, de manera sistemáticamente más coherente, conforme la *específica descripción de cada hecho delictivo*; en el sentido que la calificación subjetiva específica, *aunque no explícitamente mencionada* en la particular norma incriminadora, pueda no obstante deducirse de la misma descripción de las modalidades del hecho delictivo¹³. Con la lógica consecuencia, por otro lado, que, si la calificación personal hace parte siempre del hecho típico, también *su representación es necesaria para la existencia del dolo del tipo*. Todos los delitos propios son entonces precisamente definibles como *delitos a “legitimación activa restringida”* (solo a los sujetos específicamente calificados).

¹³ Al interior de la categoría de los delitos “propios”, es necesario a continuación distinguir entre los delitos propios denominados “*exclusivos*”, en los cuales, aunque la “*descripción*” del hecho es de por sí compatible con su realización por parte de cualquier persona, sin embargo la norma incriminadora *delimita* su relevancia normativa como delito *solo* si es realizado por un sujeto portador de una determinada “*califica personal*” o que se encuentra en una particular “*condición personal*”. Categoría en la cual entran también los delitos propios denominados “*de mano propia*”. De otro lado, los delitos propios “*no exclusivos*” son aquellos en los cuales el hecho es ya de por sí penalmente relevante como ilícito, pero que constituye también otro título de delito (estructuralmente “*especial*” respecto al primero) si es cometido por un sujeto específicamente calificado.

**Actas del XXIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal,
Univ. de Alcalá, 2023**

Por otro lado, la *“legitimación pasiva”* al delito puede pertenecer o a una *“persona física”* (cualquiera o calificada) o bien a una *“persona jurídica”* (en sentido amplio). Sujeto pasivo del delito, que debe ser normativamente *identificado con la “persona ofendida” o bien, como sucede en Italia, con el ente representativo de intereses difusos o colectivos_*eventualmente protegidos por la norma incriminadora¹⁴.

Sin embargo, hay también casos de *legitimación pasiva “restringida”*, en el sentido que un determinado hecho puede ser normativamente calificado como *“delito”* no si es realizado, sino *exclusivamente si “no es realizado” en contra de un sujeto que reviste una determinada “calificación”*. Un ejemplo se encuentra en los hechos que serían constitutivos de delitos contra el patrimonio si no son cometidos en contra de parientes (que, en la tradición española, son conocidos como casos de denominadas *“excusas absolutorias”*). En cuanto deben ser considerados *“elementos negativos del tipo”*, recaen también en el *“objeto del dolo”*; en el sentido que, para la integración del dolo, *no debe ser representada la existencia de la calificación* (cuya objetiva presencia excluye el tipo objetivo de ilícito).

A su vez, en cuanto al ámbito de validez material *“interna”* de la norma incriminadora con referencia al *eventual “contenido específico”* de la *“pena criminal”* constitutiva de la sanción prevista por un *determinado* tipo de delito, es preciso subrayar como en general los ordenamientos positivos conocen tipologías de penas criminales *“principales” diversas* de las comunes, *específicamente* previstas por ciertos tipos de delitos. Como ejemplos, pueden indicarse las *“penas militares”* contempladas por los códigos penales militares para los delitos de ese tipo. Puesto que en el entero sistema penal no puede existir disociación entre el autor del ilícito y el destinatario de la consecuencia sancionadora, entonces se deriva que, al lado del concepto de *“legitimación al delito”*, se puede simétricamente hablar de *“legitimación a la pena”*. Más en particular, se puede distinguir entre una *“legitimación a la pena común”* y una *“legitimación a la pena especial”*; distinción que sin embargo *no corresponde, al menos*

¹⁴ Art. 91 código de procedimiento penal italiano: «Los entes y las asociaciones sin ánimo de lucro a los cuales, con anterioridad a la comisión del hecho por el cual se procede, hayan sido reconocidas, por parte de la ley, finalidades de tutela de los intereses lesionados por el ilícito penal [reato], pueden ejercer, en cada estado y grado del procedimiento, los derechos y las facultades atribuidos a la persona ofendida por el ilícito penal [reato]».

**Actas del XXIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal,
Univ. de Alcalá, 2023**

directamente (como sucede en el ordenamiento italiano), a la distinción entre legitimación a la comisión de un delito “común” o de un delito “propio”¹⁵.

Concluyendo, podemos decir que cada “ámbito de validez” de la norma incriminadora tiene sus “límites”; límites que pueden consistir o 1. simplemente en la “falta” de un requisito que, por el contrario, debería existir (por ej., la no expresa previsión de un hecho como delito por la ley o la abrogación de una norma incriminadora que antes lo preveía como delito o la realización del hecho previsto como delito pero por parte de un sujeto *no* legitimado para su comisión), o bien 2. en la integración de una situación de hecho que la ley expresamente prevé como “causa de no punibilidad” (siempre entendiendo esa palabra en sentido genérico), como por ej. la “presencia” de una situación de inmunidad o el error sobre el hecho o una enfermedad psíquica. “Límites de validez” de la norma penal incriminadora en su “integridad” o según sus diferentes “ámbitos estructurales” (temporal, espacial, personal y material) que, al final, se traducen siempre en “causas de no punibilidad” (implícitas o explícitas).

En particular, analizando la categoría genérica de las denominadas “causas personales de no punibilidad”, es preciso distinguir entre las “causas de inmunidad”, cuya presencia, excluyendo la capacidad penal, se traduce en un “límite” al ámbito de “validez personal” de la norma incriminadora, y las situaciones de “falta de legitimación” a la comisión de un determinado delito, legitimación cuya ausencia se convierte en falta de integración del mismo tipo delictivo, o sea en un “límite” del ámbito de “validez material” de la norma incriminadora. Dicho de otra manera, un hecho calificable normativamente como “delito” (ilícito penal) puede ser realizado *en su integridad* también por un sujeto *personalmente* “incapaz” de ser “destinatario”, en cuanto penalmente “inmune” (como por ej. un embajador), de la correspondiente “norma incriminadora”, bajo cuyo ámbito aplicativo el “hecho delictivo” no es por lo tanto atribuible. Resumiendo, *el “hecho constitutivo de delito” se ha realizado, pero su autor no es punible en cuanto la norma incriminadora correspondiente no se le puede*

¹⁵ En efecto, conforme al ordenamiento penal militar italiano, por un lado existen tanto delitos militares realizables solo por militares (o sea delitos propios) penados con la pena especial de la reclusión militar, como delitos militares realizables solo por militares pero sancionados con la pena de reclusión común; por otro lado, existen tanto delitos militares realizables solo o también por no militares y penados con la pena especial de la reclusión militar, como delitos militares realizables solo o también por no militares y penados con la pena de la reclusión común.

**Actas del XXIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal,
Univ. de Alcalá, 2023**

*personalmente aplicar, faltando la validez personal de la misma*¹⁶. Eso significa también que, *si el “hecho delictivo” (ilícito penal) existe jurídicamente*, aunque no sea reconducible bajo la norma incriminadora, *puede no obstante tener relevancia –al menos en línea teórica– para la integración de los otros “tipos de responsabilidad”* (diferentes de la de punibilidad, como por ej. la civil o la de las medidas de seguridad); obviamente, *siempre y cuando no existan ulteriores contraindicaciones* de todas maneras también deducibles a nivel “normativo” (interno o internacional).

**III. LOS ELEMENTOS ESTRUCTURALES “POSITIVOS” Y “NEGATIVOS”
DEL DELITO Y DEL TIPO DE PUNIBILIDAD EN UNA PERSPECTIVA
SUSTANCIAL Y PROCESAL**

Llegando a la individuación de los conceptos que constituyen los “elementos estructurales” del delito y del tipo de punibilidad, ya hemos visto como, para el surgimiento de la “punibilidad”, entendida como la “abstracta posibilidad de aplicación de una pena criminal”, *además de la “validez” de la norma incriminadora –en su “totalidad” y en sus “ámbitos de validez” temporal, espacial y personal– es necesaria la realización de un “hecho constitutivo de delito”* (“ilícito penal”, comprensivo, según los tripartitos, de un tipo objetivo, un tipo subjetivo, y la antijuridicidad objetiva que se traduce formalmente en la simple *falta* de causas de justificación; o, para los bipartitos, de un elemento objetivo, un elemento subjetivo, acompañados respectivamente por el lado objetivo de la “no existencia” de causas de justificación y por el lado subjetivo – para la integración del dolo– de la “no representación” de la presencia de sus requisitos fácticos); realización del ilícito que sin embargo aún *no es suficiente*, pues es igualmente *necesaria* la presencia de *otros requisitos* que, en su complejo y junto a los elementos constitutivos del ilícito, pueden genéricamente definirse como “*condiciones de existencia*” del “*tipo de punibilidad*”. En particular, es necesaria la presencia de las eventuales “condiciones objetivas de punibilidad”, el conocimiento o al menos la posibilidad de conocimiento del desvalor penal del hecho (o sea de la prohibición del hecho), la exigibilidad de un comportamiento diferente de aquel tenido (para los tripartitos) y la imputabilidad de su autor.

¹⁶ Lo que es *particularmente relevante en caso de participación al delito*, puesto que, existiendo normativamente de todas maneras un hecho delictivo, otro partícipe capaz y que tiene la legitimación activa puede ser viceversa penado.

**Actas del XXIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal,
Univ. de Alcalá, 2023**

Es fundamental sin embargo subrayar como *–fuera* de las condiciones de punibilidad– respecto a los *otros requisitos* antes mencionados el ordenamiento positivo *normalmente “presume”*, a través de una presunción *iuris tantum, su existencia*, mientras no se pruebe lo contrario. Así, la presunción de cognoscibilidad de la prohibición vale *hasta que no se pruebe la ignorancia inevitable de la ley penal*, la exigibilidad de un comportamiento diferente *mientras no se pruebe la presencia de una causa de exculpación* (al menos según los tripartitos), la imputabilidad del autor del hecho *siempre que no se pruebe la presencia de una de las causas taxativamente previstas por la ley como causas de no imputabilidad* (por ej., menor edad o locura). A estas debe añadirse la *falta de situaciones sucesivas a la comisión del delito* cuya presencia excluye por el contrario la punibilidad, como las “causas extintivas del delito” y las genéricamente denominadas “causas sobrevinientes de no punibilidad”, constituidas por un *comportamiento “antagónico” del mismo autor del ilícito* (o sea en un comportamiento que *elimina las consecuencias del delito cometido*, obviamente cuando son “eliminables”, como la retractación en el falso testimonio), que en mi opinión son también normativamente calificables como causas extintivas del delito. Todas esas situaciones, siendo *necesaria su “falta” para la punibilidad, se traducen al final en “causas de no punibilidad”* (genéricamente entendidas).

Eso significa que, en el análisis de la *estructura del “tipo de punibilidad”* y antes de eso del mismo delito, es “lógicamente” fundamental y por lo tanto necesario *distinguir* primero que todo entre los *elementos calificables como “positivos”*, en el sentido que para la producción de la consecuencia sancionadora de la pena criminal es *necesaria su “presencia”*, y otros *elementos, calificables como “negativos”*, en cuanto para la punibilidad es necesaria su “ausencia” (como las “causas de no punibilidad” genéricamente entendidas). *Categorías lógicas* que pueden también *subdistinguirse, según su propia “estructura”*, respectivamente en elementos *positivos “a contenido positivo”* (por ej. el dolo) o “*a contenido negativo”* (como la falta de consentimiento en el delito de violación de domicilio); y en elementos *negativos* a su vez “*a contenido positivo”* (de los cuales debe faltar la “presencia”, por ej. las causas de justificación) y “*a contenido negativo”* (de los cuales debe *faltar la “ausencia”*, como el peligro en los delitos de peligro presunto: en el sentido que, si se demuestra la presencia de la falta de peligro en concreto, no hay realización del tipo objetivo del delito de peligro presunto,

**Actas del XXIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal,
Univ. de Alcalá, 2023**

así como no hay dolo si se prueba en concreto la representación de la falta del peligro mismo)¹⁷.

Con otra relevante consecuencia. Si para la integración del “tipo de punibilidad” y ante todo del “tipo de delito” es necesaria la “presencia” de algunos elementos y la “ausencia” de otros, una *diferente sistemática* podría llegar también a agrupar los “requisitos esenciales” para la punibilidad en *dos macro-categorías*: la de los *elementos que “fundan” la punibilidad*, en cuanto su “presencia” es necesaria para la integración del tipo de responsabilidad punitiva, y *elementos que “excluyen” la punibilidad*, en cuanto para la integración del respectivo tipo es necesaria su “ausencia”. *Distinción importantísima*, no solo para una diversa sistematización de los elementos del tipo de punibilidad y por tanto de la reconstrucción de la teoría y del concepto de delito mismo, sino sobre todo porque permite *distinguir* los elementos del delito y del más amplio tipo de punibilidad justo en la perspectiva de su *diferente “relevancia procesal”*, y eso en consideración –como hemos dicho– a que el “delito punible” no vive, y por lo tanto *no existe jurídicamente*, fuera de su averiguación dentro de un proceso penal.

Esto ante todo para llegar a una correcta *repartición de la denominada “carga de la prueba”* o, más precisamente, de la exacta *individuación de la “parte procesal” sobre la cual recae el “riesgo” de la “falta de prueba”* de cierto elemento. En particular, la falta de prueba procesalmente necesaria para la afirmación de la existencia de un *elemento que “funda”* la responsabilidad punitiva va a cargo del *órgano de la acusación* o sea del fiscal, *impidiendo superar la “presunción de inocencia”* del

¹⁷ Elementos “negativos a contenido negativo” – de los cuales, como se ha dicho, debe objetivamente “faltar la ausencia” y subjetivamente “no representarse la ausencia” – que no se pueden reducir a elementos “positivos a contenido positivo”, de acuerdo a la fórmula según la cual dos negaciones lógicamente se anulan entre ellas (algebraicamente, $-[-X] = +X$). Su autonomía lógica y estructural se deriva de la consideración que, si así no fuese, por ej. todos los delitos de peligro presunto se transformarían en delitos de peligro concreto, perdiendo su peculiaridad estructural y funcional. Al contrario, entendiendo el “peligro” en los delitos de peligro presunto como elemento negativo a contenido negativo, se salvaría también la constitucionalidad de esos tipos de ilícitos penales, puesto que la presunción *iuris tantum* de peligro puede ser superada a través de la prueba de la “presencia de la falta” del peligro (es decir, la prueba de su ausencia en concreto para excluir el hecho objetivo) y la prueba de la “representación de la falta” del peligro en concreto (para excluir el dolo). Las mismas consideraciones valen también para el requisito subjetivo de la “previsibilidad” del evento en la culpa “normativa” por inobservancia de ley y en los delitos agravados por el resultado, presunta hasta que no se pruebe la “imprevisibilidad” del evento en concreto. Esa particular técnica de construcción de los tipos delictivos a través de la previsión de elementos negativos a contenido negativo es utilizada por el legislador para *simplificar la regla de juicio*; en el sentido que el juez motiva correctamente la condena del imputado mientras no surja de los actos del proceso al menos un principio de prueba contraria (por ej., la prueba de la ausencia – “presencia de la falta” – en concreto del peligro o de la previsibilidad).

**Actas del XXIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal,
Univ. de Alcalá, 2023**

imputado. Mientras que la falta de prueba de un *elemento que “excluye”* la punibilidad *va a cargo del imputado*, permitiendo al juez lograr legítimamente su condena.

A su vez, con referencia específica al *“quantum de prueba”* necesario para la averiguación de los *requisitos que “fundan”* la punibilidad, esos deben ser *demostrados “más allá de cualquier duda razonable”*; mientras que, para la averiguación de los *requisitos que viceversa “excluyen”* la punibilidad, es suficiente ya la *insinuación de la “simple duda” sobre su existencia*. En particular, si se trata de *“elementos positivos”*, para la *“punibilidad”* es necesaria su *“plena prueba”*: *“plena prueba positiva” de su “presencia”*, cuando se trata de elementos positivos *“a contenido positivo”*, *“plena prueba positiva” de su “ausencia”*, cuando se trata de elementos positivos *“a contenido negativo”* (como la falta de consentimiento en la violación de domicilio). Por el contrario, si se trata de *“elementos negativos”*, para la afirmación de la *“punibilidad”* no se exige la plena prueba positiva de su ausencia, sino, de manera *exactamente simétrica* respecto a los elementos positivos, es necesaria la *“falta total” de prueba de su “existencia”*; así que la simple *“insinuación de la duda”*, o sea un *“principio de prueba”*, sobre la *“existencia”* de un elemento negativo es *suficiente* para *“excluir”* la responsabilidad del imputado¹⁸. En particular, si se trata de elementos negativos *“a contenido positivo”* (por ej. las causas de justificación), para la punibilidad es necesaria la *“falta absoluta” de prueba sobre su “existencia”*; mientras, si se trata de elementos negativos *“a contenido negativo”* (por ej. el peligro en los delitos de peligro presunto), es necesaria la *“falta absoluta” de prueba sobre su “inexistencia”*.

A estas alturas, aparece indispensable una precisión, de la máxima importancia dogmática y sistemática. Hasta ahora hemos hablado *indiferentemente* de *“elementos negativos”*. Pero *el lema “elemento negativo”* como categoría conceptual tiene al menos *tres significados diversos*. Además de la tipología del elemento *“positivo a contenido negativo”* (algebraicamente: + [- X], del cual debe estar presente la falta, o sea faltar la presencia, para la integración del tipo objetivo y debe estar presente la representación de la falta, es decir *ser representada la falta* para la existencia del dolo), el significado más común es el de elemento negativo que, convencionalmente, podríamos definir *“en sentido estricto”* (o *“propio”*), como es –al menos para los seguidores de la teoría de la

¹⁸ Eso porqué si existiera un principio de prueba de cualquier *“causa de no punibilidad”* (en sentido amplio), o sea la duda sobre su presencia, faltaría consecuentemente la posibilidad lógica de condenar *“más allá de cualquier duda razonable”*.

**Actas del XXIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal,
Univ. de Alcalá, 2023**

bipartición— cualquier causa de justificación, o sea un *elemento que se añade* a los elementos positivos para la integración del tipo de punibilidad, *así sea con alcance “negativo”* (algebraicamente: $- [+X]$ o $- [- X]$): en el sentido que *no debe existir* (= no debe existir, respectivamente, su presencia o ausencia) para la integración del “tipo objetivo” del ilícito y *no debe ser representado* (= no debe ser representada su presencia o ausencia) para la integración del “dolo”. Pero existe también la categoría de los elementos que convencionalmente podríamos definir “*negativos-impeditivos*”, en cuanto su presencia justamente *impide la integración de otro elemento, positivo o negativo*: en esta dirección se puede tomar como ejemplo el error sobre el hecho, cuya presencia impide la integración del dolo; o bien la imprevisibilidad del hecho realizado en concreto, el denominado caso fortuito, cuya presencia como causa de no punibilidad, cuando expresamente prevista, impide la integración de la culpa normativa por inobservancia de ley. Con referencia a esa última categoría de elementos negativos, los negativos-impeditivos, si se trata de *elementos impeditivos de elementos “positivos”* (por ej., el error sobre el hecho respecto al dolo), es decir, elementos cuya presencia *excluye* la integración de otros elementos que por el contrario tienen que “existir” para “fundar” la punibilidad, análogamente a lo que sucede con los elementos negativos en sentido estricto, es *suficiente* también la *simple “insinuación de la duda” sobre su existencia para “excluir” la punibilidad* del autor del hecho. Viceversa, si se trata de *elementos impeditivos de elementos “negativos”* (por ej., el particular deber jurídico de exponerse al peligro respecto al requisito del peligro constitutivo del estado de necesidad), o sea elementos cuya presencia *excluye* la integración de otros elementos que deben “faltar” para la integración del “tipo de punibilidad”, y por lo tanto se resuelven al final en requisitos que “fundan” la punibilidad, paralelamente a lo que sucede con los elementos positivos, deben ser *objeto de averiguación “más allá de cualquier duda razonable”*.

En conclusión, los elementos del “tipo de punibilidad” y antes de eso del delito pueden distinguirse según su “*posición sistemática*” (positivos y negativos) y “*estructura*” (a contenido positivo o negativo) en *cuatro categorías* (también lógicas): 1. elementos “positivos” a “contenido positivo”, 2. elementos “positivos” a “contenido negativo”, 3. elementos “negativos” a “contenido positivo” y 4. elementos “negativos” a “contenido negativo”. A su vez, a esa cuádrupartición corresponde de manera exactamente simétrica una *cuádrupartición de “elementos impeditivos”*: elementos

**Actas del XXIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal,
Univ. de Alcalá, 2023**

impeditivos de elementos positivos a contenido positivo¹⁹, elementos impeditivos de elementos positivos a contenido negativo²⁰, elementos impeditivos de elementos negativos a contenido positivo²¹ y elementos impeditivos de elementos negativos a contenido negativo²².

De todo lo dicho, se deduce entonces que *todas las situaciones cuya presencia determina la “no punibilidad” del autor de un delito, y que por consiguiente pueden ser dogmáticamente calificadas como “causas de no punibilidad”* (aunque en sentido genérico puesto que a esa categoría no corresponde ninguna disciplina normativa unitaria), *lógica y sistemáticamente deben ser consideradas siempre como “elementos negativos” del tipo de punibilidad* (y aún antes del mismo tipo de delito), o sea elementos cuya “presencia” debe “faltar” para su integración. “Causas de no punibilidad” que, como hemos visto, pueden ser correcta y *propriadamente* calificadas como “elementos negativos del tipo” *cuando no consisten en la simple ausencia de un requisito que por el contrario debería existir* (como la falta de dolo a causa de la presencia de un error sobre el hecho), es decir en la simple “cara negativa” de un elemento positivo, *sino cuando se trata de un elemento “autónomo” y “ulterior” que se adjunta a los otros elementos del tipo*, así sea con “valor negativo”. Dicho de otra manera, para la producción del “efecto jurídico” de la “punibilidad” (o sea de la abstracta posibilidad de aplicación de una pena criminal) es lógicamente, antes que dogmática y sistemáticamente, necesaria la “presencia” de ciertos requisitos (condiciones “positivas”) y la “ausencia” de otros (condiciones “negativas”).

Partiendo de esta perspectiva, frecuentemente se afirma en la doctrina que las “*causas de no punibilidad*”, genéricamente entendidas, *en cuanto elementos “negativos”* que tienen que faltar para la integración del tipo de responsabilidad punitiva, deberían ser consideradas dogmáticamente como “*excepción*” a la *regla de la “punibilidad”*, punibilidad que descendería viceversa de la “presencia” de todos –y sólo– los elementos que la “fundan”. En esta dirección se encuentran por ejemplo los autores que ven en las “causas de justificación” situaciones previstas por “normas de

¹⁹ Por ej., el error sobre el hecho respecto al dolo.

²⁰ Por ej., en los delitos que prevén como requisito constitutivo la “falta de necesidad”, la presencia de una situación específicamente prevista por la ley que viceversa funda esta necesidad.

²¹ Por ej., el particular deber jurídico de exponerse al peligro (pensemos a aquel que incumbe a los bomberos) respecto al requisito del peligro, constitutivo del estado de necesidad.

²² Por ej., la imprevisibilidad (es decir, el denominado “caso fortuito”) frente a la presunción de previsibilidad como contenido de la culpa específica.

**Actas del XXIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal,
Univ. de Alcalá, 2023**

licitud” del entero ordenamiento, normas que disciplinan tipos “autónomos” (también con referencia a los “principios generales” aplicables) respecto a las normas penales “incriminadoras”. Pero en realidad la lógica “regla-excepción” que, según esta tesis, estaría *detrás* de cualquier hipótesis de “no punibilidad”, viéndolo bien *no tiene ninguna relevancia* en el plano –sustancial– de la reconstrucción de la *estructura* del tipo de responsabilidad punitiva, puesto que, *si para el efecto de la punibilidad además de la “presencia” de ciertos requisitos se precisa la “ausencia” de otros, eso significa que se trata de elementos todos indispensables para la integración del tipo, o sea “condiciones sine qua non” de su existencia; así que no es lógicamente posible distinguir en el ámbito de requisitos todos necesarios para delimitar el “significado normativo” del tipo entre lo que se considera “regla” y lo que se considera “excepción”.*

La *relación “regla-excepción”* tiene por el contrario *su específica relevancia* no en el plano del derecho penal “sustancial” sino “procesal” de las “máximas de experiencia” que regulan la averiguación de la responsabilidad punitivo-criminal. En efecto, *normalmente* (en el sentido de “por lo general” desde una perspectiva “estadística”), según aquel *id quod plerumque accidit* que está a la base de las “máximas de experiencia”, la *simple averiguación de un hecho correspondiente a los “elementos positivos”* de un “tipo” objetivo y subjetivo de ilícito penal, es *suficiente* para que el juez pueda *legítimamente declarar la existencia del delito; siempre que de los actos del juicio no emerjan elementos de los cuales pueda deducirse –aunque solo a nivel de duda– que en el caso concreto objeto de verificación procesal existía una causa de justificación u otra causa de no punibilidad inherente al hecho. Eso significa que, conforme a las máximas de experiencia, el ordenamiento siempre “presume” la “falta” de las causas de “no punibilidad”, en cuanto “elementos negativos” del tipo de responsabilidad punitiva, hasta cuando no se demuestre lo contrario. Dicho sintéticamente, la correcta aplicación de las máximas de experiencia impone “presumir” la existencia del “tipo de punibilidad” –y antes de eso del “tipo de delito”– a la luz de la averiguación solo de los “elementos positivos”, presunción *iuris tantum* superable por la “prueba contraria” de la “presencia” de un “elemento negativo” constitutivo de una “causa de no punibilidad”.*

IV. TIPOS DE RESPONSABILIDAD DERIVADA DEL DELITO DE NATURALEZA JURIDICA DIFERENTE DE LA CRIMINAL Y SU RECÍPROCA INTERFERENCIA E INTERDEPENDENCIA. HACIA UN NUEVO SISTEMA CRIMINAL “INTEGRAL” E “INTEGRADO”

Para la correcta (re)construcción de un “sistema” de derecho penal-criminal, estrictamente anclada al dato positivo de las normas procedentes de los códigos penales sustancial y procesal y de las leyes penitenciarias, es necesario tener en cuenta, más allá del “tipo de responsabilidad punitiva”, también los *otros “tipos de responsabilidad” de diferente naturaleza jurídica de la criminal* –civil y administrativa, además del tipo de responsabilidad para las medidas de seguridad, *normativamente calificables de manera diversa según la diferente naturaleza jurídica de la relativa consecuencia sancionadora– que prevén entre sus requisitos esenciales la comisión de un hecho constitutivo de “delito”*. Con la consecuencia lógica que, *si el “delito” está a la base de diferentes “tipos de responsabilidad”* conforme a la diferente naturaleza jurídica de la relativa consecuencia sancionadora, *es obvio incluso preguntarse si y hasta dónde las eventuales “interferencias” entre esos diferentes “tipos de responsabilidad de delito” puedan tener directa relevancia también sobre el plano estrictamente punitivo-criminal, o sea de la “punibilidad” antes y de la concreta “punición” del autor del hecho delictivo después.*

En particular, es *preciso preguntarse si*, no obstante que aún hoy la mayoría de los penalistas siguen considerando la “inderogabilidad” como “carácter intrínseco” de la pena criminal, *esa sanción no pueda viceversa ser totalmente “excluida”, en el sentido de radicalmente “extinta” y por lo tanto “sustituida” por otras respuestas “sancionadoras”, incluso de “naturaleza jurídica” diferente de la criminal*, aunque, como es obvio, en presencia de presupuestos bien determinados y específicos, taxativamente indicados por la ley.

A estas alturas, es preciso recordar que, conforme a la teoría general del derecho, *en el ámbito de la categoría general de la “sanción jurídica”, la primera distinción fundamental a operar es entre sanciones denominadas “ejecutivas” y sanciones denominadas “punitivas”*²³. La *“sanción ejecutiva”* –que puede lógicamente asumir las

²³ Véase A. THON, *Norma giuridica e diritto soggettivo*, Padova, Cedam, 1939, p. 25 ss. y H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi, NBSE, 1966, p. 130 ss. (el cual distingue entre “ejecución” y “pena”).

**Actas del XXIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal,
Univ. de Alcalá, 2023**

modalidades de la “cesación del comportamiento ilícito” (cuando se está todavía prolongando en el tiempo) y del “restablecimiento de la situación antes de la comisión del ilícito” a través de la “eliminación de sus efectos”– puede obviamente intervenir solo cuando, no obstante la comisión del ilícito, es material o jurídicamente posible llegar aunque en retraso al mismo resultado práctico que el ordenamiento quería alcanzar a través de la imposición de la regla de conducta no cumplida. A su vez, cuando por el contrario eso no es posible, el único instrumento normativo lógicamente hipotizable es por consiguiente “prevenir” el ilícito mismo a través de la “amenaza” de aplicar una “sanción” en caso de su comisión; sanción que afecte un “bien” de la persona que no cumple con su obligación, representando así para ella una “pena”, es decir una “aflicción”; de ahí el nombre convencional de “sanción punitiva”. “Prevención del ilícito” que por lo tanto constituye la “función lógica” de cualquier sanción punitiva, cualquiera sea su naturaleza jurídica (penal, civil, administrativa). A su vez, la sanción ejecutiva tiene una “preeminencia lógica” frente a la sanción punitiva, puesto que sería “disfuncional” para cualquier ordenamiento jurídico no privilegiar hasta donde sea posible la “reintegración del orden jurídico” violado por la comisión del ilícito, además “en forma específica” llegando al mismo resultado práctico al cual se habría debido llegar a través del cumplimiento de la regla de conducta por parte de su destinatario frente a una reintegración por “equivalente normativo” constituida por la “sanción punitiva”. Sanciones ejecutivas y punitivas que existen en todas las ramas del ordenamiento jurídico.

Ahora, si en todos los ordenamientos de derecho positivo existe la copresencia de diferentes “tipos de responsabilidad” de distinta naturaleza jurídica pero que tienen todos entre sus requisitos constitutivos la comisión de un hecho normativamente calificable como “delito”, todos ellos deben también estar lógicamente comprendidos en un concepto “amplio” de “sistema penal integrado”, a entender como comprensivo de todas, indistintamente, las “medidas de contraste” al fenómeno criminal desde la perspectiva estrictamente “normativa”, pasando por alto su específica “naturaleza jurídica”, no importa cual sea, si penal-criminal o extrapenal. “Sistema penal integrado” en sentido amplio del cual deberían hacer parte –en los ordenamientos que las prevén (como en Italia)– también las denominadas medidas de prevención ante o praeter delictum, que son simples medidas de “sospecha”.

Actas del XXIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ. de Alcalá, 2023

La existencia de una pluralidad de “tipos de responsabilidad” que prevén “consecuencias sancionatorias” de diferente naturaleza, todos en cualquier caso ligados a la comisión de un “delito”, comporta, *como primer efecto jurídico de su “interferencia”, la teórica “convergencia”* de una pluralidad de sanciones de naturaleza diversa sobre el mismo hecho histórico y por consiguiente la *normal* aplicabilidad de un “*cúmulo de sanciones*” no solo de “*naturaleza jurídica*” diversa (penal-criminal, civil, administrativa), sino también de “*especie*” diferente, cual sanciones “ejecutivas” y sanciones “punitivas”²⁴. Esa conclusión deriva del hecho que la *operatividad del principio de “especialidad”* como *criterio lógico de resolución de posibles “antinomias”* entre normas del mismo sistema, *por lo general* está limitada por el “derecho positivo” *al “interior” de cada “sector”* del ordenamiento jurídico, aunque entre las diversas “estructuras” de los “tipo de responsabilidad” por la comisión de un delito subsistiese una relación de “especialidad”.

Ahora bien, *si –como hemos visto– la “función lógica” de cualquier “sanción punitiva” es la “prevención” del ilícito, de eso se deduce, siempre lógicamente, la necesidad de su efectiva “aplicación” y “ejecución”* como consecuencia de la comisión del ilícito, en particular cuando se trata de “pena criminal”, con la finalidad de una efectiva “reintegración” del “orden jurídico” violado. De esta manera, garantizando, además de la eficacia “general preventiva” (negativa) de la pena misma, la “seriedad” y la “credibilidad” del “sistema” punitivo criminal (considerado en su integridad) como mecanismo funcional *también* al logro de la finalidad de prevención general “positiva” y, *finalmente, al mantenimiento de aquella “paz social” que representa el fin último* (además que la *condición primaria de existencia*) de cualquier ordenamiento jurídico; ordenamiento jurídico del cual *el “derecho penal” constituye el momento de “cierre”* en grado de garantizar su existencia y conservación también a través del recurso al *uso regulado de la “fuerza”,* en particular de la fuerza física sobre las personas, de la cual el Estado moderno ha asumido el monopolio.

Sin embargo, la *exigencia de “efectividad”* de la pena criminal puede ser *también “derogada”, pero solo de manera “excepcional”,* a través del *recurso al mecanismo técnico de las “causas extintivas del delito”* (categoría bajo la cual, en mi opinión,

²⁴ Como es el caso de la aplicación “acumulativa” de la pena criminal y de las sanciones civiles derivadas de la comisión de un delito, estas últimas, cuando el ordenamiento prevé también la posibilidad de la constitución de la parte civil al interior del proceso penal, aplicables por el mismo juez penal al final del proceso penal, en general en caso de condena del imputado.

**Actas del XXIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal,
Univ. de Alcalá, 2023**

deben ser reconducidas también las –genéricamente definidas– “causas sobrevinientes de no punibilidad”). Esto cuando, *no obstante la comisión del delito* (y en presencia de los otros requisitos del “tipo de responsabilidad punitiva”), en caso de que los efectos del ilícito penal sean eliminables y obviamente si la ley lo prevé de manera expresa, *sin embargo es aún posible llegar a la satisfacción “en forma específica”, aunque en retraso, del interés tutelado por la norma violada o –dicho de otra manera– del mismo “resultado político”* por el cual el legislador había impuesto la obligación no cumplida; y por lo tanto a la “reintegración en forma específica” del ordenamiento jurídico (después de la comisión del delito).

En esa perspectiva se mueven aquellas “causas extintivas de la punibilidad” fundadas 1. en el cumplimiento retrasado de la obligación que permaneció incumplida (con la consiguiente comisión del ilícito penal) o, mejor dicho, el cumplimiento de una nueva obligación del mismo contenido de la obligación no acatada; y/o 2. en la remisión al estado anterior a la comisión del delito a través de la eliminación de las consecuencias del ilícito realizado. Es decir, “causas extintivas de la punibilidad” constituidas por una conducta de “hacer” (al menos como regla), sobreviniente y “antagónica” (aunque en sentido amplio) frente a aquella constitutiva del hecho de delito cometido, integrativa de una denominada “sanción ejecutiva”. Sanción ejecutiva que ante todo puede ser también de naturaleza criminal, como la “eliminación de las consecuencias dañosas o peligrosas del delito”, de calificar sustancialmente como “sanción” aunque no lo sea formalmente; “eliminación de las consecuencias dañosas o peligrosas del delito” que en general desempeña el rol de “circunstancia atenuante” pero que a veces, así sea “excepcionalmente” solo en algunos casos particulares “taxativamente” previstos por la ley, constituye una conducta que determina nada menos que la misma definitiva “eliminación de la pena criminal” y por lo tanto la “no punibilidad” del autor del hecho delictivo. Dicho de otra manera, dogmáticamente se trata de una conducta cuyo voluntario cumplimiento (por consiguiente “libre”) funciona dogmáticamente como “condición” para la operatividad de una “causa extintiva” del delito, o sea de la abstracta punibilidad, y al final como sanción “sustitutiva” de la “pena criminal” (remetida a la absoluta discrecionalidad del mismo autor del delito).

Pero –y eso es un punto de la máxima relevancia para la construcción de un “sistema criminal integrado”– la “conducta antagónica sucesiva al delito” y que determina la extinción de la pena criminal puede ser integrativa de una “sanción

**Actas del XXIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal,
Univ. de Alcalá, 2023**

ejecutiva” no solo de naturaleza “criminal”, sino *incluso* –aunque en los solos casos *taxativamente* previstos por la ley– *de diferente naturaleza jurídica*, “civil” (por ej., la restitución y el resarcimiento de los daños patrimoniales²⁵) o “*administrativa*” (como la demolición de un edificio, la regularización de la situación tributaria o el saneamiento de un sitio contaminado). En estos casos, la “*extinción de la punibilidad*” representa, viéndolo bien, una *directa e inmediata consecuencia* que puede lógicamente hipotizarse de la “*interferencia*” entre “*tipos de responsabilidad*” sancionados con sanciones de diferente naturaleza jurídica, pero que tienen todos *en común*, entre sus requisitos constitutivos, la realización de un “*hecho delictivo*”. Esa “interferencia” por sí misma debería portar, al menos como regla, frente a la comisión de un delito (y obviamente en presencia de los otros requisitos previstos por cada “tipo de responsabilidad”), al “*cúmulo de las sanciones*”, penales y extrapenales. Pero puede viceversa determinar incluso (*aunque excepcionalmente solo en los casos taxativamente previstos por la ley*) la misma “no punibilidad” del autor del hecho delictivo, tal como sucede con la sanción ejecutiva criminal “informal” de la “eliminación de las consecuencias dañosas o peligrosas del delito”.

En conclusión, el ordenamiento –repito: *aunque todavía excepcionalmente*– remite a la *absoluta discrecionalidad* del mismo autor de ciertos delitos, que presentan consecuencias “eliminables”, nada menos que la *misma elección de la “naturaleza jurídica” de la “sanción” aplicable*, si penal o extrapenal. Siendo así, sin embargo el ordenamiento acaba con remitir al mismo autor del delito *ex post facto* no solo la elección entre sanción punitiva y ejecutiva, pero siempre de naturaleza criminal, sino incluso *la elección si permanecer al interior del procedimiento penal* –con la consiguiente *posibilidad* al concluir el juicio de *aplicación en concreto de la pena criminal en caso de condena*– o bien “*salir*” de manera absoluta y definitivamente del mismo “*circuito penal*” a través de la “*auto-aplicación*” –normalmente dentro de un término indicado cada vez por el legislador– de la “*sanción ejecutiva extrapenal*”, civil o administrativa. Sanción ejecutiva *extrapenal* que, en lugar de “acumularse” con la pena criminal conforme a la regla, si es voluntariamente “auto-aplicada” por el reo (en el término establecido por la ley), se convierte viceversa en “*alternativa*” y

²⁵ Es oportuno sin embargo aquí evidenciar como normalmente, cuando la ley prevé la extinción de la punibilidad como directa consecuencia del resarcimiento de los daños, se refiere no solo al resarcimiento de los daños patrimoniales (sanción “ejecutiva” civil) sino también al resarcimiento de los daños *no patrimoniales*, que por el contrario es una sanción de naturaleza “punitiva”, aunque civil.

**Actas del XXIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal,
Univ. de Alcalá, 2023**

consecuentemente “sustitutiva” de la misma sanción punitiva criminal; confirmando así, también en el sector penal-criminal del ordenamiento, la “preeminencia lógica” – obviamente hasta donde sea posible (material o jurídicamente)– de las sanciones “ejecutivas” frente a las “punitivas”, no solo si se trata de sanciones ejecutivas de naturaleza criminal, sino incluso de “naturaleza jurídica” diversa de la criminal.

Eso *significa* entonces, al menos en estos casos en los cuales es jurídicamente posible una “remisión en el estado anterior al delito” después de su comisión, *otorgar al mismo reo, en vía exclusiva, absoluta e incuestionable, la “disponibilidad” de la “pena criminal”, con la consecuencia que el ordenamiento ya no considera más que sea siempre “inderogable” su “aplicabilidad”, dejando así ex post facto la “gestión de la respuesta sancionadora” al mismo autor del delito.*

En conclusión, por efecto no solo de la “*interferencia*” sino también de la estricta “*interdependencia*” entre los diversos “tipos de responsabilidad” de delito, se podría por lo tanto *llegar a hablar nada menos que de “gestión privada de la pena criminal” por parte del mismo reo*, aunque –insisto– exclusivamente en los casos en los cuales es posible una “remisión al estado anterior” a la comisión del ilícito y la ley prevea esta posibilidad como “causa de extinción del delito”.

Ese fenómeno, que podría ser definido también como “*privatización del derecho penal*”, *aunque hoy en día solo parcial*, y que representa una *clara línea al menos tendencial de política criminal* (siempre más frecuente por ejemplo en el ordenamiento italiano), tiene ante todo *sus inmediatas repercusiones tanto sobre el “significado” como sobre la misma “función” de la pena criminal*; con la consecuencia que *la doctrina debe necesariamente revisar sus tradicionales (y repetidas) conclusiones sobre esos aspectos fundamentales de la teoría de la pena criminal*. En primer lugar, de esta, así sea “parcial”, “gestión privada” de la respuesta sancionadora por la comisión de un delito de parte de su autor debe inferirse lógicamente la sustancial “*superación*” del “dogma” de la “*inderogabilidad*” de la “*pena criminal*”, desde siempre considerado su “*carácter*” *indefectible* que se derivaría –al menos hasta ahora– de su indiscutida naturaleza de sanción “pública”. Esto a su vez se refleja, en particular, *sobre la misma “función” a atribuir a la pena criminal, en especial si es entendida en dirección exclusivamente de “resocialización” del reo*; en el sentido que, probablemente, *la actual tendencia de política legislativa –al menos según el derecho positivo italiano– es reconducir todas las denominadas “técnicas de control social” sin distinción, en*

**Actas del XXIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal,
Univ. de Alcalá, 2023**

particular en la perspectiva de la “responsabilidad”, bajo el “*común denominador*” de ver como *única “función” de todas las “sanciones”*, de cualquier “naturaleza jurídica” (penal-criminal, administrativa y civil) y “especie” (en particular, punitivas y ejecutivas), la “*reintegración del orden jurídico*” violado a través de la realización del ilícito; lo que puede ocurrir o “en forma específica” (cuando se trata de “sanciones ejecutivas”) o bien “por equivalente” (en caso de “sanciones punitivas”). “Orden jurídico” que se realiza a través de cualquier “ordenamiento jurídico positivo” cuya efectiva “*razón de ser*” –ante todo como fundamento de su misma “legitimación política” y por lo tanto de la misma existencia del Estado– es *el “mantenimiento” y la “promoción” de la “paz social”* (es decir, “*ne cives ad arma ruant*”).

Esa nueva reconstrucción de un “sistema criminal” definible como “integral e integrado” al final es también *funcional a una perspectiva verdadera y coherentemente “laica” y por consiguiente “utilitarista” de la pena criminal*, conforme a una visión moderna y no más retributivo-moral “absoluta” de “justicia penal”.

En efecto, mientras haya una “alternativa” cualquiera aunque solo *ex post delictum* a la “pena criminal” (por ejemplo, una “sanción ejecutiva), el recurso a la “clásica” sanción punitiva penal como privación (o limitación) de la libertad personal iría lógicamente *en contra de su legítima posibilidad de utilización*, también constitucionalmente impuesta, solo como “*extrema ratio*” de tutela del entero ordenamiento.

* * * * *

**Actas del XXIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ.
de Alcalá, 2023**