

GATTA Gian Luigi: “*Abolitio criminis* y sucesión de normas “integradoras” en la jurisprudencia de las secciones unidas de la Corte de Casación italiana”.

Polít. Crim. Vol. 18 N° 35 (Julio 2023), Doc. 2, pp. 482-494

[<http://politcrim.com/wp-content/uploads/2023/07/Vol18N35D2>]

Abolitio criminis* y sucesión de normas “integradoras” en la jurisprudencia de las secciones unidas de la Corte de Casación italiana

Gian Luigi Gatta

Profesor de Derecho Penal

Università degli Studi di Milano, Italia

gianluigi.gatta@unimi.it

Fecha de recepción: 29/12/2022.

Fecha de aceptación: 27/06/2023.

Resumen

Importantes indicaciones para la solución del viejo y controvertido problema de la abolitio criminis como consecuencia de la sucesión de normas "integradoras" (las llamadas modificaciones mediatas) provienen de tres sentencias de las Secciones Unidas de la Corte de Casación italiana, pronunciadas entre 2007 y 2009 (las sentencias Magera, Niccoli y Rizzoli). Una mirada conjunta a las tres sentencias permite identificar un hilo conductor, representado por la adopción de un mismo criterio para constatar la abolitio criminis: el "criterio estructural", ya aceptado por las Secciones Unidas en el ámbito de las llamadas modificaciones inmediatas (desde la sentencia Giordano de 2003). De aquí se desprende lo siguiente: resulta decisivo distinguir entre normas integradoras, capaces de incidir, mediante su modificación, en el tipo legal abstracto, y normas no integradoras, que carecen de aquella capacidad.

Palabras clave: retroactividad de la ley penal, derogación del delito, sucesión de normas extrapenales, sucesión de normas integradoras, elementos normativos del tipo, normas penales en blanco, normas de definición

* Traducción desde el italiano por el profesor Fernando Londoño M. (Universidad Diego Portales), con autorización del autor, con ocasión del seminario “Abolitio criminis y sucesión de normas integradoras del tipo penal” (Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 1 de diciembre de 2022). El texto original corresponde a la ponencia del autor para el seminario “L’evoluzione nel tempo delle norme penali e processuali”, organizado por el Consejo superior de la magistratura italiana [CSM] y celebrado en Roma, el 7 de julio de 2010, posteriormente publicado en *Diritto Penale Contemporaneo*, el 15 de octubre de 2010. En sus aspectos sustantivos, el presente texto concentra algunos de los planteamientos centrales de la monografía GATTA, Gian Luigi (2008): *Abolitio criminis e successione di norme 'integratrici': teoria e prassi* (Milano, Giuffrè).

1. *Abolitio criminis* y sucesión de normas “integradoras”: problema y visión de conjunto de la jurisprudencia

¿Puede la *abolitio criminis* ser la consecuencia de la modificación de normas *distintas de* la norma incriminatoria, a la que se denomina diversamente su complemento (real o aparente)? Se trata de una de las cuestiones más controvertidas del derecho penal intertemporal, a la que la práctica se enfrenta con frecuencia en un número conspicuo y heterogéneo de casos.¹ Uno se pregunta, por ejemplo:

(a) hipótesis de modificación de las normas *penales* a las que se refieren los *elementos normativos*: si la calumnia es punible si el hecho objeto de la acusación deja, por ley posterior, de ser constitutivo de delito (se trata del caso principal de la jurisprudencia de la Corte de Casación, que ya se trató después de la Segunda Guerra Mundial);² el caso del encubrimiento personal, si el delito favorecido se suprime posteriormente;³ la asociación ilícita, si el delito precedente se suprime después de que se haya formado la asociación para llevarlo a cabo;⁴ receptación de bienes robados, si el delito precedente del que proceden el dinero o los bienes robados se suprime después de la comisión del delito;⁵

(b) hipótesis que modifican las normas *extrapenales* a las que se refieren los *elementos normativos*: es punible la falsificación de moneda si después de la comisión del acto la moneda falsificada (por ejemplo, la Lira) deja de ser de curso legal (como consecuencia de la introducción del Euro);⁶ la falsificación de sellos públicos, en caso de la posterior “privatización” de la entidad cuyo sello ha sido falsificado (por ejemplo, ENEL);⁷ la malversación, la extorsión o el cohecho, si tras la comisión del delito el agente deja de tener la condición de funcionario público o responsable de un servicio público⁸ (caso ENEL); abuso de funciones, si tras la comisión del delito se modifican las normas legales o reglamentarias que identifican los deberes del cargo;⁹ ejercicio abusivo de una profesión, si luego se modifican las normas que califican de abusivo el ejercicio de una determinada

¹ A propósito de esta ponencia, se nos permita remitir a GATTA (2008), *passim*, también para el examen de la casuística jurisprudencial, que en la segunda parte de la obra ha sido recogida y ordenada en su totalidad.

² Véase, por ejemplo, Cass. Sec. III, 7 de abril de 1951, Ottazzi, en *Giust. Pluma.*, 1951, II, c. 1073 s.; Cass. Sec. VI, 21 de noviembre de 1988, Caronna, en *Cass. pen.* 1990, I, p. 227; Cass. Sec. VI, 8 de abril de 2002, Bassetti, *ibid.* 2004, p. 3220.

³ Véase Cass. Sec. VI, 5 de junio de 2002, Tambasco, en *Riv. pen.*, 2002, p. 1049.

⁴ Véase Cass. Sec. I, 9 de marzo de 2005, Screti, en *Riv. pen.*, 2005, p. 972 s.; C. App. Firenze, 21 de junio de 1991, Conciani, en *Foro it.*, 1992, II, c. 301 s.

⁵ Véase Cass. Sec. II, 4 de julio de 2003, Paperini, en *Riv. pen.*, 2004, p. 337 s.

⁶ Véase Cass. Sec. I, 6 de junio de 2003, Seferi, en *Cass. pen.*, 2004, p. 4080; Cass. Sec. V, 12 de febrero de 2008, n° 8671, P.A., en *Leggi d'Italia Professionale*.

⁷ Véase Cass. Sec. V, 25 de febrero de 1997, De Lisi, en *Foro it.*, 1998, II, c. 95 s., con nota de B. Romano; Cass. Sec. V, 11 de diciembre de 1997, Prestigiaco, en *Giust. pen.* 1999, II, c. 45; Cass. Sez. V, 18 de marzo de 1998, Gambino, en *Giust. pen.*, 1999, II, c. 404 s.

⁸ Véase, por ejemplo, Cass. S.U., 23 de mayo de 1987, Tuzet, en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, p. 695 y s., con nota de Paliero (peculio); Cass. Sez. VI, 10 de julio de 1995, Caliciuri, en *Dir. pen. proc.*, 1996, p. 195 s., con nota de Pisa; Cass. Sec. VI, 26 de septiembre de 2006, Moschetti, en *CED Cassazione* n° 234990 (concusión y cohecho).

⁹ Véase, por ejemplo, Cass. Sez. VI, 15 de enero de 2003, Villani, en *Cass. pen.*, 2004, p. 3621; Cass. Sec. II, 2 de diciembre de 2003, Stellaccio, en *Foro it.* 2004, II, c. 275 s., con nota de Tesaro; Cass. Sez. VI, 7 de abril de 2005, Fabbri, en *Cass. pen.*, 2007, p. 178.

profesión;¹⁰ homicidio culposo o lesiones culposas, si con posterioridad a la comisión del hecho la norma cautelar infringida por el agente es derogada o modificada¹¹ o, en el caso de un delito impropio por omisión, si después de ese momento el agente ya no tiene la obligación legal de evitar el hecho;¹² la publicación arbitraria de actos en el proceso penal, si después de la comisión del delito se modifican las normas que prohíben la publicación de documentos procesales;¹³ el contrabando, si después de la comisión del delito se suprime un arancel aduanero que el agente omitió pagar;¹⁴ delitos de evasión del servicio militar, si después de la comisión de la infracción (como ocurre desde el 1 de enero de 2005) se produce la suspensión del servicio militar obligatorio;¹⁵ ayuda a la inmigración ilegal, si después de la comisión de la infracción el extranjero cuya entrada ilegal en nuestro país se ha facilitado deja de ser un nacional no comunitario como consecuencia de la adhesión a la Unión Europea del Estado del que es nacional (por ejemplo, Rumania);¹⁶

(c) hipótesis de un cambio en las normas *extrajurídicas* (o culturales) a las que se refieren los *elementos normativos*: si acaso los actos obscenos (por ejemplo, la práctica del topless), o las publicaciones y espectáculos obscenos (por ejemplo, la publicación de una revista para adultos o la proyección pública de la película *El último tango en París*) son punibles, si, después de la comisión del acto, un cambio en las normas ético-sociales que identifican el sentido común de la decencia hace desaparecer su carácter obsceno;¹⁷

(d) hipotética modificación de las normas que “rellenan” el precepto con “*disposiciones penales en blanco*”: si acaso la producción, el tráfico o la tenencia de drogas es punible si, después de la comisión del delito, una norma reglamentaria o ministerial excluye la sustancia objeto de producción, tráfico o tenencia de la lista de sustancias estupefacientes;¹⁸

¹⁰ Cass. Sec. VI, 9 de diciembre de 2002, Di Campli Finore, en *Riv. pen.* 2003, p. 407 y s.; Cass. Sec. VI, 27 de marzo de 2003, Carrabba, en *Giust. pen.*, 2004, II, c. 321 s.

¹¹ Véase, por ejemplo, Cass. Sec. IV, 6 de abril de 1960, Brendel, en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1960, p. 1206 y s., con nota de Grosso; Cass. Sec. III, 21 de mayo de 1995, Cè, en *Cass. pen.*, 1996, p. 3667.

¹² Véase Cass. sec. IV, 3 de abril de 2004, Cunial, en *CED Cassazione*, n° 228565, sentencia n° 24010/2004 (en los fundamentos); Cass. sec. IV, 25 de octubre de 2006, Cazzarolli, en *CED Cassazione*, n° 235780, sentencia n° 2604/2007.

¹³ Véase Cass. Sec. VI, 9 de marzo de 1994, París, en *Riv. pen.*, 1995, p. 917 s.

¹⁴ Véase, por ejemplo, Cass. Sec. III, 26 de junio de 2002, Nanni, en *Riv. pen.* 2002, p. 974 y s.; Cass. Sec. III, 4 de febrero de 2003, Pertot, en *Giur. it.* 2001, c. 429 s.; Cass. Sec. V, 11 de mayo de 2006, Formaggia, en *Cass. Pen.*, 2007, p. 560 s.

¹⁵ Véase, por ejemplo, Cass. Sec. I, 10 de febrero de 2005, Caruso, en *Cass. pen.* 2006, p. 418 s.; Cass. Sez. I, 24 de enero de 2006, Bova, en *Dir. pen. proc.* 2006, p. 614 s.; Cass. sez. I, 11 de mayo de 2006, Brusaferrri, en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 1633 s., con nota de Risicato; Cass. sec. I, 24 de febrero de 2010, Negro, en *CED Cassazione*, n° 246396.

¹⁶ Véase, por ejemplo, Cass. Sez. VI, 16 de diciembre de 2004, Buglione, en *Cass. pen.*, 2006, p. 1566; Cass. Sec. I, 11 de enero de 2007, Ferlazzo, *ibíd.*, 2007, p. 1484 s., con nota de Caputo.

¹⁷ En relación con el delito de publicaciones y espectáculos obscenos, véase Corte de Casación, Sec. I, 6 de octubre de 1971, Battistini, en *Cass. pen. mass. ann.*, 1972, p. 1925 (publicación de revista para adultos); Trib. Cagliari, 10 de agosto de 1987, en *Riv. giur. sarda*, 1990, p. 834 s. (proyección de la película *El último tango en París*).

¹⁸ Véase Corte de Casación, Sec. IV, 22 de febrero de 2006, Sepe, en *CED Cassazione* n° 234029, sentencia n° 17230/2006 (en los fundamentos), relativa, sin embargo, a una hipótesis diferente: el traslado de una sustancia de la lista de estupefacientes, a la que se refiere el delito contemplado en el artículo 73, apartado 1, del Texto Refundido de la Ley de Estupefacientes, a la lista de los llamados precursores, a la que se refiere el delito menos grave contemplado en el artículo 70, apartado 12, del Texto Refundido de la Ley de

(e) hipótesis de modificación de las *normas de definición*: si acaso los delitos en perjuicio de un “menor” son punibles (por ejemplo, engaño a una persona incapacitada) si, como ocurrió tras la reforma del derecho de familia de 1975, después de la comisión del acto cambia la definición legal de “mayoría” de edad (artículo 2 del Código Civil: ya no es la edad de 21 años, sino la de 18) y la víctima, en consecuencia, deja de ser “menor” (porque en el momento del hecho, cometido antes de esa reforma, tenía entre dieciocho y veintiún años);¹⁹ delitos relativos a los desechos si, a raíz de una modificación restrictiva del concepto de desecho (art. 183 del Decreto Legislativo n° 152/2006), el objeto material de la conducta (por ejemplo, la gestión abusiva o el tráfico ilícito) deja de ser un desecho;²⁰ quiebra si, a raíz de un cambio en la definición legal de “pequeño empresario” comercial (art. 1 de la ley de quiebras), resulta pequeño empresario (y como tal excluido de la declaración de quiebra) alguien que no lo era al tiempo del hecho.²¹

2. Solución del problema en tres pronunciamientos de las Secciones Unidas

Con respecto a tal constelación de casos —y multitud de cuestiones— puede decirse, con cierta aproximación, que la jurisprudencia, especialmente la de legitimidad, tiende generalmente a excluir la *abolitio criminis* (en este sentido, por ejemplo, la orientación de la S.C. se ha consolidado durante décadas a propósito del caso-guía en materia de calumnias). No obstante, no faltan decisiones en sentido contrario (por ejemplo, en el caso de la derogación del delito-fin de asociación ilícita), y se constata, como por otra parte en la doctrina,²² la ausencia de criterios de solución inequívocos.

Importantes indicios —y aportaciones a la solución del problema de la *abolitio criminis* como consecuencia de la sucesión de normas “integradoras”— provienen de tres sentencias de las Secciones Unidas de la Corte de Casación, pronunciadas entre 2007 y 2009, que atestiguan lo actual y acuciante que es, en la práctica, la necesidad de identificar un criterio para la solución de ese problema. En este breve trabajo, primero ilustraré brevemente los tres diferentes casos tratados por las Secciones Unidas y luego, al dar cuenta de las respectivas soluciones y argumentos, destacaré los principios de derecho que se afirman comúnmente en las tres sentencias y que, por lo tanto, se imponen indudablemente a la atención del intérprete de hoy.

Estupefacientes (el caso tratado por la citada sentencia plantea, por tanto, un problema de aplicabilidad del inciso cuarto —y no del segundo— del artículo 2 del Código Penal italiano).

¹⁹ Véase Cass. Sec. II, 8 de octubre de 1975, Marino, en *Cass. pen. mass. ann.*, 1976, p. 1062.

²⁰ Véase Corte cost., enviada el 25 de enero de 2010, n° 28, en *Cass. pen.* 2010, 1738; Cass. Sez. III, 30 de septiembre de 2008, n° 41839, en *DeJure* (punto n° 4 de los fundamentos); Trib. Venezia, Sez. dist. Dolo, ord. 20 septiembre 2006, M., en *Corr. merito*, 2007, p. 225 s., con nota de Gatta.

²¹ Véase Cass. Sec. V, 20 de marzo de 2007, Celotti, en *CED Cassazione*, n° 237025, sentencia n° 19297/2007; Cass. Sec. V, 18 de octubre de 2007, Rizzo, en *CED Cassazione*, n° 237547, sentencia n° 43076/2007.

²² Para un examen de los diferentes criterios de resolución del problema de la sucesión de normas “integradoras”, planteados por la doctrina, se nos permita remitir a GATTA (2008), p. 236 y ss.

3. Las sentencias Magera (2007), Niccoli (2008) y Rizzoli (2009)

1er caso – Casación. Secciones Unidas, 27 de septiembre de 2007, Magera:²³ ¿son punibles los ciudadanos rumanos expulsados por el delito de incumplimiento de la orden de expulsión del Estado dictada por la autoridad de seguridad pública [questore] (art. 14, apartado 5 ter de la Ley de inmigración), si, tras la comisión del delito, pierden su condición de extracomunitarios debido a la adhesión de Rumanía a la Unión Europea? La cuestión, remitida a las Secciones Unidas a pesar de la ausencia de desacuerdo entre las secciones simples, se plantea porque, según el artículo 1, apartado 1, de la Ley de inmigración, las disposiciones de dicha ley, incluida la citada disposición incriminatoria, se aplican “a los ciudadanos de Estados no pertenecientes a la Unión Europea y a los apátridas, denominados en lo sucesivo *extranjeros*”. A raíz del Tratado de Adhesión de Rumanía a la UE, los rumanos dejaron de ser, a partir del 1 de enero de 2007, nacionales extracomunitarios y, por tanto, posibles autores del citado delito. ¿Se ha producido entonces una *abolitio criminis* parcial, limitada a los hechos cometidos previamente por ciudadanos rumanos?²⁴ Por las razones que más abajo se indicarán, la respuesta de las Secciones Unidas es negativa: no hay *abolitio criminis*.

2º caso – Casación. Secciones Unidas, 28 de febrero de 2008, Niccoli:²⁵ ¿es punible la quiebra (artículos 216, 217, 223 de la ley de quiebras) si, con posterioridad a la comisión del hecho, cambian los requisitos para que la empresa se someta a la quiebra, de modo que el empresario, en virtud de las nuevas normas, ya no podría ser declarado en quiebra? La cuestión — remitida a las Secciones Unidas por la existencia de un desacuerdo jurisprudencial en el seno de la Quinta Sección²⁶— se plantea porque, como es sabido, el autor de los delitos concursales sólo puede ser el empresario sujeto a las disposiciones concursales. Hasta hace poco, para identificar a las personas exentas de la quiebra, el artículo 1 de la ley de quiebras (en la versión anterior al Decreto Legislativo nº 169/2007) utilizaba la noción de “*pequeño empresario*”: un pequeño empresario era un hombre de negocios que *no* cumplía determinados requisitos de tamaño o cuantía; y quien era “pequeño empresario” no estaba sujeto a quiebra y, por tanto, no podía ser autor de delitos concursales. Ahora, con la reforma de la ley de quiebras de 2006 (Decreto Legislativo nº 5 de 9 de enero de 2006), se modificaron los requisitos para ser considerado pequeño empresario, con el fin de ampliar el grupo de personas exentas de la quiebra. Se identificaron, en particular, los que ejercen una actividad comercial, individual o colectivamente, y que, alternativamente, no hubiesen realizado

²³ En la *pluma de Cass.* 2008, p. 898 y siguientes, con nota de Gambardella.

²⁴ La jurisprudencia se ha ocupado de casos similares en relación con los delitos de *ayuda e incitación a la inmigración ilegal* (artículo 12, apartado 3, del Texto Refundido de la Ley de Extranjería: véase la nota 16 *supra*); *ayuda e incitación a la emigración ilegal de ciudadanos extracomunitarios desde Italia al extranjero* (artículo 12, apartado 1, del Texto Refundido de la Ley de Extranjería: véase Casación, Sección I, 15 de junio de 2007, Afloarei, en *Ced Cassazione*, nº 237467, sentencia nº 29728/2007). 12, párr. 1 del Texto Refundido de la Ley de Inmigración: véase Corte de Casación, Sec. I, 15 de junio de 2007, Afloarei, en *Ced Cassazione*, núm. 237467, sentencia núm. 29728/2007); *empleo de trabajadores extranjeros sin permiso de residencia, o con un permiso caducado, revocado o cancelado* (art. 22, párr. 12 del Texto Refundido de la Ley de Inmigración, cf. Véase Trib. Verona, 17 de enero de 2007, S., en *Corr. Merito*, 2007, p. 610 s. y Trib. Verona, 18 de enero de 2007, N., *ivi*, p. 611 s., ambos con anotación de Gatta.

²⁵ En *Cass.*, 2008, p. 3592 y s., con nota de Ambrosetti.

²⁶ Véanse las sentencias citadas en la nota 21.

inversiones en la empresa por un valor de capital superior a 300.000 euros, o no hubiesen obtenido ingresos brutos, calculados sobre la media de los tres últimos años, por un importe total anual superior a 200.000 euros. En el caso tratado por las Secciones Unidas, se trataba de decidir sobre la persistencia de la relevancia penal de los hechos de la quiebra documental simple cometida por un empresario que, a la vista del importe de los ingresos y de las inversiones en el período de referencia, poseía en el momento del hecho los requisitos de dimensión previstos por la *nueva* noción de “pequeño empresario”, en base a los cuales ya no podía ser declarado en quiebra. ¿Existe entonces una *abolitio criminis* parcial, limitada a los actos cometidos por los empresarios que, en virtud de las nuevas normas extrapenales, ya no pueden ser declarados en quiebra? La respuesta de las Secciones Unidas, por las razones que se exponen a continuación, es también en este caso negativa: no hay *abolitio criminis*.

Caso 3 - Casación. Secciones Unidas, 26 de febrero de 2009, Rizzoli:²⁷ ¿es punible la quiebra fraudulenta impropia cometida en la gestión de una empresa admitida a administración controlada [amministrazione controllata] (artículo 236, párrafo 2, n° 1 de la ley de quiebra) si, tras la comisión del delito, se suprime dicho procedimiento de administración controlada, como ocurrió con motivo de la citada reforma de la ley de quiebra en 2006? La cuestión — remitida a las Secciones Unidas para evitar el surgimiento de un posible desacuerdo de jurisprudencia— se plantea porque el artículo 236, párrafo 2, n° 1 de la Ley de quiebra extiende las normas incriminatorias de la quiebra impropia, fraudulenta y simple, a la administración controlada y al acuerdo preventivo de acreedores [concordato preventivo]; procedimientos que son iguales a la quiebra, a efectos de la represión de los delitos, tanto preconcursales como postconcursales. Con la supresión del procedimiento de administración controlada, la citada disposición incriminatoria se refiere ahora únicamente al acuerdo preventivo (procedimiento que ha sido renovado significativamente por la ley de quiebra, pero no derogado). Pues bien: ¿puede decirse que la derogación de la administración controlada ha llevado a la *abolitio criminis* de la quiebra asociada a dicho procedimiento concursal, con la consiguiente revocación de las condenas a firme, en virtud del artículo 673 del c.p.p.? A diferencia de los dos casos anteriores, la respuesta de las Secciones Unidas, por las razones que se exponen a continuación, es afirmativa, y condujo a la revocación de la condena.

4. El hilo conductor de las tres sentencias: la adopción del “criterio estructural” para establecer la *abolitio criminis*

Una mirada conjunta a las motivaciones de las tres sentencias de las Secciones Unidas permite identificar, más allá de las diferentes soluciones, un hilo conductor, representado por la adopción de un *mismo criterio de constatación de la abolitio criminis*, ya negado (sentencias Magera y Niccoli), ya afirmado (sentencia Rizzoli). Se trata del llamado *criterio estructural*: la *abolitio criminis*, que supone la pérdida de relevancia penal del hecho, se deriva siempre de una modificación del supuesto jurídico abstracto, que representa, como se lee en la sentencia Rizzoli, “no sólo un instrumento de selección *de los* hechos penalmente

²⁷ En *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 887 y s., con una nota de Gatta, *Abolición de la administración judicial y abolitio criminis de la quiebra impropia ex art. 236, párrafo 2, n° 1 ley de quiebras*.

relevantes, sino también un instrumento de *de-selección* [de-selezione] de los propios hechos”.²⁸

La adopción del criterio “estructural” para resolver los problemas de la *abolitio criminis* en caso de sucesión de normas “integradoras” representa una novedad en la jurisprudencia de las Secciones Unidas. En efecto, la sentencia Tuzet —la primera de las Secciones Unidas en esta materia— se había expresado a finales de los años ochenta a favor del criterio del “hecho concreto” (o de la doble punibilidad en concreto),²⁹ allí donde excluyó la punibilidad de la malversación por parte de un operador bancario por los actos cometidos antes de que éste perdiera la cualidad de encargado de un servicio público: “el tenor literal del inciso 2 del artículo 2 es bastante claro al excluir la punibilidad por un hecho que, según una ley posterior, ya no constituye un delito. Y por mucho bizantinismo que se quiera hacer, nunca se podrá discutir que el hecho atribuido [al imputado], si se cometiera hoy, no constituiría un delito”.

Se trata de un criterio auspiciado por importante doctrina³⁰ y que, sin embargo —aquí la novedad— ya no es hoy acogido por las Secciones Unidas. Rearfirmando un principio ya expresado en la conocida sentencia Giordano de 2003³¹ —relativa a los problemas de derecho intertemporal consiguientes a la reforma de la falsedad de balances contables y de la quiebra impropia de delito societario por obra del decreto legislativo 11 de abril de 2002, n° 61— las Secciones Unidas afirman hoy que para constatar la *abolitio criminis* el intérprete debe proceder a la “comparación estructural entre los tipos [fattispecie legali] abstractos que se suceden en el tiempo, el anterior y el posterior a la intervención del legislador”.³²

El criterio “estructural”, que se ha afirmado desde la sentencia Giordano en el ámbito de las llamadas modificaciones inmediatas (es decir, las que afectan *directamente* al texto de la disposición incriminatoria), ha terminado por imponerse en la jurisprudencia de las Secciones Unidas como criterio de constatación de la *abolitio criminis* también en la hipótesis de las llamadas modificaciones mediatas.³³ En este sentido, es explícita la sentencia *Magera*, según la cual la respuesta a la cuestión planteada por el primero de los casos citados (los efectos penales de la adhesión de Rumanía a la UE) “debe buscarse remitiéndose a los criterios ya establecidos en materia de sucesión de leyes penales por estas Secciones Unidas en su sentencia de 26 de marzo de 2003, n° 25887, Giordano. En dicha sentencia, las Secciones Unidas descartaron la posibilidad de aceptar la teoría de la doble punibilidad en concreto y afirmaron que, para identificar el ámbito de aplicación del inciso segundo del artículo 2 del Código Penal, no se puede limitar a considerar si el hecho, castigado bajo la ley anterior, es castigado, o no, bajo la ley posterior [...]. La investigación de los efectos penales de la sucesión de leyes extrapenales debe realizarse con referencia al tipo abstracto y no al hecho concreto: no basta con reconocer que hoy en día el hecho cometido por el acusado ya no sería

²⁸ Así, Cass. S.U., 26 de febrero de 2009, Rizzoli, cit., punto 3a de los fundamentos (la cursiva es nuestra). Nos parece que la cita de las Secciones Unidas se refiere textualmente a nuestra obra GATTA (2008), p. 145.

²⁹ Cass. S.U., 23 de mayo de 1987, Tuzet, citado *anteriormente*, nota 8.

³⁰ Para la adopción de este criterio véase, en la doctrina, entre otros, FIANDACA y MUSCO (2009), p. 95; PADOVANI (2008), p. 43; RISICATO (2004), p. 273 y s.

³¹ Cass. S. U., 26 de marzo de 2003, Giordano, en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 1503 s., con nota de Pecorella.

³² Cass. S.U., 26 de febrero de 2009, Rizzoli, cit. punto 3 de los motivos (la cursiva es nuestra).

³³ Para este enfoque, véase GATTA (2008), p. 246. Véase también, entre otros, MARINUCCI y DOLCINI (2001), p. 273 s. y 280 s.; GAMBARELLA (2008), p. 262 s.

constitutivo de delito, sino que es necesario examinar el tipo y determinar si la disposición extrapenal modificada desempeña un papel tal en relación con la disposición incriminatoria que, aunque ésta haya permanecido inalterada, ha cambiado el tipo resultante de la conexión entre la norma penal y la extrapenal y, en parte, ya no constituya delito [...]. La sucesión entre normas extrapenales, en cambio, no afecta al supuesto abstracto, sino que simplemente supone un caso en el que en concreto el delito ya no es configurable, cuando -respecto a la norma incriminatoria- la modificación de la norma extrapenal sólo supone una nueva y diversa situación de hecho”.³⁴ Se trata de principios que, por otra parte, se reiteran en la sentencia Niccoli, en la que, tras remitirse expresamente a las sentencias Giordano y Magera, se afirma textualmente que para comprobar *la abolitio criminis* “es necesario comprobar si la norma extrapenal incide sobre un elemento del tipo abstracto, no siendo *per se* relevante una modificación de la situación de hecho, como consecuencia de dicha norma”.³⁵

Ahora bien, ¿cuándo puede decirse que la modificación de una norma “extrapenal” incide sobre el tipo abstracto y, por tanto, está en condiciones de dar lugar a la *abolitio criminis*? Una respuesta clara a esta cuestión crucial se encuentra en la sentencia Magera: “en el contexto del tipo penal, las normas extrapenales no cumplen todas la misma función [...]; hay que distinguir entre las normas integradoras del tipo penal y las que no pueden considerarse como tales. [...] una nueva norma extrapenal sólo puede tener, por regla general, efecto retroactivo si integra el tipo penal, participando de su naturaleza, y ello es así, como en el caso de las disposiciones de definición, si la disposición extrapenal puede sustituir idealmente la parte de la disposición penal que se refiere a ella”, o bien, como en el caso de las disposiciones penales en blanco, si constituye el propio precepto.³⁶

Al proponer la distinción entre normas integradoras y no integradoras, un pasaje central de la fundamentación de la sentencia Magera subraya —oportunamente— que se trata de una distinción posible e impuesta por la ley: “es una distinción que se utiliza también en la aplicación del inciso tercero del artículo 47 del código penal, para decidir si un error sobre una ley distinta de la penal excluye o no la punibilidad, y no es ésta la sede para establecer si a los efectos del art. 2 y del art. 47 del código penal la calificación de una norma extrapenal debe ser la misma;”³⁷ aquí basta con considerar que en el art. 47 del código penal el legislador ha reconocido la existencia de leyes distintas de las penales, a las que ha atribuido un tratamiento diferente del error, y no es arbitrario pensar que también para los efectos del

³⁴ Cass. S.U., 27 de septiembre de 2007, Magera, citado anteriormente, punto 3 de los fundamentos (la cursiva es nuestra).

³⁵ Cass. S.U., 28 de febrero de 2008, Niccoli, cit., punto n° 6.2. de los fundamentos (la cursiva es nuestra).

³⁶ Cass. S.U., 27 de septiembre de 2007, Magera, cit., punto n° 5 de los fundamentos (la cursiva es nuestra). Para este planteamiento remitimos a GATTA (2008), p. 245 y ss. Véase también MARINUCCI y DOLCINI (2001), p. 273; MARINUCCI y DOLCINI (2009), p. 90 s.; PECORELLA (2006), p. 61 s.; ROMANO (2004), p. 57 s. En la jurisprudencia, véase, por ejemplo, Cass. Sec. II, 2 de diciembre de 2003, Stellaccio, citada anteriormente, nota 9.

³⁷ En nuestra opinión, esto es lo que hay que afirmar por razones de coherencia intrasistémica. Véase GATTA (2008), p. 305 y ss. Véase también PULITANÒ (1976), p. 314 y s. Por otro lado, RISICATO (2004), p. 243, considera que la distinción entre normas integradoras y no integradoras es decisiva para distinguir el error sobre la ley penal del error sobre la ley extrapenal, pero no para identificar los casos en que la modificación de una norma extrapenal puede suponer la *abolitio criminis*.

artículo 2 del código penal las leyes distintas de las penales puedan recibir tratamientos diferentes”.

5. Solución de los diferentes casos abordados por las Secciones Unidas, a la luz del "criterio estructural".

Aplicando los principios de derecho arriba expuestos, las sentencias Magera y Niccoli negaron la *abolitio criminis* en los casos respectivamente abordados, tras haber excluido que las referidas normas extrapenales pudieran ser calificadas como normas integradoras; i.e. capaces, al ser modificadas, de incidir en la fisonomía del tipo penal.

a) Según la sentencia Magera, la entrada de un Estado en la Unión Europea, así como su exclusión, “no modifica, ni aún de modo mediato, el tipo penal [previsto en el artículo 14 inciso 5 ter *de la Ley de Extranjería*], sino que constituye un mero dato de hecho, por más que fruto de una actividad normativa”³⁸. Habría una modificación del tipo, y consecuentemente una *abolitio criminis* parcial, si el legislador modificara la norma —ésta sí integradora— que, al definir el concepto de “extranjero”, identifica al sujeto activo del delito en cuestión: “si se excluyera de la categoría al ciudadano de un Estado en espera de adhesión a la Unión [o al apátrida], el propio tipo penal resultaría distinto, viéndose privado de una parte de su esfera de aplicación, de acuerdo con el esquema típico de la supresión parcial, reconducible al inciso segundo del art. 2 del Código Penal (Sección Unida 26 de marzo de 2003, n° 25887, Giordano). En un caso semejante, una subclase quedaría excluida del ámbito de aplicación del tipo precedente: la relativa a los ciudadanos de países candidatos a la entrada en la Unión Europea [o apátridas] y respecto de esta subclase podría hablarse de *abolitio criminis*, como ocurre cuando en un caso de sucesión de leyes penales se sustituye un tipo penal más amplio por otro más limitado [...], decayendo así la punibilidad de aquellos hechos no cubiertos en el nuevo tipo”³⁹.

b) Según la sentencia Niccoli, la modificación de los requisitos para que el empresario se someta al procedimiento de concurso por insolvencia no incide sobre el tipo de quiebra: “los nuevos contenidos del artículo 1 de la ley de quiebra no inciden sobre un dato estructural del paradigma de la quiebra (simple o fraudulenta), sino sólo sobre las condiciones de hecho para la declaración de insolvencia, por lo que no pueden considerarse como normas extrapenales que interfieren en el tipo penal”⁴⁰. Según las Secciones Unidas, de hecho, “en la estructura de los delitos de quiebra, la declaración de insolvencia adquiere relevancia por su carácter de decisión jurisdiccional, y no por los hechos constatados con ella”: lo que importa es la existencia de una sentencia declarativa de insolvencia, independientemente de las condiciones de hecho normativamente exigidas para la declaración de insolvencia. Si cambia la definición de los presupuestos para que pueda adoptarse una decisión jurisdiccional requerida por el tipo penal, no puede decirse que la nuevas normas incidan en la estructura

³⁸ Cass. S.U., 27 de septiembre de 2007, Magera, citada anteriormente, apartado 4 de los fundamentos. Para la misma conclusión, véase GATTA (2008), p. 831 y ss.

³⁹ Cass. S.U., 27 de septiembre de 2007, Magera, apartado 4 de los fundamentos (véase también la parte final del punto n° 5 de la exposición de motivos). En el mismo sentido, en la doctrina, CORBETTA (2007), p. 333; GATTA (2008), p. 832 s.

⁴⁰ Cass. S.U., 28 de febrero de 2008, Niccoli, punto n° 6.8. de los fundamentos (la cursiva es nuestra).

del delito. En efecto, aquella sigue igualmente exigiendo —como elemento constitutivo del hecho típico— la existencia de una sentencia declarativa de la insolvencia, que, una vez a firme, constituye un dato de hecho no modificable. Aún más: abandonando la más reciente orientación jurisprudencial sobre el punto, las Secciones Unidas llegan a afirmar —terminando por constituir el centro de la fundamentación de su sentencia— la incuestionabilidad para el juez penal de la sentencia declarativa de insolvencia, vinculante para aquel juez no en tanto cuestión prejudicial, sino en tanto elemento del tipo: “cuando un elemento del tipo es una sentencia, el juez penal no está facultado para hacer valoración alguna, ni aun incidentalmente, sobre la legitimidad de la sentencia; y esto porque las sentencias, con independencia de su firmeza o definitividad, tienen un valor *erga omnes* que sólo puede ser puesto en discusión en sede principal, con los remedios que el ordenamiento jurídico prevé para los errores judiciales (es decir, con los medios ordinarios o extraordinarios de impugnación previstos por el derecho procesal)”.⁴¹ El tiempo disponible no nos permite detenernos críticamente en la sentencia Niccoli: sin embargo, no podemos dejar de señalar que si las Secciones Unidas hubieran reconocido, como nosotros consideramos,⁴² que el artículo 1 de la ley de quiebras contiene una norma definitoria del concepto de “empresario insolvente”, sujeto activo del tipo de quiebra, habría debido afirmar —por coherencia con el criterio estructural y con lo afirmado por la sentencia Magera— que la modificación de aquella definición (es decir, de los requisitos para que el empresario quede sujeto al procedimiento de declaración de insolvencia) incide sobre el tipo penal, y puede, al menos en principio, implicar una *abolitio criminis* allí donde —como en el caso que nos ocupa— amplíe el ámbito de empresarios excluidos del procedimiento de insolvencia. Sin embargo, según se desprende de los fundamentos de la sentencia, las Secciones Unidas negaron la *abolitio criminis*:⁴³ “incluso si fuera posible suponer una incidencia en el tipo de quiebra a partir de las modificaciones introducidas en el artículo 1 de la ley de quiebras”, la *abolitio criminis* debería quedar excluida por aplicación de las normas transitorias previstas por la reforma de la ley de quiebras (artículo 150 del Decreto Legislativo n° 5/2006), que operaría como excepción al artículo 2 del Código Penal, y según el cual “se regirán por la ley anterior los recursos asociados a la declaración de insolvencia y las solicitudes de concurso de acreedores presentadas antes de la entrada en vigor de este decreto, así como los procedimientos de insolvencia y de concurso de acreedores pendientes en la misma fecha”.⁴⁴

c) Por último, en lo que respecta a la sentencia Rizzoli, que, a diferencia de las sentencias Magera y Niccoli, afirmó la *abolitio criminis*, cabe destacar aquello que las Secciones Unidas observaron correctamente de manera preliminar; a saber, que contrariamente a lo previsto por la decisión de remisión de la Primera Sección,⁴⁵ en el caso en examen no se trataba de modificación “mediata” de la ley penal, sino de modificación “inmediata”. Y es que la

⁴¹ Cass. S.U., 28 de febrero de 2008, Niccoli, punto n° 6.5 de la exposición de motivos.

⁴² Puede consultarse GATTA (2008), p. 920 s.

⁴³ Cass. S.U., 28 de febrero de 2008, Niccoli, punto n° 6.9. de los fundamentos.

⁴⁴ En otro lugar (GATTA (2008), p. 923) hemos tenido ocasión de observar en sentido contrario cómo, en nuestra opinión, el artículo 150 del Decreto Legislativo n.º 5/2006 no constituye una disposición relativa a la sucesión de leyes penales: el principio de retroactividad de la *lex mitior* puede ser objeto de excepciones, siempre que sean razonables, a condición, sin embargo —éste es el punto—, de que el legislador las prevea *expresa e inequívocamente*. No nos parece que sea así aquí (en este sentido, véase Cass. Sez. V, 18 de octubre de 2007, Rizzo, cit.).

⁴⁵ Cass. Sec. I, ord. 25 de noviembre de 2008, núm. 3578 (núm. de expediente: 150/2009), inédito.

reforma de la ley de quiebra “no se limitó a intervenir sobre la normativa 'externa' [relativa al procedimiento de insolvencia], sino que eliminó toda referencia a aquél en la disposición incriminatoria, la que así quedó privada de uno de sus elementos estructurales”. Y precisamente por esta modificación estructural del tipo penal, las Secciones Unidas reconocieron la *abolitio criminis* de la quiebra previamente cometida en empresas admitidas al procedimiento de insolvencia.

Si se examina con más detenimiento —y lo señalamos incidentalmente— el caso tratado por la sentencia Rizzoli ofrece la ocasión para subrayar una distinción que a menudo se pasa por alto: una cosa es la modificación (en este caso, la supresión) de un elemento normativo del tipo penal (el término “procedimiento de insolvencia” del artículo 236 de la ley de quiebra), que es una modificación “inmediata” del propio tipo, dado que los elementos normativos “participan en la descripción del tipo”; y otra distinta es la modificación de las normas a las que se refiere el elemento normativo (por ejemplo, las normas sobre el procedimiento concursal, sobre la insolvencia o el concurso de acreedores), que es una modificación “mediata”, incapaz de incidir en la estructura del tipo y, por lo tanto, de dar lugar a una *abolitio criminis*.⁴⁶

Consideraciones finales

Aunque la jurisprudencia más reciente de las Secciones Unidas proporcione al intérprete indicaciones claras sobre el criterio para determinar la *abolitio criminis* en un supuesto de sucesión de normas “integradoras”, es razonable suponer que la praxis seguirá dando lugar a soluciones no unívocas.

Por un lado, porque el criterio “estructural”, como cualquier otro criterio alternativo, es siempre susceptible de ser aplicado erróneamente: así lo demuestra, nos parece, el caso tratado por la sentencia Niccoli, en el que nos parece —repetimos— que la Corte de Casación no reconoció que la reforma del artículo 1 de la ley de quiebra supuso una modificación de la norma que define el concepto de “empresario insolvente”, sujeto activo de la quiebra, y, por tanto, una verdadera norma integradora, participante en la estructura del concurso. 1 de la ley concursal supuso una modificación de la norma que define el concepto de “empresario concursado”, sujeto activo del concurso, y, por tanto, de una verdadera norma *integradora*, parte de la estructura del tipo penal.

Por otra parte, no debe pasarse por alto que la misma jurisprudencia de las Secciones Unidas —y, en particular, la sentencia Magera— identifica, en un amplio *obiter dictum*,⁴⁷ un criterio para determinar la *abolitio criminis* que va más allá y es *diferente* del criterio estructural, cuyos contornos, sin embargo, no nos parecen tan claros. Se dice en la sentencia Magera: “Además de las normas integradoras de las disposiciones penales, el artículo 2 del código penal puede encontrar aplicación respecto a normas extrapenales que sean, explícita o implícitamente, retroactivas, cuando no sean relevantes sólo para la calificación de un

⁴⁶ Para este enfoque nos remitimos a GATTA (2008), p. 26 y s. y 277. Véase también MARINUCCI y DOLCINI (2001), p. 275.

⁴⁷ Ver Cass. S.U., 27 de septiembre de 2007, Magera, citado anteriormente, punto n° 6 de los fundamentos (la cursiva es nuestra).

elemento del tipo penal, sino en razón de la base o estructura jurídica [assetto giuridico] que configuran, como puede ocurrir con las normas penales a las que se refiere la norma incriminatoria (y, por tanto, que ha de considerarse a la luz de normas extrapenales, en el sentido de normas externas a la norma penal que describe el delito)”. No es claro, sin embargo, cuándo puede decirse que la norma referida “es relevante sólo para la calificación de un elemento del tipo” —de modo que su modificación *no puede* comportar *abolitio criminis*— y cuándo, en cambio, “es relevante en razón de la base o estructura jurídica que configura” —de modo que, por el contrario, su modificación *puede* comportar *abolitio criminis*-. Según la sentencia Magera, la primera hipótesis tendría lugar en el caso de la derogación del delito objeto de acusación falsa en la calumnia: “en la calumnia, en efecto, es relevante la calificación como delito del hecho objeto de la acusación, en el momento en el que acontece, y no la estructura jurídica configurada por la norma incriminatoria, por lo que la derogación del delito aludido no incide en el delito [de calumnia] previamente cometido”. No podría decirse lo mismo respecto a la segunda hipótesis, a la que la sentencia Magera remite el caso de la abolición del delito-objeto de asociación ilícita, confirmando así una sentencia de la Primera Sección que, en 2005, afirmó la *abolitio criminis* de la asociación ilícita, de cara a la despenalización del delito-objeto (una modalidad de adulteración del vino).⁴⁸ En este caso, según la sentencia Magera, “el efecto retroactivo de la norma que deroga el delito incidió sobre el tipo de asociación ilícita, privándolo de la finalidad de comisión de hechos-delitos [...]. El efecto de abolición del delito de asociación es consecuencia necesaria del efecto retroactivo de la derogación del delito-objeto”.

Sin embargo, en nuestra opinión y contra lo que sostiene importante doctrina,⁴⁹ la *abolitio criminis* debe excluirse *tanto* en el caso de la derogación del delito objeto de inculpación en la calumnia, como en el caso de la derogación del delito-objeto de la asociación ilícita.⁵⁰ Se trata, de hecho, de dos *casos estructuralmente idénticos*, que suponen la modificación de normas penales a las que se refieren elementos normativos del tipo (los términos “delito”, en el artículo 368 del código penal, y “delitos”, en el artículo 416 del código penal). En ambos casos se realiza una sucesión de normas no integradoras —tales son invariablemente las normas a las que se refieren los elementos normativos—⁵¹: las respectivas fisonomías de la calumnia (acusar falsamente a alguien de un delito, cualquiera que sea éste) y la asociación ilícita (asociarse con la finalidad de cometer delitos, cualquiera que sean éstos) permanecen inalteradas, así como, por otro lado, permanecen irreversibles las ofensas ya provocadas a los bienes jurídicos protegidos (administración de justicia, honor y libertad personal del inocente, en el caso de la calumnia; orden público, en el caso de la asociación criminal).

⁴⁸ Cass. Sec. I, 9 de marzo de 2005, Screti, citado *anteriormente*, nota 4.

⁴⁹ Véase, por ejemplo, MANTOVANI (2009), p. 85; PULITANÒ (2007), p. 687.

⁵⁰ Remitimos a GATTA (2008), p. 425 y 475 y ss. En el mismo sentido, véase MARINUCCI y DOLCINI (2001), p. 91.

⁵¹ Esta es la tesis básica que hemos argumentado y desarrollado en un trabajo monográfico citado varias veces, al que remitimos de nuevo al paciente lector: GATTA (2008), p. 44 y ss.

Bibliografía citada

- CORBETTA, Stefano (2007): “Adesione di Rumanía e Bulgaria all’UE: quale l’impatto sulle norme incriminatrici della “Bossi-Fini”?”, en: *Corriere del merito*.
- FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo (2009): *Diritto penale. Parte generale* (Bologna, Zanichelli).
- GAMBARDELLA, Marco (2008): *L’abrogazione della norma incriminatrice* (Napoli, Jovene).
- GATTA, Gian Luigi (2008): *Abolitio criminis e successione di norme ‘integratrici’: teoria e prassi* (Milano, Giuffrè).
- MANTOVANI, Ferrando (2009): *Diritto penale*, 6ª ed. (Padova, Cedam).
- MARINUCCI, Giorgio y DOLCINI, Emilio (2001): *Corso di diritto penale*, 3ª ed. (Milano, Giuffrè).
- MARINUCCI, Giorgio y DOLCINI, Emilio (2009): *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 3ª ed. (Milano, Giuffrè).
- PADOVANI, Tullio (2008): *Diritto penale*, 9ª ed. (Milano, Giuffrè).
- PECORELLA, Claudia (2006): “Sub art. 2”, en: MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio (ed.), *Codice penale commentato*, 2ª ed. (Milano, Giuffrè).
- PULITANÒ, Domenico (1976): *L’errore di diritto nella teoria del reato* (Milano, Giuffrè).
- PULITANÒ, Domenico (2007): *Diritto penale*, 2ª ed. (Torino, Giappichelli).
- ROMANO, Mario (2004): “Sub art. 2”, en ROMANO, Mario, *Commentario sistematico del codice penale*, I, 3ª ed. (Milano, Giuffrè).
- RISICATO, Lucia (2004): *Gli elementi normativi della fattispecie penale* (Milano, Giuffrè).