



## Breves notas acerca de la línea evolutiva de la despenalización en Italia\*

Alessandro Bernardi

Catedrático de Derecho Penal de la  
Universidad de Ferrara

**SUMARIO:** I. Consideraciones introductorias. II. Las leyes de despenalización de 1967 a 1975: sus peculiaridades de contenido. III. Las razones de la incongruencia y del alcance limitado de las primeras leyes de despenalización. IV. La disciplina orgánica de la sanción administrativa dictada por la Ley 689/1981 y los criterios de reparto entre ilícito penal e ilícito administrativo previstos en la citada ley. V. La circular de la Presidencia del Consejo de Ministros de 19 de diciembre de 1983, sobre los criterios directivos en la elección entre sanciones penales y sanciones administrativas. VI. La Ley 561/1993 y los criterios de selección en ella privilegiados. VII. La reforma de 1994 de la disciplina sancionadora del "Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza (TULPS)". VIII. El proceso de deflación penal activado por la Ley de Delegación 499/1993 en materia de trabajo. IX. La despenalización en materia bancaria y de mediación mobiliaria en las reformas de los años noventa. X. Las intervenciones de abrogación y despenalización realizadas por la Ley de Delegación 205/1999 y los correspondientes decretos. XI. Consideraciones de conclusión.

### I. Consideraciones introductorias

La intervención que me ha sido asignada tiene por título "La despenalización en su evolución histórica". No obstante, parece evidente que este título, tomado literalmente, resultaría demasiado ambicioso.

Y esto es así porque, como todos nosotros sabemos, desde siempre el sistema penal ha reflejado los cambios sociales, políticos y culturales que se puedan encontrar en los distintos Estados y, por tanto, presenta, por así decirlo, "fronteras móviles" por todo lo que concierne a las normas incriminadoras, así como a las formas de manifestación del delito aptas para dilatar o comprimir el ámbito aplicativo de las primeras. En este sentido, se puede afirmar sin dudas que la historia del derecho penal es al mismo tiempo dos cosas: es la

historia de una serie ininterrumpida de intervenciones normativas dirigidas a introducir nuevas formas de "penalización", es decir, a someter a los rigores de la ley penal comportamientos que hasta aquel momento no eran constitutivos de delito; pero también es la historia de una continua "abolición", realizada a través de toda otra continua serie de intervenciones normativas dirigidas a quitar relevancia penal a comportamientos considerados con anterioridad como criminales<sup>1</sup>.

Esta doble obra de "criba" (de lo que en un determinado momento histórico viene visto como totalmente intolerable bajo un perfil jurídico, y por tanto merecedor de convertirse en delito, y de lo que no se considera más como merecedor de constituir delito) ha existido en cada época, de modo tal que la historia de la despenalización, entendida en sentido amplio, termina por coincidir con la his-

\* Traducción a cargo de Mari Carmen Portaceli, Becaria del Departamento de Derecho penal de la Universidad de Castilla-La Mancha.

1. En esta sede, la investigación se circunscribirá a los procesos de selección penal con carácter legislativo. Ello no quiere decir, obviamente, ignorar o subestimar los fenómenos de selección de carácter práctico o bien de naturaleza dogmática o interpretativa. Sobre este argumento véase, fundamentalmente y para todos, PALIERO, *Minima non curat praetor*, Padova, 1985, pp. 203 y ss. y 405 y ss.

toria del derecho penal *tout court*. Se trataría, bien entendido, de una coincidencia, por así decir, "en negativo", como sucede con el negativo de una película fotográfica con respecto a la fotografía; pero, sin embargo, siempre una coincidencia, que acabaría con transformar esta intervención en una exposición sin fin de vicisitudes de reforma más o menos remotas.

Si, por tanto, la despenalización ha existido siempre, en los últimos decenios ésta ha adquirido sin duda una importancia y asumido trazos absolutamente peculiares. De un modo más evidente se manifiesta, de hecho, "la aceleración de la historia", testimoniada también por la multiplicación de los campos sobre los cuales el legislador penal viene a incidir y, consecuentemente, por el vertiginoso aumento de las figuras de los delitos. En este punto, para evitar formas de hipertrofia de un derecho penal absolutamente intolerable, un instrumento de política criminal indispensable (aunque debe señalarse que no es el único) es aquél consistente en una despenalización masiva, conseguida a través de una drástica selección de los tipos que deben mantenerse en el ámbito "criminal": en otras palabras, solamente aumentando el alcance de la "boca de salida" del sistema penal se puede contrapesar en cierto modo el aumento del alcance de la "boca de entrada".

En esta perspectiva, sin embargo, aunque sea inútil señalarlo, el instrumento de la despenalización no presupone la aceptación en el plano social de los comportamientos que salen del circuito penal. Y ello por cuanto, en realidad, son sólo poquísimos los comportamientos respecto a los cuales, dentro de mismo Estado y en un lapso de tiempo circunscrito, la actitud de la sociedad cambia tan radicalmente como para considerar lícito todo lo que con anterioridad se venía considerando como delito o, de cualquier modo, de inducir al completo abandono de toda sanción punitiva, penal o extrapenal (llamado "despenalización a secas").

Una despenalización masiva trae consigo, por tanto, en la mayoría de las ocasiones, "sólo" la transformación de grupos de ilícitos penales en ilícitos administrativos<sup>2</sup>, es decir, el cambio —en relación al mismo hecho— del tipo de sanción prevista, del órgano encargado de aplicarla y de las correspondientes reglas procesales. Además, implica la introducción de mecanismos aptos para consentir el flujo del circuito penal de algunos

ilícitos, pero, al mismo tiempo, aptos para rebatir el coeficiente de desvalor de estos últimos.

Así entendido, el tema de la despenalización representa desde hace casi un cuarto de siglo el punto cardinal del movimiento internacional de reforma penal. Y en verdad, es cada vez más generalizada la creencia de que ese retorno, sea hacia la claridad y conocimiento del sistema penal o sea a la eficiencia del aparato judicial, estrechamente unido a un no excesivo cargo del trabajo de la magistratura, pasa sobre todo a través de una selección de los comportamientos que deben someterse a la sanción criminal y, por tanto, pasa a través de una reducción numérica de los tipos penales. Así se explica cómo no sólo en Italia, sino en toda Europa, está en movimiento un proceso dirigido a restituir a la sanción penal su natural dimensión *fragmentaria y subsidiaria*. Proceso que, en su versión moderna, ha encontrado su más significativa versión en Alemania con la reforma de la *Ordnungswidrigkeiten*, es decir, con la introducción de un sistema de sanciones administrativas dotadas de una eficacia en muchos aspectos no inferior a la de la sanción penal y destinadas a sustituir a esta última.

A este respecto, sin embargo, Italia no parece haber sido menos que Alemania y, por tanto, se ha revelado sin duda como uno de los países más comprometidos con el proceso de despenalización. Después de que de hecho en nuestro país la inflación penal ha asumido caracteres macroscópicos, por contragolpe ha resultado particularmente vigorosa, en los últimos decenios, la reorganización del sistema punitivo en clave de "fuga" de la sanción penal. Y es, por tanto, ésta la historia de la despenalización que me propongo resumir brevemente en el desarrollo de esta intervención: la historia de la despenalización en Italia a partir de la segunda mitad de los años sesenta.

## II. Las leyes de despenalización de 1967 a 1975: sus peculiaridades de contenido

Debe precisarse en seguida que la idea, bastante difundida, según la cual el proceso italiano de despenalización haya tenido inicio con la Ley 689/1981 de Modificaciones al sistema penal es inexacta. Si bien hoy algunas compilaciones privadas evitan recogerlas o bien dedican a éstas una escasa importancia<sup>3</sup>, las primeras leyes de despe-

2. En relación con tal concepto de despenalización *stricto sensu* o descriminalización, véase, en particular, GIUNTA, voz "Depenalizzazione", en *Dizionario di diritto e procedura penale*, dirigido por VASSALLI, Milano, 1986, p. 192.

3. Véase, por ejemplo, BARTOLINI, *Il codice delle depenalizzazioni*, Piacenza, 2000.

nalización se remontan en nuestro país a 1967. Se alude a la Ley 317, de 3 de mayo de 1967, así como a la Ley 950, de 9 de octubre de 1967, respectivamente, en materia de circulación de tráfico y de policía forestal.

Dado el tema de este Seminario<sup>4</sup>, es especialmente interesante señalar cómo la primera ley de despenalización concierne la mayor parte de las faltas en materia de circulación de tráfico castigadas sólo con la multa reconocida en algunos textos normativos de entre los años treinta y el final de los años cincuenta<sup>5</sup>.

a) Caracterizada por un recurso prioritario a un criterio de selección meramente formal, en cuanto fundado sobre el tipo de pena prevista, la Ley 317/1967 revelaba un cierto cuidado en la actividad de "criba"; prueba de ello era la meticulosidad con la cual venían individuados en el artículo 16 los casos de exclusión de tal despenalización, concernientes a delitos caracterizados por un notable nivel de peligrosidad, aun cuando éstos estaban solamente castigados con pena la multa<sup>6</sup>. En definitiva, por tanto, la ley en cuestión integraba el criterio primario de selección de carácter formal con consideraciones de tipo sustancial, de modo que la despenalización acababa por afectar a una serie, bastante nutrida, de delitos de mera desobediencia a preceptos administrativos o de cualquier momento, en la mayor parte de ilícitos penales con carácter evidentemente bagatelar.

b) Por cuanto concierne a la Ley 1950/1967, en su afán por reformar la disciplina punitiva prevista para la tutela de las normas de tutela de la policía forestal contenidas en los reglamentos que el

artículo 10 del RD 32677, de 30 de diciembre de 1923, miraba esencialmente reservar la sanción penal a los ilícitos del sector marcados por un evento dañoso, destinando a la sanción administrativa únicamente las violaciones de tipo formal, o lo que es lo mismo, las conductas inobservantes de los procedimientos administrativos<sup>8</sup>. Se trataba, sin duda, de una reforma inspirada en criterios de racionalidad, que le valieron la aprobación de la doctrina más importante<sup>9</sup>; se debe igualmente reconocer que, a causa de la ambigüedad de alguna de sus disposiciones<sup>10</sup>, se dieron en la práctica éxitos no muy felices y no poco contradictorios<sup>11</sup>. La verdad es que el carácter sectorial de la ley en cuestión facilitaba en gran medida la ponderación de la elección y la adopción de criterios selectivos centrados en la especificidad estructural de los distintos tipos, así como en el coeficiente de desvalor que se expresaba en los correspondientes ilícitos.

c) Bien distinto relieve sugiere el examen de la Ley 706/1975, que se configura como la verdadera primera ley de despenalización con carácter general, si bien dirigida a degradar a ilícito administrativo las faltas castigadas con multa. En relación con este texto normativo, se puede observar sobre todo cómo resultaba casi inevitable que una reforma dirigida a intervenir en gran parte de los sectores tutelados penalmente fuese destinada a favorecer criterios de selección de carácter formal y además simplificado, centrado por tanto en el tipo de pena aplicada. Queda todavía el hecho de que tal criterio se presta a suscitar una fundada perplejidad<sup>12</sup>, agravado esto

4. Teniendo por objeto la despenalización de los delitos en materia de circulación vial realizada por el Decreto Legislativo 507/1999.

5. RD 1740, de 8 diciembre 1933; TU 383, de 3 marzo 1934; Ley 1349, de 29 junio 1935, y DPR 393, de 15 de junio 1959.

6. Véase, sobre este punto, PALAZZO, "I criteri di riparto tra sanzioni penali e sanzioni amministrative", en *Indice penale*, 1986, pp. 41 y s.

7. Véase el artículo 1 de la Ley 950/1967.

8. Véase, *amplius*, PALAZZO, *ivi*, pp. 42 y s.

9. Véase BACHELET, "Problemi e prospettive della 'depenalizzazione' delle infrazioni in materia di circolazione stradale", en *Studi in memoria di C. Esposito*, vol. IV, Padova, 1974, p. 2.246.

10. Véase, para todo, ABRAMI, "Alcune considerazioni in materia di reati forestali", en *Riv. dir. agr.*, 1976, pp. 697 y ss.

11. Sobre este argumento, véase, difusamente y con variedad de acentos, ABRAMI, "Alcune considerazioni in materia di reati forestali", *cit.*, pp. 695 y ss.; MAZZA, "Il sistema sanzionario in materia forestale", en *Giur. agr.*, 1976, pp. 588 y ss., con posteriores referencias bibliográficas; MERUSI, "Sanzioni per il trasgressore delle norme di polizia forestale", en *Riv. dir. agr.*, 1968, pp. 545 y ss.; MORSILLO, MAZZA, *Problematica della depenalizzazione*, Teramo, 1973, pp. 421 y ss.; MURA, *Ordinamento forestale e problemi montani*, Milano, 1973, pp. 89 y ss.

12. Como he señalado, la insatisfacción respecto a un criterio formal de selección enfocado sobre el tipo de pena se explica en razón del hecho de que despenalización no significa sólo "ciega" reducción cuantitativa de las normas penales, sino sobre todo una revisión de la oportunidad de continuar aplicando la sanción penal en consideración de la actual ofensividad y relevancia social de los distintos comportamientos prohibidos. Se explica así cómo una parte de la doctrina y el mismo Consejo Superior de la Magistratura hayan puesto de relieve que utilizando para la despenalización el criterio de la pena, "el legislador toma como bueno un dato, aquél de la sanción, que constituye expresión de sometidas valoraciones cuya modificación requeriría justamente la despenalización". PALAZZO, *La recente legislazione penale*, Padova, 1981, p. 103.

por el hecho de que los casos de exclusión del artículo 14 —lejos de ofrecer criterios correctivos a tal criterio— se revelaban bastante inadecuados respecto a las necesidades. En efecto, el artículo en cuestión se configuraba como un elenco de excepciones no suficientemente ponderado, en el ámbito del cual la idea de fondo de excluir o limitar al máximo la despenalización relativa a cuerpos normativos muy precisos (Código Penal y Texto único de la Ley de Seguridad Pública), así como a algunos textos normativos sectoriales (trabajo, alimentos y bebidas, medio ambiente, urbanización, etc.), no impedía —es más ayudaba a crear— llamativas contradicciones en orden al efectivo nivel de gravedad de los hechos, poco a poco despenalizados y o bien mantenidos dentro de la esfera penal. Un ejemplo emblemático de este asunto viene dado por la letra c) del artículo 14, donde la elección de no despenalizar las normas en materia ambiental ha conllevado la permanencia en el ámbito criminal de hechos con una mínima relevancia<sup>13</sup>.

En definitiva, la Ley 706/1975 se presta a sacar a la luz los inconvenientes que pueden derivarse de una actividad de despenalización sobre un criterio (aquél de la pena) cuya plausibilidad resulta comprometida *ab origine* por la casualidad de las elecciones sancionadoras realizadas con anterioridad en el ámbito de la legislación complementaria, y a veces ulteriormente envilecida por la aproximación (o incluso por la improvisación) con la cual vienen individuados los casos en relación a los cuales debe derogarse el citado criterio. Lejos de ponerse como instrumento de racionalización sancionador, la despenalización corre el riesgo de convertirse en caja de resonancia de elecciones punitivas desiguales, si no irracionales; es decir, corre el riesgo de mantener vivos, dentro de materias apodícticamente destinadas a una tutela sancionadora reforzada, una gran cantidad de ilícitos penales de carácter bagatelar, inoportunamente escapados de la actividad legislativa de criba.

### III. Las razones de la incongruencia y del alcance limitado de las primeras leyes de despenalización

Una mirada al conjunto de las primeras tres leyes italianas de despenalización consiente revelar, de un lado, cómo la incongruencia en ellas encontrada fuera directamente proporcional al nivel de "generalidad" de las leyes en cuestión y, de otro lado, cómo en ellas el filtro de la criba resultase pequeño. La despenalización acababa por tanto —al menos en teoría— por actuar sólo en relación a hechos en realidad de modesta entidad<sup>14</sup> y, por tanto, con anterioridad sujetos a la pena que entre todas estaba considerada de menor "criminalidad"<sup>15</sup>. Las leyes en cuestión, entonces, aun siendo portadoras de soluciones innovadoras y de gran importancia, se revelan inidóneas para pulir significativamente el sistema penal y menos que nunca aptas para circunscribir el uso de las penas más marcadamente personales, en cuanto sobre todo restrictivas de la libertad individual<sup>16</sup>.

En resumen, parece posible afirmar que las dificultades encontradas por el legislador italiano de la época para realizar un vasto programa de despenalización se debían a factores conectados entre sí.

El primer factor estaba representado por la inexistencia de sanciones punitivas extrapenales dotadas de claros contornos. En particular, la incerteza y la lagunosidad de la disciplina de las sanciones administrativas no podían carecer de efectos de freno sobre el proceso de despenalización. En tal situación, de hecho, el detraer de la sanción penal alguno de sus precedentes ámbitos de aplicación determinaba una desagradable sensación de "salto al vacío", visto desde la perspectiva de las garantías<sup>17</sup>. La ausencia de una disciplina orgánica de las sanciones administrativas resultaba muy grave y condicionante a la luz del hecho de que en Italia la otra potencial categoría de sanciones punitivas extrapenales utilizables en clave de despenalización —es decir, la categoría de penas privadas— era, y es to-

13. Véase, *amplius*, PALAZZO, "I criteri di riparto tra sanzioni penali e sanzioni amministrative", cit., p. 42.

14. Lo que por otro lado no quiere decir en absoluto, como se ha acentuado *supra*, sub par. 2, *in fine*, que todos los hechos sin importancia fuesen objeto de despenalización.

15. Sobre este punto, véase, BERNARDI, "Natura penale e retaggi civilistici della pena pecuniaria", en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, pp. 514 y ss.

16. Ello es así también en consideración al hecho de que, más allá de todo lo que se ha previsto teóricamente por el artículo 136 CP, en nuestro país resulte desde siempre extremadamente reducido el recurso al instituto de la reconversión de la pena pecuniaria en caso de insolvencia del condenado.

17. BRICOLA, "Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela", en *Funzioni e limiti del diritto penale*, Padova, 1984, p. 8.

avía, sustancialmente inutilizada o, por lo menos, infrautilizada<sup>18</sup>.

El segundo factor de obstáculo al proceso de despenalización venía constituido por la falta de claros y marcados criterios orientativos para seleccionar los tipos a despenalizar. De un lado, esta situación terminaba por condicionar negativamente la política criminal en su conjunto (en cuanto a que, en sede de previsión de las nuevas categorías de comportamientos prohibidos, la elección acerca del tipo de sanción a utilizar —penal o administrativa— era expuesta al peligro de soluciones irracionales) y, de otro lado, tendía a perpetuar el primado de las tradicionales y arraigadas sanciones penales.

El paso a una ulterior y más avanzada fase de despenalización debía necesariamente comportar la remoción de tales obstáculos.

#### **IV. La disciplina orgánica de la sanción administrativa dictada por la Ley 689/1981 y los criterios de reparto entre ilícito penal e ilícito administrativo previstos en la citada ley**

En la perspectiva de despenalización que está siendo evocada, importancia absolutamente primordial ha tenido la Ley 689, de 24 de noviembre de 1981, de Modificaciones al sistema penal. Efectivamente, la ley en cuestión ha dictado sobre todo<sup>19</sup> una articulada disciplina de la sanción administrativa pecuniaria, sustrayendo así a esta última de aquel halo de incerteza que implícitamente desaconsejaba un uso generalizado. El sistema sancionador previsto por la Ley 689/1981 —por muchos aspectos en verdad recalcados en el sistema penal vigente<sup>20</sup>— resulta además potenciado por algunas disposiciones dirigidas a acrecentar el alcance afflictivo-intimidatorio: se piensa, en particular, en la disciplina de las sanciones administrativas accesorias previstas en los artícu-

los 20 y 21. Sucesivamente, sobre la base de esta reforma fundamental, la Ley 689/1981 se ha dedicado<sup>21</sup> a la despenalización de un número bastante alto de delitos, como por ejemplo, en línea de principio, de los delitos castigados con la pena de multa y de las residuales faltas castigadas con la pena de multa (art. 32). Por tanto, también esta ley adopta aquel criterio prevalente de elección, aquel criterio formal del "tipo de pena". Sin embargo, respecto al prevalente criterio de despenalización, el sistema de las extensiones y de las exclusiones previsto por la ley en examen (arts. 33 y 34) deja entrever ulteriores y más significativos criterios de elección con un trasfondo sustancial; criterios centrados, esencialmente, en la intrínseca gravedad del ilícito<sup>22</sup> y en la suficiente eficacia preventivo-represiva de la sanción administrativa con relación a las violaciones en ella previstas<sup>23</sup>.

Para terminar con este sintético cuadro esquemático de las primeras fases de la despenalización en Italia, va por tanto señalado que con la Ley 689/1981 se supera el primer obstáculo con vistas a la persecución de una penetrante política de despenalización (obstáculo representado, por tanto, por la ausencia de una disciplina orgánica del ilícito administrativo); además, la Ley 689/1981 ha puesto las bases para la superación del segundo de los obstáculos, constituido, como he señalado anteriormente, por la falta de individualización de criterios significativos para la elección entre sanciones administrativas y sanciones penales.

#### **V. La circular de la Presidencia del Consejo de Ministros de 19 de diciembre de 1983, sobre los criterios directivos en la elección entre sanciones penales y sanciones administrativas**

De la disciplina de sanciones prevista por la Ley 689/1981 se extraía un nuevo sistema bipolar que

18. Véase, *Le pene private*, a cargo de BUSNELLI e SCALFI, Milano, 1985, *passim*.

19. Véanse las secciones I y II del capítulo I.

20. Sobre este argumento véase, en particular, PALIERO, "La legge 689 del 1981: prima codificazione del diritto penale amministrativo in Italia", en *Pol. dir.*, 1983, pp. 117 y ss.; PALIERO, TRAVI, "Sanzioni amministrative", en *Enc. dir.*, vol. XLI, Milano, 1989, pp. 345 y ss.; PAGLIARI, *Profili teorici della sanzione amministrativa*, Padova, 1988, pp. 146 y ss.; SANDULLI, *Le sanzioni amministrative pecuniarie (profili sostanziali e procedurali)*, Napoli, 1983, *passim*.

21. Véase la sección III del capítulo I.

22. Se piensa, por ejemplo, en el art. 669 CP. "Esercizio abusivo di mestieri girovaghi", el cual, a pesar de que preveía la pena alternativa de arresto, ha sido despenalizado en razón del modesto nivel de desvalor de los comportamientos que prohibía.

23. Se piensa por ejemplo, en el artículo 32.1 de la Ley 990, de 24 de diciembre de 1969, en tema de circulación sin aseguración, respecto al cual el instrumento penal no parecía garantizar una observancia del precepto más solícita de aquella garantía del instrumento administrativo. Sobre este punto, véase, específicamente, MUCCIARELLI, en DOLCINI, GIARDA, MUCCIARELLI, PALIERO, RIVA CRUGNOLA, *Commentario delle Modifiche al sistema penale*, Milano, 1982, sub artículo 33, p. 189.

ofrecía al nuevo legislador la posibilidad de prever estrategias punitivas más racionales y articuladas.

Pero esta alternativa en el orden sancionador creaba contextualmente el peligro de vistosas oscilaciones en la utilización de los diversos tipos de instrumentos punitivos.

Y en efecto, algunas incongruencias encontradas en la legislación inmediatamente posterior a la entrada en vigor de la Ley 689/1981 confirmaban sea, en general, la ineptitud del legislador para mantener una suficiente uniformidad de evaluación en el sucederse de las nuevas leyes, sea, en particular, la persistente falta de precisos puntos de referencia acerca de la elección del tipo de sanción.

Con relación a este último aspecto más específico, resultaba entonces evidente que los criterios a elegir con fondo sustancial contenidos en estado embrionario en la Ley 689/1981, justamente por no estar suficientemente especificados en ella, no habían sido recibidos con suficiente claridad. Una vez establecida su persistente validez de fondo, parecía entonces oportuno desarrollarlos y divulgarlos con los medios correspondientes.

Tal operación de elaboración y de explicitación se revelará, sin embargo, inoportuna por el hecho que fuera realizada a través del instrumento legislativo. Esto era así, salvo que se asumieran las formas de una ley constitucional, un texto de fuente parlamentaria pensado para imponer vínculos al legislador (o al menos para influir en su actuación) habría prestado apoyo a todo tipo de censura, además en un texto así concebido se habría revelado sustancialmente ineficaz, por cuanto podía ser derogado por leyes posteriores.

La circular ministerial, en virtud de sus características<sup>24</sup>, ha parecido el instrumento técnico

más adecuado respecto al objetivo. De este modo, ha sido emanada la circular de 19 de diciembre de 1983, elaborada —por encargo de la Presidencia de Consejo de Ministros— por el Ministerio de Gracia y Justicia con el auxilio de una correspondiente comisión de estudio. Con tal instrumento se ha querido proporcionar una ayuda concreta a los oficios legislativos, en particular a aquellos menos servidos de “sensibilidad penalística” en cuanto no habituados a realizar esquemas de proyectos de ley continentes de normas de contenido sancionador. La circular en cuestión proyectaba los criterios fundamentales en los cuales debía inspirarse una mediata valoración política criminal acerca del tipo de sanción más adecuada en relación a las diversas tipologías de violaciones. Ésta, de cualquier modo, no se prefijaba eliminar o comprimir el poder discrecional del legislador, sino que se limitaba a sugerir un uso constitucionalmente correcto y críticamente fundado.

Los criterios previstos por la circular para la elección entre sanción penal y sanción administrativa son esencialmente dos<sup>25</sup>.

El primero de los criterios es aquel de la *proporcionalidad*, en base al cual la sanción penal debería ser reservada a los ilícitos de mayor gravedad. El uso de tal sanción vendría, por tanto, circunscrito a las violaciones distintas de un contenido de desvalor más elevado, teniendo en cuenta el rango del bien jurídico tutelado y el grado de gravedad de la ofensa<sup>26</sup>.

El segundo criterio es el de la *subsidiariedad*, en base al cual la sanción penal sólo debería estar prevista para los ilícitos en relación a los cuales la sanción administrativa no se revela dotada de una eficacia mayor o igual<sup>27</sup>, partiendo de que una in-

24. En referencia a las cuales véase, BERNARDI, “Expériences italiennes recentes en matière de science et de technique de la législation pénale”, en *Archives de politique criminelle*, núm. 9, 1987, pp. 173 y ss.

25. Véase, para todo, DOLCINI, “Sanzione penale o sanzione amministrativa: problemi di scienza della legislazione”, en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, pp. 589 y ss.; LATTANZI, “Sanzioni penali o sanzioni amministrative: criteri di scelta e canoni modali in una circolare della Presidenza del Consiglio”, en *Foro it.*, 1985, V, pp. 251 y ss.; PADOVANI, “La distribuzione di sanzioni penali e di sanzioni amministrative secondo l’esperienza italiana”, en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, pp. 952 y ss.; ÍDEM, “La scelta tra sanzioni penali e amministrative e la circolare 19 dicembre 1983”, en *Riv. giur. pol. loc.*, 1984, pp. 21 y ss.; PALAZZO, “I criteri di riparto tra sanzioni penali e sanzioni amministrative”, cit., pp. 35 y ss. Sobre el argumento, además, y por último, “Controllo di razionalità e legislazione penale”, en *Diritto penale, controllo di razionalità e garanzie del cittadino*, a cargo de M. BASCIU, Padova, 1998, pp. 157 y ss.

26. Subraya “las ascendencias constitucionales y el sólido trasfondo doctrinal” del criterio de proporcionalidad”, PALAZZO, “I criteri di riparto tra sanzioni penali e sanzioni amministrative”, cit., p. 46. En este argumento, además, ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983, pp. 161 y ss.; DOLCINI, “Sanzione penale o sanzione amministrativa: problemi di scienza della legislazione”, cit., p. 606; FIANDACA, “‘Il bene giuridico’ come problema teorico e come criterio di politica criminale”, en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, pp. 42 y ss.; PULITANO, “Bene giuridico e giustizia costituzionale”, en *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, a cargo de STILE, Napoli, 1985, pp. 131 y ss.; MARINUCCI, “Relazione di sintesi”, en *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, cit., pp. 331 y ss.

27. Gracias también a la inaplicabilidad de los institutos suspensivos y al progresivo enriquecimiento de la tipología de las sanciones administrativas. A este respecto, véase, por último, DI GIOVINE, “Delega al Governo per la depenalizzazione dei reati minori e modifiche al sistema penale tributario (l. 25 giugno 1999, n. 205, in G.U. 28 giugno 1999, n. 149)”, en *Gazz. giur.*, 1999, núm. 29, p. 6.



vestigación acerca del nivel de eficacia de los dos diversos tipos de sanción debe obviamente efectuarse tomando en consideración la global disciplina sustancial y procesal de los relativos tipos de ilícito<sup>28</sup>.

Los criterios sugeridos por la circular, sin duda, no constituyen la fórmula mágica para resolver cada elección sancionadora. En particular, el criterio de proporcionalidad presenta los intrínsecos y bien conocidos límites peculiares de la teoría del bien jurídico<sup>29</sup>: el primero de todos, la dificultad en la individualización de los intereses agredidos y su jerarquía. El criterio de subsidiariedad, por el contrario, se encuentra sobre todo con la dificultad de valorar y comparar, en relación a las diversas tipologías de ilícito y de autor, el respectivo nivel de eficacia de la sanción administrativa y penal.

Además, el citado criterio esconde el peligro de que la eventual mayor eficacia de la sanción administrativa sea perseguida modificando la actual disciplina, en el sentido de un progresivo alejamiento de los principios garantistas propios de la sanción penal<sup>30</sup>.

Sin embargo, los dos criterios en cuestión se presentan como válidos instrumentos del legislador, en grado de incidir en medida significativa sobre el proceso de reparto entre ilícito penal e ilícito administrativo, en el nombre de la racionalidad de la elección y de la afirmación del principio de *ultima ratio* de la sanción penal.

Se puede, por tanto, afirmar que la circular de 1983 se presta a contribuir de manera significativa al desarrollo del sistema sancionador adminis-

trativo, y, contextualmente, al esperado progresivo proceso de "deflación penal".

## VI. La Ley 561/1993 y los criterios de selección en ella privilegiados

La creación de una disciplina articulada del ilícito administrativo (véase párr. 4) y la individualización de racionales y funcionales criterios de elección entre sanción penal y sanción administrativa (véase párr. 5) podían, por ciertos aspectos, hacer pensar en una intensa "estación de despenalización". A viceversa, por cerca de un decenio, no han sido promulgados ningunos textos normativos al respecto. En realidad, el período a caballo entre los años ochenta y los noventa ha sido dedicado a la puesta en marcha de la Ley 689/1981 y, por tanto, a la individualización y a la eventual solución de problemas que la ley traía consigo, así como a la valoración de los efectos por ella producidos en el plano práctico aplicativo. Ocurre además que, por otro lado, tal período se ha caracterizado por amnistías, sanatorias y condonaciones<sup>31</sup>, expresión de una estrategia distinta de deflación penal, reconducible a la llamada "despenalización en concreto"<sup>32</sup>.

Sólo hacia la mitad de los años noventa —sobre la onda de la cada vez más advertida exigencia de hacer eficiente la actividad jurisdiccional, concentrándose en los ilícitos de mayor peligrosidad<sup>33</sup>— viene retomada una verdadera y específica actividad normativa de despenalización. Gracias a la Ley 561, de 28 de diciembre de 1993, se procede a la degradación de algunas faltas, ele-

28. "La utilización conjunta de los dos criterios de proporcionalidad y subsidiariedad supone que la sanción administrativa pueda ser por sí sola como una única solución legítima también en relación a hechos por los cuales la sanción penal, si bien es proporcionada, aparece menos eficaz que la administrativa", PALAZZO, "I criteri di riparto tra sanzioni penali e sanzioni amministrative", cit., p. 52.

29. Véase PAGLIARO, "Intervento, en Bene giuridico e riforma della parte speciale", cit., p. 321; STILE, "Prefazione", en Bene giuridico e riforma della parte speciale, cit., p. IX. Con específica referencia al derecho penal económico, véase PEDRAZZI, *Interessi economici e tutela penale*, ivi, p. 307.

30. Acerca del problema relativo a la previsión de garantías adecuadas en la disciplina del ilícito administrativo véase, en particular, PALAZZO, "La politica criminale nell'Italia repubblicana", en *La criminalità, Storia d'Italia - Annali*, vol. 12, Torino, 1997, pp. 885 y ss.; SINISCALCO, *Depenalizzazione e garanzie*, Bologna, 1983, *passim*.

31. En relación a estas formas "típicas" y "atípicas" véase, con referencia a la reciente experiencia italiana, MAIELLO, *La politica delle amnistie*, en *La criminalità, Storia d'Italia - Annali*, vol. 12, cit., pp. 966 y ss. Por lo que concierne específicamente a los procedimientos legislativos de perdón en materia tributaria, aprobados como válidos en la segunda mitad de los años noventa, véase GENNAI, *Le cause estintive dei reati tributari*, en *Il diritto penale tributario: aspetti sostanziali e processuali. Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura*, 1996, núm. 86, pp. 352 y ss.; TRAVERSI, GENNAI, *I nuovi delitti tributari*, Milano, 2000, pp. y 27 ss.

32. Acerca de la distinción entre despenalización "en abstracto" (a la cual el presente trabajo hace referencia exclusivamente) y despenalización "en concreto", véase GIUNTA, voz "Depenalizzazione", cit., pp. 200 y ss.

33. Véase el Informe ministerial del proyecto de Ley 1168 causante de: "Trasformazione di reati minori in illeciti amministrativi", presentado por el Ministro de Gracia e Justicia al Senado el 22 de abril de 1993, en BARTOLINI, *Il codice delle depenalizzazioni*, p. 910.

gidas basándose en dos criterios distintos: el de su modesto nivel de desvalor<sup>34</sup> (debe decirse, como fue precisado en sede ministerial, de su modesto coeficiente de ofensividad, que justifica el carácter sancionable a través de meras medidas pecuniarias administrativas, por otro lado congruentemente recalificadas en su montante)<sup>35</sup> y aquel de su significativa incidencia sobre el complejo cargo judicial (o sea, de su aptitud a consentir, una vez despenalizados, una sensible contracción del número de procesos penales)<sup>36</sup>. Merece señalarse que si el primero de los criterios tiende a resumir en sí los criterios de proporcionalidad y de subsidiariedad sugeridos por la circular de 1983, el segundo de los criterios resulta concebido únicamente en clave puramente funcionalista y comporta el riesgo de que algunos tipos penales —aun cuando de análogo modesto nivel de desvalor respecto de aquellos despenalizados— no resultan degradados a ilícito administrativo sólo en razón de su menor incidencia estadística sobre el global cargo judicial.

De la citada Ley 561/1993 no nos interesa tanto en esta sede evocar la posterior *querrela* a su presunta abrogación por obra del Decreto Legislativo 58<sup>37</sup>, de 24 de febrero de 1998; nos interesa más bien subrayar que tal ley, precisamente en cuanto dirigida a despenalizar tipos penales bien precisos, no ha previsto formas de conversión “automática” de la sanción penal en sanción administrativa, pero ha previsto una calificación de los distintos ilícitos sobre la base de los actuales parámetros de desvalor expresión de la conciencia social. La revisión “caso por caso” de los coeficientes punitivos propios de los distintos ilícitos es un dato a valorar de modo indudablemente positivo, si bien se debe reconocer que la falta de adopción

de criterios de transposición automática por parte de la Ley 561/1993 constituía una opción obligada. Precisamente la notable heterogeneidad de los tipos a despenalizar convertía en bastante problemática la individualización y el uso de criterios así concebidos<sup>38</sup>.

### VII. La reforma de 1994 de la disciplina sancionadora del “Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza (TULPS)”

El proceso de despenalización, y más en general de deflación penal, se intensificaba en el curso de 1994: en este año se asiste de hecho a la aprobación de una pluralidad de textos normativos expresamente dirigidos a comprimir el ámbito de lo penalmente relevante. El primero de los textos en cuestión es el Decreto Legislativo 480<sup>39</sup>, de 13 de julio de 1994, que desarrolla la Ley 562, de 28 de diciembre de 1993, con la cual el gobierno venía delegado a reformar la disciplina sancionadora contenida en el texto único de las leyes de seguridad pública y de las disposiciones conectadas con ellas o complementarias. El carácter técnico del TULPS, de la Ley Delegada y del relativo y suscitado Decreto Legislativo impide detenerse en detalles de las modificaciones aportadas al texto único<sup>40</sup>. Nos limitaremos por tanto a observar que, a través de la reforma en cuestión, no se ha dado vida a la deseable revisión integral de la disciplina sustancial del TULPS<sup>41</sup>, pero se ha realizado una intervención de despenalización sectorial la cual, aun cuando modesta en sus objetivos, ha sido vivamente apreciada por los operadores<sup>42</sup>. Ante la tentativa de adecuar al actual clima social una

34. Por otra parte, se señala críticamente cómo en el texto de la ley en cuestión, así como en los trabajos parlamentarios, no se encuentran con certeza los criterios sobre cuya base “se haya valorado el atenuado desvalor social del ilícito”, BARTOLINI, “Comento alla l. 28 dicembre 1993, n. 561”, en BARTOLINI, *Il codice delle depenalizzazioni*, cit., p. 898.

35. Sobre este punto, véase, específicamente, Informe ministerial del proyecto de Ley 1168, cit., p. 910.

36. Véase el Informe ministerial sobre el proyecto de Ley 1168, cit., p. 910.

37. Como se sabe, el art. 214.1 g) del Decreto Legislativo 58, de 24 de febrero de 1998, en materia de valores mobiliarios parece haber abrogado en su integridad la Ley 561/1993. Pero ello se debe sin duda al fruto de un descuido del legislador, en cuanto de un lado no existía ninguna razón plausible para abrogar las normas de la Ley 561/1993 dirigida a sancionar sectores ajenos a aquellos regulados por el citado Decreto Legislativo 58/1998; por otro lado, una abrogación de este tipo se habría excedido de la delegación realizada por la Ley 52, de 6 de febrero 1996, que tenía sólo por objeto la materia de valores mobiliarios. Razón por la cual, por vía interpretativa, se tiende a circunscribir la abrogación a las normas de la Ley 561/1993 concernientes a la materia retratada por el Decreto Legislativo 58/1998.

38. Sobre este argumento, véase BARTOLINI, “Comento alla l. 28 dicembre 1993, n. 561”, cit., p. 899.

39. “Riforma della disciplina sanzionatoria contenuta nel testo unico delle leggi di pubblica sicurezza”, aprobada con Decreto Legislativo 773, de 18 de junio de 1991.

40. Sobre este tema, véase, de modo difuso, D'ONOFRIO, “Legge di P.S. e depenalizzazione”, en *Riv. polizia*, 1994, pp. 640 y ss.; PACINI, “La depenalizzazione del testo unico delle leggi di pubblica sicurezza. Dalla legge-delega allo schema di decreto legislativo”, en *Doc. Giustizia*, 1994, c. 799 y ss.

41. En este sentido véase D'ONOFRIO, “Legge di P.S. e depenalizzazione”, cit., p. 648; PACINI, “La depenalizzazione del testo unico delle leggi di pubblica sicurezza. Dalla legge-delega allo schema di decreto legislativo”, cit. p. 799

42. Véase, por ejemplo, D'ONOFRIO, “Legge di P.S. e depenalizzazione”, cit., p. 648.



normativa en tema de "policía de seguridad" de carácter marcadamente autoritaria, una gran parte de las disposiciones del TULPS ha sido de hecho sustraída del anteriormente vigente sistema de faltas y sujeta a un mecanismo sancionador puesto al día de carácter administrativo<sup>43</sup>. Viene además recordado que, según todo lo previsto en la Ley de Delegación, los tipos despenalizados han sido divididos en dos grupos, caracterizados por los distintos niveles sancionadores: en el grupo más alto vienen recogidas sanciones pecuniarias comprendidas entre un millón y seis millones de liras, mientras que el grupo más bajo, las sanciones, están comprendidas entre trescientas mil y dos millones de liras<sup>44</sup>. Se trata, indudablemente, de sanciones cuanto menos blandas que, por otro lado, pueden ser eficazmente integradas por sanciones accesorias de confisca y de suspensión de la actividad, así como de algunos procedimientos coercitivos<sup>45</sup> adoptados por la autoridad administrativa en el período inmediatamente sucesivo a la comprobación de las faltas más graves<sup>46</sup>.

### VIII. El proceso de deflación penal activado por la Ley de Delegación 499/1993 en materia de trabajo

Sin duda alguna, todavía más articulado e interesante se ha revelado el proceso de revisión de la normativa penal en materia de trabajo al cual ha dado vida la Ley 499<sup>47</sup>, de 6 de diciembre de 1993.

La exigencia de una integral reorganización de los perfiles punitivos de la legislación en materia

de trabajo se desprendía de la farragosa incoherencia de las soluciones sancionadoras adoptadas en el curso de decenios en este sector extremadamente delicado del derecho. A ello se une que, de frente a una normativa global en la cual venían a confundirse —al menos sobre el plano de tipo de pena prevista— tipos ya sean de carácter meramente bagatelar ya sean tipos dotados de un elevado grado de ofensividad, la opción operada por la Ley 499/1993 había ido en el sentido del generalizado mantenimiento de tales disposiciones dentro de la esfera penal. Más precisamente, excepción hecha por las violaciones en materia previsión y asistencia obligatoria del artículo 35 de tal ley, habían sido sustraídos de la despenalización los delitos previstos sea por "las leyes relativas a las relaciones de trabajo" [art. 34 m)] sea por "las leyes relativas a la prevención de los incidentes laborales e higiene en el trabajo" [art. 34 n)].

Ciertamente, es necesario reconocer que el criterio formal de despenalización acogido en el artículo 32 de la Ley 689/1981 mal se prestaba a ser utilizado en un sector normativo en el cual era frecuente el recurso único a pena pecuniaria respecto a ilícitos penales de gravedad de otro modo diferente. De todos modos queda el hecho que la solución radical adoptada específicamente por el legislador de 1981 estaba destinada a perpetuar la hipertrofia, la irracionalidad y la falta de adecuación en el plano preventivo-represivo del sistema sancionador de tutela del trabajo<sup>48</sup>. Se imponía, por tanto, una integral revisión de tal sistema, en la búsqueda de criterios selectivos también y sobre todo de carácter sustancial<sup>49</sup>.

43. Circular de 3 de octubre de 1994, núm. 559/LEG/200112 bis del Ministerio del Interior. En relación a tal documento, véase PACINI, "Commento alla circolare Min. Int. 3 ottobre 1994, n. 559", en *Dir. pen. proc.*, 1995, I, pp. 136 y ss.

44. Por cuanto concierne específicamente a las tipologías de violación situadas en cada una de las dos caras véase, de modo difundido, el Informe Ministerial al esquema de decreto legislativo de actuación de la Ley 562, de 28 diciembre de 1993, sobre la reforma sancionatoria del 'Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza', aprobado por el Consejo de Ministros con fecha de 22 abril de 1994, en BARTOLINI, *Il codice delle depenalizzazioni*, cit., pp. 983 y ss.; D'ONOFRIO, "Legge di P.S. e depenalizzazione", cit., pp. 641 y ss.

45. Tales como cesación de la actividad no autorizada y la suspensión de la actividad realizada violando las prescripciones.

46. Véase, "La depenalizzazione del testo unico delle leggi di pubblica sicurezza. Dalla legge-delega allo schema di decreto legislativo", cit., c. 806.

47. En relación a la cual puede verse, en particular, BRIGNONE, "Legge delega per la riforma dell'apparato sanzionatorio", en *Dir. prat. lav.*, 1994, p. 2.850; BUTTARELLI, "Decriminalizzazione e razionalizzazione del sistema sanzionatorio: tre passi avanti per un lungo cammino", in *Cass. pen.*, 1994, pp. 1.136 y ss.; DANTONI, "La legge-delega n. 499/1993 e la prospettiva di un assetto definitivo della riforma dell'apparato sanzionatorio in materia di lavoro", en *Mass. giur. lav.*, 1994, pp. 275 y ss.; D'APONTE, "Tutela penale del lavoro e depenalizzazione degli illeciti nella riforma dell'apparato sanzionatorio dalla l. n. 689/1981 alla l. n. 499/1993", en *Riv. pen. econ.*, 1995, pp. 10 y ss.; FIDELBO, PACINI, "Il commento", in *Dir. pen. proc.*, 1995, pp. 522 y ss.; PADOVANI, "Nuovo apparato sanzionatorio in materia di lavoro", en *Dir. pen. proc.*, 1995, pp. 506 y ss.; PULITANÒ, "Quale riforma del diritto penale del lavoro?", en *Riv. it. dir. lav.*, 1994, pp. 205 y ss.

48. obre el punto señalado, también para ulteriores referencias bibliográficas, SVAMPA, "Reati in materia di lavoro e depenalizzazione", en *Giust. pen.*, 1994, II, particular c. 44.

49. Véase al respecto, BARTOLINI, "Commento al D.L.vo 9 settembre 1994, n. 566", in BARTOLINI, *Il codice delle depenalizzazioni*, cit., p. 996.

Y son precisamente éstos los criterios en los cuales se inspiraba la reforma trazada por la Ley de Delegación 499/1993; reforma dirigida a realizar una despenalización deseada, y más en general a reglamentar un proceso de deflación que se centraba sobre múltiples estrategias sancionadoras diferenciadas pero integradas entre ellas.

Como se sabe, con posterioridad a la ley en cuestión han sido emanados tres decretos legislativos que cubren todos los sectores objeto de la delegación, con la sola exclusión del sector de colocación y de la adjudicación de mano de obra.

El primer decreto (Decreto Legislativo 211, de 24 de marzo de 1994) concierne a la reforma de la disciplina de la omisión del ingreso de las retenciones de previsión y asistenciales; reforma caracterizada, en particular, por la introducción de una causa especial de exclusión de la punibilidad, consistente en el pago de las contribuciones omitidas dentro de un cierto término desde la contestación o de la notificación sucesiva a la constatación de la violación<sup>50</sup>. Como puntualmente se ha señalado, tal innovación —aun no traduciéndose ciertamente en una verdadera y específica forma de despenalización— parece destinada a surtir aquellos efectos deflatores para nada asegurados por la precedente disciplina, centrada sobre la mera dilación de la caducidad del término para el pago de las sumas debidas<sup>51</sup>.

El segundo decreto (Decreto Legislativo 566, de 9 de septiembre de 1994) tiene por objeto las Modificaciones a la disciplina sancionadora en materia de tutela del trabajo de menores, de las madres trabajadoras y de los trabajadores a domicilio y, conforme a los criterios de la delegación, opera desde dos perspectivas de signo contrario. De un lado, se man-

tienen en el ámbito penal las violaciones concernientes a la seguridad del trabajo y a las condiciones psicofísicas del trabajador, introduciendo además sanciones más severas de aquellas que anteriormente se aplicaban por estas violaciones<sup>52</sup>. De otro lado, transforma en ilícitos administrativos todos los restantes delitos, concernientes en general al control "administrativo" de la relación de trabajo<sup>53</sup>: aunque también es necesario señalar que en relación a los citados ilícitos administrativos la disciplina punitiva resulta inspirada sea por la redefinición de los límites edictales de la sanción pecuniaria sea por la exclusión del pago en manera reducida del artículo 16 de la Ley 689/1985<sup>54</sup>.

El tercer y último decreto (Decreto Legislativo 758, de 19 de diciembre de 1994) introduce numerosas e importantes Modificaciones a la disciplina sancionadora en materia de trabajo<sup>55</sup>, las cuales, coherentemente con las directrices de la Ley de Delegación, se articulan en una variada tipología de intervenciones de reforma. En particular, en el capítulo I vienen transformados en ilícitos administrativos las faltas<sup>56</sup> en materia de trabajo castigadas únicamente con la pena de multa<sup>57</sup>, a excepción de aquellas (en materia de contratación de trabajadores, de seguridad e higiene en el trabajo, de tutela del trabajo de menores, de las madres trabajadoras y de los trabajadores a domicilio) disciplinadas por las disposiciones contenidas en las letras a), b), c) y d) del artículo 1 de la Ley de Delegación 499/1993<sup>58</sup>; en el capítulo II se introduce un particular mecanismo de extinción de las faltas en materia de seguridad e higiene en el trabajo, donde favorece la reducción de las cargas procesales y el incentivo del respeto de la normativa del sector<sup>59</sup>; en el capítulo III se modifica el

50. Sobre este punto, véase en particular, MORANDI, "Primi interventi di riforma dei reati in materia di lavoro", en *LP*, 1995, pp. 479 y ss.

51. En este sentido véase, entre otros, FIDELBO, PACINI, "Il commento", cit., p. 524; MORANDI, "Primi interventi di riforma dei reati in materia di lavoro", cit., p. 482; PADOVANI, "Nuovo apparato sanzionatorio in materia di lavoro", cit., p. 506.

52. No sólo una simple pena de multa de modesto importe, sino la pena alternativa de arresto o de multa, o bien únicamente la pena de arresto en los casos en los cuales subsista un peligro concreto para la salud del trabajador. Sobre este punto véase ampliamente, MORANDI, "Primi interventi di riforma dei reati in materia di lavoro", cit., pp. 483 y ss.; TOFFOLETTO, "Inasprimenti e depenalizzazioni racchiusi nella stessa disciplina", en *Guida al diritto*, 1994, III, pp. 21 y ss.

53. Véase, por ejemplo, FIDELBO, PACINI, "Il commento", cit., pp. 524 y ss.; PADOVANI, "Nuovo apparato sanzionatorio in materia di lavoro", cit., p. 506.

54. Sobre este punto véase, en particular, MORANDI, "Primi interventi di riforma dei reati in materia di lavoro", cit., p. 484. PULITANO, "Quale riforma del diritto penale del lavoro?", cit., p. 212.

55. Véase, de modo difundido, GRILLI, "La nuova disciplina sanzionatoria in materia di lavoro", en *Giust. pen.*, 1995, II, c. 370 y ss.; MORANDI, "Nuove modificazioni della disciplina sanzionatoria in materia di lavoro", en *LP*, 1996, pp. 309 y ss.

56. Pero también el delito recogido por el art. 509.1 CP en materia de inobservancia de las normas disciplinarias de las relaciones de trabajo (el segundo apartado de tal artículo ha sido expresamente abrogado).

57. Por tanto, oblationable en el sentido del art. 162 CP.

58. Véase, FIDELBO, PACINI, "Il commento", cit., p. 525; GRILLI, "La nuova disciplina sanzionatoria in materia di lavoro", cit., p. 371; *amplius* MORANDI, "Nuove modificazioni della disciplina sanzionatoria in materia di lavoro", cit., pp. 323 y ss.

59. Sobre este punto, de modo extendido, FIDELBO, PACINI, "Il commento", cit., pp. 526 y ss.; PADOVANI, "Nuovo apparato sanzionatorio in materia di lavoro", cit., pp. 506-507;

aparato sancionador de las faltas relativas a la materia ahora mencionada, en el sentido de un generalizado incremento del nivel de afflictividad y eficacia de la respuesta penal<sup>60</sup>.

Como es fácil de constatar, entonces, la global reforma de la disciplina sancionadora en materia de trabajo aprobada en 1994, si bien palesamente viciada por ser incompleta<sup>61</sup>, resulta dirigida a un triple objetivo: afirmar los principios de subsidiariedad y fragmentariedad de la normativa penal; restituir a la respuesta sancionadora sus "naturales" caracteres de proporcionalidad y efectividad; favorecer una significativa deflación procesal. Se trata evidentemente de objetivos razonables y compartidos, cuya persecución postula un efectivo compromiso por parte de los órganos de justicia penal, administrativa y civil<sup>62</sup>.

### IX. La despenalización en materia bancaria y de mediación mobiliaria en las reformas de los años noventa

En el curso de los años noventa, la cada vez más sentida exigencia de señalar a la sanción penal con el principio de *ultima ratio* y de atribuir un más significativo papel al ilícito administrativo disciplinado por la Ley 689/1981 ha condicionado profundamente importantes sectores del ordenamiento. Aparece emblemático bajo este perfil el sector bancario y de mediación financiera, que ha sido integralmente reformado y sometido a un significativo proceso de despenalización. En efecto, resuelta en un sentido positivo la cuestión relativa

a la aplicabilidad o no de la Ley 689/1981 a los ilícitos administrativos en materia bancaria<sup>63</sup>, el Decreto Legislativo 385, de 1 de septiembre de 1993, ha recurrido a la sanción administrativa pecuniaria para prevenir y castigar numerosas violaciones de cuantas se desarrollan en el ámbito de la administración, dirección y control en el ámbito de las entidades de crédito<sup>64</sup>. El incremento del espacio hoy reservado en materia bancaria al ilícito administrativo parece evidente del examen paralelo de los procesos citados en el artículo 144, apartados 1 y 2, del Texto único de 1993 y de los preceptos citados en los artículos 87 y 88 de la precedente ley bancaria de 1936.

Evidentemente, las nuevas líneas conferidas al ilícito administrativo por la Ley 689/1981, unido a la elevación de la entidad de las sanciones pecuniarias previstas por el Texto único y al amplísimo poder discrecional dejado al Banco de Italia y al Ministro del Tesoro en materia de graduación de las citadas sanciones<sup>65</sup>, han contribuido a convertir en suficientemente riguroso y eficaz (al menos sobre el papel) el sistema sancionador administrativo y, por tanto, a legitimar la extensión de su ámbito aplicativo.

Este proceso de despenalización ha continuado y se ha reforzado con el Decreto Legislativo 415<sup>66</sup>, de 23 de julio de 1996 (Recepción de la Directiva 93/22/CE, de 10 de marzo de 1993, relativa a los servicios de inversión en el sector de los valores mobiliarios, y de la Directiva 93/6/CE, de 15 de marzo de 1993, relativa a la adecuación patrimonial de las empresas de inversión y de los entes de crédito) y con el Decreto Legislativo 58, de 24 de

60. Véase FIDELBO, PACINI, "Il commento", cit., pp. 529 y ss.; también, y para ulteriores referencias bibliográficas, MORANDI, "Nuove modificazioni della disciplina sanzionatoria in materia di lavoro", cit., pp. 312 y ss.

61. Véase, en particular, MORANDI, "Nuove modificazioni della disciplina sanzionatoria in materia di lavoro", cit., pp. 333 y ss., el cual subraya la necesidad de llegar a una despenalización de las violaciones "menores" también en los sectores de derecho laboral no contenidos en las intervenciones reformistas de 1994.

62. Desde esta perspectiva, una parte de la doctrina no se ha olvidado de señalar cómo el actual proceso de despenalización corre el riesgo de no tener en la debida consideración los costes y cargas de un trabajo adicional determinado por tal proceso para la Administración, así como para los jueces administrativos y civiles. Véase, por último, TRAINA, *La riforma del sistema sanzionatorio amministrativo*, cit., p. 53 del texto escrito a máquina.

63. De hecho, según una tesis minoritaria surgida después de la Ley 689/1981 y que sobrevivió al menos hasta el inicio de los años noventa, los ilícitos en cuestión habrían presentado una naturaleza disciplinar y, por tanto, habrían resultado excluidos del campo de aplicación de la citada ley. En este sentido véase, en particular, PAGLIARI, "Commento all'art. 87 della legge bancaria", en *Codice commentato della banca*, a cargo de CAPRIGLIONE e MEZZACAPO, Milano, 1990, vol. I, pp. 1.050 y ss. Sobre este argumento, además, y de modo difundido, véase CLARICE, "Le sanzioni amministrative nel Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia: profili sostanziali e processuali", en *Scritti in memoria di Aldo Piras*, Milano, 1996, pp. 168 y ss.; CONDEMI, *Le sanzioni amministrative bancarie e la giurisprudenza della Corte d'Appello di Roma*, en *Quaderni di ricerca giuridica della Consulenza legale della Banca d'Italia*, 1991, núm. 2, pp. 35 y ss.

64. Véase CASTIELLO, "Le sanzioni amministrative pecuniarie nella nuova legge bancaria", en *Econ. cred.*, 1995, núms. 3/4, pp. 83 y ss.

65. Véase, en particular, CLARICE, "Le sanzioni amministrative nel Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia: profili sostanziali e processuali", cit., pp. 173 y ss.

66. Véase VOLPE, "Commento all'art. 188", in *Commentario al Testo Unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria*, a cargo de ALPA e CAPRIGLIONE, Padova, 1998, p. 1.707.

febrero de 1998 (Texto único de las disposiciones en materia de mediación financiera, en el sentido de los arts. 8 y 21 de la Ley 52, de 6 de febrero de 1996).

Por cuanto concierne al primero de los dos decretos, vale la pena señalar que su artículo 64, de un lado, ha derogado el delito de "omisión de declaración de inhabilitación o de suspensión" por parte de cuantos desarrollan funciones de administración, dirección y control para los intermediarios mobiliarios (art. 142 del TUB)<sup>67</sup>; de otro lado, ha degradado a ilícito administrativo el delito de emisión de valores mobiliarios del artículo 143 del TUB, por el cual se prevenía una simple multa.

Merece, además, ser recordado que con el Decreto Legislativo 415/1996 se ha realizado por primera vez una radical separación entre hechos de "abusivismo" y de "abuso de denominación" (arts. 37 y 40), en virtud de la cual sólo los primeros quedan sujetos a sanción penal, mientras que los segundos descienden al ámbito administrativo<sup>68</sup>.

En fin, por cuanto concierne al Decreto Legislativo 58/1998, éste ha previsto en los artículos 188 y 196 un conjunto de normas sancionadoras con carácter administrativo, las cuales —en línea con los criterios de delegación dictados en los artículos 3 c), 8.1 y 21.3 de la Ley 52/1996— se coordinan con las normas en materia bancaria y crediticia relativas a violaciones homogéneas y de igual ofensividad. Ha sido así actuada la despenalización de numerosas faltas de modesta relevancia, respecto a las cuales el recurso a la sanción penal se revelaba en muchos aspectos incongruente<sup>69</sup>.

Se puede, por tanto, concluir afirmando que, a continuación de las mencionadas intervenciones normativas citadas en materia bancaria y de mediación financiera, el uso de la pena criminal que-

da hoy día circunscrito sólo a los ilícitos de mayor gravedad, respecto a los cuales la sanción administrativa resultaría inadecuada en base al criterio de la proporcionalidad y/o aquel de la subsidiariedad<sup>70</sup>.

### X. Las intervenciones de abrogación y despenalización realizadas por la Ley de Delegación 205/1999 y los correspondientes decretos

Las últimas y más recientes intervenciones son aquellas previstas —vía directa o vía delegación— por la Ley 205, de 25 de junio de 1999, concierne a la Delegación al gobierno para la despenalización de los delitos menores y modificaciones al sistema penal y tributario. Se ha tratado indudablemente de intervenciones de máxima relevancia, que tienden a perseguir una racionalización del complejo sistema sancionador<sup>71</sup>, que en la experiencia italiana encuentran un igual sólo en la citada Ley 689/1981 (véase *supra*, párr. 4). Éstas se caracterizan en particular sea por la multiplicidad de mecanismos de despenalización utilizados sea por el número de tipos y los vastos sectores normativos interesados o sea por la heterogeneidad de los criterios de deflación acogidos de vez en cuando.

a) Por cuanto concierne sobre todo a los mecanismos utilizados, conviene señalar que la Ley 507, 205/1999, de un lado, ha dispuesto la abrogación *tout court* (o "despenalización seca")<sup>72</sup> de un elevado número de tipos de delitos y de faltas del código (art. 18)<sup>73</sup> y, de otro lado, la disciplina del hurto no circunstanciado, previéndose su perseguibilidad mediante querrela (art. 12) e introduciendo así, en relación a este importante

67. Delito que, en verdad, había sido criticado por la doctrina por una presunta violación del principio de *ultima ratio* de la sanción penal y del principio de igualdad, en razón del diferente tratamiento sancionador reservado a los componentes de consejo de administración de una entidad de crédito (para los cuales está prevista, en la hipótesis análoga de omisión, una sanción administrativa pecuniaria): sobre este punto véase ampliamente, DETROIA, "Commento all'art. 42", in *Commentario al Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cargo de CAPRIGLIONE, Padova, 1994, p. 707.

68. Véase, entre otros, VOLPE, "Commento all'art. 188", cit., pp. 1.707 y ss.

69. Véase, en particular, CRISCUOLO, "Il Testo Unico dei mercati finanziari, Commento al d.lgs. n. 58 del 1998, Le sanzioni amministrative", en *Gazz. Giur. Giuffrè*, suplemento al núm. 17 del 30 abril de 1998, pp. 71 y ss.; VOLPE, "Commento all'art. 188", cit., pp. 1.706 y ss.

70. Véase en relación a tales criterios, párrafo 5. En relación a la disciplina penal dictada por el Decreto Legislativo 58/1998, véase, en particular, MUCCIARELLI, *La tutela penale dell'intermediazione finanziaria e della trasparenza dei mercati nel d.lgs. n. 58 del 1998*, en *Studium Juris*, 1998, pp. 1.176 y ss.; ÍDEM, *La tutela penale della revisione contabile, dell'abuso di informazioni privilegiate e l'aggiotaggio su strumenti finanziari nel d.lgs. n. 58 del 1998*, *ivi*, pp. 1.299 y ss.

71. Véase, en particular, FIDELBO, "Le deleghe per la depenalizzazione: un piccolo passo in avanti", en *LP*, pár. 2, en curso de publicación.

72. Véase, *supra*, sub párrafo 1.

73. Véase FUMU, "Commento all'art. 18", en "Commento articolo per articolo alla l. 25 giugno 1999, n. 205, delega al governo per la depenalizzazione dei reati minori e modifiche al sistema penale e tributario", en *Gazz. Giur.*, 1999, núm. 37, pp. 28 y ss.

delito<sup>74</sup>, una forma de “despenalización concreta” confiada discrecionalmente a la persona ofendida<sup>75</sup>.

A tales mecanismos de deflación accionados de modo directo por la ley vienen después a sumarse aquellos accionados por los decretos legislativos de actuación, a saber, el Decreto Legislativo 507, de 30 de diciembre de 1999, y el Decreto Legislativo 74, de 10 de marzo de 2000. Se alude, *in primis*, al mecanismo de transformación en ilícitos administrativos de ilícitos penales (delitos y faltas) previstos dentro de textos normativos concernientes a particulares y específicos sectores del ordenamiento, o bien previstos por el Código Penal y por las numerosas leyes penales especiales extrañas a los citados sectores normativos; pero se alude también a la eliminación por obra del artículo 24 del Decreto Legislativo 507/1999 del llamado principio de ultractividad de las leyes financieras de las cuales el artículo 20.1 de 7 de enero de 1929, n. 4, en base al cual las citadas leyes, si bien eran abrogadas o modificadas, continuaban aplicándose a hechos cometidos durante su vigencia<sup>76</sup>. Como puede intuirse, gracias al abandono de tal principio, la despenalización de los tipos financieros (realizada por el Decreto Legislativo 507/1999<sup>77</sup> y por el Decreto Legislativo 74/2000<sup>78</sup> y dirigida a circunscribir en tal materia el uso de la sanción criminal sólo a ilícitos de mayor gravedad)<sup>79</sup> se viene a incidir retroactivamente sobre procedimientos en curso, así como sobre las

sentencias de condena, haciéndose cesar la ejecución y los efectos penales (art. 2.2 CP).

b) Por cuanto concierne a los ámbitos afectados por el proceso de deflación, bastará señalar aquí que las intervenciones normativas de 1999/2000 envisten, como se ha dicho, numerosos tipos previstos en el Código Penal o en las leyes complementarias y, de otro lado, proceden a una despenalización “completamente” de enteros y particularmente significativos sectores normativos (alimentos, navegación, circulación vial, violaciones financieras en el ámbito aduanero, tributario y del mercado de valores, cheques bancarios); sectores en relación a los cuales se mantienen en el ámbito penal sólo algunos delitos de particular gravedad, para los cuales, no raramente, se ha retenido oportuno introducir penas más severas de aquellas que se aplicaban con anterioridad. Ciertamente, no puede negarse que a veces el elenco de las disposiciones abrogadas o despenalizadas se revelan discutibles o incluso incoherentes<sup>80</sup>, con toda probabilidad también a causa de los límites de tiempo de los cuales el legislador delegado ha podido disponer para tantas y tan delicadas decisiones<sup>81</sup>. Queda de cualquier modo el hecho de que de tal elenco emergen con evidencia los efectivos esfuerzos del legislador para prescindir de criterios de elección de tipo meramente formales<sup>82</sup> y para realizar nuevas valoraciones con carácter autónomo marcadas —como veremos en seguida— por una pluralidad de criterios de deflación capaces de hacer fluir del cauce de derecho penal tipos que no son propiamente bagatelas.

74. Delito, por otro lado, como bien se sabe, de difícil configuración por el exiguo espacio dejado por el sistema de las agravantes, comunes y especiales. Véase sobre este punto, FUMU, “Commento all’art. 12”, in *Commento articolo per articolo alla l. 25 giugno 1999, n. 205, delega al governo per la depenalizzazione dei reati minori e modifiche al sistema penale e tributario*, cit., p. 25.

75. Sobre este argumento, véase, en particular, FORLENZA, “Nessun lassismo nell’applicazione delle sanzioni. In primavera la nuova tranche di deleghe”, en *Guida al diritto*, 1999, dossier 11, p. 117.

76. Sobre este punto, véase, específicamente, CARACCIOLI, “Il principio di ultrattività finisce in soffitta”, en *Guida al diritto*, 1999, dossier 11, p. 128; FALCONE, “Commento all’art. 6”, en *Commento articolo per articolo alla l. 25 giugno 1999, n. 205, delega al governo per la depenalizzazione dei reati minori e modifiche al sistema penale e tributario*, cit., p. 13; FORLENZA, “Con la riduzione dei carichi di lavoro una ‘boccata d’ossigeno per i magistrati’”, en *Guida al diritto*, 1999, núm. 27, p. 52.

77. Véase CARACCIOLI, *Il principio di ultrattività finisce in soffitta*, cit., pp. 128-129. Cfr. CARACCIOLI, *Il principio di ultrattività finisce in soffitta*, cit., pp. 128-129.

78. Véase, en particular, ASSUMMA, “Con la ‘cura dimagrante’ della depenalizzazione il fisco si concentra solo sulle grandi cifre”, en *Guida al diritto*, 2000, núm. 14, pp. 52 y ss.; amplius TRAVERSI, GENNAI, *I nuovi delitti tributari*, cit., pp. 93 y ss.

79. En la esperanza de poder garantizar en tal modo una respuesta penal realmente rápida y eficaz. Sobre este argumento, véase, en particular, TRAVERSI, GENNAI, *I nuovi delitti tributari*, cit., pp. 30 y ss.

80. Sobre las causas políticas de tal incoherencia véase, en particular, DI GIOVINE, *Delega al Governo per la depenalizzazione dei reati minori e modifiche al sistema penale tributario (l. 25 giugno 1999, n. 205, in G.U. 28 giugno 1999, n. 149)*, cit., p. 7.

81. Sobre las razones de la prisa que ha caracterizado la obra legislativa de criba véase FUMU, “Commento all’art. 7”, in *Commento articolo per articolo alla l. 25 giugno 1999, n. 205, delega al governo per la depenalizzazione dei reati minori e modifiche al sistema penale e tributario*, cit., p. 15.

82. Por otro lado, acerca de la impracticabilidad o de cualquier modo de la manifiesta irracionalidad de una despenalización correlativa —en los campos materiales objeto de intervención por parte del legislador de 1999— al tipo o al cuántum de pena aplicada, véase DI GIOVINE, *Delega al Governo per la depenalizzazione dei reati minori e modifiche al sistema penale tributario (l. 25 giugno 1999, n. 205, in G.U. 28 giugno 1999, n. 149)*, cit., p. 7.



c) Por cuanto concierne a los criterios de deflación utilizados, el examen de los textos normativos de 1999/2000 deja entrever el recurso a criterios bastante heterogéneos, en cuanto que alguna vez se destinan a privilegiar opciones bien distintas de política criminal. Es el momento ahora de añadir que tal heterogeneidad no excluye el uso contemporáneo de más criterios de deflación en relación a los mismos ilícitos.

Un primer criterio es indudablemente el de la proporcionalidad, que parece ser la base de la abrogación o bien de la despenalización de algunos hechos actualmente carentes de un significativo desvalor social: se piensa, por ejemplo, los delitos de mendicidad, de blasfemia y de omisión de orientación de menores en el trabajo de los artículos 670, 726 y 732 del CP, que han sido eliminados de raíz de nuestro sistema sancionador a través del artículo 18 de la Ley 205/1999; pero se piensa también el delito de destrucción o deterioro de carteles del artículo 664 CP y aquel de incitación al libertinaje del artículo 5 de la Ley 75, de 20 de febrero de 1958, que han sido oportunamente degradados a ilícito administrativo por obra de los artículos 48 y 81 del Decreto Legislativo 507/1999<sup>83</sup>.

Un segundo criterio es aquel de la subsidiariedad, en base al cual, como se recordará, la sanción administrativa debe preferirse frente a la sanción penal donde, delante a un ilícito dado, la primera presente una eficacia mayor o igual respecto a la segunda<sup>84</sup>. Tal criterio parecería de hecho haber inspirado la despenalización de numerosas violaciones de algunos sectores específicos del ordenamiento: se piensa en los delitos en materia de che-

ques o de circulación vial, cuya despenalización a comportado la sujeción de los autores a sanciones administrativas no sólo de carácter pecuniario, sino también de carácter interdictal o inhibitorio verosíblemente más incisivas y eficaces de las sanciones penales que se preveían con anterioridad<sup>85</sup>; si pensamos además en los delitos relativos a la disciplina en la navegación, cuya despenalización se ha correspondido con una generalizada y bastante vistosa alza de la entidad económica de las respectivas sanciones, con un consecuente incremento de la aptitud disuasoria de estas últimas<sup>86</sup>.

Un tercer criterio parecería ser aquel de la reducción del cargo de la justicia, en base al cual el proceso de despenalización tiende a investir en vía privilegiada algunos ilícitos estadísticamente más frecuentes, que si se mantuvieran en el ámbito penal se correría el riesgo de paralizar la actividad judicial, o bien de quitar su atención de fenómenos de criminalidad de mayor gravedad, y como tales merecedores de una rápida y eficaz respuesta por parte del ordenamiento. Tal criterio tal criterio parecería mantenerse, en particular, en la decisión de transformar en ilícitos administrativos algunos delitos tributarios<sup>87</sup> o delitos en materia de cheques (arts. 1 y 2 de la Ley 386/1990)<sup>88</sup>, para los cuales la sanción penal —aunque en ciertos casos se revelase ineficaz<sup>89</sup>— podría parecer la más adecuada desde una perspectiva estrictamente proporcionalista<sup>90</sup>.

El indudable realismo que inspira este criterio de elección no debe convertirse tampoco en un velo sobre las posibles contraindicaciones, la primera de todas consistente en la eventual reducción

83. Véase, para ulteriores ejemplos al respecto, FUMU, "Commento all'art. 7", cit., p. 16.

84. Véase, *supra*, sub párr. 5.

85. Sobre este punto, véase, difundidamente, COLAIANNI, "Commento all'art. 5", in *Commento articolo per articolo alla l. 25 giugno 1999, n. 205, delega al governo per la depenalizzazione dei reati minori e modifiche al sistema penale e tributario*, cit., p. 12; DI GIOVINE, *Delega al Governo per la depenalizzazione dei reati minori e modifiche al sistema penale tributario (l. 25 giugno 1999, n. 205, in G.U. 28 giugno 1999, n. 149)*, cit., p. 10; FIDELBO, *Le deleghe per la depenalizzazione: un piccolo passo in avanti*, cit., párs. 4 e 5.3; problemáticamente SANTORO, "Niente arresto per la guida senza patente", en *Guida al diritto*, 1999, dossier 11, pp. 123 y ss. Véase, además, el Informe al Decreto Legislativo 507/1999, párr. 6.1.

86. Sobre este punto, véase, *amplius*, TRICOMI, "Circolazione marittima: mano pesante sulle multe", en *Guida al diritto*, 1999, dossier 11, pp. 121-122. Acerca de la perplejidad desde una perspectiva garantista que un proceso de reforma tal levanta, véase, *infra*, sub párr. 10.

87. Véase, en particular, TRAVERSI, GENNAI, *I nuovi delitti tributari*, cit., p. 94. Los autores recuerdan la "insistente petición, proveniente sobre todo de los despachos judiciales cargados con el mayor cargo de procesos, de una amplia despenalización en el campo de los delitos tributarios".

88. Como se ha subrayado en el párr. 6.1 del Informe del Decreto Legislativo 507/1999, seguido de un estudio conducido por el CSM ha puesto de evidencia que "los cheques sin fondos representan una octava parte de las sobrevenidas de los tribunales de primer grado".

89. Véase, todavía, el Informe al Decreto Legislativo 507/1999, párr. 6.1.

90. En este sentido véase, por ejemplo, FORLENZA, *Nessun lassismo nell'applicazione delle sanzioni. In primavera la nuova tranche di deleghe*, cit., p. 117; FUMU, "Commento all'art. 8", in *Commento articolo per articolo alla l. 25 giugno 1999, n. 205, delega al governo per la depenalizzazione dei reati minori e modifiche al sistema penale e tributario*, cit., p. 17.



de la capacidad de control de algunas formas de desviación<sup>91</sup>. La verdad es que el citado criterio expresa una precisa toma de posición frente a las contradictorias soluciones de política criminal hipotizables en orden a los ilícitos con una elevada tasa de frecuencia: soluciones que van en el sentido de una despenalización en función, sobre todo, de descargo del juez penal<sup>92</sup> o en el sentido de una elevación del grado de severidad de la sanción penal para equilibrar la mayor alarma social derivada del elevado número de violaciones (para responder, por tanto, a la llamada "necesidad de pena")<sup>93</sup> y para potenciar los efectos de prevención general de una respuesta punitiva revelada en los hechos inadecuada.

Un cuarto criterio parece ser aquel de la eliminación de los tipos superfluos; se trata de una categoría a la cual parecerían idealmente aferrarse los *tipos desuetudine* o de cualquier modo desutilizados (se piensa, por ejemplo, en las normas en tema de duelo de los arts. 394 y ss. del CP<sup>94</sup>, o bien de las normas de condecoración de un estado enemigo, o de la ofensa al honor de los jefes de Estados extranjeros, a las ofensas contra los representantes de Estados extranjeros de los arts. 275, 297 y 298 del CP, puntualmente abrogados por el art. 18 de la Ley 205/1999<sup>95</sup>) o a los *tipos superfluos*, en cuanto son constitutivos de repeticiones (o meras especificaciones) de otros tipos aptos a comprender en su ámbito aplicativo los hechos ilícitos

previstos y castigados por los primeros (se piensa, por ejemplo, en algunos delitos en materia alimentaria transformados en ilícitos administrativos en el sentido del art. 1 del Decreto Legislativo 507/1999 y sujetos a un principio de especialidad que implica la "cancelación de hecho" del sistema sancionador)<sup>96</sup>. No obstante, aunque las intervenciones de criba conducidas en diverso modo sobre las figuras de un delito reveladas superfluas han sido objeto de críticas en razón de su presunta inutilidad práctica<sup>97</sup>, éstas deben ser consideradas con extremo favor, en cuanto a que la agilización del sistema penal constituye de por sí un objetivo de gran utilidad, apto para favorecer la compleja posibilidad de conocimiento del ordenamiento y a mejorar el "nivel de visibilidad" de los restantes tipos penales.

## XI. Consideraciones de conclusión

En definitiva, de la comparación con los precedentes textos de despenalización emerge a plena luz cómo el proceso de deflación penal, realizado por la Ley 205/1999 y de los correspondientes decretos, se halla impulsado hacia delante, hasta tocar metas en ciertos aspectos difícilmente superables<sup>98</sup>. A este respecto, se viene a rebatir que las últimas intervenciones normativas envisten de lleno en el centro del sistema penal, conllevando la

91. Véase FIDELBO, *Le deleghe per la depenalizzazione: un piccolo passo in avanti*, cit., p. 3. A este propósito véase, además, *infra*, sub p. 10.

92. Es verdad, por otro lado, que en tales casos la despenalización trae consigo, por reflejo, una sensible agravación de la carga de trabajo de la Administración y de la justicia civil, que no siempre parecería adecuadamente ponderada en sede de reforma. Sobre este punto véanse, por último, las observaciones de TRAINA, *La riforma del sistema sanzionatorio amministrativo*, in *forme del Convenio Depenalizzazione e Circolazione Stradale*, p. 53 del texto mecanografiado.

93. Una tentativa de conciliar tales posiciones se encuentra en los casos en los cuales a la despenalización de un ilícito le sigue, en consecuencia, una elevación de la sanción prevista. En relación a los problemas surgidos sobre el plano de las garantías de tal forma de conciliación véase, *infra*, sub p. 10.

94. Sobre la despenalización del duelo en función de la ratificación de su "obsolescencia social", véase, desde una perspectiva comparatística, PALIERO, *Minima non curat praetor*, cit., pp. 524-525.

95. Véase, a este respecto, las observaciones de FUMU, "Commento all'art. 18", cit., p. 29.

96. En efecto, en base al artículo 95 del Decreto Legislativo 507/1999, destinado a integrar la disciplina de la especialidad contenida en el artículo 9 de la Ley 689/1981, "a los hechos castigados en los artículos 5, 6 y 12 de la Ley de 30 abril de 1962, n. 283, y las sucesivas modificaciones e integraciones, se aplican únicamente las disposiciones penales, aun cuando los mismos hechos sean castigados con sanciones administrativas previstas por disposiciones especiales en materia de producción, comercio e higiene de los alimentos y de las bebidas".

97. Véase, por ejemplo, BARTOLINI, "Commento al d.lgs. 30 dicembre 1999, n. 507", en BARTOLINI, *Il codice delle depenalizzazioni*, cit., p. 68.

98. En este sentido, véase DI GIOVINE, *Delega al Governo per la depenalizzazione dei reati minori e modifiche al sistema penale tributario* (l. 25 giugno 1999, n. 205, in G.U. 28 giugno 1999, n. 149), cit., p. 8; FIDELBO, *La nuova depenalizzazione, intervenció desarrollada en el décimo congreso nacional A.C.I. "Despenalización y circulación vial"* (Lucca, 24 junio 2000). Una parte de los comentaristas, por otro lado, se declara favorable a la ulterior ampliación del círculo de delitos objeto de despenalización. Véase, por ejemplo, MONTAGNA, "Commento all'art. 4", in *Commento articolo per articolo alla l. 25 giugno 1999, n. 205, delega al governo per la depenalizzazione dei reati minori e modifiche al sistema penale e tributario*, cit., p. 10; FUMU, "Commento all'art. 7", cit., p. 16.

abrogación o bien la despenalización de numerosos tipos también de carácter delictivo previstas en el Código o por las leyes especiales frecuentemente de grande relevancia. Viene, además, señalado que por primera vez vienen "administratizados" ilícitos originariamente sujetos a penas detentivas —solas, alternativas o conjuntas— también con una notable duración máxima<sup>99</sup>. Por último, merece la pena evidenciar que el arsenal sancionador previsto para muchos de los ilícitos despenalizados tiende a llegar a niveles de afflictividad en verdad bastante notables, gracias a medidas pecuniarias dotadas de mínimos y máximos edictales muy elevados y, sobre todo, gracias a la introducción de sanciones administrativas interdictivas e inhibitorias en ciertos casos draconianas y que, por tanto, de "accesorias" mantienen únicamente el nombre<sup>100</sup> (si pensamos, por ejemplo, en la clausura temporal o definitiva del establecimiento o del ejercicio del art. 8 del Decreto Legislativo 507/1999)<sup>101</sup>.

Ciertamente, aparece evidente el nexo existente entre la intrínseca gravedad de muchos de los ilícitos despenalizados en el curso del último bienio y el elevado coeficiente de severidad de las sanciones administrativas destinadas a castigarlos. Pero esto no quita que justamente tal proceso paralelo de *ampliación* de los sectores objetos de "reconversión sancionadora" y de *potenciación* de los correspondientes instrumentos punitivos con carácter administrativo pueda reavivar algunas dudas y críticas tradicionalmente unidas al fenómeno de despenalización<sup>102</sup>. En esta sede bastará señalar cómo son tres, esencialmente, los inconvenientes

puestos al actual sistema sancionador administrativo para acaparar cada vez más numerosas y significativas figuras delictivas.

El primer problema, ya anteriormente señalado<sup>103</sup>, atiende a una eventual carencia de garantías dentro de la disciplina del ilícito administrativo<sup>104</sup>. En este sentido, la tesis favorable a privilegiar el recurso a sanciones *sensu stricto* penales puede encontrar un apoyo válido en cuanto, por razones también nobles pero hoy tachadas de utópicas, son contrarias a la existencia de la doble vía del ilícito penal-ilícito administrativo o de cualquier modo a la valoración de este último tipo de ilícito. Si pensamos, en particular, en la misma línea que la Corte europea de los derechos del hombre, se tiende a ampliar el concepto de "materia penal", para circunscribir al máximo, o incluso para excluir *in toto*, el campo de la utilización de las sanciones punitivas sustraídas de las reglas del proceso justo del art. 6 del CEDH<sup>105</sup>.

El segundo problema, estrechamente unido al primero, atañe al principio de división de poderes dentro del Estado, que resultaría frecuentemente comprometido en el caso de recurrir a sanciones administrativas. En efecto, una parte de la doctrina no ha dejado de señalar que, al menos respecto a muchos tipos despenalizados puestos a la tutela de funciones administrativas, la Administración Pública tiende a asumir el doble papel de órgano encargado de la reglamentación de las actividades y de control de las mismas<sup>106</sup>.

99. Emblemática, bajo esta perspectiva, la reforma del sistema sancionador en materia de alimentos prevista por los artículos 1 a 8 del decreto legislativo en cuestión, en el ámbito de la cual han sido degradados a ilícito administrativo algunos ilícitos penales castigados con la pena de reclusión, a veces considerada por el legislador de modo tal de no consentir, cuando se aplica el máximo previsto, la admisión de la suspensión condicional. Pero también es verdad, como se ha recordado antes, que en la mayor parte de los casos la despenalización de los citados ilícitos es más aparente que real, en cuanto a que en dicha materia la derogación aportada por el artículo 95 del Decreto Legislativo 507/1999 al principio de especialidad del artículo 9 l. 689/1981 tiende a sujetar los ilícitos en cuestión a una disciplina de cualquier modo penal. Sobre este punto véase, *amplius* y críticamente, CORRERA, *I reati alimentari. L'attuazione della depenalizzazione nel d.lgs. 30 dicembre 1999*, n. 507, Rimini, 2000, pp. 29 y ss.

100. Véase, otra vez, TRAINA, *La riforma del sistema sanzionario amministrativo*, cit., p. 54.

101. Véase, al respecto, CORRERA, *I reati alimentari. L'attuazione della depenalizzazione nel d.lgs. 30 dicembre 1999*, n. 507, cit., pp. 42 y ss.

102. Respecto a los cuales, véase, difundidamente, PALIERO, *Minima non curat praetor*, cit., pp. 520 y ss.

103. Véase, *supra*, sub párrafo 5, *in fine*.

104. Basta pensar, por ejemplo, "en la eliminación del contradictorio oral endoprocédimental previsto por el Decreto Legislativo 507/1999 en tema de sanciones por cheques bancarios y postales, con la renuncia que esto comporta a la inmediatez en relación con el destinatario de la sanción". TRAINA, *La riforma del sistema sanzionario amministrativo*, cit., p. 54 del texto mecanografiado.

105. Sobre el concepto de "materia penal" realizado propiamente por los órganos de Strasburgo véase, fundamentalmente, "La matière pénale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, flou du droit pénal, a cargo del Groupe de recherche Droits de l'homme et logiques juridiques", dirigido por DELMAS-MARTY, en *Rev. sc. crim.*, 1987, pp. 819 y ss.

106. Véase, por ejemplo, CHITI, "Profili amministrativi della depenalizzazione", en *Le modifiche al sistema penale nella l. 24. 11. 1981*, n. 689, Napoli, 1984, pp. 31 y ss.; a veces lo mismo PADOVANI, "La disintegrazione attuale del sistema sanzionario e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale", en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 432; VERGINE, "Valutazione in tema di tutela dell'ambiente nel diritto penale", en *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1996, p. 1.205, la cual por otro lado retiene que las razones a las que está sometido el proceso de despenalización deben de cualquier modo prevalecer.

El tercer problema, con un marcado "carácter funcional", concierne a la hipotizada y tendencial ineficacia de la sanción administrativa<sup>107</sup>. En este sentido, no se debe olvidar que —teniendo en cuenta la imposibilidad de utilizar en relación a los ilícitos extrapenales los instrumentos admitidos en el ámbito criminal<sup>108</sup>, y teniendo también en cuenta las actuales carencias de la Administración Pública o de sus distintos componentes<sup>109</sup>— el recurso a sanciones aplicables por la Administración Pública comporta "la pérdida de fuerza de las intervenciones preventivas y represivas y, en algunas materias, la sustancial eliminación de los controles<sup>110</sup>. Desde una perspectiva en muchos aspectos convergente, viene además señalado que el ilícito despenalizado si de un lado sale de la competencia del juez penal, de otro lado, entra en aquélla del juez civil<sup>111</sup>, bajo la forma de ilícito administrativo objeto de oposición a orden-conminación. Pero esto no deja buenas esperanzas si tenemos

en cuenta el caudal de trabajo pendiente en sede civil y de los plazos del correspondiente procedimiento<sup>112</sup>.

Cada toma de posición en orden a tales cuestiones sería fuera de lugar en esta sede. Sin embargo, sin que con esto se quieran subestimar otros problemas, muy actuales y bastante importantes y por muchos motivos mayormente oídos, parece que el problema del real alcance preventivo-represivo del sistema sancionador administrativo se presenta de modo verosímil como el más difícil de solucionar<sup>113</sup>. Del resto, si bien es verdad que en el curso de más de treinta años de intervenciones de deflación en el campo penal han asumido creciente relieve y han venido progresivamente enriqueciéndose de criterios y mecanismos selectivos, es también indudable que el actual y vastísimo proceso de despenalización impone no sólo instrumentos dotados de un abstracto alcance intimidatorio, sino sobre todo estructuras y re-

107. Está claro que, en relación al coeficiente de aptitud respecto al control de los comportamientos desviados propio de las sanciones penales, así como de las administrativas, los partidarios de las tesis examinadas tienen ideas tendencialmente opuestas a aquellas que, en el privilegiar la opción punitiva-administrativa, estigmatizan el actual grado de efectividad de las penas criminales, valorando por el contrario la eficacia y el alcance de las sanciones aplicables a los ilícitos despenalizados (véase, *supra*, sub párr. 5, nt. 27). Todo esto, confirmado por las dificultades conexas a una eventual comprobación del criterio de subsidiariedad que, como señaló, se pone de evidencia al tomar en consideración "el presumible grado de eficacia de la tutela penal con respecto a la tutela extrapenal". PALAZZO, "I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione", en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 456.

108. Se piensa, por ejemplo, en las investigaciones de la Policía judicial.

109. Véase, a este respecto, GIUNTA, "Effetti e prospettive della depenalizzazione alla luce di una verifica empirica", en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, pp. 742 y ss.; MANTOVANI, "Le 'modifiche al sistema penale' del 1981: risultati ed indicazioni di una ricerca empirica", en *Indice pen.*, 1986, pp. 446 y ss.; por último, DONINI, "La riforma della legislazione penale complementare: il suo significato "costituente" per la riforma del codice", en *La riforma della legislazione penale complementare. Studi di diritto comparato*, a cargo de DONINI, Padova, 2000, p. 49.

110. FANTILLI, "Politiccambiente-Ecodelinquenti", en *Panda. Pubblicazione mensile del WWF*, 1998, núm. 12, p. 31. El autor subraya cómo, a causa de la total ausencia de efecto disuasorio de las sanciones, la WWF había pedido la supresión del artículo 11 ("Ambiente e territorio") del proyecto de Ley 2570 en tema de Delegación al gobierno para la despenalización de los delitos menores. Véase, además, AMENDOLA, "Il diritto penale e la tutela della salute", en *Funzioni e limiti del diritto penale. Alternative di tutela*, a cargo de M. DE ACUTIS e G. PALOMBARINI, Padova, 1984, p. 442, el cual señala la ineficacia de la Administración Pública, con la consiguiente imposibilidad de encargarle tareas sancionadoras. Sobre este argumento, más generalmente y en términos menos cortantes, PADOVANI, "La disintegrazione attuale del sistema sanzionario e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale", cit., p. 432; MANTOVANI, "Le 'Modifiche al sistema penale' del 1981: risultati e indicazioni di una ricerca empirica", en *Indice pen.*, 1986, pp. 445 y ss.

111. *Rectius*, del juez de paz, excepción hecha para estos sectores que presentan dificultades particulares de verificación o afectan a relevantes intereses colectivos, o bien implican aplicación de sanciones de notable entidad: véase el artículo 2 de la Ley 205/1999 y los artículos 97 a 99 del Decreto Legislativo 507/1999.

112. Sobre este punto, véanse, por ejemplo, las observaciones de PACINI, "La depenalizzazione del testo unico delle leggi di pubblica sicurezza. Dalla legge-delega allo schema di decreto legislativo", cit., c. 802.

113. Por desgracia, como se sabe, los datos empíricos sobre la efectividad de las sanciones administrativas faltan o de cualquier modo resultan inaccesibles. Es, sin embargo, plausible retener que, en el caso de que fueran disponibles, los citados datos se revelarían aún más desconcertantes de aquellos, hoy día bien conocidos, relativos a las sanciones penales y especialmente a la pena pecuniaria (sobre las porcentuales de las penas pecuniarias recuperadas, véase *Relazione della commissione ministeriale per la riforma del codice penale istituita con decreto ministeriale 1.º ottobre 1998*, en *Doc. Giustizia*, 1999, Anexos I e II, pp. 988 y ss.). En este sentido, véase por último GROSSO, *La depenalizzazione nel quadro della riforma del sistema penale*, intervención llevada a cabo en el décimo congreso nacional A.C.I. *Depenalizzazione e Circolazione Stradale* (Lucca, 24 junio 2000), en curso de publicación.

... cursos humanos a la altura de tal reforma<sup>114</sup>. El futuro de la sanción administrativa se jugará, en términos de *civilidad y credibilidad*, sobre la

posibilidad de conciliar en relación a ella el difícil binomio *garantía/eficacia* de la respuesta punitiva.

---

114. Estructuras y recursos que, por el contrario, son actualmente bastante deficitarios. Basta pensar que, en ausencia de un general casellario administrativo análogo al penal, en importantes sectores normativos afectados por el actual proceso de despenalización (por ejemplo, el sector alimentario) resulta por ello imposible comprobar la eventual reiteración de las violaciones, de la cual se hace depender la aplicabilidad de algunas sanciones accesorias administrativas bastante severas (véanse los arts. 3 y 94 del Decreto Legislativo 507/1999).