

MASSIMO DONINI
Catedrático de Derecho penal
Universidad "La Sapienza" - Roma

TEORÍA DEL DELITO

Primera edición en español

Prólogo de
MIRENTXU CORCOY BIDASOLO
Catedrática de Derecho penal
Universidad de Barcelona

Traducción de
DANIELA DOMENICONI
Profesora adscripta de Derecho Penal I y Filosofía del Derecho
Universidad Nacional de Córdoba

2021

editorial
IB de f
Montevideo - Buenos Aires

Julio César Faira - Editor

Titulo original de la obra: "Teoría del Reato", en *Digesto delle discipline penalistiche*, vol. XIV, Utet, 1999, pp. 221-298.

Colección: *Maestros del Derecho Penal*, N° 61

Dirigida por: Gonzalo D. Fernández, catedrático de Derecho Penal en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República Oriental del Uruguay.

Coordinada por: Gustavo Eduardo Aboso, profesor de Derecho Penal, Parte general, en las Universidades de Buenos Aires y de Belgrano, República Argentina.

I.S.B.N.: 978-9915-650-28-9

En Buenos Aires, República Argentina:

© Euros Editores S.R.L.

Av. Congreso 4744 (C1431AAP) - Tel./Fax: (005411) 4522-1483

e-mail: euroseditores@fibertel.com.ar

www.euroseditores.com

En Montevideo, República Oriental del Uruguay:

© B de F Ltda.

Buenos Aires 671 (CP 11000) - Tel./Fax: (00598) 2916-5238

e-mail: bdef@netgate.com.uy

www.editorialbdef.com

Hecho el depósito que establece la ley. Derechos reservados.

Impreso en Argentina en el mes de julio de 2021 por:

La Imprenta Ya, Av. Alférez Hipólito Bouchard 4381

Tel.: 4756-6854 / 6837. Munro, Buenos Aires.

www.laimprentaya.com

SOBRE EL AUTOR

Massimo Donini es profesor titular de Derecho Penal en la Universidad “La Sapienza” de Roma. Fue investigador en el Instituto Max Planck de Friburgo de Brisgovia y magistrado penal, luego profesor titular en la Universidad de Téramo y después en la Universidad de Módena y Reggio Emilia. Es autor de numerosas obras y ensayos con traducciones en distintos idiomas. Algunos de ellos son: *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milán, 1991; *Il delitto contravvenzionale. “Culpa iuris” e oggetto del dolo nei reati a condotta neutra*, Milán, 1993; *Teoria del reato. Una introduzione*, Padua, 1996; entrada “*Teoria del reato*”, 1999; *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milán, 2004; *Imputazione oggettiva dell'evento. “Nesso di rischio” e responsabilità per fatto proprio*, Turín, 2006; entrada “*Imputazione oggettiva dell'evento*”, 2010; *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milán, 2011; *Il diritto penale come etica pubblica. Considerazioni sul politico quale “tipo d'autore”*, Módena, 2014; *Populismo e ragione pubblica. Il post-illuminismo penale tra lex e ius*, Módena, 2019.

Entre sus textos traducidos pueden mencionarse: *Un Derecho penal fundado en la carta constitucional. Razones y límites: La experiencia italiana*, 2001; *Verbrechenslehre*, Berlín, 2005; *Demokratische und wissenschaftliche Methode einer Verbindung von Strafrecht und Politik*, 2005; *El derecho penal frente al “enemigo”*, 2006; *Strafrechtstheorie und Strafrechtsreform. Beiträge zum Strafrecht und zur Strafrechtsreform in Italien und*

Europa, Berlin, 2006; *Das Strafrecht und der "Feind"*, Berlín, 2007, *Jueces y Democracia. El papel de la magistratura y la democracia penal. El uso judicial del derecho penal de los principios*, 2005; *Derecho penal de lucha. Lo que el debate sobre el Derecho Penal del enemigo no debe limitarse a exorcizar*, 2008; *Le statut de terroriste: entre l'ennemi et le criminel. Les droits fondamentaux et la juridiction pénale comme garantie contre ou comme justification pour l'usage du droit comme arme?*, 2009; *La gestión penal del paso del Fascismo a la Democracia en Italia Apuntes sobre la memoria histórica y la elaboración del pasado "mediante el Derecho penal"*, 2009; *El derecho penal frente a los desafíos de la modernidad. Estudios de derecho penal*, Lima, 2010, *Rechtswidrigkeit und Rechtfertigung heute. Eine „neue“, Dogmatik für das moderne Strafrecht oder nur dessen Kritik?*, 2010; *El problema del método penal: de Arturo Rocco al Europeísmo judicial*, 2012; *La herencia de Bricola y el y el constitucionalismo penal como método. Raíces nacionales y desarrollos supranacionales*, 2012; *Poder Judicial y ética pública. La crisis del legislador y de la ciencia penal en Europa*, Montevideo-Buenos Aires, 2015; *Das Offensivitätsprinzip. Von der italienischen Strafrechtswissenschaft zu europäischen Programmen*, 2015; *Das Recht auf den Tod als Grenze zum Strafrecht. Die Grundrechte der Kranken und die Regelung der Sterbehilfe*, 2016; *Health Protection and Food Safety Regulation in Italy, from the current legislation to the Reform Project*, 2016; *El derecho jurisprudencial penal*, 2018.

Sus líneas de investigación más recientes versan sobre temas de reparación del delito y teoría de la pena, ciencia penal y comparada, eutanasia y derechos de los pacientes con enfermedad terminal, derecho penal europeo y derecho penal del enemigo, garantismo penal, terrorismo, delitos de quiebra fraudulenta, delitos alimentarios, vínculos entre filosofía y derecho penal, derecho jurisprudencial y hermenéutica penal. Sobre estos temas puede verse, por ejemplo: *Disposizione e norma nell'ermeneutica penale contemporanea*, (2012); *Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male* (2013); *L'elemento soggettivo della colpa. Garanzie e sistematica* (2013); *Il dolo*

eventuale: fatto-illecito e colpevolezza. Un bilancio del dibattito più recente (2014); *La necessità di diritti infelici. Il diritto di morire come limite all'intervento penale* (2016); *Il delitto riparato* (2015); *Il diritto giurisprudenziale penale* (2016); *Il caso Contrada e la Corte Edu. La responsabilità dello Stato per carenza di tassatività/tipicità di una legge penale retroattiva* (2016); *La personalità della responsabilità penale fra tipicità e colpevolezza. Una "resa dei conti" con la prevenzione generale* (2018); *Fattispecie o case law? La "prevedibilità del diritto" e i limiti alla dissoluzione della legge penale nella giurisprudenza* (2018); *Pena agita e pena subita* (2020); *Iura et leges. Perché la legge non esiste senza il diritto* (2019), *Populismo penale e ruolo del giurista* (2020); *I due paradigmi della comparazione penalistica* (2020); *Garantismo penale oggi* (2020); *Responsabilità e pena da Kant a Nietzsche. La decostruzione del rimprovero* (2020).

También ha sido editor de diversos volúmenes: *La riforma della legislazione penale complementare. Studi di diritto comparato*, Padua, 2000; *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale* (con M. Papa), Milán, 2007; *Il penale nella società dei diritti* (con R. Orlandi), Bologna, 2010; *Sicurezza e diritto penale* (con M. Pavarini), Bologna, 2011; *Reato colposo e modelli di responsabilità. Le forme attuali di un paradigma classico* (con R. Orlandi), Bologna, 2013; *Il diritto penale tra scienza e politica. In ricordo di Franco Bricola vent'anni dopo* (con L. Stortoni), Bologna, 2015; *La "materia penale" tra diritto nazionale ed europeo* (con L. Foffani), Turín, 2018; *Il reato colposo*, vol. de la *Enciclopedia del diritto*, nuova serie, 2021 (en prensa).

ÍNDICE

SOBRE EL AUTOR	VII
ABREVIATURAS	XV
PRÓLOGO DE <i>Mirentxu Corcoy Bidasolo</i>	XVII

I

LA HERENCIA DE LOS PRINCIPIOS

1. Desarrollo histórico de las teorías y las partes “generales” hasta la crisis del iusnaturalismo laico	1
2. Las codificaciones y el “punto de inflexión” del derecho positivo entre los siglos XIX y XX.....	7
3. La construcción de un nuevo método: del tecnicismo jurídico al enfoque constitucionalista...	12
4. El vínculo entre los principios y el <i>argumentum libertatis</i>	25
5. Del ideal indiferenciado de un modelo fuerte hasta la realidad de los subsistemas y la pena evolutiva y flexible.....	32
6. Tipos de principios y su “fuerza de ley”	36
7. Objeto y método de la teoría del delito	42

II

DE LOS PRINCIPIOS AL SISTEMA

8. La influencia cultural alemana en las “categorías” sistemáticas y la concepción tripartita del crimen .	49
---------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

9. Las razones opuestas (y los límites) de la bipartición. Más allá del elemento objetivo y subjetivo: la antijuridicidad “general” y el delito “penal”..... 60

III

LAS TIPOLOGÍAS DE ILÍCITO EN EL SISTEMA ITALIANO, ENTRE ONTOLOGÍA, COMPARACIÓN Y DERECHO INTERNO

10. Premisa 77
11. Ilícito civil y penal en el ordenamiento jurídico italiano..... 78
12. El ilícito administrativo en el ordenamiento jurídico italiano y la perspectiva de un derecho penal general no específico 86
13. Contravenciones y delitos. Generalidades 94
14. Las contravenciones (y las funciones relativas de la pena) 97
15. Los delitos (y las funciones relativas de la pena).. 102

IV

LA FRAGMENTACIÓN DEL SISTEMA: LEGALIDAD Y OFENSIVIDAD DEL “HECHO” ENTRE UN ENFOQUE CONSTITUCIONAL Y EL PLURALISMO DE LOS TIPOS PENALES

16. Más allá de la acción: la tipicidad (el hecho típico en sentido objetivo y subjetivo), noción central que subyace a cualquier análisis del delito 109
17. La dimensión hermenéutica de la tipicidad (y por ende también de la taxatividad), entre “hecho” y “precepto”. La contribución de la “parte general”... 115

18. El “hecho típico” (objetivo y subjetivo) como noción sistemática y el “hecho constitutivo del delito” (art. 47 CP it.) como objeto del dolo. La función tipificadora del elemento subjetivo de los casos en general.....	119
19. Legalidad e identificación del bien jurídico: la salida del tecnicismo y la concepción realista del delito	128
20. Más allá del bien-objeto y de la finalidad de la protección: el peligro abstracto-presunto y el nivel constitucional de control de la ofensividad.	134
21. La posición consolidada del Tribunal Constitucional y la realidad bipolar de los delitos, las contravenciones, el Código y las leyes complementarias.....	143
22. La imposibilidad actual de una definición sustancial unitaria del delito y del rol del Tribunal Constitucional en las decisiones de (des)penalización	148
23. La insignificancia como criterio de degradación judicial de un “ilícito” concretamente de bagatela a una “antijuridicidad” menor. Una opción de fomentar diferentes técnicas de degradación.....	155

V

LA CRISIS ESTRUCTURAL DEL SISTEMA.
DE UN DERECHO PENAL IMPERSONAL DEL
HECHO A LA PERSONALIZACIÓN DE LA
RESPONSABILIDAD DEL AUTOR

24. El “ilícito” penal (el hecho típico y antijurídico) como realidad humanista, pero no personalizada. La “culpabilidad” como un momento más de personalización de la responsabilidad, entre la dimensión de principio y el principio de realidad (estructura de los hechos del delito, lógica de la prueba, organización del proceso).....	161
----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

25. La materialización del principio de culpabilidad (tras las Sentencias n° 364/1988 y 1085/1988 del Tribunal Constitucional). Su dependencia de la ofensividad y la lógica de la prueba	166
26. Más allá de la imputación causal. “Hecho propio” y reinterpretación de la imputación “objetiva” del hecho: el caso de los delitos comisivos	178
27. Legalidad y responsabilidad por el hecho propio en el nuevo paradigma de los delitos por omisión culposa	186
28. De las definiciones generales (“de diccionario”) a las “de enciclopedia”: las diferencias entre (a) dolo y (b) culpa, y de la respectiva culpabilidad “dolosa” y “culposa” en los distintos tipos de casos.	192
29. De las causas de justificación a la punibilidad: el hecho en la difícil búsqueda del autor	205
30. Teoría del delito (y de la pena) y su impacto en la realidad del proceso	216
 BIBLIOGRAFÍA	 227