

Revista Crítica Penal y Poder

2017, nº 12

Marzo (pp.230-247)

Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos

Universidad de Barcelona



INTRODUCCIÓN [*]

POSITIVISMO JURÍDICO Y CIENCIA DEL DERECHO PENAL Aspectos teóricos e ideológicos del desarrollo de la ciencia penal alemana de principio del siglo hasta el año 1933

LEGAL POSITIVISM AND THE SCIENCE OF CRIMINAL LAW

*Theoretical and ideological aspects of the development of German criminal law science from the
start of the century to 1933*

Alessandro Baratta [†]

RESUMEN

En este trabajo he querido hacer referencia a un momento muy significativo de la historia del derecho penal en Alemania: el que comprende las tres décadas que preceden la llegada de la dictadura nacionalsocialista, proponiéndome contribuir, con una documentación histórica, a un juicio más sereno sobre la relación entre el positivismo jurídico y la degeneración autoritaria del ordenamiento jurídico alemán, después de 1933.

* Esta "Introducción" la escribió Alessandro Baratta para uno de sus primeros libros en filosofía del derecho penal y que lleva por título *Positivismo Giuridico e Scienza del Diritto Penal. Aspetti teoretici e ideologici dello sviluppo della scienza penalistica tedesca dall'inizio del secolo al 1933*, publicado por Giuffrè en 1966, y que 51 años después, los compañeros del Seminario Anual de la Cátedra Latinoamericana de Criminología y Derechos Humanos Alessandro Baratta, dirigida por nuestro entrañable amigo y maestro Walter Antillón, decidieron traducir al español. Queremos agradecer a todos los miembros de la Cátedra, especialmente a Walter y a Nuria la oportunidad que nos han dado de poder presentar y dar a conocer en nuestra revista este importante texto iusfilosófico de nuestro inolvidable y estimado Sandro. En los próximos números esperamos poder ofrecer algún que otro capítulo de los que integran este libro y que hoy gracias a la Cátedra Latinoamericana Alessandro Baratta, a Investigaciones Jurídicas S.A y a Walter Antillón vuelve a estar presente entre todos nosotros y a formar parte de nuestro acercamiento cultural en su edición en español: *Positivismo Jurídico y Ciencia del Derecho Penal. Aspectos teóricos e ideológicos del desarrollo de la*

ciencia penal alemana de principio del siglo hasta el año 1933, Cátedra Latinoamericana de Criminología y Derechos Humanos Alessandro Barata -Investigaciones Jurídicas S.A, San José de Costa Rica, 2016.

Palabras clave: positivismo jurídico, ciencia del derecho penal, iusnaturalismo, antiformalismo.

ABSTRACT

In this paper, I refer to a very significant chapter in the German history of criminal law: the one that includes the three decades preceding the arrival of the National Socialist dictatorship. With historical documentation, I intend to contribute to a more serene judgment on the relationship between legal positivism and the authoritarian degeneration of the German legal system after 1933.

Key words: legal positivism, penal law ciencia, iusnaturalism, antiformalism

Introducción

La discusión sobre el positivismo jurídico empieza a volverse una discusión desapegada y serena. Parece estar ya lejos el clima espiritual del periodo después de la primera guerra mundial, cuando cada aspecto de la teoría del derecho se cargaba de la pasión política del momento y se transformaba inmediatamente en materia de juicio moral sobre los acontecimientos del cercano pasado. Queda sin embargo irrevocable la positiva tendencia, que se desarrolló en aquel clima, que estableció una crítica interna del pensamiento jurídico, una investigación histórico-cultural sobre eso, que trata de reunir en su raíz los condicionamientos ideológicos, para transformarse de esta forma en una sigilosa crítica de las ideologías jurídicas.

A medida que la distancia vuelve más reconocibles los lineamientos distorsionados de un mundo que ha asistido a la macabra unión entre la violencia y el derecho, la polémica sobre el positivismo jurídico y sobre el jusnaturalismo va perdiendo el carácter de una inconciliable guerra de religión y entra en una dimensión más objetiva y fecunda. El juicio emocional tiende a cederle el lugar al sereno examen histórico. Las reconocidas analogías en la historia de la experiencia jurídica de los diferentes países dan lugar a la investigación de «tipos», de formas generales dentro de las cuales la relación entre la violencia y el derecho, entre la legalidad y la justicia, entre la validez formal y la obligatoriedad ética de la regla jurídica puede ser definida escolásticamente en sus aspectos paradigmáticos. La

analítica separación de los diferentes «significados» del positivismo y del jusnaturalismo y de los diferentes y correspondientes problemas en relación a los cuales la alternativa entre el positivismo jurídico y jusnaturalismo adquieren un sentido más preciso (el problema de la validez, el problema de la justicia y de la obediencia a la regla jurídica, el problema del método en la formación y en la interpretación de la leyes), ha permitido que se enfrente esta alternativa, tal vez por primera vez en la historia de la filosofía del derecho, en una forma nueva, según la cual lo positivo y lo negativo, el «dar» y el «recibir» se distribuyen entre los dos términos dependiendo de esos diferentes rubros. A quien le toque el saldo activo en la balanza de la experiencia jurídica, esta es una cuenta que, ya se comienza a comprender, puede ser hecha solo con una puntual referencia a específicos capítulos de la historia de la experiencia jurídica.

En este trabajo he querido hacer referencia a un momento muy significativo de la historia del derecho penal en Alemania: el que comprende las tres décadas que preceden la llegada de la dictadura nacionalsocialista, proponiéndome contribuir, con una documentación histórica, a un juicio más sereno sobre la relación entre el positivismo jurídico y la degeneración autoritaria del ordenamiento jurídico alemán, después de 1933. En la discusión sobre esta relación se observan dos principales defectos. En primer lugar, los argumentos para condenar o para defender el positivismo jurídico fueron sacados directamente y casi exclusivamente de lo que se sabe de la doctrina y de la experiencia jurídica durante el periodo totalitario (para esto no disponemos todavía de una literatura adecuada y hay que considerar que tal vez aun no está maduro el tiempo para emitir un juicio definitivo) y, en cambio, se ha descuidado el tomar en consideración el periodo que lo precede y prepara, el cual, como la más competente historiografía demuestra, contiene la «llave» indispensable para una verdadera comprensión de la involución de la política y de la cultura alemana después de 1933 (y por otro lado, al estado actual de nuestros conocimientos, nos ofrece un terreno ya en parte roturado y más idóneo de esta forma a un juicio sereno).

En segundo lugar, la discusión sobre la «responsabilidad» del positivismo jurídico en relación al nacionalsocialismo ha sufrido la ambigüedad del significado de este término, que ha sido y es a menudo usado dándole significados diferentes dependiendo de los autores, para indicar algunas tesis o actitudes del pensamiento jurídico a menudo separados del contexto histórico en el que surgieron y por ende, como ya se ha reconocido, careciendo de una necesaria relación de interdependencia. Por eso el término «positivismo jurídico» ha sido a menudo el vehículo que ha introducido en la discusión sobre las «causas» de la degeneración autoritaria de los ordenamientos jurídicos la carga emocional o los juicios de valor que los diferentes interlocutores han reconectado a ese

término. El riesgo es que se vuelva así la síntesis de lo que por las diferentes partes es considerado «bueno» o «malo» en la ciencia de la filosofía del derecho.

Para huir de estos inconvenientes he creído oportuno disponer la materia tratada en forma tal que se enfrente al principio y dejar, por así decirlo, *in limine* algunas cuestiones de mérito y de método que conciernen la doctrina jurídica durante el nacionalsocialismo y la presencia en esa de las principales tesis que se incluyen bajo el concepto de «positivismo jurídico». Este cambio del orden cronológico de la materia tratada se justifica con el hecho que aquí no se quiere dar un cuadro exhaustivo de la doctrina jurídica del nacionalsocialismo, sino solamente establecer algunos puntos firmes sobre esa, para poder mirar luego hacia atrás como se desarrolló el pensamiento penal del periodo precedente, que es el verdadero objeto de lo que tratamos aquí. He querido así, también a través de la exterior disposición de los capítulos, evitar que se tenga la impresión que se quiere atribuir a la doctrina y a la praxis jurídica del nacionalsocialismo el significado de un necesario apólogo del acontecimiento examinado. Eso explica también el interés particular atribuido a los años inmediatamente precedentes y a los primeros años del nacionalsocialismo, en los cuales me parece haber logrado, aunque sea en forma sucinta, documentar algunas de las actitudes características del pensamiento jurídico alemán en las cuales, más que al positivismo jurídico, están inspiradas a una radical superación de eso especialmente en su significado metodológico y en sus implicaciones ideológicas.

En el cuadro de las tendencias del pensamiento jurídico de las primeras tres décadas del siglo sale a la luz, me parece bastante claramente, la crisis del método lógico-formal de la interpretación y la crisis del principio de legalidad (se considera que ambos son los motivos originarios del positivismo jurídico), este resultado, si de un lado arroja muchas dudas sobre la tesis, aun hoy sostenida, que el pensamiento jurídico nacionalsocialista deriva del espíritu del positivismo jurídico, del otro lleva el lector a reflexionar sobre la relación entre el pensamiento jurídico nacionalsocialista con las corrientes antiformalistas y antipositivistas, de las cuales he destacado que, en la ciencia penal alemana, existían antes del periodo autoritario. Yo soy partidario del más modesto resultado que consiste, si me es lícito hacer un balance, en haber movido los términos de la cuestión, ya que no puede ser resuelta derivándola necesariamente de una actitud de pensamiento de una que la precede (derivación que se traduce en los mejores de los casos en la tautológica identificación del *post hoc* en el *propter hoc*) y en haber enseñado como el pensamiento jurídico durante el nacionalsocialismo, del cual he tratado de trazar algunas líneas en esta sede puramente preliminar y durante las tres décadas que lo preceden, se inscriben en el arco de una misma crisis del derecho y de la cultura alemana, la cual hunde sus raíces en los comienzos de la época de Guillermo II. Sería por eso superficial usar el año 1933, como el enfático símbolo de una cesura entre dos momentos del desarrollo cultural y político

alemán, para coser de nuevo luego estos dos momentos entre ellos a través del recurso de la representación, historiográficamente muy improductiva, de una relación causal.

Naturalmente todo el discurso de las relaciones entre el positivismo jurídico y la ciencia del derecho penal en el periodo examinado reposa en el significado atribuido a este término. Considerando la forma que no es para nada unívoca en la cual ha sido y es usado, no queda más que convenir desde el principio sobre cuáles son las tesis y las actitudes de pensamiento que se ponen bajo esta etiqueta, y hacer luego un continua referencia a esta inicial convención. Esa será mucho menos arbitraria cuanto más se logre recoger los usos lingüísticos más difundidos del término y cuanto más se logre tener ligada la historia concreta de los movimientos de pensamiento, que en los varios contextos culturales de Europa post-iluminista representa, de conformidad con una *communis opinio* bastante documentable, la tradición histórica del «positivismo jurídico».

En este trabajo la expresión «positivismo jurídico» se refiere a tres diferentes tesis o significados que esa puede asumir en relación a tres correspondientes problemas. Ya que estos problemas son entre ellos diferentes, las tres tesis relacionadas a estos, no son necesariamente interdependientes y de hecho, no siempre las vemos coexistir en las teorías del derecho que consideramos, por la presencia de al menos dos de esas, como teorías de dirección «positivista». Por otra parte, estos tres significados no agotan para nada la entera noción del positivismo jurídico como ha sido analizada por la literatura reciente; y más bien han sido descuidados intencionalmente algunos posibles significados de esta noción, que no interesan directamente a la materia que yo trato y que además no considero como esenciales para una discriminación del positivismo jurídico por otras actitudes del pensamiento jurídico.

En su primer significado el positivismo jurídico se presenta como una *teoría del derecho*, que hace proceder la validez de las normas jurídicas exclusivamente por el hecho de que esas son puestas por órganos competentes para que lo hagan, según las normas que presiden a la organización del ordenamiento jurídico. Esta teoría excluye así las teorías jusnaturalistas, que hacen depender la validez de las normas del derecho por su correspondencia con la justicia material o a la naturaleza de las cosas. En este significado suyo el positivismo jurídico está ligado a una actitud de pensamiento según la cual el derecho *como es* debe ser diferente del derecho *cómo debe de ser*.

En el segundo significado el positivismo jurídico se presenta como una *teoría de los valores* según la cual no es deducible el deber ser del ser y por eso no son demostrables los juicios de valor, en particular los que tienen como objeto el derecho de *cómo debe de ser*. En este sentido el positivismo jurídico se opone al jusnaturalismo, el cual afirma la

deducibilidad de los contenidos de la justicia material de la naturaleza de las cosas o de la razón humana y por lo tanto su demostración de los juicios de valor. Sin embargo, esta contraposición ideológica no tiene nada que ver con el problema, de naturaleza exquisitamente moral, a la obediencia de la ley. En relación a este problema el positivismo jurídico puede llegar siguiendo totalmente por otro camino, que no es el jusnaturalismo, a una consecuencia idéntica: no ser, es un deber moral de obediencia a la ley injusta, por lo menos cuando la injusticia supera cierto límite y se vuelve absolutamente intolerable para la conciencia moral. El jusnaturalismo llega a esta consecuencia porque niega la distinción entre el derecho como es y el derecho como debería de ser y excluye por lo tanto que la *ley* absolutamente injusta sea *derecho*. El positivismo jurídico en cambio llega a esta consecuencia mientras quede fiel a la distinción entre derecho como es y derecho como debe de ser y evite por lo tanto confundir el derecho con la moral. En este caso eso le quita a la conciencia moral del destinatario sujeto a las reglas jurídicas la responsabilidad de un juicio sobre su contenido y sobre la decisión si obedece o menos a la ley considerada injusta. Cuando en cambio nos encontramos en presencia de una confusión entre la moral y el derecho, el positivismo jurídico resbala fácilmente hacia una moral de tipo legal, basada en la idea que el derecho y el estado son depositarios de la ética y que por ende las leyes jurídicas son también moralmente obligatorias. Es lo que pasa precisamente en el positivismo jurídico alemán en el periodo examinado.

El principio positivista; la *ley es ley*, el cual, subsistiendo la distinción entre derecho y moral significa: la ley no es nada más que ley (y por ende la obligación jurídica puede y debe de ser controlada por la conciencia moral) se vuelve, cuando esta distinción es negada, el punto de partida para la abdicación de la conciencia moral del individuo frente al derecho, que se considera a priori como objetivando los principios éticos. Sin embargo, aquí no estamos en presencia de un corolario moral de las dos tesis del positivismo jurídico hasta ahora ilustradas: la validez del derecho es independiente de la justicia y de los contenidos materiales de la justicia no son deducibles del ser susceptibles de demostración. Estamos más bien en presencia de una moral positiva basada sobre el mito de la ética del Estado y del derecho, y que conduce a una notable deformación de los dos principios del positivismo jurídico susodichos. Es fácil de hecho darse cuenta que la teoría de la independencia de la validez del derecho de la justicia, así como el no ser demostrables los juicios de valor y los contenidos de la justicia material, son sustancialmente negados por la confusión entre el derecho y la moral. Esa en la realidad termina atribuyendo al derecho -como es- el significado del derecho -como debe de ser- y para intercambiar la objetividad de los principios éticos con los que son fijados en el ordenamiento jurídico positivo y por lo tanto, en la misma manera universalmente comprobables.

Finalmente el positivismo jurídico se presenta como un *método* para la formación y para la interpretación de las leyes, basado en la idea de la certeza del derecho, la cual se alcanza a través del compromiso por parte del legislador de casos legales abstractos y generales, contruidos con elementos descriptivos y evaluativos de significado unívoco, y a través de la subordinación del intérprete de la voluntad de la ley, excluyendo el recurso a los principios políticos, morales, sociológicos, no directamente mencionados por las leyes para integrar o corregir el contenido de las leyes mismas. Estas son consideradas por lo tanto, bajo este punto de vista, como un «sistema cerrado». Este método positivista para la interpretación y la distribución científica del derecho, que tiende a excluir o limitar al máximo la libertad y la función creativa del intérprete, se contrapone a ciertas corrientes modernas como la *Escuela del derecho libre*, la *jurisprudencia sociológica* y el *realismo jurídico*, las cuales directamente o indirectamente se reconectan a la idea del derecho natural («derecho viviente» en el lenguaje de la Escuela de derecho libre). A este derecho natural o derecho viviente el intérprete debería referirse, y de hecho se refiere, según estas modernas corrientes, para integrar el derecho positivo fijado por el legislador y reconducir los casos abstractos hacia la concreción de las situaciones de la vida social.

Si pasamos, por esta confrontación, necesariamente abstracta y esquemática entre positivismo jurídico y jusnaturalismo en relación a los problemas susodichos, a una breve consideración histórica de los motivos de fondo originarios que están a la base de los movimientos de pensamiento en Francia, en Inglaterra, en Alemania, que se suelen indicar como la tradición del positivismo jurídico, los puntos de contacto entre eso y la tradición del jusnaturalismo moderno aparecen por lo menos igual de importantes que sus divergencias. Positivismo jurídico y jusnaturalismo nos aparecen entonces verdaderamente, según una feliz expresión de Bobbio, como «dos hermanos enemigos», más bien, más que enemigos, como hermanos, hijos de una misma época, portadores, el jusnaturalismo antes y luego el positivismo, de las mismas fundamentales instancias presentes en el pensamiento jurídico del Iluminismo, que lleva hacia la afirmación de la ley como garantía de la libertad y de la certeza de la esfera jurídica individual y, correspondientemente, hacia la construcción de un sistema de límites jurídicos del poder estatal. Son estas ideas que, constituyendo el subterráneo tejido común del moderno jusnaturalismo y del positivismo jurídico, rinden estéril cada negación que se quiera hacer del uno en función del otro de estos dos términos y que todavía no ha decaído, en relación al derecho de la sociedad moderna, la función del positivismo jurídico, no obstante la evidente superación o envejecimiento de algunas tesis suyas (es suficiente pensar en las grandes dificultades a las cuales se enfrenta la tesis de la exhaustividad del ordenamiento jurídico considerado como sistema cerrado).

Aquí se quiere apenas mencionar una prospectiva, solo en una sede específica podré desarrollar exhaustivamente el tema ya que estoy perfectamente consciente de las dificultades. Esas son debidas sobre todo a la imposibilidad de insertar armónicamente en tal prospectiva ciertos aspectos de la tradición del positivismo jurídico en sus orígenes (es suficiente pensar en Hobbes y en las dificultades que deja abiertas cada tentativa de interpretar el pensamiento en llave «liberal», así como en la fase de su desarrollo más cercano a nosotros (se piense en Kelsen, al agnosticismo que él profesaba en la metodología de la interpretación y en el vaciamiento que en el pensamiento de este autor sufre el principio de legalidad, privado de su originario y específico contenido ideológico). Sin embargo hay que mencionar esta prospectiva, porque a esta están ligadas ciertas opiniones más, que constituyen la implícita premisa del discurso que sigue y clarifican de tal manera el significado y los límites de la apología del positivismo jurídico, que desciende del análisis histórica aquí conducida.

En Francia el positivismo jurídico nace con la *Escuela de la Exégesis*, en directa dependencia del movimiento de ideas que, por impulso del jusnaturalismo iluminista, condujo a la exaltación del valor de la ley abstracta y general como superación del *Ancien régime* y garantía de la libertad, seguridad e igualdad de los individuos, y que encontró su expresión en la codificación de 1804. El principio de legalidad, entendido en su origen jusnaturalista y en su específico significado ideológico, relacionado al valor y a la función que se le atribuye a la ley como garante de la libertad individual, nos da la razón del ideal, según el cual la certeza del derecho representa para la obra de codificación, inspirada en su totalidad en los principios de unidad y simplicidad del sistema legislativo, el límite mismo que esa le asigna luego; en el pensamiento de los representantes de la Escuela de la exégesis, la obra del intérprete y en particular la del juez subordinado, también en homenaje al principio de la división de los poderes, se basa en la voluntad objetiva de la ley, ya que es llamado no a integrar o a corregir, sino solo a reconocer y declarar. Pero como se ve, la certeza del derecho, que es un principio fundamental del positivismo jurídico de la Escuela de la exégesis, que esa hereda, no obstante hubo algunos importantes movimientos de acento, que fueron en forma competente destacados por el jusnaturalismo de los autores de la codificación, no es un fin en sí mismo, sino que es ordenada con el fin de brindarle seguridad al individuo en las relaciones intersubjetivas y en las relaciones con el Estado.

La autonomía del individuo, liberado del arbitrio del poder a través de la voluntad general o de la racionalidad misma, que se expresa en la ley, es el valor que le da al principio de legalidad y a la idea de la certeza del derecho su histórico e inconfundible contenido. Sus corolarios son la claridad y la univocidad de los comandos del legislador expresados en forma abstracta (o sea tal de tomar el elemento típico y universal de las situaciones de la

vida social, sin referencia a su mutable particularidad) y general, (es decir, dirigidos a la generalidad de los ciudadanos, considerados iguales y fungibles como destinatarios de la ley), la prohibición de normas en blanco y cláusulas elásticas, que dejen al arbitrio del juez la concretización de los criterios extrajurídicos mencionados por el legislador, y de normas retroactivas, que le quitan al ciudadano la posibilidad misma de conocer los límites precisos de la acción lícita y las consecuencias jurídicas de su comportamiento; el límite riguroso asignado al procedimiento analógico sobre la base del principio de la exhaustividad del ordenamiento jurídico, el cual principio le quita así la analogía de toda función heterointegrativa en relación al ordenamiento mismo. Así entendido, el principio de legalidad, como garantía de la autonomía del individuo, es el subterráneo ligamen que une directamente el positivismo jurídico en Francia con el Jusnaturalismo del setecientos de Rousseau, de Montesquieu y de los autores de la codificación napoleónica.

Este fecundo motivo, que está en los orígenes del positivismo jurídico en Francia, gradualmente viene desconocido cuando, en el exasperarse de una abstracta polémica contra el jusnaturalismo, el positivismo jurídico termina vaciando de su contenido el principio de legalidad, reduciéndolo al formal y estéril nexo entre la ley y el órgano competente a emanarla y transformando la certeza del derecho por medio de la seguridad del individuo en un fin, reduciendo así el valor del derecho a la abstracta validez del comando, como sucede en el pensamiento de Kelsen.

En la tradición jurídica inglesa el positivismo jurídico, en una coherente línea de desarrollo que de Bentham y Austin llega hasta nuestros días, reúne y realiza en algunas importantes implicaciones un motivo fundamental, que representa la conquista tal vez más decisiva y revolucionaria de la Escuela de derecho natural en el siglo XVIII en relación al jusnaturalismo clásico y medieval. Este motivo, desarrollado sobre todo por Thomasius y por Kant en Alemania, es la autonomía del derecho de la moral, el diferenciar un orden de criterios exteriores y coactivos del comportamiento humano de los principios interiores e incoercibles, que encuentran expresión en la conciencia del individuo.

Esta autonomía no quiere decir separación u oposición, sino posibilidad lógica, que emerge tal vez por primera vez en la historia del pensamiento jurídico con el moderno jusnaturalismo y luego con el positivismo jurídico, para instaurar una relación entre el derecho y la moral, que logre evitar el peligro de toda moral legalista, que deriva de la confusión entre derecho y moral, el peligro, es decir, «que el derecho existente pueda suplantar la moral en su rol de supremo criterio de conducta, y así llegue a escaparse de toda crítica» (Hart) y logre poner así, al lado de la autoridad toda exterior de la ley jurídica, la autoridad toda exterior de la ley moral. Esta se vuelve en tal forma un criterio hacia el

cual direccionar y a través de la cual evaluar y controlar el contenido de las reglas jurídicas positivas.

Esta distinción entre derecho y moral se encuentra en el espíritu de la ética moderna entendida como ética autónoma y no heterónoma: eso de hecho implica, no obstante eso no haya sido claramente vislumbrado por los fundadores del positivismo jurídico inglés, la autonomía de la conciencia moral del individuo en relación a la autoridad del Estado. Tal afirmación está implícita en la tesis, decididamente afirmada por Bentham y por Austin, según la cual la existencia de una ley es una cosa que no debe confundirse con su valor, el ser debe distinguirse del tener que ser. De hecho, si la *validez*, o sea la existencia misma de las reglas jurídicas positivas, se substraer de tal forma de la dependencia del criterio moral de la justicia, el *valor* de la ley, que no se identifica con su normal validez, en cambio, se le hace depender en su totalidad del criterio moral de la justicia. Distinguiendo de tal forma el hecho del derecho de su valor, el positivismo jurídico substraer a la ley toda función moral y religiosa y se pone en capacidad de plantear el problema de la resistencia al derecho injusto, no en términos meramente jurídicos, sino en sus auténticos términos como problema moral, que encuentra en la autonomía de la conciencia moral del individuo, en el orden ético que en esa se expresa, su fundamental criterio de resolución.

En el pensamiento jurídico alemán finalmente, el positivismo jurídico nace con la escuela histórica (Hugo y Savigny) y encuentra su plena expresión en la doctrina pandectística (Windscheid) y en la jurisprudencia de los conceptos (Laband, Jellinek; Bierling). El ideal iluminista de la ciencia jurídica como sistema racional de conceptos, recibió un impulso decisivo del kantiano descubrimiento de la autonomía de la categoría jurídica, y a través de esta idea se expresa desde los orígenes del positivismo jurídico alemán en el pensamiento de Anselm Feuerbach y de Gustav Hugo, los cuales escriben bajo la directa influencia del jusracionalismo de Kant, y en el pensamiento de Savigny (el cual, no obstante su firme oposición al jusnaturalismo liberal, vio, como fue justamente notado por Bochmer, el programa jusnaturalista como una colocación unitaria del derecho privado) y luego en forma más integral en la jurisprudencia de los conceptos, vio otro fundamental motivo del jusnaturalismo moderno, donde se afirma la autonomía de la ciencia jurídica. Esta afirmación remonta al fundador mismo de la moderna Escuela de derecho natural, Hugo Grotius.

Si esa fue pensada por Grozio dos siglos antes en referencia al problema de darle a la jurisprudencia una autónoma dignidad científica, independizando sus principios de la Teología y tratando de no remitirla más al principio de autoridad, sino al mismo método empírico racional de las nuevas ciencias de la Naturaleza, así ahora, mientras el pensamiento alemán se dirige a la fundación de la autonomía de las ciencias del espíritu, el problema que el positivismo jurídico alemán se cuestiona es, por un lado, el de fundar

la ciencia jurídica como una de las ciencias del espíritu o de la cultura, y por otra parte, establecer una autonomía suya dentro de esta categoría, liberando su método y sus principios de toda contaminación ética, política, económica y sociológica. La independencia lógica y metodológica de la ciencia del derecho de la política, ya vislumbrada por Savigny, se vuelve, con Laband, junto a otros representantes de la *Jurisprudencia de Conceptos*, la bandera misma del positivismo jurídico y marca, con una línea unitaria que llega hasta la *Doctrina pura del derecho* (Kelsen), el más significativo esfuerzo de la ciencia jurídica moderna, de la cual la obra de Grozio constituye en este sentido su nacimiento, alcanzando la concientización de su peculiar método y de su misma autonomía, para construir un sistema cerrado y autosuficiente de conceptos, es decir, un lenguaje riguroso.

Si de Alemania extendemos nuevamente la mirada a la entera perspectiva europea, vemos converger en este esfuerzo, para realizar la idea groziana de la autonomía de la Ciencia Jurídica, la tradición de la *Jurisprudencia Analítica* del positivismo jurídico inglés (Austin) y la *Jurisprudencia de Conceptos* del iuspositivismo alemán. Esta idea de integridad lógica del sistema de los conceptos de la ciencia jurídica, autosuficiente y excluyente, por lo tanto el recurrir a toda forma de heterointegración, corresponde luego a la idea de la certeza y de la integración del ordenamiento jurídico cual sistema codificado de garantías de la libertad individual y de límites del poder estatal, que, luego de la afirmación del jusnaturalismo iluminista en la codificación napoleónica, constituye el motivo central del positivismo jurídico francés.

La autonomía del individuo, la contraposición entre la certeza de la ley y el arbitrio, la igualdad de los destinatarios de las normas jurídicas en el sistema mismo de privilegio del derecho señorial: autonomía de la conciencia moral y contraposición entre la autoridad interior y exterior del derecho, despojada de su pretendida obligatoriedad ética; autonomía de la ciencia y del método jurídico y contraposición entre la rigurosa objetividad del sistema jurídico y la subjetividad de los criterios jurídicos y teológicos asignados a la actividad heterointegrativa del intérprete: he aquí algunas ideas que están a la base del moderno positivismo jurídico. Estas ideas asignan al positivismo jurídico, respecto al moderno jusnaturalismo, un rol no solamente alternativo, sino también complementario, en orden a la razón de la existencia del derecho abstracto moderno, que la tradición racionalista de la filosofía moderna, con la obra de Kant, de Hegel y de Marx, tiene claramente indicada, no solo como *valor*, sino también como *límite* inquebrantable de la función del derecho en relación a la sociedad civil: la función, es decir, de garantizar, en un sistema cierto y reconocible de relaciones jurídicas impersonales, la autonomía de los individuos en calidad de sujetos de derecho, y por ende no unidos por el vínculo

comunitario de la obra común y del amor, sino que diferentes como átomos fungibles del mecanismo contractual de la producción y del intercambio.

Los análisis históricos sobre el movimiento de ideas que está a la base de las direcciones tomadas por la ciencia jurídica de este siglo no han alcanzado todavía suficiente desarrollo; esas son parte hoy de las tareas emergentes de una filosofía jurídica, que no quiere ser solo una filosofía *sobre* el derecho, sino que quiera volverse el momento central de la reflexión crítica interna de la experiencia jurídica. Es lícito sin embargo hacer un provisorio análisis de los resultados que se han adquirido en este campo, podemos decir que esos nos llevan a volcar o al menos a modificar definitivamente el juicio apurado que, en el periodo después de la primera guerra mundial, involucró el positivismo jurídico entre los responsables de la enfermedad atravesada por los ordenamientos jurídicos europeos durante las recientes dictaduras y en los tiempos inmediatamente precedentes a esas.

Una más objetiva etiología nos permite ahora poner en relación estos procesos degenerativos no tanto con el positivismo jurídico, sino más bien con su crisis, es decir, con el vaciamiento del principio de legalidad, con el venir menos del principio de la certeza del derecho, oscureciendo la distinción entre derecho y moral, entre forma jurídica y realidad social, en una mistificada exaltación del valor moral del derecho y de la sustancia ética del Estado, que se traduce luego en la subordinación incondicionada del imperativo moral al comando de la autoridad constituida y, por otra parte, con la afirmación de la técnica legislativa y en la ciencia jurídica, de tendencias antiformalistas e irracionalistas, directas a acentuar la función de los elementos axiológicos de los casos jurídicos y a promover el empleo de cláusulas en blanco por parte del legislador, a superar el principio de legalidad con la directa remisión, en la concretización del derecho, a la «sana moral popular» y, finalmente, lo que es peor, a prestar a la autoridad del Estado el aval incondicionado de pretendidos «valores» directamente emergentes de la vía de la nación o del «espíritu del pueblo».

Estamos ahora con capacidad para afirmar que las consecuencias de la servidumbre del derecho a la violencia fueron mucho más graves donde el servicio de la violencia encontró una ciencia jurídica y una jurisprudencia, que se habían ya alejado del principio positivista de la certeza del derecho y militaban bajo una confusa ideología, de la cual la función del derecho se dilataba hasta abrazar la entera esfera de la ética: esa, en la mente de sus sostenedores, quería ser justamente la «superación» del positivismo jurídico. Y además, a confirmar la completa superación de esta doctrina, no faltan tampoco aquellos que pusieron la mistificadora ideología nacionalista y totalitaria de la «comunidad popular» bajo la insignia de un «nuevo» jusnaturalismo (Dietze).

La *responsabilidad* del positivismo jurídico en la degeneración autoritaria de los ordenamientos jurídicos, especialmente por lo que concierne Alemania, se pone de esta forma seriamente en duda. Ni se puede evitar extender esta duda a la etiología de estas degeneraciones a la terapia y a la profilaxis a las cuales se hizo recurso en el primer momento: las fundaciones jusnaturalistas, ontológicas (*la naturaleza del hecho*) y éticas del derecho no recaudan más aquella ilimitada confianza como la que había sido puesta por el movimiento neo jusnaturalista del periodo después de la primera guerra mundial, que representan la primera reacción crítica a la catástrofe del ordenamiento jurídico nacionalsocialista, con la cual empezó el proceso de restauración de los ordenamientos democráticos.

Hoy, viendo con un más sereno desapego el proceso de degeneración autoritaria de los ordenamientos jurídicos, y analizando objetivamente los factores que lo determinaron y lo condicionaron en diferentes países, no consideramos más que podamos suscribir un juicio de condena al positivismo jurídico: esto en realidad fue ya ampliamente «superado» cuando ese proceso entró en la fase decisiva. Con el principio de legalidad y la neta distinción entre derecho y moral, con estas que son entre sus más importantes afirmaciones, el positivismo jurídico no hubiera ciertamente podido impedir a la violencia que sometiera a sus propios fines el derecho, pero habría por lo menos podido poner un dúplice límite a este proceso de degeneración.

En primer lugar, por cuanto injustas e inhumanas fueron las reglas jurídicas de las cuales se sirvió la violencia para instaurar y consagrar su propio dominio, esas hubieran igualmente constituido un límite seguro a la violencia y hubieran circunscrito la injusticia en los confines reconocibles, si en su interpretación doctrina y jurisprudencia se hubiesen quedado ancladas al principio de legalidad. El mal hubiera sido definido y reconocible, y por lo tanto menor. En cambio, una vez superado el límite objetivo del caso jurídico en cuestión, la injusticia perdió también la desgarrada altisonancia de la legalidad formal, que, si no sirve para ennoblecerla, por lo menos tiene el efecto positivo de bloquear sus movimientos y de volver más denunciabiles las insidias. Fue fácil entonces resbalar de la injusticia perpetrada en la forma del derecho hacia el puro e ilimitado terror. Un ejemplo clarificará mejor este pensamiento: la «ley sobre la protección de la sangre y del honor alemán» de 1934 castigaba severamente las relaciones extraconyugales entre judíos y alemanes. Se trataba ciertamente de una ley inhumana e injusta: pero esta inhumanidad y esta injusticia se volvieron más graves, cuando esta ley se aplicó de conformidad con una extensa interpretación teleológica, tomando en cuenta, más que el elemento descriptivo del caso (las relaciones extraconyugales), del «bien jurídico» protegido y del objetivo del

legislador. Es así que cayeron bajo la sanción de esta ley también las simples manifestaciones eróticas entre judíos y alemanes (1).

En segundo lugar, y esto es más importante, el positivismo jurídico habría suministrado la base para una más válida resistencia moral contra el derecho injusto. La distinción entre legalidad y moralidad, entre validez y justicia habría impedido la fatal mistificación de toda regla jurídica en una obligación moral, en un aspecto imperioso de la más profunda «ética» que impone a la conciencia individual de plegarse delante de los valores encarnados en el destino histórico de una nación y de una raza. Una actitud positivista no habría dejado este alibi en la conciencia individual de los juristas y de los ciudadanos; eso habría en cambio contribuido a mantener abierto el problema moral de la obediencia a la ley injusta y habría sustraído así al sistema autoritario buena parte de aquel consentimiento ético, que eso desgraciadamente logró arrebatarse con el mito de la «sana moral popular». En este sentido, le toca a Hart y a Bobbio, y a sus alumnos, el mérito de haber retomado y reanimado una iluminada tradición del pensamiento jurídico inglés ilustrando, no sin hacer una directa referencia a la experiencia jurídica reciente, la importancia de la positivista distinción entre derecho y ética, como de una doctrina de la cual la exigencia del control moral sobre el derecho positivo no es para nada disminuida, más bien es reforzada.

El presente trabajo desarrolla más sistemáticamente una línea de interpretación de la historia de la experiencia jurídica alemana del '900, que he seguido en la monografía *Antinomias jurídicas y conflictos de conciencia* (1963). La línea interpretativa y crítica de las tendencias subjetivistas e irracionistas del pensamiento jurídico alemán, y en especial el penal, que precede y prepara a la cambio radical autoritario de 1933, adoptada en la análisis de la doctrina de los conflictos de deberes y del estado de necesidad, uno de los capítulos indudablemente más ricos de contenido ideológico en la historia de la ciencia y de la experiencia jurídica alemana contemporánea, ha guiado esta siguiente trabajo. Esa tiene como objeto los principales capítulos de la dogmática penalística y de la doctrina «teleológica» del método jurídico en la época de la crisis y de la superación del positivismo jurídico en Alemania, y define así el cuadro histórico e ideológico en el cual se movía aquel precedente estudio (2).

Si, sin habérmelo en lo absoluto propuesto como un programa pre constituido debido a las investigaciones históricas llevadas a cabo, estoy dando con estos dos trabajos una contribución a la apología del positivismo jurídico, es consecuencia de una serena reflexión sobre los datos históricos recogidos, la cual me ha hecho consciente de cuanto fue fatal para la ciencia jurídica alemana el abandono del principio de legalidad y la separación entre derecho y moral (3). Me parece ahora que estas investigaciones históricas sobre el pensamiento jurídico y penal alemán se conectan, en forma para nada

ocasional, con los resultados a los cuales he llegado en otros trabajos dedicados a la crítica de algunas actitudes jusnaturalistas del pensamiento jurídico contemporáneo. Y si por lo tanto, a este punto del desarrollo de mis estudios, me doy cuenta que me encuentro «comprometido» en la superación de la abstracta polémica entre jusnaturalismo y positivismo y en la necesaria reevaluación de las «buenas razones» que el positivismo jurídico tiene siempre que enseñar contra toda negación suya basada en la interpretación de la experiencia jurídica reciente, no puedo hacer menos que precisar en esta ocasión también si en forma tal vez demasiado sucinta y meramente programática (¿quién ignora que la introducción a un escrito sirve igual o tal vez aun más que su conclusión para trazar programas para el futuro?) lo que para mí el positivismo jurídico representa como una actitud de pensamiento en relación a la realidad social y cultural: y, es decir, justo la actitud opuesta a lo que pone una ilimitada confianza en el valor de la legalidad y atribuye decisiva importancia al derecho en la consideración de las cosas de este mundo. La reevaluación del positivismo jurídico desciende para mí más bien del neto rechazo a toda visión pan jurídica de la realidad social, de toda identificación de esta con la forma jurídica, de toda sobrevaluación de la tarea que le toca al derecho entre los factores a los cuales se le confía el progreso humano. En este sentido el «regreso» al positivismo jurídico representa si no el punto de llegada, una etapa importante del camino que conduce, a través de la puntual crítica de las ideologías jurídicas, a la desmitificación del derecho, o si se quiere, a la desmitificación de la categoría jurídica, dirigiéndose así hacia una fundación racional de la teoría del derecho.

Esta «defensa» mía al positivismo jurídico deriva de hecho de una posición de pensamiento que quiere quedar ligada a un sano y «positivo» escepticismo sobre la situación humana: eso corresponde a una imagen bastante realista del «estado civil» y se contrapone a las ideologías jurídicas y políticas que buscan hacernos olvidar que este estado civil todavía no se ha vuelto algo de fundamentalmente diferente de una artificial corrección del «estado de naturaleza» y que es propiamente el derecho el *grande artificio* que permite al egoísmo que se desarrolle en condiciones de mayor seguridad y a los hombres y a los grupos sociales de continuar a aplastarse los unos a los otros con alguna mejor esperanza de sobrevivir (por lo menos para aquellos que tiene la fuerza de su parte).

¿Es este un inagotable pesimismo? No lo es y no lo quiere ser. Pero para superar esta visión desencantada de la realidad humana no es suficiente «superar» con generosos trazos de lapicero, o con ideas todavía más generosas, el positivismo jurídico, que de esta visión desciende: se necesita antes haber cambiado la realidad que en esa se refleja. Sin embargo, cuando esto habrá pasado, también la polémica sobre el positivismo jurídico

habrá perdido toda razón de ser. Por ahora esa nos sirve para tener despierta la mirada y para no ilusionarnos considerando que la sociedad es sana solo porque la vemos caminar apoyada a la muleta para su vacilante camino. Si eso logrará garantizar un mínimo de seguridad a la existencia individual y un límite seguro y reconocible del comportamiento lícito, nos habrá dado todo lo que es capaz de darnos. La experiencia histórica reciente y el escuálido crepúsculo de todas las místicas comunitarias, de la cual la violencia política ha amado amamantarse, nos advierte contra la peligrosa tentación de transferir en el instrumento coercitivo del derecho aquellas esperanzas para el progreso hacia una sociedad mejor, que solo se puede poner en la lucha política para la emancipación humana y en la afirmación incondicionada de los incoercibles valores morales.

Tengo el honor de dedicar este escrito a los miembros de la Facultad jurídica de la universidad de Göttingen, en grato recuerdo del periodo operoso y fecundo que puede transcurrir en esta hospitalaria Facultad, adhiriendo a la amable invitación de tener por el semestre invernal 1964/65 cursos de la «libre cátedra de derecho penal y teoría del derecho». Me es grato recordar a los estudiantes que siguieron en mis cursos en forma particular a los participantes a un seminario que tuvo como objeto los argumentos del presente trabajo. Su inteligente y viva participación contribuyó en gran parte a profundizar mi investigación y a la maduración de las ideas expuestas en las páginas que siguen (4).

Notas

(1) Su questa e su altre disposizioni penali del regime nazionalsocialistico si veda la giurisprudenza richiamata *infra*, nota 77.

(2) Nella recente letteratura penalistica italiana va segnalato, per la chiara esigenza storicistica che lo muove, il contributo dato dal Porzio alla critica del formalismo giuridico con la monografia *Problemi metodologici sulla interpretazione del diritto penale*, Napoli 1961 (della quale è in corso una edizione aggiornata). Mentre sto ormai per licenziare il presente volume, ricevo e leggo con vivo interesse un nuovo lavoro di questo autore, *Sistemi penali e ideologici*, Napoli 1965, nel quale la polemica contro il formalismo e il mito della neutralità ideologica della scienza giuridica è ripresa in una più vasta prospettiva storica. Sono grato al Porzio per l'attenzione dedicata alle mie idee sullo sviluppo della scienza penalistica tedesca del '900, non posso però non manifestare il mio stupore nel vedermi investito dell'accusa di « aver trasferito nell'ambito della realtà scientifica gli stessi criteri di giudizio utilizzabili nella valutazione della realtà legislativa ». L'osservazione critica si basa su due presupposti: il primo, di carattere metodologico, è costituito dalla possibilità di riproporre, in una nuova accezione storicistica, la tesi della «purezza» e della «neutralità» ideologica della scienza giuridica, come cerca di fare il Porzio quando sostiene che se la teorizzazione giuridica è «fondata», cioè è riuscita a «riflettere la realtà giuridica», essa non può essere oggetto di una valutazione critica dal punto di vista ideologico, la quale andrebbe invece riservata alla realtà normativa e alle teorizzazioni « infondate ». Mi sembra che l'assunto, almeno fino a quando non sarà stato ulteriormente chiarito, non possa venire accolto, perché la nozione di « fondatezza » che sta alla sua base non solo sembrerebbe presupporre un realismo gnoscologico che è certamente lontano dagli intendimenti dell'autore, ma contraddice in particolare all'ormai riconosciuto carattere creativo della conoscenza giuridica, la quale non potrà mai « riflettere » una realtà normativa che sia pensabile come da essa indipendente, e comporterà quindi sempre, anche

nel caso di una scienza giuridica rispettosissima del dato normativo, l'intervento di giudizi di valore e la presenza del momento ideologico nella costruzione dommatica. Di ciò del resto il Porzio si mostra ben consapevole. Egli sembra quindi essere alla ricerca di una difficile e forse irrealizzabile quadratura del cerchio, volendo conciliare la riconosciuta impurità » di ogni teorizzazione scientifica, nella quale il momento ideologico è immancabilmente presente, e la « purezza » della medesima, quando sia «scientificamente fondata », nel senso surriferito.

Pur muovendosi in questa apparente contraddizione, credo che il Porzio abbia però individuato con felice intuito un problema reale, che è quello della diversa forma o grado di condizionamento ideologico delle teorizzazioni scientifiche e della diversa maniera in cui la critica ideologica può essere applicata al dato normativo e alla scienza giuridica che lo rielabora. Nel primo capitolo di questo libro io stesso mi sono proposto un problema analogo. Non mi sembra, del resto, di aver mai applicato criteri direttamente *politici* alla critica dei dogmi giuridici, ma piuttosto di aver cercato di individuare il comune contesto ideologico di cui furono espressione la politica criminale e la dommatica penalistica in certi momenti di crisi e di trasformazione culturale in Germania; senza peraltro disconoscere il carattere «ambivalente» di certi concetti giuridici capaci di servire anche a ideologie diverse e contrastanti (carattere che il Porzio, in questo più radicale di me nella riduzione storicistica della dommatica giuridica, esclude in modo assoluto).

Se in sede di metodo la critica del Porzio mi sembra andare incontro alle rilevate difficoltà, in sede di merito essa non mi sembra abbastanza convincente: se c'è infatti un periodo della storia del pensiero penalistico tedesco al quale la tesi della « fondatezza » e della « neutralità » della scienza giuridica, anche e proprio nel significato tutt'altro che antistoricistico che essa acquista presso il Porzio, è meno utilizzabile, questo mi sembra il periodo che va dall'inizio del secolo al 1933. In questo periodo, invero, il travaglio del pensiero penalistico in Germania non solo è chiaramente caratterizzato da un profondo legame con la cultura e la realtà politica di questo paese, ma si svolge tutto attorno ad un dato normativo che risale alla generazione precedente e che rimane inmutato nonostante il grandioso sforzo e i molti progetti di riforma: lo *Strafgesetzbuch* del 1871. Era naturale quindi, come del resto l'analisi della giurisprudenza del Reichsgericht dimostra essere avvenuto, che le nuove esigenze politico-criminali e in genere politiche, le quali non riuscirono a realizzarsi in un nuovo codice, fossero in Germania, nell'epoca considerata, tanto più determinanti per le direzioni prese dalla scienza penalistica nell'opera di interpretazione (chiaramente «evolutiva ») e diricostruzione dommatica del diritto penale vigente. Gli atti dei congressi giuridici attorno agli anni Trenta, da me utilizzati per il presente lavoro, documentano la consapevolezza, allora ormai diffusa tra i penalisti tedeschi, delle implicazioni ideologiche e politiche della discussione sul metodo e sui principali capitoli della scienza penalistica.

Quando poi il Porzio, per portare un argomento decisivo in favore del suo modo di vedere, fa notare che alcuni strumenti approntati da una dommatica di indirizzo eticistico e antiformalistico, come la concezione teleologica (e metodo logica ») del bene giuridico, la teoria dell'antigiuridicità materiale, l'azione socialmente adeguata ecc., ebbero la funzione di fornire nuove esimenti, e quindi esprimevano esigenze contrastanti con quelle proprie di una politica criminale rigoristica e autoritaria, egli, mentre fa una osservazione ineccepibile, anzi addirittura ovvia, disconosce la vera realtà del diritto penale autoritario. Chi così argomenta dimentica che l'abbandono del principio di certezza nel diritto penale non è meno grave quando avviene in *bonam partem* di quanto non lo sia quando avviene (come fu spesso, certamente, il caso nella Germania nazionalsocialista: lo documenta la giurisprudenza citata nel presente lavoro!) allo scopo di permettere una estensione

rigoristica delle fattispecie penali . Non condannano ancora oggi i tribunali tedeschi, con piena legittimità , dopo che da più di venti anni è stata ripristinata la 'legalità, e in base allo stesso codice penale vigente durante il periodo della dittatura, fatti che, proprio a causa dello svolgimento del retto sentimento giuridico e in omaggio alle concezioni, in largo senso, «materiali» della antigiusdicità , e più ancora alla opportunità politica del regime, non vennero allora, purtroppo, riconosciuti e denunciati per quelli che furono, e cioè per gravissimi crimini? Nella tecnica delle dittature e nell'uso politico della giustizia penale, che in esse è caratteristico, la punizione di reali o potenziali nemici del regime oltre la legge e la impunità assicurata ai crimini compiuti in omaggio ad una pretesa ragion di Stato sono due facce di una stessa medaglia. Da questo punto di vista la giurisprudenza sullo *Staatsnotstand*, già purtroppo autorevole in Germania dopo il 27, fu un preludio della degenerazione autoritaria del diritto penale in questo paese. Tra i tanti casi di impunità assicurata a crimini nazisti per diretto intervento del governo hitleriano, basterà ricordare la sottrazione ai tribunali ordinari degli autori delle stragi che trassero occasione dell'«allare Rohm » e alle significative parole pronunciate da Hitler, a questo proposito, il 13 luglio 1934 al *Reichstag*.

(3) Tra gli scritti apparsi mentre il presente lavoro era in corso di stampa, e dai quali tuttavia possono trarre conforto queste mie vedute, è una brevissima quanto suggestiva nota del Cesarini Sforza, *Difesa del positivismo giuridico*, in *Rivista internaz di fil del diritto*, 1965, fasc. 2, p. 323-24. Deve essere segnalato inoltre uno stimolante saggio dello Scarpelli, *Cos'è il positivismo giuridico*, Milano 1965, nel quale il significato «politico » del positivismo giuridico è messo chiaramente in relazione con le esigenze del moderno costituzionalismo e con il valore della libertà politica. Una nuova, decisa, affermazione del principio di legalità come fondamento del diritto penale è fatta dal Petrocelli nello scritto *Appunti sul principio di legalità nel diritto penale*, in *Saggi di diritto penale*, seconda serie, Padova 1965, p. 185 ss.

(4) Questo lavoro è apparso nel vol. XIX degli *Annali della Facoltà giuridica dell'Università di Camerino*, Milano 1965, p. 3 ss. Il testo, contenuto (non senza qualche sforzo) nel limite di un lungo articolo, non è sostanzialmente mutato, ma sono stati apportati frequenti miglioramenti e modifiche, eliminate alcune sviste materiali ed errori tipografici , ampliati i riferimenti bibliografici, legislativi e giurisprudenziali , ed infine sono stati aggiunti gli indici e l'introduzione.