

Abogado Profesor GIULIANO ALLEGRA, Encargado de Derecho penal en la Universidad católica del "Sacro Cuore": "CONDIZIONI DELL'AZIONE, PRESUPPOSTI PROCESSUALE E TERRITORIALITÀ DELLA LEGGE PROCESSUALE PENALE"; III (procedimiento penal), col. 71.

Atiende este ensayo a caracterizar y delimitar en lo posible la naturaleza jurídica de instituciones radicantes en zonas de confluencia entre lo penal sustantivo y lo penal procesal.

En primer término, considera las llamadas *condiciones de la acción* (que, por afectar a la existencia del Derecho subjetivo sustancial o interés, no son meras condiciones de procedibilidad ni pertenecen a la teoría del proceso), y entre ellas la presencia del reo en el territorio del Estado (artículos 9 y 10 del Código penal), que para hacer posible la acción penal bastará con que tenga lugar esta presencia en cualquier momento posterior al delito, y aunque el reo sólo hubiere penetrado en el territorio nacional momentáneamente y hubiera vuelto a abandonarlo.

Entre los *presupuestos procesales*, examina la *capacidad procesal penal*, bajo un doble perfil de legitimación "ad causam" y legitimación "ad processum", que parece identificar con "*capacidad para ser parte*" y "*capacidad procesal*", respectivamente. En el primer aspecto, sitúa la inmunidad diplomática, calificada por Allegra — con cita de Carnelutti — de mera garantía o incapacidad procesal, atinente al sólo problema de legitimación pasiva para el proceso penal, cuya falta dará lugar a la inexistencia de la relación procesal. En cuanto a la "capacidad para estar en juicio" (realización de actos procesales en nombre propio o por cuenta de otro), tiene plena aplicación al proceso penal el principio del proceso civil, según el cual dicha capacidad está regulada por la ley procesal, que a veces reenvía a la ley sustancial, en cuyo caso podría ser aplicable la ley civil extranjera. Cuando no exista tal reenvío a la ley sustancial, vale absoluta y exclusivamente la ley procesal penal territorial, que regirá, por ejemplo, la capacidad del imputado para su participación en la relación procesal, con arreglo al principio de que en el proceso penal no pueden valer las causas de incapacidad establecidas por las leyes civiles para la legitimación pasiva del proceso.

Es examinada, por último, en vista del Código procesal penal italiano, la cuestión referente a la *competencia territorial en el orden internacional*.

A. de M.

Revista Italiana di Diritto Penale

Julio-diciembre 1948

LEONE, Giovanni: "LINNEE GENERALI DI UNA RIFORMA DEL PROCESSO PENALE"; pág. 219.

El autor de este trabajo desarrolla las líneas generales para una reforma del proceso penal, dentro del ámbito de la nueva Constitución italiana, que en su sentir no puede funcionar de un modo efectivo sin el

concurso de un cuerpo de leyes sustanciales y procesales, en las cuales la libertad y los principios democráticos encuentren su detallada y concreta articulación, proclamando que si es verdad que el Derecho es siempre la expresión de una hora histórica, para los juristas italianos ha sonado una hora solemne en la cual las serenas elaboraciones sistemáticas deben ceder el puesto a los apasionados problemas de reforma.

El Profesor Leone, a continuación, habla de la insoslayable influencia política en el Derecho positivo y de manera particular en el Derecho penal, por el potente instrumento de intimidación que la pena implica, afirmando que aún más que el Derecho penal sustantivo el Derecho procesal penal es sensible a estas mutaciones, por las siguientes razones:

a) Por ser el único instrumento de realización del Derecho penal, ya que no es concebible una imposición extrajudicial de la pena; y

b) Porque aun manteniendo intangibles los principios del Derecho penal sustantivo, pueden éstos contradecirse a través de su realización práctica en el proceso.

Concreta el Profesor italiano autor de este trabajo las líneas generales de la reforma que propugna en los siguientes apartados:

1.º El proceso penal deberá continuar siendo regulado como relación jurídica, con el fin de que no solamente informe la futura disciplina del proceso, sino perfeccione su esquema, con la consecuencia de reconducir al Ministerio público a su original y típica posición de órgano de la acusación, privándole de todos los poderes instructorios que actualmente usurpa el Juez, todo lo cual, dice el autor, será más conforme con las tradicionales premisas liberales y con la exigencia del más sincero descubrimiento de la verdad.

2.º El proceso penal deberá acentuar su carácter de proceso de parte, afirmación que aparece vinculada a la anterior, considerando el proceso como contraste de intereses y conflicto entre sujetos, aunque el propio autor reconozca que la concepción de la relación jurídica procesal no está indefectiblemente ligada a una versión del proceso penal como proceso de parte, como ha expresado, por ejemplo, Manzini.

3.º El proceso penal, encuadrado en el sistema mixto, deberá acentuar el perfil acusatorio.

4.º El proceso penal deberá respetar al máximo la libertad individual. Consecuencia del artículo 27 de la Constitución italiana de que el inculpado no puede ser considerado culpable hasta la condena definitiva.

5.º El proceso penal deberá perfeccionar su sistema en lo que se refiere a la investigación sobre la personalidad del inculpado. Claro está, según Leone, sin alterar los cánones de la libertad de la voluntad humana y estrechamente vinculado a la antigua y permanente aspiración de la especialización del Juez penal.

6.º Las garantías jurisdiccionales deberán extenderse también al proceso en el que se apliquen medidas de seguridad y al calificado de proceso de prevención; y

7.º La ejecución deberá ser reconducida al ámbito de la relación jurídica también, reconociendo al condenado un conjunto de derechos subjetivos en orden a la ejecución penal, por cuanto las penas no pueden

consistir en tratamientos contrarios al sentido de humanidad, debiendo tender exclusivamente a la reeducación del condenado, siguiendo Leone en éste aspecto el punto de vista de Freudenthal, cuando decía, acerca de cuarenta años, refiriéndose a la situación del condenado, que se trataba de una relación jurídica con el Estado, en virtud de la cual no podía hacerse sufrir ninguna sanción, fuera de la contenida estrictamente en la pena restrictiva de libertad personal, impuesta por el Juez a los fines de su pura y simple ejecución, lo cual implica negar a la ejecución penal el carácter de mero acto de imperio. La consideraba como un conjunto de derechos y de obligaciones, en el cual el derecho de castigar del Estado aparece condicionado al derecho a un trato correspondiente a las exigencias de la personalidad humana.

El autor termina con unas consideraciones acerca de las garantías procesales penales como tutela de la libertad.

Este artículo del Profesor Leone, brillantemente expuesto, viene a reproducir inquietudes anteriores a la época del fascismo y que estuvieron de moda hace ya bastantes años. En realidad, desde el punto de vista del Derecho español vigente, al no haberse modificado ninguno de los preceptos de la ley de Enjuiciamiento civil, lo que en Italia es una aspiración de reforma en España está legislativamente proclamado, con la excepción de lo que se refiere a la personalidad del delincuente, difícil, muy difícil de encuadrar, aunque fuera ciertamente deseable, dentro del tipo de proceso que el Profesor Leone propugna con razón.

Es de notar, sin embargo, la preocupación del maestro italiano por considerar el proceso como una relación jurídica que, ciertamente, se acomode mejor a los principios de la política liberal que actualmente inspira la Constitución italiana vigente. Pero, no obstante, es este un problema más técnico que político, pues de otro modo no sería comprensible como el valedor más destacado de la dirección que considera el proceso como situación jurídica, James Golschmidt, fuera precisamente de un liberalismo indiscutible, aparte, naturalmente, de que esta dirección es mantenida actualmente por autores poco sospechosos de ideas de las calificadas de totalitarias.

No obstante, desde el plano de los principios, la teoría de la relación jurídica se acomoda mejor a lo que el Profesor Leone propugna.

GEMELLI, Agostino, O. F. M.: "GLI OMICIDI" SAGGIO DI INTERPRETAZIONE"; pág. 248.

El Profesor Gemelli inserta bajo este título una serie de meditaciones e interesantísimas consideraciones acerca del problema de si el homicida es verdaderamente un anormal; si se trata de que sufre lagunas graves en la esfera efectiva o intelectual; si implica su actuación una desviación moral, personal o colectiva; todo ello a través del examen de casos concretos de homicidios pasionales, de robo con homicidio, de bandolerismo, de homicidio liberador, etc., etc. Las conclusiones del Profesor Gemelli, a las que había llegado ya en su obra "La personalità del delincuente-

te nei suoi fundamenti biologici e psicologici", son por demás interesantes, y nos releva de recogerlas con detalle el hecho que esta obra haya sido ya comentada en esta misma revista por mi querido colega de la Universidad de Barcelona, el Profesor Pérez Vitoria. No obstante, considero de interés reproducir alguna de las afirmaciones de este Profesor italiano.

Dice Gemelli, por ejemplo, que el delito pasional es un mito creado por la literatura y más aún por los Abogados, que podía, bajo el imperio del Código italiano derogado, sobre todo, servir como ancla de salvación de los procesados. Basta leer, asegura, los dictámenes periciales psiquiátricos de hace treinta años para llegar a la conclusión de que todo delito es la fase culminante de un proceso variable de un desenvolvimiento irregularmente progresivo, con fases aceleradas improvisadas, con ritmos distintos, corroboradores de una lucha entre los motivos que impulsan la acción delictiva y aquellos que tratan de detenerla.

En otro lugar, Gemelli afirma que la llamada pareja criminal es una creación ficticia. Los dos coautores del delito tienen en la preparación de la acción delictiva y en la ejecución una función distinta que ha de ponerse en relación con la diversa personalidad de cada uno de ellos. Y agrega: que son tantas las prevenciones y las construcciones falsas criminológicas, que no es fácil destruirlas.

Refiriéndose a la premeditación, asegura Gemelli que todos los delitos son premeditados. La etapa de preparación es más o menos larga y depende del sujeto, de las circunstancias, de las condiciones de vida, todo ello expresión del conflicto e instinto agresivo y de la evolución voluntaria en relación a la valoración personal, que actúa en diversa forma según la inteligencia más o menos ágil y el lastre efectivo mayor o menor.

De todo ello deduce el prestigioso maestro italiano lo difícil de penetrar en lo profundo del alma y la pobreza de nuestra ciencia, que se conforma con conclusiones superficiales.

De gran interés son también algunas conclusiones, como la de que la acción homicida puede detenerse lo mismo en la fase preparatoria como en la fase de ejecución, adquiriendo el delincuente el equilibrio, o de que para hacer el diagnóstico de la personalidad de un delincuente y pronunciarse sobre su responsabilidad es, sin duda, importante el examen del dinamismo de la acción criminógena. Sus consideraciones sobre el remordimiento, sobre la adaptación a las ideas homicidas, el abandono que implica la violencia, los automatismos inferiores y, en fin, el estudio profundo y meditado que el autor realiza en orden a una conclusión perfectamente ortodoxa, de sabor clasicista, que aparece, sin embargo, nutrida por un conocimiento completo de las aportaciones científicas de la biología criminal, hace que el trabajo sea de gran interés.

A continuación de este artículo, Gemelli expone algunas consideraciones, respondiendo a Crispigni con ocasión de la recensión publicada por este autor en la revista "Scuola positiva" sobre la citada obra de Gemelli. Respuesta contundente, en la que Gemelli se enfrenta con el

positivismo, y explicándose perfectamente la actitud, que califica de violenta, del comentarista de su obra.

La respuesta mesurada de Gemelli sirve para poner de relieve cómo apuntan en el horizonte corrientes y tendencias jurídicas penales que vuelven a poner a debate los conceptos fundamentales de nuestra ciencia, después de la "amigable composición" y del alto en la lucha que parecía haber resuelto las diferencias que se tuvieron por irreductibles entre clásicos y positivistas. Fué una tregua sin abdicación del propio criterio, y es posible que vuelva a encenderse la polémica, que, dentro de los términos corteses en que ésta debe desenvolverse, es fecunda desde el punto de vista científico, siquiera mirando al pasado no existan demasiados motivos para sentirse optimistas. Con razón pudo decir Carnelutti hace algunos años que conciliar lo inconciliable es propio del eterno drama del Derecho.

**CRESPI, Alberto: "L'ATTO ARBITRARIO DEL PUBBLICO UFFICIALE
QUALE CAUSA DI LICCITA DELLA REAZIONE DEL PRIVATO";
páginas 301 y ss.**

El Decreto-Ley de 14 de septiembre de 1944 estableció en Italia la no aplicación de las disposiciones de los artículos 336, siguientes y concordantes del Código penal cuando el funcionario público hubiera dado motivo a los hechos previstos en aquellos preceptos, excediéndose arbitrariamente en los límites de sus atribuciones. Este Decreto vuelve a poner en vigor los artículos 192 y 199 del Código italiano, anteriormente vigentes a la época del fascismo, y en torno al mismo Crespi desenvuelve en este trabajo su punto de vista, en el que se refiere sucesivamente al concepto de acto arbitrario, distinguiéndolo del ilegítimo, matizando las diferencias entre acto arbitrario discrecional y abusivo; estudiando a continuación los problemas que se derivan de la relación de causalidad entre la conducta del funcionario y la reacción del particular, las relaciones entre la reacción motivada y la legítima defensa, las consecuencias de la legitimidad de la reacción del particular en estos casos, la inadmisibilidad de la reacción del particular frente al acto arbitrario cuando el funcionario viene obligado a cumplir la orden, aun la ilegítima, para terminar analizando el problema de la calificada de arbitrariedad putativa, es decir, cuando el particular cree erróneamente que se trata de un acto arbitrario.

En general, los problemas planteados han sido muy debatidos ya en la doctrina y en la jurisprudencia anteriores al Código Rocco, actualizándose una vez más como consecuencia del nuevo clima político de Italia. Bien documentado el trabajo, con numerosas citas doctrinales y jurisprudenciales, viene, en definitiva, a proclamar el principio, admitido también en nuestra patria, de que la autoridad y sus agentes, para poder invocar la protección especial y la tutela jurídica que las leyes les confieren por razón de la función o el cargo, han de producirse dentro de los límites de sus específicas y concretas atribuciones, sin que puedan invo-

car el carácter público de la función cuando actúan arbitrariamente, excediéndose en las mismas.

Independientemente de los trabajos citados, el número de la revista que anotamos inserta, aparte de numerosa jurisprudencia, diferentes notas y distintas sentencias, entre las que destaca una de Giacomo Delitala sobre la "aberratio ictus"; otra de Nuvolone, matizando la diferencia entre el motivo político y el motivo social, y, en fin, otra nota de Domenico Pisapia sobre aspectos psicológicos y jurídicos del designio criminal. También colaboran, anotando sentencias con sugerencias interesantes, Marcello Gallo, Paolo Frisoli, Giorgio Balladore y Alberto Crespi.

Enero-febrero 1949

BETTIOL, Giuseppe: "SULL'UMANIZZAZIONE DEL DIRITTO PENALE"; pág. 1.

En torno al problema de la humanización del Derecho penal, que vuelve a preocupar a la doctrina italiana, sobre todo después del giro carnelutiano hacia lo que se ha calificado de "metodología franciscana", el Profesor Bettiol se ocupa del tema, que ya había desarrollado en su publicación "Il problema penale", aparecido el pasado año de 1948. El trabajo que anotamos corresponde al texto de la conferencia pronunciada por Bettiol en la Universidad de Buenos Aires y en el Instituto del Colegio de Abogados de Río Janeiro en los meses de octubre y noviembre del año de referencia.

Prescindiendo de los matices políticos de la cuestión y manteniendo la tesis de que no se trata de un problema sobre la pena meramente cualitativo o cuantitativo, la posición del maestro italiano se concreta en los siguientes puntos:

a) Las características de un Derecho penal que quiera llamarse humano deben significar la negación del *arbitrio*, porque justicia, que es proporción y arbitrio, que es capricho, se presentan enfrentados en irreductible contraste. Por eso para Bettiol los límites formales del proceso de humanización aparecen proclamados por el principio de legalidad, cuyo eclipse—dice—ha determinado en los países que lo han derogado lágrimas y sangre. El arbitrio—dice Bettiol—conduce al terror penal.

b) La segunda característica que debe presentar un Derecho penal humano es la retroactividad de la ley penal, corolario del principio de legalidad.

c) La tercera característica de un Derecho penal que quiera ser humano, según Bettiol, es que la penalidad ha de ser humana, entendiéndose como tal aquella que no repugna la naturaleza del hombre y con alusión clara a los sistemas de la época del nacionalsocialismo.

d) Para que se pueda hablar de un Derecho penal humano es necesario que sean humanizados también los criterios rectores para la aplicación de la pena, es decir, el planteamiento del problema de los poderes discrecionales del Juez penal, que no pueden ser confundidos con el ar-

bitrio dejado por el legislador al Juez. Bettiol se muestra partidario de que el Juez penal no esté condenado al automatismo, a pesar del peligro que implica desde el punto de vista liberal.

e) Otra nota del proceso de humanización, según este autor, es la que se refiere a la ejecución de las penas, eliminando todos aquellos aspectos que no sean indispensables y que no estén en directa relación con la privación de la libertad personal, propugnando la abolición de la segregación celular, cierta gradualidad en la ejecución de las penas, para llegar al trabajo en el exterior, con una garantía reglamentaria en la que el condenado no esté a merced del director del establecimiento penitenciario.

Termina diciendo que el Derecho penal debe permanecer como tal y no como Derecho premial, dirección que haría entrar nuestra ciencia en una falsa ruta, frente al peligro de caer no sólo en el ridículo, sino, sobre todo, en una indiferencia moral y en un agnosticismo metafísico bastante grave.

El artículo, brillantemente expuesto, como todos los debidos a la pluma de este Profesor italiano, aprovecha la coyuntura para obtener consecuencias políticas, conforme a la orientación doctrinal italiana de nuestros días.

LEVI, Nino: "LOCUS COMMISSI DELICTI"; pág. 15.

La noción de *locus delicti* hace referencia exclusivamente, según el artículo 6.º del Código italiano, a la acción, omisión y al evento, planteándose un problema exegético fundamental, ya que en relación a los elementos del hecho, en sentido estricto, el delito puede considerarse cometido en tres lugares distintos, según que se considere como decisivo el lugar de la actividad *físico-psíquica* del agente, el del desenvolvimiento del nexo causal o el lugar de la consumación.

El autor afirma que queda por saber todavía si entre esos términos extremos, acción, omisión y evento, queda comprendido todo el *iter criminis*. En relación a esta cuestión, Levi va planteando los problemas referentes al evento, tanto en los delitos de acción como en los de omisión; las cuestiones en torno al delito permanente, continuado y habitual o profesional, para pasar luego a estudiar los problemas referentes a la actividad y los que se derivan de la premeditación, condiciones de punibilidad, acción *liberae in causa*, concurso criminoso y los calificados de delitos de inducción, cuando provienen del extranjero, a fines de cometer una infracción en el interior de otro país.

El trabajo de Levi sugiere una serie de matices muy interesantes sobre problemas que pueden presentarse en torno al problema del lugar de la comisión del delito.

TULLIO LIEBMAN, Enrico: "CONDIZIONE PERSONALE DELL'IMPUTATO DOPO LA CASSAZIONE DELLA SENTENZA DI PROSCIOLIMENTO"; pág. 42.

Sobre el tema de la condición personal del inculpaado como consecuencia de la casación de la sentencia absolutoria que le hubiera devuelto la libertad, con devolución a otro Tribunal para un nuevo juicio, plantea el Profesor de la Universidad de Pavia, autor de este artículo, el problema de la legitimidad de su detención y autoridad que pueda ordenarla, en su caso. La opinión negativa se funda sobre el principio, hoy norma constitucional en Italia, que veda cualquier restricción a la libertad personal del ciudadano fuera de los modos y los casos previstos en la ley. Con ello se dice que se duda a quién puede reconocerse competencia para ordenar la prisión del inculpaado mientras penda el juicio de reenvío, por no ser el Juez instructor que ha perdido la competencia, ni tampoco otra autoridad de la que pueda emanar la orden de detención.

Quienes sostienen la opinión contraria creen que la casación de la sentencia que había absuelto al inculpaado hace revivir automáticamente la situación existente con anterioridad a la sentencia casada, y por ello entra en vigor la orden de prisión que la sentencia anulada había revocado. En otras palabras, que no es necesaria una nueva orden, porque la que se dictó en su tiempo justifica nuevamente la prisión.

Para el autor, este razonamiento no es convincente, por la razón de que no puede hacerse revivir un acto como consecuencia de la anulación de la sentencia, que lo privó de toda eficacia y tratándose de una situación nueva. Con ocasión del problema, Liebman considera en qué consiste propiamente la anulación de una sentencia por obra del instituto de la casación, diciendo que los medios de impugnación establecidos por la ley procesal tienen una semejanza parcial con las acciones de nulidad del Derecho civil, que incluso presentan con ellos un parecido que se refleja en los términos que de ordinario se emplean para señalar ambas instituciones (impugnación, nulidad, anulabilidad, etc.), sin que difieran sustancialmente porque actúen mientras pende una relación procesal.

Así, dice el autor, mientras una sentencia, al anular un contrato, ha alcanzado plenamente su finalidad y produce todos los efectos que le son propios, cuando la autoridad judicial anula una decisión no sólo se limita a este pronunciamiento, sino que al mismo tiempo ha de proveer a dar una nueva conclusión al proceso, pronunciando una nueva resolución. En otros términos, el control de los vicios que afectan a una sentencia impugnada no puede ser un fin en sí mismo, sino sólo un medio para sustituirla por una nueva decisión carente de aquellas anomalías y posiblemente fundada sobre un nuevo y más meditado examen de la causa.

Estos dos momentos lógicos del juicio de impugnación están, en ocasiones, compenetrados en una única fase de procedimiento y encuentran su expresión en una sentencia única, que actúa simultáneamente anulando la resolución impugnada y sustituyéndola por una nueva decisión de la causa. Otras veces, al contrario, el resultado se produce en dos fases procesales diferentes de formulación autónoma, pero de todos modos vincu-

ladas en su finalidad, que es lo que ocurre para Liebman cabalmente en el recurso de casación.

Por ello no es exacto considerar al juicio de reenvío como la repetición del juicio procesal cancelado con la sentencia casada, ni puede admitirse que la casación coloque a las partes en causa en el estado en que se encontraban antes de la sentencia casada. En definitiva, lo que Chiovenda calificaba de sustitución del estado de cosas al que existía antes de la casación. Por ello, concluye el Profesor autor de este trabajo, que siendo la sentencia de casación no una nulidad pura y simple, sino con reenvío a otro Juez para un nuevo debate, deja al inculpado en la condición en que le ha encontrado anteriormente, y si se encontrara en prisión debe continuar en este estado, y, en cambio, si se encuentra en libertad, porque la sentencia anulada lo había absuelto, habrá de esperarse a que el Juez competente provea y decida la causa definitivamente.

Es posible que en un caso determinado, agrega, esta situación se presente peligrosa, porque existan fundados motivos para temer la fuga del inculpado, pudiendo en este supuesto aplicarse el artículo 263 del Código procesal penal italiano, que permite al Juez o al Presidente de la Sala a quien la causa se ha enviado ordenar la prisión del inculpado.

Desde el punto de vista del Derecho español, las diferencias que existen con la casación italiana no permiten llegar a las mismas conclusiones de un modo paralelo. No obstante, el problema puede plantearse en algún supuesto de nuestra casación por quebrantamiento de forma, y la cuestión quedaría resuelta por aplicación de los preceptos reguladores de la prisión, en relación a la autoridad competente para decretarla.

En el fascículo de la revista que comentamos aparecen diferentes notas a algunas sentencias, debidas a Satta, Zuccala, Frisoli, Conso y Pisapia.

Valentín SILVA MELERO
*Catedrático de Derecho penal
de la Universidad de Oviedo.*

Rivista Penale

1948 (Anno LXXIII, serie 3.^a)

Fascículos I-II. Enero-febrero

CARNEŁUTTI, F.: "ABROGAZIONE DEL REATO DI COLLABORAZIONISMO"; págs. 28-41.

* Demuestra que el delito de "colaboracionismo", entendido como superestructura creada por el D. L. de 27 de julio de 1944, y aplicada sobre las disposiciones penales vigentes, militares o civiles, ha sido abrogado en virtud del artículo 25 de la Constitución. Esto no quiere decir que permanezca impune quien traicione sus deberes para con la patria; tales conductas deberán subsumirse en el delito de "traición" (artículos 51 y siguientes Código penal militar de guerra, y artículos 241 y siguientes