

progresivo. El terreno de las realizaciones técnicas se cimenta en el trabajo, considerado en función reeducadora social, como medida técnica de aprendizaje y perfeccionamiento; servicios asistenciales; régimen atenuado de disciplina; institución de las visitas para reclusos casados; y aportaciones a la tarea legislativa.

D. M.

**PETROCELLI (Biagio): «Saggi di Diritto penale».—Cedam.—Padua, 1952.**

El ilustre profesor de la Universidad de Nápoles recoge en este volumen sus escritos menores, que únicamente pueden denominarse así atendiendo a extensión, más no a la calidad de su contenido, en el que campea el mismo tecnicismo y profunda sagacidad jurídica que en las tan conocidas obras fundamentales de este maestro italiano continuador de la línea trazada por figuras tan egregias como Massari y Rocco.

Mucho debe la ciencia del Derecho penal de Italia a este profesor que le ha dedicado de lleno su vida y lo mismo desde el campo de la magistratura o desde el de la cátedra o abogando ante los Tribunales de Justicia, porque de todas maneras ha vivido Petrocelli el derecho, le ha rendido culto manteniendo con intransigencia loable, cuando ha sido preciso, los principios de su concepción que se enlaza con la de los maestros anteriormente citados.

La importancia de la obra y especialmente la destacada figura de su autor, que como es sabido visitó España hace unos años y nos deleitó con su palabra brillante y ajustada, nos lleva a hacer una recensión más extensa que de ordinario y en la que el lector hallará un breve resumen del pensamiento del ilustre profesor italiano sobre cada uno de los interesantes temas que desarrolla en este magnífico volumen que comentamos.

#### I.—*Los límites de la Ciencia Penal.*

Para proceder al estudio y determinación de los límites de la Ciencia penal y de sus relaciones con otras ciencias es fundamental partir de un principio aún no muy conocido: la distinción de las fases en que se presenta la norma penal; *formación, cognición y actuación*, propuesta ya por Rocco, Impallomeni, Longhi y Ferri. Fase de formación de la norma es la que precede a la recepción de ella en el ordenamiento jurídico positivo; comprende el proceso de preparación, más o menos largo, durante el cual un fenómeno social determinado se presenta en la conciencia, exigiendo la necesidad de una disciplina penal, determinado en tal sentido la actividad del legislador. En esta fase entran no sólo los procesos de preparación *ex novo* de normas jurídicas, sino también los que se refieren a la modificación de normas preexistentes. Es característico de esta fase, no sólo un momento inicial, durante el cual el fenómeno, tanto por su naturaleza como por sus causas y efectos aparece como regulable por una norma jurídica penal, sino también aquel en que la norma se elabora técnicamente para ser introducida en la ordenación jurídico-positiva. Por tanto, hay que distinguir un momento de gestación político-social y otro de elaboración técnico-legislativa.

Fase de cognición de la norma es aquella mediante la cual la norma se convierte en objeto de interpretación y elaboración lógico-sistemática de su contenido. Dicha fase de cognición puede tener en relación a su diverso fin dos aspectos: *jurisprudencial* y *científico*.

La fase de actuación es aquella en que la norma penal entra en la realidad práctica, y cabe subdividirla en dos momentos: de *aplicación* y *ejecutivo*.

La fase de cognición se distingue de la formación porque ésta es *prejurídica*; es decir, de preparación político-social. Tanto si se la considera desde el punto de vista científico como desde el jurisprudencial, se distingue de la fase de actuación por cuanto de ella llevamos dicho. En la primera hallamos un análisis general de la norma; en la segunda, un análisis especial, es decir, el análisis de la norma aplicada a un caso concreto.

## II.—*La función de la pena.*

La teoría de la pena expuesta por el autor permite la absoluta posibilidad de existencia y desarrollo al más extensivo y moderno sistema de prevención que quepa concebir, y, por otra parte, la satisfacción del sentimiento de justicia como fin de la pena es para él satisfacción de una exigencia moral, en cuanto ésta es una verdadera exigencia de la vida social, cuya satisfacción es como las demás, necesaria al mantenimiento de las condiciones de la vida.

A los positivistas cabe el mérito de poner en primer plano de la vida social el problema de la prevención delictiva. Sin embargo, han creado un doble peligro: disolver los límites entre la ciencia penal, como ciencia jurídica, y las otras disciplinas interesadas por la lucha contra la delincuencia, y hacer caer en el olvido el verdadero concepto de la pena, obtenida según la idea custodiada por infinitas generaciones y transmitida a lo largo del tiempo.

El primer peligro fué salvado por Rocco que restableció los confines del derecho penal con otras ciencias.

Contra el segundo, mientras se afianza la lucha preventiva contra la delincuencia, cabe resaltar el concepto de la función penal como función de justicia.

Un retorno del concepto ético-retributivo de la pena cuenta ya en los tiempos actuales con apoyos autorizados y significativos.

No obstante, precisa continuar. La batalla es digna. Es una lucha por la civilización y el derecho.

## III.—*Tecnicismo jurídico y libertador de opinión.*

Bajo este epígrafe lamenta Petrocelli la crítica que hizo Antolisei sobre el trabajo precedente (la función de la pena). No es cierto—dice—que la tesis por él mantenida fuese la que le atribuye Antolisei: «El Estado es el guardián de la virtud»; ello no es cierto, ya que a través de cuanto dice se colige un punto cual es la distinción entre moral y derecho.

## IV.—*En memoria de Eduardo Massari.*

Massari fué de los primeros penalistas italianos en propugnar, en una obra titulada *El proceso penal*, la unificación conceptual del proceso penal y civil. Pone de manifiesto la claridad que traslucen las obras de Massari y concluye con emocionadas palabras de recuerdo para su maestro fallecido.

V.—*Violencia y fraude.*

Tanto en lo relativo a los delitos de peligro común, como en lo que concierne a los delitos contra el patrimonio, la distinción adoptada por el proyecto de Código penal relativa al ya tradicional *vit aut fraude delinquitur*, sea sin más eliminada. Tomados en estricto y específico significado, los conceptos de violencia y fraude no pueden ser determinados a base de una larga clasificación, ya que, referidos sólo a un limitado número de casos, carecerán de los caracteres de precisión y perspicacia, que, para los fines de la clasificación resultan imprescindibles. Otro tanto cabe decir para el supuesto de que la violencia y el fraude estén mezclados, o, por el contrario, falte uno de los dos.

La inevitable variedad y complejidad de interpretación doctrinal que se desarrolla en torno a estos conceptos, viene a tratar impropiamente los significados de los términos correspondientes para los casos en los que ambos hayan surgido no como base de una clasificación genérica, sino como parte intrínseca de tal o cual disposición, designando verdaderos y propios elementos y circunstancias del delito.

VI.—*La licitud penal de las lesiones deportivas.*

El interés del Estado para incrementar los deportes debe, necesariamente, tener un límite en el concepto de la verdadera educación física que es, a su vez, educación del espíritu. La actividad deportiva es apoyada por cuanto es un complemento de la disciplina social y de la educación espiritual de la juventud, no debiendo ser, por el contrario, un elemento creador de fanática sugestión individual y colectiva y de bárbaros instintos de violencia.

El Estado, apoyando todos los deportes que carezcan de la idea de lucha podrá consentir, en otra categoría de competiciones deportivas, un empleo mesurado de la fuerza.

Por otra parte, el Estado no puede limitarse a una mera disciplina extrínseca de la actividad deportiva, en el sentido de prohibir unas y permitir otras manifestaciones. Debe intervenir en la reglamentación técnica, reglamentando las acciones y los medios de los competidores. La responsabilidad de las lesiones deportivas no debe ser colocada en el título de las lesiones en general, sino en un título aparte, que deberá tener en consideración, como elemento fundamental, la violación de las normas limitadoras, y constituir una subclase de los delitos contra las personas.

La violación podrá tener carácter doloso y culposo, según el límite impuesto por la norma reguladora del juego haya sido violado por impericia, imprudencia o negligencia, o lo haya sido intencionadamente.

VII.—*El consentimiento del paciente en la intervención quirúrgica.*

Examina el autor el conocido caso en el que fué procesado un médico italiano junto con otros, como autores de un delito de lesiones por haber extirpado—con consentimiento del paciente—un testículo para injertárselo a otro individuo.

Demuestra cómo el hecho descrito se distingue del ordinario y lícito tra-

tamiento quirúrgico, ya que éste se hace en favor del paciente enfermo, mientras en el caso objeto de examen se ha sufrido una lesión, un daño y no una cura del cuerpo ni de la salud.

Demuestra cómo el hecho tiene todas las características objetivas y subjetivas que constituyen la estructura típica del delito de lesión personal voluntaria, y como no cabe aplicar la norma general del consentimiento expresada en la frase: bienes disponibles.

La norma general del consentimiento no puede aplicarse ni aún acogiéndose a la teoría de la eficacia del consentimiento en las lesiones perseguibles a instancia de parte, porque ha sido producida una lesión con debilidad permanente de un órgano.

Demuestra, en fin, cómo el caso de la extracción consensual de un testículo no entra en el campo de aquellas para las que es eficaz el consentimiento por efecto de la costumbre.

Examina finalmente el contraste entre la rigurosa definición jurídico-positiva del hecho y la valoración social del mismo. Según el derecho positivo, el hecho entra de lleno en la disciplina común de las lesiones personales voluntarias, mientras cabe suponer que este hecho, no obstante su ilicitud, debería ser disciplinado de otra forma. Más que un retorno a una norma que determine una disminución de la pena con respecto a la lesión *propio sensu*, sería más oportuna la creación de una autónoma e independiente hipótesis jurídica.

#### VIII.—*Moral y consentimiento de la víctima.*

Se presenta ahora clara y precisa la determinación de la conciencia pública respecto al caso determinante tratado.

No obstante la necesidad—*de iure condendo*— de una propia y diversa disciplina, el hecho entraba en el campo de la lesión personal; para la opinión pública, esto no aparecía tan claro. Se esperaba con sumo interés el fallo de la Corte Suprema, al cual se recurrió; ésta, la Corte Suprema, después de larga consideración, no ha podido decir sino que el hecho no es punible, porque se trata de un negocio no contrario a la moral. Todos los juicios expresados acerca de esta sentencia están claramente en contra de tal moralidad del acto.

Concluye diciendo que la responsabilidad por lesiones personales voluntarias es la única con fundamento, pese a lo defectuoso de la legislación vigente, y que no excluye el estar de acuerdo con la opinión pública al mantener que, moralmente, el hecho no es similar a la lesión personal.

#### IX.—*La nueva legislación de menores y la imputabilidad moral.*

Comenta la Ley de menores de 20 de julio de 1934; dice de ella que no aporta novedad alguna con respecto a las anteriores y aun a las leyes de otros países, imprimiendo a las penas una dirección reeducativa.

Concluye diciendo que la opinión pública relativa a la protección del menor delincuente no es sino reflejo del sentimiento, por el cual se reclama el castigo incondicional para el delincuente adulto reconocido como plenamente culpable.

X.—*Instituciones y términos del Derecho privado en el Derecho penal.*

Indica el autor la existencia de dos corrientes, la primera—que cuenta entre sus adeptos a Rocco y Pampaloni—, que mantiene que el valor y significado atribuidos a varios términos, como propiedad, patrimonio, posesión, etcétera, proviene del Derecho privado y es inalterable para el Derecho penal. La otra corriente, de gran importancia en Alemania—y que cuenta entre sus partidarios a Binding, Frank, Schmidt, etc.—, mantiene que cabe atribuir a tales términos otro concepto y contenido de acuerdo con el Derecho penal.

El Derecho penal ni modifica ni puede modificar las nociones de propiedad, etc., las cuales pertenecen al Derecho privado; se incurre en un error al tratar de posesión o de propiedad, por ejemplo, en sentido penal, etc.

Concluye diciendo que el adoptar términos o conceptos de otras ramas del Derecho no significa absorberlos y modificar por completo su contenido, sino conceptualizarlos de acuerdo al fin particular de que se trate.

XI.—*De la posesión en Derecho penal y de las cosas guardadas bajo sobre cerrado.*

Comenta el autor una sentencia en la que se establece que el depositario de un sobre cerrado tiene la posesión del contenido; es más, la simple detención del contenido, si la cosa está confiada al depositario sin otra vigilancia directa del depositante. La sustracción del contenido constituye hurto y la apropiación del conteniente constituye apropiación indebida. Ahora bien; si ocurre la comisión de ambos delitos, existe—dice la sentencia—un concurso material. Todo cuanto llevamos dicho induce a dudar de la exactitud del concepto de «cerrado» y parece significar la existencia de una solución unitaria, que comprende conjuntamente el conteniente y el contenido.

XII.—*Provocación y motivos morales.*

Al poco tiempo de entrar en vigor el vigente Código penal italiano, la jurisprudencia se inclina hacia el principio de la conciliabilidad de las dos circunstancias atenuantes: de la provocación y de los motivos de particular valor moral y social.

Señala la existencia de tres grupos de sentencias, las primeras partidarias de que ambas circunstancias se funden sobre diversos elementos; las segundas, partidarias de distintas y autónomas circunstancias; el tercer grupo, movido por una visión más cercana a la naturaleza de las dos atenuantes, establece que son necesarios motivos diversos y distintos, aludiendo claramente al sentido de impulso psicológico.

No obstante, tanto la atenuante primera del art. 62: «Obrar por motivos de particular valor moral y social», como la segunda del mismo artículo, «Haber obrado impulsado por un estado de ira provocado por un hecho injusto de otro», tienen un neto contenido psicológico. Ya en uno como en otro caso el legislador parte de la consideración de un estado de ánimo como constitutivo de un impulso psíquico de la acción.

Concluye diciendo que la sentencia que comenta manifiesta a cada paso el

reconocimiento de actos de los dos distintos sentimientos y estado de ánimo: el de ira por el hecho injusto y el de la deshonra. La sentencia—dice—deja entrever, aunque esforzándose en reducir al estado de ira la situación del acusado, que éste «se encontró en la imposibilidad de evitar la más triste situación que le fué creada», lo cual nada tiene que ver con el sentimiento de ira.

La Corte Suprema, al casar la sentencia, ha cometido un grave error de interpretación y ha creado nuevos y claros elementos para la determinación de la causa de honor como circunstancia atenuante.

#### XIII.—*Para una dirección italiana en la ciencia del Derecho penal.*

No existe crisis en el Derecho penal. La política debe entrar en el Derecho. El Derecho es esencialmente política en la fase de formación normativa. No es posible una formación teleológica de los conceptos jurídicos; sí, en cambio, una formación teleológica de los datos que sirven para la construcción de los conceptos jurídicos. Se pretende la libre reglamentación de un caso concreto. El Derecho, en cuanto es norma establecida preventivamente para una serie indefinida de casos posibles, carece de intuición y voluntad para el caso concreto. La mejor tradición italiana y la más elevada tendencia del temperamento ético y jurídico coinciden, en primer lugar, en una reafirmación de la dogmática jurídica como ciencia eminentemente lógica, la cual debe permanecer por encima y fuera del objeto de su dirección, y debe encontrar un impulso y no un obstáculo en la exigencia de la práctica. En segundo lugar, conduce a una reafirmación del Derecho como complejo de imperativos y a establecer el criterio de su propio fin como fundamento de una fiel interpretación o de una armónica elaboración dogmática.

#### XIV.—*En memoria de Arturo Rocco.*

Arturo Rocco representa una época en la ciencia penal italiana.

Rocco, en el prólogo sobre *El problema y el método de la ciencia penal*, denunció la grave crisis que atravesaba el Derecho penal, poniendo obstáculos, por una parte, a la sobreviviente dirección insnaturalista, y de otra, a los errores metodológicos de las nuevas corrientes.

Su obra *El objeto del delito* es fundamental, no ya para el Derecho penal, sino para la teoría general del Derecho, y constituye un ejemplo, en Italia aún no superado, de tratado dogmático, donde el delito y la pena aparecen fijados a las bases esenciales, comunes a cada fenómeno jurídico.

#### XV.—*La escuela positiva como dirección técnico-científica.*

Comentario al pensamiento que se desprende de la obra de Felipe Grispigni y de su tentativa de presentar a la Escuela Positivista bajo un nuevo aspecto y orientación, hasta el punto de emplear la denominación de «dirección técnico-científica».

«La pena defensiva—dice Grispigni—no excluye la posibilidad de concebirla como retribución moral, a condición de que se trate de retribución moral, objetiva.» Esta retribución, llamada jurídico-social, consistirá «en la contrariedad de la conducta con la norma...».

La dirección técnico-científica no aduce como principio fundamental la ne

gación del libre albedrío. No se niega la diferencia entre personas moralmente imputables y no imputables; no se niega la retribución moral subjetiva, o sea: no se niega el libre albedrío, sino que se prescinde de él.

XVI.—*Tecnicismo y antitecnicismo en el Derecho penal.*

El antitecnicismo en el Derecho penal es una especie de moda, que tiene de cuando en cuando, sus retornos.

La general adhesión de los prácticos al tecnicismo jurídico y al positivismo que constituye su inspiración y finalidad se desprende de los criterios en que aquél se inspira y que, lejos de dar lugar a una dirección nueva, surgen, naturalmente, del sentido claro, preciso y definido que es natural en el jurista y en su tendencia a establecer del modo más seguro los términos de la disciplina jurídica.

XVII.—*Retribución y defensa en el Proyecto de 1949.*

El Código será para Grispigni, sin lugar a dudas, el Código de la defensa; el Proyecto, sin embargo, contendrá el principio de la retribución.

Reconoce que el Proyecto no ha encontrado buena acogida, lo cual es sumamente lamentable.

Termina haciendo una crítica a las observaciones de Grispigni.

XVIII.—*La pena, como enmienda del reo.*

La doctrina de la pena como enmienda del reo tuvo en el pasado siglo un serio adversario: Francisco Carrara.

La enmienda puede resultar imposible, ya en relación a la cualidad de la pena, ya en relación a la cualidad de los sujetos.

La pena de muerte, las cortísimas penas de carcelarias, la pena pecuniaria, son penas sin enmienda posible. Cabe decir que esas penas... no son tal. Según Carnelutti, «para enmendar al reo es preciso conservarle la vida».

Veamos ahora la valoración de la doctrina de la enmienda bajo el aspecto práctico, o para precisar más, de su realización práctica. Son tres—dice Petrocelli—los puntos de mayor relieve: los medios para una eficiente organización de la finalidad de enmienda; la idoneidad del ambiente carcelario unida a tal finalidad; la posibilidad de la enmienda.

Considera como un magnífico milagro el regenerar el alma de los condenados; pero más concreto y racional es—dice—regenerar, en cuanto sea humanamente posible, el contenido de la pena.

XIX.—*El Ministerio público y la unidad de la institución penal.*

Todo cuanto hemos expuesto—dice Petrocelli, a modo de conclusión—es el resultado de una cotidiana e intensa experiencia común a cuantos, con fervor de idealidad y de obra, nos dedicamos a funciones jurídicas. Es, hoy más que nunca, universalmente reconocida la necesidad de revigorizar y humanizar la justicia penal, otorgando independencia a sus órganos, simplificando y desmecanizando sus funciones, poniendo fin a la cotidiana quimera de una justicia

sobre el papel, que pone fin, que destruye los impulsos y las iniciativas formales y los obstáculos de todo género.

Para reunir estos buenos principios hay que dar unidad y personalidad a la instrucción. El resto—que es mucho—aparecerá como consecuencia natural de esta primera evacuación de defectos de viejos fragmentos, en un camino más fácil y a través de una senda más clara y segura.

#### XX.—*Los vicios de la voluntad en el proceso penal.*

La voluntad en el negocio procesal penal puede ser viciada, al igual que la voluntad en el negocio jurídico de derecho privado, por violencia, por error o por dolo.

La voluntad puede, sin embargo, ser reducida a determinar un cierto efecto jurídico procesal por el falso conocimiento de un hecho o de una norma jurídica (error de hecho, error de derecho) que induzca a querer otra cosa de la realmente deseada si la noción errada no hubiese desviado a la mente.

Los vicios de la voluntad pueden surgir en cualquier manifestación autónoma de voluntad procesal.

El tema de los vicios de voluntad en el proceso es de mucha importancia y es de esperar que otros lo tomen en consideración

#### XXI.—*Acción, instrucción, acusación.*

El término acción surge, en la doctrina y en la legislación, ya en el proceso penal como en el civil, en dos sentidos: como derecho y como actividad.

La acción ha sido concebida como un derecho de naturaleza típica procesal, consistente en el poder jurídico de poner de manifiesto su condición para la actuación de la voluntad de la ley (Chiovenda).

Tres puntos básicos señala Petrocelli para determinar a la acción como actividad:

1.º La acción penal considerada como un único acto consistente en la manifestación de voluntad dirigida, ya para investir al Juez, ya para provocar su decisión.

2.º La acción penal es considerada no sólo como la actividad de promover, sino como la esencia de la actividad de preparación, propulsión o actuación de la decisión judicial.

3.º La acción penal es considerada, en sentido amplio, como el compendio de toda la actividad procesal, de persecución, de cognición, casi como sinónimo de proceso.

La acusación puede ser entendida, en sentido amplio, como actividad de acusación, o en sentido restringido, como acto de acusación. En este segundo caso corresponde a la acción penal en sentido restringido como acto de instauración del juicio, consistente en la determinación del hecho plenamente ilícito sobre el cual se pide la decisión judicial.

XXII. *Para la supresión de los Tribunales por Jurados.*

La existencia de los Jurados en Italia no ha tenido razón de ser, ni por tradición, ni por constituciones políticas, ni por ninguna necesidad de intervención en la función de la magistratura.

La mejor solución del problema, bajo todos sus aspectos, es la de atribuir la competencia para todos los delitos hoy enviados al Tribunal por Juzgados, al Tribunal ordinario y de éste al de Apelación, en el que cabría constituir una sección de lo criminal.

La Magistratura italiana es más que digna de esta manifestación de confianza, la cual debería ser una excelente ocasión para la efectiva elevación de su prestigio y de sus condiciones de existencia para los intereses del Estado y de todos los ordenamientos civiles.

XXIII.—*En defensa de la Universidad.*

Comenta aquí Petrocelli el artículo que con el título de «Para mejorar nuestra Universidad» publicó el Padre Gemelli, Rector de la Universidad Católica de Milán, y en el cual considera como gravísimo problema el del extraordinario aumento de alumnos matriculados en dicho Centro.

El autor rebate tal opinión y dice que no sólo no ve en ello ninguno de los motivos de alarma que señala el P. Gemelli, sino que cree hallar un motivo de orgullo y satisfacción para Italia.

XXIV.—*Retorno a la tortura.*

Comenta el caso Egidi, quien sufrió innumerables interrogatorios, el último de los cuales tuvo una duración de veintidós horas ininterrumpidas. Después de tal prueba de tortura, Egidi se confesó culpable, retractándose a los pocos días, alegando no haber sabido lo que confesaba, dado su total agotamiento.

Propone el autor que para evitar tal verdadero retorno a la tortura medieva el interrogatorio inicial sea hecho por el Juez.

Octavio PEREZ-VITORIA

*Catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Barcelona*

QUINTANO RIPOLLÉS (Antonio): «La falsedad documental».—Reus.—Madrid, 1952.—270 páginas.

Este nuevo libro de Quintano, como sus publicaciones anteriores, es de considerable interés. Versa sobre un tema pequeño; a pesar de su gran importancia ha sido hasta ahora poco cuidado por los penalistas españoles, pues aparte de las páginas que en los Tratados de Derecho penal consagran a la falsedad documental, son muy escasas las monografías dedicadas en nuestro país a tan trascendental materia, entre las que destaca el excelente trabajo de Antón Oneca, *Las formas de la culpabilidad en las falsedades documentales*.

Después del estudio de la falsedad en la doctrina general del Derecho y