

perdió su humana diafanidad. Seguidamente enfla su crítica al concepto normativo de la culpabilidad, llegando a juicios que lindan con la opinión de Petrocelli.

También el artículo de Vannini—y ello revela mucho—acaba con nostalgia, clama por tiempos pasados. La mayor parte de los penalistas italianos de primera fila siguen esta conducta. Meditémosla ayudándonos de las últimas palabras de Vannini: “En pocas palabras he querido exponer mi pensamiento y declarar mi perfecta aversión a ciertas novedades (especialmente de marca germánica) que a mi actualmente gastada estructura mental, pese a su notable aparato dialéctico, parecen velar, bajo la apariencia de un progreso científico, la artificiosa exuberancia de un organismo en declive. ¡¡Tal vez sean los tiempos nuevos los que no consientan a la ciencia jurídica substraerse a la tentación del novecientos!”

En este mismo fascículo: **RABAGLIETTI, G.:** “**LA PSICOLOGIA DEL GIURIDICE PENALE**”; págs. 34-41.

José M.<sup>a</sup> STAMPA BRAUN  
*Profesor Adjunto de Derecho penal.*

## RIVISTA ITALIANA DI DIRITTO PENALE

Marzo-abril 1949

**Profesor GAETANO FOSCHINI, Encargado de Derecho procesal penal en la Universidad de Macerata: “L’IMPUTADO COME SITUAZIONE GIURIDICA-MATERIALE”; pág. 125.**

Ve el Prof. Foschini en el “imputado” (persona “a la que viene atribuido el delito”, según la fórmula del art. 78 C. p. p.) una complejísima situación jurídica, integrada, a su vez por diversas y concurrentes situaciones jurídicas, de las que destacan las tres siguientes: “Individualización”, “Identificación” y “Reconocimiento”.

Con criterios y terminología muy personales, ya anticipados en otros estudios del mismo autor (“La antura giuridica del proceso”, 1948 y “La complessione del processo”, 1949, publicados en la “Riv. dir. proc.”), Foschini dice, respecto del primer extremo que, si bien no cabe imputación sin imputado, la exigencia práctica hace posible una aparición de la imputación antes que el imputado, del mismo modo que cabe una prioridad ideal y jurídica del nacido (“conceptus”, “nasciturus”) sobre el nacimiento: por ejemplo, en el supuesto de arresto sin mandato previsto por el art. 235 Código procesal penal, tomado en consideración por Carnelutti en sus “Lezioni sul processo penale”, 1946.

Se ocupa el autor de las siguientes cuestiones, que trata y desarrolla sistemáticamente:

“Individualización positiva” (art. 309 C. p. p.), en cuyo ámbito distingue dos grados: 1.º Prevenido o mero “indiciado”, y 2.º “Imputado”, en sentido estricto.

“Individualización negativa” (Proceso contra imputado ignorado, artículo 378 C. p. p.), que suscita graves dificultades a la doctrina dominante que ve en el proceso una relación jurídica.

“Individualización incierta” (Proceso contra imputados, indicados alternativamente).

“Identificación”, respecto de la cual dice Foschini que si la individualización puede compararse con el nacimiento de una persona, la identificación equivale a la determinación de su estado civil; la doctrina común—no aceptada por completo por este autor—, considera a la primera como “identidad jurídica”. “Medio” documental básico es el certificado del estado civil, y complementarios, las declaraciones del propio imputado y testigos, así como otros medios técnicos fotográficos, antropométricos y dactiloscópicos.

A la imposibilidad de identificación se refiere el art. 81 C. p. p., y concordantes del mismo texto procesal y del sustantivo, en cuyo supuesto, la ley se conforma con la “identidad física” (individualización) del imputado.

En materia de “reconocimiento” radica el problema de que la individualización y la identificación no coincidan; o sea, siempre que se reconozca “que la persona presente en la instrucción o en el juicio no sea aquella contra la que va dirigida la acción penal” (art. 83 C. p. p.), hecho que se produce por medio de una sustitución de persona. Esto se remediará mediante el “reconocimiento”, que podrá ser “ordinario” o “decisorio” (incidente recognoscitivo”; susceptible de acabar este último (arts. 83, 85, 86 y 583 C. p. p.) en sentido “positivo”, “incierto” o “negativo”.

**Dott. ALBERTO DALL'ORA, Ass. de Derecho penal en la Universidad de Milán: “SULLA NOZIONE GIURIDICO-PENALE DI CADAVERE. LA QUESTIONE DEL NATO-MORTO”; pág. 142.**

Con documentado apoyo en la más autorizada literatura jurídico-penal italiana y germánica y pertinentes remisiones a la jurisprudencia del Tribunal italiano de Casación, el Dr. Dall'Ora, dedica un interesante estudio a la aptitud de la criatura nacida muerta para ser jurídicamente estimada como “cadáver” y, en tal concepto, posible elemento constitutivo de los “delitos contra el sentimiento religioso y la piedad de los difuntos”, previstos en los arts. 410 a 413 del Código Rocco.

Atiende en primer término, a dilucidar si en estos delitos el “cadáver” es “sujeto pasivo” de esta clase de delitos o mero “objeto material” de los mismos; opinión—esta última—acogida por Dall'Ora, en contra del criterio mantenido por Florián, que se pronuncia en el primer sentido.

A continuación, entra el autor en el problema de si el cuerpo abortivo es cadáver a efectos jurídico-penales y pone en contraste el pensamiento de Binding, Liszt, Civoli y otros, para quienes el cadáver sólo es el despojo inanimado de un hombre “que ha vivido” (“die entseelte Hülle eines Menschen, der gelebt hat”), con la más moderna doctrina italiana y alemana, que ha virado decididamente hacia la opinión contraria; viraje que

se manifiesta también en el campo jurisprudencial, en el que las más recientes sentencias afirman que es suficiente que el feto sea "maturo" para que deba ser considerado cadáver, atenuando así la tesis extremista de Florián, que prescinde del grado de desarrollo del feto. Criterio ecléctico, semejante al de la jurisprudencia italiana, es el profesado por Olberhoff y compatido por otros autores, es el que se fija en la capacidad de vivir ("Lebensfähigkeit") la vida extrauterina.

Dall'Ora se adscribe a la posición de Binding, reforzando su punto de vista con la consideración del "bien jurídico protegido", cuya importancia como medio de interpretación jurídico-penal es destacada por Mezger: El "bien-valor" tutelado por la norma. Y en su virtud—estando comprendidos estos delitos en el capítulo dedicado por el Código a las infracciones contra la "piedad" de los difuntos—, no puede decirse que la simple lástima o conmiseración que pueda inspirar el feto inanimado equivalga a la "piedad" ("pietas") que, con el rango de culto o veneración, alcanza el cadáver del ser humano que vivió. No es por tanto cadáver el feto, maduro ni inmaduro, con arreglo a la noción jurídico-penal de cadáver construída sobre la interpretación teleológica, auxiliada por argumentos racionales; sin que valgan en contra los razonamientos de Florián, traídos del delito de feticidio.

No obstante—y ya "de jure condendo"—, cree Dall'Ora que la "destrucción u ocultación del cuerpo fetal" podría constituir, según los casos, una infracción contra la administración de justicia o contra la salud pública. El sentido práctico inglés ya previó estos supuestos en su "Offences against the Person act", de 1861, que incluye la hipótesis de ocultación del cuerpo del nacido muerto en la categoría de la ocultaciones de nacimiento ("concealments of birth").

En resumen, según el agudo y fundamentado estudio de Dall'Ora, la jurisprudencia italiana ha violado en este punto el principio "nullum crimen"; sin perjuicio de que, según el propio autor, debe apreciarse la necesidad de una oportuna intervención legislativa.

Mayo-junio 1949

† FRANCESCO ALIMENA, Profesor Ordinario que fué en la Universidad de Catania: "IL PROBLEMA DELLA CORTE D'ASSISE"; página 251.

Este estudio del malogrado Profesor Francesco Alimena, que sirvió de discurso introductivo al curso oficial de Procedimiento penal en la Universidad de Catania, fué el último trabajo del autor.

Estima Alimena que el problema de la "Corte d'Assise"—y, en íntima relación con él, el del Jurado o justicia legal o popular—ha sido, generalmente, tratado con excesiva superficialidad y ligereza, al no reparar los autores que se han ocupado de esta materia en que si bien la misma tiene un innegable aspecto procesal, la médula del problema corresponde

al Derecho sustantivo. Este olvido o subestimación del Derecho material es origen de graves errores, ya que la cuestión no puede resolverse limitando la investigación al modo de composición de estos Tribunales: Cuerpo de Jurados o jueces de hecho, presididos por la Magistratura de Derecho (sistema tradicional, seguido en el Código italiano de Procedimiento penal, de 1913) o escabinato (organizado en Italia por el R. D. de 23 de marzo de 1931, núm. 249, que formó en cada Corte d'Assise un único Colegio, integrado por dos Magistrados y cinco asesores). Si, con el primitivo sistema, pudo reprocharse al Jurado su lenidad, la reforma de Rocco la convirtió, según la opinión pública, en demasiado severo.

Entiende el autor que, sin desconocer lo arbitrario de la escisión entre el hecho y el derecho en cada caso penal, ya que ambos aspectos se entrecruzan y aún se confunden con bastante frecuencia, no se puede coincidir con el exagerado criterio de Carnelutti, que pretende apoyarse en consideraciones históricas para sostener que, precisamente, la primitiva función de los jueces populares, tanto en Roma como entre los germanos, era la determinación del Derecho (“*Rechtsfindung*”); y que sólo la deformación del Jurado al pasar de Inglaterra al Continente explica su actual limitación al juicio fáctico. Por el contrario, Alimena cree que esta distinción entre el juicio de hecho y el de derecho—reservado el primero al Jurado—, sigue fielmente la bipartición del proceso romano, no sólo civil, sino también penal en varias de sus manifestaciones, en la fase “*in jure*”, atribuida al Magistrado, y la fase “*in iudicio*”, deferida a los jueces legos. Ahora bien, si en el orden histórico no puede encontrar apoyo la crítica adversa al sistema bipartito, si lo halla en el campo lógico y a efectos constituyentes: El Jurado podría servir, con su sensibilidad, al fin de “acomodar la regla jurídica al caso concreto”. No realizando a su arbitrio la calificación del delito o predeterminándola mediante una descarada mixtificación de los hechos, sino “atemperando la pena” en la medida exigida por la personalidad del reo y por los fines de prevención general y retribución correspondientes a la pena misma—o, incluso, remitiéndola totalmente—, para que ésta no resulte injusta o desproporcionada en vista del concreto valor que el delito injuiciado revista ante la conciencia pública; acomodación que el Jurado solía llevar a cabo por vías torcidas, violando la ley y desentendiéndose del resultado de la prueba.

Esta ecuación de orden concreto entre el aquilatado daño social indirecto y su condigna pena hunde sus raíces en el puro “Derecho penal material”, dirimiendo la pugna entre la exigencia de certeza jurídica y la de la exigencia del caso vivo.

Pero si la “función” es necesaria, no es indispensable que el “órgano” que la realice sea precisamente el Jurado, como proclama con democrático celo el art. 102 de la nueva Constitución italiana. Con lo que ya se entra en el “aspecto procesal” del problema, también interesante, si bien de importancia secundaria, a juicio de Alimena.

El finado profesor se pronuncia contra el restablecimiento del Jurado

popular y reivindica para la Magistratura letrada—que incluso bajo el Régimen fascista, supo mantener su preclara independencia—este delicado poder de equidad.

**G. DOMENICO PISAPIA, Encargado de Procedimiento penal en la Universidad de Milán: "L'ESERCIZIO DEL DIRITTO [DI QUERELA NEL REATO DI CONCUBINATO]"; pág. 273.**

Incide el Profesor Pisapia en la discusión, planteada ya en la doctrina, sobre este problema: Si el término para proponer querrela por el delito de concubinato (amancebamiento) comenzará a correr—como afirma la jurisprudencia italiana, de acuerdo con Manzini, y basada en que se trata de un impuesto de caducidad, y no de prescripción—desde el momento en que se tuvo la primera noticia de la relación concubinaria, o de su notoriedad, si se mantiene fuera del domicilio conyugal o si, por el contrario, como entienden otros (Leone, Battaglini), el término de decadencia comenzará a transcurrir desde el momento en que la relación ilícita cese, teniendo en cuenta para ello que, tratándose de una "delito permanente", el "período consumativo" no se integra hasta el término de la actividad típica, o sea cuando la permanencia cesa.

Por su parte, el autor que nos ocupa "se subtrae a la común opinión que considera al concubinato como delito permanente" y estima que la esencia de este delito es la reiteración de actos, sexuales; habitualidad que nos sitúa más bien ante una figura "habitual" que ante un tipo permanente.

Con cita y comentario de autorizadas opiniones, de diferentes tendencias y matices (Leone, Manzini, Delitala, Antolisei, Battaglini), en relación con los oportunos textos legales y jurisprudenciales, Pisapia razona su tesis, estableciendo la siguiente conclusión: Desde el momento de la primera noticia del concubinato (o de su notoriedad, si el hecho se desarrolla fuera del domicilio conyugal) comienza a correr el término para deducir querrela "por razón de los hechos de los cuales se tuviere ya conocimiento", pero no respecto de aquellos otros hechos que no hubiesen sido aún cometidos y que vayan siendo conocidos eventualmente y con carácter sucesivo; conclusión que responde a la ya apuntada naturaleza jurídica, habitual, del concubinato, cuya carácter unitario no excluye, antes bien presupone, una pluralidad de actos, por efecto de los cuales el momento consumativo se prolonga indefinidamente, y correlativamente se dilata también el término de oportunidad de la querrela. Consecuencia de este criterio es que si, con posterioridad a la "abolitio criminis", por amnistía, prescripción o cualquiera otra causa extintiva o consuntiva o condenatoria, resurge o perdura la conducta concubinaria, resurge también para el ofendido un nuevo término válido para ejercitar su derecho de querrela.

**“Notizie e commenti”. “EL CONGRESO JURIDICO FORENSE DE NAPOLES”; pág. 282.**

La Revista da cuenta de los resultados del Congreso celebrado en Nápoles, del día 20 al 24 de abril de 1949, que se ocupó de las siguientes fundamentales cuestiones: a) Organización de las Cortes d'Assise, con intervención de jueces populares; b) Reforma de la organización judicial; c) Tutela de la libertad en el proceso penal.

En cuanto a la primera cuestión, se aceptó la idea del Senador De Nicola, de la “composición mixta”: Organó integrado por tres Magistrados togados y un número mínimo de cuatro jueces populares, con título académico; limitándose la competencia de la Corte d'Assise al conocimiento de aquellos delitos que por su gravedad produzcan alarma social.

En el segundo aspecto, se propugna: Parificación completa entre la Magistratura civil y la penal, con facultad de opción del Magistrado, después del primer grado de su Carrera, para escoger una u otra especialidad; creación de un Centro de estudios en que los Abogados y Magistrados penales completen su cultura profesional (medicina legal, psicología judicial y criminal, etc.); evitación de toda promiscuidad entre el ejercicio de la Abogacía y el de la Magistratura, a cuyo fin se propone la abolición de la Magistratura suplente (“Pretorato onorario”) y se apunta la prohibición de que los Magistrados, una vez que hayan cesado en su ministerio, puedan dedicarse al ejercicio de la Abogacía.

Respecto del tercer punto, se proponen medidas que aceleren la instrucción y reduzcan al mínimo los supuestos de prisión provisional del imputado y se señala la necesidad de que el poder judicial asuma, desde la primera noticia del delito, la efectiva dirección y responsabilidad de las pesquisas de la policía judicial.

**Jurisprudencia. GIUSEPPE GUARNERI: “DELITTO DI FURTO, LA SOTTRAZIONE DI COSE TROVATE INCLOSSO A DUN CADAVERE?”: pág. 177.**

En un extenso comentario a una sentencia dictada en 19 de febrero de 1949 por la Corte d'Assise de Cremona—que absolvió, por aplicación de amnistía, a unos milicianos, que habían asesinado y despojado a un compañero sospechoso de haber amparado a un “fascista”—, el Doctor Guarneri discrepa del extremo del fallo referente a la impunidad de la substracción, basada en ser “res nullius” la cosa que existe sobre un cadáver, en tanto no haya aceptación de los herederos, determinante de la adquisición de la herencia por éstos.

Trae el comentario a contribución textos de Nuvolone, Carrara, Manzini, Vico, Messieno y Ferri y, si bien reconoce que el juego combinado de ambos Códigos civil y penal vigentes, presta cierta base a la tesis absolutoria—que hubiera sido imposible bajo el régimen del Código civil de 1865, que transmitía automáticamente la herencia sin necesidad de aceptación,

y del Código penal de Zanardelli, que castigaba expresamente la apropiación de cosas de una herencia aún no aceptada—cree que no cabe admitir la “vacatio” dominical o posesoria, base de la absolución que el sentimiento moral se rebela a admitir; sin que, a su juicio, la redacción del Código civil de 1942, que exige la aceptación del heredero, si bien dotada de efectos retroactivos, deje abolida, sin más la antigua “saisine”. La repulsiva apropiación debió ser castigada, como lo es, inexorablemente, conforme al art. 197 del Código penal militar de guerra, en relación con el art. 140 del Reglamento de Servicio de guerra, de 1886. El despojo de cadáveres es delictivo; sujetos pasivos del delito serán, en cada caso, los herederos con derecho a aceptar y adquirir.

“¿Furto seuzza violazione di possesso?” A continuación del comentario precitado, el Magistrado Filippo Colace, Presidente del Tribunal de Cremona y ponente de la Sentencia criticada, inserta su respuesta en la que defiende la tesis combatida, basando su defensa en argumentos estrictamente legalistas, como son la actual prescripción de la “saisine”, en la ley civil, la fórmula del art. 624 C. p., que exige que la cosa sustraída “al que la posea” y la prohibición de la analogía “in malam partem”, que violaría el principio “nullum crimen sine lege”. No obstante, y en el terreno metajurídico, el propio Presidente Colace coincide con Guarneri en proclamar que la absolución del hurto enjuiciado, es moralmente absurda y socialmente peligrosa.

**Bibliografía. ANTONIO FERRER SAMA: “COMENTARIOS AL CODIGO PENAL”; dos volúmenes, 1947; pág. 173.**

Inserta la “Rivista” una laudatoria nota bibliográfica de los “Comentarios” a nuestro texto punitivo fundamental, del Profesor Ferrer Sama, considerados por los especialistas invocados por la publicación italiana, como “el mejor comentario de la parte general del Código penal español”, que, incluso resulta interesante para los penalistas extranjeros. Se destaca el riguroso criterio científico de la obra; el conocimiento de la doctrina italiana y germánica que el autor revela y otros méritos que hacen de este trabajo “una obra fundamental de la ciencia penalística europea de la postguerra”.

**MOSQUETE MARTIN, Diego: “EL DELITO DE ENCUBRIMIENTO”, 1946; pág. 174.**

La “Rivista” se ocupa, asimismo, con elogio, del mencionado estudio del Profesor Mosquete, demostrativo de la errónea sistematización del “encubrimiento” en nuestro Código y promotor de una escisión en dos diversas hipótesis, correspondientes a dos lugares, también diversos, del mismo Código. Destaca la nota a que hacemos referencia la amplia bibliografía y el serio examen de la legislación comparada en la materia.

Nota necrológica; pág. 175.

Da cuenta la Revista del óbito del profesor Francesco Alimena, ordinario de Derecho Penal en la Universidad de Catania, nacido en 1898 e hijo del insigne penalista Bernardino.

Entre los principales trabajos del malogrado profesor destacan: "La questione dei mezzi inidonei nel tentativo", "Osservazioni sulla distinzione del diritto in pubblico e privato", "Le condizioni di punibilità", "Appunti di teoria generale del reato", "La colpa nella teoría generale del reato".

## LA GIUSTIZIA PENALE

**IAQUINTA, Dott. Alfonso, "Dibathiti": "DELLA CONGIUNZIONE CARNALE CON DONNA DORMIENTE ED DIGNAZA", I, col. 151.**

En vista del art. 519 del vigente Código Penal italiano se pregunta el Doctor Iaquinta si el acceso con mujer dormida e inconsciente integra el delito de violencia carnal previsto por el Código punitivo. Después de un atento análisis de los elementos psicofísicos y jurídicos de este supuesto, llega a la conclusión afirmativa, teniendo en cuenta que el sueño fisiológico coloca al sujeto pasivo en una situación de inferioridad física y psíquica que impide el control de la propia acción y concreta íntegramente la condición de violencia exigida por la Ley.

**LOASSES, Cesare, Avv.: "LA NOZIONE DEL "POSSESSO" E DELLA "DETENZIONE" NELLA LEGE PENALE", II, col. 257.**

Después de contrastar las opiniones hasta ahora aducidas con criterio antagónico por los "autonomistas" (Nuvolone y Petrocelli) y por los "unitarios" (Panain) y exponer las divergencias innegables, existentes todavía en la materia, entre el Derecho Civil y el Derecho Penal, el autor estudia, por su parte, el concepto y alcance de la posesión en la Ley y en la doctrina penal, y considera la "disponibilidad" de la cosa como elemento decisivo característico de la "posesión" que sirve de presupuesto al delito; disponibilidad que equipara, a efectos penales, la "posesión" y la "detentación" de la cosa. A continuación, examina este principio de la "disponibilidad" en la jurisprudencia italiana, que es constante en afirmar que el hurto se consuma en el momento en que el detentador ha perdido la disponibilidad física de la cosa. De todo ello, concluye Loasses, que la "disponibilidad" unifica y caracteriza la posesión y detentación que constituye el presupuesto del hecho punible ("frente al sujeto pasivo"), tanto como la misma posesión y detentación constitutivas de la conducta delictiva ("respeto del reo").