

## El proyecto preliminar del Código penal italiano

JOSE M. STAMPA BRAUM

Profesor Adjunto de la Universidad de Valladolid

I. ANTECEDENTES Y GESTACIÓN DEL PROYECTO: 1) *Tanteos de reforma*; 2) *El Decreto legislativo de 14 de septiembre de 1944*; 3) *La «Comisión Ministerial para la reforma del Código Penal»*; 4) *Creación del «Comité de Coordinación»*; 5) *Nombramiento del «Comité ejecutivo y publicación del Proyecto»*; 6) *Dictámenes sobre el mismo*.—II) ESTRUCTURA DEL PROYECTO Y REFORMAS SISTEMÁTICAS QUE APORTA: 1) *Composición del mismo*; 2) *Sistemática general*; 3) *Sistemática del libro I (único publicado)*.—III) PRINCIPIOS QUE INFORMAN A LAS REFORMAS CONTENIDAS EN EL PROYECTO: 1) *Exigencia política (acomodación del Código al régimen vigente)*; 2) *El principio de la imputabilidad moral como base de la responsabilidad*.—IV) REFORMAS SUBSTANCIALES: 1) *Delito político*; 2) *Delito imposible*; 3) *Relación de causalidad*; 4) *Elemento subjetivo del delito*; 5) *Responsabilidad derivante de los delitos cometidos por medio de la Prensa*; 6) *La tentativa*; 7) *Las causas de justificación y las circunstancias del delito*; 8) *Concurso de delitos*; 9) *El problema de la embriaguez como circunstancia referida a la imputabilidad*; 10) *Concurso de personas*; 11) *Valoración de la gravedad del delito a los efectos de la pena*; 12) *El delincuente particularmente malvado*; 13) *Otras reformas: la rehabilitación*.—V) JUICIO CRÍTICO SOBRE EL PROYECTO.

### I. Antecedentes y gestación del Proyecto <sup>1</sup>

I. Terminado el conflicto bélico, y vencido el régimen político gobernante en Italia, surgió bien pronto la necesidad de una «reforma» o «revisión» del Código penal vigente (el llamado Código Rocco) para acomodarle a las nuevas directrices democráticas. Sabido es que el Código de 1930, cuya elaboración corrió a cargo, casi exclusivamente, de Rocco y de Massari, no presen-

---

(1) Sobre este punto pueden consultarse la "Relazione" (Introducción, I, págs. 7-10) que acompaña al Proyecto, y los trabajos siguientes: FOSCHINI: "Orientamenti sulla riforma del C. p.", en *Archivio penale*, 1948, I, págs. 188 y ss. (trabajo que, como otros del mismo autor, de los que se da cuenta después, tiene el valor de estar redactado por uno de los más activos componentes de la Comisión reformadora y del Comité ejecutivo); PANNAIN: "Notizie e spunti sulla riforma dei Codici penali", en *idem id.*, págs. 56-61. (descubre perfiles muy curiosos); GRANATA, Luigi: "La riforma dei codici penali. Interrogazione dell'on. Giovanni Persico", en *idem id.*, 1947, I, pág. 490 (valioso por ser una declaración oficial de la gestación de la reforma); CASATI, Ettore: "Considerazioni e proposte sulla riforma dei Codici penali", en *idem id.*, 1945, I, págs. 43 y ss. (da cuenta del estado de opinión que motivó el anuncio de la reforma), y LEONE: "Contro la riforma del C. p.", en *idem id.*, 1945, I, págs. 276-283.

taba, en gracia a su riguroso tecnicismo, demasiados aspectos o matices que pudieran calificarle como ordenamiento nacido al calor de la política fascista. Decididamente tradicional y latino a ultranza, conservó, aun a costa del totalitarismo político, los incommovibles principios de «certeza» y «seguridad» jurídicas, manifestados en la acogida del criterio de la responsabilidad moral—suavizado, es cierto, por la valoración de la «peligrosidad»—y en la vuelta de espaldas a los, ya por entonces, seductores vientos del Derecho penal de voluntad y de la doctrina que pretendía cifrar el contenido del delito, no en la lesión o puesta en peligro de intereses individuales, penalmente tutelados, si que en la desobediencia del individuo al deber de fidelidad que hacia la comunidad debe de observar <sup>2</sup>.

Sabido es también que, no obstante esta corrección dogmática, dejó paso abierto e incorporó (en función de la insoslayable interdependencia del Derecho penal y la política)—no podía ser de otra forma—una serie de forzosas referencias al régimen que le diera vida, engastadas, sobre todo, en la parte especial, que, en contados casos indicaban excesiva supervaloración de los intereses estatales a costa de los privativos del particular: referencias éstas cuya revisión se hizo urgente así que la restauración democrática se impuso en Italia <sup>3</sup>.

2. A tal efecto, y sin otra finalidad que la de «pulir» las aludidas manifestaciones relacionadas con el sistema fascista, el 14 de septiembre de 1944 se dictó un Decreto legislativo, de cuya parte dispositiva destacaban las siguientes y provisionales reformas: la supresión de la pena de muerte <sup>4</sup>, la reincorporación al Código de las llamadas «atenuantes genéricas», tradicionales en el Derecho penal italiano, pero radiadas en el C.<sup>o</sup> de 1930; la supresión de las figuras de delito que sancionaban ataques contra las instituciones fenecidas, y alguna que otra reforma poco importante en la parte especial.

3. No habiendo parecido suficiente esta primera «acomodación» del C.<sup>o</sup> a las necesidades del momento, el 2 de enero de 1945 se nombró una «Comisión Ministerial para la reforma del Código penal», a la que se encomendó la tarea de «estudiar las reformas cuya adopción se juzgase más oportuna para conseguir que el C.<sup>o</sup> respondiese al renovado clima político» <sup>5</sup>. Esta Comisión fué objeto de varias y sucesivas integraciones, quedando, por fin, formada por siete catedráticos y destacados miembros de la magistratura <sup>6</sup>.

El principal problema que se planteó en su seno fué el del método que habria de seguirse para conseguir la reforma (revisión, acomodación) que se

(2) Sobre los principios generales informantes del C.<sup>o</sup> Rocco, véase la aguda relación de DELITALA; "Criterii direttivi del nuovo C. p.", en *Riv. it. Diritto pen.*, 1935, páginas 565 y ss.

(3) Sobre las disposiciones del C.<sup>o</sup> Rocco más íntimamente relacionadas con el régimen fascista, y cuya derogación ha sido el principal móvil de la proyectada reforma, véase JULLOBU: "L'elemento politico nel C. p.", en *Archivio penale*, 1945, I, págs. 161-195.

(4) Cfr. FOSCHINI: "La pena di morte", en *Archivio penale*, 1945, I, pág. 284.

(5) Véase la "Relazione" unida al P. (Introducción, I, págs. 7-8.)

(6) Los componentes de la Comisión eran: G. PORZIO, presidente; Adelmo NICCOLAI, G. LAMPIS, Ernesto BATTAGLINI, F. COMANDINI, A. CORDOVA, C. CORSANEGO, F. P. GABRIELI, E. GONZALEZ, G. LATTANZI, A. MANASSERO, O. PETRONI, P. ROSSI, G. SOTGIU. G. FOSCHINI, y los catedráticos PETROCELLI, BETTIOL, DELOGU, PANNAIN (que presentó la dimisión), SANTORO, VANNINI y VASALLI.

la había encargado. Dos soluciones fueron propuestas: o tomar como base el C.º de 1889 (Código de Zanardelli), poniéndole al día e introduciendo en él las necesarias rectificaciones científicas y técnicas, o tomar como punto de partida el C.º penal vigente, inspirando las correcciones que en su articulado debieran hacerse en los principios democráticos, ya absorbidos y reglamentados en el C.º de Zanardelli. Prosperó esta última, y, con ella, el criterio de respetar totalmente los principios tradicionales y, en consecuencia, las aportaciones científicas de raíz gámbra netamente italiana.

Fruto de los trabajos realizados por esta Comisión fué una «Relazione al Guardasigilli sulla riforma della parte generale del Codice penale»<sup>7</sup>, de carácter excesivamente doctrinal y pretencioso.

4. Con el propósito de facilitar las tareas de la Comisión ministerial, se nombró, no mucho después, un llamado Comité de Coordinación, en que tan sólo aparecía un catedrático: Delogu (Ordinario de la U. de Macerata)<sup>8</sup>, y que fué acogido—según testimonio que personalmente hemos oído a destacados profesores italianos—con general desagrado.

5. Por último, y en vista de la lentitud con que se desarrollaban los trabajos preparatorios, el ministro Grassi (recientemente fallecido) se decidió a nombrar, en 19 de febrero de 1949, un «Comité ejecutivo», que habría de ser el autor material de la Reforma que nos ocupa.

Este Comité está integrado por los profesores Petrocelli y Vannini, y por los magistrados y abogados siguientes: Lampis, Gabrieli, Lattanzi, Piacenza, Foschini, Galli y Dolcè. Bettiol, aunque no aparece como miembro del mismo, tiene una decisiva influencia en sus directivas, llevando en parte las riendas de estas labores por su calidad de presidente de la Comisión de Justicia de la Cámara de los Diputados.

Acerca de cómo ha sido recibido este Comité hemos recogido opiniones muy dispares: coinciden, sin embargo, en achacar a su formación la falta de algunos catedráticos de relevante personalidad, y en afirmar que la homogeneidad de su composición impide, y podrá seguir obstaculizando, el enjuiciamiento de determinados principios neopositivistas (Grispigni, Frosali, Ranieri y Santoro están excluidos) de indudable y reconocido valor en la hora presente.

En julio de 1949 este Comité ha presentado al ministro de Gracia y Justicia, Grassi, el texto del *Libro I del Proyecto Preliminar*, que recientemente ha sido publicado<sup>9</sup>.

En la dedicatoria del Proyecto (pág. 3 del mismo) se dice que el Comité ha tomado como base de sus labores los resultados conseguidos por la «Comisión Ministerial»<sup>10</sup>, habiéndolos reelaborado y coordinado con las ulterio-

(7) Puede consultarse en *Archivio penale*, 1945, I, págs. 399-423.

(8) Los demás miembros eran: LAMPIS, primer presidente de la Corte di Appello; E. BATTAGLINI, procurador general en el mismo Tribunal; G. LATTANZI, sustituto procurador general en la Corte Suprema de Casación, y FOSCHINI, juez adscrito a la Procuraduría general de la Suprema Corte de Casación.

(9) «Progetto preliminare del Codice penale». Libro I. Relazione e testo, Ministero di Grazia e Giustizia, Commissione Ministeriale per la Riforma del Codice penale. Comitato esecutivo. Istituto poligrafico dello Stato. Roma, 1949.—El texto de la «Relazione» está publicado, también, en *Rivista penale*, 1949, sept. 5 (fasc. 1X), págs. 483 y ss.

(10) Estos resultados constan en la ya citada «Relazione al Guardasigilli sulla riforma della parte generale del Codice penale».

res propuestas de reforma presentadas en el Parlamento y en el terreno científico. En realidad, esta «coordinación» se ha hecho dentro de unos límites tan amplios que puede decirse—repetiendo anterior afirmación—que el Comité ha impuesto, de manera casi absoluta, su particular criterio.

6. El fallecido ministro Grassi, siguiendo laudabilísima costumbre italiana, pidió a los componentes de la Comisión Ministerial que no formaron parte del Comité, a los Organos jurisdiccionales, Colegios forenses y Universidades, que emitiesen meditado dictamen sobre la viabilidad y calidad del Proyecto. De estos dictámenes varios han sido ya publicados<sup>11</sup>. Otros juicios de carácter particular están apareciendo en las revistas especializadas con notoria profusión<sup>12</sup>. Unamos a ellos el nuestro con la advertencia de que tan sólo pretende informar al estudioso del contenido y direcciones de esta importante y reciente novedad legislativa.

### II. Estructura del Proyecto y reformas sistemáticas que aporta.

1. El proyecto presentado, que comprende únicamente el Libro I del C.º está integrado por una extensa «Relazione» explicativa de las reformas adoptadas y que aparece dividida en dos partes: la «Introducción» (fases de la reforma; criterios directivos de ésta, y partición sistemática de la materia), y la parte destinada a comentar, siguiendo el articulado del Proyecto, las novedades introducidas. El Proyecto propiamente dicho abarca 230 artículos, es decir, diez menos que el libro correlativo del Código.

(11) Hemos recogido los siguientes: GRISPIGNI: "Regresso di un secolo nella legislazione penale" (Il Progetto preliminare di un nuovo C. P.), en *Scuola Positiva*, 1949 (fascículos III-IV), págs. 329-363; CARNELUTTI: "Relazione alla facoltà giuridica di Roma sul Progetto di riforma del primo libro del C. P.", en *idem id.*, págs. 364-376 (los dos corresponden al dictamen emitido por la U. de Roma); ANTOISEI: "Il Progetto preliminare del C. P.", en *idem id.*, págs. 377-384 (también en *Giurisprudenza italiana*, 1949) (es el dictamen elevado por la U. de Turín); RANIERI: "Il Progetto di riforma del C. P.", en *idem id.*, págs. 385-403) (también en *Critica penale. Rassegna di dottrina e giurisprudenza*, anno IV, fasc. V-VI, sept-dic. 1949, Bologna, págs. 207-232 (es el dictamen elevado por la U. de Bolonia; fué leído por el autor como discurso de inauguración del año escolar); DE PAOLIS: "Osservazioni della Commissione della Corte di Appello di Bologna sul Progetto preliminare del libro I del C. P.", en *Critica penale*, *idem*, páginas 233-258; PIETRIBONI, E.: "Relazione del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Venezia", en *Rivista penale*, nov.-dic. 1949, págs. 651-685; "Relazione della Corte Suprema di Cassazione", en *idem*, feb. 1950, págs. 69-85; "Relazione della Corte di Appello di Roma", en *idem id.*, págs. 86 y ss. Otros dictámenes serán publicados en los meses sucesivos.

(12) De entre ellos destacan: G. F. FALCINI: "Caratteri e disciplinamenti del Progetto preliminare di un nuovo C. P.", en *Critica penale*, fasc. cit., págs. 259-271; D'AGOSTINO, Gracco: "Considerazioni generali sul Progetto del libro I del C. P.", en *Giustizia penale*, feb. 1950, fasc. II, II, cols. 173-186; PETROCELLI: "Dei critici infalibili ovvero della urgenza" (A proposito del Progetto preliminare del C. P.), en *Giustizia penale*, *id.*, cols. 170-173; GRANATA, L.: "Sul Progetto preliminare del C. P.", dic. 1949 (fasc. XII), cols. 937-940; MARINA, F. A.: "La Riforma del C. P. Il libro I, Rilievi e proposte", en *id. idem*, cols. 940-949; PELUSO CASSESE, Giuseppe: "De lege condenda. Sul Progetto preliminare del C. P.", *Giustizia penale*, *id.*, cols. 949-954; VELOTTI, G.: "Il Progetto preliminare del lb. I del C. P. Innovazioni generali", en *Rivista di Polizia*, 1949, págs. 431 y ss.; PANNAIN: "La riforma del C. P. Orientamenti generali". en *Il giornale d'Italia*, 11-9-49; PANNAIN: "Osservazioni sul Progetto preliminare di C. P.", en *Archivio penale*, 1949, I, págs. 319-330 y 374-379.

2. En la Relación se anuncia que se ha mantenido la clásica división del Código en tres libros. La intitulación de los mismos, sin embargo, ha variado: el I, llamado ahora *Dei reati in generale* se rubrica en el Proyecto con la expresión *Disposizioni generali*, reforma que, no obstante su poca importancia, indica un mejoramiento técnico. Igual cabe decir de las que encabezan los libros II y III, y que serán las ya empleadas por el Código de 1889, a saber: *Dei delitti, in speci* y *Delle contravvenzioni, in specie*, en lugar de las actuales.

3. El libro I aparece dividido en siete títulos, en vez de los ocho que presenta el Código. Llevan las siguientes rúbricas: I, *Della legge penale*; II, *Del reato*; III, *Del reo*; IV, *Della pena*; V, *Delle sanzioni civili*; VI, *Della pericolosità criminale e delle misure amministrative di sicurezza*, y VII, *Della riabilitazione*.

De tal ordenamiento destaca, ante todo, que el título relativo al delito en general (tit. II) está colocado inmediatamente después del que se refiere a la Ley penal (en el Código a éste sigue el relativo a la pena), con lo que se quiere resaltar que el delito (y no la pena: su consecuencia) es el «acto jurídico fundamental regulado por la Ley» (*Relazione*, pág. 13).

Es notable, asimismo, que subsista un título—el tercero—destinado a encuadrar los artículos referentes al delincuente en particular; este respecto de la estructura del Código es, sin embargo, meramente formal, pues su más destacada finalidad—la de construir la «imputabilidad» como elemento independiente de los que constituyen el delito—ha sido superado, ya que el Proyecto, como más adelante veremos, alude a la misma al tratar del «elemento psicológico del delito, dando con ello prueba—creemos—de evidente acierto.

Dentro del título II se advierte una amplia revisión sistemática. En el Código está dividido en tres capítulos; en el Proyecto, en ocho: capítulo I, *Delle specie del reato*; II, *Dell'elemento oggettivo del reato*; III, *Dell'elemento soggettivo del reato*; IV, *Del tentativo*; V, *Delle cause di giustificazione*; VI, *Delle circostanze del reato*; VII, *del concorso di reati*; VIII, *Della estinzioni del reato*. La sola lectura de los títulos trasluce dos aspiraciones que han sido logradas: ofrecer un cuadro perfectamente sistematizado de la teoría jurídica del delito, y resaltar los dos elementos o aspectos básicos de la infracción en general, esto es, el elemento objetivo (elemento material) y el elemento subjetivo (elemento psicológico), con lo que se consagra definitivamente el pensamiento de Carrara, dando paso a su vez, a la posición de Antolisei, tan rica de enjundia y tan sabiamente madurada<sup>13</sup>.

Es de anotar, por otra parte, que el capítulo V adopta un título («causas de justificación»), que nos parece menos acertado que el criterio seguido por el Código, ya que es incorrecto regular el estado de necesidad y los excesos culposos y dolosos bajo una expresión técnicamente referida a las causas que excluyen la antijuridicidad de la conducta.

El título VI, por último (*Della pericolosità...*) es prueba suficiente de que continúa consagrado al dualismo culpabilidad-pena, peligrosidad-medidas de seguridad, único capaz de hermanar los postulados católicos sobre la responsabilidad con los de la posición defensiva. Sobre ello se insistirá después.

(13) V. su «Manuale di diritto penale» (2.ª ed., 1949) y, sobre todo, «Lo studio analitico del reato», en «Problemi penali odierni», Milano, Giuffrè, 1940, espec., págs. 154-158.

Los juicios que han producido estas innovaciones son, en general, y salvo insignificantes disidencias, favorables <sup>14</sup>.

### III. Principios que informan las reformas contenidas en el Proyecto

Dejándonos llevar por la Relación (*Introduzione, II*)—portavoz autorizado del pensamiento de los reformadores—las bases sobre las que descansa la revisión contenida en el Proyecto son dos: la necesidad de eliminar toda supervivencia de las orientaciones derivadas del régimen derrocado, haciendo que el Código se acomode, en cada una de sus partes, a las directrices democráticas y al espíritu de la nueva Constitución; y la afirmación del principio de la imputabilidad moral como fundamento de la responsabilidad, con la consiguiente distinción penas-medidas de seguridad, obediente a los criterios represivo y preventivo perfectamente separados.

1. En íntima dependencia con la primera de estas bases (exigencia política) cobran vigor los principios siguientes: a) notable mitigación penal, con lo que se elimina el espíritu de excesiva dureza que preside en algunos puntos del Código vigente, avalado por una injusta supervaloración del Estado frente al particular; b) eliminación, hasta donde ha sido posible, de las disposiciones que contienen residuos de «responsabilidad objetiva», también inspiradas, en parte, en una desenfocada estimativa de los intereses estatales; y c) modificación de las normas que regulan la extradición, volviéndose al principio democrático de prohibirla cuando se trate de un delito político.

Tales puntos de vista han sido alabados, incluso por los más decididos impugnadores del Proyecto <sup>15</sup>; la crítica coincide, no obstante, en advertir el peligro que pudiera representar una desmedida y poco meditada suavidad en la medida de las penas <sup>16</sup>.

2. El principio de la imputabilidad moral como base de la responsabilidad aflora en varias de las más importantes reformas introducidas, de las que destacamos:

a) El artículo 140, donde se define la función que el legislador asigna a la pena. Dice su texto: «Dentro de los límites de la función punitiva, y para realizar enteramente las finalidades morales y sociales de la misma, la pena debe tender hacia la reeducación del culpable. La ejecución de las penas detentivas no podrá consistir en tratamientos contrarios al sentido de humanidad y debe inspirarse en los principios del trabajo y de la instrucción».

El carácter programático de este precepto salta a la vista. Según la *Relazione* (núm. 120, pág. 80), responde al deseo de enunciar en el articulado del Proyecto el principio contenido en el artículo 27 de la Constitución. El artículo 27 de la Constitución dice: «Las penas no pueden consistir en tratamientos contrarios al sentido de humanidad y deben tender a la reeducación del condenado». Si, efectivamente, el artículo 140 del Proyecto hubiere enunciado el transcrito de la Constitución, no podríamos decir que aquél respondiese al principio de la imputabilidad moral como fundamento de la res-

(14) Cfr., por ej., PANNAIN: "Osservazioni sul Progetto", cit., págs. 319-320.

(15) Cfr., a este respecto, GRISPIGNI: "Regresso di un secolo, etc.", cit., págs. 361-362.

(16) V. GRANATA: "Sul Progetto preliminare...", cit., col. 938, y PANNAIN: "Osservazioni", cit., pág. 322.

ponsabilidad. En realidad, y no obstante lo que en la Relación se dice, las dos disposiciones—la constitucional y la del Proyecto—son distintas: el artículo 140 del Proyecto completa» al 27 de la Constitución. Veámoslo:

El texto constitucional es una clarísima y terminante definición normativa de las llamadas doctrinas «relativas», es decir, de aquellas direcciones doctrinales afirmantes de que la función de la pena es la de ser un medio para conseguir un fin de utilidad social (intimidación y enmienda del reo). Este fin podrá lograrse si las penas tienden a la «reeducación del condenado». De cómo cristalizó en la Constitución este criterio que, no atemperado con otros más sólidos, responde completamente a un pensamiento desacreditado (por obra, sobre todo, del idealismo y de las corrientes derivadas de una contemplación ética del derecho penal) es tema que ahora no hace al caso; su laboriosa gestación parlamentaria puede ser indicio de su carácter ocasional o «de compromiso». Mas lo cierto es que fué solemnemente proclamado. En este entendimiento, los redactores del Proyecto (y aquí debe pensarse en Petrocelli, Bettiol y Vannini) se enfrentaron con dos realidades: la de un principio constitucional que asignaba a la pena una misión descaradamente preventiva, y la de su propio modo de pensar que, por ser católico, no podía sino resaltar la función represiva de la sanción penal («combinada»—no eliminada—con la finalidad preventiva). ¿Cómo formular sus convicciones en forma tal que no dieran por resultado un precepto anticonstitucional? He ahí el artículo 140 del Proyecto. La pena—según el mismo—deberá tender a la «reeducación del condenado», pero esta reeducación se llevará a efecto «dentro de los límites de la función punitiva (*entro i limiti della funzione punitiva*), es decir, dentro de la finalidad represiva que persigue la sanción. Si la prevención especial (reeducación del reo) es—digámoslo así—un objetivo al que deberá mirar el castigo (función punitiva, represión), está claro que la teoría relativa (contenida en el texto constitucional) ha cedido el puesto a la personal de los reformadores, única capacitada para otorgar un fundamento moral a todo el sistema punitivo. Mediante tal expediente se ha conseguido: respetar el principio de la imputabilidad moral como base o fundamento de la responsabilidad; formularle programáticamente, y darle cabida en el articulado del Proyecto sin contradecir a la Constitución, si que «completándola» sagazmente.

La manobra, claro es, no ha pasado desapercibida. Su principal denunciante ha sido Grisigní—indignado por la suave rectificación que del más querido principio de su escuela han hecho los reformadores—, quien con todas sus fuerzas—dialécticamente muchas—clama desde la «Scuola positiva» por la inconstitucionalidad del artículo 140 del Proyecto, y aprovecha su postura para publicar juntos los cuatro dictámenes abiertamente contrarios a la reforma: el suyo, el de Carnelutti, el de Ranieri y el de Anzilisei. ¡Curiosa manera de ponderar objetivamente la calidad del Proyecto! 17.

---

(17) «No es necesario—dice GRISIGNI (art. cit., pág. 331)—ser profundos conocedores de la técnica jurídica para comprender el significado y alcance de tal artículo (el 140): con él, efectivamente, no se afirma ya—como en la Constitución—que la función de la pena sea reeducar al condenado, sino que se añade que ésta tendrá lugar *dentro de los límites de la función punitiva*, es decir, que, por encima de todo y esencialmente, debe de castigarse (en el sentido de retribuir moralmente), y sólo en el ámbito de tal función preeminente, se proveerá a la reeducación. Lo que implica que cuando—en casos particu-

b) El principio básico que comentamos ha florecido, también, en la regulación que obra en el Proyecto sobre los delitos cometidos por medio de la prensa (construidos, ahora, como veremos, bajo el prisma de la culpabilidad); en la nueva configuración de la embriaguez como circunstancia eximente o atenuante, según los casos, de la imputabilidad; y, especialmente, en la forma cómo el Proyecto ha concebido las instituciones de la *condena condicional* y el *perdón judicial*.

El Código (arts. 164 y 196) «condiciona la aplicabilidad de estos beneficios exclusivamente a la prognosis hecha por parte del juez de que el culpable se abstendrá de cometer futuros delitos»<sup>18</sup>. El Proyecto, sin embargo (arts. 63 y 122), añade otra condición: aquella según la cual el culpable, para gozar de tales beneficios, «debe merecerlos» («sia meritevole» del beneficio). De ésta diversa forma de conceder la condena condicional o el perdón judicial se deduce que mientras el Código vigente se fija únicamente en el futuro—pues declara la no necesidad de la pena cuando, no debiéndose creer que el sujeto cometerá nuevos delitos, se deduzca que tampoco debe de ser sometido a la reeducación—, el Proyecto exige que, además de la falta de peligro del individuo en su vida futura, el sujeto haya «merecido» el beneficio, refiriéndose, pues, a conductas precedentes, cuya represión se imponer por el hecho de que se hayan cometido, aparte de la posible o no posible peligrosidad del agente en el porvenir.

Estos aspectos del «perdón judicial» y de la «suspensión condicional de la pena» han sido—naturalmente—criticados por los que atacan la combinación represivo-preventiva que el Proyecto asigna a las finalidades del castigo. Algunos los utilizan tan sólo para demostrar, otra vez, la anticonstitucionalidad de la reforma en este punto, opuesta, según ellos, al mentado *artículo 27* de la Constitución<sup>19</sup>.

c) En general, los juicios acerca de la consagración legal del principio de la imputabilidad moral como base de la responsabilidad son de muy diversa índole. Aparte de los ya citados—contrarios por razones de escuela—, otros alaban, sin reserva, la reforma en este concreto aspecto<sup>20</sup>. Objetivamente, el

lares—no haya necesidad de reeducación la pena deberá aplicarse igualmente, para cumplir la función esencial de la retribución.”

A seguido (pág. 383) critica despiadadamente la doctrina represiva, finalizando, como veremos, por arremeter contra el Proyecto en forma violenta.

ANTOLISEI (art. cit., pág. 383) expone argumentos semejantes, terminando, asimismo, por declarar la no constitucionalidad del art. 140. Lo mismo RANIERI (art. cit., pág. 394).

(18) Seguimos el discurso de GRISPIGNI, discurso que él utiliza para demostrar que la nueva redacción de estas dos figuras aparece el reconocimiento del principio represivo (igual que el art. 140 y que la regulación de la embriaguez) (págs. 331-332 del art. anteriormente cit.). En esto estamos de acuerdo.

(19) En el primer sentido, GRISPIGNI (loc. cit.) y CARNELUTTI, “Relazione alla Facoltà, etc.”, cit., pág. 368, y, en parte, RANIERI (art. y loc. cit.). En el sentido de la no constitucionalidad de estos preceptos, ANTOLISEI (loc. cit.) y FALCHI, “Caratteri e disciplinamenti, etc.”, cit., pág. 262.

(20) Así, por ej., GRANATA: “Sul Progetto, etc.”, cit., pág. 939; y, sobre todo, PIRETRIBONI, en la “Relazione del Consiglio degli Avvocati di Venezia”, cit., pág. 685, donde abiertamente declara: “Auguramos que cualquiera que fuere la suerte de la reforma, el art. 140 del Proyecto no debe borrarse jamás del texto definitivo. ¡Es lapidario y bien podría ser grabado en las Salas de Justicia! Bajo sus orientaciones se consigue felizmente la puesta en marcha de un sistema y de un régimen de justicia digno de una democracia y de una civilización.”

argumento de la constitucionalidad o no constitucionalidad es el único que podrá pesar, ya que los argüidos por los neopositivistas están viciados de origen. Esperemos al texto definitivo.

#### IV. Reformas substanciales <sup>21</sup>.

##### 1. El delito político.

La definición que del delito político nos da el Código actual es (art. 8.º, párrafo 3.º): «A los efectos de la ley penal será delito político todo delito que ofenda un interés político del Estado o bien un derecho político del ciudadano. Se considerará, además, delito político al delito común, determinado, en todo o en parte, por motivos políticos.»

En este concepto aparecen asociados los dos criterios que sirven para definir tal modalidad delictiva, a saber: el criterio objetivo (que ofenda un interés político del Estado o un derecho político del ciudadano) y el subjetivo (que el delito esté determinado, en todo o en parte, por móviles políticos). La innovación del Código consistía precisamente en la admisión del criterio subjetivo no valorado en el Código de Zanardelli—, novedad que ha sido y es muy criticada por la facilidad que entraña, en perjuicio de las garantías individuales, de considerar «político» a cualquier delito.

El Proyecto (último párrafo del art. 13) define también el delito político. Admite el criterio «objetivo» en términos idénticos a los del Código, y—en contra de lo que se preveía—deja en vigor el criterio «subjetivo», levemente modificado en la forma de enunciación: «Se considerará, también, delito político al delito común *determinado prevalentemente* (en el Código: «en todo o en parte») por motivos políticos.»

En cuanto al concepto, pues, la reforma es insignificante y, por supuesto, deja el paso franco a la posibilidad de enmascarar como delito político a los delitos comunes. En este punto, con razón, ha sido unánimemente desaprobada <sup>22</sup>.

El Proyecto, sin embargo—y ello es importante—, inspirándose en el Código de 1889, prohíbe la extradición en los casos de delitos políticos y en los supuestos de que sea solicitada la de un ciudadano italiano (art. 13). Así se consigue acomodar el articulado del Código a las normas ya vigentes en la Constitución <sup>23</sup>.

##### 2. El delito imposible.

Comparando el art. 19 del Proyecto con el art. 49 del Código, se nota una curiosa modificación, que ha pasado inadvertida de cuantos comentaristas se han ocupado de la reforma. El Código dice: «La punibilidad está, asimis-

(21) Para su exposición seguiremos el orden del articulado, pero sin referirnos a los títulos o capítulos del Proyecto, sistema que haría fatigosa la lectura.

(22) En tal sentido, Cfr. MURGIA, Ivo: "Il delitto politico nella riforma del C. P.", en *Iustitia*, Organo dell'unione dei giuristi cattolici italiani, anno III, enero 1950, páginas 4 y ss. (con bibliografía exhaustiva), y RANIERI (art. cit., pág. 397).

(23) Proceso encomiado, incluso por GRISPIGNI (art. cit., pág. 361). V. también PULSO-CASSESE: "De legé condenda, etc.", cit., col. 950 (punibilidad de los delitos cometidos en el extranjero).

mo, excluida cuando...». El proyecto reza, en cambio: «No hay delito cuando...». Para la tesis partidaria de estimar la punibilidad como elemento del delito, ambas proposiciones son idénticas: tanto da negar la punibilidad (si se niega un «elemento» se niega el delito) como negar la existencia de la infracción; para la doctrina, sin embargo, que excluye a la punidad del repertorio de los elementos del delito, el espíritu de la reforma supone la desaprobación legal de su tesis. ¿Quién ha inspirado esta corrección técnica? Así que se lea el maravilloso artículo de Vannini sobre «Reato impossibile», recientemente publicado<sup>24</sup>, y concebido con ese rigor lógico que sólo a él, maestro de la técnica jurídico-penal, es privativo, se aclarará la pregunta. El art. 19 del Proyecto recoge, ni más ni menos, la personal doctrina del Profesor de Siena; en los casos que el Código señala como delito imposible—dice—, no es que la punibilidad esté excluida, sino que el «delito no existe». Y no existe—continúa—con arreglo a la «concepción del delito» que el Código ha sancionado, es decir, la «concepción realística» (delito igual a «culpable ofensa, concreta y efectiva violación de un bien o interés jurídico»). Si delito es la violación de un bien jurídico, no podrá existir cuando la acción (conducta) sea «inidónea» o falte el objeto (jurídico) que lesionar, pues en ninguno de los dos supuestos se realiza la violación constitutiva del mismo.

Debemos subrayar, además, que con muy buen acuerdo el Proyecto suprime la figura del *delito putativo*, por juzgarla superflua, ya que su alcance está implícito en los arts. 1.º y 2.º del mismo (iguales a los del Código).

### 3. Relación de causalidad.

Está regulada en los arts. 20 y 21 del Proyecto.

Se conserva el principio de la equivalencia de las condiciones; sigue en vigor el de que «no impedir un resultado del que se tiene obligación jurídica de impedir, equivale a causarle». En esta hipótesis, sin embargo, se innova que «la pena puede ser disminuida» (art. 20), porque «el no impedir un resultado que debe de impedirse obligatoriamente demuestra en la mayoría de las veces un menor impulso criminoso, es decir, revela, en una forma inerte, si bien culpable, de la voluntad, un grado menos intenso de culpabilidad, en relación al comportamiento positivo que produjera el mismo resultado» (*Relazione*, pág. 28).

El Proyecto, por último, vuelve a incorporar la doctrina de la *concausa* como circunstancia que atenúa la penalidad. Dice así (art. 21): «La pena será disminuida si las causas preexistentes o simultáneas eran ignoradas por el culpable, o bien si las causas aparecidas con posterioridad eran independientes de la acción u omisión de éste, siempre que hayan tenido notable relevancia en la producción del resultado».

Vannini, acertadamente, no concede que la pena deba ser atenuada en la hipótesis del concurso de causas, tachando de «sentimentalista» al pensamiento de la Comisión<sup>25</sup>.

(24) V. *Archivio penale*, 1949, II, págs. 363-368. El artículo estaba destinado al volumen que se prepara en honor de MANZINI.

(25) V. VANNINI: "In tema di riforme penali", en *Archivio penale*, 1948, II, página 651; igual PANNAIN: "Osservazioni", cit., pág. 322.

## 4. Elemento subjetivo del delito.

El art. 22 del Proyecto introduce notables variaciones en relación con el art. 42 del Código. Este dice: «Ninguno puede ser castigado por una acción u omisión prevista por la ley como delito si no la ha cometido con consciencia y voluntad». Dispone el Proyecto: «Ninguno puede ser castigado si no era imputable en el momento de la acción u omisión prevista por la ley como delito, y si no la ha cometido con consciencia y voluntad».

Esta referencia a la imputabilidad en el terreno acotado para el elemento psicológico es muy significativa. En la Relación se nos dice que se la ha estimado oportuna porque es incorrecto colocar la disciplina de tal elemento después de haber mencionado la consciencia y voluntad (así consta en el Código, arts. 42 y 85): el *prius* lógico—la voluntad en potencia—sería la imputabilidad; el *posterius*, la voluntad concretamente manifiesta.

¿Cuál ha sido la intención del legislador al proponer esta reforma? Meditando sobre el sentido que pueda tener el art. 22 del Proyecto, en relación con todo el sistema, nos parece que los reformadores han actuado aquí en forma semejante a como lo hicieran con respecto al art. 140. Se ha respetado el sistema del Código, pero se ha quebrado la significación del mismo. Efectivamente: tanto el Proyecto como el Código separan con absoluta claridad las disposiciones reguladoras del delito en general de las que se refieren al reo; consecuente con este punto de partida, el Código trata de la imputabilidad no en la teoría del delito (donde es extraña desde el momento que tajantemente se distinguen la disciplina jurídico-penal de éste y del delincuente), si que en la teoría del reo (confirmándolo, sin lugar a dudas, el último párrafo del art. 70). De ello deriva una consecuencia trascendental: la de que es posible construir la teoría del delito independientemente de la imputabilidad y, lógicamente, que puede afirmarse la culpabilidad independientemente de la imputabilidad, «de acuerdo—añaden los positivistas<sup>26</sup>—con los resultados de la ciencia psiquiátrica moderna».

Ahora bien; esta consecuencia no era—no podía serlo—del agrado de los reformadores, pues en parte destruye la vigencia del principio rector de la imputabilidad moral como base de la responsabilidad penal. ¿Cómo orillarla sin romper el sistema aludido? Regulando la imputabilidad dentro del elemento subjetivo del delito, con lo que se transforma en «elemento» de éste y—lo que es más importante—en «presupuesto de la culpabilidad» (capacidad de culpabilidad), sin respetar, pues, las naturales consecuencias que se derivan del sistema propuesto.

La modificación que hemos tratado no ha sido aprobada por la crítica<sup>27</sup>.

(26) V. RANIERI: "Il Progetto, etc.", cit., pág. 217. Distinta es (y debemos advertirlo) la opinión de PANNAIN, quien ve una cierta independencia entre la voluntad en concreto, sea incluso anormal, y la imputabilidad; opinión consentida por PETROCELLI y por la misma "Relazione" (pág. 55). (Cfr. PANNAIN, "Osservazioni", cit., pág. 324.)

(27) Además de RANIERI y PANNAIN (loc. cit.). Cfr. DE PAOLIS: "Osservazioni della Corte di Appello di Bologna", cit., pág. 238; y la "Relazione della Corte Suprema di Cassazione", cit., pág. 73, etc.

## 9. Responsabilidad derivante de los delitos cometidos por medio de la Prensa.

Siguiendo el criterio de ajustar el Código a los principios constitucionales, el Proyecto modifica profundamente la regulación de la responsabilidad derivante de los delitos cometidos por medio de la Prensa.

La disciplina actual de estos delitos en el Código dispone que el director de cualquier clase de Prensa periódica responderá por «este solo hecho» (es decir, por su «cualidad» de director) de los delitos que se cometan valiéndose de la Prensa que él dirige (*art. 57, párrafo 1.º* del Código). Se sanciona, pues, un caso de «responsabilidad por el hecho ajeno». ¿Es esta responsabilidad por el hecho ajeno una especie de la llamada «responsabilidad objetiva»? La *Relazione* (pág. 30) no lo resuelve, y la doctrina es vacilante. Para nosotros la responsabilidad objetiva y la responsabilidad por el hecho ajeno son dos situaciones diversas; bien se admita que la responsabilidad objetiva entraña un nexo, siquiera sea atenuado, de causalidad psíquica entre la acción y el resultado, y que ese nexo sea la culpa levisiva (Battaglini) o la «representación del resultado» (Cavallo), o que existen casos en los cuales no aparece ni siquiera ese débil enlace psíquico (Bettioli, Malinverni)—, estando, pues, la anomalía en que se prescinde del principio «nullum crimen sine culpa»—, es lo cierto que en los supuestos de responsabilidad objetiva el sujeto responde del hecho propio, lo que no sucede en los delitos cometidos por medio de la Prensa, donde se responde por la conducta ajena. Luego la responsabilidad establecida en el *art. 57, núm. 1.º*, del Código, no es una hipótesis de responsabilidad objetiva, sino un supuesto de «responsabilidad anómala o excepcional»<sup>28</sup>.

Aclarado este extremo se ha desbrozado el camino para conseguir llegar a la apreciación de que el *art. 57, núm. 1.º* del Código penal no responde a los principios vertidos en la Constitución. El ya mentado *art. 27* de ésta declara tajantemente que «la responsabilidad penal es personal»; he aquí que el precepto invocado sanciona un caso de responsabilidad por el hecho ajeno (hecho no personal), luego la contradicción existe.

Dándose cuenta de ello, Bettioli propuso (en la sesión de la Constituyente del 20 de marzo de 1947, discutiéndose el *art. 27* de la Constitución), que debía eliminarse del Código penal el precepto comentado, única forma posible para dejar a salvo la conciliabilidad del ordenamiento punitivo con la Ley fundamental del Estado italiano. Esta sugerencia obtuvo el eco apetecido, siendo su fruto la nueva redacción que el Proyecto introduce en el *art. 24*, cuyo texto dice: «En el caso de delito cometido por medio de la Prensa periódica, aparte de la responsabilidad del autor y fuera de las hipótesis de concurso, el director o el redactor responsable que, *por culpa*, no impida la publicación, será castigado según las disposiciones siguientes: 1.ª Si el delito cometido por el autor es doloso, se aplicará la pena establecida para éste, disminuída hasta la mitad. 2.ª Si el delito cometido por el autor es culposo, o bien si

(28) De esté parecer: ALTAVILLA: «Stampa (reati di)», en Nuevo Digesto italiano, vol. XII, pág. 1; CAVALLO: «La responsabilità obiettiva», Napoli, 1937, pág. 51 (que cataloga estos supuestos entre los casos de responsabilidad por hechos de terceros); y, con mucho detalle, BATTAGLINI, E.: «L'art. 27 della Costituzione e l'art. 57, n.º 1, del C. P.», en *Giustizia penale*, 1948, fasc. V, II, cols. 309 y ss.

se trata de una contravención, se aplicará la pena para éstos prevista. La culpa se excluye únicamente cuando el director o redactor responsable no haya podido, por caso fortuito o fuerza mayor, impedir la publicación».

Muchos son los reproches que se han dirigido contra esta parte del Proyecto. Se ha dicho que es necesaria una tutela enérgica en esta clase de delitos; que aun reconociendo el valor del primer párrafo del *art. 24* ("Respiro di solievo! La macchia di una responsabilità penale objetiva, che sconciava il C. P. per via degli orientamenti del passato rigime politico è cancellata", dice Carnelutti), es preciso advertir que el *párrafo segundo* del mismo predestruye, por completo, su sentido: que se establece una regulación de la responsabilidad técnicamente incorrecta, complicada y arbitraria, etc.<sup>29</sup>. Nosotros declaramos con Vannini<sup>30</sup> la bondad del precepto, pues ya es mérito haber suprimido una de las hipótesis más claras de responsabilidad por el hecho ajeno, aun cuando en tal supresión aparezcan deficiencias técnicas o de estilo fácilmente subsanables.

#### 6. La tentativa.

Dispone el *art. 31* del Proyecto: «El que con el fin de cometer un delito realiza actos idóneos de ejecución del mismo, responderá de delito intentado (tentativa) si la acción no se completa o el resultado no se verifica. El culpable del delito intentado será castigado con la reclusión no inferior a doce años, si la pena establecida es la de reclusión perpetua; en los demás casos, con la pena establecida para el delito, disminuída de un tercio a dos tercios». (El resto, salvo leves diferencias formales, coincide con el *art. 56* del Código.)

Relacionando el precepto transcrito con los párrafos correspondientes del citado del Código, se deduce que el Proyecto insiste en la equiparación «penal» de la tentativa y del delito frustrado, aun cuando teóricamente las dos figuras puedan seguir separándose en base a la diferencia que existe entre una «acción que no se realiza» y «un resultado que no se verifica»; que el

(29) V., sobre todo, CARNELUTTI: "Avanti o indietro?" (In tema di riforma del C. P.), en *Il foro italiano*, anno LXXV, 1950, fasc. I-II, IV, col. 5; también RANIERI: *art. cit.*, págs. 225-226, y la "Relazione della Corte suprema di Cassazione", *cit.*, págs. 73-74.

PANNAIN ("Osservazioni", *cit.*, pág. 326) desorbita los razonamientos. Según él, el *art. 24* del Proyecto es absurdo, entre otras cosas, porque responde a la necesidad de adaptar el Código a un artículo superfluo: el 27 de la C. Este artículo—siguiendo el criterio de P.—decreta una afirmación gratuita (que la responsabilidad penal es personal), ya que con semejante aserto se deduce, consta y está sancionado por el Código. Admitir que en el Código existen casos de responsabilidad no personal es no sólo "ofender la memoria de Alfredo y Arturo Rocco, de E. Massari y de otros sabios y nobles juristas, sino también el buen sentido jurídico, que en Italia no ha faltado nunca".

"Considérese—continúa—que el *art. 57* del Código no excluye, sino que presupone los arts. 40 y 42, luego admite la exigencia de una relación de causalidad material entre la conducta consciente y voluntaria y el resultado; el *art. 57*, pues—termina—consiente eximir de responsabilidad al director, tantas veces se pueda demostrar la falta de tales requisitos." ¡Se nos antoja difícil probar la relación causal que pueda existir entre la conducta consciente y voluntaria del director y la difamación que produzca, por ejemplo, un artículo, más o menos camuflado, de un subalterno!

(30) V. VANNINI: "In tema di riforme penali", *cit.*, pág. 652; y, en el mismo sentido laudatorio, la "Relazione della Corte di Appello di Roma", *cit.*, pág. 108.

Proyecto vuelve a la distinción entre *actos preparatorios* y *actos ejecutivos*, suprimida en el Código, reavivando, en consecuencia, la polémica doctrinal encaminada a buscar un criterio que les diferencie. Según la «Relazione» (número 31, pág. 34), la fórmula del Código («actos idóneos, dirigidos de modo no equívoco a cometer un delito») es peligrosa por su excesiva extensión, habiéndose hecho necesaria la reforma mencionada en gracia a la exigencia de que «el ciudadano vea distinguidos netamente los límites de su libre conducta y no se invada el ámbito donde el ilícito está aún en la esfera de la intención».

#### 7. Las causas de justificación y las circunstancias del delito.

En tema de causas de justificación (V. *cap. 5.º del tit. segundo*) el Proyecto aporta dos innovaciones: la de la rúbrica que, como ya se dijo, nos parece incorrecta, habida cuenta de que comprende el estado de necesidad y los excesos, y la de regular el exceso doloso al lado del culposo (art. 37).

En cuanto a las *circunstancias del delito* anotamos la importante disposición contenida en el art. 38, donde se dice que, «salvo prescripción legal en contrario, las circunstancias agravantes se valorarán a cargo del agente solamente si eran conocidas por éste»; las atenuantes, en cambio, beneficiarán la conducta, incluso si el agente no tenía conocimiento de las mismas (art. 39). Fácil es advertir que estos preceptos responden a una acertada combinación del principio básico de la reforma—la imputabilidad moral como base de la responsabilidad—con el de «favor rei» aunado al sesgo humanitario de todo el Proyecto.

En el art. 40, núm. 8, se ha incluido una nueva agravante común: «haber el culpable, que posea relevante fortuna, cometido el hecho por motivos de lucro, en perjuicio de la administración pública o de un ente de asistencia o de beneficencia, o bien en perjuicio de una persona necesitada».

Por último, en el núm. 7 del art. 41 se nos ofrece la regulación de las *atenuantes genéricas* (incorporadas por el Decreto-ley de 14 de septiembre de 1944), en forma que no deja lugar a dudas sobre la posibilidad de admitir la interpretación analógica (no la analogía), por lo menos en ciertos casos. Dice el precepto: «Cualquiera otra circunstancia diversa y no contrastante con las expresamente previstas por la ley, y que sea de tal naturaleza que disminuya notablemente la gravedad del delito o delitos; pero si las circunstancias son varias se considerarán, a todos los efectos, como una sola»<sup>31</sup>.

#### 8. Concurso de delitos.

Sobresale al respecto el artículo 51 del Proyecto (párrafo 1.º del art. 81 del Código). (Varias violaciones de una o de diversas disposiciones con una única acción.)

Siguiendo su tenor se nota que el Proyecto ha repudiado el principio del concurso material, acogido en el Código vigente, y que, en su lugar, sanciona

(31) Hasta el momento, el único comentario concreto a esta parte de la reforma se debe a FOSCHINI («La circostanza aggravante comune della latitanza», en *Archivio penale*, 1946, I, pág. 68) y fué redactada antes de la publicación del Proyecto.

el principio de la «absorción» (tomado del *art. 78* del Código de Zanardelli), atemperándole con una sabia enmienda. En el ordenamiento de 1889, cuando se trataba de varias lesiones jurídicas con pluralidad de resoluciones criminosas referibles a acciones únicas, se decretaba la aplicación de una sola pena, a saber: la establecida para el delito más grave. El Proyecto dispone, en cambio, que la pena correspondiente al delito más grave es la que deberá aplicarse, aumentándola hasta la mitad. Se adopta, pues, un término medio entre el rigorismo del concurso material y la peligrosa suavidad de la teoría de la absorción, la cual no consideraba que, cuando con una sola acción, pero con varias resoluciones criminosas, se ocasionan diversas lesiones jurídicas, no es justo que se dispense totalmente de la pena que correspondería a la violación concurrente.

9. *El problema de la embriaguez como circunstancia referida a la imputabilidad.*

Muy interesante la disciplina que ofrece el Proyecto acerca de los delitos cometidos en estado de plena embriaguez no accidental.

El Código actual establece una presunción de imputabilidad para tales casos («La embriaguez no derivada de caso fortuito o de fuerza mayor no excluye ni disminuye la imputabilidad», *art. 92, párrafo 1.º*). Esta presunción obedece a discutibles motivos de política criminal y a que el Código, en este punto, se inspira en el principio de defensa social, para afirmar la plena capacidad penal en los que delinquen hallándose en el estado de embriaguez referido. Desde tal punto de vista se deroga el principio de la imputabilidad moral, y, en tal sentido, el Código se contradice con sus propios principios fundamentales.

El Proyecto, más consecuente con sus directrices, decreta que el hecho cometido en estado de embriaguez plena no accidental será castigado a título de culpa, cifrada en que el sujeto se ha procurado a sí mismo, con el exceso en el beber, el estado de incapacidad de entender y de querer. El artículo 75 dice así: «Si el hecho fuere cometido en estado de embriaguez plena no accidental, el agente responderá a título de culpa, y para la pena se observarán las disposiciones siguientes: 1.ª Si el hecho está previsto como delito doloso y como delito culposo, se aplicarán las penas establecidas para la hipótesis culposa. Sin embargo, si la acción iba dirigida a la producción del resultado, se aplicarán las penas establecidas para la hipótesis dolosa, sustituyendo a la reclusión perpetua la reclusión de ocho a quince años, y disminuyendo las otras penas en medida que no exceda los tres cuartos. Si el hecho está previsto solamente como delito doloso, se aplicará la segunda parte de este número. 2.ª Si el resultado que se ha verificado es más grave que aquel contra el que se dirigía la acción, la disminución establecida en el número 1.º se aplicará a las penas conminadas para el delito preterintencional. 3.ª Si el hecho está previsto como contravención, se aplicarán las penas establecidas para éstas.»

¿Consigue esta nueva redacción borrar los puntos de vista defensistas latentes en el correspondiente artículo del Código y sustituirles por el principio de la imputabilidad moral? A primera vista parece indudable: la presunción de imputabilidad que consta en el Código ha desaparecido en el Proyecto, ya que se castiga por el hecho de que el sujeto se haya procurado a sí mismo, con el exceso en el beber, el estado de incapacidad; se castiga, en una palabra, por culpa antecedente (el agente pudo prever, y debió hacerlo, que la ingestión del

alcohol le produciría una inconsciencia bajo la cual podría cometer actos delictivos). La preocupación de fundamentar la responsabilidad en la imputabilidad «moral» del individuo queda, en consecuencia, satisfecha. Pero, ¿es correcto el modo que se ha empleado para lograr este objetivo? Estimamos que no.

La aplicación rigurosa del repetido principio de la imputabilidad moral habría exigido la exclusión de la misma, incluso, en los sujetos activos de delitos cometidos en estado de plena embriaguez no accidental. El Proyecto no lo ha hecho así, si no que, juzgando desmesuradas tales consecuencias, ha acudido a otra presunción tan rechazable como la del Código, a saber, la de valorar y afirmar la imputabilidad del sujeto en función del momento de la ingestión de la bebida, y no del momento en el cual se ha cometido el «hecho delictivo», única fase en donde es lícito—la doctrina es unánime—estimar las circunstancias del delito (objetivas o subjetivas) y el juego de sus diversos elementos.

A más de estas deficiencias—de calidad suficiente para impedir que la reforma prospere en estos aspectos—nótese que el artículo transcrito distingue en dolosos y culposos los actos cometidos en estado de embriaguez plena, como si en tal estado fuera lícito, jurídicamente hablando, apreciar distintos grados en el proceso volitivo. El precepto, por otra parte, es farragoso, condición a sumarse a los muchos defectos que entrafía y en consideración a los cuales, la crítica clama por su nueva redacción <sup>32</sup>.

Los artículos 74 (91 del Código) y 76 (92, 1.º del Código) del Proyecto regulan, de forma idéntica a como lo hace el Código, la «embriaguez derivada de caso fortuito o fuerza mayor», y la «embriaguez no plena y no accidental»; los artículos 77 y 78 (que se corresponden al 92, 2.º, y 94, 1.º y 2.º, del Código) se ocupan de la «embriaguez preordinada» y de la «embriaguez habitual».

#### 10. Concurso de personas (Delito diverso del querido por cada uno de los concurrentes).

El artículo 93 del Proyecto dispone una modificación muy importante, tanto por el significado y alcance de la misma, como por lo controvertido de la

(32) En este sentido, la crítica más sagaz es la de PANNAIN ("Osservazioni", cit., páginas 375-376), donde dice con exquisita precisión: "El título de la responsabilidad (culpa) viene dado, según el Proyecto, no por la relación entre la voluntad y el resultado del delito cometido, sino por la relación entre la voluntad y la embriaguez. De acuerdo con el Proyecto, necesario es contemplar no el momento en qué se comete el hecho, sino el de la ingestión de la bebida alcohólica. Ciertamente que la embriaguez puede ser voluntaria y culposa, mas, según el P., la culpa está en el hecho de que el sujeto se haya embriagado, no obstante las posibles y previsibles consecuencias del estado de embriaguez. Con igual procedimiento lógico—continúa P.—debería estimarse que quien imprudentemente cohabita con una mujer, la cual le contagia una sífilis, debería responder a título de culpa del delito cometido en estado de parálisis general progresiva derivante de la sífilis... (!)."

El mismo tono de censura adoptan la "Relazione della Corte Suprema di Casazione", cit., págs. 81-82; RANIERI (de forma confusa y con razones que nos parecen insostenibles), art. cit., págs. 227-228; DE PAOLIS, art. cit., págs. 245-248. Para todo ello, muy atinado, v. U. CESAREO, "Il problema dell'ebrietà nella riforma penale", en *Archivio penale*, 1948, I, págs. 381 y ss.; y, con ciertas reservas sobre sus razonamientos, G. MENESINI: "La così detta semi-imputabilità e gli stati passionali. Nota critica", en *Giustizia penale*, 1949, dic., fasc. XII, II, cols. 954-955.

institución regulada. Dice su texto: «Cuando el delito cometido sea diverso del querido por cada uno de los concurrentes, serán éstos responsables si el hecho puede atribuirse a culpa suya, y para la pena se aplicarán las disposiciones siguientes...» Dice el artículo 116 (correlativo) del Código: «Cuando el delito cometido sea diverso del querido por cada uno de los concurrentes, también éstos responderán de él si el resultado es consecuencia de su acción u omisión.»

Las diversas interpretaciones que se han dado sobre este artículo 116 del Código coinciden (salvo voces aisladas) en señalarle como hipótesis clarísima de "responsabilidad objetiva" <sup>33</sup>. Tal parece en efecto considerando que para responder del hecho «diverso» basta con que éste sea consecuencia de una acción u omisión encaminada a producir otro resultado distinto (el propuesto en el acuerdo constitutivo del concurso). Téngase en cuenta que la «acción y la omisión» están valoradas en el artículo en el sentido de «conducta» (elemento objetivo) y que, por tanto, no suponen referencia alguna a la culpabilidad (elemento psicológico), si que a la causalidad material, bastando, pues, ésta para determinar la responsabilidad (responsabilidad objetiva). El criterio jurisprudencial—es cierto—ha procurado limar este rigorismo (bajo cuya vigencia, por ejemplo, no sería difícil reprochar una violencia carnal a quien, concertado con otro para cometer un robo, permaneció de centinela a la puerta de la casa elegida, en tanto que su compañero, a más del robo, cometía una violencia carnal por él ignorada) mediante una fórmula un poco desconcertante: afirmar que no se trata de un supuesto de responsabilidad objetiva. Si tal es cierto, el resultado producido (diverso del querido), podrá decirse «consecuencia» de la acción u omisión del culpable sólo cuando entre el mismo y la voluntad del agente exista un enlace efectivo (nexo que sobrepasa la simple causalidad material, dando entrada a la culpabilidad) donde fundamentar el reproche <sup>34</sup>. Algunos autores, para suavizar, asimismo, el alcance del Código, han acudido a otros no menos forzados razonamientos <sup>35</sup>.

(33) V. la magnífica monografía del Prof. RANIERI (sobre cuyo contenido profesa este año un curso monográfico en la U. de Bolonia, al que asistimos puntualmente) "Il concorso di più persone in un reato", 2.ª ed., Giuffrè, Milano, 1949, passim. espec., página 88.

(34) Así una sentencia (Cass. 1.ª Sez., 27 oct. 1949, Volpe), recientemente publicada (*Rivista penale*, feb. 1950, II, pág. 144), donde se dispone que "la institución jurídica disciplinada por el art. 116 del C. P. no configura un caso de responsabilidad objetiva, sino una excepcional hipótesis de corresponsabilidad, para cuya verificación es necesario que entre el hecho cometido y querido por todos y el diverso, realizado, únicamente, por alguno de los concurrentes, *interceda un nexo de causa a efecto* (subrayamos nosotros) *no sólo material, sino también psíquico*, en el sentido de que el delito "diverso" no debe de ser completamente extraño a la previsión de los copartícipes". El caso era: varios individuos se conciertan para cometer un robo; algunos de éstos manifiestan que no están dispuestos a realizar otros hechos delictivos (homicidio). No obstante, se realiza un homicidio.

(35) Así, VANNINI (en "Un ponte d'oro all art. 116 del C. P.", en *Rivista di Polizia*, Roma, 1949, págs. 194 y ss.) quiere buscar el enlace subjetivo entre el resultado "diverso" y la voluntad de los concurrentes contrarios a la producción del mismo, interpretando la palabra "concurrente" que, según él, lleva ya en sí la exigencia de la "voluntariedad" (sólo serán "concurrentes", en el sentido del Código, si el resultado es contenido de su voluntad). El centinela que vigilaba para el buen éxito del robo no "concorre" (queda, pues, fuera del alcance de la disposición) en la violencia carnal que se cometa y que le sea ignorada. El proceso lógico del A. es, como puede juzgarse, demasiado forzado.

La teoría jurisprudencial, muy humanitaria, pero poco convincente refiriéndola al Código en vigor, encuentra, sin embargo, aceptado acoplamiento en el artículo 93 del Proyecto. Según su preciso contenido, el concurrente no responderá ya por un hecho que él no quiso (la violencia carnal, por ejemplo, en el caso antes aludido: el centinela sólo «quería» el robo), sino que para decretar su responsabilidad será necesario que el «resultado diverso» pueda reprochársele, cuando menos, a título de culpa.

Medida, en resumen, muy estimable y que como tal ha sido recibida <sup>36</sup>.

#### 11. Valoración de la gravedad del delito a los efectos de la pena.

Del Proyecto merece anotarse, en este apartado, el artículo 119 (que se corresponde con el 133 del Código). Dice: «En el ejercicio del poder discrecional indicado en el artículo precedente, el juez deberá tener en cuenta la gravedad del delito, deduciéndola: 1.º De la naturaleza, especie, medios, objeto, tiempo, lugar o cualquier otra modalidad de la acción; 2.º, de la gravedad del daño o del peligro causado a la persona ofendida por el delito; 3.º, de la intensidad del dolo o del grado de la culpa. El juez deberá tener en cuenta, además, la personalidad del culpable, deduciéndola: 1.º, del carácter o del grado de educación y de cultura; 2.º, de las condiciones de vida familiar, individual y social; 3.º de los precedentes penales y judiciales y, en general, de la conducta y de la vida anteriores al delito; 4.º, de la conducta contemporánea o subsiguiente al delito; 5.º, de los motivos para delinquir.»

Confrontando este artículo con el 133 del Código, surge la consecuencia de que los reformadores se han propuesto eliminar las incertidumbres que aparece la expresión «capacidad para delinquir», valorada por algunos en el sentido de peligrosidad, y, por tanto, referida al futuro; y por otros, en el sentido de maldad—grado de rebelión hacia la ley—y, por tanto, en referencia al delito cometido. La tesis más objetiva es la que declara que los coeficientes indicados en el segundo párrafo del artículo 133 no son ora cosa que los coeficientes configurantes de la «personalidad del reo», en su sentido amplio, comprensivo, no sólo de las notas estrictamente referibles al individuo, sino también de las condiciones de vida y de ambiente que sobre él actúan con mayor o menos intensidad <sup>37</sup>. Esta afirmación se ve ahora corroborada legalmente en el Proyecto.

#### 12. El delincuente particularmente malvado.

Sabido es, y por ello no es cosa de insistir sobre el tema, que la figura del «delincuente por tendencia», creada y regulada por el Código Rocco, ha encon-

(36) Única voz contraria es la de RANIERI, particularmente valiosa por ser monografista del tema, pero que nos parece expresada con poco fundamento y mucho de premeditada oposición al Proyecto. Dice: «Un sistema que quisiera resolver, según la razón, estos casos, no podría disponer más que limitando la responsabilidad del concurrente a lo que por él fué querido o hubiera podido y debido prever (¿qué ha hecho el Proyecto, sino eso?, preguntamos). Pero no ha sucedido así, y el P. ha puesto en marcha, con el art. 93, la responsabilidad por culpa del concurrente, que es una invención suya no brillante, con la aberrante consecuencia de hacer responder al partícipe a título de culpa, incluso si el hecho está previsto por la ley en la hipótesis dolosa únicamente, derogando así, una vez más, los principios fundamentales del D. P.» (art. cit., pág. 403). V., en cambio, el acertado juicio de VANNINI, laudatorio del artículo comentado y muy objetivo, en «In tema di riforme penali», cit., pág. 652.

(37) Cfr. la «Relazione», n.º 103, págs. 73-74.

trado siempre legión de detractores, empeñados en consignar todos sus defectos. Conscientes de tal oposición crítica, los redactores del Proyecto la han suprimido, colocando en su lugar la del *delincuente particularmente malvado*, descrita en el artículo 183. He aquí su texto: «Quien, aun no siendo reincidente o delincuente habitual o profesional, comete, con el concurso de alguna de las circunstancias previstas en el artículo 40, números 1 y 4, un delito contra la vida o la incolumidad individual, incluso no previsto en el capítulo I del título XII del libro II de este Código, punible con una pena detentiva no inferior a un mínimo de cinco años, será declarado delincuente particularmente malvado, cuando, en base al hecho cometido y a las circunstancias indicadas en el segundo párrafo del artículo 119, el juez crea probable que cometerá otros delitos de la misma índole.»

Esta sustitución de la figura del «delincuente por tendencia» (art. 108 del Código) por la del «delincuente particularmente malvado» (figuras ambas creadas para regular la peligrosidad criminal y las medidas de seguridad que correspondan) obedece al sentir de la doctrina y de la jurisprudencia. En este sentido creemos que debe ser plenamente aprobada. Grispigni, no obstante, se manifiesta contrario a ella <sup>38</sup>.

### 13. Otras reformas: la rehabilitación.

Tal vez sea al regular la rehabilitación donde brota con más pujanza el sentido humanitario de la reforma. Los artículos 226-230 disciplinan casi «ex-novo» la institución, ofreciendo al delincuente la posibilidad de volver a adquirir la pública estima y personal reputación, desde el momento en que, si concurren las condiciones fijadas por el articulado del Proyecto, se le reintegrará en su plena capacidad jurídica. A tal propósito sólo cabe comentar—igual que lo hicéramos al hablar de la suavidad de las penas que en el Proyecto se observa—que la excesiva lenidad puede ocasionar más perjuicios que bienes cuando vaya expuesta con excesiva preocupación sentimentalista.

Sobre el matiz de la reforma, a propósito de la rehabilitación, ha escrito Foschini un sabroso comentario, expresivo, como todos los suyos, del más íntimo pensamiento de los encargados de redactarla. A él nos remitimos <sup>39</sup>.

Otras correcciones menos importantes contenidas en el Proyecto—tales las a propósito de la «libertad condicional», las que pudieran extraerse para relacionarlas con una nueva tesis sobre el elemento subjetivo de las contravenciones, etc.—son más bien formales o de estilo. En este entendimiento preferimos poner punto aquí a nuestra relación <sup>40</sup>.

(38) Cfr. GRISPIGNI, art. anteriorm. cit., n.º 10, págs. 343 y ss.

(39) V. FOSCHINI: «Della riabilitazione (Orientamenti della riforma del C. P.)», en *Archivio penale*, 1947, págs. 232 y ss.

(40) Sobre los temas aludidos pueden consultarse: FOSCHINI: «La liberazione condizionale», en *Archivio penale*, 1948, I, págs. 46-56; y V. BARBADORO: L'elemento soggettivo nelle contravencione», en *Giustizia penale*, 1949, fasc. XII, II, cols. 956-957. De otros, da cumplida cuenta VANNINI, en «Proposte sulla riforma del C. P.», en *Archivio penale*, 1948, II, págs. 395-398.

## V. Juicio crítico sobre el Proyecto.

1. Confiesa la Relazione que el Proyecto no significa una confección nueva del Código penal. Sus alcances son más limitados: se reduce a una «reforma», aunque concebida con innegable amplitud.

¿Responde a la realidad esta declaración oficial? Si sólo se contempla el articulado del Proyecto, deberíamos aceptar tal juicio, ya que en él tan sólo una serie de «retoques» puede notarse y, las más de las veces, con carácter de modificaciones estrictamente técnicas. Mas así que se penetre en el «sentido» de la reforma, cualquier observador medianamente avisado se dará cuenta de que su contenido supone la adaptación del Código a los dos principios—principios fundamentales—que al comienzo hemos enunciado como informadores del Proyecto. Bajo el prisma de la «exigencia política», las figuras de la extradición, del delito político, de la responsabilidad objetiva o anómala, etc. han sido reelaboradas con la impronta de un criterio democrático, inexistente en el Código anterior. Su consecuencia deberá de verse en las mayores garantías—certeza, seguridad—que el nuevo articulado ofrece al individuo. Bajo el prisma de situar, a toda costa, la imputabilidad moral como base de la responsabilidad, las figuras de la embriaguez, concurso de personas, etc. y la ordenación del elemento subjetivo del delito han corrido idéntica suerte, es decir, han sido concebidas y normativamente descritas al margen del Código actual. En este sentido, justa es la apreciación de los que, como Grispigni, Antolisei, califican la reforma de «modificación radical». Pronunciarse de otra manera sería falso.

2. ¿Albricias o desilusión? La respuesta, para ser objetiva, deberá deslirse de todo prejuicio de «escuela». En tal entendimiento, nuestro parecer se inclina hacia las alabanzas. De que así deberá mirarse la «revisión» amparada en la exigencia política, nadie disiente. La polémica crítica aparece en torno al segundo principio fundamental: porque su admisión o repulsa está ligada a los presupuestos de dos posiciones irreconciliables. Aquellos que comulguen en la defensiva—y aquí coinciden todos los neopositivistas, acompañados, insospechadamente, por Antolisei—habrán sentido aires de amarga derrota. Sirva por todos el juicio de Grispigni, desmedido y parcial: «El Proyecto se presenta como un intento de hacer retroceder el Derecho penal a sistemas arcaicos, abandonados desde hace mucho tiempo, de forma tal que si por desventura llegara a ser legislación vigente, Italia—que por siempre fué maestra en el campo penal—acabaría en el último puesto, como la más reacia a cualquier capacidad de adaptación de las conquistas de la ciencia moderna en el conocimiento de las causas criminógenas y en los sistemas de prevención y de represión del delito.» Si los nuevos principios son los que él defiende y los arcaicos y retrógrados los que van ligados a la única concepción católicamente posible de nuestro Derecho, el Proyecto sería, evidentemente, un retroceso. ¡Por ventura la perpetuidad es atributo de éstos, que ni viejos ni nuevos son, si que perdurables como la naturaleza humana que los Cío vida! Aquellos que así lo entiendan, aprobarán la reforma. Y en esta afirmación no va la de su bondad técnica: defectos tiene, y muchos, que claman por una *labor limae*, mas pidamos que esa labor no penetre en su sentido, y que se conforme con purificar los preceptos que la reclaman. Excelentes direcciones doctrinales en el sistema deficiente técnica en el articulado, podría ser el resumen de nuestro pensamiento sobre el Proyecto preliminar del futuro Código penal italiano.

## Sobre la parte general del proyecto de Código penal para indígenas de Mozambique

FRANCISCO-FÉLIX OLESA MUÑIDO  
Profesor Adjunto de la Universidad de Barcelona

La territorialidad como principio ordenador se halla en la legislación penal colonial ante una realidad insoslayable. Junto al contraste geopolítico entre metrópoli y territorio dependiente nos muestra el hecho colonial el motivado por la disparidad de culturas, por el actual o potencial choque entre normas de vida y conducta que en la unidad del género humano son, sin embargo, diferentes.

No es simplemente un atraso lo que en ciertos casos separa al metropolitano del nativo: es algo más profundo que se proyecta con pasmosa veracidad en el Derecho. Las instituciones básicas tienen diversos supuestos; nuestros conceptos fundamentales son para el indígena simples normas de utilidad; sólo parece ligarnos a todos en lo humano un común valor: la justicia.

Para cumplir su fin precisa la Ley Penal eficacia, y ésta se condiciona en lo colonial a su capacidad de adaptación al nativo, que piensa y quiere con arreglo a una estructura conceptual, a una mentalidad propia.

Por ello, ante la problemática indicada adopta Portugal en sus territorios de Ultramar un criterio personalista, preparando, en cumplimiento de textos fundamentales, la promulgación de legislación especial para indígenas.

*Elaboración del Proyecto.*—Las prescripciones del artículo 24 del Estatuto Político, Civil y Criminal de los Indígenas, fecha 6 de febrero de 1929, ordenando a los respectivos Gobernadores, previo informe de las autoridades judiciales de cada territorio, la redacción y publicación de códigos de indigenato en Angola, Guinea y Mozambique, se tornan realidad por vez primera en el Proyecto legal que es objeto del presente estudio.

Nombrado Gobernador General de Mozambique el general Bettencourt, éste, por Despacho de 28 de julio de 1941, comisionó al prestigioso jurista Dr. José Gonçalves Cota para que procediese al estudio etnológico de los pueblos indígenas del territorio y elaborara en su vista los proyectos de Códigos civil y penal, creando como instrumento de trabajo la «Misión Etnológica de la Colonia de Mozambique», que comenzó su labor seguidamente.

En 31 de marzo de 1944 fué presentado ante el Tribunal de Relação, para su informe, el primer Proyecto de Código Penal para Indígenas de la Colonia de Mozambique, que por acuerdo de 9 de junio de 1944, y reconociendo el objetivo valor de la obra y de sus notas complementarias, remitió el Proyecto a su autor para su remodelación, pues ajustándose muy estrechamente en su obra a los principios y directrices del actual Código metropolitano, promulgado en 1886 y en trance de sustitución, temió que naciera el texto para indígenas sin vitalidad.