

I T A L I A

Rivista Italiana di Diritto Penale

Noviembre-diciembre 1956

GALLO, M.: «La disapplicazione per invalidità costituzionale della legge penale incriminatrice». pág. 723.

Se hace cargo este estudio de los complicados y sutiles problemas normativos que, de un modo especial en el orden penal, viene a suscitar la hermenéutica del artículo 30, penúltima proposición de la ley de 11 de marzo de 1953, núm. 87, que, para eliminar las «torturadoras dudas» a que daba lugar el artículo 136 de la Constitución política —según el cual la ley ordinaria en contradicción con una norma constitucional «deja de tener eficacia» desde el día siguiente al de la publicación de la sentencia reconocedora de su ilegitimidad— ha dispuesto que «las normas declaradas inconstitucionales «no pueden tener aplicación desde el día siguiente a la publicación de la decisión». Si bien queda claro haberse querido decir en la ley de 1953 que la declaración de ineficacia surte efecto incluso para las relaciones anteriores que no queden cubiertas por la cosa juzgada, no resulta ya tan clara en la doctrina la posición en que la nueva norma se encuentra respecto del artículo 136 ni la compatibilidad entre ambos preceptos, el constitucional y el ordinario, cuyas repercusiones penales revisten sumo interés.

Aunque a primera vista pudiera estimarse que el artículo 136 de la Constitución disciplina los efectos de la sentencia de inconstitucionalidad dictada por la Corte de justicia Constitucional de manera sustancialmente equivalente a los de un acto de abrogación, no se comprende fácilmente cómo pueda resultar conciliable con tal criterio una reglamentación que obliga a considerar a la ley declarada ilegítima como si nunca hubiese existido. En otros términos, la Constitución se limita a disponer la «abrogación» de la ley inválida, en tanto que el artículo 30 de la ley de 1953 parece transformar este efecto derogatorio y, por tanto, «ex nunc», en una anulación con eficacia «ex tunc», según opina Calamandrei, lo que produce la explicable perplejidad acerca de si se trata realmente de una modificación de la norma constitucional operada a través de una ley de rango ordinario que, en tal caso, resultaría, a su vez, inconstitucional en este punto.

La misma expresión usada en la ley de 1953, refiriéndose a las disposiciones inconstitucionales: «la norma deja de tener eficacia...», denota, a juicio de Gallo, la intención del legislador contraria a que las leyes opuestas a la Constitución puedan conservar plena fuerza y valor respecto de los hechos pasados, ni frente a los ciudadanos ni, tampoco, frente a los órganos jurisdiccionales, con toda la fuerza retroactiva que esta ineficacia supone en cuanto a todos los efectos de la norma invalidada sobre casos no amparados por la autoridad de cosa juzgada y con todos los riesgos que ello comporta para la certidumbre jurídica. Delitala ha trazado un cuadro bastante convincente y orgánico sobre los efectos penales de estas declara-

ciones de ilegitimidad que, sin embargo, dejan en la sombra, según Gallo, algunas importantes zonas, ya que el régimen de «inaplicación» de la ley inválida, formulado explícitamente en el artículo 30 de la ley de 1953 y ya implícito en el artículo 136 de la Constitución, da vida a un complejo fenómeno que nada tiene que ver con el de la «sucesión de leyes en el tiempo», ya que ha podido hablarse de un doble efecto de la sentencia de ilegitimidad: el de «abrogación» y el de «inaplicación»; y sólo el primero encaja en la verdadera sucesión temporal de leyes. . . .

Examina Gallo el problema minuciosamente y en toda su amplitud, en el orden doctrinal y en la esfera del Derecho positivo italiano, haciendo una exposición crítica de las más autorizadas opiniones que intentan resolver el problema, conciliando o sobreponiendo textos poco acordes, sin que llegue a prestar incondicional asentimiento a la fórmula que caracteriza a las normas inconstitucionales como «leyes nulas pero aplicables». La precariedad de unas consecuencias jurídicas eliminables «*ex tunc*» es evidente, así como tratarse de una nulidad insubsanable y la eficacia desplegada por la ley ilegítima hasta el pronunciamiento de inconstitucionalidad es interina y deleznable. El efecto de la decisión de ilegitimidad constitucional es más bien «anulación» que abrogación o inaplicación. Las mayores dificultades surgen en el campo penal, al producirse la invalidación de leyes incriminadoras o modificativas del régimen punitivo anterior, ya que el problema se complica aún más con la resurrección de la legalidad precedente, cuya eficacia, favorable o desfavorable, sobre cada caso concreto, puede poner en conflicto al principio de supremacía constitucional con las capitales garantías penales y con la seguridad jurídica de los particulares frente a la potestad represiva del Estado: La norma reconocida como constitucionalmente ilegítima pudo haber modificado en sentido favorable al reo o, incluso, suprimido una incriminación precedente; al recobrar su vigor la ley antecedente, resurgiría la punibilidad de hechos no incriminados al tiempo de su comisión, sin que valga eludir el problema acudiendo al mecanismo de la sucesión de leyes penales; que ya hemos visto que no es identificable con el que nos ocupa. Piénsese, por ejemplo, en el supuesto de una norma que excluyera la incriminabilidad de ciertos delitos a determinados grupos de ciudadanos, por razón de su religión o raza; precepto que, indudablemente, vulneraría el dogma constitucional de igualdad ante la ley. ¿Tendría efectos retroactivos («*in malam partem*») la sentencia de inconstitucionalidad que restituyese su secuestrado vigor a una anterior ley penal igualitaria desconocedora de la discriminación inconstitucional anulada? En rigor, así sería. No obstante, la aplicación indiferenciada del criterio de la anulación de la ley inconstitucional equivaldría, sustancialmente, a admitir en materia penal la eficacia retroactiva de disposiciones que el particular, en el momento de emprender un determinado comportamiento, no podía utilizar como regla para la propia conducta. Se hace, pues, precisa una delicada y compleja tarea de interpretación que, prescindiendo de toda argumentación puramente literal, salve el espíritu. La clave, para Gallo, está en el artículo 25 de la propia Constitución («Nadie podrá ser castigado sino por virtud de una ley «que haya» entrado en vigor» antes del hecho cometido»), fórmula esta de «ley entrada en vigor» equivalente a la adoptada por el legislador:

penal, «ley del tiempo en que fué cometido el delito». Toda posible divergencia, más aparente que real, de textos, habrá de ser resuelta dando decisivo predominio a este artículo 25 y teniendo en cuenta que la ley constitucionalmente ilegítima, antes de ser pronunciada su inconstitucionalidad, estuvo realmente «en vigor» y produjo consecuencias jurídicas, si bien fuesen a título precario, y valió y se impuso como norma de conducta, no sólo en un plano psicológico, sino también normativo. Y, por consiguiente, la ley anterior «que recobra su vigor» por efecto de la sentencia de inconstitucionalidad deberá dejar intactas las consecuencias «pro reo» de la ley anulada, aunque no mediare la autoridad de una sentencia favorable firme, puesto que tal ley precedente, resucitada, no pudo servir durante su letargo como esquema o norma de conducta para los particulares.

Completa Gallo su estudio con la consideración y resolución de otros pormenores y secuelas, con arreglo a los mismos principios afirmados. Asimismo, habrán de considerarse decaídas las sentencias de condena por violación de leyes excepcionales, temporales o financieras declaradas ilegítimas.

MARCO BOScarelli, Encargado de Derecho penal en la Universidad de Camerino: «La associazione per delinquere»; pág. 744.

El tema de la asociación constituida para la comisión de delitos—certera-mente estudiada no hace mucho en España, con vistas a nuestro artículo 513 del Código vigente, por el Fiscal González García— es examinado con amplitud y copiosa documentación bibliográfica y jurisprudencial por el Profesor Boscarelli, con referencia al Derecho italiano, no limitado en este punto a la principal previsión del artículo 416 («cuando tres o más personas se asocian con el fin de cometer delitos... por el solo hecho de participar en la asociación, incurre en la pena de reclusión de uno a cinco años»), toda vez que contempla al supuesto asociativo en múltiples figuras de delito.

La hipótesis del artículo 416 exige por parte del culpable dos diversos y sucesivos comportamientos: uno activo (cumplimiento del acto de asociación) y otro omisivo (omisión del acto de apartamiento); deber de apartamiento que, al no estar puntualizado en el tiempo, suscita dudas en cuanto a su plazo u oportunidad, configura a esta entidad penal como delito permanente y plantea cuestión sobre la naturaleza omisiva del delito y sobre si es, por su estructura, un tipo mixto de acción y de omisión. Propiamente, es esta etapa omisiva la caracterizada como especie de delito permanente y no la previa conducta positiva, que podría ser llamada «prólogo activo»; pudiendo darse el caso de ser criminalmente responsable con arreglo al artículo 416 quien, siendo inimputable o estando justificado por cualquier causa o ignorando el verdadero significado de la asociación en el momento de adherirse a la misma, no se aparta de ella cuando aquella causa de irresponsabilidad hubiese cesado.

Aborda Boscarelli otros temas conexos, como la plurisubjetividad y la homogeneidad de los delitos propuestos por la asociación (que han de afectar al orden público, social y al interés del Estado, dada la colocación sistemática de este precepto dentro del Código); los problemas de coparti-

cipación en los planes y actividades criminales del grupo; la necesaria existencia de una situación de «peligro» social, como circunstancia constitutiva (¿condición objetiva de punibilidad?); particularidades de la vida del delito; agravación de la penalidad para los jefes y promotores y tipificación, también agravada, de la llamada «correría» («scorreria»), cuando, según la fórmula legal del artículo 416, los asociados recorriesen en armas los campos o las vías públicas, y el supuesto, igualmente agravado, de exceder de diez el número de miembros de la asociación.

GIANFORMAGGIO, Abogado Ugo: «Presunzione di paternità e contrasti giurisprudenziali»; pág. 764.

Una reciente nota del Dr. Gustapane ha renovado la atención sobre un problema de delito de alteración de estado civil cuya correcta solución se ve estorbada por un antagonismo jurisprudencial —penal y civil— en el que Gianformaggio estima equivocada la posición de la Sección de lo penal de la Corte de Casación y acertada la de lo civil.

El caso originador del actual comentario fué el siguiente: Cierta hijo, en la realidad adulterino, fué declarado e inscrito como hijo de madre que no quiere ser nombrada; el Ministerio Público viene en conocimiento, por otras fuentes distintas del acta de nacimiento, de que la criatura es hijo de mujer casada y pretende, en consecuencia (fundándose en una errónea interpretación del artículo 231 del Código civil), que es hijo legítimo del marido de la madre y que ha sido alterado su estado por la formación de un acta de nacimiento de filiación ilegítima; persigue penalmente al responsable de la declaración de nacimiento, como reo de un delito de alteración de estado (art. 567), con lo que el juez penal es investido con el conocimiento de una cuestión meramente civil, como es la atribución al niño de un estado civil determinado, básico para la existencia del delito.

Frente a la enunciada posición penal, es bien conocido que las Secciones civiles de la Corte de Casación han acogido el principio de que la presunción de legitimidad del artículo 231 del Código civil es inoperante en cuanto falte una correlativa acta de nacimiento de filiación legítima y que, por ello, el estado de hijo legítimo tan sólo es reconocido al infante cuando exista un acta de nacimiento de filiación legítima. Las Secciones penales, por el contrario, discrepando de tal orientación, han afirmado siempre que el estado de hijo legítimo surge en el niño por el solo hecho del nacimiento de mujer casada y que, por tanto, la declaración, en tales casos, del hijo como ilegítimo integra el delito de alteración de estado. Criterio, el segundo, que deriva del error de confundir el que pudiera llamarse «estado natural» con el estado relevante, resultante del título relativo o inscripción, que es el único que el ordenamiento jurídico y el Magistrado pueden tomar en cuenta. Son, pues, posiciones inconciliables en la interpretación del artículo 231 del Código civil y sobre valor atribuible a la presunción de paternidad en él prevista. Desde luego, sería inconcebible pretender que el mismo sujeto pueda ostentar estado de hijo legítimo para el Magistrado penal, como factor normativo integrante del tipo penal del artículo 567, y

el estado de hijo ilegítimo para el Magistrado civil, para quien el estado es el que consta en el acta de nacimiento; sin que baste para salvar el contraste decir que para el Magistrado penal sólo es relevante la verdad real (nacimiento de mujer casada) y para el Magistrado civil cuenta solamente la verdad formal (título del estado). El juez penal, decidiendo sobre el mencionado concepto normativo, preliminar o prejudicial, invade el campo reservado al Magistrado civil y viola, en consecuencia, una garantía consagrada por la ley para la protección del estado de las personas.

La eficacia del título (mientras éste subsista) vincula al total ordenamiento jurídico y también al juez penal, que deberá obedecerla, sin que le sea permitido afirmar cosa diversa de la proclamada por el título —que mientras no sea rectificado por los adecuados cauces legales, desplegará sus efectos frente a todos y en todas las sedes, civil y penal— ni indagar sobre la correspondencia entre el título y la verdad efectiva, sino que debe dejar tales indagaciones en manos de los órganos jurisdiccionales competentes. Formado un título de filiación ilegítima, tal título no puede quedar, expuesto a la inquisición del juez penal y deberá, por tanto, el Ministerio Público obrar antes en vía de rectificación del acta de nacimiento o ejercitar la acción de reclamación de estado y, después que el juez civil se haya pronunciado, será cuando podrá iniciar la acción penal por alteración de estado civil. Así lo prevé expresamente el artículo 19 del Código de Procedimiento penal al declarar, en términos taxativos, que «cuando la decisión sobre la existencia de un delito dependa de la resolución de una controversia sobre el estado de las personas, el ejercicio de la acción penal quedará en suspenso hasta que sobre tal controversia sea pronunciada la sentencia indicada en la primera parte del artículo 21 (juicio decisorio de una cuestión prejudicial)». Únicamente así quedará removido el obstáculo opuesto a la actividad represiva. Tales son los justos límites y verdadero alcance de la trascendencia penal del principio «favor legitimatis», en general, y, en particular, respecto del hijo adulterino «ex matre». Por lo demás, de seguirse el criterio aquí combatido, se agravaría la situación del marido —padre putativo del hijo adulterino— que habría de escoger entre el silencio y el desconocimiento de la paternidad. Y aun el propio interés del hijo abona la inoportunidad de la pretendida formación de un ficticio título de estado de filiación legítima, puesto que interesa al hijo que su situación legal se identifique lo más posible con los vínculos naturales, dejando abierta la puerta a un posible reconocimiento ulterior, unilateral, por parte del padre natural, sin la barrera insuperable que a ello opondría un ficticio estado de filiación legítima.

El ordenamiento civil y el penal —concluye Gianformaggio— no son dos mundos incomunicados entre sí, sino dos aspectos de un único ordenamiento, que no pueden dissociarse sin riesgo y daño de la unidad jurídica a que pertenecen.

Noticias y comentarios (pág. 778)

Informa la revista sobre el «Segundo Congreso Internacional de Juristas Católicos», celebrado en Roma y Ostia, en los días 2 a 4 de octubre

de 1956, y que giró sobre tres mociones fundamentales: la del profesor Pompe, de la Universidad de Utrecht, sobre «La persona humana en el Derecho penal» la del profesor Peters, de la Universidad de Münster, sobre «El respeto de la persona humana en el procedimiento penal», y la del profesor Delitala, de la Universidad de Milán, sobre «El respeto de la persona humana en la ejecución de la pena». En el orden jurídico-sustantivo se reafirmó el principio «nulla poena sine culpa» que eliminando vestigios de responsabilidad objetiva, tiende a suscitar en el sujeto un real sentimiento de responsabilidad; de lo que deriva también la necesidad de dar valor exculpatório al «error de derecho», siempre que sea inculparable y la de suprimir la acumulación de penas y medidas de seguridad. En el ámbito del proceso se destacó la necesidad de reafirmar las garantías individuales, tales como el derecho al silencio en el imputado, la ilicitud de hipnosis, narcoanálisis y medios de indagación análogos, así como de las demasías informativas de la prensa.

ADOLFO DE MIGUEL GARCILÓPEZ

La Scuola Positiva

(Rivista di Criminología e Diritto criminale)

Año X, fascs. 1-4

Está dedicado íntegramente este número de la «Scuola Positiva», a la memoria del que fué su tercer director e ilustre penalista y profesor titular de Derecho penal de la Universidad de Roma, Filippo Grispigni, por desgracia para la ciencia penal, fallecido en Viterbo el día 27 de agosto de 1955.

Los más eminentes penalistas italianos y algunos de otras nacionalidades (alemanes, españoles, franceses, etc.) se asocian al póstumo homenaje con sus trabajos, que podemos dividir en dos clases: Dedicados al estudio, en todos sus aspectos, del ilustre maestro italiano recientemente desaparecido, o a la exposición de temas penales expresamente escritos en honor del ilustre Maestro, que hasta su muerte fué el Jefe del positivismo en su nueva fase «neopositivista» o «técnico jurídica».

Ante la imposibilidad de dar cuenta de todos estos notables trabajos, dado el espacio de que podemos disponer, y no siendo factible hacer una relación, dada la calidad de todos ellos, preferimos recordar algunos datos biográficos y bibliográficos del Maestro desaparecido y de cuya muerte ya se dió cuenta en el «Noticario» de este ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, que de esta forma se asoció al pesar de todos los cultivadores de nuestra ciencia y le rindió el último homenaje:

Filippo Grispigni nace en Viterbo el día 31 de agosto del año 1884, es laureado en Roma en el año de 1909, y dos años después se dirige a Berlín para, bajo la dirección del profesor Von Listz, especializarse en el Kriminalis Lichen Seminar. Ocupa su primera cátedra en Camesino en el año 1912, desempeñando sucesivamente las de Cagliari y Milano, hasta que en el año 1942 pasa como profesor ordinario a la Universidad de Roma, en