

ITALIA

“Archivio penale”

Julio-agosto 1954

**SCARANO, Luigi**, profesor ordinario de Derecho penal en la Universidad de Catania: «**PUNTI FERMI NELLA NOZIONE DI TENTATIVO**» (Relación al Congreso de Derecho penal de Trieste, de 10 de abril de 1953); págs. 225 a 240.

El presente trabajo de Scarano —que viene a abundar en su anterior obra más amplia sobre el mismo tema «El tentativo», Nápoles, 1952—, después de pasar revista, para discrepar de ellas, a las más difundidas construcciones técnicojurídicas de la tentativa, como son la de la violación de la norma o «Tatbestand», defendida, entre otros, por Frank, Hippel, Mezger, Massari y Manzini; la que, representada por Mittermaier, distingue sustancialmente entre condición o preparación y causa o ejecución; la que califica como actos ejecutivos a aquéllos que, según la común experiencia, hubieran producido el evento; la de Carrara, centrada en el «ataque» —lesión o peligro— al derecho y, finalmente, la concepción de Feuerbach, dependiente del peligro inminente y efectivo, como índice diagnóstico seguro para distinguir los actos ejecutivos —tentativa incluida— de los preparatorios, llega a conclusiones propias: Debe ser abandonado el criterio de distinción entre actos preparatorios y ejecutivos, como en cierto modo reconoce ya la Relación al último Proyecto preliminar de Código penal; la solución habrá de ser confiada, caso por caso, a la prudente valoración del juez.

En consecuencia, se impone la revisión de la doctrina tradicional que incluye la tentativa en la fase de ejecución; el ámbito de la tentativa es más amplio y podrá afectar, incluso, a la actividad preparatoria, siempre que se muestre como inequívoca, idónea y adecuada al fin propuesto, como viene ya siendo entendido por los congresos internacionales de Derecho penal y modernas tendencias legislativas y aplicado por la práctica judicial, con base no sólo en el artículo 56, sino también en el 49 del vigente Código Rocco; sin que resulte decisivo en contra el recelo de Bettiol en nombre de las garantías políticas de la libertad individual,

**PANNAIN, Remo**, profesor: «**IL TENTATIVO**». (Relación al mismo Congreso de Derecho penal, de Trieste, de 10 de abril de 1953); págs. 241 a 251.

Incide este estudio de Pannain, también, sobre el tema de la tentativa que, a su juicio, debiera haber sido desarrollado, con suma autoridad, por Petrocelli, tan especializado en la materia.

En lo fundamental y frente a Scarano, Pannain opina que ni siquiera los términos ambiguos de los trabajos preparatorios del texto vigente que, por lo demás, carecen de fuerza legal, autorizan a pensar que la tentativa, como conducta punible, comprenda no sólo actos ejecutivos, sino también preparatorios, que representan sólo una aspiración que queda en el vestíbulo del delito, sin iniciar la agresión del bien jurídico tutelado. Si bien es verdad que esta distinción resulta menos sencilla en los delitos de «forma libre» que en las «figuras rigurosamente vinculadas».

Invoca Pannain, en apoyo de su tesis, decisiones jurisprudenciales recientes de la Casación italiana, que niegan la tentativa en supuestos como los siguientes: En la predisposición de materiales para cometer el delito de falsedad; en la posesión de llaves maestras unidas a la confesión del imputado de proponerse forzar la puerta de un almacén distante para sustraer determinados objetos; la espera del sujeto, armado, para disparar contra otro, ya que este comportamiento, por sí solo no constituye un peligro serio y concreto, puesto que únicamente —dice la Corte Suprema— con el uso del arma asume forma exterior y segura la voluntad homicida.

En cambio, otras decisiones castigan como tentativa de evasión el comportamiento del recluso que, después de haber aprestado y probado una cuerda con ganchos, la esconde con el propósito de utilizarla para fugarse escalando el muro. Y la presencia, de noche, de tres individuos, provistos de instrumentos para forzar cerraduras, parados frente a la puerta de una casa, con el ánimo manifiesto de cometer un hurto; solución censurada por Pannain, por penar —según él— actividades meramente preparatorias, consistentes no en poner en juego actos de ejecución del delito, sino en prestar simples medios utilizables para iniciar tal ejecución; sólo comenzando a entrar en el edificio empezaría, a juicio de Pannain, a intentarse el delito contra la propiedad.

En cuanto a problemas más particulares, de singular interés, en relación con la tentativa, se ocupa Pannain de la significación jurídico penal de situaciones tan debatidas como la «tentativa imposible», el «delito provocado» por la Autoridad, con fines de descubrimiento y represión, al «previo emplazamiento de la fuerza pública» para sorprender a los esperados malhechores y la inexistencia de objeto. Para Pannain, sólo el supuesto de emplazamiento de la fuerza pública deja subsistente la criminalidad de la tentativa, ya que los delinquentes sorprendidos actúan espontánea y libremente.

**GALLO, Ettore: «NATURA GIURIDICA DEL PROVVEDIMENTO DI CONVALIDA DEL FERMO DI POLIZIA GIUDIZIARIA»; pá. 252.**

Es clave del tema, eminentemente procesal, sobre medida cautelar, la calificación de la naturaleza jurídica de los acuerdos de detención dictados por los Magistrados del Ministerio Público: jurisdiccional, si se entiende que actúa como órgano de justicia, o administrativa, en cuanto corresponde a la representación del Ministerio Público la Jefatura de la Policía judicial.

## PROBLEMAS DE MEDICINA Y CRIMINOLOGIA

**Dr. F. INTRONA**, asistente al Instituto de Medicina Legal de Padua:  
«SULLA NOZIONE DI CADAVERE»; págs. 281 a 288.

Está dedicado este estudio a precisar, a efectos legales, el concepto de «cadáver», en casos dudosos, como el del feto inmaturo, atendiendo a criterios médicojurídicos de madurez y viabilidad.

## BIBLIOGRAFIA, pág. 290

Entre otras obras, se informa de la aparición del estudio monográfico de G. Zuccala «Il delitto preterintenzionale», Priulla, Palermo, 1952, concebido por el autor como incriminación del exceso a título de mera responsabilidad objetiva y fuera de todo ligamen culposo; se considera excluida la preterintencionalidad en los delitos agravados por el resultado, condiciones objetivas de punibilidad o mayor punibilidad, concurso formal de delitos y delito complejo.

## NOTAS A SENTENCIAS

Destaca un interesante comentario del Dr. G. Guadagno sobre «Concepto giuridico de rissa» (riña), pág. 476, a propósito de sentencia del Tribunal de Roma, en su Sección VI, de 13 de enero de 1954, que deslinda las respectivas figuras jurídicas de «riña» (sancionada como delito de peligro para la incolumidad de las personas y la tranquilidad y el orden públicos, por el artículo 588 C. p.) y el de «tumulto» (previsto por el 562, como perturbación efectiva y no meramente potencial del orden público). La hipótesis de «riña» es diferenciada de la de «agresión» —presupuesto generador de legítima defensa por parte del agredido— y de otros supuestos afines y se contempla la naturaleza jurídica de la muerte o lesiones derivadas de la contienda, en relación con el delito autónomo de riña, como infracción de peligro.

Septiembre-octubre, 1954

Los dos estudios doctrinales de este número vienen consagrados a temas procesales:

**Profesor G. BELLAVISTA**. «SENTENZA DI CASSAZIONE INESISTENTE»; págs. 301 a 309.

El caso, señalado como único y raro por el autor, aparece recogido en exposición presentada por el mismo, como abogado defensor, al Presidente de la Corte de Casación en 7 de febrero de 1953, por razón de inexistencia

de válida constitución de la relación jurídico-procesal, determinando, a su vez, de inexistencia del fallo dictado por la Sección II de la Corte de Casación en 27 de junio de 1952; si bien, frente a la opinión del profesor recurrente, la Sección llamada a decidir el problema dictó, por falta de concreto remedio legal, un «non liquet», con el consiguiente archivo de la reclamación, fundada en la falta de notificación a la parte recurrente —que quedó así indefensa, con mengua del principio de contradicción— de una resolución, esencial, de impulso.

**Profesor abogado G. FOSCHINI: «L'UFFICIO DELL'ACCUSA»;** páginas 310 a 324.

Previo un ensayo de construcción técnico-jurídica de la estructura del proceso penal y naturaleza de los sujetos públicos y privados que en él intervienen, Foschini se muestra partidario de la coexistencia de la acusación particular con la oficial y de una mayor diferenciación entre la judicatura y el Ministerio Público, cuyo carácter mixto, administrativo-judicial le parece inconveniente y cuyos poderes estima excesivos y peligrosos para las libertades individuales. Traza un cuadro de las complejas atribuciones de esta Institución, como Magistratura receptora de las iniciativas de acusación privada, dirección de la Policía judicial, persecución procesal, instrucción criminal, órgano requirente, de coerción y de ejecución.

#### CUESTIONES VARIAS

**Profesor M. A. DE DOMINICIS, Titular en la Universidad de Trieste:** «IN TEMA DI LIMITI ALL'OBEDIENZA GERARCHICA»; pág. 324.

Comenta De Dominicis, en términos favorables, la sentencia del Tribunal Militar de Padua, de 27 de marzo de 1953, que, interpretando progresivamente los artículos 51 C. P. y 40 C. P. M. P., proclamó la doctrina de que el deber de obediencia militar decae en las hipótesis de orden manifiestamente criminoso, así como siempre que el mandato sea evidentemente ilegítimo; para el comentarista, esta facultad crítica sobre la evidencia de la criminalidad existió ya en la última época del Derecho romano que, en textos, interpolados del Digesto (50, 17, fr. 109 y 157) y también del Código de Justiniano (9, 12, 18) afirmaba que el deber de obediencia jerárquica cesa en presencia de órdenes «atrocitas facinoris»; límite aplicable, también en la actualidad a la obediencia ciega y absoluta, extensiva a órdenes humillantes y ajenas al servicio.

**Profesor R. PANNAIN: «POSTILLA IN TEMA DI "OBEDIENZA GERARCHICA»;** pág. 327.

Sobre el mismo tema y con criterio opuesto al anterior, Pannain impugna la doctrina de la mencionada sentencia de Padua que —según informa— ha sido revocada en 20 de noviembre de 1953, por el Tribunal Supremo Militar, a virtud de recurso del Ministerio Público.

**Dr. M. CESAREO: «ALCUNE PROBLEMI SULLA COLPA PUNIBILE»;**  
páginas 329 a 334.

Contempla el documentado trabajo de Cesáreo —en cuyos comienzos surge la cita del malogrado Francisco Alimena, en su obra póstuma «La colpa nella teoria generale del reato» —diversos aspectos de esta forma de culpabilidad, cuyo tratamiento, y aun admisibilidad, dentro del área punitiva tanto se discute, hasta el punto de haber basado Carmignani su represión en una sospecha de dolo y haber considerado Mori al delito culposo como una forma excepcional de responsabilidad. No comparte la aventurada y no consolidada tesis de Vannini («Lineamenti di Diritto penale», Florencia, 1932, pág. 84) que asigna a los llamados delitos culposos naturaleza dolosa de peligro, en que el pretendido evento funcionaría como extrínseca condición de punibilidad, y analiza a continuación puntos discutidos, como el papel del error en la culpa y casos límites, como el dolo aventurado y la culpa consciente, para acabar reconociendo la actual crisis del concepto de culpa, definida en el artículo 43 del Código penal italiano de 1930.

## PROBLEMAS DE MEDICINA LEGAL Y CRIMINOLOGIA

**Profesores C. GERIN, Director y G. FRACIÈ, del I. M. L. de Roma «IL PRELIEVO DI SANGUE COME MEZZO ISTRUTTORIO IN MATERIA PENALE»;** págs. 342 a 354.

Trata este estudio —presentado al IV Congreso Internacional de Derecho comparado, celebrado en París 1-7 agosto de 1954—, de diversos temas concernientes al examen médico-legal de la sangre, tanto en cadáveres como en personas vivas y no sólo en cuanto a la determinación de grupos sanguíneos, útiles, en mayor o menor escala, según los casos, para la investigación de la paternidad, sino también en la indagación de elementos celulares, constantes físico-químicas, sustancias tóxicas, gérmenes, parásitos, etc. y, demás pruebas biológicas, de interés forense, como la identificación de cadáveres o personas desconocidas, grado de intoxicación alcohólica o predisposiciones morbosas de sujetos procesales y otras varias.

## LEGISLACION

Inserta el presente número de «Archivo penal» el texto del proyecto de Ley presentado por el Ministro de Gracia y Justicia, en 3 de agosto de 1954, sobre «modificaciones al Código de procedimiento penal», que afecta a numerosos artículos del Ordenamiento de 1930 (págs. 355 a 387).

## BIBLIOGRAFIA

Entre otras recensiones, aparece la de la «Parte especial» del «Manuale di diritto penale» de Antolisei (Giuffrè, 1954, vols. I y II).

## NOTICIAS

Jornadas de Derecho comparado en Munich, julio de 1954; asamblea de penalistas alemanes en Tubinga, junio de 1954, e información sobre el ruidoso proceso Montesi, en curso de instrucción, en Roma.

Adolfo DE MIGUEL

### La Scuola Positiva

(Rivista di Criminologia e Diritto Criminale)

1954. Fasc. 1-2.

**SANTORO, Arturo, profesor: «LA SCIENZA PENALE ITALIANA MANCIPIA DI QUELLA TEDESCA?»; págs. 1 a 10.**

Sobre el tema de la subordinación o independenciam de la ciencia penal italiana a la alemana, el autor del artículo se refiere a la afirmación del profesor Hoffbauer que mantiene la tesis de la pasiva imitación de los penalistas italianos sin sombra de originalidad y con una fuente única: la doctrina alemana. Este punto de vista, Santoro lo considera denigratorio e inadmisibile, ya que en todo caso, afirma, que la ciencia penal italiana posee una dignidad que corresponde a la autonomía del pensamiento de sus cultivadores con un puesto digno en la doctrina mundial. Para corroborar esta tesis el autor del artículo alude al propio reconocimiento que hace Hoffbauer del mérito que implica la moderna codificación italiana con soluciones calificadas de originales, dando satisfacción no sólo a un tecnicismo jurídico, sino a las tendencias más avanzadas en el orden criminológico, lo que evidencia que siendo un Código no solamente el reflejo del pensamiento de los que en él colaboran, sino también una contribución de la doctrina que previamente había estudiado los problemas y propuesto las soluciones, la opinión del propio Hoffbauer en este aspecto constituye, sin duda, un argumento que viene a desmentir lo que trata de probar.

Santoro asegura que sin negar los contactos con la doctrina germánica, de la que no cabe desestimar el rigor metodológico y la fuerza sistemática, no puede olvidarse el sano realismo de los italianos al desconfiar del abuso del método lógico abstracto y las exageraciones puramente conceptuales.

A continuación se citan nombres de juristas italianos que Santoro cree con mentalidad y cultura jurídica, típicamente italiana como Manzini, Crispigni o Carnelutti que no pueden ser considerados con subordinación a los escritores alemanes dada su originalidad y aún Arturo Rocco tan destacado en la redacción del vigente Código penal italiano y que, sin duda, se inspiró en la ciencia penal germánica, no puede ser considerado como un imitador pasivo de doctrinas extranjeras, ya que muchas de sus obras representan contribuciones doctrinales independientes fundadas sobre el Derecho positivo italiano y orientadas en la doctrina nacional.