

ITALIA

Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale

Julio-septiembre 1958

BETTIOL, G.: «Sulla rieducazione del condannatto»; págs. 633 a 644.

El precepto contenido en la vigente Constitución de la República italiana que proclama que *las penas deben tender a la reeducación del condenado*, ha originado amplias discusiones y una opinión, infundada a juicio de Bettiol y demasiado generalizada, incluso entre penalistas católicos, como Gallo, que sacrifica el carácter retributivo de la pena al utilitarista —*ne peccetur*— por medio de la enmienda del reo, llegando a afirmar que las exigencias de la justicia humana discrepan frecuentemente de las de la justicia divina, en cuanto aquéllas no pueden prescindir de una consideración utilitaria que falta por completo en el castigo divino; afirmación grave, según Bettiol, porque lleva fatalmente a desarraigar a la justicia estatal de su fundamento metafísico para abandonarla a las fluctuaciones del arbitrio del poder político. Una cosa es reconocer la incidencia de influjos histórico-utilitarios, y otra, bien distinta, someter el principio mismo de la penalidad a contingencias históricas y relativas, ya que el criterio retributivo no es un *precipitado histórico*, sino *la razón misma del Derecho penal*; ni la reeducación del culpable es el problema central del Derecho punitivo ni puede ser una especie de *ídolo*, sino uno de tantos problemas o puntos de vista de nuestra disciplina. El contraste que separa en el campo penal a *retribucionistas* y *defensistas* no es superficial ni susceptible de ser superado mediante una *tercera fuerza* neutral, ecléctica y agnóstica; es, por el contrario, *antagonismo inconciliable*, por tratarse de concepciones antológicamente contrapuestas. Sin duda alguna, el Derecho penal se halla hoy en crisis: crisis de orientación política y falta de firmeza en sus realizaciones. Se ha perdido la fe en el concepto de culpabilidad moral, siendo así que, eliminada la culpabilidad, carece de todo fundamento legítimo la sanción, que es fin absoluto en sí misma y no puede ser alegrada a simple medio, como pretenden los *neutralistas* actuales, herederos de los *técnicos* de ayer, conforme a una misión práctica y antiespiritualista, que no logra salvar la contradicción que supone compaginar la libertad moral del hombre con un verdadero determinismo psicológico, acentuado a través de esta mira reeducadora del condenado, como si el hombre perteneciera en cuerpo y alma al Estado y éste pudiese conformar a su arbitrio su conciencia moral y su carácter, de acuerdo con la concepción política, ideológica, imperante en cada momento. Esta *recuperación social*, deducida de un texto constitucional que no habla de *culpable*, sino de *condenado*, muestra identificable eco materialista y marxista y no se adapta en absoluto a determinadas categorías de delincuentes, como son los políticos, cuyas comunicaciones no podrán ser destruidas ni alteradas por la pena, sino tan sólo disimuladas por la *hipocresía* que reina intramuros de las cárceles.

CONSO, G.: «Le disposizioni processuali del Codice della Strada»; páginas 645 a 676.

Con destino al Curso de Derecho de la circulación, celebrado en Mantua durante el mes de marzo de 1958 y en el que participaron magistrados y funcionarios de Policía italianos y extranjeros, fué compuesto el presente estudio, de alcance procesal, que comienza lamentando que una vez más no haya obtenido su logro la actividad parlamentaria dirigida a sustituir por un nuevo texto en la materia el viejo texto único fascista de 8 de diciembre de 1933: Son objeto de especial atención por parte de Conso los problemas de procedimiento a que dan lugar características institucionales italianas de composición o conciliación, que evitan o ponen fin a la actividad procesal por razón de transgresiones viarias: La *oblación*, en sus tres formas (inmediata; anterior al transcurso de las cuarenta y ocho horas consecutivas a la notificación del proceso verbal y, finalmente, la realizable antes del decreto de condena o de la apertura del debate).

MASSA, Carlo. Profesor encargado del Derecho procesal penal en la Universidad de Urbino.: «El problema della contestazione suppletiva nel dibattimento susseguente ad opposizione a decreto penale di condanna»; páginas 677 a 696.

Se plantea la cuestión—también de orden profesal y referida al Derecho positivo italiano—de si en el debate abierto como consecuencia de decreto penal de condena, puede el pretor apreciar un delito concurrente, una circunstancia agravante o un delito continuado, a tenor del artículo 445, parte 1.^a del Código procesal penal o, por el contrario, la calificación contenida en el decreto de condena combatido por el imputado es ya fija e inmutable, en favor del mismo; esto es, si el pretor puede extender su examen a nuevos hechos no contemplados por el decreto de condena ulteriormente impugnado. Problema emparentado con el de la *reformatio in pejus*, aunque no deba ser confundido con él, y cuya solución dependerá de la naturaleza jurídica que se atribuya a este disentimiento del condenado respecto del decreto penal contra él emitido por el pretor (medio de impugnación, gravamen o reintroducción de la acción penal); peculiarísima institución—ésta del juicio por decreto—entendida, generalmente, por la doctrina como proceso sumario, esencialmente escrito, sin debate, de que son susceptibles infracciones penales de escasa entidad. De acuerdo con el recto sentido del Derecho legislado y con el criterio jurisprudencial de la corte italiana de Casación, Massa sostiene que el pretor, en tal caso de oposición al decreto penal de condena recobra y queda investido, a tenor de los artículos 445 y concordantes del c. p. p., de todos los poderes que competen, por ley, al juez de primer grado y puede dar, por lo tanto, al hecho una definición jurídica diversa de la pronunciada en el decreto de citación; tesis elástica favorecida, además, por motivos de economía procesal.

LOZZI, G. Profesor Asistente de Derecho penal en la Universidad de Turín: «L'appartenenza (pertenencia) nel Diritto penale»; págs. 697 a 721.

Contraído en especial a las apropiaciones llevadas a cabo por los funcionarios en el ejercicio de sus cargos públicos—en cuya materia distingue el vigente Código italiano de 1930 entre *proculdado* y malversación, en sentido estricto se plantea el tema de la precisa significación del concepto legal de *pertenencia* empleado en los artículos 314 y 315 y del tratamiento que deba seguirse en los supuestos de peculado con dolo de malversación y viceversa, por error en cuanto a la pertenencia de los fondos sustraídos: fondos públicos, en el peculado y fondos particulares, confiados al funcionamiento, en la malversión. También cobra relieve la noción de *pertenencia* en la interpretación correcta de los artículos 638 y 2440 que conciernen, respectivamente, a muerte o daños en animales ajenos (*che appartengono ad altri*) y a la exención de comiso en cuanto a ciertos efectos del delito, *pertenecientes* a tercero ajeno a la infracción.

Fluctúan las opiniones entre quienes, como Antolisei, acogen el concepto dado por el Derecho civil («relaciones que implican un derecho de aprovechamiento o de goce autónomo de la cosa o de parte de ella»), y quienes propugnan una valoración exclusivamente penal; criterio éste al que se inclina la jurisprudencia, tomando en cuenta aspectos de *posesión*, de *responsabilidad* asumida por la Administración pública, de *titularidad*, en general, y en casos particulares, etc., y no sólo como sinónimo de propiedad; si bien tampoco pueda ser entendida la *pertenencia* en acepción tan amplia y vaga que equivalga a un derecho de cualquier naturaleza sobre la cosa, o sea, como *dependencia*. Lozza cree, no obstante, que *pertenencia*, en el sentido de los artículos 314 y 315, significa propiedad; la apropiación será peculado o malversión, según los bienes sean, o no, *propiedad* de la Administración pública. En cuanto a la interpretación del artículo 240 (comiso), contra la opinión de Chiarotti, partidario de la acepción más amplia de pertenencia, Lozza sigue adscribiéndose al criterio de propiedad; aunque sobre la cosa propia del reo tuviese un tercero, por ejemplo, un derecho de usufructo, la cosa sería confiscable por el Estado, si bien con el gravamen usufructuario reconocido a su titular. Solamente el derecho de propiedad es, por lo demás y de acuerdo también con el artículo 622, susceptible de comiso. No se trata de la titularidad de cualquier derecho sino sólo del de propiedad.

Octubre-diciembre 1958

BOBIO, Norberto. Titular de Filosofía del Derecho en la Universidad de Turín: «Sul formalismo giuridico»; págs. 977 a 988.

Si hubiera de escribirse un estudio—dice el autor—sobre las orientaciones de la teoría del Derecho en la Italia de la postguerra, sería difícil resistir la tentación de hacer propio el afortunado título del libro de Morton

Whiete sobre la cultura americana de la era rooseveltiana: «*la revuelta contra el formalismo*». Así, Arturo Carlo Jemolo, en un estudio titulado «*confesiones de un jurista*», escribía en 1947: «juristas y no juristas, sobre todo en las partes de Italia que han sufrido la ocupación alemana, nos hemos dado cuenta de que la vida moral no se puede reducir a fórmulas, por seguras y omnicomprendidas que aspiren a ser». Y Calamandrei, en la inauguración, en 1950, en Florencia, del Congreso Internacional de Derecho procesal civil, combatía la excesiva fe en las construcciones lógico-jurídicas, por encima de la realidad práctica que vive en las Salas de Justicia.

La historia se repite: formalismo y antiformalismo son las posiciones extremas entre las que oscila el péndulo de la jurisprudencia, como, en estética, claricismo y romanticismo y, en política, conservadurismo y radicalismo. No hace mucho tiempo, el *tecnicismo jurídico*—como era llamada aquella reencarnación del formalismo—celebraba su triunfo sobre las tendencias sociológicas, sobre la escuela del derecho libre, sobre la libre investigación científica. Era una verdadera revuelta contra el antiformalismo. La actual es, pues, una revuelta contra la revuelta, después de que dos sucesivas generaciones han podido contemplar los días fastos y nefastos del tecnicismo y ya no se sorprenden por las más violentas fluctuaciones ideológicas ni por los más apasionados oradores iconoclastas, ya que la historia—incluso la del pensamiento jurídico—a diferencia de la naturaleza, si camina a saltos.

Esta expresión, «*formalismo jurídico*» no es unitaria e inequívoca sino que puede significar cosas diversas, a veces buenas, en ocasiones malas, pero, sobre todo, inevitables, con la consecuencia de que toda polémica general contra el formalismo acaba por ser una fuente de confusiones, ya que no puede desconocerse que «*formalismo jurídico*» tiene, por lo menos, cuatro significaciones, bien diferenciadas, que no pueden ser reducidas a una sola; por lo que los ataques al formalismo suelen apuntar a blancos diferentes, a un solo nombre, pero no a una misma cosa.

Por lo pronto, «*formalismo jurídico*» no siempre coincide con *positivismo jurídico*, en cuanto supone exclusividad del Derecho positivo, con prescripción del Natural.

La polémica antipositivista ha tomado, en los últimos años, en Italia, dos derroteros: 1) dirección *iusnaturalista*, que contrapone al positivo un Derecho superior, que escapa al criterio valorativo del Derecho estatal; 2) dirección *realística*, en el sentido de Derecho vivo y espontáneo, socialmente vigente, pese a las formales apariencias de la legalidad oficial, a mando de crítica demoledora de la teoría formal de las fuentes del Derecho.

Las cuatro aludidas acepciones de «*formalismo jurídico*» son las siguientes y sobre ellas discurre Bobbio, con clara agudeza y ponderado juicio:

1) Concepción que podría ser llamada «*formalismo ético*» y que sólo consideraba justo lo conforme a la ley e injusto lo que de ella se aparta; la justicia de la acción depende de la adecuación a los modelos establecidos. Ahora bien, el dogma de la legalidad al que los juristas permanecen es cosa distinta de esta concepción de la justicia, o sea, del legalismo y, por lo demás no supone la reducción de validez a justicia o viceversa, sino la distinción entre ambas, según la fórmula: «una norma puede ser justa

sin ser válida y válida sin ser justa». Esta *legalidad* (que no equivale a «legalismo») toma en cuenta los dos importantes valores de *orden e igualdad* y a ella responde, en definitiva, en el ámbito contractual, el principio «*pacta sunt servandā*». Es obediencia o *sujeción a la regla*, pese a íntimas disconformidades con la misma.

2) Posición *jurídica*, diferenciadora de lo *jurídico* frente a la esfera de la moral, de las costumbres, de la economía, etc. Este formalismo se cifra en un escrupuloso deslinde, como *teoría del Derecho como forma*, de que encontramos ejemplo en la doctrina jurídica de Kant, que considera como Derecho la relación intersubjetiva caracterizada por tres notas: externa, recíproca y *formal*. Así Kant es formalista en la definición del Derecho, pero no en su definición de la justicia. Kelsen parte ya de la coacción como elemento constitutivo del Derecho y de la definición del ordenamiento jurídico como ordenamiento coercitivo. Dirección conocida, más propiamente bajo el nombre de *normativismo*. Todo ello responde a la pregunta: «¿cómo se distinguen los hechos jurídicamente relevantes de los jurídicamente irrelevantes? Se trata de una consideración o experiencia del mundo. «*sub specie legis*».

3) El normativismo abre camino a un tercer significado o, mejor dicho, grupo de significados conexos a la expresión «formalismo jurídico»: Concepción de la ciencia jurídica como *ciencia formal*. Junto al formalismo jurídico, hace su aparición entre los juristas un *formalismo científico*, identificado con la construcción dogmática tendente a una doble finalidad: construir un determinado instituto, de cuya constitución dependerán las adecuadas consecuencias jurídicas y, también lograr la formación del sistema jurídico. Es una posición caracterizada por la pureza metodológica, aliada con un rigorismo anti-teológico, como garantía de juricidad.

4) Formalismo como *teoría de interpretación jurídica* y aplicación de la ley así interpretada, sin que, por ello, llegue a creerse por nadie que la actividad del juez se reduzca, exclusivamente a operaciones lógicas, automáticas; sobre esto, valga para todos la palinodia de Calamandrei sobre la famosa teoría de la sentencia como silogismo.

Por tanto, no cabe englobar, en igual medida, dentro de una concepción simplista, en una común condenación, a las cuatro diversas teorías recién enunciadas: concepción legalista de la justicia (o *legalismo*), teoría normativa del Derecho (o *normativismo*), *concepción dogmática* de la ciencia de los conceptos, o *conceptualismo jurídico*, teorías que no son inseparables ni se implican necesariamente. Los juristas italianos son fieles, por lo general, a una teoría formal del Derecho (imperatividad, estatalidad, coactividad, independencia de toda consideración material) sin que por ello predomine el formalismo en el sentido peyorativo del término. Entre los alemanes, Kelsen, no por concebir el Derecho como forma, profesa una concepción legalista de la justicia; en tanto que Jhering—pese a corresponderle la paternidad de la jurisprudencia de interés—proclama explícitamente una concepción formal del Derecho.

A la concepción de la Ciencia del Derecho como dogmática sólo se contraponen su consideración como ciencia empírica, «naturalística», pero no, precisamente, «jurnaturalista». La palabra «*forma*» es clave de nues-

tro lenguaje filosófico y, en Derecho, en garantía de estabilidad y certeza.

Bobbio—autor de una obra sobre *«Limiti fra formalismo e dogmaticas»*, 1936—concluye diciendo que el formalismo sigue al Derecho como la sombra al cuerpo y que querer eliminarlo sería como tratar de destruir el propio cuerpo por terror a la propia sombra.

RANIERI, S.: «Corte di cassazione legislatrice»; págs. 999 a 1019.

Ranieri comienza su artículo con la afirmación de que, *desde hace algún tiempo, la Corte Suprema se complace en legislar*. Y critica ciertas decisiones recientes—que a su juicio representan intromisiones jurisdiccionales en el orden legislativo, en materia procesal: *Reformatio in pejus* en caso de apelación; poderes del Ministerio Público en la instrucción y otras manifestaciones que, en opinión del autor implican extralimitación en que no debiera perseverar el Alto Tribunal ni sentar precedentes peligrosos ya que, para honor del juez, hay que decir con Cicerón: *vere dicit Magistratum legem esse loquentem*.

Los dos últimos artículos doctrinales insertos en este mismo número están estrictamente contraindidos a la vigente legalidad italiana:

CONSO, G.: «Inapplicabilità degli artt. 136, 137, 784 c. p. p. in materia di denuncia e di querela»; págs. 1039 a 1047.

LOZZI, G.: «Incapacità elettorale e sospensione condizionale della pena...»; páginas 1048 a 1061.

Entre las noticias (págs. 1.063 a 1.132) se recoge la aprobación del nuevo texto del *Código de la Circulación* (*«Codice della Strada»*), por Decreto de 27 de octubre de 1958, y una iniciativa parlamentaria para *«Adecuación de la Ley de Seguridad Pública a las normas de la Constitución»*, debida a propuesta de los Diputados Lurzato y otros.

ADOLFO DE MIGUEL GARCILÓPEZ

PORTUGAL

Boletim da Administração Penitenciária e dos Institutos de Criminologia

Número 2.—1958

CANNAT, Pierre.: «As Ralações entre o pessoal de vigilância e os detidos»; págs. 5 a 13.

Este número de la Revista abre sus páginas con la traducción de este artículo del primer Presidente del Tribunal de Apelación de Mónaco, Secretario general de la Sociedad General de Prisiones y de Legislación