

Criminalia

Annuario di scienze penalistiche

2010

ESTRATTO



Edizioni ETS

GONZALO QUINTERO OLIVARES

MODIFICARE LA LEGGE E MODIFICARE IL DIRITTO PENALE.
A PROPOSITO DELL'ULTIMA RIFORMA
DEL CODICE PENALE SPAGNOLO^(*)

1. A distanza di soli quindici anni dal varo del nuovo Codice penale, promulgato il 23 novembre 1995, il legislatore è recentemente intervenuto – la ventisettesima volta, se non mi sbaglio – per riformarne il contenuto con la Ley Organica n. 5 del 22 giugno 2010¹. Si tratta di un intervento riformatore particolarmente incisivo e rilevante, nella misura in cui investe un gran numero di disposizioni, alcune delle quali vanno a modificare fattispecie già esistenti, mentre altre vengono inserite *ex novo* nel *corpus* del Codice penale, spingendosi sino a introdurre congruenti modifiche della disciplina processuale penale e, persino, del sistema penitenziario.

La riforma ha una sua piccola storia, che inizia nel 2006 con una serie di lavori preparatori prodromici rispetto progetto del gennaio 2007, decaduto a causa dello scioglimento del Parlamento. In seguito, ne furono ripresi i lavori, i quali, con profonde modifiche rispetto al progetto del 2007, sono passati attraverso l'iter legislativo per vedere finalmente la luce come legge.

Lo spettatore non aduso alle tensioni che nascono in Spagna, sia sotto il profilo della fuga dal diritto penale, sia per il modo in cui si utilizza la risposta penale, potrebbe rimanere sconcertato dal fatto che una legge tanto importante sia stata modificata, negli anni, all'incirca ogni 9 mesi. Non si potrebbe neppure invocare la sussistenza di sopraggiunte necessità tecniche – che certamente si sono verificate – a giustificazione di siffatti cambiamenti, perché il problema del precario sistema penale è dinanzi ai nostri occhi e dobbiamo accettarlo e nei limiti del possibile, metabolizzarlo.

Vale la pena comunque aver contezza del fatto che si è verificata una convergenza di circostanze che almeno in parte spiega siffatto fenomeno. In primo luogo emerge la produzione normativa dell'Unione Europea che già da sola impone una continua revisione del Codice Penale e specialmente delle altre leggi di natura non penale. Se prendiamo come esempio la tutela dell'ambiente e individuiamo l'ingente numero delle decisioni comunitarie emanate

* La traduzione dallo spagnolo è della dott.ssa Cecilia Valbonesi.

¹ Che ha visto la luce nel BOE del 23 giugno 2003.

in materia, unite ad obblighi prescritti per gli Stati, possiamo farci agevolmente un'idea di quanto sia difficile non sottoporre a modifiche la legge penale.

Il legislatore spagnolo è consapevole della realtà dei continui cambiamenti imposti alla legge penale. Nel Preambolo dell'attuale riforma leggiamo: «*L'evoluzione sociale di un sistema democraticamente avanzato, come quello tratteggiato dalla Costituzione Spagnola, comporta che l'ordinamento giuridico sia soggetto ad un costante processo di revisione (...) La Spagna ha contratto obbligazioni internazionali, specialmente nel contesto di una armonizzazione giuridica comunitaria, che comporta degli adattamenti (...) di ragguardevole portata – delle nostre norme penali (...) la mutevole realtà sociale determina l'insorgere di nuove problematiche alle quali è necessario offrire una risposta (...) Sotto altro profilo, l'esperienza applicativa del Codice ha continuato a porre in evidenza talune carenze o deformazioni che debbono essere corrette (...)*».

Il Preambolo offre una corretta sintesi della situazione. Tuttavia, tornando all'enorme numero di leggi modificative del Codice penale, non smette di costituire un paradosso la circostanza che siffatte continue trasformazioni abbiano luogo all'interno di un sistema penale come quello spagnolo che, con sorpresa degli osservatori stranieri, ha avuto di mira prima di tutto l'obiettivo di evitare la pluralità di leggi. Infatti, il legislatore spagnolo ha deciso, dal 1995 ed all'unanimità, che tutto il diritto penale – salvo il diritto penale militare e quello minorile – dovesse essere racchiuso nel *corpus* del Codice. Vi si trovano infatti regolate materie nelle quali, per vero, il diritto penale mostra una certa accessorietà rispetto alla legislazione extrapenale. Fra esse possiamo ricordare ad esempio i delitti ambientali, i delitti contro *l'ordenación del territorio*², i delitti finanziari, quelli relativi al mercato, quelli a tutela del consumatore e della concorrenza, tutte materie nelle quali sarebbe stato maggiormente auspicabile il ricorso a leggi speciali che, nell'uguale rispetto dei principi penali fondamentali, potrebbero subire modifiche meno traumatiche rispetto ad un intervento diretto sul Codice penale.

Penso che in materie come le radiazioni ionizzanti, energia nucleare, sostanze esplosive o tossiche, una legge speciale, o ancora meglio, una sezione penale inserita nelle rispettive discipline amministrative di settore, potrebbe raggiungere un livello più alto di precisione rispetto a quello conseguito a seguito dell'intervento del diritto penale.

² Vicini alla figura dei reati Urbanistici ed Edilizi (N.d.T.).

2. Come è logico, in tutti questi anni, non c'è stata riforma che non sia stata accompagnata da una spiegazione giustificativa, ed anche l'attuale intervento non è da meno.

Al primo posto occorre collocare inderogabilmente, come fa il Preambolo dell'odierna Riforma, le modifiche alla legge penale derivanti dal *processo di integrazione europea* che frequentemente impone, in ossequio alle Direttive o alle Decisioni Quadro, di apportare cambiamenti alla legge penale. Questo processo ha subito una accelerazione a partire dal Trattato di Amsterdam nel 1997 e non ha smesso di incrementarsi fino a giungere all'attuale Trattato di Lisbona, a seguito del quale, è cresciuta in modo significativo la capacità da parte dell'Europa di incidere sul diritto penale interno (art. 82 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea). L'obbligo o la necessità di armonizzare la legge penale non può sorgere "spontaneamente" per iniziativa di ciascuno degli Stati membri, ma il cammino di riforma passa per le indicazioni fornite dalla Comunità.

Nell'ambito strettamente spagnolo, coloro i quali, a vario titolo, si dedicano al diritto penale, aggiungono alle suddette cause altre molto meno chiare, coincidenti con quelle che il Preambolo della Legge di Riforma segnala come determinate dai *cambiamenti della realtà sociale* che provoca *l'insorgere di nuove questioni che debbono essere affrontate*.

Vengono così alla mente alcune riforme che traevano la loro origine da fattori congiunturali, che proprio per questo motivo non avrebbero dovuto dar luogo a modifiche della legge penale e che con la stessa rapidità con la quale furono promulgate, sono state derogate. Dopo di queste, che rivelano solamente un ricorso inadeguato allo strumento penale, dobbiamo ricordare le leggi penali che nascono dalla continua emergenza legata ai problemi sociali, economici, sentiti come avvenimenti ingiusti lasciati impuniti (sebbene per la maggioranza della gente questa presunta impunità non esista). Questa emergenza induce il bisogno di una risposta penale incisiva ed immediata. Si esigono quindi nuove incriminazioni, si reclama un inasprimento delle pene – come se il nostro sistema penale potesse essere tacciato di essere blando – quasi sempre senza effettuare una serena analisi degli strumenti offerti dalla legislazione vigente – e quel che è peggio – senza guardare alla vigenza temporale della legge penale, la cui prima regola risiede nella irretroattività. Siffatto quadro porta alla semplice conseguenza che una riforma legale, la quale normalmente porta con sé un inasprimento della pena, si applicherà a qualsivoglia fatto o caso futuro, ma non a quello che ha provocato la domanda di inasprimento della pena, la qual cosa, a sua volta, provoca una delusione fra i cittadini ed una ingiusta dequalificazione della giustizia penale.

Nell'ambito dell'odierna riforma, questo è ciò che può succedere in relazione a questioni che si presentano come urgenti ed inevitabili, come nel caso della libertà vigilata, qualificata come misura di sicurezza. La sua previsione trae origine dalla preoccupazione ingenerata dalla scarcerazione, dopo aver scontato la pena, di alcuni delinquenti sessuali, soggetti ritenuti temibili nella percezione sociale. La misura della libertà vigilata, che oggi viene introdotta nel Codice, non potrà essere inflitta se non ai soggetti che commettano questi gravi crimini dopo l'entrata in vigore della Riforma, circostanza che richiede, fra la detenzione, la condanna ed il fatto di scontare interamente la pena, un tempo di attesa di qualche anno. Però, naturalmente, la misura non è applicabile a coloro che oggi stanno scontando la pena, perché la misura della libertà vigilata non può applicarsi retroattivamente. Non è facile prevedere se la società sarà cosciente dei limiti irrinunciabili che importa il principio di irretroattività della legge penale sfavorevole o si cadrà nella dequalificazione demagogica dell'elaborazione giudiziale.

L'urgenza con la quale si chiede al legislatore di emanare leggi, rende manifesta altresì un'idea peculiare sull'incidenza della creazione legislativa nel mondo del diritto. Ci sono leggi il cui effetto è immediatamente visibile – come ad esempio il cambio dell'entità di una tassa – sebbene anche in questo caso rimarrà da vedere qual è l'impatto futuro, in questo caso economico, che questa norma genererà. La soluzione di un problema sociale può passare o meno attraverso l'intervento del diritto penale. Però, se si decide – senza entrare nel merito della decisione – che questo intervento è necessario ed adeguato, niente sarà più lontano dalla realtà che ritenere che l'efficacia o la vigenza materiale di questa legge, cioè la sua influenza sui comportamenti delle persone singole o dei gruppi, si produrrà miracolosamente il giorno seguente alla sua apparizione sul Bollettino Ufficiale dello Stato.

È il diritto, del quale quello penale è solo una parte, come grande complesso di principi, norme e regole e non la legge formale ciò che è destinato a far parte della cultura di una società ed a contribuire al suo funzionamento ed alla buona riuscita delle relazioni fra i suoi membri. Introdurre un precetto nel Codice Penale non equivale ad introdurlo *nel diritto penale* perché questo è un processo più lento e più complicato, che richiede una integrazione fattiva nel sistema ed esperienza applicativa e, quel che è più importante, una sua acquisizione da parte della società. Quando si parla di stupefacenti, ed è solo un esempio, si intende che già esiste una percezione sociale di ciò che è proibito e della gravità della pena, ma questa circostanza non attiene a tutte le disposizioni sanzionatorie che vanno a far parte del Codice.

Lo scopo di questa ultima riflessione, non è altro che relativizzare la validità della relazione fra la domanda sociale (se come tale si percepisce), la modificazione legislativa e la soluzione di un problema. Se per una qualsiasi ragione – ed è un altro esempio – si modifica la disciplina delle contravvenzioni, in modo tale che una o l'altra possano elevarsi a delitto in certe circostanze ed in altre no, si dovrà aspettare molto tempo per verificare se si è indovinato il rimedio per il problema che stava a cuore e nel frattempo, accettare che si è rotta la logica interna del sistema delle contravvenzioni. Senza dimenticare che questa logica interna non è una caratteristica di mera estetica normativa, ma una precisa condizione perché un sistema giuridico meriti questo nome. Altrettanto succede quando il numero delle eccezioni legate al profilo qualificatorio o punitivo, si moltiplica senza sosta: alla fine è difficile stabilire concretamente se ci troviamo dinanzi ad un delitto o davanti a più delitti diversi che condividono il nome e qualche elemento.

Se aggiungiamo le sovrapposizioni che si creano fra le norme, possiamo intuire i problemi che appaiono quando si debba valutare la sussistenza di un concorso di leggi o di delitti, o anche, le conseguenze del “fuoco incrociato” su uno stesso problema, come accade con la simultanea modifica della disciplina della confisca e del novero delle condotte di cui al delitto di riciclaggio.

Con queste considerazioni si è voluto solo mettere in guardia il lettore sulle diverse conseguenze che possono seguire alla riforma del Codice la cui complessità cresce di pari passo all'ampiezza della riforma. *Ciò non significa che siamo davanti a modifiche o innovazioni necessarie, perché non è così, o almeno non lo è in generale.*

3. Sono tanti e tanto diversi i problemi affrontati dalla riforma in commento, che risulta impossibile trovare un comune filo conduttore, perché le ragioni che sottendono a ciascuna modifica sono diverse fra loro e compongono un mosaico di motivi che cercheremo di riassumere con le argomentazioni che seguono.

3.1. La riforma si occupa di molti temi riconducibili alla disciplina di parte generale del diritto penale: modifica o ampliamento del novero delle attenuanti e delle aggravanti; il tema assolutamente *importantissimo* della responsabilità penale delle persone giuridiche, il quale non solo esige una definizione del suo significato e la configurazione dei criteri di imputazione, ma anche tutto il complesso di norme necessarie per renderla effettiva: pene imponibili,

determinazione e commisurazione delle stesse, misure accessorie, misure irrogabili a fronte del mancato rispetto eccetera. Parimenti, è necessario che questa tipologia di responsabilità si regga su un sistema a *numerus clausus*, che preveda in modo tassativo i delitti in relazione ai quali è possibile estendere la responsabilità penale alla persona giuridica, specificando altresì la tipologia di pene o misure che possono essere irrogate. Insomma, le conseguenze della regolamentazione di questa responsabilità dà luogo ad un ampio complesso di disposizioni nel Libro I e nel Libro II, che determineranno inevitabilmente carenze di natura processuale, perché l'introduzione della responsabilità penale delle persone giuridiche avrebbe necessitato della predisposizione di un complesso di norme processuali, la cui assenza è oggi destinata ad incidere negativamente sull'efficacia della riforma.

Allo stesso modo, sono oggetto di intervento le pene privative di diritti e le pene accessorie: vengono introdotte nuove pene, viene altresì ampliato e precisato il contenuto di quelle esistenti. In ossequio ad una pressante domanda della dottrina, il legislatore è intervenuto, altresì, in tema di esecuzione delle pene privative della libertà personale, modificando le regole concernenti i periodi minimi nei quali debbono essere scontate.

Si sviluppano pene o misure già esistenti o nuove, come nel caso della *localización permanente*³ ed il lavoro a beneficio della comunità e più specificatamente, in ragione della polemica che hanno suscitato le difficoltà di un suo potenziamento, viene in rilievo la libertà vigilata. Si interviene modificando anche la tanto criticata, per il modo in cui era regolata, sostituzione della pena imposta agli stranieri con la loro espulsione, senza optare comunque in modo chiaro per un sistema discrezionale, come invece chiedeva la dottrina e parimenti proponeva il progetto preliminare del 2006.

La portata della confisca si amplia per entrare in sintonia con altre riforme introdotte e per supportare la lotta alla criminalità organizzata. Infine, in ossequio, sebbene parziale, ad una ampia domanda giudiziale ed accademica, si intraprende la tante volte rinviata riforma della prescrizione dei delitti. Oggi la disciplina è infatti caratterizzata da incertezze legate a quali siano i fatti capaci di interrompere il termine di prescrizione e dall'ingiustizia che può generare l'inesistenza di distinguo fra situazioni che si limitino a sospendere temporalmente il computo da quelle che realmente lo interrompono.

³ Con questa formula si indica la figura degli arresti domiciliari, così come modificata dalla Ley Organica n. 8 del 2003. (N.d.T.).

3.2. Nel catalogo dei reati troviamo altresì un considerevole numero di precetti che hanno subito modifiche minime, come accade per il reato di traffico delle influenze *ex art.* 428 e 429 c.p. o come precetti che subiscono una mera correzione di un errore materiale nella redazione del testo (ad esempio l'art. 215-3 che rimandava al n. 4 dell'art. 130 invece che al comma 5).

Diversa si presenta la questione quando si tratta di estendere la responsabilità penale alle persone giuridiche, perché il codice adotta una disciplina che viene in rilievo solo in relazione al compimento di fattispecie di reato tassativamente predeterminate. In proposito, la questione di maggior rilievo che emerge con riferimento a questa novità di così grande portata, risiede nella compatibilità dei precetti con il principio *societas delinquere non potest* e le conseguenti scelte di *politica criminale*.

3.3. Fra i delitti contro la persona, si sottolinea la creazione del nuovo delitto di traffico di organi umani, la cui condotta è suscettibile di assumere diverse modalità. Seguono, altresì, la tratta di esseri umani, nonché il nuovo delitto di mobbing immobiliare – una delle condotte illecite generate dalla speculazione edilizia. Proprio come si ventilava sin dall'inizio del processo di gestazione della riforma, le principali novità normative riguardano i delitti nei quali la vittima è un minore, sia attraverso la tutela della loro integrità sessuale, specie dei più piccoli, sia potenziando la lotta allo sfruttamento della prostituzione – o la pornografia – che viene sanzionata *sub specie* di creazione, distribuzione o semplice detenzione di siffatto materiale. Tuttavia, proprio in questo settore si è restii accettare l'idea che, in *proprio in ragione della natura del problema*, la regolamentazione di questa tipologia di delitti contro i minori *non dovrebbe essere mescolata* con quella relativa agli stessi fatti che però colpiscono soggetti adulti. Questa separazione fra le discipline costituirebbe un valido strumento volto ad evitare inutili inerzie che possano sorgere in fase interpretativa.

3.4. È altresì degno di nota il capillare intervento penale in ambito informatico, dei computer, dei programmi e della rete. Si amplia la protezione dei sistemi informatici e si sanzionano – attraverso una maggiore tipizzazione delle condotte – i danni cagionati ai *programmi* informatici, la truffa informatica ed i programmi informatici strumentali a tali fini.

3.5. Sui delitti contro il patrimonio mediante impossessamento, il legislatore interviene in modo congruo, effettuando le auspiccate modifiche. Da un

lato, infatti, conferisce la qualifica di «chiave falsa» a qualsivoglia strumento che abbia una efficacia simile a quelli indicati nell'art. 239 c.p.; dall'altro, crea la fattispecie criminosa, sino ad oggi assente, della rapina commessa nella casa abitata. Più discutibile risulta la riforma del furto, nel contesto della quale si torna ad insistere sulla bontà di un sistema che vede trasformata la contravvenzione in delitto, in ragione della scarsa efficacia deterrente che ha avuto sino ad ora la fattispecie.

Nell'ambito delle condotte fraudolente assume rilevanza la specifica descrizione della truffa processuale, così come la sanzione di condotte perpetrate attraverso le modalità fraudolente proprie dei nostri tempi, quali, ad esempio, quelle realizzate utilizzando la carta di credito altrui. Più controverso è l'aggravamento della pena relativo al reato di *alzamiento de bienes*⁴ in funzione della natura pubblica del creditore.

3.6. Sono state effettuate numerose modifiche, altresì, in relazione ai delitti contro l'economia, modifiche che si radicano nell'esigenza di dare una risposta – non sempre appropriata – ai problemi attuali. Ciò accade con riferimento alla tutela della proprietà intellettuale, posta in pericolo dal fenomeno, ormai di massa, della illegittima “copiatura” delle opere, le quali vengono commerciate ad un prezzo decisamente più basso.

In questo ambito si incrociano gli interessi degli organi di gestione del diritto di autore ed il principio di proporzionalità della risposta sanzionatoria di fronte a siffatti fenomeni.

In campo finanziario, vengono recepite le raccomandazioni imposte dalla UE in materia di informazione finanziaria concernenti le società emittenti valori negoziati e le attività orientate all'alterazione di prezzi o quotazioni. Nuovo nel nostro sistema, ma non certo in quello di diritto comparato, è il delitto di corruzione fra privati, specialmente di corruzione nel settore privato che parte della dottrina considerava non necessario, ritenendo sufficienti a contrastare il fenomeno le fattispecie relative alla concorrenza, sebbene opportunamente modificate. Tuttavia, in questo settore non ci si è potuti discostare dall'indirizzo comunitario. Nuove modifiche, certamente non le prime, sono state effettuate in relazione al delitto di riciclaggio, ai delitti contro l'erario, contro il sistema previdenziale, per far sì che i tribunali penali godano di una giu-

⁴ È possibile assimilare la figura delittuosa dell'*alzamiento de bienes* ex art. 257 c.p. spagnolo alla bancarotta semplice patrimoniale di cui all'art 217, 1 L. Fallimentare italiana. (N.d.T.).

risdizione autosufficiente, potendo determinare l'ammontare del debito tributario pendente senza devolvere la questione all'Amministrazione Tributaria. Nello stesso contesto, il legislatore è intervenuto su alcuni dettagli normativi concernenti i delitti di frode al bilancio e a quelli di frode nelle sovvenzioni della UE.

3.7. Il tempo trascorso ed il gran numero di abusi perpetrati ha condotto a riformare il diritto urbanistico, sul presupposto che il catalogo delle condotte tipiche e dei soggetti attivi fossero divenuti oggi palesemente insufficienti. Nell'ambito di questa riforma è latente la convinzione, della quale non si fa riferimento nel preambolo, che debba cessare al più presto quell'attitudine dell'amministrazione locale ad essere fin troppo permissiva nei confronti dell'abusivismo urbanistico. Lo dimostra l'ampio novero dei delitti propri a forma vincolata, perpetrabili dai funzionari responsabili. Per questo motivo è condivisibile il parere di coloro i quali ritengono che, forse, parimenti o ancora più importante, sarebbe stato riconsiderare i limiti della competenze dei comuni in siffatte materie.

L'intervento della legge penale nella tutela dell'ambiente era imposta da dettami sovranazionali. Le modifiche che ne scaturiscono trovano la loro collocazione all'interno dei capitoli III e IV del Titolo XVI e del capitolo I del Titolo XVII. Si tratta di delitti perpetrati in danno della flora, fauna, e degli animali domestici, così come delitti di rischio provocato da radiazioni ionizzanti, contaminazioni nucleari, detenzione e trasporto di sostanze tossiche infiammabili e corrosive. Nessuna obiezione può essere mossa agli obblighi di adattamento dell'ordinamento alle prescrizioni sovranazionali, ma non per questo possiamo astenerci dal segnalare che la tecnica di concentrazione delle fattispecie nel corpus del Codice penale (e non nelle corrispondenti leggi di settore) ne rende di difficile individuazione la linea di demarcazione con le molte sanzioni amministrative che ricorrono in questa materia.

3.8. Una volta ancora si riformano, pur con una diversa portata, i delitti relativi al traffico di stupefacenti ed alla sicurezza stradale. In materia di traffico di droga, le riforme si concentrano sul profilo sanzionatorio che si conforma ai criteri dettati dalla Decisione Quadro 2004/757/JAI del Consiglio, del 25 ottobre 2004. Ne discende, secondo quanto affermato nel Preambolo, *una riconfigurazione* dei rapporti che intercorrono fra la fattispecie di base e quella aggravata del delitto di traffico di stupefacenti. L'altro aspetto della riforma che assume profili di grande rilievo risiede nell'accoglimento del principio di

diritto statuito dalla Sala II del Tribunal Supremo all'interno del Acuerdo de Pleno, non giurisdizionale, del 25 ottobre del 2005, che vede la possibilità di ridurre la pena nei casi di scarse quantità.

Quanto alla sicurezza stradale, è d'obbligo sottolineare come le modifiche si succedano ad un ritmo certamente poco rispettoso dell'importanza che ricopre il Codice penale, che non può essere modificato come se si trattasse di un regolamento sul traffico automobilistico: l'ultima riforma era stata infatti introdotta con la legge 15 del 30 novembre del 2007 (sebbene comunque il paragrafo II dell'art. 348 sia entrato in vigore solo il 1 maggio del 2008). C'è da supporre che il Codice penale stia contribuendo efficacemente alla riduzione del tragico bilancio delle vittime stradali. La riforma si giustifica con la necessità di conseguire una maggiore proporzionalità nella commisurazione delle pene e delle sanzioni alternative, realizzata attraverso la concessione, al giudice, di un maggior arbitrio in sede di irrogazione di una delle pene previste. All'organo giurisdizionale è infatti possibile attenuare la pena in funzione dell'entità del rischio provocato. Altresì, riveste enorme importanza pratica ai fini del sequestro, l'assunto secondo il quale il veicolo possa essere considerato elemento strumentale del reato.

3.9. Molte sono le riforme nel campo del falso, soprattutto con riferimento a quelle fattispecie relative all'indebito utilizzo di carta di credito e di strumenti affini che si differenziano dal denaro liquido. Si amplia inoltre il novero delle condotte punibili in relazione alle falsità perpetrate su documenti di identità e certificati; si sanziona altresì l'utilizzo dei documenti altrui. Il tono comune a tutte queste riforme è il rigore punitivo ad esse riservato.

3.10. La capillare presenza della corruzione all'interno della società come problema permanente, che provoca il discredito degli amministratori pubblici e lo scoraggiamento della società civile, ha indotto ad apportare modifiche al delitto di corruzione e di compimento di quegli atti negoziali preclusi ai funzionari.

3.11. Il terrorismo continua ad essere un fenomeno attuale e tale rimarrà, indipendentemente dal fatto che prima o poi si esaurisca quel fenomeno chiamato "terrorismo interno", perché il problema del terrorismo ammorba il mondo in modo crescente e le sue ramificazioni crescono continuamente. Questione diversa è il dibattito sulla opportunità di mantenere il tema nel seno del Codice penale, come "parte eccezionale", invece di traslarlo in una leg-

ge penale speciale. In questa materia, come sappiamo, si confrontano tre posizioni: quella di coloro i quali credono che i crimini terroristici non debbono recare “specializzazioni” perché un omicidio comune è tanto terribile quanto quello perpetrato a scopo terroristico. Altri ritengono che sia ammissibile una disciplina speciale, ma all’interno del Codice penale. Altri, infine, reputano che il complesso di norme ad hoc che esige la lotta al terrorismo (penali, processuali, giurisdizionali, di cooperazione internazionale), necessiti di una legge speciale, come del resto accade in Francia, in Belgio o in altri Stati. In realtà, in questo ambito, la priorità risiede nel dare attuazione agli accordi internazionali e specialmente alla Risoluzione dell’Unione Europea (la Decisione Quadro 2002/475/JAI sulla lotta contro il terrorismo) evocata espressamente dalla riforma come fonte delle modifiche. Avere o meno una legislazione speciale per contrastare il terrorismo non dipende dalla circostanza che essa sia collocata o meno nel Codice penale. In Spagna si trova nel Codice penale ed oggi, soprattutto dopo l’attentato alle Torri Gemelle, non vi è uno Stato europeo sprovvisto di una legge antiterrorismo più o meno organica al Codice penale. La verità è che molte delle disposizioni comportano significative limitazioni all’esercizio dei diritti fondamentali e delle garanzie processuali, limiti censurati in molti contesti giudiziari. Tuttavia, non è giusto estendere siffatte critiche alla Spagna dove, a seguito delle censure operate dal Tribunal Supremo su alcune leggi, oggi le disposizioni codicistiche riservate al terrorismo non possono certo essere tacciate di incostituzionalità. Se si dovesse optare per una legislazione speciale, sarebbe solo per ragioni tecnico-legislative, fondate su un maggior bisogno di specializzazione delle disposizioni. E non sembrerebbe questa davvero una buona ragione per muovere alcuna censura.

3.12. Alcune riforme concrete erano senza dubbio necessarie, ma la loro efficacia non è scontata, come nel caso del nuovo delitto di pirateria. La norma suscita conflitti complessi, perché se l’atto di pirateria ha luogo nelle acque territoriali di un altro Stato che è, come accaduto in relazione ai casi che hanno dato luogo alla riforma, uno Stato *fallito*⁵, oltre alla quasi totale impunità, non è possibile qualificare questo come atto di pirateria perché la Convenzione delle Nazioni Unite sul Diritto del Mare riserva questa qualifica alle ag-

⁵ Il termine Estado fallido, è utilizzato nel linguaggio giornalistico e politico per indicare uno stato nel quale il governo esercita un controllo inefficace del territori, uno stato che non fornisce i servizi di base e presenta alti livelli di corruzione e criminalità e versa in una grave situazione economico-finanziaria. (N.d.T.).

gressioni che assumano la forma del sequestro, attacco, rapina che hanno luogo nelle acque internazionali.

Solo nei casi tassativi – e salvo quanto dispone la nostra LOPJ – gli Stati hanno la libertà di acciuffare e mettere sotto giudizio gli autori di siffatti crimini. Alla luce di queste considerazioni, staremo a vedere che efficacia avrà la nuova incriminazione.

4. Che dire di tanti cambiamenti? La prima cosa è accettare il fatto che la maggioranza delle novità introdotte erano necessarie. Altra cosa è la facoltà, per ciascuno, di individuare la mancanza di qualche incriminazione o la superfluità di altre. Quest'ultima considerazione viene riservata, da una parte della dottrina spagnola, alla regolamentazione della responsabilità penale delle persone giuridiche, che è senza dubbio uno dei temi centrali della riforma. Altri plaudono all'idea ma contestano, a ragione, la mancanza di norme processuali sufficienti a regolare tutti i problemi che possono sorgere con riferimento alla comparizione dell'ente in giudizio ed alla sua partecipazione processuale.

Allo stesso modo, ma per motivi diversi, altri esprimono censure con riferimento ai profili nei quali viene esclusa l'operatività di tale disciplina ed infine, altri stigmatizzano la scelta di selezionare le fattispecie di reato in relazione alle quali è configurabile siffatta forma di responsabilità.

4.1. Tralasciando il tema delle persone giuridiche, altre critiche sono indirizzate ad alcune decisioni del legislatore e, in primo luogo, nei confronti di quelle che trovano un diretto riscontro nell'antecedente immediato della riforma, ovvero il progetto preliminare del 2006, migliorato – si dice – dalla riforma che avrebbe tenuto conto delle critiche contenute nei rapporti del Consejo General del Poder Judicial, della Fiscalía del Estado e in generale, della dottrina. Questo miglioramento, però, non può dirsi pacifico perché, ed è solo un esempio, la dottrina aveva applaudito alla regolamentazione che quel testo offriva del delitto di *concurso*⁶ o fallimento, che sono poi state escluse dalla riforma senza alcun motivo plausibile.

4.2. Parimenti, si modifica in modo significativo il regime del c.d. «*periodo*

⁶ Di cui alla Ley Concursal n. 22 del 9 luglio 2003 (N.d.T.).

de seguridad»⁷– e qui compare un buon esempio delle conseguenze che portano con sé le norme che obbediscono a problemi concreti e ne generalizzano le conseguenze – modifica che fu introdotta a suo tempo per contrastare la portata di alcune concessioni relative al terzo grado di esecuzione eccessivamente premature e che era divenuta una delle cause significative della rigidità del sistema di esecuzione penitenziaria, con il conseguente incremento continuo della popolazione carceraria.

4.3. Un altro problema urgente, che avrebbe potuto ricevere finalmente un trattamento normativo adeguato, è quello della professionalità e della tendenza al delitto. Sarebbe stato auspicabile che il legislatore fosse intervenuto attraverso formule che andassero oltre gli aumenti di pena previsti per la recidiva, espunti ormai da quasi tutti i codici penali dell'Europa occidentale. Il sistema penale spagnolo continuerà ad essere carente di un trattamento specifico per la delinquenza abituale, che includa l'abitualità nel delitto colposo o la

⁷ Il periodo de *seguridad*, coincide con la metà della condanna inflitta ed è regolato dall'art. 36, comma 2, c.p. il quale, nella versione oggi novellata, afferma “ Quando la durata della pena detentiva inflitta è superiore a 5 anni il Giudice o il Tribunale potrà ordinare che il condannato al regime non possa essere ammesso al terzo grado del trattamento penitenziario, fino al compimento della metà della pena inflitta.

In ogni caso, quando la durata della pena detentiva, sia superiore ai 5 anni e si tratti di delitti di seguito elencati, l'ammissione del condannato al terzo grado del trattamento penitenziario non potrà effettuarsi se non dopo che questi abbia scontato la metà della pena inflitta: a) delitti che fanno riferimento a organizzazioni e gruppi terroristici di cui al Capitolo VII del Titolo XXII del Libro II di questo Codice.; b) delitti commessi in seno all'appartenenza ad una organizzazione o gruppo criminale; c) delitti di cui all'art. 183; d) delitti di cui al Capitolo V del Titolo VIII del Libro II di questo Codice, quando la vittima sia minore di 13 anni.

Il Giudice di Vigilanza, previa prognosi personalizzata e favorevole di reinserimento sociale e valorizzando, se del caso, le circostanze personali del reo e l'evoluzione conseguita nella rieducazione, potrà concedere, sentito il Pubblico Ministero, le Istituzioni penitenziarie e le altre parti, l'applicazione del regime generale dell'esecuzione della pena, tranne nei casi enumerati al precedente paragrafo.”

Per regime generale di esecuzione della pena (*règimen general de cumplimiento*) si intende dunque quel complesso di regole ordinarie di ammissione al terzo grado della esecuzione penitenziaria. Il terzo paragrafo del comma 2 dell'art 36 c.p. indica dunque la possibilità, al di fuori dei casi di cui al secondo periodo del suddetto comma, di non applicare il c.d. periodo de *seguridad* (ovvero l'espiazione della metà della condanna) al fine dell'ammissione al terzo grado della esecuzione penitenziaria.

In via meramente esemplificativa, si ricordano qui i quattro gradi dell'esecuzione penitenziaria in Spagna: 1) Isolamento; 2) regime carcerario ordinario, 3) regime di semilibertà; 4) regime di libertà condizionale. (N.d.T.).

possibilità che siffatta condizione di abitualità possa essere valutata direttamente, nonostante, invero, la molteplicità dei fatti di reato attribuiti ad uno stesso autore venga giudicata già oggi in un solo processo. Questa circostanza permetterebbe di superare l'attuale ed incomprensibile beneficio che deriva dalla restrizione della contumacia ai soli casi di reiterazione dei delitti che siano giudicati in processi separati, come se la mancata valutazione della connessione fra processi – che per il resto è aleatoria – serva a modificare la personalità criminale dell'accusato.

La recidiva non è una circostanza priva di rilievo, ma la sua incidenza – salvo che per i pochi che ritengono che il recidivo sia “maggiormente colpevole” – non può essere ridotta all'exasperazione della nuova pena, con il rischio di sfiorare i limiti del *bis in idem*. Le conseguenze sanzionatorie debbono invece concretizzarsi nella determinazione e nell'esecuzione della pena, attraverso la perdita della possibilità di sospensione dell'esecuzione o rendendo impossibile una sostituzione della pena, salvo i profili di specialità dell'esecuzione penitenziaria. Però niente di tutto questo, nonostante l'alto tasso di recidiva, è stato considerato urgente dal legislatore.

4.4. Altresì si sarebbe potuti intervenire sul regime della prescrizione, che certamente è stata oggetto di significativi miglioramenti, i quali, tuttavia, non ci esimono dal constatare come, anche in questa sede, vi sia una carenza di soluzioni puntuali a problemi complessi, soluzioni che invece venivano offerte in sede di progetto preliminare.

4.5. Venendo alle necessità professionali e dottrinali manifestate da molto tempo le quali, tuttavia, continuano a non far presa sul legislatore, è d'obbligo parlare della soppressione del libro III delle contravvenzioni. Innanzi tutto, questo ha subito profonde modifiche da quando si sono stabilite regole speciali per le contravvenzioni relative alla violenza contro le donne ed ai delitti contro l'integrità fisica e contro il patrimonio.

In secondo luogo, sebbene il numero delle tipologie contravvenzionali abbia subito una riduzione, quelle che rimangono, tuttavia, non cessano di dar luogo a centinaia di piccoli procedimenti che mandano al collasso l'attività giudiziaria, sia requirente che giudicante. Un sistema razionale di contravvenzioni e sanzioni amministrative, da un lato, ed un eventuale trasferimento delle stesse nel Libro II, permetterebbe di fare a meno del Libro III. Tuttavia, è rilevante constatare come – malgrado rappresenti uno dei pochi temi nel quale si percepisce un certo accordo unanime fra Giudici, Pubblici Ministeri,

Avvocati e Professori – non sia stato possibile conseguire una modifica del Codice, tanto semplice quanto opportuna. Forse, il timore che il collasso si trasferisse nel contenzioso amministrativo, ha determinato questa persistente tenacia del legislatore, sebbene questo timore sia davvero privo di fondamento, giacché le modalità di impugnazione delle sanzioni amministrative (per via giurisdizionale), non fanno certo correre il rischio di una “valanga” di processi.

4.6. Altra questione che la riforma non ha affrontato è quella di un generale ripensamento con riferimento alle condizioni di procedibilità previste per i singoli delitti, giacché il criterio della procedibilità d’ufficio e quello a denuncia di parte sono, in modo del tutto evidente, stabiliti in modo poco “ragionevole” in relazione alle singole fattispecie. Perché l’appropriazione indebita o il *concurso doloso* – e sono solo esempi –, sono perseguibili d’ufficio e non lo è il reato di amministrazione fraudolenta? L’elenco degli esempi potrebbe continuare ancora a lungo a dimostrazione del fatto che questa è una delle questioni *eternamente aperte* della legislazione spagnola, al pari dell’altra grande decisione politico criminale: stabilire nel *corpus* del *Codigo Penal*, al pari degli altri Codici europei, i casi nei quali il tentativo deve essere punito. La circostanza equivale ad introdurre un sistema di incriminazione specifica, cosicché non si tratta soltanto di analizzare se l’estensione del tentativo sia dogmaticamente possibile, ma anche di comprendere se sia utile e necessaria.

Il problema delle condizioni di procedibilità riguarda direttamente anche il dibattuto tema dell’esercizio dell’azione popolare⁸, sotto un duplice profilo. Pensiamo all’annunciata riforma della *Ley de Enjuiciamiento Criminal*⁹ che, si dice, consoliderà il principio accusatorio e l’attribuzione della funzione investigativa al Pubblico Ministero: far coesistere il principio accusatorio, la potestà investigativa del Pubblico Ministero e la partecipazione dell’*acusador popular*, è davvero complicato. L’azione popolare nacque con la *Ley de Enjuiciamiento Criminal* del 1882, la quale, a sua volta, disegnava un modello di processo il cui atto di impulso non proveniva da un Pubblico Ministero.

In secondo luogo, se si accetta la tesi secondo la quale l’azione popolare non è promuovibile in relazione né ai delitti perpetrati in danno ai privati, né a quelli plurioffensivi nei quali sia coinvolto un interesse privato – sebbene si discuta se in questi ultimi si possiede l’intervento del *actor popular* dopo l’ini-

⁸ L’azione popolare costituisce un mezzo di protezione di diritti ed interessi collettivi o diffusi e trova il fondamento nell’art. 125 della Costituzione Spagnola (N.d.T.).

⁹ Codice di procedura Penale (N.d.T.).

zio del processo e se ciò sia possibile anche quando vi sia dissenso della vittima – è evidente come una decisione sul regime di procedibilità risolverebbe indirettamente, almeno con riferimento alla fase di inizio del processo, il dibattito incentrato sulle facoltà riconosciute all'*actor popular*, dibattito che ormai si trascina da molto tempo.

4.7. La Riforma introduce altresì nuove fattispecie delittuose, che non mancheranno di suscitare conflitti in fase applicativa. Fra esse, ricordiamo l'incriminazione delle "organizzazioni criminali", che potrà dar luogo a problemi non tanto per il concetto in sé, quanto per la facilità con la quale potrà configurarsi tale fattispecie. Ancora una volta, la lotta a problemi specifici dà luogo, invece, a un precetto generale il quale si sovrapporrà e amplierà le regole stabilite per l'incriminazione degli atti preparatori e per la correità. Ne discenderanno inevitabili casi di concorso di norme o di reati.

Alle riforme di difficile applicazione debbono aggiungersi quelle il cui risultato – buono o cattivo che sia – si vedrà, in ogni caso, fra qualche anno, come abbiamo già sottolineato con riferimento alla libertà vigilata quale misura postpenitenziaria. Altre, come la discrezionalità conferita ai Tribunali e volta a rendere maggiormente flessibile il rigore che fino ad ora ha connotato il *periodo de seguridad* dipenderà dall'uso che vorranno farne i Tribunali, incluso il fatto che possa, previa richiesta, applicarsi siffatto regime anche retroattivamente.

5. Sin qui si sono indicati i profili essenziali delle critiche che possono essere mosse alla Riforma, indipendentemente da quale Governo l'abbia promossa. Fra esse, non potrà passare in secondo piano quella rivolta alle occasioni perdute che porta con sé questa legge. Se è vero che il Codice penale deve essere caratterizzato dalla maggiore stabilità possibile e che non può esser trattato come una valigia che non si chiude mai, parimenti, ove sussista una opportunità di riforma, non è corretto privare d'importanza tutto ciò che non è stato ritenuto degno di modifica da parte del legislatore.

Ci saranno nuove riforme? La risposta non può che essere affermativa e la circostanza non costituisce motivo di scandalo. Tutti desideriamo che le grandi leggi, fra le quali si annovera il Codice penale, godano di stabilità. Tuttavia, questo processo di continua modifica non riguarda solo il Codice penale né, tanto meno, è circoscritto alla Spagna. La sola necessità di adeguare il diritto interno ai precetti dettati dal Diritto Comunitario, è in sé fonte di continue

modifiche le quali, forse, sarebbero meno visibili se non avessimo un sistema penale concentrato nel Codice, come lo vuole mantenere il legislatore. Questo accade nonostante vi siano molti delitti il cui fondamento giuridico si radica in sistemi normativi extrapenali e complessi, soggetti anch'essi a cambiamenti costanti (come accade con il diritto dell'ambiente), che finiscono per imporre continue riforme al Codice Penale, il quale soffre, in tal modo, di una instabilità che diversamente potrebbe essere evitata.

Edizioni ETS
Piazza Carrara, 16-19, I-56126 Pisa
info@edizioniets.com - www.edizioniets.com
Finito di stampare nel mese di maggio 2011