Fundación Internacional de Ciencias Penales

Foro FICP 2025-1

(Tribuna y Boletín de la FICP)

ForFICP
(abreviatura)

ISSN: 2340-2210
www.ficp.es

Consejo de Redacción

Director: Prof. Dr. Dr. h. c. mult. D. Diego-Manuel Luzón Peña
Presidente de honor de la FICP. Catedrático (emér.) de Derecho penal.
Universidad de Alcalá, Madrid. España.

Coordinadora General: Prof. Dra. D.ª Carmen Pérez-Sauquillo Muñoz.
Secretraria del Patronato de la FICP. Socia y coordinadora.
Profesora Permanente Laboral. Univ. de Alcalá, Madrid. España.

Coordinación general:
Prof. Dr. Dr. h. c. D. Javier de Vicente Remesal.
Presidente de la FICP. Catedrático de Derecho penal. Universidad de Vigo. España
Prof. Dr. Dr. h. c. mult. D. Miguel Díaz y García Conlledo.
Patrono fundador de la FICP. Catedrático de Derecho Penal. Universidad de León. España.
Prof. Dr. D. José Manuel Paredes Castañón.
Patrono fundador de la FICP. Catedrático de Derecho penal. Universidad de Oviedo. España.
Prof. Dra. D.ª Raquel Roso Cañadillas.
Patrona de la FICP. Prof. Titular de Derecho penal. Universidad de Alcalá, Madrid. España.
Prof. Dr. D. José-Zamyr Vega Gutiérrez.
Socio de la FICP. Prof. Contratado Doctor. Univ. de Alcalá, Madrid. España.

Coordinación técnica:
D. José Antonio Martínez Rodríguez
Investigador contratado predoctoral, Univ. de León. España. Socio de la FICP.
Prof. D. Enrique F. Luzón Campos.
Abogado. Máster en Derecho. Prof. de Derecho Penal en Master de Acceso a la Abogacía, Univ. Autónoma de Madrid. España.
D.ª Julieta Pellegrino Ruiz.
Investigadora de Derecho Penal y abogada. Especialista en Derecho Penal. Buenos Aires, Argentina. Socia de la FICP.

Edición: Fundación Internacional de Ciencias Penales. Madrid (España). www.ficp.es

La Fundación Internacional de Ciencias Penales (FICP), que ya creó en 2012 su revista Libertas concebida como revista penal de alto nivel científico y abierta a acoger artículos tanto de miembros de la fundación como externos a ella siempre que cumplan el indicado requisito, ha puesto en marcha en 2013 su otra revista predominantemente interna, ***Foro FICP (Tribuna y Boletín de la FICP)****, dedicada a la participación de sus miembros, los socios y los patronos, así como de los integrantes del Consejo Científico de Redacción de Libertas, y también con carácter de boletín periódico.*

Con el número 2013-0 se ha puesto en funcionamiento Foro FICP como Tribuna/Boletín de la FICP, y desde entonces viene funcionando como revista cuatrimestral, por tanto con tres números al año.

La revista Foro FICP está abierta permanentemente a los miembros de la FICP, muy especialmente a los socios, para acoger por una parte y fundamentalmente todas sus colaboraciones sobre temas penales, de opinión o debate o de artículos y estudios, con independencia de su extensión y de que tengan o no notas y bibliografía, o de escritos profesionales suyos como sentencias, dictámenes o informes, y por otra parte, las noticias que los socios y demás miembros quieran aportar en relación con actividades vinculadas al objeto de las ciencias penales.

Quedan por tanto ***invitados a participar*** *desde el número 2013-1 y siguientes* ***en Foro FICP todos los patronos y socios de la FICP****, o miembros del Consejo internacional científico y de redacción de Libertas, que lo deseen, enviando al correo electrónico contacto@ficp.es* ***estudios o artículos, siempre ajustándose a nuestras Normas de Publicación, trabajos cortos de opinión, reflexión o debate y noticias****.*

En Foro FICP, como vínculo de relación entre socios penalistas de todo el mundo, pero especialmente de los países latinos de Europa y América, ***se admite la publicación en su idioma original*** *de trabajos redactados* ***tanto en español como en portugués o italiano****.*

Foro FICP es una revista ***abierta al acceso libre*** *por cualquiera que visite la web www.ficp.es.*

SUMARIO

I. TRIBUNA (para los miembros de la FICP) 7

1. Semblanzas y homenajes 7

Obituario y remembranza de Claus Roxin. El rostro humano (no sólo) de la ciencia del Derecho penal alemán 7

por los Profs. Dres. Dres. h.c. Bernd Schünemann y Luís Greco

Adiós al Profesor Dr. h. c. mult. Claus Roxin: todo un maestro 10

por la Prof. Dra. Justa Gómez Navajas

Claus Roxin y Goltdammer's Archiv Für Strafrecht (GA) 13

por el Prof. Dr. Jürgen Wolter

Semblanza de Claus Roxin 20

por el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-M. Luzón Peña

Prof. Dr. iur., Dr. med., Dr. hist., Dr. h. c. mult. Carlos María Romeo Casabona, Catedrático emérito UPV/EHU. Facultad de Derecho 26

por los Profs. Dres. Esteban Sola Reche, Asier Urruela Mora y Pilar Nicolás Jiménez

In memoriam: Rainer Zaczyk (27/4/1951- 18/7/2024) 32

por el Prof. Dr. Edgardo A. Donna

2. Opinión y debate 36

Francesco De Angelis 36

Considerazioni giurisdizionali: una nuova dimensione europea nel campo penale?7

3. Estudios 40

Prof. Dr. José Manuel Paredes Castañón 40

Racionalidad instrumental del legislador y estereotipos sociales sobre la delincuencia: modelos de argumentación punitivista

Prof. Dra. Isabel Durán Seco 67

La introducción de la modalidad atenuada del art. 197.7 cp (redifusión) en el proyecto de ley orgánica de garantía integral de la libertad sexual43

Dr. Julio E. Chiappini 89

El silencio y el falso testimonio desde la polémica entre Unamuno y Millán-Astray

Prof. Dra. Susana Cuadrón Ambite 98

La prueba de ADN en el proceso penal y su incidencia en los derechos fundamentales a la luz de la jurisprudencia. Especial consideración al artículo 129 bis CP

Prof. Dr. Abg. Andrea De Lia 127

La double jeopardy clause negli U.S.A.: origine, sviluppi, criticità e prospettive in ottica comparata

M.ª Olivia Galán Azofra 232

Intervenciones telefónicas

4. Recensiones 243

Prof. Dr. Yesid Reyes Alvarado *243*

Prólogo a la obra "El conocimiento más allá de toda duda razonable del dolo en la intervención delictiva, de Miguel Ángel Muñoz García

II. LEGISLACIÓN 250

España 250

Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia 250

III. NOTICIAS DE LA FICP 294

1. Congresos, seminarios y cursos 294

(i) XXVI Seminario Int. Internacional de Derecho Penal, Univ. de Alcalá 294

(ii) Congreso Nacional sobre Animales y Derecho 295

2. Publicaciones de la FICP 296

(i) Libro-Homenaje al Profesor Javier de Vicente Remesal con motivo de su 70.º aniversario 296

(ii) Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario 296

(iii) Libro-Homenaje a Claus Roxin 297

(iv) *Liber-Amicorum* a Jürgen Wolter 298

(v) Actas de Congresos y Seminarios con ISSN 298

3. Otras publicaciones sobre los patronos de la FICP 299

(i) Libros homenaje a la Prof. Dra. Mirentxu Corcoy Bidasolo* 299

IV. NOTICIAS DE LOS MIEMBROS DE LA FICP 301

1. Distinciones, cargos y puestos profesionales; grados académicos365F 301

(i) Próxima ceremonia de investidura de la Prof. Dra. Mirentxu Corcoy Bidasolo como Doctora honoris causa por la Univ. de Buenos Aires, Argentina 301

(ii) Jornada homenaje al Prof. Dr. Juan Carlos Carbonell Mateu en la Univ. de Valencia, España 301

(iii) Acreditación de la Prof. Dra. Carmen Alastuey Dobón como Catedrática de universidad 302

(iv) Nombramiento de la Prof. Dra. Inés Olaizola Nogales como miembro honorario del claustro de profesorado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Vigo (Campus de Ourense), España 302

(v) Nombramiento del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Miguel Díaz y García Conlledo como nuevo Director de la Escuela de Doctorado de la Universidad de León, España . 303

(vi) Acto de lectura y defensa de la tesis del Prof. Leonardo F. Cruz Bolívar 303

2. Publicaciones recientes de los miembros de la FICP 305

(i) Miembros del Patronato 305

(ii) Socios 313

3. Cursos, congresos y conferencias de los miembros de la FICP 327

(i) Ponencias y conferencias en seminarios, congresos o cursos6 327

(ii) Organización de seminarios, congresos y otros proyectos367 336

- Seminario de Área de Derecho Penal de la Universidad de Oviedo 336
- Seminario Permanente de Derecho Penal, Univ. Carlos III de Madrid 336

- Proyecto de investigación "N3 Neuro-derechos humanos y Derecho penal", Univ. de Castilla-La Mancha 337
- I Congreso Internacional sobre la Violencia de Género que sufren las Mujeres: 'un problema sin fronteras', Univ. de Cádiz 337
- Rechtsphilosophisches Donnerstag-Seminar, Univ. Humboldt de Berlín 337
- Congreso Nacional sobre Animales y Derecho, Univ. de León 337
- II Congreso Internacional sobre sobre Exclusión Social, Discriminación y Derechos Humanos: formas de violencia institucional, Univ. de Málaga 338
- Curso 100% virtual "Teoría del delito. Las grandes cuestiones teóricas y sus efectos prácticos", Sílex 338
- IV Congreso de Derecho penal de la Asociación de Profesorado de Derecho Penal de las Universidades Españolas (APDP), Univ. de A Coruña/La Coruña 339
- XXVI Seminario Int. Internacional de Derecho Penal, Univ. de Alcalá 339

I. TRIBUNA
(para los miembros de la FICP)

1. Semblanzas y homenajes

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Bernd Schünemann
Catedrático emér. de Derecho Penal y Procesal Penal, Univ. Múnich, Alemania.
Socio de Honor de la FICP

Prof. Dr. Dr. h.c. Luís Greco
Catedrático de Derecho Penal, Univ. Humboldt de Berlín, Alemania. Patrono de la FICP

~Obituario y remembranza de Claus Roxin. El rostro humano (no sólo) de la ciencia del Derecho penal alemán[*]~

21 de febrero de 2025

El 18 de febrero ha fallecido Claus ROXIN a la edad de 93 años. Los estudiantes de Derecho alemanes lo conocen al menos por la teoría del dominio del hecho que desarrolló. *Bernd Schünemann* y *Luís Greco* lo rememoran también como *praeceptor mundi*, colega y amigo.

El mundo del Derecho penal está de luto. Nadie como él ha marcado y dado forma al moderno Derecho penal propio del Estado de Derecho con tantas ideas e impulsos y le ha dado un perfil liberal-ajustado al Estado de Derecho fuera de todo compromiso, que también ha exigido para el proceso penal. Ningún otro como él ha desarrollado un sistema de imputación jurídicopenal tan amplio y a la vez flexible como piedra de toque y garantía de este perfil, sistema mediante el cual la imposición de la pena en cada caso individual está vinculada a criterios claros y es independiente de la arbitrariedad o total arbitrio judicial. Y nadie como él, mucho más allá de Alemania, en Europa, América Latina y Asia Oriental, a través de su obra, que ha sido traducida a muchos idiomas, a través de su trabajo e influjo personal en sus giras de conferencias que han llenado arenas o plazas de toros enteras, y a través de sus discípulos tan numerosos como destacados en todo el mundo, ha elevado la cultura del Derecho penal a un nivel, gracias al cual el abuso político

[*] Traducción de Diego-M. Luzón Peña, Catedrático emér. de Derecho Penal, Univ. de Alcalá, Madrid. El obituario también fue publicado el 21 de febrero en alemán en LTO: Legal Tribune Online.

del poder penal se puede reconocer de inmediato y se hace imposible en un Estado de Derecho.

Claus ROXIN ha abogado por un Derecho penal humano que renuncie a retribución y venganza y se limite a garantizar la convivencia pacífica, es decir, a la protección de los bienes jurídicos. Este alegato no quedó en lo meramente teórico, sino que contribuyó a configurar la actividad legislativa a través de los numerosos Proyectos Alternativos en los que desempeñó un papel clave, especialmente el Proyecto Alternativo de Código penal alemán de 1966. Su concepción y concepto fundamental influyó irradiando en la dogmática del Derecho penal:

Ya la vinculación de principios abstractos y dogmática concreta, de "política criminal y sistema del Derecho penal", que hoy nos parece evidente, fue una idea central del pensamiento de ROXIN. Y es inabarcable el cúmulo de las figuras que él introdujo en la dogmática jurídicopenal y que hoy se utilizan de manera generalizada. En el plano del ilícito o injusto, la teoría de la imputación objetiva, la no permitida creación de peligro y el aumento del riesgo; en la teoría de la autoría y participación, la doctrina del dominio del hecho, la autoría mediata a través de aparatos organizativos de poder y la categoría de los delitos contra deber; en el plano de la culpabilidad, una revisión completa de las causas de exclusión de la culpabilidad; o la tentativa fracasada y la razonabilidad o lógica para el delincuente en el desistimiento: todas estas categorías que hoy nos son tan familiares se deben y se remontan a su creatividad o a su comprometido esfuerzo. Ninguna cuestión era demasiado grande o demasiado pequeña para él; para él todo pertenecía al mismo conjunto y sólo podía pensarse y comprenderse en su conjunto.

Estos grandísimos logros fueron superados y eclipsados solamente por la personalidad única y peculiar de Claus ROXIN: su genial inventiva, pero siempre unida con un cuidado meticuloso a la utilización y exposición de otras concepciones, que nunca trató injustamente, y con todo celo y diligencia a lo largo de toda su vida, condujeron a la gigantesca obra que culminó en el Tratado de más de 2.000 páginas sobre la Parte General (PG) del Derecho Penal. Ni un centímetro por detrás está su constante labor académica en el aula, que ha permitido a innumerables generaciones de estudiantes no sólo comprender en profundidad incluso las figuras dogmáticas más complicadas y los ha animado y capacitado para pensar de forma independiente, sino que también los ha cautivado con su brillantez intelectual y retórica.

Su bondadosa sonrisa, que irradiaba tanto confianza en sí mismo como abierta modestia, permanecerá en el recuerdo imborrable y luminoso como el sol de todos aquellos que tuvieron el privilegio de experimentarlo como colega, maestro o amigo. Pero sus pensamientos no son sólo recuerdos, siguen siendo la realidad, el rostro de la ciencia alemana del Derecho penal, su mejor lado. Como legado y herencia, nos deja una manera inimitable de hacer ciencia: abierta a la praxis, abierta al mundo, acogida por ello con entusiasmo por ambos, siempre escuchando y discutiendo ponderadamente con argumentos fuertes, pero nunca en tono desagradable de dar lecciones. Una brillante ciencia jurídicopenal con rostro humano, ante la que hoy nos inclinamos llenos de gratitud y de luto y tristeza.

En representación de los discípulos de Claus Roxin,
Bernd Schünemann y Luís Greco

* * * * * *

Prof. Dra. Justa Gómez Navajas

Profesora Contratada Doctora, Universidad de Granada, España. Socia de la FICP.

~Adiós al Profesor Dr. h. c. mult. Claus Roxin: todo un maestro~

Al prof. Dr. Dr. h.c. mult. Claus Roxin, in memoriam,
con toda mi admiración, mi aprecio y eterno agradecimiento.

Hay gente que se muere y gente que "se nos muere". A mí se me ha muerto el pasado 18 de febrero, "como del rayo" (que diría Miguel HERNÁNDEZ en su famosa elegía a su amigo Ramón SIJÉ), por más que por edad ya se temiera su marcha, mi admirado y querido maestro alemán, el ilustre penalista Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Claus ROXIN, Catedrático emérito de la Universidad "Ludwig Maximilian" de Múnich, aunque nacido en Hamburgo. Bajo su tutela, disfruté de la suerte impagable de estar varios años en dicha Universidad, una de las más prestigiosas de Alemania, en la sala para investigadores y docentes de la inolvidable biblioteca del Instituto para el conjunto de las Ciencias Penales, en la que tantas horas pasé y donde pude conocer y hacer amistad duradera con penalistas de otras universidades españolas y también de otros países. El profesor ROXIN, el penalista más influyente de los últimos tiempos, doctor honoris causa por numerosas universidades de todo el mundo (entre otras, la de Granada), era todo un maestro. Lo ha sido de varias generaciones de penalistas españoles, y de otros muchos lugares del mundo, que acudíamos a Alemania a formarnos bajo su magisterio. Tuve la fortuna inmensa de tratarlo, de grabar algunas de sus conferencias en español para que él las ensayara y leyera después en diversos actos académicos, de traducir varios artículos suyos. Puedo dar fe no solo de su enorme talla intelectual sino humana, de su naturalidad y bonhomía, de su indudable hospitalidad y generosidad. Al poco tiempo de llegar yo a Múnich, con veintipocos años, gracias a una beca de formación de profesorado del Ministerio de Educación, el Prof. ROXIN ("Dios para los penalistas") me invitó por primera vez, junto con su mujer, a cenar un sábado por la tarde en su casa. Me preguntaba yo en aquel momento, y aún ahora, qué necesidad tenía el catedrático de Derecho Penal más famoso del mundo de invitar a cenar a alguien a quien apenas conocía y que entonces solo sabía decir un par de frases en alemán. Se inició así una relación cordial, mantenida desde entonces con encuentros en distintos eventos académicos, algunas cartas en papel y mensajes de correo electrónico; una relación de profunda admiración mía hacia una figura

de su talla intelectual y personal, y de amabilidad y afecto por su parte hacia mí. Mi admiración era (es y será) absoluta hacia aquel hombre tan grande en todos los sentidos, pues era también de gran estatura. Y, sin embargo, sencillo, como solo son los más grandes. Sentía admiración por su éxito profesional y el prestigio alcanzado, pero se extendía a su manera de ser porque, ante golpes crueles que, por desgracia, le asestó la vida, el profesor ROXIN supo, como RILKE, que "sobreponerse es todo". Y eso hizo hasta el final. Había perdido a dos nietos en el tsunami de Indonesia, en 2004. Cuando fui a darle el pésame por ello a su despacho de la Facultad de Múnich, me dijo que frente el destino o el azar uno está siempre expuesto, indefenso, a su merced ("Man ist dem Schicksal ausgeliefert"). Así es. Nada se puede hacer contra lo inevitable. Tampoco ante la dolorosa noticia de la muerte de mi querido y admirado profesor Roxin, que activa recuerdos guardados y los hace revivir: las tutorías en su despacho, los detalles que le llevaba de Granada y que tanto agradecía, algún almuerzo en “Mario”, en el fascinante barrio de Schwabing, en una Múnich acogedora y en un tiempo radicalmente feliz, por siempre añorado. Y aquel “Blockseminar” en el Chiemsee, en la Fraueninsel, allá en la hermosa Baviera, un mes de diciembre, con un frío tremendo, a unos cuantos grados bajo cero; o el seminario sobre el bien jurídico en la Complutense y el merecido homenaje que le hicimos en la idílica Feldafing, cerca de Múnich, o su investidura como doctor honoris causa en Sevilla, en Huelva, en Granada... Inolvidable el profesor ROXIN, su talante, su impronta, sus clases - magistrales de verdad, manteniendo la atención de los alumnos, subiendo y bajando por aquella aula inclinada en la que resonaba su enérgica voz, allí en el “Hauptgebäude”, el imponente edificio principal de la Universidad en el que las impartía.

Fiel a su tarea investigadora, el profesor ROXIN siguió, mientras pudo, hasta una edad muy avanzada, publicando artículos sobre Derecho Penal con su proverbial agudeza e inteligencia, dando ejemplo de lo que es ser un maestro excelente, admirable, respetado y apreciado, y dejando una obra muy influyente y valiosa, junto al mejor recuerdo posible de su persona. Me cupo la alegría y el honor de haber podido participar en el Libro Homenaje que se le hizo en Alemania al cumplir ochenta años y siento un agradecimiento infinito a la vida por haberlo conocido y tratado. Descanse en paz y en mi memoria mi querido, admirado, inolvidable profesor ROXIN. Para siempre en el recuerdo, aunque se haya ido de este mundo. Porque hay afectos indelebles, que al olvido desafían y en los que no hace mella el paso del tiempo. Es lo que sucede con el que sentimos quienes lo

conocimos de cerca por el profesor ROXIN, digno de todo elogio. Descanse en paz el gran maestro. En la memoria, agradecida, y en lo más hondo del alma se nos queda de por vida.

21 de febrero de 2025

* * * * *

Prof. Dr. Jürgen Wolter

Catedrático (em.) de Derecho Penal. Universidad de Mannheim. Director de Goltdammer's Archiv für Strafrecht [2002-2021]. Socio de Honor de la FICP

~Claus Roxin y Goltdammer's Archiv Für Strafrecht (GA)*~

El 15 de mayo de 2016 Claus Roxin ha cumplido sus 85 años. Con este motivo los editores literarios[1], la editorial[2] y los colaboradores permanentes del Consejo científico[3] del Goltdammer's Archiv für Strafrecht le dedicamos el presente *Liber amicorum* (Freundesgabe) con nuestras cordiales felicitaciones y como muestra de la especial vinculación que sentimos hacia él. El mismo constituye, tras los de 1996, 2006 y 2011, el

---

* Semblanza publicada previamente en la revista Libertas 5, 2016. Número monográfico extraordinario: *Liber amicorum* a Claus Roxin por su 85.º aniversario. Versión en español de la *Freundesgabe für Claus Roxin zum 85. Geburtstag*, nº monográfico de la revista GA 2016/5). Traducción de Diego-M. Luzón Peña y Miguel Díaz y García Conlledo, Presidente de Honor y Patrono de la FICP respectivamente.

[1] W. KÜPER, que también ha coparticipado desde la dirección de redacción en este número obsequio-homenaje (esta vez *obsequio de amigos*: *Freundesgabe*) así como en los número obsequio por su cumpleaños (*Geburtsgaben*) de 2006 y 2011, siendo además autor de un artículo en el de 2006, estuvo presente ya hace 20 años en 1996 en el primer número obsequio-homenaje, cuando todavía no éramos editores de GA (lo somos desde 2002), aunque sí ya consejeros, con una recensión (en GA 1996, 233) del libro Gimbernat/Schünemann/Wolter (eds.), Internationale Dogmatik der objektiven Zurechnung und der Unterlassungsdelikte. Ein spanisch-deutsches Symposium [en Madrid] zu Ehren von Claus Roxin, 1995; en ese momento yo mismo publiqué allí una laudatio (GA 1996, 201-206) y un artículo sobre el Sistema del Derecho penal de Claus Roxin: "Strafrechtssystem von Claus Roxin" (GA 1996, 207-232): cfr. *infra* n. 18 y su texto. M. HETTINGER igualmente fue responsable en 2006 y 2011 de la parte de recensiones, en 2006 fue uno de los autores de artículos y para este número obsequio-homenaje ha conseguido en un plazo muy breve dos recensiones (la de BEULKE al libro Schünemann/Roxin, Strafverfahrensrecht, 28.ª ed., y la de SCHROEDER a Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 9ª ed., 2015); a ese respecto F.-C. SCHROEDER ya había presentado en 1996 una recensión a la 6.ª ed. del libro Tatherrschaft (GA 1996, 233), completada a su vez por una reseña y comentario a la 7.ª ed. de 2000 en el número-obsequio/homenaje de 2006 (BLOY, GA 2006, 422). Y por supuesto también nuestro co-editor desde 2015 R. ESCHELBACH coopera expresamente en esta empresa.

[2] A la Editorial hay que agradecerle la ampliación de este fascículo en unas 80 páginas (cinco pliegos) más de lo habitual.

[3] Este libro-obsequio está redactado en particular por colaboradores permanentes miembros del consejo científico y además sólo por aquellos que *simultáneamente* están unidos a CLAUS ROXIN por vínculos de amistad, relación discipular y/o responsabilidad en una actividad científica en común (Proyectos Alternativos; Jornadas en su honor, p.ej. en Madrid, Barcelona o Coimbra [*infra* n. 9, 10, 12]; Escuela de verano de K. AMBOS en Göttingen; coedición de libros-homenaje [p. ej. tb. mi propia Festschrift en 2013: eds. ZÖLLER, KÜPER, HILGER, ROXIN]; traducción de sus obras y segunda versión de sus artículos en revistas editadas en el extranjero, etc.). Está vinculación común, en algunos casos fundamentada en más de un nexo, ha limitado de antemano el círculo aún y cada vez mayor de participantes, todos los cuales han tenido por eso que arreglárselas en sus respectivos trabajos con un número de "menos de diez" páginas. El hecho de que, aparte de ellos, también colaboren IMME ROXIN y MALIES KOTTING no precisa explicación; a este respecto la Sra. KOTTING como responsable de la secretaría de CLAUS ROXIN se ha ocupado nuevamente (de modo plenamente fiable tal como lo hizo en 2006) del laborioso listado de las publicaciones de Claus Roxin (esta vez el período 2011-2016), que enlaza directamente con la Festschrift-Roxin por su 80.º aniversario (ed. por JÄGER/et al.) y pone de manifiesto una vez más una capacidad creadora verdaderamente admirable de nuestro *homenajeado*.

cuarto núm.-obsequio de GA para el *homenajeado*[4]; y enlaza con los objetivos perseguidos en las anteriores ediciones y los amplía. La ampliación se enfoca hacia Ibero y Latinoamérica y la "dogmática internacional del Derecho penal" así como al círculo de trabajo de penalistas alemanes, austríacos y suizos (círculo de trabajo del Proyecto Alternativo: *Arbeitskreis AE*) – en cada caso atendiendo a la temática Claus Roxin y Goltdammer's Archiv für Strafrecht.

I. GA Y CLAUS ROXIN

Como objetivo sigue estando presente el agradecimiento de los editores y colaboradores permanentes miembros del consejo científico del Goltdammer's Archiv a un autor que desde hace 45 años ejerce de modo constantemente creciente su responsabilidad para con GA. Solamente en el período de 2011 a 2015 han aparecido aquí como publicaciones de CLAUS ROXIN ocho artículos, dos recensiones y (como coautor) el Proyecto Alternativo sobre Acogida u obtención de pruebas (AE-Beweisaufnahme); y para 2016/2017 ya están concertadas de modo concreto ulteriores aportaciones suyas[5]. El colaborador permanente de GA más antiguo por su pertenencia a GA y por edad impulsa y hace avanzar a la revista con una poderosa influencia y de modo extraordinario. A ello también coadyuva el hecho de que los trabajos de ROXIN en GA –lo que constituye un objetivo expreso de la revista[6]– casi siempre son publicados en otras lenguas o son versiones alemanas de publicaciones de Roxin en el extranjero[7]. Y en ese cuadro encaja

[4] En *1996* (GA 1996, 201-238) el contenido del número homenaje obsequio estuvo en manos de tres colaboradores permanentes del consejo científico de GA (KÜPER, SCHROEDER y WOLTER –n. 1–). – En cambio, en *2006* (GA2006, 255-419) todos los responsables de GA (36 autores de artículos) aportaron un trabajo de felicitación cada uno de aprox. cinco páginas; ello fue completado, entre otras, por la recensión de dos Proyectos Alternativos, de los que ROXIN fue coautor: AE-Reform des Ermittlungsverfahrens (AE-EV), 2001 (WESLAU dir.) y AE-Strafjustiz und Medien (AE-StuM), 2004 (BORNEMANN dir.); a ello se añadía una recensión de HEGMANN a ROXIN, AT I, 4.ª ed. 2006. – En *2011* (GA 2011, 255-319) existía un motivo y ocasión especial para proseguir el diálogo científico hispano-alemán reforzado en el GA el año antes y para abrir y ofrecerles a colegas españoles, amigos y discípulos suyos, la posibilidad de sumarse indirectamente al Libro homenaje por su 80.º aniversario: Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag (cfr. mi introducción: Einführung GA 2011, 255 ss. A los artículos de M. DÍAZ Y GARCÍA, E. GIMBERNAT, D.-M. LUZÓN y J.M. SILVA). – Y ahora en *2016* (GA 2016, 233-376) se han reunido 14 autores de artículos; sobre el 15.º artículo de M. CANCIO cfr. *infra* II [En esta versión española en Libertas 6, 2016 ya se contiene este artículo].

[5] GA 2011, 1, 678; GA 2012, 395, 655; GA 2013, 313,433; GA 2015, 185, 489; recensiones: GA 2012, 108; GA 2015, 301; AE-Beweisaufnahme, GA 2014, 1-72 (para más detalles el listado de publicaciones al final de este fascículo: pp. 369 ss.). En uno de los próximos fascículos de GA se va a publicar la recensión de ROXIN del liro de THOMAS VORMBAUM, Norland als juristischer Tagtraum. Rechtsutopien und Rechtsdystopien in Karl Mays Roman "Scepter und Hammer", 2016. Sobre anteriores publicaciones en el GA cfr. Tb. mis prólogos en los números-obsequio/homenaje de 1996, 2006 y 2011.

[6] WOLTER, GA 2014, 609 ss.; EL MISMO, GA 2015, 1 ss.

[7] P. ej. procedentes de los libros-homenaje a Gimbernat (GA 2009, 73), de Figueiredo Dias (GA 2011, 1) y v. Hirsch (GA 2015, 185); cfr. sobre todo ello el listado de publicaciones al final de este fascículo (GA 2016, pp. 369 ss.).

el hecho de que los artículos del presente número especial de *liber amicorum* van a aparecer en las revistas españolas Libertas (director DÍAZ Y GARCÍA) e InDret (eds. SILVA/ROBLES) [finalmente sólo aparece en Libertas] y de esta manera impulsarán el avance del diálogo científico hispano-alemán promovido siempre por el Goltdammer's Archiv (especialmente GA 2010, 305-360; GA 2011, 255-319; y últimamente GA 2013, 609-666 con trabajos entre otros de SILVA –junto con el prólogo– y ROBLES) y que se refleja ya en algunos de los siguientes artículos como tales.

II. CLAUS ROXIN, LATINOAMÉRICA Y "DOGMÁTICA INTERNACIONAL DEL DERECHO PENAL" EN EL GA

En cambio es nueva la ampliación del campo de visión y objeto de atención del GA precisamente en este *liber amicorum* hacia América latina e Ibero-américa. CLAUS ROXIN, que viaja infatigablemente a visitar entre otros los países de Latinoamérica como sabio, y personaje admirado y honrado, es festejado allí como "simplemente el penalista" (v. al respecto también *infra* el trabajo de K. AMBOS/E. MALARINO, pp. 336 ss.), que ha sido investido allí de otros numerosos doctorados honoris causa y cuya obra ejerce la máxima influencia tanto allí como asimismo p. ej. en España y Portugal[8], ha promovido considerablemente esa ampliación teniendo también el G. Archiv en el punto de vista. En este número libro-obsequio/homenaje ello encuentra su plasmación en primer lugar en el informe del colaborador permanente del GA K. AMBOS (con E. MALARINO) sobre el trabajo de su Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano (CEDPAL) de la Universidad de Göttingen (Gotinga), promovido y apoyado en especial medida por Claus Roxin y que irradia también su actividad sobre el G. Archiv. Además esta perspectiva se pone de relieve en la recensión del Libro homenaje iberoamericano a BERND SCHÜNEMANN que efectúa G. PÉREZ-BARBERÁ (Córdoba/Buenos Aires), libro que al igual que el CEDPAL nuevamente impulsa la transferencia e intercambio científicos también mediante "importación de Derecho penal" y que se une además al diálogo jurídicopenal portugués-alemán en el GA (p. ej. GA 2014, 201 ss.). Y todo ello se acaba de redondear con el artículo de M. CANCIO sobre "La teoría de la imputación objetiva, Claus Roxin y Latinoamérica: presente y futuro", trabajo perteneciente también a este

[8] Con ello se ha limitado el campo visual en un primer momento sólo al "círculo jurídico iberoamericano"; sobre la influencia del conjunto de su obra en todo el mundo cfr. solamente ya el listado de publicaciones al final de este fascículo (GA 2016, pp. 369 ss.) y en la Festschrift für Roxin zum 80. Geburtstag.

liber amicorum, y que sólo por razones de espacio y tiempo aparecerá en el fascículo 8/2016 de GA.

Por falta de espacio en el presente fascículo 5/2016, la actual ampliación del campo de visión y objeto de atención del GA a la ciencia jurídico-penal iberoamericana se refuerza además con los fascículos 4/2016 y 6/2016. En especial la tan inquietante como pesimista contribución de K. AMBOS en el GA 2016, 177 ss. (fascículo 4/2016) "Zur Zukunft der deutschen Strafrechtswissenschaft" ["Sobre el futuro de la ciencia jurídico-penal alemana"] demuestra sin embargo de un modo un poco tranquilizador que la obra y la personalidad de ROXIN ofrecen al respecto (en este sentido o aspecto), un luminoso rayo de esperanza[9]. En conjunto todos estos avances[10] –aquí referidos solo a modo de ejemplo y de modo notablemente reducido a América Latina, España y Portugal, al GA y a los participantes en el *Liber amicorum*– ofrecen un rico material documental para una "dogmática jurídico-penal de igual a igual"[11], que tuvo un origen en los simposios de Coimbra, Madrid y Barcelona 1991/1994[12], prosiguió en los tratados de PG (AT) de

[9] Comienzos de un Derecho penal basado en los derechos humanos internacionales (al respecto, AMBOS *loc. cit.*) se encuentran ya en el Simposio de Coimbra dedicado a Claus Roxin 1991: cfr. WOLTER en: Schünemann/de Figueredo Dias (eds.) Bausteine des europaischen Strafrechts, 1995, 3 (4 ss.) – además, el prólogo de los editores (VI s.) con referencias adicionales a las contribuciones de MIR PUIG y MOCCIA; el libro fue objeto de recensión por parte de Schroeder en el núm.-obsequio [Festgabe] a Roxin de 1996 (GA 1996. 237). AMBOS subraya (GA 2016. 177 [178]), que la ciencia alemana del Derecho penal mantiene su influencia todavía al menos en numerosos estados del llamado círculo jurídico del civil law (España, Portugal, América Latina, países del Este de Europa y de los Balcanes, China, Japón, Corea, Turquía; cfr. además Grecia y GA 2011, 462 ss.) y con ello en estados en que la obra de ROXIN se deja sentir de modo especial. – En GA 6/2016 se añaden una conferencia en el CEDPAL de P. DE SOUSA MENDES (Lisboa), miembro tanto del CEDPAL como del GA, sobre la supervisión del mercado financiero y de M. SANCINETTI (Buenos Aires) sobre "Handlungsunwert als Grundlage einer rationalen Strafrechtsdogmatik [el desvalor de acción como fundamento de una dogmática racional del Derecho penal]»; cfr. además L. GRECO sobre «Analogieverbot und europarechtliches Strafgesetz [Prohibición de la analogía y ley penal propia del Derecho europeo» (GA 3/2016, 138 ss.; GA 4/2016, 195 ss.).

[10] Cfr. las referencias en n. 9, además el Simposio de Madrid en honor de Claus Roxin (*supra* n. 1) con contribuciones de SCHÜNEMANN y WOLTER,que apareció también en lengua española en 1994: Gimbernat/Schünemann/Wolter (Edit.), Omision e imputación objetiva en Derecho Penal; así como el »Simposio de Barcelona« en honor de Claus Roxin (ed. J.-M. Silva Sánchez), Polıitica criminal y nuevo Derecho Penal, 1997 (con contribuciones de, entre otros, MIR PUIG, SILVA, SCHÜNEMANN, WOLTER, LUZÓN, DÍAZ Y GARCÍA). En ellos la influencia más fuerte la ejercen las teorías del dominio del hecho y de la imputación objetiva de ROXIN.

[11] Cfr. tb. WOLTER/KÜPER GA 2014, 210; WOLTER GA 2014, 609 ss.; EL MISMO GA 2015, 1 ss. con inclusion de Italia (GA 2007, 311; cfr. también el fascículo proyectado por el colaborador permanente del GA, V. MILITELLO, sobre el diálogo jurídico-penal germano-italiano); además AMBOS en su contribución que aparece más adelante sobre el CEDPAL (pp. 336 s.). Acerca del diálogo jurídico-penal germano-francés GA 2015, 657–706 (dirigido por H. JUNG/C.-F. STUCKENBERG); sobre el diálogo científico germano-japonés cfr. el fascículo preparado concretamente para 2017 por el colaborador permanente M. IDA.

[12] Referencias en nn. 9, 10. También el Simposio de Coimbra en honor de Claus Roxin aparece en lengua española: J.-M. Silva Sánchez (ed.)/B. Schünemann y J. de Figueiredo Dias (coords.), Fundamentos de un sistema europeo del Derecho Penal, 1995 (con contribuciones de, entre otros, MIR PUIG, WOLTER, LUZÓN, SCHÜNEMANN, DÍAZ Y GARCÍA, SILVA).

ROXIN 1991–2006 (cfr. el prólogo de la 4ª edición de AT I) y encontró refuerzo también precisamente a través de las contribuciones (al GA) señaladas de ROXIN, así como de las iniciativas de SCHÜNEMANN especialmente en el Goltdammer's Archiv für Strafrecht[13].

III. CLAUS ROXIN, LOS PA [PROYECTOS ALTERNATIVOS, ALTERNATIV-ENTWÜRFE –AE] Y EL GA

Novedosa precisamente en este *Liber amicorum* es la ampliación del objeto de atención al grupo de trabajo de profesores de Derecho penal alemanes, austriacos y suizos (grupo de trabajo PA). CLAUS ROXIN es miembro fundador y uno de los responsables más influyentes de este grupo-PA[14], que, tras la publicación del proyecto Alternativo de Parte General en el año 1966, celebra ahora sus 50 años de existencia. Al respecto, el Goltdammer's Archiv ha publicado de 2005 a 2014 en total tres Proyectos Alternativos, entre otros con sus colaboradores permanentes y a la vez autores-PA H. JUNG, C. ROXIN y H. SCHÖCH[15]; y por eso constituye un deseo especial en este *Liber amicorum* seguir el rastro de la historia de los PA y la concepción de los Proyectos Alternativos (principalmente los procesales) con ayuda de la fina pluma de H. JUNG. A este ámbito pertenece p. ej. también (v. GA 5/2016, p. 266) el hecho de que el AE-Wiedergutmachung [PA-Reparación] de 1992 apareciera en traducción al español en Buenos Aires en el año 1998.

IV. LAS CONTRIBUCIONES AL LIBER AMICORUM

Las demás contribuciones a este *Liber amicorum* (junto a las de AMBOS, PÉREZ BARBERÁ, JUNG) hablan por sí mismas. Un tema central lo constituyen los delitos de omisión[16] (D.-M. LUZÓN y B. SCHÜNEMANN dan respuestas a las cuestiones cardinales; cfr. también C. JÄGER sobre la legítima defensa y la teoría de [la posición de] garante con la nueva figura jurídica del "hacer por omisión"). A petición mía se abordan: *Compliance* –un tema importante en manos competentes, que también aparece en otro lugar de este *Liber amicorum* (I. ROXIN); además, la "nueva" imputación objetiva con origen en la

[13] SCHÜNEMANN GA 2010, 353 ss.; EL MISMO GA 2015, 274 ss.

[14] Puesto que yo mismo fui miembro activo del grupo-PA de 1992 a 2001/2005, puedo valorarlo así para una parte del recorrido (cfr. además WOLTER GA 1996, 201 [206]; EL MISMO GA 2006, 255 [256 s.]).

[15] AE-Sterbebegleitung [PA-Atención a personas en fase terminal] GA 2005, 553; AE-Leben [PA-Vida] GA 2008, 193; AE-Beweisaufnahme [PA-Acogida u obtención de pruebas] GA 2014, 1. Los demás autores de los tres Proyectos Alternativos están mencionados respectivamente en esos lugares.

[16] Cfr. además *supra* nn. 1, 10 (Simposio de Madrid).

"Escuela de Salamanca" en el siglo XVI (R. ROBLES)[17]; consentimiento hipotético y dopaje –con atención a cuestiones de imputación objetiva (H. SCHÖCH); modelos de política jurídica en relación con el error de prohibición (J.-M. SILVA); (de modo muy crítico) la responsabilidad penal de personas jurídicas (M. DÍAZ Y GARCÍA); finalmente, una teoría de la corrupción (LUIS GRECO); sin olvidar la prohibición trasnacional europea de doble punición con fundamentación de la coexistencia del CAAS [Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, *Schengener Durchführungsübereinkommen* – SDÜ] y la Carta de Derechos Fundamentales (M. ZÖLLER). Yo mismo continúo expresamente mi trabajo en el primer núm.-obsequio para Roxin de 1966[18] y la PG I 2006 de ROXIN con una contribución sobre "Prescripción, querella, apreciación o determinación alternativa de los hechos, concursos: instituciones jurídico-procesales estrictas con ropaje o aspecto material – principio de legalidad, alternatividad de leyes y Gran Sala"; en ella se intenta esbozar, en el supuesto de condena con alternativa legal – con exclusión del art. 103 II GG [Ley Fundamental o Constitución, *Grundgesetz*] (y con ello de modo distinto al de la Sala 2ª del BGH [Tribunal Federal –Tribunal Supremo de Alemania-, *Bundesgerichtshoff*], pero en consonancia con las *otras cuatro salas*) una vía que salvaguarde la apreciación alternativa de los hechos para la inminente resolución en 2016 de la *Gran Sala para Asuntos Penales*. De este modo se cierra también el círculo de los últimos 20 años.

V. DEDICATORIA

Además CLAUS ROXIN no solo ha ejercido fuerte influencia en mis años de 1996 a 2016. A él le debo, ya desde mi (y su) primera clase en Gotinga en el semestre de verano de 1963[19], una gran parte de mi trayectoria vital orientada a un objetivo. Lo he expresado de manera muy personal en mi contribución que aparece más adelante. Aquí, en el prólogo, se trataba de poner de relieve la poderosa influencia de CLAUS ROXIN en la historia del Goltdammer's Archiv für Strafrecht, y con ello también en la "dogmática jurídico-penal internacional", con especial énfasis en Latinoamérica, España y Portugal como ejemplo de la validez mundial de toda su obra, y asimismo en el grupo de trabajo

[17] Sobre la imputación objetiva cfr. además *supra* nn. 1, 10 (Simposio de Madrid), el trabajo de M. CANCIO (al respecto *supra* II), así como la igualmente mencionada contribución de H. SCHÖCH.

[18] GA 1996, 207 ss.: Verfassungsrechtliche Strafrechts-, Unrechts- und Strafausschlußgründe im Strafrechtssystem von Claus Roxin [Causas jurídico-constitucionales de exclusión del Derecho penal, del injusto y de la punibilidad en el sistema jurídico-penal de Claus Roxin].

[19] Al respecto, WOLTER GA 1996, 201 ss. CLAUS ROXIN había recibido la llamada de la Universidad de Gotinga, hace ahora 53 años, inmediatamente antes del comienzo de mis estudios universitarios.

de los Proyectos Alternativos con la publicación de PA de propuestas legislativas en el GA, pero también en la vida científica y privada de sus amigos de todo el mundo. En este sentido, permítaseme hablar en este lugar a la vez en nombre de todos los participantes en el *Liber amicorum* y felicitar de todo corazón a nuestro maestro académico, colega científico, ejemplo personal y amigo cercano, CLAUS ROXIN, y asimismo darle las gracias –con todo afecto y en unión sincera.

* * * * *

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-M. Luzón Peña

Catedrático em. de Derecho Penal, Univ. de Alcalá, Madrid. Director de Foro FICP.

Presidente de honor de la FICP.

~ Semblanza de Claus Roxin*~

El 15 de mayo de 2016 el Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Claus ROXIN, sin duda el primer penalista del mundo, celebró con plena vitalidad y clarividencia su 85.º cumpleaños, ochenta y cinco años de una larga y fecunda vida, profesionalmente dedicada a la investigación y el magisterio en las ciencias del Derecho penal, efeméride que por cierto fue celebrada poco después el 28 de mayo en un acto entrañable de homenaje y entrega de un *Liber amicorum* por su 85.º aniversario (Freundesgabe für Claus Roxin zum 85. Geburtstag: Núm. especial 5/2016 de la rev. GA: Goltdammer's Archiv für Strafrecht), acto celebrado en la bella población bávara de Feldafing promovido por su discípulo y director de GA Prof. Dr. Dr. h. c. Jürgen WOLTER y en el que participamos un número restringido de discípulos y otros colegas amigos suyos**, que escribimos en la obra, alemanes e hispanos precisamente[1], por la muy singular relación existente entre la dogmática jurídicopenal germánica y la hispanoparlante y como consecuencia por la especial relación del maestro ROXIN con penalistas españoles e hispanoamericanos.

Coincidiendo con ese aniversario tan señalado, en septiembre del mismo año 2016

---

* Prólogo del Director del LH, en el libro: D.-M. LUZÓN PEÑA (Dir.), Libro-Homenaje a Claus Roxin por su nombramiento como Dr. honoris causa por la Universidad Inca Garcilaso de la Vega. (Por sus discípulos y traductores al español de su tratado Derecho Penal, Parte General, tomos I y II), Lima, UIGV/FICP, 2018, pp. 15-21. Redactado en la Univ. de Alcalá, en 2017.

** Las alocuciones que pronunciamos en dicho acto de entrega de la FG al homenajeado yo mismo y Miguel DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO están publicadas en versión española en Foro FICP 2016-2, pp. 415-419 (a continuación de la información escrita y gráfica del acto en pp. 411-414), así como dentro de la web de la FICP con carácter permanente en la sección Noticias, eventos y tribuna/Semblanzas entre las "Semblanzas del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Claus Roxin".

[1] Dado que una gran parte y muy relevante de los Profs. intervinientes en ese nº especial de GA 2016/5 Freundesgabe f. C. ROXIN etc. y en el citado acto de entrega de ese *liber amicorum* somos miembros de la FICP (Fundación Internacional de Ciencias Penales): socios de honor el homenajeado C. ROXIN y sus discípulos J. WOLTER, director de la revista GA y promotor del homenaje y B. SCHÜNEMANN, patronos, aparte de mí mismo, M. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO y M. CANCIO, y socios J. SILVA SÁNCHEZ, L. GRECO y R. ROBLES, en la página web de la FICP (http://www.ficp.es) se dio en 2016 cumplida noticia escrita y gráfica del acto, tanto en las secciones Noticias y cursos/Eventos anteriores –incluyendo las alocuciones del Prof. DÍAZ y mía– y Galería, como en las dos revistas de la Fundación: Primero en el nº 2016-2 (agosto) de Foro FICP, que en su sección III (Noticias de la FICP, pp. 411-419) dedica el ap. 2 al "Acto homenahe a Claus Roxin", con la misma información escrita y gráfica aparecida antes en las dichas secciones incluyendo nuestras indicadas alocuciones. Y finalmente, por acuerdo de la directiva de la FICP (Profs. DE VICENTE REMESAL, DÍAZ y yo mismo) con el GA y su director Prof. WOLTER, nuestra otra revista, Libertas, publicó en diciembre un núm. 5, 2016: Número monográfico extraordinario: *Liber amicorum* a Claus Roxin por su 85.º aniversario (Versión en español de: Freundesgabe für Claus Roxin zum 85. Geburtstag, nº monográfico de la revista GA 2016/5).

la Universidad Inca Garcilaso de la Vega de Lima acordó otorgarle al Prof. ROXIN el título de Doctor *honoris causa*, que a su vez supuso –simbólicamente en otra cifra redonda– nada menos que el 25.º doctorado honoris causa que ha recibido el maestro y al que ya ha seguido algún otro, y el 14 de noviembre se celebró el acto solemne de entrega del título, que recibió en su nombre, al tiempo que recibía su propia investidura con dicho grado de honor, su discípulo el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Bernd SCHÜNEMANN.

Con este motivo la UIGV ha querido editar este Libro Homenaje a Claus Roxin por su Doctorado *honoris causa* y me ha encargado dirigirlo a mí por un doble motivo:

por ser yo el discípulo de ROXIN que ha dirigido y encabezado la traducción al español de su obra magna, su impresionante tratado denominado Strafrecht, Allgemeiner Teil, o sea, Derecho Penal, Parte General, Madrid, Civitas/Thomson, en dos tomos: el I (Fundamentos. La estructura de la teoría del delito), 1997, y el II (Especiales formas de aparición del delito), 2014[2];

y por haber recibido yo mismo en agosto de 2016 el mismo título de Dr. h.c. por la UIGV, con investidura en octubre, y haber recibido además dos meses antes idéntico galardón de la UIGV mi discípulo el Prof. Dr. Dres. h. c. Miguel DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO y un mes después mi discípulo el Prof. Dr. h. c. Javier DE VICENTE REMESAL.

En el encargo, que me formuló en nombre de la UIGV mi querido colega el Prof. Dr. Dr. h. c. José F. PALOMINO MANCHEGO, Profesor ordinario de la misma y promotor y padrino de nuestras respectivas investiduras con el doctorado de Honor, llegamos al acuerdo de que bajo mi dirección este Libro Homenaje lo escribiríamos los traductores de la versión española del tratado de ROXIN y su primer discípulo Bernd SCHÜNEMANN:

Así pues, por una parte, los traductores al español de los mencionados dos tomos del tratado de ROXIN bajo el título de Derecho Penal, Parte General, publicados en España

[2] La traducción de ambos tomos, además de ser realizada directamente por mí en más de la mitad, ha sido supervisada en su totalidad por mí, velando por la uniformidad y falta de contradicciones en la terminología, aunque naturalmente respetando el estilo de cada traductor. El grueso de la traducción de los dos volúmenes la realizaron junto conmigo mis discípulos catedráticos españoles más antiguos: Miguel DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Javier DE VICENTE REMESAL (el más antiguo, pero que asumió una parte menor) y José Manuel PAREDES. Y en el tomo II realizaron junto conmigo y bajo mi revisión también una buena parte de la traducción, la de los delitos omisivos y los concursos, los restantes discípulos míos directos o indirectos que también escriben en este Libro Homenaje a Roxin: Marta GARCÍA MOSQUERA, Inés OLAIZOLA, María TRAPERO, Raquel ROSO, Soledad BARBER, Isabel DURÁN, Leticia JERICÓ, Virgilio RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, José Zamyr VEGA GUTIÉRREZ, Susana ESCOBAR VÉLEZ y Silvia MARTÍNEZ CANTÓN; pero en los apartados de todos ellos la versión última de la traducción está revisada por mí de principio al fin, garantizando así la homogeneidad de la traducción.

y difundidos además amplísimamente por toda la América hispanoparlante e "hispanoentendiente", que somos todos discípulos directos o indirectos del maestro Roxin (por haber completado nuestra formación una gran parte directamente en Múnich bajo su tutela, como yo mismo, J. DE VICENTE REMESAL, M. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. TRAPERO, R. ROSO y L. JERICÓ, otros bajo la tutela de discípulos alemanes de ROXIN como los Profs. B. SCHÜNEMANN –así J. M. PAREDES, J.-Z. VEGA y S. ESCOBAR–, J. Wolter –así S. MARTÍNEZ CANTÓN– y W. BOTTKE–como I. OLAIZOLA S. BARBER y M. GARCÍA MOSQUERA–, y otros en fin por ser discípulos de quienes somos discípulos directos de ROXIN, como es el caso de mi discípula I. DURÁN o de V. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, discípulo de J. DE VICENTE). Y por otra parte, el discípulo alemán más importante de ROXIN, el más relacionado con diferencia con el mundo latinoamericano y además Dr. h.c. asimismo por la UIGV, mi querido y admirado amigo y colega el Prof. Bernd SCHÜNEMANN.

Como puede ver el lector en el Índice, nuestros trabajos se agrupan en Derecho Penal, Parte General y Parte Especial y finalmente Derecho Procesal Penal, materia también abordada por ROXIN, aunque en menor profundidad.

La trayectoria académica de Claus ROXIN, su sistemática teleológica de la dogmática del Derecho penal orientada a los fines de política criminal y especialmente a los fines preventivos de la pena, pero siempre manteniendo la máxima lisztiana de que el Derecho penal con sus garantías es la barrera infranqueable de la política criminal, y su gigantesca obra en su conjunto y en sus líneas maestras son tan conocidas, en gran parte también a través de las traducciones de sus obras más importantes, que no necesitan presentación ni siquiera glosa alguna. Una relación completa de sus obras la puede encontrar el lector en el *Schriftenverzeichnis* (listado o relación de publicaciones) del autor al final de los sucesivos Libros-Homenaje (*Festschrift*, *Festgabe*, *Freundesgabe*) a C. Roxin por sus 70, 75, 80 y 85 años, las dos Festschriften por su 70.º y 80.º cumpleaños aparecidas como libro en W. de Gruyter, Berlín, en 2001 y 2011, y las FG por su 75.º y 85.º aniversario publicadas como núms. especiales de la revista GA en 2006/5 y 2016/5. Por eso de su carrera académica sólo voy a destacar algunos hitos fundamentales, no de todos conocidos:

C. ROXIN, nacido el 15-5-1931 en Hamburgo, se graduó como licenciado en Derecho en la Univ. de Hamburg en 1954 y entró inmediatamente a trabajar en esa Univ. como asistente o ayudante del Prof. Dr. Heinrich HENKEL, importante Catedrático de

Filosofía del Derecho y Derecho Penal. Allí se doctora en 1957 con sus tesis sobre la categoría welzeliana de los tipos abiertos, y en 1962 es habilitado para ser catedrático con su escrito de habilitación, que constituye el conocidísimo libro publicado en 1963 Autoría y dominio del hecho (v. *infra* datos de ambos libros). Pese al altísimo nivel de exigencia y competitividad y por ello enorme dificultad durante el siglo XX para obtener una cátedra (*Lehrstuhl* o *Katheder*) en las Universidades públicas alemanas –igual que en las españolas y de otros países europeos– ese mismo año 1963 Claus ROXIN obtuvo su primera cátedra como Profesor ordinario en la Univ. de Göttingen (o Gotinga) con sólo 32 años. Y en 1971, a los 40 años recibe y acepta la oferta de su plaza de Catedrático de Derecho penal y procesal penal nada menos que en Múnich en la Ludwig-Maximilian-Universität München, cátedra que tras la 2.ª Guerra mundial, al quedar Berlín aislada en la Alemania oriental bajo ocupación soviética, se convirtió por reconocimiento de las demás en la primera cátedra de Derecho penal de Alemania, que fue ocupada antes que él por E. MEZGER y después por R. MAURACH. Allí el Prof. ROXIN desempeñó fecundamente su magisterio y la dirección del Instituto de todas las Ciencias del Derecho Penal (Institut für die gesamten Strafrechtswissenschaften) hasta su jubilación y obtener la condición de catedrático emérito en 1998, en que su universidad mantuvo a su disposición por su altísima cualificación secretaría, despacho de trabajo y posibilidad de seguir recibiendo invitados de todo el mundo.

A lo largo de esas décadas el Prof. ROXIN creó una selectísima y no obstante numerosa escuela. Mencionaré aquí sólo a sus discípulos alemanes, con nombres tan importantes en la ciencia penal como los Profs. Dres. Hans-Joachim RUDOLPHI –que aunque no se había doctorado con ROXIN, sino en Derecho civil, fue luego asistente suyo en Göttingen–, Bernd SCHÜNEMANN, Jürgen WOLTER, Wilfried BOTTKE (†), Knut AMELUNG (†), Bernhard HAFFKE, Hero SCHALL, Hans ACHENBACH, Christian JÄGER, Manfred HEINRICH o el más joven de todos, Luis GRECO, brasileño-alemán ya catedrático de la Univ.Humboldt de Berlín desde octubre próximo, todo un símbolo elegido por el maestro ROXIN de la simbiosis y síntesis entre dos mundos, el germano y el ibero-americano. Y a ellos se ha sumado un innumerable conjunto de penalistas de todo el mundo que se formaron o completaron su formación bajo la tutela de ROXIN, entre los que destaca sin duda el importantísimo número de penalistas del mundo ibero-americano que han sido discípulos de ROXIN, por las ya indicadas especialísimas relaciones entre la

ciencia penal alemana y la de nuestros países, pero en particular por la poderosa atracción que la figura de ROXIN ha ejercido y sigue ejerciendo entre nosotros.

Mi relación con mi maestro ROXIN y su escuela alemana dura ya ininterrumpida y fecunda casi cuarenta y cinco años. Como he expuesto y explicado hace muy poco en otro lugar[3], en la primavera de 1973 durante mi segundo curso de estancia predoctoral alemana en el Instituto Max-Planck de Derecho penal extranjero e internacional de Freiburg, y siendo yo aún un simple profesor ayudante de Derecho Penal en la Univ. Complutense de Madrid, visité por primera vez Múnich, a donde se había desplazado desde el Friburgo alemán mi gran amigo Santiago MIR PUIG y allí naturalmente fui a conocer la Universidad Ludwig-Maximilian, su Facultad de Derecho y el Instituto de todas las Ciencias del Derecho Penal, dirigido por mi admirado gran penalista, el aún muy joven Catedrático Prof. Dr. Claus ROXIN. Además de entrar desde entonces en fructífero contacto con él, acordamos que yo realizara la traducción al español de una versión algo modificada, ampliada en gran parte y reducida en algunos puntos, de su obra alemana aparecida a primeros de 1973 "Strafrechtliche Grundlagenprobleme", o sea, Problemas de base o básicos del Derecho penal. Durante el tiempo que me restó hasta el depósito de mi tesis doctoral a comienzos de enero de 1975 sólo pude empezar a traducir simultáneamente los primeros capítulos del libro, y fue una vez doctorado cuando ya dispuse de más tiempo para concluir la traducción y breve anotación del grueso de la obra, que se publicó como "Problemas básicos del Derecho penal" en 1976 en la Editorial Reus de Madrid (con una 2ª ed. recién aparecida en Buenos Aires/Montevideo, BdeF, 2017).

Como efectivamente en ese libro se trataba de artículos sobre temas totalmente básicos y fundamentales del Derecho penal, ello me permitió estudiar más a fondo y completar el conocimiento que ya tenía del pensamiento y obra de ROXIN y aumentar la admiración que sentía por los mismos a través de la previa lectura de otros trabajos suyos: desde su artículo sobre la situación de legítima defensa provocada, que me fue muy importante durante mi tesis doctoral para mi propia concepción de la legítima defensa, y su notable ensayo programático "Política criminal y sistema del Derecho penal", recién traducido entonces por MUÑOZ CONDE, hasta la lectura de partes importantes de sus dos libros monográficos, su tesis doctoral sobre Tipos abiertos y elementos del deber jurídico (Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale, Berlín, de Gruyter, 1963, 1959, 2ª ed.

[3] Cfr. LUZÓN PEÑA, Prólogo del traductor a ROXIN, Problemas básicos del Derecho penal, 2.ª ed., Buenos Aires/Montevideo, B de F, 2017, pp. IX s.

1970; trad. al español de E. Bacigalupo anteponiéndole el título "Teoría del tipo penal", B. Aires, Depalma, 1979) y su posterior escrito de habilitación sobre Autoría y dominio del hecho (Täterschaft und Tatherrschaft, Berlín, de Gruyter, 1963, hoy ya nada menos que en la 9ª ed. de 2015, obra traducida a todos los idiomas importantes –al español la 7.ª y la 9ª ed. por CUELLO CONTRERAS/SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO– y universalmente conocida y citada por doctrina y jurisprudencia).

Desde entonces entablamos el Prof. ROXIN y yo una muy estrecha relación, que se convirtió en magistral-discipular cuando en 1976 y 1977, ya con una beca postdoctoral de la prestigiosa Fundación Alexander von Humboldt disfruté en su Instituto muniqués de su hospitalidad y del privilegio de sus enseñanzas personales especialmente en sus seminarios de investigación, relación personal y científica que se ha profundizado a lo largo de nuestra vida, acogiendo y tutelando él en su Instituto la formación pre o postdoctoral de la mayoría de mis discípulos, participando ambos juntos en infinidad de jornadas y congresos en múltiples países y finalmente encargándome él, precisamente por la satisfacción y confianza que le produjo mi versión al español de los Problemas básicos del Derecho penal, la traducción de su obra magna, los dos tomos su impresionante tratado de Derecho Penal, Parte General, que llevé a cabo personalmente y con la colaboración de una parte seleccionada de mis discípulos, tal como acabo de exponer. Y como mi maestro alemán a él le he dedicado las tres ediciones de mi manual de Derecho penal, Parte General.

Y a partir de 1981, siendo yo ya Catedrático de Derecho penal en la Universidad de León, me siguieron sucesivamente mis discípulos, comenzando por mi primer ayudante en esa universidad, Javier DE VICENTE REMESAL, y a continuación por mi también ayudante entonces Miguel DÍAZ, en la fructífera visita a Alemania en estancias prolongadas de investigación y complemento de su formación con el Prof. ROXIN en su Instituto muniqués o también con algunos de sus discípulos alemanes más destacados.

A nuestro muy admirado y querido Maestro le dedicamos por tanto este Libro-Homenaje con nuestra gratitud y reconocimiento por todo cuando le debemos y de él hemos aprendido y seguimos aprendiendo. Y deseamos de corazón que siga disfrutando aún muchos años de vida, brindándonos aún más de sus geniales enseñanzas y recogiendo todo lo que ha sembrado.

* * * * *

Prof. Dr. Esteban Sola Reche
Catedrático de Derecho Penal, Universidad de La Laguna. Socio de la FICP

Prof. Dr. Asier Urruela Mora
Catedrático de Derecho Penal, Universidad de Zaragoza. Socio de la FICP

Prof.ª Dra. Pilar Nicolás Jiménez
Investigadora Doctora Permanente, Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea y Coordinadora de la Red Cátedra de Derecho y Genoma Humano

~Prof. Dr. iur., Dr. med., Dr. hist., Dr. h. c. mult. Carlos María Romeo Casabona, Catedrático emérito UPV/EHU. Facultad de Derecho *In Memoriam* (23 de marzo de 1952-15 de agosto de 2024)~

Carlos María ROMEO CASABONA fue, ante todo, un académico, alguien con una profunda vocación universitaria en el sentido más íntegro de la expresión. Ha sido su aportación a la docencia y a la investigación durante los últimos cincuenta años la que le distingue como un verdadero maestro. Además, fue un aragonés orgulloso de sus orígenes (pocos conocen la antigua y apasionante historia que guarda su familia desde el siglo XII, vinculada a la baronía de Escriche): hombre de diálogo y pactos, de constancia y empeño cuando el propósito lo merecía.

Carlos ROMEO CASABONA fue un clásico y a la vez un pionero. Dedicado en exclusiva a la universidad, lo hizo en todas sus facetas con el mismo tesón y rigor: cuarenta años de docencia, publicaciones en distintos idiomas con enorme difusión, más de treinta tesis dirigidas, colaboración con instituciones públicas y privadas transfiriendo experiencia y conocimiento. Catedrático de Derecho Penal, a la vez, promovió una nueva disciplina, el Bioderecho, y afrontó retos intelectuales en el análisis de los conflictos planteados por avances tecnológicos y científicos, siempre en la vanguardia. Consiguió formar un grupo de investigadores y profesores bien cohesionado (era uno de sus mayores orgullos) y, bajo su dirección, la Cátedra de Derecho y Genoma humano se convirtió en un referente internacional. Mantuvo su inquietud intelectual, su lucidez y su capacidad de trabajo hasta el final (se doctoró en Historia Medieval solo tres meses antes de su fallecimiento).

Carlos ROMEO nació, se licenció y se doctoró en Derecho en Zaragoza con premio extraordinario. Se diplomó en Criminología por la Universidad Complutense de Madrid. Fue profesor ayudante, adjunto y titular en la Universidad de Zaragoza; fundador y

director del Centro de Estudios Criminológicos y decano de la Facultad de Derecho en la Universidad de La Laguna; hasta el año 1996 Catedrático de Derecho Penal de esa universidad y, a partir de entonces de la UPV/EHU.

Fruto de su tesis doctoral, dirigida por el profesor José CEREZO MIR publicó *El médico y el derecho penal*, que colmó, en 1981, una importante laguna en la ciencia del Derecho Penal: era la primera monografía española que establecía los fundamentos y el alcance de la responsabilidad penal del médico. Pero no era su primer libro. Previamente había publicado otro por haber sido el autor del borrador de la todavía vigente Ley de Extracción y Trasplantes de Órganos de 1979. El sistema de donación diseñado en esa ley, que sigue recibiendo grandes elogios en todo el mundo, continúa prestando un gran servicio a la sociedad española, pues desde hace algunos lustros ha convertido a España en el país líder en tasa de donaciones de órganos a nivel mundial.

En 1988, en su libro *Poder Informático y Seguridad Jurídica*, que recibió el premio de la Fundación Telefónica, propuso algunas tesis para tratar punitivamente las novedosas conductas fraudulentas llevadas a cabo a través de tarjetas y en cajeros automáticos, tesis que luego se convirtieron en doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

Estas dos obras son una muestra de una producción ingente. El profesor ROMEO fue el autor de más de veinte monografías, coautor de más de otras cincuenta y de más de doscientos artículos. Fue también director de las colecciones "Estudios de Derecho Penal y Criminología" (Ed. Comares, 150 monografías publicadas), Derecho y Ciencias de la Vida (Comares, 50 monografías.) y las monografías de la Cátedra de Derecho y Genoma Humano (20 monografías).

Este esfuerzo solo fue posible gracias a una vida dedicada a la investigación, que le llevó a realizar estancias en múltiples centros en Europa y en EEUU, incluyendo las universidades de Bonn, Munich, Lüneburg, París y Stanford, y en los institutos Max Planck, de la Universidad de Friburgo, y Kennedy, de la Universidad de Georgetown.

Además de doctor en Derecho alcanzó también el grado de doctor en Medicina y doctor en Historia Medieval por la Universidad de Zaragoza. Fue reconocido como doctor honoris causa por seis universidades: Universidad Privada de Tacna, Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa, Universidad Católica de Santa María de Arequipa, Universidad de La Laguna (Tenerife), Universidad Privada de Moquegua (Perú) y Universidad PUC-Minas Gerais de Belo Horizonte (Brasil).

Trayectoria académica: el Derecho Penal y el Bioderecho como ejes de su labor científica y *leit motiv* vital

Carlos ROMEO CASABONA se erigió en uno de los máximos referentes de la doctrina penal española por sus relevantes contribuciones tanto a la teoría jurídica del delito como a la Parte Especial del Derecho Penal. Discípulo del profesor CEREZO MIR, se adscribió desde su incorporación a la universidad española a la llamada escuela finalista del Derecho Penal cuyo máximo exponente fue el profesor alemán Hans WELZEL y que en España abanderaron junto a ROMEO, los profesores DÍEZ RIPOLLÉS y GRACIA MARTÍN. Sus contribuciones a la teoría jurídica del delito fueron muy numerosas y de gran valor académico: destacan sus trabajos en la esfera del dolo, de la imprudencia, la incidencia del principio de precaución en la esfera penal o la relevancia del consentimiento particularmente en la esfera de las lesiones. En relación con la denominada Parte Especial del Derecho Penal realizó contribuciones muy relevantes en cuestiones tales como la protección penal de la intimidad, los delitos contra la salud pública, la cibercriminalidad o los delitos relativos a la manipulación genética, entre otros. En definitiva, Carlos ROMEO CASABONA devino, gracias al nivel académico de sus trabajos y contribuciones científicas en la esfera penal, uno de los máximos exponentes de la Ciencia Penal española de las últimas décadas.

Carlos ROMEO CASABONA obtuvo su primera Cátedra en la Universidad de La Laguna. En su etapa en Tenerife se dedicó con empeño a la dirección de tesis doctorales, impulsó la creación y dirigió el centro de Estudios Criminológicos, y de su mano visitaron la universidad los penalistas más importantes del momento, como los profesores ROXIN, SCHÜNEMANN, HIRSCH O ESER. Además, se implicó en tareas de gestión universitaria: dirigió el departamento de Disciplinas Jurídicas Básicas y fue elegido decano de la Facultad de Derecho, cargo desde el que contribuyó a la creación de un nuevo plan de estudios para la licenciatura de Derecho y a la elaboración e implantación de la nueva titulación de Relaciones Laborales.

En el año 1993 fue nombrado Director de la Cátedra Interuniversitaria Fundación BBVA Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano, Universidad de Deusto, Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea, donde dirigió anualmente las Jornadas de Derecho y Genoma Humano, hoy Congreso Internacional de Derecho y Genoma Humano, y la Revista de Derecho y Genoma Humano / Law and the Human Genome Review. El equipo de la Cátedra recibió en el año 2006 el Premio de

Investigación UD-Grupo Santander por su trabajo *La Ética y el Derecho ante la Biomedicina del Futuro*.

Se puede afirmar, sin temor a equivocarse, que Carlos ROMEO CASABONA dio carta de naturaleza a la ciencia del Derecho Biomédico en España desarrollando un discurso metodológico como investigador en la vanguardia de las implicaciones jurídicas de nuevos escenarios científicos y tecnológicos. Dos grandes hitos jalonan su trayectoria en ese ámbito. Por un lado, su libro *Los genes y sus leyes* (2002) que recogió su pensamiento más fundamental sobre el sentido y la metodología para la reflexión sobre las implicaciones jurídicas de la genética en particular y de los nuevos escenarios científicos y tecnológicos en general. Y, por otro lado, auspició y dirigió la publicación, en el año 2011, de la *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*. Esta obra constituye una sistematización del pensamiento bioético y jurídico de forma completa, didáctica y rigurosa; la primera en lengua española de estas características a nivel mundial y que resultaba imprescindible teniendo en cuenta el alto nivel de esta disciplina tanto en España como en Latinoamérica, así como al elevado número de lectores potenciales cuya lengua es el español.

Mantuvo una fructífera relación académica con numerosas universidades especialmente latinoamericanas, entre otras muchas, con la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá, Universidad de Buenos Aires, Universidad Nacional Autónoma de Méjico, Pontificia Universidad Católica de Minas Gerais, Universidad Nacional de San Agustín y Universidad Católica de Santa María en Arequipa.

El profesor ROMEO fue un jurista de talla internacional y extendió, además, su actividad hacia otros sectores sociales trasladando su experiencia también fuera del ámbito universitario. Fue asesor del Ministerio Italiano de Universidades e Investigación, asistió al Ministerio de Justicia y al Parlamento de la República Democrática de Albania para la redacción del nuevo Código Penal y de la Ley de Procedimiento Penal, y fue autor del informe sobre el borrador de Proyecto de Ley relativo a las normas éticas de investigación biomédica con seres humanos para Argentina. En los últimos años de su vida, fruto de su condición de experto independiente del Comité de las Partes del Convenio del Consejo de Europa sobre la falsificación de productos médicos y delitos similares que supongan una amenaza para la salud pública (Convención MEDICRIME) participó igualmente en la elaboración de un borrador de proyecto de ley para la represión penal de la falsificación de productos médicos en Costa de Marfil.

En nuestro país desarrolló múltiples actividades como experto, asesor o evaluador en el Ministerio de Sanidad y en el Ministerio de Justicia. Destacan sus aportaciones para la introducción en 1995, por primera vez, de los delitos relativos a la manipulación genética en el Código Penal, y al borrador que dio lugar a la Ley 41/2002, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

Fue miembro del Comité de Bioética de España, de la Comisión sobre Garantías para la Donación y Utilización de Células y Tejidos Humanos del Instituto de Salud Carlos III, de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida y Presidente del Comité de Ética de la Investigación de Euskadi.

Su labor es también reseñable en el seno de diferentes instituciones internacionales. Colaboró en la implementación del Convenio sobre Falsificación de Productos Médicos del Consejo de Europa, fue consultor externo independiente de este organismo y de la OMS (Ginebra), UNESCO (París), UNODC (Viena) sobre materias relacionadas con Bioderecho, Bioética y Derecho Penal. También actuó como consultor externo del grupo de expertos sobre delincuentes peligrosos del Consejo de Europa, y fue miembro del Comité de Bioética del Consejo de Europa. Merece un lugar destacado su participación en el Comité Consultivo Europeo de Investigación (ERAB, hoy EGE), como único español y único profesional de las ciencias humanas y jurídicas en este organismo, que asesora al ejecutivo comunitario en materia de investigación. Colaboró también con la Academia Pontificia de las Ciencias del Vaticano en varias oportunidades, con ocasión de la celebración de reuniones sobre las implicaciones de los avances en la genética humana.

Fue el primer secretario que tuvo la Federación Nacional de Asociaciones para la Lucha Contra las Enfermedades del Riñón (ALCER), cuya creación impulsó y de la que era presidente de honor. Recibió recientemente el premio extraordinario de la Fundación Iñigo Álvarez de Toledo por su labor en relación con la regulación de los trasplantes de órganos.

Desde el año 2022 era catedrático emérito en la UPV/EHU.

Toda su trayectoria responde a su inspiradora convicción de que el Derecho ha de ponerse al servicio de la ciudadanía democrática y de progreso. Concebido el progreso

como la ejecución de la obligación del Estado de mejorar las condiciones de vida de todos y cada uno de los individuales partícipes en la convivencia en una sociedad cambiante.

Deja así un honroso legado académico y personal, al que correspondemos con nuestra admiración, afecto y gratitud.

Pilar NICOLÁS JIMÉNEZ (Investigadora Doctora Permanente, Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea y Coordinadora de la Red Cátedra de Derecho y Genoma Humano)

Esteban SOLA RECHE (Catedrático de Derecho Penal, Universidad de La Laguna)

Asier URRUELA MORA (Catedrático de Derecho Penal, Universidad de Zaragoza)

* * * * *

Prof. Dr. Edgardo A. Donna

Catedrático emérito de Derecho Penal, Universidad de Buenos Aires, Argentina.
Socio de la FICP

~*In memoriam*: Rainer Zaczyk (27/4/1951- 18/7/2024)~

I.

Ha fallecido el profesor Rainer ZACZYK en el mes de julio del presente año y debo decir que es uno de los últimos de los profesores alemanes con quien he tenido un trato no solo de aprendizaje, sino de amistad. Durante los últimos diez años, creo, viajé todos los meses de septiembre a trabajar con él en su Seminario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Bonn.

II.

Con el Profesor ZACZYK pude acercarme más a KANT y HEGEL y al ya fallecido Profesor KÖHLER. Las conversaciones casi diarias, luego del almuerzo, sobre temas referidos a los autores citados serán recordados por mi como las últimas grandes conversaciones con un gran profesor, un gran maestro, porque sin duda lo era, tal como el Profesor Michael HETTINGER[1] lo afirma en su homenaje cuando cumplió los setenta años. Reseña que he de tomar más adelante porque hace justicia con quien ahora recordamos.

III.

1. Hemos traducido y publicado en Argentina su último libro *Selbstsein und Recht*[2] que lleva el nombre en español de *Subjetividad y Derecho*[3] con un hermoso prólogo del autor. Este libro debería ser la base de quienes intentan acercarse al concepto del Derecho fundamentado en la autonomía de la persona, basado en KANT. Contaba el Profesor ZACZYK, con mucha satisfacción, que se lo había enviado al Profesor Dieter HENRICH, quien le había elogiado la obra.

2. También hemos publicado artículos varios en la *Revista de Derecho penal*: Feuerbach, en Revista 2020-2, pág. 709 y ss.; ¿Que es el Derecho?, en 2015-2, pág.527;

[1] HETTINGER, Michael, Rainer Zaczyk zum 70. Geburtstag, GA, 4/2021, págs. 186 ss.
[2] ZACZYK, Rainer, Selbstsein und Recht, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 2014.
[3] ZACZYK, Rainer, Subjetividad y Derecho, Rubinzal, Buenos Aires, 2020.

El Derecho y la mentira. A propósito del artículo de KANT "Sobre un supuesto derecho de mentir por amor al prójimo (*Menschenliebe*) en Revista del 202-I, pág. 751).

3. Hay también una traducción de artículos varios en el libro *Libertad, Derecho y Fundamentación de la Pena*, Universidad del Externado de Colombia, que contiene trabajos de suma importancia del Profesor ZACZYK[4].

VI.

En lo que sigue, he de seguir el homenaje que realizaron los Profesores Jürgen WOLTER y, especialmente Michael HETTTINGER -sobre los datos históricos-, en el homenaje que se le hizo en la *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* (4/2021) cuando el profesor cumplió setenta años y estaba muy agradecido por ello. Vale hacer notar que ZACZYK rechazó el libro de homenaje –por su habitual humildad– que normalmente se les hace a los profesores alemanes, cuando llega el momento de su jubilación

VII.

ZACZYK nació en Alzenau, Franconia, en 1951. Su *Abitur* lo logró en el Leibniz-Gymnasium de Frankfurt am Main en 1970.

Posteriormente estudió con el Profesor Ernst Amadeus WOLFF, de gran importancia para su formación, con quien participó en varios seminarios durante sus estudios (1970-1975) en la Universidad de Frankfurt am Main. Dice HETTINGER que "la filosofía jurídica, especialmente la del idealismo alemán, que conoció en estos seminarios, lo cautiva hasta el día de hoy"[5].

VIII.

Luego de sus dos exámenes de derecho en 1975 y 1978, trabajó como asistente de investigación en la cátedra de E. A. WOLFF de 1978 a 1983. Se doctoró en 1980 con un trabajo, *Das Strafrecht in der Rechtslehre J.G.Fichtes* (Duncker & Humblot, Berlín, 1981).

Posteriormente, obtuvo una beca de habilitación de la DFG (1983-1984) y le siguió una ayudantía universitaria de 1984 a 1988, también en la Universidad de Frankfurt am Main con E. A. WOLFF.

[4] ZACZYK, Rainer, Libertad, Derecho y Fundamentación de la pena, Externado de Colombia, 2000.
[5] HETTINGER, Rainer Zacyk, 2021, pág. 187.

En 1987 completó su habilitación con la muy importante obra: *Das Unrecht der versuchte Tat* (Duncker & Humblot, Berlín, 1989), supervisada por E. A. WOLFF y también dedicada a él.

Su *Venia legendi* cubre las materias de Derecho penal, Derecho Procesal penal y Filosofía del Derecho.

VIII.

En 1988, Rainer ZACZYK fue profesor de Derecho penal en Heidelberg.

En 1993 aceptó un nombramiento en la Universidad de Trier para la cátedra de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal y Filosofía Jurídica.

En 1997 rechazó un nombramiento para la Universidad de Hamburgo.

En 2002 aceptó el nombramiento para la cátedra de Derecho Penal y Filosofía en la Universidad de Bonn.

Se jubiló cuando cumplió 68 años.

Además, en 1996-1997 fue decano de la Facultad de Derecho y miembro del Senado de la Universidad de Trier, y desde 2002 hasta su partida fue director general del Seminario de Filosofía del Derecho de Bonn.

En 2012 recibió el premio de enseñanza de la Universidad de Bonn.

IX.

Solo mencionaremos algunos de los trabajos académicos del Profesor ZACZYK:

- *Das Strafrecht in der Rechtslehre J.G. Fichtes*, 1981
- Strafrecht als Wissenschaft an der Universität, en *Festgabe für Theisen*, 1996, 35 ss.
- Über Begründung im Recht, en *Festschrift für E. A. Wolff*, 1998, 509 ss.
- Strafrechtliches Unrecht und die Selbstverantwortung des Verletzen, *Heidelberger Forum*, vol. 84, 1993, con una discusión de U. Neumann, *GA* 1996, 36 y ss.
- Demokratieprinzip und Strafbegründung. Eine Erwiderung auf Klaus Ferdinand Gärditz, *Der Staat* 50 [2011], 295 ss.
- Zur Begründung der Gerechtigkeit menschlichen Strafens, en *Festschrift für Eser*, 2005, 207 ss.

- También ha trabajado no solo el problema del Derecho penal y procesal penal, sino también el tema de la ejecución penal (*Festschrift für Seebode*, 2008, 589 ss.).
- Strafrecht in Universität und Praxis (*Festschrift für Puppe*, 2011, 305 ss.).
- *Selbstsein und Recht* (2014), que es la culminación de su obra de Filosofía del Derecho.
- Das Recht und die Lüge, en *Festschrift für Hans-Ullrich Paeffgen*, 2015.
- Feuerbach en *Strafrecht und Gesellschaft*, 2019.

X.

Para terminar este breve homenaje a un gran jurista, no solo de Alemania, citaré unas palabras de ZACZYK que están en su libro *Selbstsein und Recht*, en la Introducción cuando contesta a la pregunta formulada por KANT: Was ist der Mensch: La pregunta básica de la Filosofía "sólo se habrá contestado plenamente si en la respuesta el derecho también ocupa el lugar que le corresponde. Se trata de mucho más que de la fundamentación de los derechos humanos universales. La referencia a la "subjetividad" del ser humano en el título de este ensayo señala su individualidad y singularidad, pero además también su reflexividad; el ser humano no es sólo un individuo, también posee un saber acerca de este hecho y sólo a través de este saber puede comprenderse como individuo. Sin embargo, este conocimiento únicamente le es posible a través de una relación con otros… La subjetividad puede ser caracterizada entonces como vida consciente, y a continuación se ha de demostrar que el derecho y la vida consciente presentan un nexo interno y no sólo acoplados externamente. Una vida humana digna solamente puede ser vivida si es vivida en el derecho. Este enunciado se postula con pretensión universal, por lo que no está limitado a Occidente. Para la fundamentación que se ha de aportar significa que ésta sólo puede cumplir su cometido si la subjetividad es determinada de un modo tan esencial que la fundamentación pueda sostener ese enunciado universal"[6].

XI.

Entonces, hasta siempre Herr ZACZYK.

* * * * * *

[6] ZACZYK, Subjetividad y Derecho, 2020, págs. 11-12.

2. Opinión y debate

Francesco De Angelis

Abogado del Foro di Napoli, Italia. Socio de la FICP.

~Considerazioni giurisdizionali: una nuova dimensione europea nel campo penale?[1]~

E' un'indegnità, una vergogna! E' l'esclamazione che ci capita spesso di ascoltare ai telegiornali della sera, quale angosciato commento dei familiari ad una sentenza che non ha condannato con l'attesa severità il presunto responsabile del crimine di cui un loro caro é stato vittima. Invece, quando la pena è considerata adeguata, si grida 'giustizia è fatta'.

Conviene chiedersi qual'è lo scopo e quali sono i destinatari di una sentenza penale.

La nozione d'infrazione penale rinvia alla lesione di un valore, la vita umana, l'integrità fisica, la fede degli scritti, la cui salvaguardia è ritenuta essenziale al convivere civile. Di conseguenza è la società nel suo insieme che è considerata come la vittima e non solo colei o colui direttamente colpiti fisicamente, moralmente o patrimonialmente. Ed é con tale riferimento che il pubblico ministero richiede la condanna e la punizione del colpevole.

Si considera dunque che la sanzione penale, che essa sia costituita dal carcere o da qualsiasi altra misura a carattere punitivo, compensi il disordine sociale causato dall'infrazione. E' dunque in virtu' del castigo, cioè attraverso una misura afflittiva, imposta all'autore dei fatti, che la società civile può recuperare la sua integrità, la sua coesione e la pace iniziale.

Dunque la vittima effettiva dell'infrazione non possiede uno statuto di primo piano. Il fatto criminale di cui ella ha subito le conseguenze, costituisce l'elemento scatenante dell'azione penale del pubblico ministero, che si impossessa del fascicolo appena i fatti sono sottoposti alla sua attenzione. Da questo istante si può affermare che la vittima è, in qualche modo, spodestato del suo caso che diventa quello di tutti, tramite il magistrato. La vittima è considerata come elemento sussidiario del processo.

Di fatto si presume che, oltre alla società globalmente intesa, anche la vittima trovi compensazione al torto subito nella punizione inflitta al colpevole. Insomma la sofferenza

[1] Artículo publicado previamente en el Bollettino della Mazzini en marzo de 2025.

inflitta al responsabile dell'atto criminoso è considerata idonea ad attenuare, addirittura neutralizzare quella subita dalla sua vittima. Quando la punizione non è ritenuta adeguata dalla vittima e/o dai suoi familiari, si grida all'ingiustizia.

Ci si può domandare circa la fondatezza di un tale ragionamento e se non sia urgente ripensare la funzione della pena, in particolare della prigione. Un'altra giustizia è possibile?

Poiché il corpo sociale non è la reale vittima di tutte le infrazioni commesse in quanto lo è solo per il principio, cioè astrattamente e simbolicamente, perché dunque è stato scelto di riservare alla Stato, tramite le autorità designate all'uopo, il monopolio della repressione, l'esclusività della legittima violenza. La risposta puo' sembrare ovvia: si presume che le vittime, o i suoi rappresentanti sarebbero incapaci di scegliere la giusta soluzione. La giustizia si fonda sulle nozioni di equità e misura. Cosi una repressione esercitata dalle vittime stesse non sarebbe affidabile in quanto o troppo lieve o eccessiva, cioè troppo aleatoria nei due casi, a seconda del carattere delle vittime.

Cionondimeno è normale che la vittima sia messa fuori gioco, sia spossessata della sua storia, che non potendo esprimere le sue doglianze sia costretta a farlo davanti alle camere televisive?

Si può aderire al concetto che non spetta alla vittima di decidere in ultima istanza della sorte da riservare all'autore dei fatti criminosi: giuristi e filosofi concordano sul punto. La vittima non può essere agente della repressione. Pero' è giudizioso escluderla totalmente dal dibattito alla quale l'udienza privilegiata riservata alle vittime nei media, conferisce una scottante attualità?

Esistono modi alternativi di soluzione delle controversie penali, tra questi la giustizia riparativa. Un settore relativamente nuovo nei sistemi giuridici europei. Essa si basa sull'idea di porre rimedio al danno, coinvolgendo la vittima e l'imputato nel processo di soluzione dei conflitti, eventualmenete con l'intervento imparziale di un terzo.

In particolare la mediazione ha dimostrato la sua efficacia, come gli altri mezzi di risoluzione dei conflitti. È riconosciuto che la mediazione offre un approccio flessibile e autodeterminato. È in grado di sollevare i giudici dall'onere soffocante di risolvere i molteplici e complessi casi quando entrano in aula.

La giustizia negoziata, nelle sue varie forme, trasforma le categorie tradizionali del diritto penale. La distinzione tra diritto pubblico e diritto privato tende ad attenuarsi.

Tradizionalmente considerata come la *summa divisio*, questa distinzione radicale tra diritto pubblico e privato, basata sulla considerazione che il diritto penale riguarda lo Stato per definizione, è messa in discussione dallo sviluppo di un diritto contemporaneo in cui interessi privati e pubblici per la punizione degli illeciti si sovrappongono. Il diritto di punire deve essere rivendicato come mezzo per collegare la volontà dell'individuo al benessere della società in modo diverso dallo strumento della privazione della libertà.

Il modello di diritto penale come intervento autoritario e unilaterale nella difesa dei valori sociali, cede gradualmente il passo a un modello maggiormente orientato verso la riparazione del danno causato.

Come risultato delle procedure negoziate, lo schema puro del giudice che cerca la verità, determina la responsabilità e condanna a seguito di un dibattito contraddittorio e pubblico sul merito del caso, va erodendosi. D'altra parte, i reati commessi in campo economico e finanziario sono combattuti in modo più efficace imponendo sanzioni che colpiscono la *'res* piuttosto che la persona. Colpire la proprietà o la vita professionale può essere più efficace e punitivo di una misura di detenzione.

E' quanto la riforma Cartabia suggerisce in Italia: delineare un paradigma per un piu' ampio sistema di giustizia riparativa che superi le reticenze di molti attori processuali che lo considerano ancora un tema nebuloso, da sorvolare rapidamente, che suscita scetticismo, riserve e malintesi.

Nondimeno vi é urgenza in Italia ed in Europa di ricercare soluzioni per far fronte al sovrappopolamenteo delle prigioni. Recentemente i Ministri della giustizia ad Helsinki, hanno affrontato, in un ampio dibattito, il tema delle misure alternative alla prigione. Si considera indispensabile un accordo politico sul tema, volto a ricercare soluzioni al problema delle condizioni carcerarie in Europa, che intacca la reciproca fiducia, requisito indispensabile alla cooperazione giudiziaria, in particolare nel quadro del mandato d'arresto europeo, quando si invocano le condizioni disumane delle carceri del Paese richiedente, onde rifiutare l'estradizione, anche se sotto la vigile attenzione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea. Il Consiglio, dopo aver constatato che esistono notevoli divergenze e lacune nelle legislazioni nazionali, invoca la necessità di armonizzare e promuovere le misure alternative alla prigione in collaborazione col Consiglio d'Europa.

Restiamo fiduciosi che i nostri colleghi delle Istituzioni europee si adoperino in tal senso col dovuto impeto!

Marzo de 2025

* * * * * *

3. Estudios

Prof. Dr. José Manuel Paredes Castañón

Catedrático de Derecho Penal, Univ. de Oviedo, Asturas, España. Patrono de la FICP.

~Racionalidad instrumental del legislador y estereotipos sociales sobre la delincuencia: modelos de argumentación punitivista~

Resumen.- El análisis de los discursos que los legisladores elaboran para justificar las propuestas de reforma legislativa que pretenden ampliar la intervención penal (creando o ampliando delitos, o agravando penas) permite detectar cuáles son los presupuestos conceptuales y los argumentos que se utilizan para defender los beneficios de la expansión punitiva. En el trabajo se estudian cuatro reformas del Código Penal español en sentido punitivista y se ponen de manifiesto los estereotipos y prejuicios de los que legisladores de todas las ideologías parten, a la hora de concebir el papel del Derecho Penal y sus efectos sobre los fenómenos de desviación social. Se concluye que los discursos político-criminales de los legisladores suelen carecer de rigor, limitándose a reflejar sus prejuicios y los de los grupos de presión y careciendo habitualmente de cualquier sustento empírico sólido.

Palabras clave.- Racionalidad. Populismo punitivo. Prevención. Fines de las penas. Análisis crítico del discurso

Sumario.- I. Los discursos legislativos como objeto de estudio. II. Racionalidad instrumental y función motivadora de la norma penal. III. El destinatario de las normas penales: casos de estudio. 1. Cuatro modelos de destinatario. 2. Caso 1 (terrorismo). 3. Caso 2 (hurto). 4. Caso 3 (seguridad vial). 5. Caso 4 (violencia contra las mujeres). 6. Tabla comparativa. IV. Semántica del discurso legislativo sobre los destinatarios de las normas. 1. Introducción. 2. Configuración del espacio semántico: dominios conceptuales predominantes. 3. Conceptualización: temas prominentes en cada discurso. 4. Categorización: tipología de delincuentes-modelo. 5. Crítica: estereotipos legislativos, ideología punitivista y realidad empírica.

I. LOS DISCURSOS LEGISLATIVOS COMO OBJETO DE ESTUDIO

Todo legislador contemporáneo presume de proponer y de adoptar decisiones racionales. Más aún: presume asimismo de que sus decisiones resultan no sólo racionales, sino además también razonables desde el punto de vista de la razón pública[1]. Así, al menos en los discursos públicos, y especialmente en aquellos discursos públicos emitidos en las situaciones más intensamente institucionales (como ocurre, por ejemplo, con los declaraciones públicas de representantes del gobierno o de los grupos parlamentarios cuando presentan un proyecto de ley, con las exposiciones de motivos de dichos proyectos y con las intervenciones y debates en sede parlamentaria), parece casi imposible –más allá de algún caso anecdótico- encontrar ejemplos de líderes políticamente relevantes que declaren proponer o apoyar un proyecto de nueva ley o de reforma de una ley preexistente

[1] Por razón pública (en tanto que forma intermedia de justificación –intermedia, en comparación con el juicio puramente moral- de las decisiones morales colectivas y de las decisiones políticas) hay que entender la exigencia de que las reglas de racionalidad práctica que proponemos y aplicamos resulten les justificables o, cuando menos, racionalmente aceptables, a todos aquellos sujetos concernidos por la aplicación de dichas reglas: QUONG, en: Stanford Encyclopedia of Philosophy, 2017.

tan solo por razones puramente egoístas, expresivas o emocionales. Ocurre, en efecto, que, cuando menos en la cultura occidental, la racionalidad es concebida como una virtud, pero también (y, paradójicamente, al mismo tiempo) como un presupuesto (una condición trascendental, en el sentido kantiano), imprescindible para que un discurso práctico –en torno al actuar- pueda cobrar sentido. Y que, además, en la cultura política occidental, también se considera que la razonabilidad intersubjetiva constituye una virtud política de primer orden.

Por supuesto, podría suceder que esta pretensión de racionalidad resultase simplemente mendaz: podría ocurrir que se tratase tan solo de un caso de hipocresía, ese –en palabras de La Rochefoucauld- *"tributo que el vicio rinde a la virtud"*; es decir, que los legisladores, siendo conscientes del valor que se atribuye en nuestra cultura a la virtud de la racionalidad, disimulasen, detrás de sus alegaciones de estar actuando racionalmente, puros intereses, puras emociones o puros prejuicios. Y, desde luego, algo de eso hay siempre: sabiendo cómo transcurre la dinámica política real, ni siquiera el más desinteresado y sereno de los líderes políticos puede ni debe prescindir por completo de las implicaciones emocionales, simbólicas y electorales de aquellas decisiones políticas que adopta. De manera que sí, es cierto: en algún sentido (limitado, cuando menos), existe siempre, cuando se propone un cambio legislativo, cierta hipocresía en las alegaciones de que se hace por (pura) racionalidad, por el *"interés general"*.

Ahora bien, siendo esto cierto, también lo es, me parece, que no constituye toda la historia, sino tan sólo una parte. Que, por el contrario, también es verdad que, por regla general, y dentro de ciertos límites, los legisladores también tienen la intención, cuando proponen reformas legales, de obtener a través de ellas determinados resultados ligados (cuando menos, según el marco de creencias en el que ellos piensan) al *"interés general"*. Y que tal intención es, muchas veces (aunque, desde luego, no siempre), sincera. Es decir, que, como regla general, la acción legislativa no es, ni puede ser, nunca puramente racional, pero tampoco es puramente irracional: es (como toda acción humana y, especialmente, como toda actuación política) el fruto de decisiones adoptadas a partir de una combinación inextricable de motivos racionales egoístas, de motivos racionales altruistas (pro-sociales, en beneficio de un interés colectivo) y de motivos "irracionales" (emocionales y/o expresivos)[2].

[2] Prescindo aquí de una característica adicional: que se trata de una decisión (de actuar) adoptada colectivamente. Sobre este último rasgo, vid. WALDRON, Derecho y desacuerdos, 2005, pp. 29 ss.

En este trabajo quisiera concentrarme exclusivamente en la segunda clase de motivos referidos: en aquella parte de la motivación del legislador para actuar que puede ser valorada como (conjunto de) motivos pro-sociales; aquellos que dependen de la intención de obtener, merced a la acción legislativa, un resultado beneficioso (según su punto de vista) para el *"interés general"* (definido igualmente conforme a su propio marco de creencias). Tal y como más arriba se indicó, la motivación pro-social del legislador es la que normalmente aparece de un modo más explícito, en forma de razones para actuar, en los discursos públicos que profiere –en especial, en los de perfil más institucional- y que están destinados a justificar la acción legislativa.

De entre dichas razones, unas harán referencia a argumentos de naturaleza moral y otras, en cambio, a argumentos de índole instrumental. Así, en el caso concreto –el que aquí nos interesa- de las reformas penales por las que bien se crean o amplían delitos, o bien se crean o agravan penas, las razones morales aducidas por los legisladores para justificarlas suelen tener que ver con: 1º) la valoración moral que, conforme a determinados principios morales, que se pretende que son universalmente aceptados, debería otorgarse a la conducta prohibida y penada; y 2º) los sentimientos morales que la mayoría de la ciudadanía albergaría (sea esto o no cierto) en relación con dicha conducta.

Mucho puede y debe decirse respecto de estas dos clases de argumentos morales, con el fin de determinar críticamente cuál es su verdadera fuerza[3]. No obstante, yo aquí deseo concentrarme más bien en la otra clase de razones que el legislador suele aducir, intentando justificar la racionalidad de su empeño: las razones instrumentales. La racionalidad instrumental de una acción hace referencia a la idoneidad de la misma, en atención a los resultados que se pretende lograr con ella. En este sentido, una acción (legislativa, por ejemplo) es tanto más racional, desde la perspectiva meramente instrumental, cuanto mayor sea la coherencia entre las consecuencias causales de la misma que son previsibles y los estados de cosas que se desea que tengan lugar[4].

[3] De unos y de otros me he ocupado ya en trabajos anteriores: por lo que hace a la primera clase (el delito como conducta inmoral y la pena como respuesta a la misa), vid. PAREDES CASTAÑÓN, La justificación de las leyes penales, 2013; y en relación con la segunda (el delito como escándalo moral en contra de las creencias mayoritarias), vid. PAREDES CASTAÑÓN, Libertas, Madrid, 4, 2016.

[4] KOLODNY/ BRUNERO, en: Stanford Encyclopedia of Philosophy, 2013.

II. RACIONALIDAD INSTRUMENTAL Y FUNCIÓN MOTIVADORA DE LA NORMA PENAL

En el caso concreto del Derecho Penal, la razones de índole instrumental aducidas para justificar la acción legislativa por la que se crean o amplían delitos, o se crean o agravan penas, suelen tener que ver con la función que la norma penal que se pretende promulgar debería cumplir en la etapa de conminación (en el momento, pues, en el que, mediante actos de habla, el contenido prescriptivo de la norma es comunicado a sus destinatarios). Por el contrario, resulta inusual que durante la discusión legislativa sobre el Derecho Penal sustantivo se haga referencia a los efectos de las normas en las etapas de enjuiciamiento o de ejecución penal. No, cuando menos, para traer a colación los argumentos principales del debate, que suelen tener que ver más bien con el momento de la conminación[5].

Así pues, en los discursos del legislador, junto con razones de índole moral, las razones de naturaleza instrumental que suelen alegarse para justificar la reforma legal que crea o amplía un delito, o que crea o agrava una pena, habitualmente tienen que ver con la función de motivación que las normas penales deberían cumplir en el momento de la conminación. Lo que se suele argumentar, en efecto, es que la creación de un delito (sea porque el delito no existía previamente, o porque la conducta en cuestión anteriormente no resultaba subsumible en el mismo, o lo era en uno menos grave), o la agravación de su pena, constituyen acciones idóneas para producir (o, si se trata de una agravación, para incrementar) el efecto de motivación que la norma penal es idónea para causar en sus destinatarios; un efecto que, en tanto la reforma legislativa no tenga lugar, no se produce, de manera que –se sostiene- existiría un grave riesgo de que la política pública (de no intervenir prohibiendo y sancionando, o sancionando más) tuviese efectos criminógenos,

[5] Hay, no obstante, excepciones: principalmente, en el caso de las reformas que afectan a las penas, cuando se discute de modo acerbo acerca de si una determinada pena está (por su naturaleza o por su magnitud) moralmente justificada, pueden aparecer argumentos adicionales –en todo caso, siempre de importancia secundaria- relacionados con la racionalidad instrumental del proceso de determinación de la penal o de su régimen de ejecución. Así ha ocurrido, por ejemplo, recientemente en España, en relación con la pena de prisión permanente revisable (introducida por el legislador español en la reforma del Código Penal de 2015), cuando se discute sobre la racionalidad de su régimen de revisión. Y algo parecido viene ocurriendo en el debate internacional acerca de la pena de muerte, en el que en ocasiones se argumenta en torno a la ineficiencia (por su lentitud y por su coste) del proceso de aplicación de la pena. Debe observarse, sin embargo, que en ambos casos los argumentos referidos a los momentos de la imposición o de la ejecución de la pena son siempre secundarios. Y más aún lo son los relativos a la racionalidad instrumental de dichos procesos, dado que el debate se concentra principalmente en cuestiones de justificación moral.

incentivando mediante la omisión la realización de conductas desviadas respecto de las normas de comportamiento social deseable.

El modelo de secuencia causal que parece estar implícito en este tipo de discurso es el siguiente:

— La conminación mediante la norma penal (mediante su creación y ulterior comunicación reiterada) es un acto de habla, a través del cual el legislador-emisor (actuando como mensajero del Estado) pretende transmitir un mensaje al destinatario de la norma-receptor. Un mensaje cuyo significado es una combinación de prescripción y de amenaza: prescripción (acto de habla directivo), por cuanto se prohíbe realizar una determinada clase de acciones; y amenaza (acto de habla conmisivo)[6], en la medida en que se promete causar un mal al receptor, en el caso de que no cumpla con la prohibición.

— En las condiciones idóneas, el mensaje transmitido introduce uno o varios motivos adicionales (a los que previamente hubiera ya) en el proceso de motivación del destinatario de la norma que determina sus acciones.

— En tales condiciones idóneas, cuanto más grave sea la acción que el emisor promete llevar a cabo (cuanto mayor sea la entidad de la amenaza), más intenso será el efecto motivacional de la conminación legislativa sobre el destinatario de la norma. De este modo, el efecto motivacional de la promulgación de un delito sería siempre, *ceteris paribus*, superior al de otras prescripciones. E igualmente, el efecto motivacional de una pena más grave sería siempre –en las mismas condiciones- más intenso al de una pena más leve.

De nuevo, serían muchas las observaciones críticas que podrían realizarse acerca del simplismo de este modelo de la secuencia causal que opera en el momento de la conminación penal. Simplismo, de una parte, por lo que hace al modelo de comunicación entre legislador y destinatario de la norma del que se parte, que parece ignorar las dificultades que en el proceso comunicativo introducen tanto la existencia de ruido ambiental (de naturaleza, sociocultural), que interfiere en la comprensión del mensaje normativo por parte de sus receptores, como lo idiosincrásicos que resultan ser siempre

[6] Sobre los conceptos de la teoría de los actos de habla aquí implicados, vid. SEARLE, en Valdés Villanueva (ed.): *La búsqueda del significado. Lecturas de filosofía del lenguaje,* 1991, pp. 459-466.

los procesos de descodificación por parte de estos[7]. Pero simplismo también, de otra, a la hora de concebir el proceso de motivación psíquica de los individuos, que es entendido sobre la base de un conductismo ingenuo, en el que se ignoran características de dicho proceso (su naturaleza de sistema complejo y la naturaleza no lineal de sus dinámicas) que hoy están completamente demostradas[8] y que vuelven dudosa –cuando menos- la hipótesis de que un incremento en la gravedad de la amenaza esté directamente correlacionado con la intensidad de la motivación aportada por la misma[9].

III. EL DESTINATARIO DE LAS NORMAS PENALES: CASOS DE ESTUDIO

1. Cuatro modelos de destinatario

En todo caso, mi objetivo aquí no es contrastar el modelo de motivación mediante normas prescriptivas que maneja el legislador con la evidencia al respecto proporcionada por las ciencias empíricas, sino profundizar en los contenidos de dicho modelo. En este sentido, además de la –ya señalada- simpleza del modelo desde el punto de vista causal, lo más llamativo en el mismo resulta su ambigüedad a la hora de describir las características del tipo ideal de sujeto que sería el receptor del mensaje normativo, aquél a quien habría que motivar.

En efecto, el análisis de los discursos públicos que los legisladores emiten (especialmente, como indiqué, aquellos que poseen un carácter más marcadamente institucional) pone de manifiesto que, en realidad, aunque prácticamente en todos los discursos se parte, para justificar la racionalidad instrumental, de un único modelo de secuencia causal (en el que existiría una línea recta y sin desvíos desde la conminación por parte del legislador hasta el efecto motivacional en el destinatario, y en el que la intensidad de la una y del otro estarían correlacionadas), no en todos los casos se concibe de igual modo al sujeto que debe ser motivado. Antes al contrario, parecería más bien que los legisladores contemporáneos manejan, dependiendo de qué ámbitos de regulación se trate, modelos diferentes de sujeto destinatario de la norma penal. De manera que, en

[7] CUESTA, Psicología social de la comunicación, 2000, pp. 95 ss., 155 ss. De hecho, muchas teorías criminológicas (como la de la anomia o la de las subculturas criminales) parten de tales dificultades de comunicación para intentar proporcionar explicaciones más convincentes de las dinámicas sociales que conducen a la realización de conductas criminales: vid. DOWNES/ ROCK, Sociología de la desviación, 2011, pp. 151 ss.

[8] CARVER/ SCHEIER, On the Self-Regulation of Behavior, 1998, pp. 250-262.

[9] NAGIN, Crime and Justice, Chicago, 42, 2013.

último extremo, el proceso de motivación que justificaría la acción legislativa resultaría ser, según los casos, notablemente diferente.

Propongo, en este sentido, que, con el fin de examinar esta diferencia de tratamiento en los discursos legislativos del sujeto destinatario de la norma penal encargada de motivarle, realicemos a continuación un seguimiento por extenso de los discursos de los legisladores (de los de perfil máximamente institucional: de las exposiciones de motivos y de los debates parlamentarios –especialmente, es este último caso, de las intervenciones de parlamentarios de los "partidos de gobierno") en cuatro casos ejemplares de reformas del Derecho Penal español: en materia de terrorismo, de *"violencia de género"* (violencia contra la pareja o ex pareja) o familiar, de seguridad vial y de delitos patrimoniales. Pudiendo, de este modo, comparar las muy diferentes operaciones de conceptualización y de categorización que se han introducido en cada uno de tales discursos, a la hora de intentar justificar, desde el punto de vista de la racionalidad instrumental, las reformas.

2. Caso 1 (terrorismo)

En el año 2003 (VII Legislatura), el Gobierno español (Partido Popular) presentó en las Cortes Generales un proyecto de reforma del Código Penal que, entre otras cosas, proponía modificar las penas de los delitos de terrorismo y de los hurtos leves sin violencia ni fuerza en las cosas.

Obsérvese lo que se decía en relación con el primero de los temas. En la exposición de motivos del Proyecto:

> *"Pero, además de asegurar este derecho, la ley persigue un claro objetivo, conforme con su propia naturaleza penal: el de lograr una lucha más efectiva contra la criminalidad. Como ha señalado autorizada doctrina penal, el mayor freno de los delitos no es la dureza de las penas, sino su infalibilidad, de modo que la certeza de un castigo, aunque éste sea moderado, surtirá más efecto que el temor de otro más severo unido a la esperanza de la impunidad o de su incumplimiento.*
>
> (…)
>
> ***La sociedad demanda una protección más eficaz*** *frente a las formas de delincuencia más graves, en concreto, los delitos de terrorismo, los procedentes del crimen organizado y los que revisten una gran peligrosidad, protección que el Estado de Derecho no sólo puede sino que tiene la obligación de proporcionar. La flexibilidad en el cumplimiento de las penas y los beneficios penitenciarios tienen su razón de ser en el fin de reinserción y reeducación del delincuente constitucionalmente consagrado, pero, precisamente por ello,*

*la legislación **debe evitar que se conviertan en meros instrumentos al servicio de los terroristas** y los más graves delincuentes para lograr un fin bien distinto."*[10]

Y, luego, en los debates parlamentarios dentro de la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados:

*" (...) mi grupo parlamentario, aun sabiendo lo que ha sido el efecto de ese instrumento de la legislación anterior de la redención de penas por el trabajo, puede **compartir la preocupación que han sentido algunos ciudadanos** cuando han visto que personas condenadas a muchos años de prisión, en algunos casos a más de 200 años de prisión, por el juego del límite máximo de cumplimiento de las penas, de la redención de penas por el trabajo y de alguna que otra actuación de algún juez de Vigilancia Penitenciaria, han estado en la calle —por así decirlo—, a los pocos años —pocos años comparados con estos 200—, a los 10 ó 17 años."*[11]

*"**La sociedad tiene derecho a tener garantías** de que cuando alguien que la ofendió terriblemente con un crimen múltiple, con un asesinato múltiple, con un coche bomba matando a cuatro personas de una sentada y disponiéndose a matar a otras cuatro en cuanto tenga la menor oportunidad, (...) ve reducida una condena de 120 años a 32, 22 ó 23 de cumplimiento efectivo, eso es a cambio de que esa persona ha dejado de ser ofensiva y una amenaza para el conjunto de la sociedad. Pero aún algo más, no solamente que esa persona individualmente ha dejado de ser ofensiva y una amenaza para el conjunto de la sociedad, sino que ha lanzado un mensaje de compromiso con la democracia constitucional y con las libertades suficientemente disuasorio en el entorno del que procede."*[12]

*"El Partido Popular se ha movido, se mueve y se moverá siempre dentro del Estado de derecho y la reforma introduce una serie de mecanismos jurídicos plenamente compatibles con la Constitución que se orientan a fortalecer el principio de seguridad jurídica, perfeccionar el ordenamiento jurídico penal con el fin de incrementar las penas para los delitos especialmente graves, como se ha puesto de manifiesto en el proyecto y en las enmiendas incorporadas, y **evitar posibles supuestos de práctica impunidad**."*[13]

[10] Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas (Boletín Oficial del Estado núm. 156, de 1 de julio de 2003). Disponible en: https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2003-13022. Acceso: 30/4/2018. Subrayado mío.

[11] Intervención del diputado Manuel Silva Sánchez (CiU) en la sesión de la Comisión de Justicia e Interior del Congreso de los Diputados de 13/5/2003 (Diario de Sesiones C núm. VII-761). Disponible en: http://www.congreso.es/public_oficiales/L7/CONG/DS/CO/CO_761.PDF. Acceso: 30/4/2018. Subrayado mío.

[12] Intervención del diputado Juan Francisco López Aguilar (PSOE) en la sesión de la Comisión de Justicia e Interior del Congreso de los Diputados de 13/5/2003 (Diario de Sesiones C núm. VII-761). Disponible en: http://www.congreso.es/public_oficiales/L7/CONG/DS/CO/CO_761.PDF. Acceso: 30/4/2018. Subrayado mío.

[13] Intervención del diputado Leocadio Bueso Zaera (PP) en la sesión de la Comisión de Justicia e Interior del Congreso de los Diputados de 13/5/2003 (Diario de Sesiones C núm. VII-761). Disponible en: http://www.congreso.es/public_oficiales/L7/CONG/DS/CO/CO_761.PDF. Acceso: 30/4/2018. Subrayado mío.

3. Caso 2 (hurto)

Obsérvese a continuación cómo, en cambio, se discutía (mismo momento, mismo proyecto de ley, misma situación política) acerca de la reforma del delito de hurto. Decía al respecto la exposición de motivos del Proyecto:

> *"La realidad social ha puesto de manifiesto que uno de los principales problemas a los que tiene que dar respuesta el ordenamiento jurídico penal es el de la delincuencia que reiteradamente comete sus acciones, o lo que es lo mismo,* ***la delincuencia profesionalizada****. Son numerosos los ejemplos de aquellos que cometen pequeños delitos en un gran número de ocasiones,* ***delitos que debido a su cuantía individualizada no obtienen una respuesta penal adecuada****.*
>
> (…)
>
> *El presente texto establece, en primer lugar, medidas dirigidas a dar* ***una respuesta adecuada a aquellos supuestos*** *en que los autores ya han sido condenados por la realización de actividades delictivas, a través de la aplicación de la agravante de reincidencia, en este caso cualificada por el número de delitos cometidos, siguiendo un criterio ya establecido en nuestra doctrina y en nuestros textos legales."* [14]

Y, luego, en los debates de la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados se dijeron cosas como las siguientes:

> *"(…)* ***quién no está alarmado por algunas situaciones de delincuencia habitual o de multirreincidencia****, en el sentido técnico, de algunos delincuentes que, segura-mente por dificultades operativas de falta de medios, de jueces, etcétera,* ***están en la calle, cuando deberían tener una sanción penal*** *motivada por la transgresión de normas a la convivencia que nos hemos dado."* [15]
>
> *"Nuestro Estado democrático exige que las penas impuestas a los delincuentes reincidentes* ***no se determinen de espaldas a la trascendencia social que la irritación de los ciudadanos otorga a estas situaciones delictivas****."* [16]
>
> *"(…) lo que nos permite, con mayor corrección dogmática,* ***distinguir la persona que se dedica habitual y profesionalmente a cometer hurtos*** *del jovenzuelo que no lo debiera hacer pero lo hace un día que entra en unos grandes almacenes y se lleva un compact disc. Esto es lo que en el fondo todos aquí pretendemos distinguir, el delincuente primario, que*

[14] Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas. Subrayado mío.

[15] Intervención del diputado Jaime Javier Barrero López (PSOE) en la sesión de la Comisión de Justicia e Interior del Congreso de los Diputados de 17/6/2003 (Diario de Sesiones C núm. VII-776). Disponible en: http://www.congreso.es/public_oficiales/L7/CONG/DS/CO/CO_776.PDF. Acceso: 30/4/2018. Subrayado mío.

[16] Intervención de la diputada Ana María Torme Pardo (PP) en la sesión de la Comisión de Justicia e Interior del Congreso de los Diputados de 17/6/2003 (Diario de Sesiones C núm. VII-776). Disponible en: http://www.congreso.es/public_oficiales/L7/CONG/DS/CO/CO_776.PDF. Acceso: 30/4/2018. Subrayado mío.

en este caso perfectamente puede tener una pena de falta, del habitual, el profesional, el reincidente, que debe tener una pena superior." [17]

4. Caso 3 (seguridad vial)

En el año 2006 (VIII Legislatura) actuó en el Congreso de los Diputados una Comisión No Permanente sobre Seguridad Vial y Prevención de Accidentes de Tráfico, fruto de la cual sería la posterior reforma de los "delitos contra la seguridad vial", promovida por el Gobierno (PSOE) e introducida en el Código Penal por la Ley Orgánica 15/2007. En dicha Comisión se discutió –entre otras cosas- acerca de la función que podía cumplir el Derecho Penal en la represión de las conductas imprudentes en el tráfico automovilístico. Obsérvese en qué términos:

"(…) *el que exploramos hoy aquí es un* ***terreno mejor abonado, como también trataré de exponer, para la prevención e incluso para la educación****. (…) Educación sí, prevención también, pero no habrá una política seria sin que también se otorgue su territorio, en este campo, al derecho penal.*

(…)

En la línea del clásico concepto de prevención general, la probabilidad de ser sancionado y su coste asociado deberían ser suficientes e idóneos para reprimir esta clase de conductas *cuya faceta más trágica es, en muchos casos, su origen exclusivamente caprichoso o arbitrario, que se manifiesta en la simple y consciente adopción por parte del usuario de la vía de actitudes irresponsables debidas a la falta de una suficiente valoración del riesgo o a la inadecuada ponderación de sus consecuencias. Se trata por tanto de intervenir sobre esta lista de consecuencias, anteponiendo a las que resultan de la concreción final del peligro otras que permitan evitar su realización. Dicho de modo más claro,* ***se trata de hacer llegar al usuario el mensaje de que su conducta imprudente o irresponsable puede en efecto provocar un siniestro que genere daños personales y materiales irreparables a otras personas o a él mismo, pero incluso antes de ese efecto irreparable, el hecho mismo de conducirse de manera descuidada o temeraria debe acarrearle otros perjuicios serios****."* [18]

"(…) *conviene una reflexión sobre qué puede hacer la legislación penal para reforzar el valor de la seguridad vial; entre otros* (…) ***el de cumplir el objetivo que conceptualmente se denomina de prevención general y de prevención especial, es decir, el efecto preventivo, en la medida en que la ley penal, precisamente por la entidad del reproche, por su imponencia, está llamada a ejercitar una especial disuasión en la incursión en las***

[17] Intervención del diputado Manuel Silva Sánchez (CiU) en la sesión de la Comisión de Justicia e Interior del Congreso de los Diputados de 17/6/2003 (Diario de Sesiones C núm. VII-776). Disponible en: http://www.congreso.es/public_oficiales/L7/CONG/DS/CO/CO_776.PDF. Acceso: 30/4/2018. Subrayado mío.

[18] Comparecencia de Cándido Conde-Pumpido Tourón, Fiscal General del Estado, en la sesión de la Comisión No Permanente sobre Seguridad Vial y Prevención de Accidentes de Tráfico del Congreso de los Diputados de 23/11/2005 (Diario de Sesiones C núm. VIII-437. Disponible en: http://www.congreso.es/public_oficiales/L8/CONG/DS/CO/CO_437.PDF. Acceso: 30/4/2018. Subrayado mío.

> ***conductas que merecen esa calificación***, *lo cual intencionalmente tendría como objetivo disminuir la frecuencia de esas conductas y, al mismo tiempo, significar la intolerancia social con respecto de esas conductas a la vista del daño que acarrean y de los efectos que producen. (...) sí quiero confirmar (...) que la seguridad vial va a estar presente en este proyecto de reforma del Código Penal, y lo vamos a hacer (...) sobre todo para expresar que el Código de circulación debe ser tomado muy en serio, que son muchos y muy importantes los valores que están involucrados en la actitud de los conductores en la seguridad vial.*
>
> (…)
>
> *Esto tampoco puede asociarse de forma inmediata a efectos milagrosos o de impacto sobre la reducción de la siniestralidad, pero sin ninguna duda estará* ***lanzando un mensaje de compromiso muy potente y en el transcurso del tiempo está llamado a reducir esa tasa de siniestralidad*** *y el balance de dolor humano y de pérdidas que eso comporta."*[19]

Con posterioridad, la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 15/2007 decía lo siguiente:

> *"Entre las resoluciones aprobadas como consecuencia del debate sobre el Estado de la Nación de 2006 se incluye la número diecinueve, en la que se declara, entre otros aspectos, que el Congreso de los Diputados considera oportuno impulsar la modificación del Código Penal, teniendo en cuenta las distintas propuestas que se están estudiando en la Comisión de Seguridad Vial del Congreso de los Diputados, con el objetivo de* ***definir con mayor rigor todos los delitos contra la seguridad del tráfico y los relacionados con la seguridad vial, evitando que determinadas conductas calificadas como de violencia vial puedan quedar impunes****.*
>
> (…)
>
> *se presenta esta Proposición de Ley Orgánica de reforma del Código Penal en materia de Seguridad Vial, cuyo contenido básico persigue, de una parte,* ***incrementar el control sobre el riesgo tolerable*** *por la vía de la expresa previsión de excesos de velocidad que se han de tener por peligrosos o de niveles de ingesta alcohólica que hayan de merecer la misma consideración. A partir de esa estimación de fuente de peligro se regulan diferentes grados de conducta injusta, trazando un arco que va desde el peligro abstracto hasta el perceptible desprecio por la vida de los demás, como ya venía haciendo el Código.* ***Las penas y consecuencias se incrementan notablemente*** (…)*"*[20]

[19] Comparecencia de Juan Francisco López Aguilar, Ministro de Justicia, en la sesión de la Comisión No Permanente sobre Seguridad Vial y Prevención de Accidentes de Tráfico del Congreso de los Diputados de 20/6/2006 (Diario de Sesiones C núm. VIII-610. Disponible en: http://www.congreso.es/public_oficiales/L8/CONG/DS/CO/CO_610.PDF. Acceso: 30/4/2018. Subrayado mío.

[20] Exposición de motivos de la Ley Orgánica 15/2007, de 30 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de seguridad vial (Boletín Oficial del Estado núm. 288, de 1 de diciembre de 2007). Disponible en: https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2007-20636. Acceso: 30/4/2018. Subrayado mío.

5. Caso 4 (violencia contra las mujeres)

Por fin, en el año 2004 (VIII Legislatura) el Gobierno (PSOE) presentó a las Cortes Generales un Proyecto de Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, que contenía, entre otras muchas, también propuestas de reforma del Código Penal. En el debate parlamentario de dicho Proyecto, en la Comisión de Trabajo y Asuntos Sociales del Congreso de los Diputados, se argumentaron cosas como las siguientes:

> *"Si **entendemos la ley como vinculada al concepto de prevención general**, que es un concepto interesante, **no el de prevención general negativa**, es decir, no que la gente se asuste ante el temor de la sanción, que es lo que suponían las teorías de la prevención general negativa, **sino la prevención general positiva, (…), teniendo en cuenta que los tipos penales y la acción judicial pueden servir de pedagogía positiva para que los ciudadanos comprendan que esos comportamientos**, (…) **es decir, eso, la prevención general positiva puede verse favorecida**, y yo no criticaría el exceso ni de la tutela judicial ni el exceso —entre comillas— de la acción penal en esta materia.*
>
> (…)
>
> *Está visto que el aumento de las penas* (…) *no garantiza ni resuelve nada en absoluto en relación con la disminución de los delitos. Sin embargo, la prevención general positiva* (…) *¿Qué es lo que pretende esta doctrina, este planteamiento sobre el sentido del derecho penal? Pues **pretende evitar la comisión de delitos por parte de la colectividad, conformando la conciencia jurídica de los ciudadanos para fomentar su adhesión al derecho y al reconocimiento de los valores que encarna, sus mandatos y sus prohibiciones, y así no sería el miedo sino la función comunicativa de los valores jurídicos la que llevaría a esta justificación**."*[21]
>
> *"*(…) *se planteó desde los que ampliamente hemos venido demandando esta ley en el pasado era **que se explicitara claramente la tolerancia cero frente a la violencia**. Es un objetivo que se ha planteado desde el feminismo y usted ha hablado muy bien desde su posición de feminista. La tolerancia cero se puede desprender del articulado, pero hay algunos aspectos que la hacen más visible con respecto a la violencia. Uno de ellos es sin duda el agravamiento de las penas. Usted ha dicho que desde el feminismo no estaba muy de acuerdo con ese planteamiento y yo le pregunto cómo haría para que desde el articulado se hiciese visible de verdad la tolerancia cero contra la violencia en un amplio sentido, socialmente, culturalmente, de manera que la sociedad comprenda que efectivamente se ha emprendido un proceso en el que la sociedad en su conjunto y el Estado en particular, a través de sus instrumentos, no vamos a tolerar la violencia contra las mujeres."*[22]
>
> *"Esto quiere decir —es una explicación muy sencilla— que las reformas legislativas que se han aprobado en este Parlamento **han producido que la mujer tenga una mayor confianza en la Administración**. Ahora tenemos mejores textos legales, tenemos una ley de la orden de protección*

[21] Comparecencia de Gregorio Peces-Barba Martínez en la sesión de la Comisión de Trabajo y Asuntos Sociales del Congreso de los Diputados de 19/7/2004 (Diario de Sesiones C núm. VIII-64). Disponible en: http://www.congreso.es/public_oficiales/L8/CONG/DS/CO/CO_064.PDF. Acceso: 30/4/2018. Subrayado mío.

[22] Intervención de la diputada María Virtudes Monteserín Rodríguez (PSOE) en la sesión de la Comisión de Trabajo y Asuntos Sociales del Congreso de los Diputados de 22/7/2004 (Diario de Sesiones C núm. VIII-67). Disponible en: http://www.congreso.es/public_oficiales/L8/CONG/DS/CO/CO_067.PDF. Acceso: 30/4/2018. Subrayado mío.

que está funcionando correctamente en los órganos judiciales y en ese sentido podemos comprobar que ***la mujer se siente mucho más protegida****."*[23]

Y, en consonancia, la Exposición de Motivos de la Ley afirmaba que:

"En su título IV la Ley introduce normas de naturaleza penal, mediante las que se pretende incluir, dentro de los tipos agravados de lesiones, uno específico que incremente la sanción penal cuando la lesión se produzca contra quien sea o haya sido la esposa del autor, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia. También se castigarán como delito las coacciones leves y las amenazas leves de cualquier clase cometidas contra las mujeres mencionadas con anterioridad.

Para la ciudadanía, para los colectivos de mujeres y específicamente para aquellas que sufren este tipo de agresiones, la Ley quiere dar una respuesta firme y contundente y mostrar firmeza *plasmándolas en tipos penales específicos."*[24]

6. Tabla comparativa

En la siguiente tabla comparativa se recopilan las piezas centrales de cada uno de los cuatro discursos, para facilitar la apreciación de las diferencias entre ellos:

	Caso 1 (Terrorismo)	**Caso 2 (Hurto)**	**Caso 3 (Seguridad vial)**	**Caso 4 (Violencia de género)**
Exposición de motivos	*"La sociedad demanda una protección más eficaz (…) debe evitar que se conviertan en meros instrumentos al servicio de los terroristas (…)"*	*"(…) la delincuencia profesionalizada. (…) delitos que debido a su cuantía individualizada no obtienen una respuesta penal adecuada. (…) una respuesta adecuada a aquellos supuestos (…)"*	*"(…) definir con mayor rigor todos los delitos contra la seguridad del tráfico (…) evitando que determinadas conductas calificadas como de violencia vial puedan quedar impunes. (…)*	*"(…) Para la ciudadanía, para los colectivos de mujeres y específicamente para aquellas que sufren este tipo de agresiones, la Ley quiere dar una respuesta firme y contundente y mostrar firmeza (…)"*

[23] Comparecencia de Vicente Magro Servet en la sesión de la Comisión de Trabajo y Asuntos Sociales del Congreso de los Diputados de 8/9/2004 (Diario de Sesiones C núm. VIII-70). Disponible en: http://www.congreso.es/public_oficiales/L8/CONG/DS/CO/CO_070.PDF. Acceso: 30/4/2018. Subrayado mío.

[24] Exposición de motivos de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (Boletín Oficial del Estado núm. 313, de 29 de diciembre de 2004). Disponible en: https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2004-21760. Acceso: 30/4/2018. Subrayado mío.

			incrementar el control sobre el riesgo tolerable (…) *Las penas y consecuencias se incrementan notablemente* (…)*"*	
Debate parlamentario	*"*(…) *compartir la preocupación que han sentido algunos ciudadanos* (…)*"* *"La sociedad tiene derecho a tener garantías* (…)*"* *"*(…) *evitar posibles supuestos de práctica impunidad."*	*"*(…) *quién no está alarmado por algunas situaciones de delincuencia habitual o de multirreincidencia,* (…) *están en la calle, cuando deberían tener una sanción penal* (…)*"* *"*(…) *no se determinen de espaldas a la trascendencia social que la irritación de los ciudadanos otorga a estas situaciones delictivas."* *"*(…) *distinguir la persona que se dedica habitual y profesionalmente a cometer hurtos* (…)*"*	*"*(…) *terreno mejor abonado, como también trataré de exponer, para la prevención e incluso para la educación.* (…) *En la línea del clásico concepto de prevención general, la probabilidad de ser sancionado y su coste asociado deberían ser suficientes e idóneos para reprimir esta clase de conductas* (…) *hacer llegar al usuario el mensaje de que su conducta imprudente o irresponsable puede en efecto provocar un siniestro que genere daños personales y materiales irreparables a otras personas o a él mismo, pero incluso antes de ese efecto*	*"Si entendemos la ley como vinculada al concepto de prevención general,* (…) *no el de prevención general negativa* (…) *sino la prevención general positiva,* (…) *los tipos penales y la acción judicial pueden servir de pedagogía positiva para que los ciudadanos comprendan que esos comportamientos,* (…) *es decir, eso, la prevención general positiva puede verse favorecida,* (…) *evitar la comisión de delitos por parte de la colectividad, conformando la conciencia jurídica de los ciudadanos para fomentar su adhesión al derecho y al reconocimiento de los valores* (…)*"*

			irreparable, el hecho mismo de conducirse de manera descuidada o temeraria debe acarrearle otros perjuicios serios." *"*(…) *cumplir el objetivo que conceptualmente se denomina de prevención general y de prevención especial, es decir, el efecto preventivo, en la medida en que la ley penal, precisamente por la entidad del reproche, por su imponencia, está llamada a ejercitar una especial disuasión* (…) *lanzando un mensaje de compromiso muy potente y en el transcurso del tiempo está llamado a reducir esa tasa de siniestralidad* (…)*"*	*"*(…) *que se explicitara claramente la tolerancia cero frente a la violencia.* (…)*"* *"*(…) *han producido que la mujer tenga una mayor confianza en la Administración.* (…) *la mujer se siente mucho más protegida."*

IV. SEMÁNTICA DEL DISCURSO LEGISLATIVO SOBRE DESTINATARIOS DE LAS NORMAS

1. Introducción

Por supuesto, las expresiones entresacadas no son más que las muestras más prominentes de los respectivos discursos que los legisladores han construido con el fin de justificar la racionalidad instrumental de cada una de las propuestas de expansión punitiva (y que yo he seleccionado, para dotarles de una mayor visibilidad y posibilitar la comparación entre ellos). Conviene, por ello, reconstruir a continuación las estructuras semánticas subyacentes a cada uno de tales discursos.

En efecto, como siempre que se construye un discurso, son muy diversas las herramientas que se emplean para favorecer la producción del efecto comunicativo perseguido. En este caso, se trata de llevar a cabo, a través del discurso, varios actos de habla al mismo tiempo: además, por supuesto, del propio acto locutivo de decir, se pretende llevar también a cabo al mismo tiempo un acto de habla ilocutivo de (auto-)justificación (una acto expresivo, pues); otro acto ilocutivo directivo, para motivar a los oyentes a actuar (a votar a favor, en el caso de los restantes diputados y diputadas, y a aprobar la actuación del hablante, en el caso del resto del público); y, en fin, un cuarto acto de habla, este de naturaleza perlocutiva, consistente en que los oyentes se sientan convencidos por los puntos de vista aducidos[25].

Con el fin de tener éxito en el desarrollo de todas estas actividades comunicativas que se pretende realizar a través del discurso, se emplean toda suerte de herramientas lingüísticas y paralingüísticas: sintácticas, léxicas, retóricas, etc.[26] En nuestro caso, el aspecto que nos interesa destacar particularmente es el semántico: es decir, las estructuras conceptuales que se ponen en juego, mediante su expresión lingüística, a la hora de intentar construir discursos justificativos de esta índole[27].

---

[25] Sobre el fundamento teórico de los conceptos y clasificación de los actos de habla que se emplean en el texto, vid. SEARLE, en Valdés Villanueva (ed.): *La búsqueda del significado,* 1991; SEARLE, Actos de habla, 4.ª, 1994; AUSTIN, Cómo hacer cosas con palabras, 1996.

[26] Vid. CASALMIGLIA/ TUSÓN, Las cosas del decir. Manual de análisis del discurso, 3.ª, 2012, pp. 315 ss.

[27] Evidentemente, en la práctica, los elementos semánticos puestos en juego en los discursos legislativos no operan de manera aislada, sino que se integran con el resto de elementos: muy señaladamente, con los recursos pragmáticos (la situación parlamentaria en la que se habla, el eco en los medios de comunicación, etc.). Vid. CASALMIGLIA/ TUSÓN, Las cosas del decir, 3.ª, 2012, pp. 91 ss. No obstante, creo que el análisis crítico de los contenidos semánticos –que es el objeto de este trabajo- resulta ya por sí solo suficientemente significativo.

En este sentido, el análisis semántico de los discursos más arriba expuestos pone de manifiesto que, en su elaboración, se han llevado a cabo las tres clases de operaciones semánticas que son usuales cuando se trata (como siempre se trata, en el contexto de discursos y de conceptos esencialmente discutidos, como habitualmente lo son aquellos que se emplean en el debate político)[28] de construir una estructura conceptual que, cuando se expresa lingüísticamente, debe proporcionar una nueva forma de percibir la realidad: aquí, no sólo más convincente desde el punto de vista teórico, de su verdad, sino también más adecuada en términos prácticos, por lo que hace a la racionalidad de la acción humana (estatal: legislativa) sobre dicha realidad.

La primera de las operaciones semánticas desarrolladas es una de *categorización*: consiste en la agrupación de diferentes significados de una unidad lingüística bajo una única categoría, caracterizada por alguna o algunas propiedades distintivas. La segunda operación que ha tenido lugar es una de *configuración del espacio semántico*: la puesta en relación de unos significados con otros, en un espacio mental común. Por fin, en tercer lugar, se ha llevado a cabo también una operación de *conceptualización*: empleando diversos conceptos, se da lugar a una determinada forma de representación de la realidad de la que se pretende hablar[29].

2. Configuración del espacio semántico: dominios conceptuales predominantes

No obstante, con el fin de iluminar más claramente cómo queda estructurado el espacio mental que se evoca en cada uno los cuatro discursos examinados, expondré la plasmación de dichas operaciones semánticas realizadas justamente en sentido inverso, empezando por las de conceptualización y acabando por las de categorización.

---

[28] CONNOLLY, The Terms of Political Discourse, 3ª ed, 1993.

[29] Sobre todos estos conceptos, propios de la semántica cognitiva (en la que aquí me inspiro), vid. EVANS/ GREEN, Cognitive Linguistics. An Introduction, 2006, pp. 206 ss.; CROFT/ CRUSE, Lingüística cognitiva, 2008, pp. 25 ss.; HAMAWAND, Semantics, 2016, pp. 121 ss. Desde la perspectiva que aquí se adopta, por lo tanto, no se trata tanto (como ocurre en la concepción más más tradicional –la veritativo-funcional- de la Semántica: vid., por ejemplo, KEARNS, Semantics, 2.ª, 2011, pp. 24 ss.) de dar con una definición exacta del significado de los términos, proposiciones y discursos, cuanto de ser capaces de analizar los procesos de constitución de dichos significados. Precisamente, esta especial atención a los procesos históricos de configuración de los significados, propia del enfoque cognitivo, es lo que la convierte en una herramienta útil para el análisis crítico del discurso (vid. FAIRCLOUGH/ WODAK en Van Dijk -comp.-, El discurso como interacción social, 2000, pp. 367 ss.): puesto que no se limita a llevar a cabo una reconstrucción ideal de los significados en el sistema-lengua (la *langue* de la que hablaba Ferdinand de Saussure: SAUSSURE, Curso de lingüística general, 2006, pp. 33-35, 40-42, 45-47), sino que, al intentar poner de manifiesto cómo se han llegado a crear dichos significados, presta especial atención a las interacciones (conceptuales y sociales) que en dicho proceso tienen lugar.

Caso 1: Puede observarse, así, en primer lugar, que, en el caso de los discursos justificativos de la reforma de los delitos de terrorismo, la prominencia dentro del discurso es otorgada ante todo a *"la sociedad"* y *"los ciudadanos"*. Parece, en efecto, que son ambos términos (y los conceptos que representan) aquello que ha de constituir el elemento central del texto argumentativo que se desarrolla.

Caso 2: En cambio, cuando se trata de justificar la reforma del delito de hurto, la prominencia dentro del discurso parece otorgarse más bien a *"los delincuentes"* (profesionales, habituales).

Caso 3: En el caso de la reforma de los delitos contra la seguridad vial, el énfasis se hace sobre el término *"prevención"*.

Caso 4: Por fin, al intentar justificar la reforma de los delitos de *"violencia de género"*, los legisladores destacan como términos más prominente los de *"confianza"* y *"mostrar firmeza"*.

Obsérvese, entonces, que en cada uno de los cuatro casos, los discursos emitidos por los legisladores proponen conexiones con muy diferentes dominios conceptuales[30]:

— En el **Caso 1**, el significado del discurso se concentra en la sociedad y la ciudadanía: en cómo una y otra perciben el fenómeno del terrorismo. Así, el dominio conceptual correspondiente es el acotado por términos como *"sentimientos"*, *"opinión pública"*, *"indignación"*, *"creencias"*, *"justicia"*, *"merecido"*, etc.

— En el **Caso 2**, en cambio, el significado más prominente en el discurso tiene que ver con los delincuentes, con los autores de hurtos; más exactamente, con determinados autores de hurtos (profesionales, habituales…). De este modo, el dominio conceptual al que se proporciona acceso se delimita por términos tales como *"delincuente"*, *"peligroso"*, *"reincidente"*, *"contumaz"*, *"ladrón"*, *"profesional del crimen"*, *"problema de seguridad ciudadana"*, etc.

— En el **Caso 3**, se dota de prominencia a la cuestión del efecto de la conminación penal sobre los destinatarios de la norma, potenciales infractores. El dominio conceptual

[30] Vid. EVANS/ GREEN, Cognitive Linguistics, 2006, pp. 230-231. Desde el punto de vista que aquí nos interesa (el de el impacto de las operaciones semánticas sobre los discursos –y la praxis- legislativas), el momento de la configuración del espacio semántico se revela decisivo: es en este momento en el que se ponen en relación significados que en principio proceden de campos radicalmente diferentes y en el que, mediante un proceso de entremezcladura (*blending*: EVANS/ GREEN, Cognitive Linguistics, 2006), pp. 407-418), quedan asociados términos en principio distantes: *"justicia"* e *"indignación"*, por ejemplo; o *"ladrón"* y *"reincidente"*.

así evocado se constituye a partir de términos como *"intimidación"*, *"prevención"*, *"tomarse en serio"*, *"costes y beneficios"*, *"racionalidad"*, *"decisión racional"*…

— Por fin, en el **Caso 4**, el significado más prominente es el de la confianza. El dominio conceptual queda, entonces, delimitado por términos como *"tranquilidad"*, *"confianza"*, *"seguridad"*, *"miedo"*, *"autoridad"*, *"consenso"*, etc.

3. Conceptualización: temas prominentes en cada discurso

Lo llamativo es, sobre todo, la diversidad de los dominios conceptuales evocados, cuando de lo que se trata en todos los casos es de lograr un mismo objetivo: justificar, desde el punto de vista de la racionalidad instrumental, propuestas de reforma legislativa con un sentido punitivista (de creación de nuevas figuras delictivas y/o de agravación de sus penas). Es decir, prácticamente los mismos legisladores (los mismos partidos, a veces incluso las mismas personas, en legislaturas muy próximas, y sin que se hayan producido cambios significativos en los programas políticos respectivos), persiguiendo fines similares, alteran, sin embargo, significativamente los contenidos semánticos de los discursos justificativos que profieren, dependiendo de la temática de que se trate.

— Así, en el caso de la reforma de los delitos de terrorismo, los legisladores de los partidos españoles de gobierno dotan en todos los casos de preeminencia discursiva a la cuestión de la *"justicia"* de la pena; esto es, a la retribución, a través de la magnitud de la pena impuesta, del injusto y de las lesiones de bienes jurídicos propios de los delitos de terrorismo. Lo más relevante parece ser fijar para el delito aquella pena que sea sentida (que *"la sociedad sienta"*) como justa. Y, en cambio, parecen bastante despreocupados de los efectos empíricos de la pena: si resulta o no intimidatoria, si es o no apta para resocializar, etc.

— En el caso de la reforma propuesta del delito de hurto, el tipo de argumentos que se aducen es de una índole completamente distinta. En este caso, en efecto, parece que lo decisivo, aquello que da pie a la justificación de la reforma, es la peligrosidad: la extraordinaria y específica peligrosidad criminal de ciertas categorías de personas, con una propensión, prácticamente irrefrenable (por profesionalización y por habitualidad), a la comisión de delitos patrimoniales. Delitos pequeños por su entidad individual, pero preocupantes por su gran número, así como por el hecho de que la sensación de inseguridad que crean en la ciudadanía proceda de una pequeña minoría de infractores. Se trataría, por consiguiente, de acertar con el tratamiento a través de medios jurídico-

penales de esa pequeña minoría, la única verdaderamente preocupante de entre quienes suelen cometer delitos de hurto. Y, en este sentido, *"acertar"* equivale a hallar una reacción punitiva lo suficientemente eficaz para neutralizar (o reducir a mínimos) la peligrosidad criminal específica de ese grupo de delincuentes.

— En el caso de la delincuencia vial, el enfoque del legislador a la hora de justificar la extensión de la intervención penal es muy otra: aquí, se trataría más bien de llevar a cabo una operación de motivación sobre los potenciales infractores de la normativa sobre seguridad vial, para, en el mejor de los casos, convencerles del valor de la prudencia en el tráfico automovilístico (*"educarles"*). O, cuando menos, aun en el peor de los casos, hacerles comprender que no vale la pena infringir dicha normativa: que los costes de hacerlo (entre otros, los de soportar la sanción penal) siempre superan a los eventuales beneficios de la imprudencia.

— Por fin, la justificación legislativa para el incremento de la intervención penal en los casos de "*violencia de género"* (violencia física o psíquica contra la pareja o expareja) pone el énfasis en el objetivo de inducir determinados sentimientos y creencias en las víctimas y potenciales víctimas (las mujeres): en tranquilizarlas, en hacerlas confiar en el Estado y en el Derecho, etc. De manera que la reforma legislativa punitivista iría dirigida principalmente a promover y reforzar ese mensaje tranquilizador, asegurador.

En resumidas cuentas, los objetivos instrumentales principales que los legisladores dicen perseguir con sus propuestas de expansión punitiva son, respectivamente:

— *"Hacer justicia"*, en el caso de la punición de los delitos de terrorismo: retribuir el mal causado por los infractores, con una pena que tome en consideración la magnitud de dicho mal, tal y como es percibido por la mayoría de la sociedad (cuando menos, por aquellos a quienes los legisladores imputan la condición de mayoría).

— En el caso del hurto, neutralizar la (extraordinaria) peligrosidad criminal de una clase específica de infractores de esta norma: prevenir la reincidencia en la infracción de aquel subconjunto que, dentro del conjunto de los autores de hurtos, se caracterizan por su profesionalización en el delito y su dedicación habitual a la comisión de tales actos.

— En el caso de la delincuencia vial, intimidar a potenciales haciéndoles comprender el riesgo de su conducta, e intentando incluso que cambien de actitud hacia el riesgo derivado del tráfico automovilístico.

— Por fin, en el caso de la violencia contra las mujeres, tranquilizar a víctimas y potenciales víctimas, asegurándoles la protección efectiva del Estado e incrementando su confianza en dicha protección.

Así pues: retribución (terrorismo); prevención especial, principalmente inocuizadora (hurto); prevención general, principalmente intimidatoria (delincuencia vial); y prevención general positiva (violencia contra las mujeres). Cuatro objetivos diferentes que se proponen para las prohibiciones y para las conminaciones contenidas en las normas jurídico-penales, dependiendo de la naturaleza de la infracción y de las características que se le presuponen al infractor. Y todo ello, insisto, sin que el cambio de discurso se justifique por una alguna alteración significativa ni en la realidad social ni en los programas políticos de partida.

4. Categorización: tipología de delincuentes-modelo

Con esto llegamos a la idea clave que quisiera apuntar, y que me parece que es la única que permite explicar esta llamativa diversidad en las estrategias argumentativas empleadas en cada uno de los casos. En mi opinión, resulta evidente que, a la hora de construir sus discursos justificativos de las medidas punitivistas propuestas, los legisladores españoles de los casos comentados están partiendo de categorizaciones muy específicas (aunque no lo hagan de manera completamente explícita) acerca de las dinámicas sociales (criminológicas) subyacentes a cada uno de los cuatro distintos fenómenos de delincuencia que intenta enfrentar a través de sus reformas. Y también, por consiguiente, acerca de las características propias de la categoría de delincuentes y de víctimas a las que la conminación penal pretende dirigirse; y sobre la forma concreta en la que la motivación de que es capaz el mensaje prescriptivo de la norma jurídica es capaz de actuar en cada caso.

— Así, en el caso del terrorismo, parece que el legislador parte de la base de que el delincuente terrorista es un individuo que ha sido objeto de un proceso de socialización exótica: cuando menos, a causa de las idiosincrásicas ideas políticas, morales o religiosas que ha adquirido, si no por el conjunto de su proceso de socialización. Debido a este exotismo, con él apenas podrían funcionar los mensajes motivadores de la norma, al resultar bastante inalcanzable por los mismos. De manera que a lo único que cabría aspirar racionalmente es a neutralizarle y, luego, a castigarle como la sociedad piensa que se merece. Sin esperanza, pues, de modificación en su conducta; ante todo y sobre todo, para

"hacer justicia", para satisfacer las demandas sociales de una resolución justa del conflicto, entre el terrorista y la colectividad.

— También en el caso del autor habitual (y, muchas veces, también profesional) de delitos de hurto nos hallaríamos –según el legislador- ante un individuo difícilmente motivable por la norma penal. Pues, al igual que en el caso anterior, la socialización exótica (en este supuesto, cabe imaginar, a causa de su origen social marginal, o incluso extranjero –extranjero pobre) dificultaría, hasta hacer muchas veces imposible, la eficacia de la motivación normativa. De este modo, la única solución racionalmente disponible para el legislador consistiría en articular herramientas normativas que permitan identificar a esa categoría de sujetos peligrosos y proceder a neutralizarlos hasta el límite de lo posible (de lo que resulte compatible con los límites, constitucionales y morales, que existen en el ordenamiento jurídico al incremento de las penas).

— Las cosas cambian, sin embargo, cuando se trata de justificar la intervención represiva frente a infractores de la normativa sobre seguridad vial. En este caso, el legislador presupone que tales infractores son individuos fundamentalmente racionales y que, por ello, cabe intentar motivarles, y lograrlo, mediante la intimidación inherente a la conminación penal; o, incluso, convencerles para que cambien sus esquemas de valores y pasen a respetar, convencidos las normas sobre prudencia en el tráfico automovilístico. El infractor vial sería, pues, un ciudadano con una socialización "normal". Y, debido a ello, con él sí que podría operar la conminación penal del modo que se considera "normal": motivando, intimidando, convenciendo…

— Por fin, en el caso de la violencia contra las mujeres a manos de sus parejas o exparejas, el énfasis se pone no en las características de los autores, sino de las víctimas. De manera que el incremento de la intervención punitiva no se justificaría, desde el punto de vista instrumental, principalmente por su eficacia preventiva; ni tampoco siquiera por el efecto retributivo. Se trataría, pues, ante todo de reducir el miedo y la inseguridad del grupo social (las mujeres) que son potenciales víctimas de estas infracciones. Reafirmando el compromiso del Estado con su deber de protegerlas.

5. Crítica: estereotipos legislativos, ideología punitivista y realidad empírica

Así, debe observarse que en realidad, de acuerdo con los discursos de los propios legisladores, la razón para ampliar la intervención punitiva en estos cuatro ámbitos únicamente en dos casos (hurto y seguridad vial) tiene que ver principalmente con

necesidades preventivas percibidas como reales, mientras que en los otros dos se fundamenta más bien en el deseo de transmitir un mensaje al resto de la sociedad (en el caso del terrorismo), o a una parte relevante de la misma (las mujeres, en el caso de la *"violencia de género"*). En estos otros dos casos, por lo tanto, se parte del presupuesto de que lo importante es el efecto simbólico de la reforma, no tanto su efecto real (sobre los individuos y grupos sometidos a investigación policial, procesamiento, condena, ejecución de las penas), que parecería más bien haber sido concebido como un "daño colateral" de normas con una finalidad primordialmente simbólica.

Más aún, aun en los dos casos en los que se pretende estar atendiendo a problemas criminales reales, necesitados de una intervención represiva más contundente, tan sólo en uno de ellos (el de la seguridad vial) se parte de la base de que la conminación penal es capaz de modificar la conducta de los potenciales infractores, al motivarles racionalmente a respetar las normas jurídicas de conducta. En el otro supuesto, en cambio (en el del hurto), el objetivo explícito del legislador parece más bien la pura neutralización de la peligrosidad de un grupo de individuos a los que no se concibe esencialmente como racionales (dotados de una racionalidad humana común con la nuestra) y como conciudadanos, sino como meras fuentes de peligros, con las que intentar entablar cualquier comunicación racional es absurdo. Es decir, se apuesta por una regulación penal dirigida a (en la terminología de Günther Jakobs) *"enemigos"*, no a *"ciudadanos"*[31].

Por fin, conviene llamar la atención sobre el hecho de que todas y cada uno de los puntos de partida conceptuales de los que el legislador parte, a la hora de construir sus discursos justificativos, constituyen más el fruto de estereotipos y prejuicios que de conocimientos empíricos demostrables[32]. En Semántica, se denomina estereotipos de un

[31] JAKOBS, en Jakobs / Cancio, Derecho penal del enemigo, 2.ª, 2006, pp. 34-44.

[32] Por supuesto, la pregunta que surge inmediatamente es la de cuál es el origen de estos estereotipos y prejuicios. Pues, aunque su asunción por parte de los legisladores resulte particularmente preocupante, parece evidente que la causa primera de su aparición no se debe a ellos, sino que los legisladores se limitan a recoger (de manera acrítica, eso sí) ideas que existen en la cultura que les rodea. Aunque, evidentemente, dar una respuesta fundada a la pregunta exigiría una investigación independiente, me permito apuntar al respecto dos ideas que –aunque necesitadas de verificación empírica- podrían iluminar algo al respecto. La primera es que los estereotipos referidos acerca de la delincuencia surgen en el entorno institucional de los legisladores, en aquellas organizaciones e instituciones que les rodean: sus partidos, los ministerios e instituciones públicas (policía, muy señaladamente), los grupos de presión con los que interactúan, los medios de comunicación que les escuchan y les influyen, los *think-tanks* con mayor influencia política… Es decir, se trata de estereotipos compartidos por (buena parte, cuando menos) de cierta élite política (vid. MUMBY/ CLAIR, en Van Dijk -comp.-, El discurso como interacción social, 2000, pp. 263 ss., sobre las deformaciones que en los discursos provoca la existencia de organizaciones que se apoderen de ellos); pero no necesariamente –no, al menos, en la misma medida- por el resto de la sociedad. La segunda idea tiene que ver con la manera en la que dichos estereotipos son recibidos, como "saber técnico asentado" y, por

predicado a aquellos rasgos que se consideran típicos de los entes a los que el predicado puede aplicarse[33]. La existencia de estereotipos es una característica inevitable de las lenguas naturales y de los marcos conceptuales en los que sus expresiones se apoyan, ya que viene favorecida por el principio de economía lingüística. Ahora bien, el uso crítico del lenguaje (que se debe exigir cuando se trata, como es el caso, de justificar actuaciones estatales de elevado coste, tanto humano como económico) demanda que los estereotipos en los que se basan decisiones de políticas públicas que afectan –como usualmente ocurre con las políticas públicas- a categorías completas de personas sean sometidos a una crítica científica, para separar lo que tienen de fundado de lo que obedece más bien a prejuicios o a ideologización[34].

En efecto, como en otro lugar he estudiado con mayor detenimiento, la construcción social de los conceptos de riesgo en los que se pretenden fundar las justificaciones de las prohibiciones y sanciones penales no es en absoluto un proceso inocente, sino que, como todo proceso de cognición social, está sujeto a abundantes sesgos, que deben ser detectados y combatidos: sesgos etnocéntricos (asignar características en función de mantener la coherencia del propio discurso), sesgos ideologizadores (asignar características que ocultan parte de la realidad) y sesgos de representatividad (asignar características sin tomar en consideración cómo lo ven el resto)[35].

En el caso concreto de la justificación de políticas criminales (y, en concreto, de actuaciones legislativas punitivistas), me parece que esta advertencia resulta particularmente pertinente: partir, como hace el legislador español en los casos que se han estudiado (y casi siempre), de que la gran mayoría de los infractores o potenciales infractores a los que el mensaje prescriptivo inherente a la conminación penal va dirigido carecen del nivel de racionalidad necesario y, por consiguiente, de la aptitud para ser motivados por el Derecho Penal, constituye no sólo un error de bulto desde el punto de vista teórico (puesto que la evidencia empírica demuestra justamente lo contrario), sino una palmaria manifestación de orientación político-criminal reaccionaria (compartida, por desgracia, a derecha e izquierda), que debe ser denunciada y combatida.

---

consiguientemente, incuestionable. En otras palabras: la manera en la que los estereotipos y prejuicios entran en el discurso legislativo tienen mucho que ver con las limitaciones de los procedimientos de participación política, especialmente en materia penal (me he referido a esta cuestión en PAREDES CASTAÑÓN, Libertas, 4, 2016, pp. 170-178.

[33] HURFORD / HEASLEY, Curso de Semántica, 2.ª, 1997, pp. 108-109.

[34] ZUNDA, Social Cognition, 1999, pp. 313 ss.

[35] PAREDES CASTAÑÓN, Revista Catalana de Seguretat Pública, 13, 2003, pp. 18-24.

Un combate que deberá sustanciarse en dos planos diferentes. En el plano teórico, reclamando que la legislación penal deje de ser el fruto de los prejuicios (clasistas, racistas, nacionalistas) y de las obsesiones expresivas (y demagógicas) de los partidos políticos y de los grupos de presión, para pasar a sustentarse en sólidos estudios empíricos (criminológicos, sociológicos, etc.) acerca de la peligrosidad criminal, las posibilidades de motivación y de prevención, los efectos de las penas, etc.

Pero también debe sustanciarse en el plano moral y político: denunciando la desidia de unos legisladores que vienen a reconocer paladinamente en su discursos (aunque no se atrevan a decirlo con todas las palabras) que la mayoría de los infractores a los que va dirigida la represión penal *"no son como nosotros"* (los buenos ciudadanos, se entiende), por lo que con ellos sólo cabe emplear la coerción más cruda (aprovechando, de paso, el esfuerzo para lanzar también mensajes tranquilizadores a los "ciudadanos decentes"). Denunciando que esto no sólo es falso, sino que es el punto de partida que permite justificar, con buena conciencia (en legisladores y público), todos los excesos y barbaridades del punitivismo.

En mi opinión, por lo tanto, aunque es cierto que los argumentos de racionalidad instrumental pueden conducir en ocasiones a excesos, actualmente existe una batalla previa, que es la de lograr que los legisladores penales se tomen en serio los problemas de racionalidad instrumental de la legislación, de manera que se apoyen en una teoría de la racionalidad de la ley penal digna de tal nombre, y no en el habitual catálogo de prejuicios sin fundamento y de lugares comunes vacuos. Porque discutir –en serio, quiero decir- sobre los efectos de las prohibiciones penales y de las penas, sobre las características reales de los infractores y sobre la posibilidad de influir sobre ellos efectivamente, sería ya (a pesar de los riesgos) un avance muy significativo sobre el lamentable estado de irracionalidad en la discusión legislativa actual.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

AUSTIN, John L., Cómo hacer cosas con palabras, trad. G. R. Carrió/E. A. Rabossi, Barcelona, Paidós, 1996.

CARVER, Charles S. / SCHEIER, Michael F., On the Self-Regulation of Behavior, Cambridge, Cambridge University Press, 1998.

CASALMIGLIA, Helena / TUSÓN, Amparo, Las cosas del decir. Manual de análisis del discurso, 3ª ed., Barcelona, Ariel, 2012.

CONNOLLY, William E., The Terms of Political Discourse, 3ª ed., Princeton, Princeton University Press, 1993.

CROFT, William / CRUSE, D. Alan, Lingüística cognitiva, trad. A. Benítez Burraco, Madrid, Akal, 2008.

CUESTA, Ubaldo, Psicología social de la comunicación, Madrid, Cátedra, 2000.

DOWNES, David / ROCK, Paul, Sociología de la desviación, Barcelona, Gedisa, 2011.

EVANS, Vyvyan / GREEN, Melanie, Cognitive Linguistics. An Introduction, Edimburgh, Edimburgh University Press, 2006.

FAIRCLOUGH, Norman / WODAK, Ruth, Análisis crítico del discurso, en VAN DIJK, Teun van (comp.), El discurso como interacción social, Barcelona, Gedisa, 2000, pp. 367-404.

HAMAWAND, Zekim Semantics, Sheffield, Equinox, 2016.

HURFORD, James R./ HEASLEY, Brendan, Curso de Semántica, trad. E. de Miguel Aparicio/ I. López Fraguas, 2ª ed., Madrid, Visor, 1997.

JAKOBS, Günther, Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo, en JAKOBS, Günther / CANCIO MELIÁ, Manuel, Derecho penal del enemigo, trad. M. Cancio Meliá, 2ª ed., Madrid, Thompson Civitas, 2006, pp. 21-56.

KEARNS, Kate, Semantics, 2ª ed., Houndmills/New York, Palgrave McMillan, 2011.

KOLODNY, Niko/ BRUNERO, John, Instrumental Rationality en Stanford Encyclopedia of Philosophy, 2013. Disponible en: https://plato.stanford.edu/entries/rationality-instrumental/. Acceso: 26/04/2018.

MUMBY, Dennis K./ CLAIR, Robin P., El discurso en las organizaciones, en VAN DIJK, Teun van (comp.), El discurso como interacción social, Barcelona, Gedisa, 2000, pp. 263-296.

NAGIN, Daniel S., Deterrence in the Twenty-First Century. Crime and Justice, Chicago, 42, 2013, pp. 199-463.

PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, El riesgo como construcción conceptual: sobre el uso y el abuso de las ciencias sociales en el discurso político-criminal del Derecho Penal del riesgo. Revista Catalana de Seguretat Pública, Barcelona, 13, 2003, pp. 11-29.

PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, La justificación de las leyes penales, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.

PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, Punitivismo y democracia: las "necesidades sociales" y la "voluntad popular" como argumentos político-criminales. Libertas, Madrid, 4, 2016, pp. 153-202.

QUONG, Jonathan, Public Reason, en Stanford Encyclopedia of Philosophy: 2017. Disponible en: https://plato.stanford.edu/entries/public-reason/. Acceso: 26/04/2018.

SAUSUSURE, Ferdinand, Curso de lingüística general, ed. C. Baily/ A. Sechehaye/ A. Riedlinger, trad. M. Armiño, Madrid, Akal, 2006.

SEARLE, John R., Una taxonomía de los actos ilocucionarios, trad. L. M. Valdés Villanueva, en VALDÉS VILLANUEVA, Luis Maria (ed.), La búsqueda del significado. Lecturas de filosofía del lenguaje, Madrid, Tecnos, 1991, pp. 449-476.

SEARLE, John R., Actos de habla, trad. L. M. Valdés Villanueva, 4ª ed., Madrid, Cátedra, 1994.

WALDRON, Jeremy, Derecho y desacuerdos, trad. J. L. Martí/ A. Quiroga, Madrid, Marcial Pons, 2005.

ZUNDA, Ziva, Social Cognition, Cambridge, MIT Press, 1999.

* * * * * *

Prof. Dra. Isabel Durán Seco

Prof. Titular de Derecho Penal, Univ. de León, España. Patrona de la FICP

~La introducción de la modalidad atenuada del art. 197.7 cp (redifusión) en el proyecto de ley orgánica de garantía integral de la libertad sexual[1]~

Resumen.- Se analiza la conducta de aquellos sujetos que, habiendo recibido de otro una imagen o grabación audiovisual de carácter íntimo, que a su vez alguien había obtenido con consentimiento de la persona afectada, la difunden, revelan o ceden a terceros, sin su consentimiento, cuando ello suponga un grave menoscabo a la intimidad. Dicha conducta se incluye como modalidad atenuada del art. 197.7 CP en el Proyecto de LO de garantía integral de la libertad sexual.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

Son dos las razones que me han llevado a prestar atención al delito de **redifusión de imágenes o grabaciones de contenido íntimo y que han sido obtenidas con consentimiento de la víctima**. En primer lugar, y fundamentalmente, la **inclusión de dicha conducta en el Proyecto de LO de garantía integral de la libertad sexual**. En segundo término, el debate que, a raíz de la difusión de un video de un conocido actor y presentador manteniendo relaciones sexuales con una mujer, se ha suscitado.

En lo que sigue, comenzaré con una breve referencia a la conducta que se regula en el art. 197.7 CP; tras ello me referiré a las posiciones doctrinales y jurisprudenciales con las que nos encontramos, con la regulación aún vigente, en torno al castigo o no de la conducta de redifusión de imágenes o grabaciones íntimas, que se han obtenido con consentimiento de la persona afectada, por parte de los terceros que las reciben. Finalmente, haré mención a la más que probable próxima introducción de dicha conducta en el CP y a la valoración que dicha inclusión merece a mi juicio.

II. EL ART. 197.7 CP

El art. 197.7 CP es fruto de la reforma operada por LO 1/2015, de 30 de marzo. La razón de la introducción de tal modalidad la encontramos en que la utilización de las nuevas tecnologías ha traído consigo nuevas formas de delincuencia impensables en tiempos pasados. La justicia se encontraba con problemas para poder castigar conductas

[1] Este trabajo se enmarca en el Proyecto de investigación PID2019-108567RB-C21 (AEI), así como en las tareas de investigación de la UIC 166 de Castilla y León; en los que el investigador principal y director es el Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Miguel Díaz y García Conlledo y en el PID2019 es segunda IP la Prof. Dra. María A. Trapero Barreales; y en el Proyecto GV/2021/103 de la Generalitat Valenciana, Universidad de Valencia, cuyo investigador principal es el Prof. Dr. José León Alapont. Este trabajo ha sido previamente publicado en Diario La Ley, 10123, Sección Tribuna, 5 de septiembre de 2022.

en las que se afectaba de modo grave a la intimidad. En concreto, nos encontramos con el caso de la concejal de Los Yébenes. En verano de 2012 se filtró un video de contenido erótico que la concejal del Ayuntamiento de Los Yébenes, en Toledo, se había grabado a sí misma para remitírselo a un joven con el que, al parecer, mantenía una relación extramatrimonial. Sin duda la causa de la introducción de esta figura fue el citado caso, tal y como ha destacado no solo la doctrina sino incluso la jurisprudencia. Se introdujo en este precepto una conducta que, hasta ese momento, al menos como delito contra la intimidad, no era típica. Dicho precepto castiga con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a doce meses al que "*sin autorización de la persona afectada, difunda, revele o ceda a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales de aquella que hubiera obtenido con su anuencia en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros, cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona*". El párrafo segundo del citado artículo regula las modalidades agravadas: "*La pena se impondrá en su mitad superior cuando los hechos hubieran sido cometidos por el cónyuge o por persona que esté o haya estado unida a él por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, la víctima fuera menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección, o los hechos se hubieran cometido con una finalidad lucrativa*".

La conducta típica consiste en obtener con la anuencia de la víctima una imagen o grabación audiovisual, en un domicilio o en un lugar fuera del alcance de la mirada de terceros y, posteriormente, sin autorización de la persona afectada, difundir, revelar o ceder dicha imagen o grabación audiovisual, ocasionándose con ello un menoscabo grave a la intimidad. Detrás de este precepto late que lo que se está regulando es la difusión inconsentida del *sexting* obtenido con consentimiento. De hecho, suele hacerse referencia a la conducta contenida en el art. 197.7 CP como *sexting*. Sin embargo, nada obsta a que se trate una imagen de cualquier otro tipo, tal y como con acierto ha destacado la doctrina; conductas tales como, por ejemplo, una persona consumiendo drogas o en estado de embriaguez, o conductas escatológicas o denigrantes, o repudiables socialmente podrían entrar en el tipo penal[2]; y de esta misma opinión es nuestra jurisprudencia, así en la STS

[2] Sobre ello puede verse la bibliografía citada en DURÁN SECO, La difusión inconsentida de sexting y la pandemia, en: León Alapont (Dir.), El Derecho Penal frente a las crisis sanitarias, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, n. 41.

70/2020, de 24 de febrero[3], se ha puesto de manifiesto que las imágenes o grabaciones pueden ser de cualquier tipo puesto que el precepto no identifica la conducta típica con imágenes de contenido sexual, sino que alude a contenidos cuya divulgación menoscabe gravemente la intimidad. En este sentido ha afirmado el Alto Tribunal: "Y si bien es cierto que predominan los supuestos de difusión de imágenes de marcado carácter sexual, también lo es que el precepto no identifica la conducta típica con ese contenido. El art. 197.7 alude a contenidos cuya divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal. La esfera sexual es, desde luego, una de las manifestaciones de lo que se ha denominado el núcleo duro de la intimidad, pero no es la única". A este aspecto volveré más adelante.

Sin embargo, parece que el legislador a lo que en el art. 197.7 CP está haciendo referencia es a imágenes o grabaciones de contenido sexual, puesto que introduce la conducta de redifusión de imágenes o grabaciones íntimas en el Proyecto de una Ley Orgánica que se configura como una Ley de género limitada a la protección de la violencia sexual. Cierto es que tal conducta no aparecía en la redacción original del Proyecto de LO sino que ha sido introducida, como veremos más adelante, por vía de enmienda.

Pues bien, el citado precepto presenta diversos problemas, que van desde la propia necesidad de la tipificación de la conducta[4] a otros problemas interpretativos de diferente calado.

En esta breve aportación analizaré si el tipo actual incluye o no el reenvío por parte de terceros que reciben las citadas imágenes o grabaciones audiovisuales. Estos casos son muy frecuentes, dado que una vez que el sujeto tiene en sus manos el material y realiza el primer envío pierde el control y serán otros, que no han obtenido ese material con la anuencia de la víctima, los que lo difundan, revelen o cedan.

[3] Un comentario a esta sentencia en el que se presta especial atención al modo de obtener las imágenes puede verse en DURÁN SECO, Enseñar imágenes íntimas proporcionadas por la vícitima es delito según el TS: la forma de obtener las imágenes. Especial atención a la STS 70/2020, de 24 de febrero, Foro Gallego, 208, 2020, 213 ss.

[4] Sobre ello, y realizando una propuesta de supresión de *lege ferenda,* DURÁN SECO, I.: La difusión inconsentida de imágenes o grabaciones obtenidas con consentimiento: propuesta de supresión, en Abel Souto, M./Brage Cendán, S. B./Guinarte Cabada, G./Martínez-Buján Pérez, C./Vázquez-Portomeñe Seijas, F. (Coords.): Estudios penales en homenaje al Prof. José Manuel Lorenzo Salgado, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 497 y ss.

III. LAS CONDUCTAS DE REDIFUSIÓN, REENVÍO O CLIQUEO

Uno de los debates existente en torno al controvertido art. 197.7 CP, entre otros muchos, ha sido precisamente el de dar respuesta a qué ocurre si es un tercero distinto al que obtuvo la imagen o la grabación audiovisual con la anuencia de la víctima el que la difunde, revela o cede. Es decir, se ha debatido si es típica la conducta de los terceros que participan en la cadena de reenvíos de la imagen de la víctima que ha sido obtenida con su propio consentimiento o enviada por ella misma (para los que defienden esta posición); en definitiva, si es típica la conducta de la redifusión, retuiteo, rerevelación, cesión a otro o, dicho de otro modo, el cliqueo (aunque a veces me refiero en lo que sigue únicamente a la redifusión se está haciendo referencia a cualquiera de las conductas antedichas). El primer sujeto sí que ha cometido la conducta del art. 197.7 CP. Pues bien, respecto a la responsabilidad penal de los terceros doctrina y jurisprudencia se encuentran divididas. A continuación, me referiré a cuáles son las posiciones que se han sostenido para, posteriormente, aludir a la propuesta de modificación que se contiene en el Proyecto de LO y que ya había sido sugerida por algún sector.

1. El tercero que redifunde, reenvía, cede o cliquea no tiene responsabilidad penal como autor de un delito contra la intimidad

Cabe destacar que, en principio y teniendo en cuenta que el legislador ha decidido incluir en el art. 197.7 CP la modalidad de redifusión, reenvío o cliqueo, parece que **dicha conducta no está contenida en la redacción actual del CP**. Si pudiera afirmarse que la citada conducta está regulada en el art. 197.7 CP no tendría ningún sentido su inclusión ahora como modalidad atenuada. No obstante, la cuestión no ha estado exenta de análisis y de crítica, existiendo discusión en torno a ello.

Hasta ahora la doctrina mayoritaria ha venido entendiendo que la actuación del tercero será impune, pues, aunque ha difundido las imágenes o grabaciones audiovisuales, no las ha obtenido previamente con consentimiento y no podrá acreditarse que los terceros remitentes tuvieran conocimiento de que las imágenes hubieran sido distribuidas primariamente sin autorización de la persona afectada[5]. Se entiende, de este modo, que la anuencia a la que se refiere el tipo debe ceñirse al receptor primero y agotarse ahí, no concurriendo, por tanto, los elementos que parece exigir el art. 197.7 CP en otros sujetos

[5] Sobre ello véase la doctrina citada por DURÁN SECO, en: León Alapont (Dir.), El Derecho Penal frente a las crisis sanitarias, 2023, n. 70.

distintos al que obtuvo la imagen o la recibió de la víctima. También la Circular FGE 3/2017 ha considerado que los comportamientos de los *extranei* solo podrán dar lugar a que se apliquen los mecanismos previstos en la LO 1/1982, de Protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Lógicamente me estoy refiriendo a la responsabilidad como delito contra la intimidad del art. 197.7 CP.

Pues bien, **aunque la conducta no puede castigarse como delito contra la intimidad se abren otras posibilidades para depurar responsabilidades**[6]. En primer lugar, y como acabo de señalar, **cabe que exista responsabilidad en otros ámbitos del Derecho.** Así, como ha expresado la doctrina, si el tercero conoce que falta el consentimiento del protagonista entonces es consciente de que puede estar atentando contra los derechos de esa persona y se podrá exigir responsabilidad civil; cabe también prestar atención a la LO 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, dado que la imagen es un auténtico dato de carácter personal y que determinadas plataformas digitales en las que pueden compartirse las imágenes son ficheros de datos personales a los que le es aplicable la Ley. Importante es también detenerse en el sistema específico para ayudar a las víctimas de la violencia digital y evitar que aquellos contenidos, imágenes, audios o mensajes degradantes y humillantes que la ocasionan se sigan difundiendo, puesto en marcha por la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) el 24 de septiembre de 2019. Se trata del **Canal Prioritario** que permite informar de dichos contenidos, solicitar su retirada y ofrecer una rápida respuesta para situaciones excepcionalmente delicadas y gravosas. Finalmente, en este punto resulta oportuno mencionar el posible régimen de responsabilidad de los proveedores de servicios de la sociedad de la información, que se regula en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico y que ha sido analizado por la doctrina como una posible respuesta a las conductas de difusión no consentida del *sexting* ajeno.

En segundo lugar, **se abre la posibilidad de que haya responsabilidad penal a través de otras modalidades delictivas distintas al delito contra la intimidad**. En esta línea la doctrina que descarta la posible aplicación del art. 197.7 CP para castigar penalmente al que redifunde las referidas imágenes o grabaciones audiovisuales, entiende que cabe la posibilidad de que se recurra a otras modalidades delictivas. En este sentido,

[6] Lo analiza refiriéndose a la modalidad básica, MARTÍNEZ OTERO, La difusión de sexting sin consentimiento del protagonista: un análisis jurídico, derecom, 2013, 1-16.

y dejando a un lado los delitos de descubrimiento y revelación de secretos, se ha planteado que quizá el sujeto que lleva a cabo la divulgación, el reenvío o el cliqueo de la imagen o grabación recibida por un tercero pueda ser **autor de un delito contra la integridad moral del art. 173.1 CP cuando concurran los requisitos de este tipo penal y cuando con dicha conducta se menoscabe gravemente la integridad moral de la persona**, es decir, que cuando la conducta quede fuera de la tipificación del art. 197.7 CP, podrá recogerse en la modalidad delictiva del amplísimo art. 173 CP siempre que el material difundido, de forma consciente y contra la voluntad de la víctima, lesione la integridad moral. En este sentido ha señalado la citada Circular FGE 3/2017 que "quien, sin haber participado en la obtención de la imagen o grabación, la trasmite posteriormente a terceros a sabiendas de su contenido y de la falta de autorización de la víctima - extranei- podría incurrir en un delito contra la integridad moral del articulo 173.1 CP, si concurren los requisitos de dicho tipo penal y concretamente cuando dicha difusión menoscabe gravemente la integridad moral de la persona afectada".

Por otro lado, dependiendo de la naturaleza del contenido difundido, la doctrina también ha afirmado que su distribución puede también integrar un delito de distribución de pornografía infantil del art. 189.2º CP, si se refiere a menores de edad y las imágenes merecen esa consideración.

Dejar fuera del ámbito del Derecho penal, con la actual regulación, la conducta de la redifusión es también la tesis de la jurisprudencia. En este sentido ha señalado en la STS 70/2020, de 24 de febrero (la Ley 4418/2020), que ha de excluirse a terceros "extraños al círculo de confianza en el que se ha generado el material gráfico o audiovisual y que obtienen esas imágenes sin conexión personal con la víctima".

Como argumento para llegar a esta conclusión, algún autor ha recurrido a la tesis de que el art. 197.7 CP tipifica un delito especial, así que solo puede ser autor el sujeto que ha obtenido la imagen (con anuencia de la víctima) y la difunde, revela o cede a terceros. Otros autores llegan a esta misma conclusión, pero entendiendo que se está ante un delito de propia mano.

Aceptando que se está ante un delito especial propio, a veces se ha concluido que el que redifunde la imagen o grabación no puede ser autor de este delito, pero surge entonces la posibilidad de que el tercero *extraneus* responda como cooperador necesario o cómplice, puesto que el resultado de grave menoscabo de la intimidad de la víctima se conseguirá con la participación de las personas a las que les llega el material íntimo y lo

reenvían a sus contactos. El tercero que solo reenvía el archivo está participando en una cadena de transmisión del objeto material del delito.

2. El tercero que difunde sí tiene responsabilidad penal como delito contra la intimidad

Para un **sector minoritario, y manteniéndonos en la redacción actual del precepto, el que redifunde sí ha de responder de este delito**. De esta forma entienden que es independiente que el internauta sea o no el primer receptor de las imágenes o simplemente se dedique a agrandar la difusión de una grabación ya extendida en la red; afirman que el que rebota o reenvía la imagen comete el delito, aunque no haya tenido participación en él, es decir, aunque no haya tenido participación en la captación o grabación, siempre que conozca que no hay autorización del afectado para difundir, revelar o ceder; en definitiva, que **cualquier internauta que se dedique a "rebotar" un archivo íntimo sin la autorización de la persona en cuestión comete el delito del art. 197.7 CP**[7].

De manera específica ha destacado algún autor que, si el reenvío se produce de forma consciente, sabiendo que no existe consentimiento de la víctima, estos sujetos serían coautores junto con el primer emisor.

3. La posición jurisprudencial

Se ha puesto de manifiesto por parte de la doctrina que tendrá que decidir la jurisprudencia sobre qué ocurre con el que difunde por segunda o tercera vez porque le ha llegado por otras vías la grabación, dado que el legislador no clarifica si responde solo el que difunde por primera vez o también los que lo hagan con posterioridad; señalándose que podría darse una responsabilidad en cascada; y añadiéndose que será necesario que se acredite, sin duda alguna, que el receptor era consciente de la falta de consentimiento en su divulgación, si no se quiere destruir el principio de presunción de inocencia.

A este respecto baste recordar, como ha quedado señalado más arriba, que el **TS ya se ha pronunciado en STS 70/2020 afirmando que esta conducta no tiene encaje en el art. 197.7 CP**. En dicho sentido ha afirmado que "es indispensable para acotar los términos del tipo excluir a terceros que son extraños al círculo de confianza en el que se

[7] Sobre ello véase la doctrina citada por DURÁN SECO, en: León Alapont (Dir.), El Derecho Penal frente a las crisis sanitarias, 2023, n. 77.

ha generado el material gráfico o audiovisual y que obtienen esas imágenes sin conexión personal con la víctima. La difusión encadenada de imágenes obtenidas a partir de la incontrolada propagación en redes telemáticas, llevada a cabo por terceros situados fuera de la relación de confianza que justifica la entrega, queda extramuros del derecho penal".

4. La propuesta de *lege ferenda* acogida por el legislador en la LO de garantía integral de la libertad sexual: problemas interpretativos

Ya antes del Proyecto de LO de garantía integral de violencia sexual se habían realizado **propuestas de *lege ferenda* para que la conducta que nos ocupa fuera tipificada**. Así, merece destacarse, precisamente por ser la propuesta acogida por el legislador, la de MARTÍNEZ GALINDO, quien ya sugirió que "*se añada un apartado específico, con la categoría de delito leve, para aquellos supuestos de mera difusión de imágenes que afecten gravemente a la intimidad de las personas, aunque no se haya tomado parte en su obtención ni se tenga relación con la víctima: Porque «es mejor prevenir que curar»*"[8].

En un sentido similar, la directora de la AEPD ha considerado que sería oportuno modificar el CP en el sentido de incluir también como conducta delictiva el retuiteo[9]. Así, planteó en el Senado la posibilidad de una reforma del CP que incluyese que sea delito el envío de fotografías, videos o audios de contenido sexual o violento en internet sin el consentimiento de las personas afectadas. De modo que tenga responsabilidad penal no solo el que graba y envía, sino también el que reenvía. En esta misma línea ya había llamado la atención el Consejo Fiscal que si se entiende imprescindible tipificar expresamente tales conductas, debe aquilatarse la redacción del tipo para evitar dejar fuera del radio aplicativo del mismo conductas de idéntica gravedad, aludiendo a la conducta del tercero que, siendo ajeno al pacto, consigue el material y lo difunde[10].

El pasado 6 de junio de 2022 se publicaba en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el Proyecto de LO de garantía integral de la libertad sexual en la versión remitida al Senado aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados, en su sesión del

[8] MARTÍNEZ GALINDO, G.: La adaptación digital de la protección penal de la intimidad, en Bustos Rubio, M./Abadías Selma, A. (Dirs.): Una década de reformas penales, Barcelona, Bosch, 2020, p. 383.

[9] https://confilegal.com/20210417-la-propuesta-de-la-aepd-sobre-que-el-reenvio-de-imagenes-y-videos-sin-consentimiento-sea-delito-divide-a-los-expertos/.

[10] Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de LO por la que se modifica la LO 10/1995, de 24 de noviembre del CP, de 20 de diciembre de 2012, p. 205. Disponible en: http://www.juecesdemocracia.es/legislacion/INFORME%20ANTEPROYECTO%20CP%202012%20CONSEJO%20FISCAL.pdf.

día 26 de mayo de 2022. En dicho proyecto se contiene una modificación al art. 197.7 CP. Con la propuesta de modificación el art. 197.7 CP quedará redactado como sigue[11]:

> *«7. Será castigado con una pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a doce meses el que, sin autorización de la persona afectada, difunda, revele o ceda a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales de aquélla que hubiera obtenido con su anuencia en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros, cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona.* ***Se impondrá la pena de multa de uno a tres meses a quien habiendo recibido las imágenes o grabaciones audiovisuales a las que se refiere el párrafo anterior las difunda, revele o ceda a terceros sin el consentimiento de la persona afectada****.*
>
> *En los supuestos de los párrafos anteriores, la pena se impondrá en su mitad superior cuando los hechos hubieran sido cometidos por el cónyuge o por persona que esté o haya estado unida a él por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, la víctima fuera menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección, o los hechos se hubieran cometido con una finalidad lucrativa.»*

De este modo, si acaba aprobándose, quedará zanjada la discusión acerca de si se castiga o no la redifusión de estos contenidos íntimos. Con ello quedará claro que el legislador quiere que también sean castigados, como autores de un delito contra la intimidad, los terceros que reciben la imagen o grabación audiovisual y la difunden, ceden o revelan a su vez a otras personas. Se incluye de ese modo algo más que la redifusión, ya que también se contienen las conductas de revelar o ceder. Son tres conductas que pueden tener diferente potencialidad lesiva.

En mi opinión la aprobación de la citada propuesta de modalidad atenuada de difusión inconsentida de imágenes obtenidas con consentimiento planteará **muchos problemas interpretativos y otras cuestiones que merecen reflexión**. Se esbozan a continuación algunos de ellos.

a) Nos encontramos con un delito contra la intimidad que se modifica en una LO de garantía integral de la libertad sexual

El objeto material sobre el que recae la acción delictiva son "imágenes o grabaciones audiovisuales" que deben reunir unas características. La primera de ellas es

[11] En la versión debatida en el congreso no se proponía la modificación del art. 197.7 CP (véase http://www.juecesdemocracia.es/legislacion/INFORME%20ANTEPROYECTO%20CP%202012%20CONSEJO%20FISCAL.pdf), pero esta reforma se propone a través de la enmienda núm. 213 del Grupo Socialista y el Grupo Parlamentario Confederal de Unidas Podemos-en comú Podem-Galicia en común, con la justificación de mejora técnica en la extensión de penas a quien difunda, revele o ceda las imágenes a quien las haya recibido de otros (https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-62-3.PDF#page=1) (https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-62-6.PDF#page=1).

que en las citadas imágenes debe aparecer una persona identificada o identificable pues, en caso contrario, se procederá a la absolución. En segundo lugar, y por lo que al carácter de la imagen o grabación se refiere, en principio podría parecer que se está pensando en que tenga carácter íntimo sexual. Sin embargo, como ya he puesto de relieve más arriba, conviene insistir en que nada obsta a que se trate una imagen de cualquier otro tipo, tal y como ha reconocido el propio TS. Ciertamente, ha de partirse de que el tipo penal exige que con la divulgación se menoscabe gravemente la intimidad personal de la persona cuya imagen se difunde, revela o cede, de modo que las imágenes deben afectar a la intimidad excluyéndose las que puedan resultar inocuas para el bien jurídico protegido. Parece, pues, que dándose estos presupuestos es indiferente el carácter sexual o no de la grabación. Comparto la idea, manifestada por muchos de los autores que se han ocupado de este tema, de que el ámbito del art. 197.7 CP excede del denominado *sexting* o *revenge porn*, pudiéndose incluir todas aquellas imágenes o grabaciones audiovisuales que afecten al "núcleo duro" de la intimidad (sexualidad, salud, creencias religiosas, orientación política…), siempre que se afecte gravemente a la intimidad. En tal sentido se restringe el ámbito de aplicación del tipo penal, dado que no cualquier imagen o grabación que afecte al núcleo duro de la intimidad puede entenderse que afecta gravemente a la misma hasta el punto de quedar englobada en el tipo penal. Ahora bien, estamos ante un concepto jurídico indeterminado que va a depender de la valoración del juez o tribunal. De hecho, si observamos la opinión de algunos autores respecto a algún contenido concreto, nos damos cuenta de que son contrarias, algo que, sin duda, genera inseguridad jurídica. Lo que sí parece compartirse es que las imágenes que afectan a la vida sexual cuando son difundidas afectan gravemente a la intimidad, y esa es la razón por la que se piensa en ellas la mayoría de las veces cuando se está analizando el tipo del art. 197.7 CP.

También para la jurisprudencia han de incluirse imágenes que no sean solo sexuales. Aunque, eso sí, siempre y cuando su difusión suponga un grave menoscabo a la intimidad. El TS ha reconocido, como ya he señalado, que a pesar de que predominan los supuestos de difusión de imágenes de marcado carácter sexual, también lo es que el precepto no se identifica con ese contenido[12]. Fundamental es el significado de menoscabo grave a la intimidad. Se trata, por tanto, un resultado de lesión. Habrá supuestos en los que el menoscabo grave resulte claro, pero no siempre será así. No puede

[12] STS núm. 70/2020, de 24 de febrero.

darse una respuesta automática a cada uno de los casos que nos podamos plantear, sino que habrá que atender al análisis conjunto del contenido de material divulgado.

No comparto, por tanto, la opinión de algún autor que ha entendido que ha de acotarse el ámbito de aplicación a las conductas que afecten a la intimidad de la vida sexual. A pesar de que, en mi opinión, nos encontramos ante una figura que no debería ser acogida por el Derecho penal dado el consentimiento inicial de la víctima, sin embargo, no alcanzo a entender cuál es la razón para que solo queden incluidas las imágenes de contenido sexual, puesto que puede haber otro tipo de imágenes o grabaciones audiovisuales cuya difusión menoscabe gravemente la intimidad, tal y como ya ha quedado expresado más arriba. Por otro lado, no ha de olvidarse que la figura de la difusión inconsentida de imágenes obtenidas con consentimiento se ubica dentro de los delitos de descubrimiento y revelación de secretos sin que se acoten dichos secretos al ámbito sexual por lo que ninguna razón hay para hacerlo en este tipo de conductas. En definitiva, **la intimidad no solo afecta a la vida sexual. Y es precisamente esta la razón por la que no se alcanza a comprender el lugar en el que se pretende modificar el art. 197.7 CP**. Nos encontramos ante un Proyecto de LO cuya finalidad es la adopción y puesta en práctica de políticas efectivas, globales y coordinadas entre las distintas administraciones públicas competentes, a nivel estatal y autonómico, que garanticen la sensibilización, prevención, detección y la sanción de las violencias sexuales, e incluyan todas las medidas de protección integral pertinentes que garanticen la respuesta integral especializada frente a todas las formas de violencia sexual, la atención integral inmediata y recuperación en todos los ámbitos en los que se desarrolla la vida de las mujeres, niñas, niños y adolescentes, en tanto víctimas principales de todas las formas de violencia sexual (art. 2 del Proyecto citado).

b) Con dicha redacción no solo se incluirá la redifusión, sino también la re-revelación y la re-cesión

La conducta típica de la modalidad básica oscila a su vez entre otras dos: la obtención con permiso y la transmisión de las imágenes íntimas sin permiso. La primera de las conductas aisladamente considerada no es constitutiva de delito. Por otro lado, ha de destacarse que para que la conducta de transmitir las imágenes íntimas sin permiso sea constitutiva del delito del que se ocupa el art. 197.7 CP debe darse como presupuesto previo la primera (la obtención con la anuencia de la víctima). Por ello ha de prestarse atención a ambas.

La segunda conducta consiste, una vez que se ha obtenido la imagen o grabación, y ahora ya sin autorización de la persona afectada, en difundir, revelar o ceder el citado material. De modo que, como ha señalado un importante sector doctrinal, se trata de un tipo mixto alternativo al poder oscilar la conducta típica sobre cualquiera de los verbos rectores: difundir, revelar o ceder a terceros. Pues bien, sobre estos mismos verbos rectores se construye la modalidad atenuada que se incluye en el Proyecto.

Conviene recordar que no es necesaria una prohibición y advertencia expresa de no divulgar el contenido que se ha obtenido con consentimiento, sino que se puede entender la prohibición de forma tácita atendiendo al modo en el que se obtuvieron las imágenes o grabaciones y al contenido de las mismas. Del consentimiento en la toma de la imagen no se deduce el consentimiento para su divulgación. No estamos ante un consentimiento tácito que pueda derivarse del consentimiento en la obtención de la imagen. Ha de tenerse en cuenta el tipo de imágenes, pudiendo afirmarse respecto de muchas de ellas que no se goza de tal consentimiento, así, por ejemplo, la que nos están ocupando en este trabajo, las de alto contenido sexual.

Pues bien, la difusión es de las tres conductas la que parece tener mayor potencialidad lesiva, ya que el sujeto activo al divulgar o propagar el material obtenido a un número indeterminado de personas pierde el control sobre las imágenes o grabaciones y se multiplica la capacidad ofensiva, lo que se deberá tener en cuenta a la hora de individualizar la pena. Se pueden producir envíos a través de cualquier plataforma de mensajería o red social. Por su parte revelar alude a los casos en los que el sujeto que ha obtenido la imagen o grabación se la muestra o enseña a terceros. Por último, ceder comprende los supuestos en los que el sujeto que ha obtenido la imagen o grabación se la entrega a terceras personas para que dispongan de ella, es decir, la transferencia o el traspaso a otro de una información. No obstante, como ha sido destacado por la doctrina especialista en el tema, para que el tipo se entienda consumado (en la modalidad básica) es suficiente con la entrega a un solo sujeto, puesto que por reducido que sea el primer envío lo que queda claro es que el emisor pierde el control sobre dicho material y gracias a las tecnologías digitales se puede difundir de forma masiva y sin ningún control. El propio TS, en la ya citada STS 70/2020, de 24 de febrero, se ha manifestado en este sentido entendiendo que “el vocablo difundir ha de entenderse como sinónimo de extender, propagar o divulgar a una pluralidad de personas, las expresiones revelar o ceder son perfectamente compatibles con una entrega restringida a una única persona. Tiene

razón el Fiscal al recordar que el requisito de la difusión quedó cumplido cuando, sin autorización de la persona afectada, se inició la cadena de difusión, siendo indiferente que la imagen sea remitida a una o más personas. Resulta contrario a las reglas de la lógica y a la intención del legislador, la exigencia de una difusión masiva en redes sociales de uso generalizado o la difusión simultánea a más de una persona por parte del receptor de las imágenes".

Así que, teniendo en cuenta el tenor literal de la propuesta de modalidad atenuada y el significado que se ha dado a los verbos típicos en la modalidad básica, se incluyen conductas como la de recibir y difundir, recibir y mostrar o enseñar a terceros y recibir y transferir. La amplitud es tal que ha de acotarse bien e **interpretarse restrictivamente teniendo en cuenta la exigencia del grave menoscabo a la intimidad**. Ahora bien, surge el problema de cómo interpretar el grave menoscabo a la intimidad. En este sentido cabe preguntarse si la conducta de enseñar o reenviar un video que ya es viral ¿será constitutivo de esta modalidad atenuada? O ¿en realidad en ese supuesto ya no hay grave menoscabo a la intimidad porque ya está gravemente menoscabada?

c) El problema de concretar el grave menoscabo a la intimidad

Dado que la propuesta de modalidad atenuada del párrafo segundo del art. 197.7 CP alude a las imágenes o grabaciones a las que se refiere el párrafo anterior, hemos de partir de que se trata de imágenes o grabaciones obtenidas con la anuencia del protagonista de dicho contenido íntimo y que la difusión, cesión o revelación de dichas imágenes debe suponer un grave menoscabo a la intimidad. Al respecto nos encontramos, tal y como ha sido destacado por la doctrina, ante un concepto jurídico indeterminado, un elemento normativo del tipo difícil de concretar y que genera inseguridad jurídica ya que se deja en manos del juez la decisión de qué es delictivo. Una crítica dogmática que resulta justificada por propio TS en la STS 70/2020, de 24 de febrero. Se configura, por tanto, como un tipo de lesión en el que será necesario que se constate el menoscabo grave a la intimidad personal de esa persona. De no darse el menoscabo a la intimidad habrá de absolverse.

Si ya resulta problemático determinar cuándo nos encontramos ante un menoscabo a la intimidad y cuándo el mismo es grave en la modalidad básica, aún más lo será determinar si se produce ese resultado lesivo en la modalidad atenuada que se propone. Debe tratarse de imágenes o grabaciones que afecten a los aspectos más sensibles de la intimidad y no tiene porqué tratarse de imágenes de contenido sexual, como ya ha

quedado expuesto y a pesar de que se incluya la modalidad atenuada en el ya aludido Proyecto de LO de garantía integral de violencia sexual. La doctrina que se ha ocupado de analizar esta cuestión, refiriéndose a la regulación actual, ha señalado que para valorar la afectación grave a la intimidad puede servir el número de destinatarios a los que ha llegado, así como la relación de la víctima con las personas que han visto las imágenes. No olvidemos que la modalidad básica se ocupa de la responsabilidad penal del que obtuvo la imagen o grabación audiovisual con consentimiento. Así mismo, se ha destacado que en el caso de que se trate de imágenes o grabaciones audiovisuales de naturaleza sexual o erótica difícilmente podrá señalarse que no afecta gravemente a la intimidad. Se conjugan, dice con acierto la doctrina, de este modo dos criterios que ayudan a comprender el significado del menoscabo grave a la intimidad: un criterio cuantitativo y otro cualitativo.

En mi opinión, efectivamente el uso de las TIC implica una mayor lesión a la intimidad. Y ello pese a que el tipo penal incluye tres conductas de diferente calado y que no siempre implican que se hayan usado las nuevas tecnologías: difusión, revelación y cesión. Como hemos visto, la difusión es la que conlleva un mayor número de personas, la revelación alcanza a un número más reducido y la cesión es el traspaso a otro de una información. Esos son tres verbos típicos del art. 197.7 CP. A pesar de que el tipo penal no exige que la conducta tenga lugar a través de un instrumento que conecta con el ciberespacio considero necesario, al menos con carácter general, la exigencia de tal requisito, puesto que en caso contrario difícilmente podría producirse (en la mayoría de los casos imaginables) el menoscabo grave a la intimidad que exige el tipo, de modo que junto a la valoración del material íntimo, también se tiene que tener en cuenta el número de destinatarios y las relaciones que tienen con la víctima. No obstante, sí encontramos supuestos en los que se ha condenado, considerándose que se produce un grave menoscabo a la intimidad, en los que las imágenes se han enseñado a un solo sujeto (nuevamente sobre ello la STS 70/2020, de 24 de febrero).

Concluyendo este apartado ha de señalarse que los mismos problemas de indeterminación de la citada cláusula en la modalidad básica se van a reproducir en la modalidad atenuada e incluso se acrecentarán, puesto que llegará el momento en que, cuando las imágenes o grabaciones sean virales, el grave menoscabo deje de producirse porque la intimidad ya esté desde mucho antes gravemente lesionada.

Será fundamental para determinar el grave menoscabo, por un lado, la relación de la víctima con las personas que visionan las imágenes, así debería tenerse en cuenta que los receptores sean familiares, compañeros de estudio o de trabajo, por ejemplo. Y, por otro, el número de personas que han visionado el material íntimo. Sea como fuera la problemática interpretativa está servida.

d) Para poder castigar esta conducta debe probarse que fue dolosa

Merece destacarse que la persona que recibe la imagen o grabación audiovisual no tiene porqué saber ni las circunstancias en las que las mismas fueron grabadas, ni si se consintió o no con la grabación. De modo que será difícil que el sujeto que la recibe conozca que la misma cumple los presupuestos de la imagen o grabación a la que se refiere el párrafo primero del art. 197.7 CP. Ciertamente, valorando el contenido de las imágenes o grabaciones, podría pensarse, por ejemplo, si se trata de imágenes de alto contenido erótico, que no hay consentimiento para su difusión. Sin embargo, nada obsta para que en ese caso sí exista tal consentimiento o, al menos, para que el sujeto que lo recibe piense que sí existe. Más sencillo será saber si concurre o no consentimiento si se conoce, por tener relación con ellos, a los protagonistas de las imágenes, pero, de no conocerse, pueden surgir serias dudas. Ha de demostrarse que el sujeto conocía que las imágenes se habían difundido, revelado o cedido sin autorización de la víctima; porque, si no lo conoce, por ejemplo, porque piensa que estamos ante una imagen de "porno amateur" difundida voluntariamente, la conducta no será punible.

Relacionado con el dolo nos encontramos con otro problema que puede ser también frecuente en la práctica y es el del reenvío sin haber abierto el archivo o video de carácter íntimo. Pensemos en grupos de Whatsapp de gran actividad en los que se reenvían a otros grupos videos o fotos incluso sin abrirlas.

En los supuestos acabados de señalar, salvo que pueda afirmarse que ha habido dolo eventual, la conducta no debería castigarse.

El dolo debe abarcar, por tanto, el resultado lesivo del grave menoscabo a la intimidad, es decir, tanto el conocimiento de la divulgación a terceros del material íntimo sin consentimiento como la idoneidad para menoscabar gravemente la intimidad de la persona afectada.

e) A título de ejemplo: video viral de conocido actor y presentador

En el momento de escribir estas líneas ha saltado la noticia de la difusión de un vídeo íntimo de un conocido actor y presentador de nuestro país.

No es la primera vez que aparece una noticia de este tipo, baste recordar dos casos (incluso tratados en una reciente serie española sobre la Intimidad), el de la concejal al que me he referido más arriba, que supuso un punto de inflexión, fruto del cual se modificó el CP y el de una trabajadora de una empresa cuyo video íntimo fue visto por sus compañeros de trabajo y cuya presión hizo que la trabajadora se suicidase.

Volviendo al video del presentador y actor, lo primero que debería averiguarse es si el video se obtuvo con o sin consentimiento de las personas protagonistas del mismo. Si es un video realizado sin consentimiento de uno de los protagonistas o de ninguno, la conducta será delictiva como delito contra la intimidad. De modo que, si se trata de un video obtenido de modo ilícito y posteriormente difundido, ninguna duda hay que estamos ante una conducta delictiva englobable en el art. 197.1 en relación con el art. 197.3 CP con la pena de dos a cinco años de prisión.

En segundo lugar, si el video, como parece que ocurre en este caso, ha sido grabado con el consentimiento de ambos protagonistas, lo que ha de analizarse es quién lo filtró.

En este concreto caso, no conocemos si el video en el que se contiene una grabación del actor manteniendo relaciones sexuales con una mujer ha sido filtrado, por vez primera, por uno de los intervinientes de las imágenes o si, por el contrario, otra persona de modo ilícito se ha apoderado de dicho contenido y lo ha difundido haciéndose viral.

Sin embargo, y para lo que aquí nos ocupa, partimos de la primera hipótesis, es decir, de que se trata de un video obtenido con consentimiento de ambos y cuyo primer difusor ha sido uno de ellos, puesto que en otro caso no entraría el debate de si la conducta encuentra o no acomodo en el art. 197.7 CP. En este caso entendemos, únicamente para que nos sirva de ejemplo, que ha sido bien el famoso presentador o bien su acompañante quien, sin consentimiento del otro, ha enviado el video a un tercero y a partir de ahí el video se ha hecho viral.

Al tratarse de la difusión, revelación o cesión de un video por uno de sus protagonistas, que sí consintió en la grabación, pero no en su difusión, revelación o cesión, la conducta será constitutiva de delito del art. 197.7 CP por parte del sujeto que

lo difundió, reveló o cedió, es decir, y siguiendo con el ejemplo, habrá cometido la modalidad del art. 197.7 CP bien el presentador y actor o bien su acompañante.

Respecto a la conducta de los terceros, que por una u otra vía han recibido el vídeo y lo han cliqueado haciéndolo viral, hay que señalar que, con la legislación actual en la mano, en mi opinión, la conducta no puede ser constitutiva de delito contra la intimidad por parte de esos terceros ya que sostengo la tesis de que el cliqueo no es delictivo, como delito contra la intimidad, con la actual redacción, tal y como he expuesto más arriba.

Ahora bien, si los hechos se hubieran producido estando en vigor la redacción del art. 197.7 CP que se pretende dar a través del Proyecto de LO de garantía integral de la libertad sexual, todos los que han cliqueado el vídeo a otro, en principio, serían autores de la modalidad atenuada del art. 197.7 CP; de modo que cualquiera de los que lo ha recibido y le ha dado al clic de reenviar será autor de la modalidad atenuada de delito de difusión inconsentida de imágenes o grabaciones audiovisuales obtenidas con consentimiento, siempre y cuando, claro está, se cumplan los elementos típicos, con las dificultades que hemos visto que al respecto se plantean.

Huelga señalar que la conducta me resulta incorrecta, reprochable y no admisible. Sin embargo, ello no significa que entienda que la solución deba pasar por el Derecho penal. En primer lugar, porque como ya he señalado en otros trabajos me decanto por la supresión de *lege ferenda* de la modalidad contenida en el art. 197.7 CP, dado que parto de que son suficientes las respuestas que el ordenamiento jurídico ofrece ante el envío no consentido del material íntimo (obtenido con consentimiento) sin necesidad de acudir al Derecho penal. La intervención en este ámbito del Derecho penal es innecesaria e injustificable y contradice el principio de intervención mínima o *última ratio* y el carácter fragmentario del Derecho penal[13]. En segundo término, los problemas interpretativos de la modalidad atenuada hacen que en la práctica vaya a ser difícilmente aplicable dicha modalidad.

En el caso del video del actor y presentador al que me estoy refiriendo cabe, como segunda hipótesis, que el material intimo grabado con el consentimiento de ambos se consiguiera sin el consentimiento de ninguno de ellos, por ejemplo, porque un virus jaqueara el terminal y un tercero se apoderase del video. En este caso ese "primer tercero"

[13] DURÁN SECO, I.: La difusión inconsentida de imágenes o grabaciones obtenidas con consentimiento: propuesta de supresión, en LH-Lorenzo Salgado, 2021, pp. 497 y ss

comete el delito del art. 197.1 en relación con el art. 197.3 CP párrafo primero y con el art. 197.5 CP (ya que afectan a la vida sexual); pero surge la duda de qué responsabilidad penal tendrán los que han hecho viral el video con sus cliqueos. Estos sujetos podrían responder, con la regulación actual, de un delito contra la intimidad regulado en el art. 197.3 párrafo segundo CP en relación con el art. 197.5 CP.

IV. RESULTADOS DEL ANÁLISIS

1. Con la regulación actualmente vigente el cliqueo no es una conducta de autoría de delito contra la intimidad

En mi opinión, y con la regulación vigente, la conducta del sujeto que retuitea, que rebota la imagen, no puede ser constitutiva de autoría del art. 197.7 CP, por las siguientes razones. En primer lugar, porque se entienda, como hace un sector doctrinal, que se está ante un delito especial en tanto en cuanto la persona que difunde el archivo íntimo lo ha de conseguir de la propia víctima o lo ha de grabar con su consentimiento. De modo que, si se acepta esta interpretación, la conducta del tercero que simplemente rebota la imagen o grabación sin haber intervenido en la misma ni haberla obtenido del sujeto pasivo, deberá quedar impune como conducta de autoría. En segundo lugar, porque, aunque no se esté en puridad ante un delito especial, en todo caso el tenor literal sí hace mención exclusivamente al sujeto que difunde, revela, cede a terceros la imagen o grabación obtenida con la anuencia de la víctima; por tanto, el que retuitea ya no está difundiendo, revelando o cediendo una imagen o grabación que *él* ha obtenido con la anuencia de aquella.

En cuanto al posible castigo como partícipe, que también podría plantearse, previamente habrá que decidir si, con la segunda o sucesiva redifusión, se produce una prolongación de la consumación de este delito, a modo de un delito permanente. Y, claro está, siempre y cuando este sujeto actúe de manera dolosa. Porque, como es sabido, la participación en el delito solo puede plantearse mientras tanto este no se haya consumado; producida la consumación, la participación resulta imposible.

2. Posibilidad de castigar la conducta de redifusión a través de otras modalidades delictivas en determinados casos en que se lesionen otros bienes jurídicos distintos a la intimidad o de acudir a otras vías

Descartada la posible aplicación del art. 197.7 CP para castigar penalmente al que redifunde, queda abierta la posibilidad de que se recurra a otras modalidades delictivas.

Así, el sujeto podrá ser autor de un delito contra la integridad moral del art. 173.1 CP cuando concurran los requisitos de este tipo penal y cuando con dicha difusión se menoscabe gravemente la integridad moral de la persona.

Teniendo en cuenta la naturaleza del contenido difundido, su distribución puede también integrar un delito de distribución de pornografía infantil del art. 189.2º CP si se refiere a menores de edad y las imágenes merecen esa consideración.

Existe también la posibilidad de que estas conductas den lugar a que se apliquen los mecanismos previstos en la LO 1/1982, de Protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen; en la LO 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales; y el posible régimen de responsabilidad de los proveedores de servicios de la sociedad de la información, que se regula en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico.

3. La inclusión de la conducta no me parece conveniente

Obviamente parto de que la difusión de este tipo de contenidos no es una conducta admisible y que debe tener una respuesta del ordenamiento jurídico, pero considero que no será necesaria la inclusión de la conducta en el CP, ya que sostengo que no es el ámbito del Derecho penal en el que deben solventarse estos conflictos. Como ya he expresado en otra contribución me decanto por la supresión de *lege ferenda* del tipo penal. Por ello, ampliar el tipo aún más me resulta innecesario. Tampoco me parece acertado como argumento para incluir esta modalidad atenuada el que es mejor prevenir que curar. No puede utilizarse el criterio de la prevención general sin ponerlo en relación con los principios de estricta necesidad, proporcionalidad y culpabilidad, puesto que la intimidación general ha de someterse a límites derivados de los principios acabados de mencionar para evitar posibles excesos[14]. Bajo mi criterio nos encontramos, en la introducción de esta modalidad atenuada, ante un **uso populista y moralista del Derecho penal y que en la práctica va a ser de difícil aplicación**. En supuestos de contenidos que se hacen virales, es decir, que se propagan como si fuera un virus a miles de personas habría, si de lo que se trata es de aplicar la posible nueva regulación penal, que imputar a miles de personas la citada modalidad atenuada lo que en la práctica será de imposible

[14] Sobre la función de prevención general: intimidación general, véase LUZÓN PEÑA, D. M.: Lecciones de Derecho penal. Parte general, 3ª, Valencia, Tirant lo Blanch, 3ª, 2016, 1/47 y ss.

aplicación por nuestros órganos jurisdiccionales. No tiene sentido, en mi opinión, incluir una modalidad delictiva que no va a ser aplicable y mucho menos pudiendo entrar en consideración otros ámbitos del Derecho en los que se puede dar una respuesta más adecuada a este tipo de conductas. Y, para los supuestos más graves, en los que entre en juego la lesión de otros bienes jurídico penales, se abre la posibilidad de castigar por otras modalidades delictivas.

4. La inclusión del cliqueo a través del Proyecto de LO de garantía integral de la libertad sexual no es, en mi opinión, acertada

A que la inclusión de esta modalidad atenuada no me parece acertada, ha de añadirse el que tampoco lo sea el lugar en el que se introduce. No olvidemos que estamos ante un Proyecto de LO de garantía integral de la libertad sexual y que en al art. 197.7 CP no solo se incluyen contenidos de tal naturaleza. Pero es que, además, la LO citada tiene por objeto la garantía y protección integral del derecho a la libertad sexual y la erradicación de todas las violencias sexuales. Estamos ante una Ley Orgánica cuyo ámbito de aplicación son las mujeres, niñas y niños que hayan sido víctimas de violencias sexuales en España (art. 3.2 Proyecto). El art. 197.7 CP no solo abarca a ese círculo de víctimas, aunque, ciertamente, sean las más frecuentes, pero no son las únicas dado que los hombres también pueden ser víctimas del art. 197.7 CP tal y como ha quedado demostrado en la práctica.

5. La regulación de la conducta presenta problemas interpretativos añadidos a los que ya existen en la modalidad básica

Efectivamente, se exige al sujeto que redifunde que tenga conocimiento de que no hay autorización para el envío de esas imágenes o grabaciones. Ciertamente, podrá afirmarse que, en muchos casos, atendiendo al contenido de las imágenes no parece que el sujeto haya dado la autorización para difundirlas. Pero no olvidemos que estamos en el ámbito del Derecho penal, en concreto del Derecho procesal penal, y que será la parte acusadora la que tendrá que probar que el sujeto conocía que no había consentimiento para la difusión de las imágenes o grabaciones audiovisuales. La prueba de dolo será realmente complicada.

Por otro lado, respecto al contenido de las imágenes surge la duda si se está queriendo limitar a las sexuales o no es necesario. Insisto en que a pesar de su inclusión en un Proyecto de LO de libertad sexual no tienen porqué tener, aunque realmente sea lo

más frecuente, contenido sexual pues el art. 197.7 CP no solo se refiere a imágenes o grabaciones de contenido sexual.

Como también he expresado más arriba la descripción típica es excesivamente amplia, dados los verbos rectores, por lo que habrá que interpretar restrictivamente la conducta teniendo en cuenta la exigencia del grave menoscabo a la intimidad, concepto jurídico indeterminado que puede dar lugar a numerosas y contrarias interpretaciones.

6. Es fundamental la educación digital en este campo

Antes de llegar a debatir si es o no oportuno castigar penalmente este tipo de conductas deberíamos plantearnos cómo se ha llegado a ellas. Se trata de conductas que no son casos aislados. Por esa razón la educación digital me parece imprescindible. En dicha educación digital ha de prestarse atención a dos aspectos. En primer lugar, ha de reflexionarse sobre lo peligroso de compartir imágenes o grabaciones íntimas con otros, aunque pueda pensarse que no hay peligro dada la relación con la persona con la que se comparte el contenido íntimo. Sin embargo, desde el momento en que esas imágenes escapan del círculo de un solo sujeto se corre el riesgo, por multitud de factores, de que se compartan con otros. En segundo lugar, es fundamental ser conscientes de que compartir imágenes de otros puede tener unas consecuencias muy negativas para ese sujeto, que puede sufrir un grave menoscabo a su intimidad, aunque se trate de un sujeto al que no se conoce o con el que no se tiene ninguna relación (aunque sí pueda ser conocido por todos) y unas imágenes o grabaciones que han llegado a nuestro terminal sin quererlo ni pedirlo. En definitiva, hemos de pensar que ese cliqueo puede tener consecuencias muy negativas en otras personas y que si se recibe algo así debe borrarse y no continuar cliqueando. Solo de ese modo evitaremos encontrarnos en situaciones como las referidas en este análisis (caso de la concejal, caso de la trabajadora, caso del actor y presentador).

V. OPINIÓN

Es más que discutible que se tipifique como delito la conducta de difundir, revelar o ceder imágenes o grabaciones audiovisuales que se han obtenido con el consentimiento de la víctima, puesto que aunque, sin duda estamos ante una conducta inadmisible, sin embargo, el ordenamiento jurídico ofrece otro tipo de respuestas ya que, como sabemos, el Derecho penal debe ser el último recurso, debiéndose proteger a los ciudadanos y a la sociedad, siempre que sea posible, con otros medios menos lesivos. La intervención en

este ámbito del Derecho penal es innecesaria e injustificable. Todo ello contradice el principio de intervención mínima o *última ratio* y el carácter fragmentario del Derecho penal. No me parece acertado acudir al Derecho penal para proteger a los sujetos de sus propios actos.

Aún menos necesaria es, en mi opinión, la tipificación de la modalidad atenuada que se ha incluido en el Proyecto de LO de garantía integral de la libertad sexual. Se trata de un tipo penal que será de difícil persecución y de gran dificultad a la hora de determinar hasta dónde llega el menoscabo grave a la intimidad y hasta quién, si de una cadena viral se trata. En definitiva, estamos ante una modalidad que responde al populismo que en los últimos tiempos caracteriza al Derecho penal; una modalidad que puede resultar pedagógica, pero, como sabemos, ese no es ni debe ser el fin del Derecho penal.

Mucho más importante me parece la educación digital, la consciencia del riesgo al que puede verse sometida la intimidad y que, la mayoría de las veces, puede evitarse. Por otro lado, imprescindible es inculcar el respeto a la intimidad de los demás. La protección de estas conductas no ha de pasar por el ámbito del Derecho penal, sino por el educativo intentando evitar llegar a ellas. Y, en el caso de que se produzcan dichas conductas, deberá acudirse a otros ámbitos del Derecho con los que podemos obtener la respuesta necesaria y en los casos más graves en que se lesiones otros bienes jurídicos se podrá acudir a otros tipos penales.

* * * * * *

Dr. Julio E. Chiappini
Ex Prof. Titular de Alemán Jurídico. Universidad Nacional de Rosario, Argentina.
Socio de la FICP

~El silencio y el falso testimonio desde la polémica entre Unamuno y Millán-Astray~

Sumario.- I. La polémica. II. El silencio, la reticencia y el falso testimonio. III. Más sobre el silencio y Unamuno

I. LA POLÉMICA

El diccionario de la RAE define *polémica* mediante dos sinónimos: "controversia o discusión". El término encuentra su origen en el griego *polemos*: "guerra". COROMINAS ilustra que en el antiguo urbanismo, la *zona polémica* era el espacio vacío que debía dejarse entre las murallas de las ciudades y las primeras edificaciones, a fin de que queden menos expuestas a bombardeos o incendios[1].

La polémica que reseñamos es uno de los episodios más representativos de la cultura española del siglo XX: el 12 de octubre de 1936, el otrora *Día de la Raza*, se trenzaron en una pedana verbal Miguel de UNAMUNO y José MILLÁN-ASTRAY. Ni el literato ni el militar necesitan presentación alguna, menos de mi parte. Apenas decir que las personalidades de ambos impedían actos de prudencia como hubieran sido el silencio o la claudicación, impensables por otra parte en época de tanta polarización y apasionamiento político. UNAMUNO ya había estado exiliado durante el gobierno de PRIMO DE RIVERA. El encontronazo terminó con vivas a la muerte[2] y, de boca de UNAMUNO, con el célebre anatema de "¡Venceréis, pero no convenceréis!". Solamente escoltado por el gentil brazo de Carmen POLO DE FRANCO pudo UNAMUNO salir indemne de tan enardecido mitin.

El lance nos sirve de excusa para un estudio de derecho penal, si el lector tiene la paciencia de tolerarlo. Ya habíamos escogido otro suceso de la historia española con igual propósito[3]. Y es que en este caso, UNAMUNO comenzó diciendo: "ya sé que estáis esperando mis palabras, porque me conocéis bien y sabéis que no soy capaz de

[1] COROMINAS, Joan, Breve diccionario etimológico de la lengua castellana, Madrid, Gredos, 1987, p. 466.

[2] Aunque los términos de la discusión, los tonos y las frases pronunciadas por cada uno han sido objeto de serias desmentidas historiográficas.

[3] De nuestra autoría, Santiago Olózaga y el delito de rebelión (art. 472, inc. 2 del Código Penal), ForFICP 2024-1, 65.

permanecer en silencio ante lo que se está diciendo. Callar, a veces, significa asentir, porque el silencio puede ser interpretado como aquiescencia".

Por si fuera poco, a nuestro autor se le atribuye también la frase "el silencio es peor que una mentira", que no pudimos encontrar en las obras que leímos, por cierto que pocas. En todo caso el silencio tiene un papel especial en la obra de UNAMUNO. Por ejemplo, en la novela (o *nivola*, como él la llamaba) *Niebla* se refiere al "silencio que hacen los rumores", a una "risa silenciosa", a un "silencio cómplice" y a otro "inquieto silencio", a que "te enseñé con mis silencios", que "ya nada tengo que decirte con mi silencio"; y por fin, que los personajes Víctor y Augusto "se incriminaban mutuamente en silencio". Puede pensarse que para UNAMUNO, el silencio era una *omisión activa* (si se nos permite el oxímoron) de la cual podían extraerse graves consecuencias. En su concepción, de algún modo, uno es más esclavo de sus silencios que de sus palabras.

No olvidábamos que BORGES escribió una nota necrológica sobre UNAMUNO, fallecido escasos meses después de esa altercación, en la que amerita que "yo entiendo que UNAMUNO es el primer escritor de nuestro idioma. Su muerte corporal no es su muerte; su presencia -discutidora, gárrula, atormentada, a veces intolerable-, está con nosotros"[4].

II. EL SILENCIO, LA RETICENCIA Y EL FALSO TESTIMONIO

Las figuras en cuestión son las de los arts. 458.1: "el testigo que faltare a la verdad en su testimonio en causa judicial, será castigado con las penas de prisión de 6 meses a 2 años y multa de 3 a 6 meses". Y 460: "cuando el testigo, perito o intérprete, sin faltar sustancialmente a la verdad, la alterare con reticencias, inexactitudes o silenciando hechos o datos relevantes que le fueran conocidos, será castigado con la pena de multa de 6 a 12 meses y, en su caso, de suspensión de empleo o cargo público, profesión u oficio, de 6 meses a 3 años".

A diferencia de otras legislaciones[5], el Código Penal español contempla el silencio o la reticencia como un tipo especial, más leve, respecto al falso testimonio genérico.

Callar es una conducta omisiva. Así en todas sus definiciones relevantes: "1. Omitir o no decir algo. / 2. Dicho de una persona: No hablar, guardar silencio. Calla como un muerto. / 3. Cesar de hablar. Cuando esto hubo dicho, calló. / 5. Abstenerse de manifestar

[4] CHIAPPINI, Julio, Borges y Unamuno, Rosario, Zeus, 1997, p. 36.
[5] De nuestra autoría, Falso testimonio y soborno a testigos, Bogotá, Leyer, 2021.

lo que se siente o se sabe". Al testigo que calla se lo denomina reticente[6]. "Los alemanes llamaron cuasi falsedad la reticencia de la verdad"[7]. Es que esta forma omisiva del falso testimonio "tiene un contenido distinto, ya que por ella no se forma una prueba falsa, sino que falta la prueba, porque el sujeto incumple su deber de proporcionarla"[8].

A diferencia de las conductas que implican faltar a la verdad, por callarla se entiende la ausencia de expresión: "callar totalmente la verdad es no hablar, guardar silencio"[9]. Quienes juran declarar la verdad asumen con ello el deber, no sólo de ser fidedignos, sino antes de manifestarse. El deber de decir la verdad presupone el de deponer. El testimonio deber tanto exacto como completo: "cuanto supieren sobre lo que les fuere preguntado": art. 410, LECrim.

En ese sentido, se explica que "cuando el testigo calla, o no dice aquello que sabe y a lo cual está obligado legalmente a decir, está cometiendo una clásica omisión; o diríamos mejor, está dejando de cumplir con una obligación legal que se concreta precisamente en el deber que tiene de decir, de narrar, de contar, etc., al juez, aquello que sabe sobre los hechos que se investigan"[10].

De allí que "la expresión callar no equivale, por cierto, a la expresión negar, porque el que niega habla y no calla"[11]. Calla la verdad "aquel que la conoce y no la expresa"[12]. Para MANZINI, puede ser tanto "ocultando lo que sabe, callando cuando podría revelar, o afirmando que no sabe nada"[13]. Lo último, en rigor, es una negación de la verdad.

El testigo puede incurrir en reticencias tanto al absolver las preguntas relativas a las tachas; en el relato general de los hechos; al responder las preguntas del juez y de las partes; como así también en el careo.

Así, puede callarse respecto a algo que se le pregunta, negándose a contestarlo. Se

---

[6] La *reticentiae* en el derecho romano era el "delito de quien tenía conocimiento de una conspiración contra el Estado y no la deunciaba a las autoridades": LEVENE (H.), Ricardo, El delito de falso testimonio, Buenos Aires, Depalma, 1978, p. 60.

[7] CARRARA, Francesco, Programa de derecho criminal. Parte especial, Buenos Aires, Depalma, 1947, v. V, p. 230, § 2678, trad. de Sebastián SOLER, Ernesto R. GAVIER y Ricardo C. NÚÑEZ.

[8] ANTOLISEI, Francesco, Manuale di diritto penale, Milán, Giuffrè, 1957, v. II, p. 710.

[9] ORTIZ RODRÍGUEZ, Alfonso, Manual de derecho penal especial, Universidad de Medellín, 1987, p. 175.

[10] BERNAL PINZÓN, Jesús, Delitos contra la administración pública y asociación para delinquir, Bogotá, Temis, 1965, p. 340.

[11] CARRARA, Programa, v. V, p. 253, § 2695.

[12] MORENO (H.), Rodolfo, El Código Penal y sus antecedentes. Buenos Aires, Tommasi, 1923, t.VI, p. 315.

[13] MANZINI, Vincenzo, Tratado de derecho penal, Buenos Aires, Ediar, 1961, v. 10, p. 206, trad. de Santiago SENTÍS MELENDO y Marino AYERRA REDÍN.

resolvió que "para que pueda estimarse que se ha cometido falso testimonio es requisito previo indispensable que se hayan desechado las razones que invoca el testigo para abstenerse de contestar algunas preguntas del interrogatorio": SCJ Catamarca (Argentina), La Ley 28-762; piénsese por ejemplo en casos de secreto profesional o secretos de Estado.

La situación más delicada se da cuando, al exponer el relato o contestar las preguntas, el testigo omite la mención de una circunstancia relevante para el proceso. CARRARA ejemplifica: "el que al afirmar que ha visto a Ticio inferir a Seyo el golpe mortal, oculta, por odio contra el primero, que ha visto a Seyo agredir a Ticio y enfrentarlo de cerca a mano armada"[14]. Como advierte FONTÁN BALESTRA, "en este aspecto hay que ser prudente en la apreciación de lo que calla el testigo, pues, por lo común, éste creerá que sólo debe responder aquello que se le pregunta y no todo lo que sabe sobre el hecho acerca del cual declara. De ahí que el error jugará un rol importante"[15]. También lo juega la habilidad del interrogador. Sobre este caso en particular nos ocupamos en el apartado siguiente.

El testigo reticente, además de la sanción penal, es pasible de una sanción procesal inmediata, arts. 414 y 420 LECrim.

Una figura distinta a la que tratamos es la del citado como testigo que no se presenta a declarar. No debe confundirse al reticente con el contumaz: art. 463, Código Penal.

Del falso testimonio por callar la verdad pueden pensarse ejemplos claros: el testigo que se mantiene en silencio luego de formulársele la pregunta o que directamente dice que no responderá. Y hay, también, una zona gris: el testigo que no aclara sus dichos, cuando pueden conducir a ambigüedad, confusión o deformación del cuadro completo de los hechos. Por ejemplo, el testigo al que se le pregunta "si vio a Juan golpear a Pedro". "Sí, Juan golpeó a Pedro". Pero no aclara que Pedro, instantes antes, había intentado apuñalar a Juan. Sin la aclaración, Juan será reo de lesiones. Con la aclaración, se evidencia que obró en legítima defensa. Un caso civil: "para que diga que Juan recibió dinero prestado de Pedro". "Sí, Juan recibió dinero prestado de Pedro". Pero el testigo omite agregar que le consta también que Juan pagó la deuda. Sin la explicación posterior, la acción de cobro prosperará.

[14] CARRARA, Programa, v. V, p. 253, § 2695.
[15] FONTÁN BALESTRA, Carlos, Tratado de derecho penal. Parte especial, Buenos Aires, La Ley, 2013, v. IV, p. 383, actualizado por Guillermo A. C. LEDESMA y colaboradores.

El testigo que calla la verdad en esos términos, ¿incurre en falso testimonio?

Se predican dos versiones.

La primera es la de CARRARA, que puede resumirse en que el testigo responde a estímulos o impulsos que son las preguntas que le hacen las partes. No tiene la obligación de explayarse fuera de ello, ni de comentar detalles o pintar una escena fotográfica de lo ocurrido. Pero si se le pregunta expresamente un detalle, debe responder fielmente a ese respecto.

Así, si bien la ley "impone al testigo el deber de no callar nada de lo que a su juicio puede ser útil al proceso"[16], el maestro de Pisa (aunque más lo fue de Lucca) revela que: "creo absolutamente imposible que un hombre pueda narrar o describir un hecho sin omitir alguna circunstancia del mismo". Por ejemplo, decir si el homicida "tenía o no calzado; si tenía o no el saco puesto; si tenía gorra o sombrero; si junto a él estaba otro; si en aquel momento brillaba o no el sol; si en la proximidad del lugar en que el hecho ocurrió se encontraba o no un árbol, y cuál. Tómense mil ejemplos, y será necesario concluir en que no puede existir narración en la cual no se encuentre una reticencia"[17].

CARRARA pone la carga de la aclaración en el interrogador. La falta de mención de un detalle o incluso algo más significativo no sería imputable a la omisión del testigo, sino a la "pereza de quien no lo interrogó cuidadosamente"[18].

En esa misma tesitura, MAGGIORE: "no hay reticencia sino cuando se le hace al deponente una pregunta específica sobre la circunstancia callada; a menos que... se quiera acriminar a todo testigo"[19]. GÓMEZ: "sólo hay ocultación de la verdad o se la calla, en todo o en parte, cuando el testigo interrogado en forma expresa, no dice lo que sabe en relación a lo que ha sido materia del interrogatorio"[20]. BERNAL: "es necesario que el agente haya callado sobre una pregunta concreta y específica"[21].

En contra, MANZINI. Para el *doppio codificatore*, el testigo debe decir todo lo que sabe, "ya que sobre tales hechos sea interprelado en forma específica, ya que se lo

[16] CARRARA, Programa, v. V, p. 212, § 2668.
[17] CARRARA, Programa, v. V, p. 255, § 2696.
[18] CARRARA, Programa, v. V, p. 255, § 2696.
[19] MAGGIORE, Giuseppe, Derecho penal. Parte especial, Bogotá, Temis, 1955, v. III, p. 348, trad. de José J. ORTEGA TORRES.
[20] GÓMEZ, Eusebio, Tratado de derecho penal, Buenos Aires, Compañía Argentina de Editores, 1941, v. V, p. 594.
[21] BERNAL PINZÓN, Delitos contra la administración pública, p. 342.

interrogue solamente en forma genérica"[22]. Y ejemplifica con la pregunta sobre "si Ticio y Caya están casados". Ello bajo la hipótesis de que ambos tengan el estado civil de casados, pero no lo estén el uno con el otro. Si el testigo, conocedor de la situación, dice "sí, están casados", pero no aclara que no entre sí, "es culpable de reticencia, pues, según lo hemos dicho, tenía la obligación de decir todo lo que sabía al respecto"[23].

Con MANZINI se enrola DÍAZ; en el sentido que el testigo debe aclarar las posibles sombras de su declaración: las respuestas deben ser "categóricas y amplias"[24] en cuanto han de ser claras y despejar todas las dudas que pueden surgir al respecto. Y MUÑOZ CONDE: "en la lingüística moderna se ha puesto de relieve que tan importante como lo que se dice es lo que no se dice o se sobreentiende. En un proceso penal el testigo puede omitir decir que el procesado iba acompañado de otra persona, o el perito silenciar determinados hechos averiguados con su peritaje. Estos casos infringen el deber de veracidad al que el testigo y el perito se comprometen con su juramento y deben valorarse como falsos testimonios por omisión"[25]. También para BUOMPADRE hay falso testimonio "cuando la manifestación de hechos ciertos va acompañada de omisión de extremos que, de ser conocidos, alterarían sustancialmente el sentido de la declaración y de las consecuencias que cabe extraer de la misma"[26].

El testigo hace un relato de cuánto conozca o le conste, para luego responder los interrogatorios del juez y de las partes. Está obligado, ciertamente, a responder las preguntas. Siempre que sean pertinentes al proceso. También puede aclarar sus dichos. Todo con el fin de dar a conocer la verdad.

El testigo, además, por lo general no es abogado; y por simple descuido o ignorancia acerca de los datos jurídicamente relevantes, puede omitir la mención de alguna información importante. Sea tanto al responder de manera genérica o si no aclara luego. Asimismo, es normal que el lego que depone en un juicio oral sienta nervios, hasta pánico escénico, y pueda callar por ese motivo alguna circunstancia esencial a la causa. El perito experto, en cambio, tiene mayores deberes de aclaración, ya que su dictamen debe ser claro, preciso, exhaustivo y detallado.

---

[22] MANZINI, Tratado de derecho penal, v. 10, p. 202.
[23] MANZINI, Tratado de derecho penal, v. 10, p. 207.
[24] DÍAZ, Emilio C., El Código Penal. Comentario de sus disposiciones, Buenos Aires, La Facultad, 1942, p. 557.
[25] MUÑOZ CONDE, Francisco, Derecho penal. Parte especial, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, p. 811.
[26] BUOMPADRE, Jorge Eduardo, Delitos contra la administración pública, Corrientes, Mave, 2001, p. 432.

El testigo realiza un primer relato de cuánto conozca o le conste, tras lo cual se continuará interrogándolo para precisar el conocimiento que pueda tener sobre esos hechos. Se propicia entonces una combinación entre el relato espontáneo, en el que "el testigo dice lo que sabe sin que lo inciten o interrumpan el juez o las partes. Le evita toda sugestión pero permite que se pierda en divagación". Lo cual es eventualmente corregido con el interrogatorio, en el que se "fuerza la memoria del testigo mediante preguntas. Se lo obliga así a efectuar un relato preciso pero no desprovisto de sugestión"[27]. Normalmente las partes, luego del relato, las preguntas del juez y sus propios contrainterrogatorios, tienen oportunidad si lo consideran necesario de interrogar nuevamente al testigo, con fines de aclaración y refutación.

En ese sentido, respecto al testigo, la responsabilidad primaria de obtener la información con preguntas bien establecidas reside en el juez y en las partes. Hay, como enseña BÜSSER, "un deber de declarar en la medida en que sea interrogado"[28]. Así es que "las repreguntas, las observaciones de las partes tienen precisamente por objeto recordarle al testigo detalles o circunstancias que pueden haberle pasado inadvertidas en un principio, o a las que que puede no haberles dado el alcance que tienen. Si esas circunstancias resultan probadas de la misma declaración del testigo, no puede imputársele el delito de falso testimonio porque las negó un momento antes, sea por error, por olvido o por incomprensión"[29].

Así se decidió que "no comete delito el testigo que fue reticente en sus manifestaciones iniciales, pero que al serle ampliado el interrogatorio, en la misma audiencia, suministra los datos que antes ocultó"[30].

El juez, en tanto, podrá exigirle "explicaciones complementarias que sean conducentes a desvanecer los conceptos oscuros o contradictorios. Después le dirigirá las prgeuntas que estime oportunas para el esclarecimiento de los hechos": art. 436, LECrim.

La represión de la reticencia espontánea, sin que exista un pedido de aclaración específico y donde "la mentira es menos clara y evidente", genera una "indeterminación

[27] LEVENE (H.), El delito de falso testimonio, p. 20. Y continúa: "al respecto suele recordarse la anécdota de Claparède, quien preguntó a sus alumnos de qué color eran las cortinas de las ventanas de la universidad que frecuentaban. Amarillas o rojas, se le contestó. Las ventanas no tenían cortinas".

[28] BÜSSER, Roberto A., El proceso penal en Santa Fe, Santa Fe, Cívica, 2014, p. 204.

[29] GÓMEZ, Eusebio, Leyes penales anotadas, Buenos Aires, Ediar, 1954, v. IV, p. 173.

[30] Cám. Crim. Capital Federal (Argentina), Fallos 7-175, cit. por RUBIANES, Carlos J., El Código Penal y su interpretación jurisprudenial, Buenos Aires, Depalma, v. II, 1978, p.1339.

contraria al principio de certeza propio de la legalidad penal"[31]. Por eso es que "en el supuesto de silenciar parte de la verdad, se ha de proceder con mayor cautela que en los otros casos, asociando siempre el obrar al dolo del delito, pues especialmente con el sistema del interrogatorio escrito, es posible que el testigo se concrete a contestar lo que se le pregunta, sin llegar a apreciar la significación que para la litis puede tener lo que calla, ya que, aunque pueda parecer lo contrario, el mejor testigo es el que desconoce el influjo que sus dichos pueden tener en el juicio, pues es el que depone con mayor imparcialidad"[32]. Para ANTOLISEI, sólo puede sancionarse la reticencia acerca de un hecho cuya *rilevanza sea evidente e indiscutibile*[33].

De acuerdo a HUNGRIA, en tanto, "es obvia la dificultad de distinción entre el silencio doloso y los simples lapsos de memoria. Si al declarante se le hace una pregunta de carácter genérico, la omisión en su respuesta o relato debe considerarse, salvo prueba en contrario, como involuntaria"[34].

Parece correcto que la cuestión debe, por tanto, resolverse según el dolo: si el testigo, por ignorancia o nerviosismo, no se percató de la importancia de determinada aclaración por fuera de lo preguntado, faltará el tipo subjetivo del delito, que requiere una omisión dolosa.

Si, en cambio, supo de la importancia de la circunstancia callada y la omitió a sabiendas de que su reticencia afectaba la veracidad completa del testimonio, deberá sí responder por haberla alterado con su silencio. Así, la omisión debe tratarse de "una reticencia maliciosa"[35]. Dicha solución debe convivir con la dificultad de la prueba a los fines de la imputación subjetiva; por ello es que frente a un mal testigo, debe haber un buen interrogador[36].

---

[31] POLAINO ORTS, Miguel, en POLAINO NAVARRETE, Miguel (director), Lecciones de derecho penal. Parte especial, Madrid, Tecnos, 2011, v. II, p. 407.

[32] FONTÁN BALESTRA, Tratado de derecho penal, v. IV, p. 383.

[33] ANTOLISEI, Manuale di diritto penale, v. II, p. 712.

[34] HUNGRIA, Nélson, Comentários ao Codigo Penal, Río de Janeiro, Forense, 1958, v. IX, p. 474.

[35] CARRARA, Programa, v.V, p. 216, § 2671.

[36] LEVENE (H.), El delito de falso testimonio, p. 61, se pregunta si "¿debe entonces sometérselo a un interrogatorio genérico o específico? Algunos creen que lo primero es preferible, por cuanto el juez puede muy bien no conocer algún detalle que sabe el testigo y, por tanto, no podría preguntárselo. Lo segundo es mejor para evitar la reticencia, máxime si se afirma que el testigo incurrirá en esta forma delictual, sólo si es específicamente interrogado, pues entonces no tendrá excusa de decir que ignoraba que un punto determinado fuese de interés para el juicio, a lo que se agrega que es difícil que los testigos espontáneamente declaren sobre todos los puntos de interés. Por eso, el juez, con prudente arbitrio, debe apreciar caso por caso".

III. MÁS SOBRE EL SILENCIO Y UNAMUNO

En *Recuerdos de niñez y mocedad* relata que "no fue pequeño el éxito que obtuve un día en que al notar mi pertinaz silencio -era yo de chico tan callado cuanto suelto de lengua soy ahora- me dijo un pasante: «Pero, Miguel, di algo», y respondí gravemente: «¡Algo!»".

Imposible hubiera sido pretender silencio por parte de UNAMUNO, que como otros contemporáneos suyos de la generación del 98 fue portador de un estilo contestatario, rebelde, no exento de cierto pesimismo, de crítica e inconformismo. UNAMUNO llevó esas características a un nivel superlativo, si se lo compara por ejemplo con AZORÍN o MACHADO. Nadie de su generación se hubiera atrevido a escribir la reprimenda política *Me duele España* o el poema herético *El Cristo de Velázquez*.

"Vasco y cantábrico, su alma es caótica como su tierra de origen, y su carácter indomable, y batallador tiene la dureza roqueña del granito; empero, su prolongada permanencia en Salamanca, *alma mater* de la cultura hispana, le ha dado la comprensión de la España integral y el respeto de su antigua grandeza"[37]. A UNAMUNO y su obra pueden pedírsele romanticismo, filosofía, historia, misticismo y, sobre todo, la más cándida e insolente autenticidad. Lo único que no puede pedírsele es el silencio.

* * * * * *

[37] VALDASPE, Tristán, Curso de literatura castellana, Editorial F. V. D., Buenos Aires, 1946, p. 602.

Prof. Dra. Susana Cuadrón Ambite

Profesora asociada de Derecho Penal en la Universidad Pontificia de Comillas- ICADE y Profesora tutora de Derecho de Inmigración en la UNED. Socia de la FICP.

~La prueba de ADN en el proceso penal y su incidencia en los derechos fundamentales a la luz de la jurisprudencia. Especial consideración al artículo 129 bis CP~

Sumario.- I. Introducción. II. Normativa sobre la prueba de ADN. 1.LO 15/2003 y los artículos 326 y 363 de la LECr. 2.Acuerdos del Pleno del TS sobre la materia y la LO 10/2007 de 8 de octubre. 3. Acuerdo del Pleno del TS de 14 de septiembre de 2014 y la reforma operada por LO 13/2015. III.- Derechos fundamentales afectados y su tratamiento a la luz de la jurisprudencia. IV. El artículo 129 bis Cp. V. Conclusiones. VI. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN.

La utilización de la prueba de ADN en el proceso penal español no ha sido objeto de una regulación ordenada ni sistemática, sino más bien todo lo contrario, pareciera que su introducción y configuración, no solo en la LECr sino también en el CP, ha obedecido a una actuación, si se me permite la expresión, a base de "impulsos". Y prueba de ello es la dispersión de los distintos preceptos que abordan la materia, que se han ido conformando a través de la jurisprudencia y de los distintos Acuerdos adoptados por parte de la Sala Segunda del Tribunal Supremo. Evidentemente la labor jurisprudencial, tanto de este Tribunal como la del Constitucional, ha sido relevante en la configuración del régimen jurídico dada su afectación a distintos derechos fundamentales, estableciéndose las garantías que deben ser cumplidas para que pueda ser considerada como prueba de cargo válida. No obstante, a pesar de que pareciera que tal labor jurisprudencial y doctrinal se encuentra consolidada, sin embargo, aún existen algunas "sombras", especialmente tras la introducción por LO 1/2015 de 30 de marzo, del artículo 129 bis del CP, que contempla como consecuencia accesoria que el Juez o Tribunal pueda acordar respecto de condenados por la comisión de determinados delitos la toma de muestras biológicas de su persona a fin de que sean analizadas para la obtención de identificadores de ADN y su posterior inclusión en la base de datos policiales. Tal previsión ha venido aplicándose, a nuestro entender, de forma un tanto ligera tal y como pondremos de manifiesto tras el examen de distintas sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales.

II. NORMATIVA SOBRE LA PRUEBA DE ADN.

1. LO 15/2003 y los artículos 326 y 363 de la LECr.

La primera vez que nuestra legislación regula la obtención de muestras biológicas para su análisis y obtención de ADN es tras la LO 15/2003 de 25 de noviembre[1], que modifica los artículos 326 y 363 de la LECr.

En cuanto al primero de ellos, se añade el párrafo tercero que contempla el supuesto de que en el lugar de la comisión del delito se encuentren "vestigios cuyo análisis biológico pueda contribuir al esclarecimiento del hecho investigado", el Juez de Instrucción que esté conociendo del hecho, deberá acordar u ordenar a la Policía Judicial o, en su caso, al Médico forense que "adopte las medidas necesarias para que la recogida, custodia y examen de aquellas muestras se verifique en condiciones que garanticen su autenticidad"[2] y todo ello sin perjuicio de las propias funciones de la Policía Judicial contenidas en el artículo 282 de la LECr, y especialmente lo referido a la realización de diligencias necesarias para comprobar la comisión del delito y la averiguación del delincuente y recoger "(…) efectos, instrumentos o pruebas del delito cuya desaparición hubiere peligro, poniéndolos a disposición de la autoridad judicial". Se trata de la toma de muestras como diligencia de investigación.

El artículo 363 fue modificado en el sentido de añadir también un segundo párrafo en el que ya podemos observar la introducción de garantías y presupuestos para la obtención de muestras biológicas y así, en primer lugar, se establece que concurran "acreditadas razones que lo justifiquen", es decir, ya se está aludiendo a uno de los principios rectores que debe regir en la adopción de medidas que restrinjan derechos fundamentales, como es el de la necesidad, en tanto en cuanto sea preciso para el descubrimiento o comprobación del delito[3]. En segundo lugar, se exige resolución

[1] LO que reforma el Cp de 1995 y cuya Disposición Adicional Primera modifica, entre otros, los artículos 326 y 363 de la LECr. Y ello con la finalidad de dar cobertura jurídica a determinadas prácticas de investigación, como la prueba de ADN, de las que hasta esa fecha se carecía.

[2] Se está refiriendo a la necesidad de respetar la cadena de custodia de las pruebas recogidas con la finalidad de que se garantice su autenticidad y de que efectivamente los análisis se practican sobre las mismas muestras recogidas en el lugar de los hechos, y que tales muestras no han sido objeto de contaminación, alteración o modificación (ARMENGOT VILAPLANA, A: La obtención de muestras biológicas para la determinación del ADN. La situación legal y jurisprudencial tras las últimas reformas. La ley Penal nº 128. Sección Derecho Procesal Penal. Septiembre-octubre 2017. Editorial Wolters Kluwer. Pág. 5.

[3] Estos principios rectores se contemplaron legalmente tras la reforma operado por LO 13/2015 de 5 de octubre de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica. Ya en ese artículo 363 se encuentran reflejados de alguna forma los criterios jurisprudenciales establecidos por nuestro TS y TC en cuanto a las

motivada: siempre que concurran tales motivos, el Juez de Instrucción podrá acordar "en resolución motivada"[4], la obtención de muestras biológicas del "sospechoso que resulten indispensables para la determinación de su perfil de ADN". Es decir, este supuesto solo se contempla en relación a la posibilidad de obtención de muestras de un sospechoso (no detenido) que podrá ser posteriormente investigado o no, imputado o no o, tras la investigación que se considere procedente, sobre quien se puede adoptar el archivo de actuaciones o, incluso, su absolución tras la celebración del correspondiente juicio oral. En todo caso, y sean cuales fueren las vicisitudes procesales o penales posteriores, lo cierto es que se habrá obtenido su perfil de ADN y este se inscribirá en la base de datos policial[5]. El último inciso de este apartado establece que, para los fines acordados, esto es, la toma de muestras, se podrán practicar todos los actos de "inspección, reconocimiento o intervención corporal que resulten adecuados a los principios de proporcionalidad y razonabilidad".

2. Acuerdos del Pleno del TS sobre la materia y la LO 10/2007 de 8 de octubre.

La modificación de los referidos artículos y, por tanto, el panorama normativo, se completa con dos Acuerdos del Pleno del TS: el primero es el Acuerdo de 13 de julio del 2005 en el que se plantea si es suficiente la autorización judicial para extraer muestras para el análisis de ADN de una persona detenida a quien no se informa de su derecho a no autoinculparse y que carece de asistencia letrada. La respuesta a tal cuestión y que constituye el contenido el acuerdo, es que el TS considera que constituye habilitación legal suficiente para la obtención de muestras la autorización judicial conforme se contempla en el artículo 778.3 de la LECr: el Juez podrá acordar, cuando lo considere necesario que "se proceda a la obtención de muestras o vestigios cuyo análisis pudiera facilitar la mejor calificación del hecho"[6]. El segundo, es el Acuerdo de 31 de enero de 2006, sobre la toma de muestras abandonadas por sospechosos en el que se dispone que la Policía Judicial podrá recoger restos genéticos o muestras biológicas abandonadas por el sospechoso sin necesidad de autorización judicial.

garantías que deben rodear la adopción de medidas limitativas de Derechos fundamentales y que se contemplan en el artículo 588 bis a de la LECr,

[4] Es decir, en forma de Auto en el que se expresen tales razones que justifiquen la injerencia.

[5] ARMENGOT VILAPLANA, A: La obtención de muestras biológicas para la determinación del ADN. La situación legal y jurisprudencial tras las últimas reformas. La ley Penal nº 128. Sección Derecho Procesal Penal. Septiembre-octubre 2017. Editorial Wolters Kluwer. Pág. 2.

[6] Acuerdo que se verá complementado por otro posterior del 2014, como analizaremos.

En la fecha de este último acuerdo (2006) no existía base de datos policial a fin de incluir los resultados obtenidos tras el análisis de las muestras o vestigios. Consecuentemente con tales previsiones legales se hacía necesaria la creación de tal base de datos que se lleva a cabo mediante LO 10/2007 de 8 de octubre. Ya la propia exposición de motivos de esta LO indicaba la deficiencia de la regulación a pesar de la reforma de la LECr. Por ello, se procede a la creación de una base de datos con la finalidad de que "de manera centralizada e integral, se almacenase el conjunto de perfiles de ADN obtenidos" para que pudiera utilizarse en investigaciones posteriores, "incluso sin el consentimiento expreso del titular". Además, esta base de datos "permitirá intercambiar información sobre los perfiles de ADN" con el resto de Estados miembros de la UE, dando así cumplimiento a los distintos compromisos internacionales en la materia[7].

En lo que nos ocupa, hemos de resaltar los siguientes aspectos:

a) Solo podrán inscribirse en esta base "los identificadores obtenidos a partir del ADN, en el marco de una investigación criminal, que proporcione exclusivamente información genética reveladora de la identidad de la persona y de su sexo". (Artículo 4). Es decir, lo que se denomina "marcadores de ADN no codificantes", que no aportan datos sobre contenido genético o la huella genética de la persona. A diferencia del ADN codificante a través del cual pueden conocerse detalles tales como rasgos físicos, salud, enfermedades…[8].

b) "Datos identificativos extraídos del ADN de muestras o fluidos que, en el marco de una investigación criminal, hubieren sido hallados u obtenidos a partir del análisis de muestras biológicas del sospechoso, detenido o imputado, cuando se trate de delitos graves y, en todo caso, los que afecten a la vida, la libertad, la indemnidad o la libertad sexual, la integridad de las personas, el patrimonio siempre que fuesen realizados con fuerza en las cosas, o violencia o intimidación en las personas, así como en los casos de delincuencia organizada (…)". Se contempla expresamente que la inscripción de estos datos en la base policial no requerirá consentimiento del afectado, si bien deberá ser informado de todos los derechos que le asisten en cuanto a protección de datos respecto

[7] España ratificó en el año 2006 el Tratado Prüm, (BOE núm. 307 de 25 de diciembre de 2006) en cuyo artículo 2 se estable el compromiso de los Estados contratantes "a crear y mantener ficheros nacionales de análisis del ADN para los fines de la persecución de los delitos" y tendrán "el derecho a consultarlos de manera automatizada", si bien la consulta "deberá formularse únicamente para casos concretos" (artículo 3).

[8] MORA DÍEZ, P: La toma de muestras de ADN a los condenados por delitos graves. Análisis del artículo 129 bis del Código Penal. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2022. Págs. 89 y 90.

de dicha inscripción. Del mismo modo, siempre podrán inscribirse cuando conste el consentimiento expreso. (artículo 3).

Hubiera sido deseable como apunta ARMENGOT VILAPLANA, que se hubiera realizado una "determinación precisa" de esos delitos graves, evitando de esta forma que sean las propias autoridades policiales las que determinen tal ámbito[9]. Es cierto que para impedir que sean tales autoridades quienes decidan la incorporación de los datos obtenidos en la base policial, delimitando respecto de qué delitos cabe tal inscripción, hubiera sido adecuado indicar qué ha de entenderse como delitos graves a los efectos de tal artículo. No obstante, el sentido común nos lleva a entender que se tratará de aquellos que puedan dejar vestigios y que deben centrarse en el marco de una investigación criminal, siempre que se traten de delitos que, al menos, tengan aparejada una pena de prisión superior a cinco años. En caso contrario, llegaríamos al supuesto, desde luego indeseable, pero también improbable, de que se pudieran inscribir los datos obtenidos en delitos como el de prevaricación.

Respecto de este consentimiento, para que sea válido se exige que se trate de un consentimiento informado, que no se encuentre viciado y que se haya prestado de forma libre. MORA DÍEZ indica que no será válido, obviamente el prestado con error, violencia, intimidación o dolo y que tratándose de una "actividad invasiva en la intimidad del afectado (…) debe ser informado del alcance y consecuencias de dicho consentimiento", y especialmente del carácter ambivalente de la prueba en el sentido de que puede ser tanto incriminatoria como demostrar la inocencia[10]. Tal carácter ha sido reconocido por nuestra jurisprudencia en distintas sentencias y actualmente no es objeto de discusión[11].

c) Los datos que se hayan inscrito solo podrán utilizarse por la Policía Judicial de la FF y CC de la seguridad del Estado y, claro está, por las Autoridades Judiciales y Fiscales. Se incluye también que podrán cederse los datos a la policía autonómica y a "las Autoridades Judiciales, Fiscales o Policiales de terceros países" conforme a lo contemplado en los Convenios internacionales que hay ratificado España y que se

[9] ARMENGOT VILAPLANA, A: La obtención de muestras biológicas para la determinación del ADN. La situación legal y jurisprudencial tras las últimas reformas. La ley Penal nº 128. Sección Derecho Procesal Penal. Septiembre-octubre 2017. Editorial Wolters Kluwer. Pág. 10.

[10] MORA DÍEZ, P: La toma de muestras de ADN a los condenados por delitos graves. Análisis del artículo 129 bis del Código Penal. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2022. Pág.100.

[11] Entre otras, Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda 169/2015 de 13 de marzo, "(…) se trata de una prueba que no reporta ningún perjuicio físico y que tiene un efecto ambivalente, es decir puede ser inculpatorio o totalmente exculpatorio (…)". (Fundamento Jurídico Cuarto)

encuentren vigentes. Y, por último, al CNI, que podrá utilizar los datos a fin de cumplir sus funciones en orden a la "prevención de tales delitos".

d) En cuanto al tiempo de conservación de los datos, nada debe objetarse en cuanto a que este no deberá superar el tiempo establecido en la ley (entendemos que hace referencia al Cp), para "la prescripción del delito", y para "la cancelación de antecedentes penales," tanto en el caso de sentencia condenatoria firme o absolutoria que, sin embargo, se haya debido a la concurrencia de causas eximentes por falta de imputabilidad o culpabilidad. O, en el caso de que se haya dictado auto de sobreseimiento libre o sentencia absolutoria[12], una vez que se acuerde la firmeza de tales resoluciones. Ahora bien, consideramos totalmente desmesurado y objeto de crítica la previsión que se contempla respecto de "sospechosos, no imputados", en cuyo caso tal cancelación se producirá una vez "transcurrido el tiempo señalado para la prescripción del delito". En primer lugar, ¿a qué delito se refiere el supuesto concreto? Deberíamos entender que se trata del delito que dio lugar a la recogida de muestras abandonas por el sospechoso en el lugar de los hechos y que se recogen en el seno de una investigación criminal, exclusivamente respecto de aquellos delitos que sean considerados como graves y a los que se hace referencia en el artículo 3.1 a) de esta LO. Y para cuya recogida, análisis e inscripción no se requiere su consentimiento. Ahora bien, si el sospechoso es identificado, deberá ser informado cumplidamente de los derechos que le asisten respecto de dicha inclusión entre los que deberán constar los derechos de cancelación (artículo 3.1 en su último inciso). Si finalmente el sospechoso no es investigado ni imputado, podría solicitar la cancelación de los datos inscritos en la base policial y deberían ser cancelados sin necesidad de esperar a que transcurra el tiempo establecido para la prescripción del delito toda vez que a priori, su falta de imputación le descartaría de su participación en el mismo y, por tanto, debería darse preferencia a su derecho a la cancelación. Y por ello y, en segundo lugar, debemos plantearnos si la finalidad de prevención de delitos y de identificación de los presuntos delincuentes constituye una finalidad legítima y suficiente para establecer un periodo tan dilatado en el tiempo como es el del plazo de prescripción del delito cuando el sospechoso ha sido descartado de la investigación en tanto en cuanto finalmente no ha resultado imputado.

[12] Por causas distintas a la concurrencia de las eximentes indicadas.

Desde esta perspectiva debemos traer a colación la STEDH de la Gran Sala de 4 de diciembre de 2008[13]. En esta Sentencia los dos demandantes, (uno de ellos un menor de edad), que fueron absuelto el primero y respecto del segundo, retirada la acusación, archivándose, por tanto, ambas causas; solicitaron la destrucción de la base de datos policial en lo referente a los datos inscritos sobre el resultado de las muestras biológicas para la obtención de ADN que les tomaron. Sin embargo, las autoridades se negaron alegando, entre otros argumentos, que puede presumirse que existen más beneficios que riesgos en la conservación de la muestras y datos obtenidos toda vez que tienen un papel "relevante para la averiguación futura de delitos". (Reino Unido no tenía establecido límite de tiempo alguno respecto de la conservación, es decir, que se trataba de un tiempo ilimitado). El Tribunal sostiene que la conservación de la información extraída del análisis del ADN tiene un impacto mayor en la vida privada que la información que se contiene en las huellas dactilares y, por tanto, se deben imponer "un mínimo de exigencias sobre, concretamente, la duración, almacenamiento, utilización, acceso de terceras personas, procedimientos destinados a preservar la integridad y confidencialidad de los datos y los procedimientos de destrucción de los mismos, de manera que los justiciables dispongan de unas garantías suficientes contra el riesgo de abuso y arbitrariedad". Exigencias que deben conciliarse con una finalidad legítima en toda sociedad democrática como es la detección y la prevención del delito y, en definitiva "contribuir a la identificación de futuros delincuentes".

En el caso concreto, el Tribunal debe determinar "si la conservación de las huellas dactilares y los datos de ADN de los demandantes, que fueron sospechosos de haber cometido ciertos delitos pero que no fueron condenados, se justificaba al amparo del artículo 8.2 del Convenio", en definitiva, si "la conservación permanente de las huellas dactilares y los datos de ADN de todas las personas sospechosas, pero no condenadas se funda en unos motivos pertinentes y suficientes".

Y concluye que "el carácter general e indiferenciado de la facultad de conservar las huellas dactilares, las muestras biológicas y los perfiles de ADN de las personas sospechosas de haber cometido delitos pero que no han sido condenadas (…), no guarda un equilibrio justo entre los intereses públicos y privados. (…) Por tanto, la conservación en litigio se ha de considerar una lesión desproporcionada del derecho de los demandantes

[13] Asunto S. y Marper contra el Reino Unido, Recurso número 30562/2004.

al respeto de su vida privada y no puede considerarse necesaria en una sociedad democrática (…)".

Por lo tanto, la conservación de esos datos supone una injerencia del derecho a la intimidad de las personas y a la protección de datos de carácter personal y por ello su conservación ha de revestir de garantías y concretamente:

- Que la conservación de los datos responda a una finalidad o interés legítimos.
- Que se establezca un plazo, es decir, se prohíbe la conservación ilimitada en el tiempo[14].

Efectivamente nuestra legislación prevé para este supuesto un tiempo limitado; sin embargo, en atención al hecho de que se trata de una persona que no ha adquirido el estatus ni de investigado ni de imputado, consideramos que el tiempo establecido es realmente excesivo, situándole en una posición más gravosa de aquellos que, habiendo sido investigados y/o imputados, se hubiere dictado auto de sobreseimiento libre o sentencia absolutoria, supuestos en los que no es necesario esperar a que se produzca el plazo de prescripción del delito sino que se podrá cancelar la inscripción una vez que sean firmes estas resoluciones.

Y por último en lo referente a esta LO, hemos de destacar el contenido de la Disposición Adicional Tercera, en la que se contempla que la "toma de muestras que requieran inspecciones, reconocimientos o intervenciones corporales (…) ya se trate de un sospechoso, detenido o imputado, en el que no conste el consentimiento del afectado, requerirá en todo caso autorización judicial mediante auto motivado", en consonancia con lo dispuesto en el Acuerdo del TS de 2006 al que ya hemos aludido.

Hasta ahora nada se ha apuntado en cuanto a la necesidad de que el afectado, en el caso de encontrarse detenido, deba ser asistido por abogado en atención a lo dispuesto en el artículo 520.2 c) de la LECr[15]. Antes de producirse la reforma de este texto en el año 2015, el criterio jurisprudencial que se fue consolidando en la práctica de la diligencia de toma de muestras biológicas para obtener datos sobre el ADN de una persona que se encuentre detenida, es el de la obligatoriedad de que se encuentre asistido por Letrado.

[14] MORA DIEZ. P: La toma de muestras de ADN a los condenados por delitos graves. Análisis del artículo 129 bis del Código Penal. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2022. Pág. 52.

[15] Nos estamos refiriendo a lo establecido en la LECR, antes de la reforma operada en 2015, y en cuyo aparatado se indica, el derecho del detenido a designar abogado y "a solicitar su presencia para que asista a las diligencias policiales y judiciales de declaración e intervenga en todo reconocimiento de identidad de que sea objeto".

La STS 940/2007 ya afirma que "se ha de reconocer la razón que asiste a la parte recurrente en cuanto se refiere a la posibilidad de asesoramiento de Letrado-dada la condición de detenido-para prestar su consentimiento para la obtención de muestras biológicas (…)"[16]. Si bien en esta Sentencia se contempla la posibilidad de asistencia de abogado; por el contrario, la STS 685/2010, al establecer los distintos supuestos en los que se puede producir la toma de muestras y en cuanto a los requisitos legales que deben cumplirse, de forma categórica, declara que cuando "el imputado se hallare detenido, ese consentimiento precisará la asistencia letrada"[17]. Tal y como indica DOLZ LAGO, a pesar de que en ambas Sentencias se desestiman los recursos de casación, se establece tal requisito como "obiter dicta"[18]. Y ya más específicamente la STS 827/2011[19]: "(…) En suma, conviene insistir en la exigencia de asistencia letrada para la obtención de las muestras de saliva u otros fluidos del imputado detenido, cuando éstos sean necesarios para la definición de su perfil genético. Ello no es sino consecuencia del significado constitucional de los derechos de defensa y a un proceso con todas las garantías (arts. 17.3 y 24. 2 CE). Así se desprende, además, de lo previsto en el art. 767 de la LECrim (…)". Importante referencia a este artículo en el que se dispone que ya desde la detención o desde que de las actuaciones resultare la imputación de un delito contra una persona determina será necesaria la asistencia letrada.

3. Acuerdo del Pleno del TS de 14 de septiembre de 2014 y la reforma operada por LO 13/2015.

Llegamos así al Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2014, disponiéndose ya de forma definitiva que, en el caso de que el afectado por la toma biológica de muestras para la práctica de la prueba de ADN, con su consentimiento en el caso de que se encuentre detenido, requerirá de forma preceptiva la asistencia de letrado y posterior reflejo en la LECr tras la LO 13/2015, que modifica, en lo que nos interesa, el contenido del apartado c) del artículo 520.6. En primer lugar, se dispone que la asistencia del abogado consistirá en informar al detenido de las consecuencias de la prestación o denegación de consentimiento a la práctica de

[16] STS 947/2007, de 7 de noviembre, Sección Primera de la Sala de lo Penal, Fundamento Jurídico Segundo.

[17] STS 685/2010, de 7 de julio, Sección Primera de la Sala de lo Penal, Fundamento Jurídico Segundo

[18] DOLZ LAGO, MJ: ADN y derechos fundamentales. (Breves notas sobre la problemática de la toma de muestras de ADN-frotis bucal a detenidos e imputados). Diario La Ley, Nº 7774, Sección Doctrina, 12 de enero de 2012, Año XXXIII, Ref. D-15, Editorial LA LEY

[19] Y en el mismo sentido la STS 827/2011, Sala Segunda de 25 de octubre, Fundamento Jurídico Cuarto.

diligencias que se soliciten. Para ello se prevé que el detenido pueda entrevistarse reservadamente con el letrado antes de que se le reciba declaración, ya sea policial o judicial o incluso ante el Ministerio Fiscal (artículo 520.6 d) LECr). Nada se establece en cuanto al sospechoso o investigado que no se encuentre detenido. En tal situación como bien indica ARMENGOT VILAPLANA, el sujeto afectado puede ser no solo el detenido sino también el imputado o investigado, en cuyo caso "debe ser informado por la policía de los hechos que se le atribuyen y los derechos que le asisten, entre los que cabe destacar, por lo que ahora importa, el derecho a la asistencia letrada", exigiéndose, por tanto, el respeto a las mismas garantías que se requieren para el sujeto detenido: asistencia letrada y previa información de las consecuencias de prestar el consentimiento[20].

En segundo lugar, se contempla expresamente que en el caso de que el detenido se opusiera a la recogida de muestras, el juez de instrucción, "a instancia de la Policía Judicial o del Ministerio Fiscal, podrá imponer la ejecución forzosa de tal diligencia mediante el recurso a las medidas coactivas mínimas indispensables, que deberán ser proporcionadas a las circunstancias del caso y respetuosas con su dignidad". Este aspecto, esto es, el de la utilización de fuerza para imponer la práctica de la prueba, se abordará en el epígrafe siguiente al examinar la afectación de esta diligencia a los derechos fundamentales.

Y, por último, la segunda parte del Acuerdo del 2014, introduce una precisión en cuanto al contraste de las pruebas obtenidas en otra causa distinta y así, establece como válido el contraste de las muestras obtenidas en esa causa con los datos obrantes en la causa que sea objeto de enjuiciamiento, aunque en la prestación del consentimiento no conste la asistencia del letrado, siempre que el acusado no haya cuestionado la licitud y validez de esos datos en la fase de instrucción. Tal criterio, vigente actualmente, tuvo su reflejo en un Sentencia el TS de noviembre de 2014[21]: "la protesta de invalidez de la inclusión en el registro (…) del ADN de un sujeto, basada en la falta de asistencia letrada a este en el momento de prestar su consentimiento para la obtención del material biológico con esa finalidad, solo será atendible y producirá efectos en otra causa cuando este cuestionamiento se haya producido durante la fase de instrucción (…), la legitimidad de la información de cargo obtenida merced a un medio probatorio, dependa de los

[20] ARMENGOT VILAPLANA, A: La obtención de muestras biológicas para la determinación del ADN. La situación legal y jurisprudencial tras las últimas reformas. La ley Penal nº 128. Sección Derecho Procesal Penal. Septiembre-octubre 2017. Editorial Wolters Kluwer. Pág. 9.

[21] STS 734/2014 de 11 de noviembre, Sala de lo Penal, Fundamento Jurídico Tercero.

antecedentes producidos en otra causa, el interesado en cuestionarla deberá hacerlo en un momento procesal que permita someter el asunto a un debate contradictorio (…). La razón de ser de esta exigencia (…) es doble. (…), por un lado, guarda relación con el deber de buena fe o lealtad procesal consagrado en el artículo 11.1 LOPJ (…). Y por otro, mira a hacer posible, en caso de negativa del requerido a prestar el consentimiento de la DA Tercera de la LO 10/2007, el recurso a la autorización judicial para la toma de muestras, previsto en la misma (…). El examen de las actuaciones pone de manifiesto que la defensa del acusado Darío, en su escrito de defensa (…) impugnó la documental (…) consistente en el Informe biológico del Servicio de Criminalística de la Guardia Civil, por no constar debidamente acreditado el método utilizado para llegar a las conclusiones que allí se expresan, ni en base a que datos objetivos se efectuó la valoración, y por no haberse respetado en su elaboración las garantías legales. Luego, en el trámite de cuestiones previas ambas defensas impugnaron el modo de obtención del material biológico de aquellos que permitió la incorporación de su ADN no codificante al registro policial (…)".

Esta Sentencia contiene dos votos particulares si bien tan solo haremos referencia al voto particular relacionado con el trámite preclusivo del cuestionamiento de la licitud de la prueba de ADN cuyos datos ya constan en la base de datos policial[22] exponiendo que "(…) tratándose de un proceso acusatorio y contradictorio, el planteamiento de una alegación de esa índole, como el de cualquier otra de naturaleza puramente discursiva y no necesitada de alguna actividad probatoria de sustento, debe producirse, naturalmente, dentro del juicio y, como momento-límite, en los informes (…)", posición esta que relaciona con la estrategia tanto de la acusación como de la defensa, en cuanto que esta no viene obligada a poner de manifiesto desde el inicio los recursos de los que va a hacer uso y por tanto, la acusación debe prevenir todas las reacciones del contrario. Tal argumento es seguido por ARMENGOT VILAPLANA[23], con quien coincidimos plenamente, que considera que la interpretación del contenido de este Acuerdo debe realizarse de forma conjunta con otro Acuerdo del TS[24], del que tiene precedente, relativo a la nulidad de las intervenciones y, en concreto, a los supuestos en los que la intervención telefónica acordada en una causa principal, provoca la incoación de otra causa distinta y no consta en esta el auto que autorizó la intervención, no pudiendo por tanto comprobar si la

[22] Voto particular formulado por el Excmo. Magistrado D. Perfecto Andrés Ibáñez

[23] ARMENGOT VILAPLANA, A: La obtención de muestras biológicas para la determinación del ADN. La situación legal y jurisprudencial tras las últimas reformas. La ley Penal nº 128. Sección Derecho Procesal Penal. Septiembre-octubre 2017. Editorial Wolters Kluwer. Págs. 11 a 13.

[24] Acuerdo de la Sala Segunda del TS de 26 de mayo de 2009.

intromisión en el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones ha respetado las garantías constitucionales. En este caso, el debate sobre la legitimidad de las fuentes de prueba obtenidas en otro procedimiento debe ser cuestionada en la instancia y si no se promueve dicho debate entonces no podrá cuestionarse posteriormente, es decir, en ulteriores instancias. Así, esta autora distingue, por un lado, que la "documentación necesaria para comprobar la nulidad de una prueba no conste en las actuaciones y sea necesaria su aportación (…) y, por otro, que la alegación de la ilicitud de una fuente de prueba deba realizarse en la fase de instrucción de forma preclusiva. Si así fuere, supondría no solo posibilitar la realización de una nueva intervención sobre esa misma persona sino también, "exigir al imputado una actuación contraria a su derecho de defensa", es decir, una especie de "sanación de una fuente de prueba ilícita" y ello conforme a lo que se contempla en la STS 734/2014, ya referida, en tanto en cuanto si se impugna en fase de instrucción la validez de la obtención de las muestras biológicas y su posterior inscripción del perfil de ADN obtenido en la base de datos policial, permitiría al Juez de Instrucción acordar la obtención de otra muestra para su cotejo con las muestras dubitadas. No obstante, y tal y como ya se ha mencionado, la propia Sentencia, acoge que "la impugnación de la licitud y validez de la inscripción del perfil genético en el trámite de conclusiones provisionales es adecuada para que tal cuestión pueda comprobarse contradictoriamente al inicio del plenario", pero no, como indica la misma autora. "para retroceder a la fase de la instrucción y reiterar la práctica de la intervención corporal" que es lo que hace el TS al revocar y casar la sentencia "para que el tribunal de instancia, retrocediendo en las actuaciones, dicte otra incluyendo la prueba genética en el cuadro probatorio"[25]. Y esto mismo es lo que se plantea en el Voto particular formulado por el Excmo. Magistrado D. Antonio del Moral García en la STS 834/2016[26]. En esta Sentencia se aborda en el Fundamento Jurídico Primero, apartado 6, cuál sea el momento hábil para impugnar el medio probatorio (obtención de la muestra para analizar el ADN en otro procedimiento) y acogiéndose al Acuerdo ya referido del año 2014 sobre la materia, establece que debe alegarse en fase de instrucción si bien el Acuerdo ha de interpretarse en el sentido de que "la concreción del trámite que implica preclusión para denunciar, debe ser tributaria de la consideración sobre la razón de ser de la imposición de tal preclusión . La razón de dicha exigencia (…) es doble. En efecto, por un lado,

[25] En el mismo sentido se pronuncia ÁLVAREZ BUJÁN, Mª V en La prueba de ADN como prueba científica. Su virtualidad jurídico-procesal. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia. Págs. 487 a 489.

[26] STS, Sala de lo Penal, 834 /2016 de 3 de noviembre

guarda relación con el deber de buena fe o lealtad procesal consagrada en el art. 11.1º LOPJ, que priva de legitimidad a las tácticas dirigidas a impedir el desarrollo del principio de contradicción, que debería regir de forma incondicionada en relación con la totalidad de las pretensiones parciales. Y, por otro, mira a hacer posible, en caso de negativa del requerido a prestar el consentimiento de la Disposición adicional tercera de la Ley orgánica 10/2007 el recurso a la autorización judicial para la toma de muestras, previsto en la misma". El Magistrado sostiene que, en todo caso, si el acceso a la base de datos fue indebido la prueba no debe utilizarse y ello, aunque la defensa no hubiera realizado alegación alguna al respecto impugnado su validez. Por lo tanto, considera que esa "inutilizabilidad se pueda probar también finalizada la fase de instrucción". Y no puede aceptarse la posibilidad de subsanación mediante "una reiteración de la prueba en el proceso", prueba que nunca "se hubiese planteado si no fuese por la identificación obtenida desde la base de datos".[27]

Consecuentemente con ello y, siguiendo las alegaciones y razonamiento de la misma autora, la vulneración del derecho fundamental-ilicitud de la prueba obtenida-que se realice con el carácter de momento preclusivo, en fase de instrucción "generará una nueva vulneración", como es la del derecho a un proceso con todas las garantías. Es decir, alegando que el perfil genético de una persona se ha obtenido a través de una intervención ilícita y oponiéndose, por tal motivo, a que este pueda ser utilizada para averiguar hechos distintos, "nos encontraremos ante una prueba ilícitamente obtenida que deberá expulsarse del proceso y que no podrá ser objeto de reiteración en la fase de instrucción".

Además, la alegación de la ilicitud de la prueba en fase de instrucción, como momento preclusivo, se opone a lo contemplado en el artículo 786.2 de la LECr, esto es, el trámite intervenciones previas en el procedimiento abreviado, momento en el que se puede alegar la vulneración de algún derecho fundamental: "la inadmisibilidad, en el trámite de cuestiones previas, de alegaciones como la vulneración del derecho a la integridad física o del derecho a un proceso con todas las garantías, con base en no haber formulado tales alegaciones en momentos anteriores de la instrucción, estará en clara contradicción con lo dispuesto en el artículo 786.2 de la LECR".[28]. En el procedimiento ordinario, entendemos que podría cuestionarse la validez de la prueba hasta el momento

[27] Voto particular que plantea el Excmo. Magistrado del TS. D. Antonio del Moral, en la STS, Sala de lo Penal, 834 /2016 de 3 de noviembre, apartado IX.

[28] ARMENGOT VILAPLANA, A. cit. Pág. 12

en el que se dicta la apertura del juicio oral y ello a pesar de que se haya acordado la conclusión del sumario toda vez que la propia LECr prevé la posibilidad de revocación de tal finalización a la vista de lo contemplado en los artículos 627 y ss. E incluso, en el trámite previo al inicio del juicio oral haciendo uso de lo contemplado en el artículo 666 en cuanto a los artículos de previo pronunciamiento, toda vez que la jurisprudencia ha admitido la posibilidad de plantear otras cuestiones distintas de las contempladas en tal precepto como es la nulidad de actuaciones o la vulneración de algún derecho fundamental: "Es cierto que el Tribunal de instancia prescindió de la doctrina de este Tribunal Supremo, que de manera reiterada ha avalado la incorporación en el procedimiento ordinario de un trámite de cuestiones previas propio del abreviado o del procedimiento ante el Tribunal del Jurado en el que poder efectuar alegaciones en relación a eventuales vulneraciones de derecho o en torno a los medios de prueba, incluso con nuevas proposiciones, sobre todo cuando una parte lo insta"[29].

No obstante, Sentencias posteriores a tal acuerdo, consideraron extemporáneas las alegaciones de la defensa, que cuestionaban la licitud de la prueba de ADN practicada en otras causas y, concretamente habiendo dejando transcurrir el plazo de instrucción en el procedimiento ordinario y tras la apertura del juicio oral (STS 794/2015 de 3 de diciembre) o su planteamiento *ex novo* en el escrito de defensa (STS 264/2023, del 19 de abril). Por el contrario, la STS 542/2020, Sección Primera de la Sala Segunda, de 23 de octubre, si bien no admite la alegación de la nulidad de la prueba de ADN posterior a la instrucción, es cierto que de forma implícita acoge la posibilidad de realizar tal impugnación en el escrito de defensa.

III. DERECHOS FUNDAMENTALES AFECTADOS Y SU TRATAMIENTO A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA.

1. Derecho a la integridad física.

El primero de los derechos que puede verse afectado es el derecho a la integridad física contemplado en el artículo 15 de nuestra Constitución, es decir, el derecho a no sufrir lesión o menoscabo en su cuerpo o en su apariencia externa, lo que se ha denominado "incolumidad corporal"[30]. Una de las primeras Sentencias del TC que

[29] STS, Sala de lo Penal número 199/2023 de 21 de marzo, doctrina consolidada y siguiendo tal criterio ya más recientemente, las SSTS de la Sala de lo Penal, 95/2020 de 4 de marzo, 856/2018, de 12 de marzo, entre otras.

[30] ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R: Diario La Ley, 8283, 1 de abril de 2014

aborda esta cuestión con relación a la toma de muestras biológicas para realizar prueba de ADN es la STC 207/1996, en la que se recoge en primer lugar, la doctrina consolidada respecto de lo que ha de entenderse el derecho a la integridad física: "Según doctrina reiterada de este Tribunal, mediante el reconocimiento del derecho fundamental a la integridad física y moral (art. 15 C.E.) se protege la inviolabilidad de la persona, no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular"[31]. En segundo lugar, continua la Sentencia en el mismo Fundamento de Derecho, haciendo una distinción entre, "intervenciones y registros corporales", tales como reconocimiento en rueda, exámenes dactiloscópicos o incluso vaginales, en los que no se encuentra afectado tal derecho[32] y, lo que se denomina "intervenciones corporales", que consisten en la "extracción del cuerpo de determinados elementos externos o internos para ser sometidos a informe pericial", o también en su "exposición a radiaciones", siendo en ambos casos que el derecho a la integridad física se verá afectado, "al implicar una lesión o menoscabo del cuerpo, siquiera sea de su apariencia externa". Ahora bien, en el caso de obtención de muestras de ADN que consistan en frotis bucal (o extracción capilar, o incluso extracción de sangre), tal intervención es considerada como leve en tanto en cuanto no conllevan un peligro ni riesgo a la salud ni ocasionan lesión o sufrimiento a la persona. No obstante, para obtener tales muestras debe, bien obtenerse el consentimiento expreso e informado del afectado, tal y como se ha explicado en el apartado anterior, o bien, en caso contrario, que tal afectación a la integridad física sea acordada por la autoridad judicial toda vez que este derecho fundamental no tiene el carácter de absoluto y puede acordarse la injerencia siempre que se revista de determinadas garantías: que exista habilitación legal para ello (artículos 363 y 520 de la LECr), que la intervención, aún en contra de la voluntad del afectado, se acuerde en resolución debidamente motivada y que deberá respetar los principios de proporcionalidad, idoneidad, necesidad y excepcionalidad, conforme indica la propia Sentencia, pero que también se contemplan en el mismo texto legal en los artículos 588 bis a) y siguientes de la LECr.

Los artículos 526 c) de la LEcr y 129 bis Cp, también regulan la posibilidad de que el Juez de instrucción en el primer supuesto y el Juez o Tribunal sentenciador en el segundo, puedan imponer la ejecución forzosa para la ejecución de la toma o recogida de

[31] STC 207/1996 de 16 de diciembre, Fundamento de Derecho Segundo.

[32] En este supuesto, la propia Sentencia indica que, en el caso de inspecciones anales o vaginales, lo que quedaría afectado sería el derecho a la intimidad corporal, pero no la integridad física.

muestras para el caso de que el afectado se opusiera a ello, mediante la adopción de "medidas coactivas mínimas indispensables, que deberán ser proporcionadas a las circunstancias del caso y respetuosas con su dignidad". Estamos ante supuestos en los que, a pesar de haberse acordado la obtención de muestras con autorización judicial, frente a la negativa a prestar el consentimiento el afectado, aun así, este se opone a la ejecución de tal práctica o toma de muestras. Tales medidas coactivas obviamente han de ser medidas en las que se deba utilizar la fuerza física. Llegados a este punto cabe preguntarse qué medidas pueden utilizarse y que no afecten a la dignidad de la persona ni a su integridad física, es decir, que en ningún caso el uso de tal fuerza sea desproporcionado y lesivo para tales derechos fundamentales. Ya hemos señalado que la injerencia en la integridad física del afectado cuando se realiza la toma de muestras es leve, por lo tanto, la fuerza que se tenga que utilizar para imponer el sometimiento a la práctica de tal prueba ha de ser adecuada, idónea y proporcional a la intensidad de tal injerencia. En tal sentido se pronuncia MORA DÍEZ que señala como límite al uso de la vis física, no solo los presupuestos legales para acordar la medida (en caso de falta de consentimiento), sino también la prohibición de someter al investigado o detenido a torturas o tratos inhumanos o degradantes. De tal forma que por parte de los agentes que ejecuten la medida y realicen el frotis bucal mediante un uso desproporcionado de la fuerza que suponga un trato inhumano o degradante constituiría una vulneración del derecho contemplado en el artículo 15 de la Ce [33].

Si bien partimos de tales premisas, lo cierto es que como acertadamente evidencia ÁLVAREZ BUJÁN, la expresión de "medidas coactivas indispensables", reviste un contenido vago y genérico en tanto en cuanto no se indican en qué han de consistir, es decir "cuáles sean las concretas actuaciones que podrían llegar a utilizarse llegado el caso", entendiendo la propia autora que se trata de un concepto jurídico indeterminado y que con independencia de que actualmente se hayan dictado ya algunas resoluciones acordando la posibilidad de tomar medidas coactivas [34], lo cierto es que considera que debería perfilarse el contenido y alcance de estas en atención a los criterios que vayan estableciendo los distintos Juzgados y Tribunales [35].

[33] MORA DÍEZ, P: La toma de muestras de ADN a los condenados por delitos graves. Análisis del artículo 129 bis del Código Penal. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2022. Pág.106.

[34] Analizaremos algunas resoluciones sobre esta materia en el último apartado en lo referente al artículo 129 bis Cp.

[35] ÁLVAREZ BUJÁN, Mª V: La prueba de ADN como prueba científica. Su virtualidad jurídico-procesal. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia. 2018. Págs. 347 y 348.

2. Derecho a la intimidad personal. Artículo 18.1 de la Ce.

Como indica ÁLVAREZ BUJÁN, al igual que ocurre con el derecho a la integridad física, el derecho a la intimidad no tiene un carácter absoluto y puede ceder ante la necesidad de la averiguación de delitos en el seno de un procedimiento penal[36].

La STC 25/2005 aborda precisamente la vulneración de este derecho en un supuesto de extracción de sangre realizada en un centro hospitalario sobre uno de los intervinientes en un accidente de tráfico y establece que se ha vulnerado tal derecho porque se llevó a cabo sin el consentimiento del interesado ni se practicó como una medida policial o judicial. Subraya, con carácter general, que, a la hora de limitar un derecho fundamental, "la regla de la proporcionalidad de los sacrificios es de observancia obligada" y ello, además impone la motivación de la resolución judicial que restrinja tal derecho para, de esta forma, poder apreciar la razón que justificó la injerencia en tal derecho. En el caso concreto, el Juez que autorizó la extracción lo hizo mediante providencia y su decisión fue "ajena a toda ponderación de la necesidad de la medida y de su proporcionalidad"[37]. Por lo tanto, acoge el motivo, establece que se ha vulnerado el derecho a la intimidad del afectado y otorga el amparo.

En el mismo sentido la STC 70/2009, en la que se precisa que se vulnerará el derecho a la intimidad personal "cuando la penetración en el ámbito propio y reservado del sujeto no sea acorde con la ley, no sea eficazmente consentida, o aun autorizada, subvierta los términos y el alcance para el que se otorgó el consentimiento, quebrando la conexión entre la información personal que se recaba y el objetivo tolerado para el que fue recogida (…)"[38].

En cuanto a lo que ha de entenderse derecho a la intimidad la STC 207/1996, ya referida en el apartado anterior, delimita su ámbito y concepto: "(…) el derecho a la intimidad, personal (…) tiene un contenido más aplico que el relativo a la intimidad corporal (…) y en cuanto derivación de la dignidad de la persona (artículo 10 Ce) implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás (…) para mantener una calidad mínima de la vida humana (…) referido a la esfera, estrictamente personal, de la vida privada o de lo íntimo (…)". Refiere, además, que otro tipo de diligencias o actos de prueba- distintos a la entrada y registro en domicilio- como

[36] ÁLVAREZ BUJÁN, Mª V: La prueba de ADN como prueba científica… cit. Pág. 133.
[37] STC 25/2005, de 14 de febrero. Fundamento Jurídico Sexto d)
[38] STC 70/2009, de 23 de marzo. Fundamento Jurídico Segundo.

lo son las intervenciones corporales pueden conllevar, "por razón de su finalidad, es decir de por lo que a través de ellas se pretenda averiguar, una intromisión añadida en el ámbito constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad personal (…)"[39]. Y creemos que es esta finalidad precisamente: qué se pretende averiguar a través de determinadas pruebas que, además, afectan a la integridad, el núcleo de este derecho y, por ello, para que la intromisión en ese ámbito estrictamente personal no suponga una injerencia inválida, ha de ser proporcional a unos fines constitucionalmente legítimos como es la averiguación de los delitos, debiéndose, por lo tanto, de revestirse de las mismas garantías que aludimos al abordar el examen del derecho a la integridad corporal[40]. De tal forma y como indica ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS[41], el derecho a la intimidad se "verá afectado por la prueba de ADN, no sólo en la toma de muestras sino también en el posterior análisis y almacenamiento de las muestras puesto que los poderes públicos podrán tener acceso a determinada información de carácter íntimo".

3. El derecho a la intimidad genética.

Si bien se encuentra implícito en el derecho contemplado en el artículo 18.1 Ce y forma parte del derecho a la intimidad, hemos considerado analizarlo de forma independiente dada la relevancia que recientemente ha adquirido y que se encuentra en relación con la "información de carácter íntimo" a la que ya hemos referido, es decir, no cualquier información sino la información de carácter genético que revela la prueba de ADN.

A tal derecho ya se hacía referencia en la LO 10/2007 de 8 de octubre en su exposición de motivos al atender que, con la finalidad de evitar cualquier vulneración al derecho a la intimidad, solo podrán ser inscritos en la base de datos que se crea "aquellos perfiles de ADN que sean reveladores, exclusivamente, de la identidad del sujeto y del sexo", pero no aquellos que revelen cualquier otro dato o característica genética, es decir, lo que se denomina ADN codificante y que tiene su reflejo en el artículo 4 del mismo texto legal. Por lo tanto, solo podrá obtenerse e inscribirse en la base los datos

[39] STC 207/1996 de 16 de diciembre, Fundamento Jurídico Tercero b).

[40] En tal sentido, la STC 199/2013 de 5 de diciembre, contempla la doctrina consolidada en cuanto a los requisitos y garantías que debe revestir cualquier autorización judicial que acuerde la afectación e injerencia a los derechos fundamentales, entre otros y con relación a la prueba del ADN, el derecho a la intimidad y el derecho a la integridad física.

[41] ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R: El impacto de la prueba de ADN en los derechos fundamentales. Diario La Ley, Nº 8283, Sección Doctrina, 1 de abril de 2014, Año XXXV, Ref. D-106, Editorial LA LEY. Pág. 5.

procedentes del ADN no codificante, quedando excluidos los demás al afectar a datos genéticos sensibles, siendo estos los marcadores permitidos y regulados en la mayoría de las legislaciones de la UE[42]. Como el ADN no codificante también contiene información genética del individuo, desde un punto de vista procesal y de respecto a los derechos fundamentales, ha de utilizarse exclusivamente los datos que se extraigan en relación a la identidad del sujeto y el sexo y no aquellos que no se encuentren relacionados con el delito que se esté investigando.

En definitiva, hay que emplear mecanismos necesarios para garantizar un uso adecuado de esos datos personales forenses que pueden quedar expuestos durante el proceso de análisis genético y ello porque la realización de un test genético resulta una invasión grave a los derechos fundamentales como pueda ser el derecho a la salud[43]. Tal previsión debemos ponerla en relación con el derecho a la protección de datos y al uso indebido de ellos y, en cuanto a los mecanismos para evitar tal uso indebido la propia LO 10/2007, establece que el nivel de protección de los datos extraídos de las pruebas de ADN, tiene la consideración de "nivel alto" (artículo 8), disponiendo la necesidad de que los análisis de ADN deberán realizarse bien por el Instituto Nacional de Toxicología o por laboratorios legalmente acreditados[44].

4. Derechos contemplados en el artículo 24 de la Ce.

En cuanto al derecho a la defensa que se contempla en este precepto constitucional, en lo que nos interesa, lo abordaremos desde distintas perspectivas si bien ambas se encuentran íntimamente relacionadas[45].

La primera de ellas, desde la vertiente de si el hecho de someterse a la práctica de la diligencia de toma de muestras afecta a los derechos a no confesarse culpable y a no declarar contra sí mismo. Como ya hemos puesto de manifiesto el análisis del ADN aporta

[42] MORA DÍEZ, P. El uso del ADN no codificante o ADN basura en el marco del proceso penal. Editorial Jurídica Sepin, 18 de enero de 2022. Recurso electrónico disponible en https://blog.sepin.es/2022/01/adn-no-codificante-proceso-penal, fecha de la consulta: 3 de abril de 2025.

[43] MORA DÍEZ, P: La toma de muestras de ADN a los condenados por delitos graves. Análisis del artículo 129 bis del Código Penal. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2022. Pág. 24.

[44] La DA 3ª de la LECR, en su redacción dada por LO 15/2033, contempla que el Gobierno regulará mediante Real Decreto "la estructura, composición, organización y funcionamiento de la Comisión Nacional sobre el uso forense del ADN, a la que corresponderá la acreditación de los laboratorios facultados para contrastar perfiles genéticos (…), elaboración de los protocolos técnicos oficiales sobre la obtención , conservación y análisis de las muestras, determinación de las condiciones de seguridad en su custodia y la fijación de todas aquellas medidas que garanticen la estricta confidencialidad y reserva de las muestras, análisis y datos que se obtengan (…)".

[45] Dejamos al margen lo relativo a la necesidad de la asistencia letrada en el momento de que el afectado otorgue su consentimiento que ha sido analizado en el primer apartado de este artículo.

datos que pueden tener una incidencia muy relevante en la investigación penal en la medida que pueden perjudicar al afectado si su contenido es incriminatorio. En tal sentido es criterio jurisprudencialmente admitido el carácter ambivalente de la prueba de ADN, en tanto en cuanto puede resultar tanto incriminatorio como exculpatorio[46], evitando de esta forma que se dirija la acusación frente a personas inocentes.

Y la segunda, es la relativa al significado procesal de la negativa del acusado a someterse a la prueba, es decir la valoración a efectos de prueba, como equivalente a la negativa a declarar. Tal rechazo, en atención a los derechos fundamentales mencionados "le impide al órgano jurisdiccional (…) a interpretar el ejercicio de ese derecho como causa que exonere al Ministerio Fiscal del desafío probatorio que asume desde el inicio de las investigaciones (…)"[47]. Con independencia de la posible valoración que pueda realizarse de esa negativa como un indicio más dentro de la valoración del conjunto de la prueba, lo cierto es que como ya contemplaba la STS 1736/2000 de 15 de noviembre, refiriéndose a la negativa a declarar "la participación criminal no puede deducirse de la falta de explicaciones verosímiles por parte de quien está amparado por la presunción de inocencia".

Como subraya ÁLVAREZ BUJÁN, haciéndose eco de la doctrina sobre la materia, en el caso de que el resultado de la prueba resulte incriminatorio, se hace necesario que se practiquen más pruebas o existan más indicios que apunten en tal sentido habida cuenta de que el hecho de que tras los resultados de la prueba de ADN se haya identificado a un sujeto determinado en el lugar de los hechos, no resulta suficiente a efectos de demostrar su participación en el hecho delictivo y ello porque tal extremo solo acredita su presencia o que haya mantenido contacto con la víctima[48].

La STS 107/2003 ya contempló que nada "impide valorar racional y lógicamente esa actitud procesal como un elemento que por sí solo, no tiene virtualidad probatoria, pero que conectado con el resto de la prueba puede reforzar las conclusiones obtenidas por el órgano juzgado"[49]. Posteriormente, la STS 11/2017, de 19 de enero, abordando la cuestión de la valoración en caso de negativa a someterse a la prueba de ADN, expone

[46] SSTS, Sala de lo Penal, 151/2010 de 22 de febrero y 107/2003 de 4 de febrero, entre otras.
[47] STS 151/2010 de 22 de febrero. Fundamento Jurídico Tercero d).
[48] ÁLVAREZ BUJÁN Mª V: La prueba de ADN como prueba científica. Su virtualidad jurídico-procesal. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia. 2018. Pág. 148 y entre otros autores cita a ARMENTEROS LEÓN, M y CORCOY BISDASOLO, M.
[49] En el mismo sentido se pronuncia la STS 169/2015 de 13 de marzo, Sala de lo Penal.

que "la prueba derivada del contraste de los vestigios hallados en una causa criminal con los datos obrantes en el Registro procedentes de tomas de muestras realizadas en otras causas, (…) puede ser suficiente también como prueba de cargo bastante en el juicio, cuando el acusado se niegue a practicar otra prueba en el proceso enjuiciado, o cuando no cuestione la toma de muestras realizada en otra causa anterior, ni el resultado incriminatorio del contraste realizado entre los vestigios hallados en la causa enjuiciada y las muestras procedentes de la causa anterior" (Fundamento Jurídico Quinto).

IV. EL ARTÍCULO 129 BIS DEL CP.

La posibilidad de acordar la toma de muestras biológicas para la realización del análisis de ADN de una persona, no ya en el curso de una investigación policial o judicial, sino después de que se le haya condenado, fue introducida en nuestro ordenamiento jurídico tras la reforma del Código Penal por LO 1/2015. Es decir, la finalidad no es la investigación el delito sino "la de prevenir y, en su caso facilitar la averiguación de futuros delitos"[50]. Tal facultad se ha regulado no como una pena sino como una consecuencia accesoria tras la condena por la comisión de determinados delitos, concretamente por la comisión de delitos contra la vida, la integridad de las personas, la libertad, la libertad e indemnidad sexual de terrorismo, siempre que se trate de un delito grave y, además, por la comisión de "cualquier otro delito grave" que conlleve un riesgo grave para la vida, la salud o la integridad de las personas". Soslayando las críticas que merece la falta de determinación de lo que ha de considerarse como "delito grave" o el hecho de que no se precisen, respecto de este último inciso, qué delitos han de ser considerados graves que conlleven tal riesgo, o incluso, la discrepancia entre los delitos contemplados en este artículo y los que se mencionan en el artículo 3.1.a) de la LO 10/2007 de 8 de octubre, nos centraremos en los requisitos que tiene que cumplir el Juez o Tribunal para "acordar" tal consecuencia accesoria.

No obstante, previamente a abordar el análisis de los requisitos, debemos hacer tres precisiones: la primera, que tal medida deberá ser acordada en sentencia y no podrá ejecutarse hasta la firmeza de esta. La segunda, como acertadamente apunta, ÁLVAREZ BUJÁN[51], solo deberá acordarse respecto de aquellos condenados a quienes no se les haya

[50] ARMENGOT VILAPLANA, A. La obtención de muestras biológicas para la determinación del ADN. La situación legal y jurisprudencial tras las últimas reformas. La ley Penal nº 128. Sección Derecho Procesal Penal. Septiembre-octubre 2017. Editorial Wolters Kluwer. Pág.16.

[51] ÁLVAREZ BUJÁN, Mª V. La prueba de ADN como prueba científica. Su virtualidad jurídico-procesal. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia. 2018. Pág. 368.

tomado la muestra y practicado la prueba durante el procedimiento, por lo que respecta a determinados delitos, especialmente delitos contra la libertad sexual o delitos de homicidio o asesinato, en los que normalmente se procede a la toma de muestras durante la investigación. No se podrá acordar esta medida porque ya constará su ADN en la base de datos policial. Y la última, al hacer referencia que el "Juez o Tribunal podrá acordar", hemos de colegir que se trata de una decisión potestativa en atención a las circunstancias concurrentes y cumplimiento de los requisitos y que se podrá acordar de oficio, sin necesidad de que sea interesada ni por el Ministerio fiscal ni por la acusación particular si la hubiere.

Las exigencias legales para acordar tal medida accesoria son dos. La primera, ya se ha indicado: que una persona haya sido condenada por la comisión de alguno de los delitos mencionados. Y la segunda, que exista un peligro relevante de reiteración delictiva, en atención a "las circunstancias del hecho, antecedentes, valoración de su personalidad, o de otra información disponible".

El Juez o Tribunal, por tanto, deberá determinar claramente que existe un peligro relevante de reiteración delictiva, es decir, deberá realizar un juicio, entendemos que razonable, sobre la supuesta peligrosidad del sujeto que ha sido condenado. Y, para ello deberá atender a una serie criterios o parámetros, unos objetivos, como las circunstancias del hecho, y otros subjetivos en cuanto que han de predicarse del propio reo como es su personalidad.

En cuanto a las circunstancias del hecho, entendemos que se refieren no solo a aquellas que hayan incidido en la apreciación de una mayor gravedad del injusto, como pueda ser la forma de ejecución del hecho (con o sin violencia, grado de violencia ejercido, quien haya sido la víctima -menor, incapaz, persona vulnerable…), sino también aquellas que pudieran ser favorables, tales como comportamiento del sujeto tras la comisión del hecho, su arrepentimiento o tratar de reparar el daño causado, aunque no necesariamente se hayan apreciado como agravantes o atenuantes.

También han de valorarse la existencia de antecedentes, entendemos que antecedentes penales y no policiales. Ahora bien, no se determina si estos antecedentes deben referirse al mismo hecho delictivo o a otros delitos. Cierto es que no es lo mismo

"reincidencia" que "reiteración delictiva" y, por lo tanto, como apunta MORA DÍEZ[52], no será necesario que exista peligro de reincidencia para que pueda valorarse un riesgo o peligro relevante que en un futuro el condenado vuelva a delinquir, es decir, vuelva a cometer otro delito que no necesariamente tenga que ser de la misma naturaleza por el que ha resultado condenado. Además, lo ilustra con un ejemplo entre el asesinato del artículo 139 del CP y la violación del 179 del CP, entre los que no habrá reincidencia, pero sí peligro relevante de reiteración delictiva. No consideramos que siempre que el sujeto tenga antecedentes suponga *per sé* la concurrencia de tal peligro. Habrá que analizar el caso concreto: el delito cometido y los antecedentes que tenga el sujeto porque si tuviera antecedentes por un delito contra la seguridad vial o contra el patrimonio, no necesariamente va generar un peligro relevante de reiteración delictiva de un delito contra la vida o contra la libertad sexual.

Respecto de la valoración de su personalidad, nos encontramos ante un criterio totalmente ambiguo, abierto e impreciso y que quizá no pueda ser valorado por el Juez o Tribunal correctamente a menos que como indica MORA DÍEZ, se lleve a cabo una prueba pericial sobre la personalidad del condenado, es decir, que si la decisión de acordar la toma de muestras e inscribir en la base de datos policial el perfil genético de este con base a su personalidad, se debería realizar, como mínimo, al menos "una pericia sobre este punto, en concreto, un informe de un equipo psicosocial compuesto por profesionales especializados". De esta forma el Juez o Tribunal dispondría de una base objetiva y sólida para acordar o no tal medida y "evitar una decisión basada en criterios sociales o personales de carácter discriminatorio".

Y por último en cuanto a la circunstancia de "cualquier otra información disponible", se trata igualmente de una cláusula completamente abierta que permitirá al Juez o Tribunal la adopción de la medida con base a cualquier otro dato, que considere importante o relevante y que entendemos, debería, en todo caso, constar en la causa. En cualquier caso, consideramos que constituye un elemento que conduce a una gran inseguridad jurídica, precisamente por su imprecisión absoluta.

En cualquier caso, entendemos que la adopción de esta medida, en cuanto que supone una intromisión a los derechos fundamentales tal y como hemos puesto de manifiesto, debe ser acordada de forma razonada y motivada atendiendo no solo a los

[52] MORA DÍEZ, P. La toma de muestras de ADN a los condenados por delitos graves. Análisis del artículo 129 bis del Código Penal. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2022. Pág. 80.

factores contemplados en el artículo 129 bis del Cp, sino también a los criterios establecidos tanto en la LECr como en nuestra jurisprudencia, es decir, racionalidad, proporcionalidad, necesidad y especialidad. Y, además, deberá quedar acreditado el "peligro relevante de reiteración delictiva" que se erige como presupuesto básico para acordarla.

Veamos ahora cuál haya sido el tratamiento jurisprudencial de la adopción de esta medida como consecuencia accesoria y el fundamento utilizado por las Audiencias provinciales para considerar adecuada la toma de muestras para el posterior registro del resultado del análisis de ADN en la base de datos policial.

En la Sentencia de la A Provincial de Tarragona 381/2019[53], se condena a un hombre como autor de un delito de asesinato en el que concurre la eximente completa de alteración psíquica del artículo 20.1 del Cp, y en su Fundamento Jurídico Octavo se acuerda, en virtud, del artículo 129 bis del Cp que "dado el contexto de los hechos, su forma de ejecución, su elaborada planificación y la personalidad del acusado, puede sostenerse un peligro fundado de reiteración delictiva que hace conveniente la inscripción de su identificador de ADN en la base de datos policial". En este supuesto constaban antecedentes penales si bien no eran objeto de reincidencia y, entendemos que básicamente se ha basado en la forma de ejecución (utilización de un arma e imposibilitando la defensa del sujeto), sin embargo, no constan otros elementos que puedan informar que su conducta sea especialmente peligrosa o que revelen una mayor gravedad del injusto más allá de la apreciación de la alevosía. En cuanto a la personalidad del sujeto constaba que sufría de una alteración psíquica que fue apreciada como eximente completa. No obstante, no hace referencia a la toma de muestras, sino a la inscripción de su identificador en la base de ADN. Ignoramos si ya constaba en la causa o si se trata de una omisión involuntaria. En todo caso, hubiera sido deseable una fundamentación un tanto más amplia y rigurosa especialmente en cuanto a los criterios que deben regir para la adopción de una medida restrictiva de derechos fundamentales.

En otra Sentencia, en la que se condena a los procesados, en concepto de autores, por la comisión de un delito de agresión sexual continuado concurriendo como agravante la actuación conjunta y como circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad criminal, las atenuantes de reparación del daño como muy cualificada, y las atenuantes

[53] SAP de Tarragona, Sección Cuarta, 381/2019, de 13 de noviembre

analógicas de confesión y embriaguez[54], por parte del MF se solicitaba expresamente la "toma de muestras y la realización de análisis para la obtención de identificadores de ADN que proporcionen información genética reveladora exclusivamente de la identidad de la persona y sexo, así como su inscripción den la base de datos policial". Por parte de la Audiencia se accede a tal petición, si bien su fundamentación es insuficiente y adolece, en nuestra opinión, de una fundamentación acorde a los requisitos exigidos legalmente y, así tan solo hace referencia a la gravedad de los hechos y a la reiteración en la agresión. Olvida el resto de circunstancias que deben ponderarse y por qué considera que existe un peligro relevante de reiteración delictiva, no haciendo referencia a este extremo. Del mismo modo elude en la valoración realizada tanto la ausencia de antecedentes en los procesados como a la apreciación de la atenuante de embriaguez y el comportamiento de los condenados tras la comisión de los hechos, y especialmente lo referente a la reparación del daño. Además, del relato de los hechos que, si bien fueron graves, no debe deducirse necesaria ni automáticamente que concurre un riesgo significativo de reiteración delictiva. Tampoco se contiene en qué deben consistir la toma de muestras ni quién debe realizarla, tan solo se limita a trascribir el último inciso del artículo 129 bis Cp en el caso de que hubiera oposición por parte de los afectados.

En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense de 31 de mayo de 2022[55], en la que se condena al procesado, sin antecedentes penales, como autor de un delito de abuso sexual contemplado en el artículo 181.1. 2 y 4 del Cp, en su redacción anterior a la modificación operada por LO 10/2022 de 6 de septiembre (penetración sin concurrir violencia ni intimidación y encontrándose la víctima privada de sentido por la ingesta de bebidas alcohólicas), si bien el MF solicita al amparo del art. 129 bis del CP la inclusión del ADN del acusado en la base de datos policial a la vista de la reiteración delictiva; sin embargo, la Audiencia lo desestima al no apreciar motivos para acordar la inscripción básicamente porque la identificación del investigado no ha ofrecido duda alguna, habiendo reconocido que mantuvo relaciones sexuales y en cuanto a la supuesta reiteración delictiva, no es tal porque sobre esos hechos no existe sentencia firme. Cierto es que tal decisión no requiere de una motivación reforzada a diferencia del supuesto en el que se hubiere acordado la toma de muestras dada la injerencia en los derechos fundamentales, pero igualmente hubiera sido deseable que la audiencia se hubiera

[54] SAP de Alicante, Sección Segunda, 237/2021 de 13 de julio.
[55] SAP de Ourense, Sección Segunda, 137/2022 de 31 de mayo

"esmerado" en explicar la motivación ligándola a la inexistencia de un riesgo relevante de reiteración delictiva.

Por el contrario, otra Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid[56], en un supuesto muy similar en tanto que el acusado, sin antecedentes penales, fue condenado por los mismos hechos que los contemplados en la sentencia anterior, a la misma pena (5 años de prisión), se accede la toma de muestras biológicas del condenado y a la realización del análisis del ADN e inscripción en la base de datos, fundamentado tal decisión en que se trata de un delito grave contra la libertad sexual y por lo tanto, revela un riesgo de reiteración delictiva en tales delitos. Obviamente discrepamos totalmente de tal parecer en tanto en cuanto se observa un total automatismo y el acuerdo adoptado resulta completamente ajeno a los criterios o parámetros que el mismo precepto penal establece y deben ser tomados en cuenta para acreditar la concurrencia de un peligro relevante de tal reiteración delictiva. Además, no se contempla en el relato de los hechos ninguna circunstancia en la que pudiera apoyarse tal decisión.

Se sigue observando, a nuestro entender, bien ausencia de fundamentación jurídica, bien insuficiente razonamiento, para acordar la toma de muestras para el análisis de ADN y su posterior inscripción conforme a los parámetros y requisitos exigidos en el artículo 129 bis Cp. Y así, en la SAP de las Palmas de 11 de noviembre de 2021[57], se acuerda tal consecuencia en atención, exclusivamente, a la naturaleza del delito (contra la libertad sexual), gravedad de los hechos (un delito de abuso sexual a una menor de 14 años y un delito de abuso sexual sin violencia, pero con penetración a la misma menor), contexto y forma de comisión, a pesar de que en el relato de los hechos no ha quedado acreditada ninguna circunstancia o particularidad en la que pueda apoyarse una mayor gravedad que la ínsita en los propios hechos delictivos (como la forma de ejecución, no concurriendo si quiera violencia en los hechos) ni tampoco la concurrencia de antecedentes penales ni otro hecho relativo a la personalidad, que pudiera justificar el peligro relevante de reiteración delictiva. En el mismo sentido, otra Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, de 28 de mayo de 2024[58], (delito continuado de agresión sexual a menor de edad) en la que el MF solicita la consecuencia accesoria del artículo 129 bis del Cp, sin alegar nada, la Audiencia lo acuerda sin ni si quiera hacer referencia a la gravedad de los

[56] SAP de Madrid, Sección Treinta, 238/2023 de 29 de mayo
[57] SAP de Las Palmas, Sección Segunda, 375/2021 de 11 de noviembre.
[58] SAP de Las Palmas, Sección Segunda, 214/2024 de 28 de mayo

hechos ni a ninguna otra circunstancia concurrentes, aunque en este caso, el acusado- que carecía de antecedentes- se conformó con la acusación y la pena solicitadas.

A la vista de las sentencias analizadas observamos que por parte de las audiencias no se presta atención a los requisitos ni a la obligación de motivar la decisión sobre la toma de muestras para el análisis de ADN y posterior inscripción en la base de datos, conforme exige el artículo 129 bis del Cp, con la finalidad de justificar la existencia de un verdadero y relevante peligro de reiteración delictiva por parte de las personas que resultaran condenadas. Y ello, a pesar de que se trata de una medida que afecta a derechos fundamentales del sujeto.

V. CONCLUSIONES.

1.-La normativa sobre la materia tratada presenta una regulación un tanto fraccionada, toda vez que la misma ha sido abordada dese una perspectiva desordenada y poco sistemática. Esta regulación se ha ido acometiendo en fases, desde el año 2003 hasta la actualidad, sin que las distintas reformas que ha sufrido la Ley de Enjuiciamiento Criminal hayan planteado de forma conjunta la modificación o la adaptación de la normativa para acoger los distintos criterios que se han ido fraguando por los distintos acuerdos adoptados por la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

Hubiera sido deseable que, al igual que se concibió con aquellas diligencias que incidían en los derechos fundamentales a la inviolabilidad del domicilio o al secreto de las comunicaciones (especialmente a lo relativo a las diligencias de investigación tecnológica), la reforma operada por LO 13/2015 de 5 de octubre hubiera completado y aclarado la materia acogiéndolos distintos criterios jurisprudenciales y los Acuerdos del TS para una mayor concreción y seguridad jurídica.

Por lo tanto, el panorama ha quedado reducido a unos artículos (dispersos en la LECr), a distintos Acuerdos del TS (especialmente el Acuerdo de 14 de septiembre del 2014), la LO 10/2007 de 8 de octubre y el artículo 129 bis del Cp.

2.- En cuanto a la afectación que la toma de muestras biológicas para el análisis de la obtención de ADN identificador del sujeto y su inscripción en la base de datos policial, pueda tener en los derechos fundamentales analizados, la jurisprudencia es clara y extensa habiendo asentado unos criterios uniformes y constantes en el tiempo que otorgan, a pesar del carácter fragmentario de la normativa sobre la materia, seguridad jurídica en orden, por ejemplo, a la asistencia Letrada para la prestación del consentimiento a la práctica de

tal diligencia (520.6 c) de la LECr), o los requisitos y garantías que debe revestir el Auto que acuerde aquélla en caso de oposición por el afectado. (artículo 588 bis LECr).

No obstante, nos encontramos con una laguna en cuanto a qué tipo de "medidas coactivas indispensables" podrán ejercerse frente al sujeto que se haya opuesto, aun existiendo acuerdo judicial. Cierto es que la jurisprudencia ha establecido que no pueden atentar contra la dignidad de la persona ni tampoco consistir en torturas y tratos humanos degradantes, pero sería aconsejable que en tal tesitura por parte de los órganos judiciales se contemplaran en las distintas resoluciones (tanto autos como sentencias conforme a lo contemplado en el artículo 129 bis del Cp) qué tipo de medidas pueden llevarse a cabo en atención a que la toma de muestras supone una injerencia a la integridad física leve.

3.-Aún no se ha establecido un parecer uniforme y concluyente con relación al momento procesal adecuado para hacer valer la nulidad de la prueba y la identificación del ADN en otra causa cuando no conste el consentimiento del afectado o este no haya sido asistido por letrado y ello conforme al último inciso del Acuerdo adoptado por la Sala Segunda del TS de fecha 14 de septiembre de 2014. Este acuerdo refiere que deberá hacerse en fase de instrucción; sin embargo, existe jurisprudencia contradictoria, tal y como se ha puesto de manifiesto, y algún que otro voto particular que aboga por que si bien el plazo procesal es preclusivo, no debe de interpretarse de forma rígida y, por lo tanto, debe ampliarse hasta la presentación del escrito de defensa. En cualquier caso, se hace necesario que el Tribunal Supremo, interprete y unifique tal criterio.

Del mismo modo, con el respeto que nos merece el TS, es criticable la posición que sostiene en cuanto a que aún declarada la nulidad de esta prueba y expulsada del procedimiento, lo adecuado sea casar la sentencia recurrida en casación y devolver las actuaciones a fin de que se practique nuevamente la prueba de ADN. Entendemos que no cabe la subsanación de una prueba que ha sido considerada ilícita y expulsada del proceso.

4.- Y, por último, se aprecia un automatismo en la adopción de la toma de muestras para el posterior análisis del ADN y su inscripción en la base de datos policial, contemplada no ya como medio de investigación sino como consecuencia accesoria a los sujetos condenados, conforme se regula en el artículo 129 bis Cp. En ninguna de las Sentencias analizadas se ha fundamentado correctamente el presupuesto que debe quedar acreditado para adoptar tal medida, que es precisamente la concurrencia de un peligro relevante de reiteración delictiva, que tiene que ponerse de manifiesto en el acuerdo que se adopte. Se olvida que se trata de una medida que, aunque se disponga tras una condena,

afecta a derechos fundamentales del afectado y por tanto requiere motivación con arreglo a los criterios regulados en el precepto penal sin que quepa acordar la medida por la sola razón de que el delito por el que haya resultado condenado sea un delito grave de los contemplados en el 129 bis Cp.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ BUJÁN, Mª V. La prueba de ADN como prueba científica. Su virtualidad jurídico-procesal. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia. 2018.

ARMENGOT VILAPLANA, A. La obtención de muestras biológicas para la determinación del ADN. La situación legal y jurisprudencial tras las últimas reformas. La Ley Penal, 128. Sección Derecho Procesal Penal. Septiembre-octubre 2017. Editorial Wolters Kluwer.

DOLZ LAGO, M.J. ADN y derechos fundamentales. (Breves notas sobre la problemática de la toma de muestras de ADN-frotis bucal a detenidos e imputados). Diario La Ley, 7774, Sección Doctrina, 12 de enero de 2012.

GÓMEZ AMIGO, L. La investigación penal por medio de inspecciones e intervenciones corporales y mediante ADN. Diario La Ley, 8324, Sección Doctrina, 3 de junio de 2014.

MORA DÍEZ, P. La toma de muestras de ADN a los condenados por delitos graves. Análisis del artículo 129 bis del Código Penal. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2022.

—El uso del ADN no codificante o ADN basura en el marco del proceso penal. Editorial Jurídica Sepin, 18 de enero de 2022. Recurso electrónico disponible en: https://blog.sepin.es/2022/01/adn-no-codificante-proceso-penal.

VVAA. El proceso penal. Cuestiones fundamentales. Coord. Fuentes Soriano, O. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. 2017.

ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R. El impacto de la prueba de ADN en los derechos fundamentales. Diario La Ley, 8283, Sección Doctrina, 1 de abril de 2014.

* * * * * *

Prof. Dr. Abg. Andrea De Lia

Profesor contratado de Derecho Penal, Univ. de Padova. Socio de la FICP

~La *double jeopardy clause* negli U.S.A.: origine, sviluppi, criticità e prospettive in ottica comparata~

Riassunto.- Il saggio sviluppa un'analisi della *double jeopardy clause* nel contesto dei sistemi giuridici statunitensi. La clausola, contemplata dal Quinto Emendamento, ha sollevato innumerevoli dubbi interpretativi e applicativi, che muovono dalla difficoltà di definizione del concetto di "*same offense*", nonché di *act* e *transaction*, nella proiezione di cumuli punitivi e del *multiple trial*. Dopo una breve premessa, nella quale si ricostruisce l'origine del *ne bis in idem* statunitense, la disamina prosegue attraverso l'analisi dei più importanti arresti giurisprudenziali nonché di alcuni tra i più significativi contributi al dibattito della dottrina d'oltreoceano. A valle della trattazione di diverse questioni che attengono tanto al diritto penale sostanziale e al concorso di reati, quanto alla dimensione processuale del principio, nonché dopo brevi cenni al *ne bis in idem* "*Italian style*", si conclude rilevando come il problema dei cumuli punitivi, negli *States* così come in Italia, nell'ottica del rispetto del principio di proporzionalità e delle funzioni moderne della pena, costituisca, eminentemente, un problema di interpretazione e di scelte di politica criminale attuate dal legislatore. Sicché proprio il legislatore dovrebbe impegnarsi a risolverlo, attraverso una complessiva opera di riduzione della materia penale e delle intersezioni tra diritto penale "classico" e diritto amministrativo/sanzionatorio, nonché con interventi tesi a regolare, attraverso clausole di riserva, singoli rapporti tra norme incriminatrici. Dal punto di vista del processo penale, invece, l'analisi comparata mostrerà delle rilevanti peculiarità dei sistemi nel prisma del *simultaneus processus*.

Sommario.- I. Premesse. II. L'origine storica del divieto. 1. Il Quinto Emendamento. 2. La "codificazione" della *double jeopardy clause* negli ordinamenti degli Stati federati. III. La limitazione per "materia". IV. Il concetto di "*same offense*". Il *Blockburger test*. 1. Le evoluzioni e gli *overruling* nella giurisprudenza della Corte suprema degli Stati Uniti. 2. Gli orientamenti più recenti della giurisdizione federale. 3. Gli orientamenti nelle giurisdizioni degli Stati federati. 4 Criticità emergenti dalla casistica giurisprudenziale. V. Il fenomeno dell'*overlapping punishment*. La *dual sovereignty doctrine*. VI. Le *continuing offenses*. VII. Le preclusioni processuali. La disciplina delle impugnazioni. 1. Il *retrial* e il *mistrial*. 2. Il c.d. "*collateral estoppel*". VIII. Le posizioni dottrinali. 1. La ricostruzione di Jay Sigler. 2. La teoria dell'azione di Michael Moore. 3. La tesi di George Thomas. 4. Il problema della *overcriminalization* e l'impostazione di Douglas Husak. IX. Un rapido cenno alla questione italiana del *ne bis in idem*. 1. Gli orientamenti della giurisprudenza sul *ne bis in idem*. 2. Le soluzioni proposte dalla dottrina nostrana. – X. Conclusioni: *"the moral of the story*".

I. PREMESSE.

Il codice di procedura penale italiano, all'art. 649 c.p.p., sancisce, come risaputo, il principio del *ne bis in idem* che, tuttavia, non è esplicitamente contemplato a livello costituzionale né esso è richiamato da specifica disposizione nel settore del diritto penale sostanziale.

Per altro verso, il concorso di reati è governato, nella parte generale del codice penale, dal principio di specialità, dall'istituto del reato complesso, del concorso formale e del reato continuato, nonché da regole che limitano il cumulo sanzionatorio nell'ipotesi di concorso materiale di reati; singole disposizioni incriminatrici contengono, poi, delle clausole di riserva, che escludono l'applicabilità di talune norme convergenti; altre recano discipline *ad hoc* del concorso tra taluni reati.

Dottrina e giurisprudenza, poi, hanno elaborato il concetto di "reato di durata" (a fronte di un sistema positivo che contempla, come categoria generale, soltanto il reato permanente), con l'assorbimento in un'unica fattispecie di condotte plurime realizzate nel tempo (o caratterizzate da un "evento frazionato"), nonché altri (assai controversi) costrutti che hanno la funzione di limitare la responsabilità in relazione all'*idem factum* (come, ad esempio, il criterio di sussidiarietà e quello di consunzione).

Quanto, invece, ai sistemi giuridici statunitensi, il concetto di *ne bis in idem* è espresso dalla diversa formula "*double jeopardy",* oggetto di una specifica *clause* contenuta nel Quinto Emendamento, oltre che dalle Costituzioni di numerosi Stati federati.

Si tratta di un principio che esplica efficacia sul piano processuale ma che, per quanto si illustrerà in questa sede, spiega (seppur limitati) riflessi anche sul terreno del diritto penale sostanziale, nell'ambito del concorso di reati (c.d. "*joinder of offenses*"), con funzione di argine al cumulo di responsabilità in relazione a plurime contestazioni, anche in seno allo stesso processo.

D'altra parte, però, le parti generali dei codici penali statunitensi, inserite negli statuti, di massima non prevedono un sistema organico di norme atte a "regolare il traffico" nelle ipotesi di confluenza di norme incriminatrici, mentre nei codici di rito (pure parte degli statuti) si rintracciano disposizioni che determinano innumerevoli sbarramenti, sancendo un *ne bis in idem* "allargato" di natura processuale.

Si tratta di disposizioni che mirano, attraverso la previsione di improcedibilità dell'azione pubblica, anche a sostenere l'idea del *simultaneus processus* e che si affiancano ad un vasto e peculiare strumentario, ovverosia:

- alla *discretion* che connota l'esercizio dell'azione penale da parte degli organi d'accusa, che può estendersi fino alla scelta del *prosecutor* di omettere la contestazione di taluni reati;

- al *plea bargain,* ovverosia l'accordo tra accusa e difesa, che può condurre a sostanziali "sconti" per il reo, derivanti anche dalla rinuncia da parte del *prosecutor* alla contestazione di alcuni reati;

- alla discrezionalità decisoria attribuita al giudice nella fase di *sentencing.* Ciò non solo attraverso manovre sul *quantum* di pena (nel contesto di sistemi penali che non di rado compendiano fattispecie incriminatrici che presentano forbici edittali

particolarmente ampie e ove le *sentencing guidelines* lasciano, comunque, ampi spazi alla discrezionalità delle corti), ma anche per via della possibilità di prevedere "*consecutive sentences"* (nel qual caso le pene per ciascun reato sono scontate dal reo una dopo l'altra) o "*concurrent sentences"* (per cui le pene, pur della stessa natura, vengono eseguite, in maniera sotto certi aspetti virtuale, contemporaneamente).

Si tratta di un panorama ampio e del tutto peculiare, dunque. In questa sede, però, l'attenzione si incentrerà sulla *double jeopardy clause*, attraverso un'analisi che tenterà di porre in luce le molte criticità teoriche ed applicative che essa involge, al fine di trarne delle considerazioni utili all'approccio al *ne bis in idem* nel sistema nostrano.

II. L'ORIGINE STORICA DEL DIVIETO.

Il concetto di "*jeopardy of life or limb*" (tradotto letteralmente: "pericolo per la vita o l'incolumità fisica") ha radici profonde nella storia del diritto anglosassone; esprimendo il divieto del *doppio processo* e della *doppia sanzione* sulla c.d. "*same offense"* [1], esso è informato sull'idea del pericolo (*jeopardy*) della condanna dell'innocente e sul principio del giusto processo, già sancito dalla *Magna Carta* del 1215 che, elaborando l'*habeas corpus,* professò l'esigenza di difesa del cittadino rispetto all'abuso di potere dell'autorità pubblica [2].

Si tratta di una visione che è stata "importata" negli *States* e che è stata più volte ribadita dalla giurisprudenza d'oltreoceano, anche in tempi moderni. Così, ad esempio, con la sentenza *Green v. United States,* 355 U.S. 184 (1957) la Corte suprema degli Stati Uniti ha affermato: «l'idea di fondo, assai radicata almeno nei sistemi anglo-americani, è che lo Stato con tutte le sue risorse e il suo potere non dovrebbe essere autorizzato a tentare ripetutamente di condannare un individuo per un presunto reato, sottoponendolo così a imbarazzo, spese e oneri probatori e costringendolo a vivere in un continuo stato

[1] WESTEN P./DRUBEL R., Toward a general theory of double jeopardy, Supreme Court Review, 1, 1978, pp. 81 ss; KING J., Portioning punishment: constitutional limits on successive and excessive penalties, University of Pennsylvania Law Review, 1, 1995, pp. 101 ss; STUCKEMBERG C.F., Double jeopardy and ne bis in idem in common law and civil law jurisdictions, in AA.VV., The Oxford handbook of criminal process, 2019, pp. 457 ss. Sul concetto di "*same offense",* vd. *infra.*

[2] HINDLEY G., A brief history of Magna Carta. The origins of liberty from Runnymede to Washington, London, 2015, *passim.* In precedenza, EDGELY M., Truth or justice? Double jeopardy reform for Queensland: rights in jeopardy, Queensland University Technology, Law & Justice Journal, 1, 2007, pp. 108 ss.

di ansia e insicurezza, oltre che a implementare il pericolo che, pur essendo innocente, egli possa essere giudicato colpevole»[3].

Siffatto principio ben si sposa con l'idea *liberal* americana, con la necessità, avvertita da molti filosofi e politologi, che lo Stato limiti il proprio raggio d'azione per evitare d'invadere la sfera di libertà dei cittadini[4], nonché con quella, strettamente interconnessa, di un *criminal law* "ridotto"[5].

Sebbene la dottrina abbia individuato un qualche collegamento tra la *double jeopardy clause,* in termini di *ne bis in idem* di matrice processuale, e un'antichissima tradizione continentale[6], si può osservare come dai documenti risalenti all'epoca medievale e ai regni anglosassoni (dal V all'XI secolo) non emergano riferimenti al suddetto principio e che, anzi, la cumulabilità, *illo tempore,* tra l'azione esercitata dal re (c.d. "*kings indictment"*) e dalla vittima ("*appeal of felony*") sembrerebbe addirittura deporre per la sua radicale negazione[7].

---

[3] Sul fondamento garantista del principio, finalizzato a scongiurare l'abuso della potestà pubblica oltre che il rischio di condanna dell'innocente, nonché ad assicurare la parità delle armi tra accusa e difesa, messa a rischio dalla sperequazione delle risorse di cui possono godere la parte pubblica e quella privata, vd. anche LUGAR M.E., Criminal law, double jeopardy, and res judicata, Iowa Law Review, 2, 1954, pp. 845 ss; BIGELOW J., Former conviction and former acquittal, Rutledge Law Review, 1, 1956, 487 ss; GRINBERG E.I., Double jeopardy: its history, rational and future, Dickinson Law Review, 3, 1966, pp. 377 ss; FRIEDLAND M.L., Double jeopardy, Oxford, 1969, p. 4. In argomento, vd. anche FISCHER W.T., Double jeopardy, two sovereignties and the intruding constitution, University of Chicago Law Review, 4, 1961, pp. 591 ss (spec. p. 592): «*in fact, on the fanciful hypothesis of an unlimited number of prosecutions the ultimate conviction of an innocent man approaches a mathematical certainty*». Più di recente, MCKAY M.G., Double jeopardy: are the pieces the puzzle?, Washburn Law Journal, 1, 1983, pp. 1 ss; BURTON D.E., A closer look at the supreme Court and the double jeopardy clause, Ohio State Law Journal, 2, 1986, pp. 799 ss (spec. p. 803); KLEIN S.R., Double jeopardy's demise, California Law Review, 4, 2000, pp. 1001 ss. In questo senso, in giurisprudenza, vd., tra le tante, anche *Tibbs v. Florida*, 457 US 31, 457 US 41 (1982), per la quale «la clausola del doppio rischio intende proteggere il cittadino dall'oppressione governativa». Si tratta di una pronuncia intervenuta sul tema del *retrial* a seguito dell'annullamento della sentenza di condanna, su cui ci si soffermerà da qui a breve.

[4] Che si può far risalire a LOCKE J., Second treatise of government, London, 1689. Su questa stessa linea, nella sterminata letteratura, vd. PAINE T., Common sense, Filadelfia, 1776; MILL J.S., On liberty, London, 1859; SPOONER L., No treason: the constitution of no authority, Boston, 1870; HAYEK F.A., The road to serfdom, Chicago, 1944; FRIEDMAN M., Capitalism and freedom, Chicago, 1962; FRIEDMAN D., The machinery of freedom, New York, 1973; ROTHBARD M., For a new liberty: the libertarian manifesto, New York, 1973; NOZICK R., Anarchy, State and utopia, New York, 1974; GAUTHIER D., Morals by agreement, Oxford, 1986; PAUL R., The Revolution: a manifesto, New York, 2008.

[5] Su questo tema, vd. HART JR. H.M., The aims of the criminal law, Law and Contemporary Problems, 3, 1958, 401 ss; PACKER H.L., The limits of the criminal sanction, Stanford, 1968; MORRIS N., The future of imprisonment, Chicago, 1974; VON HIRSCH A., Doing justice: the choice of punishments, New York, 1976; KADISH S.H., Blame and punishment: essays in the criminal law, New York, 1987; HUSAK D., Overcriminalization: the limits of the criminal law, New York, 2008.

[6] COFFEY G., A history of the common law double jeopardy principle: from classical antiquity to *modern era,* Athens Journal of Law, 3, 2022, pp. 253 ss.

[7] In argomento, e sulla circostanza che il *ne bis in idem* processuale si sarebbe pienamente affermato in Inghilterra, addirittura, soltanto dopo il varo, negli *States,* del Quinto Emendamento, vd. PILLAI K.N.C., Double jeopardy protection. A comparative overview, Delhi, 1988, 2 ss.

La questione si affacciò nel panorama inglese dopo il dominio normanno (1066-1154) e, in particolare, nel XII secolo, che fu teatro dei rapporti conflittuali tra il re Henry II il Plantageneto (che regnò tra il 1154 ed il 1189) e Thomas Becket, arcivescovo di Canterbury, *id est* tra potere secolare ed ecclesiastico; in quel periodo, difatti, il *benefit of clergy* (*privilegium clericale*) divenne oggetto di disputa, nella misura in cui la Chiesa cattolica, facendo leva sul canonistico *nemo bis in idipsum,* si oppose all'idea (sancita nelle *Constitutions of Clarendon,* del 1164) che, a seguito del processo instaurato dall'*Ecclesia Christi,* lo stesso individuo potesse essere comunque tratto in giudizio, per il medesimo fatto, davanti alla *curia regis*[8].

Ad ogni modo, mentre alla suddetta *quaestio iuris* non fece alcun cenno il *Tractatus de legibus et consuetudinibus regni Angliæ,* di Ranulf DE GLANVILLE, del 1189, brevi riferimenti al divieto del doppio giudizio si riscontrano in *De legibus et consuetudinibus Angliæ,* di Henry DE BRACTON, del 1235 (durante il regno di Henry III)[9], che venne poi richiamato altresì, agli albori del *common law,* dal misterioso trattato *Britton,* redatto in lingua francese (sotto il regno di Edward I, a cavallo tra XIII e XIV secolo), ove si scorge il riferimento a "*autrefois acquit*" (ossia "*previously acquitted*", già prosciolto) e "*autrefois convict*" ("*previously convicted*", cioè già processato), quale sbarramento a nuove iniziative accusatorie[10].

In ogni caso, alcuni storici del diritto (in un contesto ove le fonti, ricavabili dagli *English Year Books,* si rivelano oltremodo frammentarie)[11], hanno sostenuto che soltanto alla fine del Medioevo (durante il quale il rito inquisitorio si connotò per la prevalenza dei poteri dell'accusa sulle garanzie del *defendant*)[12], ossia nel '500, le corti inglesi (in

[8] HUNTER J.H., The development of the rule against double jeopardy, Journal of Legal History, 1, 1984, pp. 3 ss (spec. p. 6). Su questo tema, nonché sulle evoluzioni del *benefit of clergy,* vd. altresì BAKER N.F., Benefit of clergy. A legal anomaly, Kentucky Law Journal, 2, 1927, pp. 85 ss; DUGGAN C., The Becket dispute and the criminous clerks, Bulletin of the Institute of Historical Research, 1, 1962, pp. 1 ss. Sull'origine canonistica della *double jeopardy clause*, nella letteratura nostrana, vd. SCOLETTA M., Idem crimen. Dal "fatto" al "tipo" nel concorso apparente di norme penali, Torino, 2023, p. 324.

[9] Per il richiamo dei passaggi da cui si ricaverebbe il principio, vd. THOMAS III G.C., The double jeopardy clause and the failure of the common law, Texas Tech Law Review, 1, 2020, p. 7. In argomento, vd. anche SIGLER J.A., A history of double jeopardy, American Journal of Legal History, 1, 1963, pp. 283 ss.

[10] BURRIL A.M., A new law dictionary and glossary, vol. I, Union, 1998, p. 118.

[11] Per una panoramica analitica, vd. KIRK M.S., Jeopardy during the period of the Year Books, University of Pennsylvania Law Review, 4, 1934, pp. 602 ss; RUDSTEIN D.S., A brief history of the Fifth Amendment guarantee against double jeopardy, William & Mary Bill of Rights Journal, 1, 2005, pp. 193 ss (spec. pp. 202 ss).

[12] Vd. HOLDSWORTH W.S., A history of English law, London, vol. IX, 1926, p. 224; POLLOCK F.B./MAITLAND F.W., The history of English law before the time of Edward I, Cambridge, 1968; BELLAMY J.G., Criminal trial in later medieval England: felony before the courts from Edward I to the Sixteenth Century, London, 1998, *passim.*

particolare, la *Court of King's Bench*) avessero cominciato ad impiegare, peraltro sporadicamente e senza la pretesa di elaborare una chiara definizione del concetto, il *ne bis in idem* processuale[13].

Ciò nonostante, dopo la trattazione del principio da parte di William STAUNFORD, in *Les plees del Coron* (del 1557), sotto la dinastia Tudor, nella terza parte delle sue *Institutes of the laws of England*, pubblicata per la prima volta a Londra nel 1644 (nel periodo degli Stuart), Edward COKE (in un'epoca in cui venne eliminato il "doppio binario" tra azione pubblica e privata, sebbene l'*appeal of felony* fosse già entrato in disuso alla fine del Medioevo) rimarcò come il *criminal justice system* fosse informato sulla regola per cui nessun uomo avrebbe dovuto essere messo in pericolo due volte in ordine alla medesima contestazione, secondo il brocardo "*nemo debet bis vexari pro una et eadem causa*" (ovverosia, "nessuno dovrebbe essere molestato due volte per la stessa causa").

Ciò soggiungendo che siffatto ostacolo (sussistente in ipotesi di assoluzione o condanna, nonché di concessione del *pardon*) dovesse considerarsi *ius receptum* nella *common law tradition,* oltre che essenziale per garantire che gli individui non fossero soggetti a persecuzioni ingiuste e processi ripetuti per lo stesso presunto crimine, essendo detto sbarramento posto a presidio delle libertà personali ma anche della credibilità/autorevolezza del sistema giudiziario[14].

A quel tempo, però, la locuzione *double jeopardy,* espressione di un principio che non venne neppure sancito dal *Bill of Rights* del 1689, non era stata ancora associata al concetto continentale del *ne bis in idem* essendo, in effetti, addirittura assente nella nomenclatura del *common law* inglese[15]; il principio sottendente alla suddetta espressione, comunque, venne ribadito (con le formule *autrefois acquit* e *autrefois convict*) in dottrina[16] e, in particolare, nell'opera di Matthew HALE dal titolo *The history of the pleas of the Crown* (1736-1739), nonché negli scritti di William BLACKSTONE di fine '700, allorquando in Inghilterra era in vigore il c.d. "*Bloody code",* in un epoca in

[13] SIGLER J.A., Double jeopardy: the development of a legal and social policy, New York, 1969, pp. 291 ss. In tema, vd. anche DEBRACCIO S.V., The double jeopardy clause, newly discovered evidence, and an "unofficial" exception to double jeopardy; a comparative international prospective*, Albany Law Review,* 3, 2013, pp. 1821 ss (spec. p. 1823).

[14] Per un commento dell'impostazione di Coke, vd. RUDSTEIN D.S., Double jeopardy. A reference guide to the United State Constitution*,* Westport, 2004, p. 9.

[15] Vd. BAKER J.H., An introduction to English legal history*,* London, 1979, cap. II.

[16] Per i riferimenti giurisprudenziali relativi al XVII e XVII secolo, vd. COFFEY G., A history*,* Athens Journal of Law, 3, 2022, pp. 271 ss.

cui il diritto penale d'oltremanica mostrò, in vero, un volto truce, nel prisma della *law and order idea,* che riposò sull'*harsh treatment* e sulla proliferazione delle fattispecie statutarie punite con pena capitale[17].

Secondo BLACKSTONE, in particolare, «la difesa (*plea*) relativa al precedente proscioglimento (*acquittal*) è affermata nel *common law* inglese, tanto che un individuo non può essere posto in pericolo (*jeopardy*) *of his life or limb* più di una volta (*more than once*)». Con la conseguenza che, «*when a man is once fairly found not guilty upon any indictment or other prosecution, before any court having competent jurisdiction over the offense, he may plead such acquittal in bar of any subsequent accusation for the same crime*»[18].

Sicché, il *jeopardy*, imperniato sul binomio *same act/same offense,* che per l'illustre studioso inglese (il quale, verosimilmente, fu il primo ad utilizzare siffatto termine) avrebbe costituito la base per un'eccezione (*plea,* per l'appunto) usufruibile dalla difesa, si pose in controtendenza rispetto alle derive del *criminal justice system* dell'epoca[19].

Quanto all'America, nel XVII secolo le colonie inglesi attinsero a piene mani dal *common law* della madre patria, tanto è vero che i volumi di Blackstone divennero il punto di riferimento imprescindibile per i giuristi d'oltreoceano[20].

Sicché, con ogni probabilità, proprio in ragione della diffusione delle teorie di questo influente studioso[21], il *double jeopardy principle* venne espressamente richiamato, nell'America coloniale, dal *Body of liberties* del Massachusetts (del 1641), dal *Connecticut code* (1652), dalla *New Hampshire Constitution* (del 1784) e, poco dopo, dalla *Pennsylvania Constitution* (1790) che, all'articolo IX, stabilì che «*nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb»,* secondo una formulazione moderna, che venne ripresa letteralmente, subito dopo (1791), dal Quinto Emendamento alla Costituzione americana.

[17] Vd. STEPHEN J.F., Variations in the punishment of crime, Nineteenth Century, 1885, 5, pp. 755 ss; RADZINOWICZ L., A history of criminal law and its administration from 1750, vol. I, New York, 1948, p. 4; più di recente BAILEY V. (a cura di), Nineteenth century crime and punishment, London, 2020.

[18] BLACKSTONE W., Commentaries on the laws of England, Oxford, 1772, p. 335.

[19] Su cui vd. anche WALLIS J., The bloody code in England and Wales, 1760-1830, Cham, 2018.

[20] MUELLER G.O.W., Crime, law, and the scholars: a history of scholarship in American criminal law, Washington, 1966, p. 19. In precedenza, POUND R., The spirit of common law, Francistown, 1921, p. 96.

[21] Vd. MILLER J., Handbook of criminal law, St. Paul, 1934, p. 534; OLUSANYA O., Double jeopardy without parameters, Oxford, 2004, p. 31.

1. Il Quinto Emendamento.

«No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of war or public danger; nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation».

Il testo del Quinto Emendamento, sopra testualmente riportato, dunque, richiama (oltre al diritto di essere giudicati da un *gran jury,* i principi del *nemo tenetur se detegere* e del giusto processo, nonché il diritto all'indennizzo in caso di espropriazione per pubblica utilità) il divieto di porre per due volte "in pericolo di vita o di incolumità fisica" (*jeopardy of life or limb*) lo stesso individuo per il medesimo reato (*offense*).

Per quanto emerge dagli atti preparatori, la suddetta clausola fu oggetto di ampio dibattito da parte dei compilatori del *Bill of Rights,* che scartarono una precedente formulazione proposta da James Madison, che prevedeva «*no person shall be subject… to more than one punishment or trial for the same offense",* essendo state esplicitate perplessità in ragione delle limitazioni che siffatta previsione (poi approvata con modificazioni nella versione ancor oggi vigente) avrebbe importato rispetto alle prerogative del *prosecutor*[22].

Si tratta di una previsione che, originariamente, si riferiva all'applicazione della pena di morte o di pene corporali; suddetta clausola, tuttavia, oggi è intesa, come meglio si preciserà da qui a breve, in termini assai più ampi, ossia come strumento di protezione del soggetto rispetto all'ipotesi di una seconda accusa, di un secondo processo ma anche – entro certi limiti e a talune condizioni – di una pluralità di sanzioni per un medesimo illecito (*felony* o *misdemeanor*), sia esso previsto dal *common law* oppure da norme statutarie (federali dei singoli Stati americani), laddove la prospettiva sia quella del *punishment* (*id est,* non soltanto l'applicazione della pena capitale).

Quel che si può soggiungere, a margine dei brevi rilievi sinora sviluppati, è che la suddetta *clause* nacque e si sviluppò inizialmente in una proiezione prevalentemente

[22] Vd. SCHWARTZ B., The Bill of Rights: a documentary history, New York, 1971, pp. 1149 ss. In argomento, a livello monografico, vd. LEVY L.W., Origins of the Fifth Amendment, Chicago, 2023. Sul tema dei limiti al *retrial* e alle impugnative da parte dell'accusa vd. *infra.*

processuale, incardinandosi sul divieto della *dual prosecution*[23] piuttosto che sul terreno del diritto penale sostanziale, in termini, cioè, di limite ai cumuli sanzionatori.

Difatti, le più importanti questioni scrutinate dalla Corte suprema degli Stati Uniti, fino agli inizi del XX secolo, correlate alla *double jeopardy clause,* si riferirono a:

- i rapporti tra la giurisdizione federale, da un lato, e quella dei singoli Stati, dall'altro, nella prospettiva della possibilità di attivare separati processi e di irrogare più sanzioni sulla base della medesima condotta tenuta dal reo*,* che divenne oggetto di numerosi pronunciamenti delle corti già a partire dal XIX secolo;

- la legittimità dell'istaurazione di un nuovo processo a seguito del licenziamento della giuria "in stallo" (c.d. "*hung jury"*), questione vagliata da *United States v. Josef Perez*, 22 U.S. (9 Wheat) 579 (1824);

- la (im)possibilità di attivare, con riferimento al medesimo fatto, un nuovo processo finalizzato all'irrogazione di una pena detentiva allorquando il precedente fosse sfociato nell'applicazione di una pena pecuniaria, scrutinata (tra le altre questioni, su cui vd. *infra*) da *ex parte Lange*, 85 U.S. (18 Wall.) 163, 169 (1874);

- gli effetti (non) preclusivi della *res iudicata* formatasi in sede penale nel processo civile, tema analizzato – nel prisma del c.d. *"collateral estoppel"* – da *Coffey v. United States*, 116 U.S. 436 (1886);

- la compatibilità con la *double jeopardy clause* dell'istaurazione di un nuovo *trial* a seguito dell'annullamento del precedente per vizi procedurali, oggetto di *United States v. Sanges*, 144 U.S. 310 (1892), nonché di diverse altre pronunce coeve;

- l'effetto preclusivo della decisione assunta nel merito, per lo stesso fatto e per la medesima fattispecie, in favore del *defendant,* anche laddove intervenuta prima dell'emissione del verdetto della giuria, sancito in *Kepner v. United States*, 195 U.S. 100 (1904);

- la limitazione della *clause* al caso di contestazione, in un secondo giudizio, dello stesso fatto e del medesimo reato, che venne stabilita da *Burton v. United States,* 202, U.S. 344 (1906)[24];

[23] Seppur sollevando, già *ab initio,* in siffatta prospettiva, notevoli difficoltà ermeneutiche e applicative. Vd. BATCHELDER C.E., Former jeopardy, American Law Review*,* 2, 1883, pp. 735 ss (spec. p. 749).

[24] Nel caso di specie l'imputato era stato assolto dall'accusa di aver percepito, nella qualità di pubblico

- la (im)possibilità di istaurare un nuovo processo dinnanzi alla giurisdizione ordinaria per la *same offense* oggetto di un precedente pronunciamento da parte di una corte militare, oggetto della sentenza *Grafton v. United States*, 206 U.S. 333 (1907);

- lo sbarramento rispetto ad un nuovo verdetto a seguito di una sentenza di condanna nonché di assoluzione/proscioglimento nel merito (anche se "implicita"), su cui si soffermò *United States v. Oppenheimer*, 242 U.S. 85 (1916), con la quale si stabilì pure che «una sentenza a favore dell'imputato che sancisca la prescrizione dell'azione penale incide sulla sua responsabilità in base al diritto sostanziale e, in qualunque forma sia stata sollevata la questione, tale sentenza può essere interposta come ostacolo ad un'altra azione penale per lo stesso reato».

Del resto, il *common law* inglese, antecedente alla Dichiarazione d'indipendenza del 4 luglio 1776, trapiantato in America, nonché i primi statuti americani componevano un panorama caratterizzato da un ristretto numero di reati, laddove alcune norme procedurali impedivano condanne multiple in un singolo processo[25].

Tuttavia, nell'ultimo quarto dell'800 suddetto panorama mutò, a causa di un corpo crescente di norme statutarie, anche a livello federale, che ingrossarono i cataloghi degli illeciti, spesso confluenti[26]. Per proteggere gli interessi dell'imputato, quindi, il divieto di doppio rischio evolse oltre il contesto procedurale, per incarnare un (potenziale) ostacolo sostanziale rispetto a condanne o punizioni multiple per la *same offense* in un singolo processo[27].

Sicché, i repertori si arricchirono, pian piano, di pronunciamenti relativi alle proiezioni della *double jeopardy clause* sul terreno del diritto penale sostanziale, attraverso alcuni importanti *landmark cases,* tra cui si possono rammentare:

- (la già citata) *ex parte Lange*, del 1874, con cui la Corte suprema degli Stati Uniti affermò che la *double jeopardy clause* dovesse ritenersi applicabile tanto ai *felonies*

ufficiale, delle somme da un individuo, funzionario di un'impresa, e poi riprocessato per aver indebitamente percepito remunerazioni da parte della medesima società, nel qual caso la Corte ritenne non sussistente il divieto del doppio giudizio.

[25] Vd. GOLDSTEIN A.S., The State and the accused: balance of advantage in criminal procedure, Yale Law Journal, 4, 1960, pp. 1173 ss.

[26] In argomento, vd. BRAUN D.A., Praying to false sovereigns: the rule permitting successive prosecutions in the age of cooperative federalism, American Journal of Criminal Law, 1, 1992, pp. 1 ss (spec. p. 5), che ha analizzato il tema dell'*overlapping* nella prospettiva della confluenza tra norme incriminatrici statali e federali, nel prisma della *dual sovereignty,* su cui *infra.*

[27] SIMON L., Twice in jeopardy, Yale Law Journal, 1, 1965, pp. 262 ss (spec. p. 279); SIGLER S.A., Federal double jeopardy policy, Vanderbilt Law Review, 2, 1966, pp. 375 ss (spec. p. 377).

quanto ai *misdemeanors*, nonché ai reati di *common law* come a quelli statutari. Si soggiunse, inoltre, che il divieto dovesse ritenersi esteso non solo agli illeciti qualificati dal legislatore come penali, bensì a qualsivoglia norma la cui violazione avrebbe importato, di fatto, un *punishment*;

- *in re Nielsen*, 131 US 176 (1889), in cui la Corte suprema *U.S.A.* affermò che il reato di coabitazione adulterina assorbisse quello di adulterio;

- *Gavieres v. United States*, 220 U.S. 388 (1911), con la quale la Corte suprema degli Stati Uniti analizzò questioni relative alla *double jeopardy clause* e sviluppò il criterio della c.d. "*same evidence"*, gettando le fondamenta per il successivo pronunciamento *Blockburger* (su cui vd. *infra*).

Sebbene, dunque, il concetto di *double jeopardy,* come già accennato, vanti una lunga tradizione, esso, come sottolineato pure da *Stout v. Oklahoma,* 36 Okla, 744, 756 (Oklahoma 1913) e per quanto meglio si illustrerà, ha fatto registrare in tempi moderni delle rilevantissime ed interessanti evoluzioni.

2. La "codificazione" della double jeopardy clause negli ordinamenti degli Stati federati.

Il principio del *double jeopardy* è contemplato dalla stragrande maggioranza delle Carte costituzionali degli Stati americani.

In dettaglio:

- l'art. 1, Sez. 9, dell'*Alabama Constitution*, stabilisce che «*no person shall, for the same offense, be twice put in jeopardy of life or limb*», così come la stessa formulazione, mutuata quasi letteralmente dal Quinto Emendamento, è compendiata nell'art. 1, Sez. 8, della *Delaware Constitution,* nella Sez. 13 della *Kentucky Constitution,* nell'art. 1, Sez. 8, della *Maine Constitution,* nell'art. 1, Sez. 10, della *Pennsylvania Constitution,* nell'art. 1, Sez. 10, della *Tennessee Constitution*;

- l'art. 1, Sez. 14, della *Texas Constitution* prevede che «*no person shall be twice put in jeopardy of life or liberty… for the same offense*», impiegando una versione modernizzata della previsione del Quinto Emendamento, adottata anche dall'art. 2, Sez. 8, della *Arkansas Constitution,* dall'art. 11, Sez. I, par. XVIII, della *Georgia Constitution,* dall'art. 1, Sez. 9, della *Missouri Constitution,* dall'art. 2, Sez. 21, della *Oklahoma Constitution,* nonché dall'art. 1, Sez. 12, della *South Carolina Constitution;*

- l'art. 1, Sez. 9, dell'*Alaska Constitution,* sancisce che «*no person shall be twice put in jeopardy for the same offense*», attraverso una formula pressoché identica a quella adottata dall'art. 2, Sez. 10, dell'*Arizona Constitution,* dall'art. 1, Sez. 15, della *California Constitution*, dall'art. 2, Sez. 18, della *Colorado Constitution,* dall'art. 1, Sez. 9, della *Florida Constitution,* dall'art. 1, Sez. 10, della *Hawaii Constitution,* dall'art. 1, Sez. 13, della *Idaho Constitution,* dall'art. 1, Sez. 10, della *Illinois Constitution,* dall'art. 1, Sez. 14, della *Indiana Constitution,* dalla Sez. 10 del *Kansas' Bill of Rights,* dall'art. 1, Sez. 15, della *Louisiana Constitution,* dall'art. 1, Sez. 15, della *Michigan Constitution,* dall'art. 1, Sez. 7, della *Minnesota Constitution,* dall'art. 3, Sez. 22, della *Mississippi Constitution,* dalla parte 2, Sez. 25, della *Montana Constitution,* dall'art. 1, Sez. 12, della *Nebraska Constitution,* dall'art. 1, Sez. 8, della *Nevada Constitution,* dall'art. 1, Sez. 6, della *New York Constitution,* dall'art. 1, Sez. 12, della *North Dakota Constitution,* dall'art. 1, Sez. 10, della *Ohio Constitution,* dall'art. 1, Sez. 12, della *Oregon Constitution,* dall'art. 1, Sez. 7, della *Rhode Island Constitution,* dall'art. 6, Sez. 9, della *South Dakota Constitution,* dall'art. 1, Sez. 12, della *Utah Constitution,* dall'art. 1, Sez. 8, della *Virginia Constitution,* dall'art. 1, Sez. 9, della *Washington Constitution*, dall'art. 3, Sez. 5, della *West Virginia Constitution,* dall'art. 1, Sez. 8, della *Wisconsin Constitution,* dall'art. 1, Sez. 11, della *Wyoming Constitution*;

- l'art. 1, nella Parte I della *New Hampshire Constitution,* prevede che «*no person shall be tried* (ossia messo alla prova) *more than once for the same offense*»[28];

- l'art. 1, Sez. 11 della *New Jersey Constitution* stabilisce che: «*no person shall, after acquittal, be tried for the same offense*»[29];

- ad oggi, solo cinque Paesi, e cioè Connecticut, Maryland, Massachusetts, North Carolina e Vermont, non richiamano la *double jeopary clause* nelle proprie Carte costituzionali[30].

[28] Sicché, la struttura della norma, che prevede il termine "*tried"* anziché la locuzione "*put in jeopardy",* è sostanzialmente assimilabile a quella del Quinto Emendamento.

[29] Nonostante la peculiarità della formulazione della norma costituzionale, che richiama solo l'ipotesi del proscioglimento/assoluzione quale condizione che fa scattare la *double jeopardy protection,* la Corte suprema del New Jersey ha costantemente adattato l'interpretazione di essa a quella resa dalla Corte suprema *U.S.A.* in ordine al Quinto Emendamento (ritenendo la norma interna "*coextensive"* della garanzia federale). Vd. il "*syllabus"* elaborato dall'*Office of the Clerk* in relazione al caso *New Jersey v. Rodney J. Miles* (A-72-15) (077035), deciso il 16 maggio 2017, reperibile in *www.law.justitia.com.*

[30] In ogni caso, le giurisdizioni di questi Stati, in tempi recenti, a seguito delle evoluzioni di cui si darà conto, hanno rimarcato che la *clause* costituirebbe un principio implicito nei propri ordinamenti. Vd. *State v. Butler,* 810 A.2d 791 (Connecticut 2002); *State v. Long,* 954 A.2d 1083 (Maryland 2008);

Su questo argomento occorre rilevare anche che il *Model Penal Code,* elaborato dall'*American Law Institute* e pubblicato nel 1962, contiene ampie previsioni in tema di *double jeopardy* e di concorso di reati, delle quali è opportuno dar brevemente conto in questa sede.

La *Section* 1.07 del *MPC* è dedicata al «*method of prosecution when conduct constitutes more than one offense*», ovverosia al concorso di reati, e stabilisce, in sintesi, che:

- nel caso in cui la "*same conduct*" sostanzi, in astratto, una pluralità di reati (*more than one offense*), «*the defendant may be prosecuted for each such offense. He may not, however, be convicted*» (ossia condannato, punito) più volte nel caso in cui ricorrano le seguenti circostanze: a) un reato sia "incluso" in un altro[31]; b) tra *conspiracy* e reato consumato, o tra reato consumato ed un altro realizzato per "prepararne" l'esecuzione; c) i reati contestati richiedano nel processo accertamenti di fatti la cui sussistenza determina un'incompatibilità ontologica con la responsabilità per tutte le fattispecie incriminatrici di riferimento; d) laddove le *offenses* in comparazione si pongano in rapporto di genere a specie; e) in ipotesi in cui le condotte realizzate dal reo possano essere ricondotte nell'alveo di fattispecie di durata;

- l'accusa non possa instaurare una pluralità di processi aventi ad oggetto, ciascuno, la contestazione di diversi reati realizzati dal reo con la stessa condotta o, comunque, nello stesso contesto d'azione (*criminal episode*), qualora i fatti siano già noti all'accusa stessa al momento dell'esercizio dell'azione penale.

La successiva *Section* 1.08 prevede, invece, «*when prosecution barred by former prosecution for the same offense»,* stabilendo che una nuova azione degli organi d'accusa sul medesimo fatto e in base al medesimo reato è preclusa laddove:

- sia già intervenuto un provvedimento definitivo di condanna, o di proscioglimento/assoluzione, ipotesi che si estende all'insufficienza di prove nonché alla

Commonwealth v, Hrycenco, 630 N.E.2d 258 (Massachusetts 1994); *Brock v. State,* 344, U.S. 424 (North Carolina 1953) e *State v. Cameron*, 283 N.C. 191, 195 S.E.2d 481 (North Carolina 1973); *State v. Fonseca-Cintron*, 238 A.3d 594, 2019 Vt. 80 (Vermont 2019).

[31] Ovverosia, secondo quanto previsto dal successivo comma 4, qualora un reato imponga, per il suo accertamento giudiziale, prove (seppur in parte) coincidenti con quelle richieste per la dimostrazione di un altro reato [*«it is established by proof of the same or less than all the facts required to establish the commission of the (other) offense»*]; quando una fattispecie descriva un pericolo o un'offesa meno grave allo stesso bene giuridico tutelato da un'altra, oppure quando le figure incriminatrici si differenzino solo in base all'elemento elemento psichico tipizzato.

condanna per una *lesser included offense,* che determina, dunque, un *implicit acquittal* per quella più grave;

- in un altro processo sia stata adottata una decisione definitiva incompatibile con l'oggetto della nuova accusa;

- nel caso in cui (salve alcune eccezioni specificamente descritte) il precedente processo sia stato interrotto e invalidato impropriamente (dopo il giuramento prestato dal primo testimone).

Infine, la *Section* 1.09, rubricata «*when prosecution barred by former prosecution for different offense*», prevede che l'esercizio dell'azione penale in diversi giudizi, per *fatti diversi* o per *reati diversi* sia comunque preclusa nel caso in cui:

- sia già intervenuta una pronuncia di condanna o assoluzione definitiva e: a) la nuova accusa abbia ad oggetto un reato che avrebbe dovuto essere contestato nel precedente giudizio, secondo quanto previsto dalla citata *Section* 1.07; b) si tratti di illeciti originati dalla stessa condotta in precedenza giudicata, salvo che «il reato per il quale l'imputato è stato precedentemente condannato o assolto e il reato per il quale è successivamente perseguito richiedano ciascuno la prova di un fatto non richiesto dall'altro» e le fattispecie incriminatrici siano state previste dal legislatore per tutelare diversi beni giuridici, oppure quando il reato oggetto del successivo giudizio non si fosse ancora "consumato" al momento dell'instaurazione del precedente giudizio;

- sia già intervenuta una decisione giudiziale irrevocabile che contenga statuizioni incompatibili con l'accusa da proporsi nel nuovo giudizio;

- il precedente processo sia stato interrotto e invalidato impropriamente (vd. *Section* 1.08) e l'azione penale successiva abbia ad oggetto un reato per il quale l'imputato sarebbe stato condannato se il pregresso giudizio non fosse «*improperly terminated*».

Sicché, tirando le somme, si può osservare (al netto della non impeccabile tecnica normativa impiegata) come le direttrici dell'impianto complessivo sopra descritto siano rappresentate dal vincolo imposto agli organi d'accusa nella prospettiva del *simultaneus processus;* da una rilevantissima limitazione al cumulo sanzionatorio (attraverso il ricorso al criterio della specialità, a parametri valoriali, ma anche al canone della *same evidence,*

su cui *infra*), che coinvolge altresì la *conspiracy,* tradizionalmente affatto considerata nei sistemi anglo-americani come *merger offense*[32].

Quanto alle scelte operate dai legislatori dei singoli Stati federati sulla disciplina del concorso di reati (che, come a breve si evidenzierà, è strettamente connessa con il *double jeopardy principle*), non è certo possibile in questa sede condurre un'analisi "*State by State"*.

Da alcuni esempi si possono, però, trarre spunti di riflessione:

- l'*Arizona Criminal Code,* al § 13-116, in tema di *double punishment,* sancisce il principio per cui «un atto o un'omissione punibile da norme di legge diverse può essere punito in base ad entrambe, ma in nessun caso le sentenze possono essere diverse da quelle concomitanti. Un'assoluzione o una condanna impediscono un'azione penale per lo stesso atto o omissione»[33];

- il § 654 del *California Penal Code*[34] prevede che «*an act or omission that is punishable in different ways by different provisions of law may be punished under either of such provisions, but in no case shall the act or omission be punished under more than one provision*»[35];

- i *Colorado Statutes* compendiano diverse disposizioni relative al doppio processo, che peraltro presentano molte affinità con le previsioni del *MPC* (vd. §§ 18-1-301 ss), ma non contemplano una disciplina generale del concorso di reati[36];

---

[32] Vd. *Braveman v. United States,* 317 U.S. 49 (1942); *Pinkerton v. United States,* 328 U.S. 640 (1946); *Pereira v. United States,* 347 U.S. 1 (1954); *Callanan v. United States,* 364 U.S. 587 (1961). In dottrina, vd. IRELAND G., Double jeopardy and conspiracy in the federal courts*,* Journal of Criminal Law and Criminology*,* 4, 1950, pp. 445 ss. Nella letteratura italiana, vd. PAPA M., voce Conspiracy*, Dig. Disc. Pen.,* vol. III, Torino, 1989, pp. 94 ss.

[33] Per una panoramica relativa all'applicazione della *double jeopardy clause,* nonché sull'interpretazione della disposizione richiamata nel testo e, in particolare, sugli orientamenti giurisprudenziali relativi al concetto di "*same conduct",* che rappresenta il perno su cui ruota la norma, vd. *State v. Watson,* N. 1 CA-CR 18-0838 (Arizona 2020).

[34] Che è pressoché identico al § 15-3-8 dell'*Alabama Code.*

[35] Su questa disposizione, nonché sulla *double jeopardy clause* come accolta dalla giurisprudenza californiana, vd. STYN R.L., California extends double-jeopardy policies to punishment: civil rights. constitutional law, criminal procedure, Stanford Law Review, 4, 1964, pp. 1108 ss; BRUCE M.J., Double jeopardy v. double punishment confusion in California*,* San Diego Law Review*,* 2, 1965, 86 ss. Più di recente, DELFINO R., Prohibition on successive prosecutions for the same offense. In search of the "goldilocks zone": the California approach to a national conundrum, American Criminal Law Review*,* 2, 2017, pp. 423 ss. Si può comunque notare, in questa sede, come la disposizione in disamina si fondi su una logica di assorbimento che, seppur con formule assai diverse, è stata sposata in alcuni ordinamenti europei, quali la Germania (cfr. § 52 StGB), la Francia (cfr. artt. 132-2 ss c.p.) e la Spagna (cfr. art. 77 c.p.).

[36] Su questi temi, vd. DIETER R.J., Colorado criminal practice and procedure*,* Colorado practice series*,* vol. XIV, St. Paul, 2023, pp. 256 ss.

- il Cap. 775.021 dei *Florida Statutes* stabilisce che: «chiunque, con un atto o un'azione criminale, commette più reati distinti, sarà condannato per ciascun reato e il giudice che pronuncia la sentenza può ordinare che le condanne siano scontate contemporaneamente o consecutivamente. Ai fini del presente paragrafo, i reati sono distinti se ciascun reato richiede la prova di un elemento che l'altro non richiede. L'intento della Legislatura è di condannare il reo per ogni reato. Le eccezioni a questa regola di interpretazione sono: 1. le ipotesi in cui per i diversi reati siano richiesti identici elementi di prova; 2. i reati si distinguano solo in base al grado di offesa al medesimo interesse protetto; 3. un reato presenti degli elementi costitutivi assorbiti da uno più grave»[37];

- il § 609.035 dei *Minnesota Statutes,* al netto di alcune eccezioni correlate a talune fattispecie incriminatrici, stabilisce che «*no person shall be prosecuted or punished more than once for the same conduct*». Sicché, il riferimento alla "*conduct",* anziché alla "*offense"* imprime alla norma un significato non sovrapponibile a quello espresso dal Quinto Emendamento (che verrà meglio descritto da qui a breve), ma neppure al c.d. "*same transaction approach*" (su cui vd. pure *infra*)[38];

- Cap. 556.041 dei *Missouri Revised Statutes,* stabilisce che: «quando la stessa condotta integra più di un reato, il reo può essere perseguito per ciascuno di tali reati. Tale persona non può, tuttavia, essere condannata per più di un reato se: (1) un reato è incluso nell'altro, (2) per stabilire la commissione dei reati sono necessarie conclusioni di fatto incoerenti; (3) i reati differiscono solo nel fatto che uno è definito per proibire un determinato tipo di condotta in generale e l'altro per proibire un caso specifico; (4) il reato

[37] Sulla *double jeopardy clause* nonché sulla disciplina del concorso di reati in Florida, vd. *Borges v. State*, 415 So.2d 1265, 1267 (Fla. 1982), che ha precisato che «*the double jeopardy clause presents no substantive limitation on the legislature's power to prescribe multiple punishments, but rather, seeks only to prevent courts either from allowing multiple prosecutions or from imposing multiple punishments for a single, legislatively defined offense*»; *Lippman v. State*, 633 So. 2d 1061 (Fla. 1994); *Hayes v. State*, 803 So.2d 695, 699 (Fla. 2001); *Valdes v. State*, 3 So.3d 1067, 1076 (Fla. 2009). In dottrina, vd. ROSEN E., Solicitation and conspiracy: a Florida practitioner's guide to double jeopardy defense and analysis, Nova Law Review, 4, 2005, pp. 1183 ss.

[38] Sul *double jeopardy* nel sistema criminale di questo Paese, con un'ampissima disamina giurisprudenziale, vd. AA.VV., Statutory multiple punishment and multiple prosecution: an analysis of Minnesota State Section 609.035, Minnesota Law Review, 3, 1966, pp. 1102 ss; AA.VV., Statutory multiple punishment and multiple prosecution: an analysis of Minnesota State Section 609.035, Minnesota Law Review, 2,1972, pp. 646 ss; BUTLER B.J., The exception that swallowed the rule: fixing the multiple-victim exception to Minnesota Statutes Section 609.035, William Mitchell Law Review, 5, 2013, pp. 1553 ss.

è definito come un comportamento continuato e ininterrotto, a meno che la legge non preveda che specifici frammenti di tale comportamento costituiscano reati separati[39];

- il § 40.10 delle *New York Consolidated Law* prevede che: «una "*offense"* è commessa ogni volta che viene eseguita una condotta che vìola una disposizione statutaria che definisce un reato; quando la stessa condotta o transazione criminale viola due o più di tali disposizioni statutarie, ciascuna di tali violazioni costituisce un reato separato e distinto. La stessa condotta o transazione criminale integra, altresì, reati separati e distinti quando, pur violando solo una disposizione statutaria, provoca morte, lesioni, perdite o altre conseguenze per due o più vittime, e tale risultato è un elemento del reato. In tal caso, vengono commessi tanti reati quante sono le vittime. "*Criminal transaction*" indica una condotta che costituisce almeno un reato e che è composta da due o più atti o da un gruppo di atti (a) così strettamente correlati e connessi nel tempo e nelle circostanze della commissione da costituire un singolo episodio criminale, o (b) così strettamente correlati nello scopo o nell'obiettivo criminale da costituire elementi o parti integranti di una singola iniziativa criminale». Inoltre, la stessa disposizione stabilisce che: «nessuno può essere perseguito due volte per lo stesso reato. Una persona non può essere perseguita separatamente per due reati basati sullo stesso fatto o transazione criminale, a meno che: (a) i reati presentano elementi sostanzialmente diversi e gli atti che costituiscono un reato sono in linea di massima chiaramente distinguibili da quelli che costituiscono l'altro; oppure (b) ciascuno dei reati contiene un elemento che non è un elemento dell'altro, e le disposizioni statutarie che definiscono tali reati sono concepite per prevenire tipi molto diversi di offesa; o … (d) uno dei reati è l'aggressione o un altro reato che provoca lesioni fisiche a una persona, e l'altro reato è un omicidio basato sulla morte di tale persona a causa della stessa lesione fisica, e tale morte si verifica dopo un procedimento penale per l'aggressione o altro reato diverso dall'omicidio; o (e) ogni reato comporta la morte, lesioni, perdite o altre conseguenze per una vittima diversa…"[40];

- il § 2941.25 *dell'Ohio Revised Code* prevede: «(A) Qualora la stessa condotta di un imputato possa essere interpretata come costituente due o più reati connessi di analoga portata, l'atto di accusa o le informazioni possono contenere capi d'imputazione per tutti

[39] Sulla *double jeopardy clause* ed il concorso di reati in Missouri, vd. SCHMITT D.L., Fifth Amendment, double jeopardy, legislative intent, controls in crimes and punishments, Journal of Criminal Law and Criminology, 4, 1983, pp. 1300 ss.

[40] Sul *ne bis in idem* sostanziale e processuale nello Stato di New York, vd. KHAN S., A defendant's Fifth Amendment right and double jeopardy in contempt cases, Touro Law Review, 4, 2016, pp. 833 ss.

tali reati, ma l'imputato può essere condannato solo per uno. (B) Qualora la condotta dell'imputato costituisca due o più reati di diversa portata, o qualora la sua condotta determini due o più reati dello stesso tipo o di tipo simile commessi separatamente o con intenti distinti per ciascuno di essi, l'atto di accusa o le informazioni possono contenere capi d'imputazione per tutti tali reati e l'imputato può essere condannato per tutti gli illeciti commessi»[41].

La disciplina del concorso di reati e della *double jeopardy clause,* inoltre, è talora compendiata e regolamentata in dettaglio in altre fonti e, in particolare, nelle *sentencing guidelines* adottate nei vari Stati federati; tanto basta per constatare come l'autonomia legislativa attribuita ai vari legislatori americani abbia originato un quadro assai frastagliato e come, in effetti, in questo settore il *MPC* non sia riuscito a perseguire l'intento per il quale era stato varato, ovverosia omogeneizzare i sistemi giuridici statunitensi.

III. LA LIMITAZIONE PER "MATERIA".

Secondo giurisprudenza costante, la *double jeopardy clause* non potrebbe trovare applicazione in procedimenti che non avessero ad oggetto questioni penali, come stabilito, in materia di sanzioni fiscali, già a partire risalente sentenza *Helvering v. Mitchell*, 303, U.S. 391 (1938), con cui la Corte suprema *U.S.A.* affermò che un precedente proscioglimento da un'accusa penale per evasione fiscale non avrebbe implicato il divieto di irrogare nei confronti del medesimo soggetto talune sanzioni pecuniarie qualificate dal legislatore come *civil fines*, poiché esse, ad avviso della Corte, indipendentemente dalla loro severità (si trattava di una sanzione pari al 50% del valore dell'imposta evasa) non sarebbero state finalizzate a punire bensì a prevenire l'illecito oltre che ad indennizzare la Pubblica Amministrazione per le spese sostenute per il recupero[42].

[41] Sul concetto di reati "della stessa portata", vd. *State v. Ramunas*, 2022 Ohio 4199, 171 Ohio St. 3d 579, 219 N.E.3d 884 (Ohio 2022). Più in generale, sul *double jeopardy* in Ohio, vd. STEINGLASS S.H./ SCARSELLI G.J., The Ohio State Constitution, New York, 2022, pp. 154 ss.

[42] In argomento, vd. VENKATESH V., Taxation, double jeopardy, and the excessive fines clause: Department of Revenue of Montana v. Kurth Ranch, The Tax Lawyer, 3, 1995, pp. 911 ss; MICHEL S.D. E AL., Civil and criminal tax penalties, The Taw Lawyer, 4, 1999, pp. 973 ss; KENEALLY K.M./ KATZ F.P./ MEADOWS C.M., Civil and criminal tax penalties, The Tax Lawyer, 4, 2001, pp. 921 ss; BELL C.D./RIZEK C.S., Overview of civil tax penalties, William & Mary Annual Tax Conference, 2014, pp. 1 ss; AVI-YONAH R.S./ EDREY T.M., Constitutional review of federal tax legislation, University of Illinois Law Review, 1, 2023, pp. 3 ss.

Così pure, con *Rex Trailer Co., Inc. v. United States*, 350 U.S. 148 (1956), recisamente si escluse che la condanna dell'imputato al pagamento di somme a titolo di mero risarcimento del danno (*compensatory damages*), a seguito di una condanna penale intervenuta sull'*idem factum,* potesse essere considerata nella prospettiva della *double jeopardy clause*[43].

Di seguito, con la sentenza *Kennedy v. Mendoza-Martinez*, 372 U.S. 144 (1963), la Corte – operando una ricognizione della casistica – stilò un vero e proprio catalogo generale degli indici da impiegare per individuare la natura penale di una norma nonché della conseguenza giuridica della sua infrazione: «la natura punitiva della norma e della sanzione è individuabile attraverso *test* tradizionalmente applicati, anche se essi non consentono di pervenire con facilità a soluzione. Occorre, comunque, valutare se la conseguenza legale implichi una inabilitazione o una restrizione della libertà; se essa sia stata storicamente considerata come una punizione; se la norma che la prevede entri in gioco solo in caso di accertamento del dolo (*scienter*); se la funzione della sua previsione promuova gli obiettivi tradizionali del diritto penale, vale a dire retribuzione e deterrenza; se il medesimo comportamento sia previsto pure da un'altra fattispecie qualificata come penale; se alla misura possa essere razionalmente riconosciuto uno scopo alternativo a quello della norma penale; in caso di pluralità di finalità, quale sia quella prevalente che sottende alla misura».

Il tutto soggiungendo che detti parametri sarebbero «tutti rilevanti per l'indagine e possono spesso indicare direzioni diverse. In assenza di prove conclusive dell'intento del legislatore in merito all'attribuzione della natura penale ad una legge, questi fattori devono essere considerati nel loro complesso»[44].

L'ampiezza del novero dei criteri elaborati dalla giurisprudenza, senza peraltro l'assegnazione ad essi di un "peso specifico", ad uno con il maggior crisma attribuito

[43] Sul tema vd., per tutti, FLETCHER G.P., Punishment and compensation*,* Creighton Law Review*,* 3, 1981, pp. 691 ss. Ben più ampio è, però, il dibattito sulla qualificazione dei *punitive* (o *exemplary*) *damages* e sulla sottoposizione di essi alla clausola sul doppio rischio. Pur non essendo possibile in questa sede affrontare *ex professo* la questione, in argomento, vd. *Browning-Ferris Industries v. Kelco Disposal*, 492 U.S. 257 (1989), per la quale, la *double jeopardy clause* nonché l'Ottavo Emendamento e la *excessive fine clause* ivi contemplata non troverebbero applicazione solo nel caso in cui il beneficiario dei *punitive damages* fosse una parte privata danneggiata. Tale orientamento, però, è stato successivamente superato dalla giurisprudenza della Corte suprema *U.S.A.,* che ha escluso l'applicabilità *in subiecta materia* del Quinto Emendamento, nonché la natura penale dei *punitive damages,* pure nell'ipotesi in cui il destinatario di siffatti "risarcimenti" fosse la parte pubblica. Vd. *Caperton v. A.T. Massey Coal Co.,* 556 U.S. 868 (2009).

[44] Su questa pronuncia vd. FLETCHER G.P., Rethinking criminal law*,* Oxford, 2000, p. 409.

dalla giurisprudenza alla *voluntas legislatoris* (e, cioè, all'aspetto formalistico-definitorio) ha, dunque, fornito all'interprete dei paradigmi scarsamente fruibili ed ha generato orientamenti pretori ondivaghi poiché, non di rado, le corti si sono fossilizzate, nei più disparati contesti in cui sono previste *civil* e *admnistrative sanctions*[45], sull'etichetta impressa dai legislatori americani, escludendo l'applicabilità del Quinto Emendamento, pur nel contesto di misure particolarmente afflittive.

Così, ad esempio, in materia di illeciti ambientali, con *United States v. Ward*, 448 U.S. 242 (1980) si è esclusa la possibilità di applicare il *double jeopardy* nel caso di cumulo di sanzioni penali e *civil*, irrogate nei confronti del medesimo soggetto, rilevandosi, in maniera oltremodo sibillina, che «la sanzione è etichettata come sanzione civile».

Non sono mancati, però, neppure *cases law* ove il criterio formale-definitorio è stato giudicato non assorbente; così, ad esempio, con *Breed v. Jones*, 421 U.S. 519 (1975) con riguardo al procedimento instaurato nei confronti di un minore, seppur definito dal legislatore come di natura civile, ove ha prevalso il criterio dello scopo, nonché, soprattutto, *United States v. Halper*, 490 U.S. 435 (1989), con cui si è stabilito che un medico, precedentemente condannato per truffa ai danni di *Medicare* (per aver richiesto indebiti rimborsi, per attività sanitarie non realmente eseguite), non avrebbe potuto subire, in seguito, l'irrogazione di misure pecuniarie, formalmente *civil*, previste da altre norme di legge, perché le finalità sottendenti a quest'ultime vennero valutate come eccedentarie rispetto al risarcimento del danno subito dalla pubblica amministrazione, rivelando esse, dunque, una natura spiccatamente retributiva-sanzionatoria[46].

[45] I concetti di *civil* e *admnistrative sanction* non sono affatto sovrapponibili tra loro. Vd., in argomento, KIDRON E.Y., Understanding administrative sanctioning as corrective justice, University of Michigan Journal of Law Reform, 1, 2018, pp. 313 ss. Nella prima categoria rientrano, per l'appunto, i *punitive damages,* nonché talune forme di c.d. "*injunctions"* (ovverosia obblighi di fare o non fare imposti a carico dell'autore di un illecito), stabiliti dal giudice in sede civile. Nella seconda, sanzioni applicate da autorità pubbliche, assimilabili, dunque, alle nostrane sanzioni amministrative.

[46] Sul criterio dello scopo nelle misure patrimoniali, vd. anche *Flemming v. Nestor*, 363 U.S. 603 (1960) e, in dottrina, GLICKMAN A.Z., Civil sanctions and double jeopardy clause, Virginia Law Review, 6, 1990, pp. 1251 ss; JAHNCKE E.S., Punitive civil fines, double jeopardy and excessive fine clause, New York University Law Review, 1, 1991, pp. 112 ss; MARTIN J.T., Final jeopardy: merging the civil and criminal rounds in the punishment game, Florida Law Review, 4, 1995, pp. 661 ss; COLGAN B.A., The excessive fine clause, University of California Law Review, 1, 2018, pp. 2 ss.

Il tutto sulla base di interessanti spunti che, tuttavia, sono stati successivamente annientati, attraverso *overruling,* da *Hudson v. United States*, 522 U.S. 93 (1997), in tema di illeciti bancari[47].

In ordine ai c.d. "*civil commitments",* ovverosia alle misure limitative della libertà personale che vengono applicate (tra l'altro) a soggetti che abbiano subìto condanne per reati di natura sessuale, dopo l'esecuzione della pena, la Corte suprema degli Stati Uniti, con la sentenza *Seling v. Young*, 531 U.S. 250 (2001) ha escluso la possibilità per l'interessato di invocare la *double jeopardy clause,* rilevando come sarebbe risultata assorbente la qualifica della misura operata dal legislatore. Con la conseguenza che, in tali ipotesi, non sarebbe neppure applicabile la c.d. "*ex post facto clause",* ovverosia il divieto di retroattività, che costituirebbe garanzia esclusiva della materia penale.

Ciò secondo una linea già tracciata da *Kansas v. Hendricks*, 521 U.S. 346 (1997), ma a dispetto dell'afflittività di siffatte misure e della scarsa valenza delle stesse in prospettiva di prevenzione speciale[48].

Quanto alla confisca (*civil forfeiture*)[49], la giurisprudenza, di massima, ritiene si tratti di conseguenze dell'illecito con finalità preventive-ripristinatorie, con conseguente possibilità di cumulo con il processo e con la sanzione penale. In proposito si osserva che con la sentenza *United States v. Ursery*, 518 U.S. 267 (1996) la Corte suprema *U.S.A.* ha scrutinato il caso di un soggetto che era stato sottoposto, contemporaneamente, ad un processo penale per traffico di sostanze stupefacenti e ad un giudizio finalizzato alla confisca della propria abitazione, ove erano state perpetrate le condotte criminose oggetto del *criminal trial*.

---

[47] Su cui vd. MELENYZER L., Double jeopardy protection from civil sanctions, Journal of Criminal Law & Criminology, 4, 1993, pp. 1007 ss. Questo è un pronunciamento significativo, in quanto la Corte, nell'occasione, ha fortemente criticato la citata sentenza *United States v. Halper,* manifestando forti preoccupazioni circa le ricadute di quel precedente sul sistema giuridico federale e su quelli degli Stati americani, in cui sono diffusi meccanismi di doppio binario sanzionatorio.

[48] Sul tema, per una davvero ampia disamina di tali misure e delle innumerevoli questioni di legittimità costituzionale che esse sollevano, vd. JANUS E.S., Failure to protect: America's sexual predator laws and the rise of preventive State, Ithaca, 2006; JAMES N./ THOMAS K.R./FOLEY C., Civil commitment of sexually dangerous persons, New York, 2008. Su queste misure, nella vasta letteratura, vd. anche i contributi di YUNG C.R., Civil commitments for sex offenders, American Medical Association Journal of Ethics, 10, 2013, pp. 873 ss; PRENTKY R.A., Sexual predators: society, risk, and the law, New York-London, 2015; MASCOLO J., Civil commitments for sex offenders, *www.findlaw.com*, 28 agosto 2023. Ad analoghe conclusioni è approdata la Corte suprema con *Smith v. Doe,* 538 U.S. 84 (2003), in relazione alle *registration laws* previste per i *sex offenders.*

[49] Sulle varie forme di *forfeiture* (che può essere qualificata dai legislatori americani anche come *criminal* o *admnistrative*) vd., per tutti, nella letteratura nostrana, FINOCCHIARO F., Confisca di prevenzione e civil forfeiture, Milano, 2022, pp. 259 ss.

Nell'occasione, allora, la Corte ha rilevato come la natura penale ed *extrapenale* delle misure patrimoniali potrebbero ben combinarsi e che, in queste ipotesi, la giurisprudenza sarebbe chiamata a valutare, attraverso un bilanciamento, la finalità prevalente della misura ablativa, attribuendo alla norma che la prevede una natura penale laddove fosse riscontrabile una preponderanza dello scopo punitivo-sanzionatorio rispetto a quello preventivo-riparatorio[50].

Il tutto soggiungendo che un particolare rilievo dovrebbe essere attribuito all'etichetta apposta dal legislatore; talché, nel caso di specie, la Corte ha concluso per la legittimità del cumulo, osservando che la proiezione prevalente della misura oggetto di causa sarebbe stata rappresentata, per l'appunto, dalla prevenzione dell'illecito, sulla linea già tracciata da *United States v. 89 Firearms*, 465 U.S. 354 (1984)[51].

---

[50] Sulla controversa natura della *forfeiture,* in dottrina, vd. SMITH D.B., Prosecution and defense of forfeiture cases, Albany, 1991; CHEH M.M., Constitutional limits on using civil remedies to achieve criminal objectives: understanding and transcending the criminal-civil law distinction, Hastings Law Journal, 5, 1991, pp. 1325 ss; HARRINGTON M.P., Rethinking "in rem" the Supreme Court's new (and misguided) approach to civil forfeiture, Yale Law & Policy Review, 2, 1994, pp. 281 ss; REINHART D., Applying the Eighth Amendment to civil forfeiture after Austin v. United States: excessiveness and proportionality, William & Mary Law Review, 1, 1994, pp. 235 ss; WOOD C.S., Asset forfeiture and the excessive fines clause: an epilogue to Austin v. United States, Wake Forest Lawe Review, 6, 1994, pp. 1358 ss; LEVY L.W., A license to steal: the forfeiture of property, Chapel Hill, 1996; L. ALBIN, Constitutional limitations of civil in rem forfeiture and the double jeopardy dilemma: civil in rem forfeiture constitutes punishment and is subject to excessive fines analysis, University of Baltimore Law Review, 1,1996, pp. 155 ss; BROWN R.S., Double jeopardy: can non-monetary civil sanctions constitute punishment under the Fifth Amendment?, University of Baltimore Law Forum, 3, 1996, pp. 14 ss; MACK B.A., Double Jeopardy-civil forfeitures and criminal punishment: who determines what punishments fit the crime, Seattle University Law Review, 1, 1996, pp. 217 ss; ANIELAK E.M., Double jeopardy: protection against multiple punishment, Missouri Law Review, 1, 1996, pp. 169 ss; KLEIN S.R., Civil in rem forfeiture and double jeopardy, Iowa Law Review, 1, 1996, pp. 183 ss; BOUDREAUX D.J./PRITCHARD A.C., Innocence lost: Bennis v. Michigan and the forfeiture tradition, Missouri Law Review, 3, 1996, 593 ss; BRANNON V.G., Criminal law: double jeopardy, Denver University Law Review, 2, 1997, pp. 411 ss; BRODEY J., Supreme Court rejects Fifth and Fourteenth Amendment protection against the forfeiture of an innocent owner's property, Journal of Criminal Law & Criminology, 3, 1997, pp. 692 ss; NOLAN P.S., Double jeopardy's multi-punishment protection and regulation of civil sanctions, Marquette Law Review, 4,1997, pp. 1081 ss; HERPEL S.B., Toward a constitutional kleptocracy: civil forfeiture in America, Michigan Law Review, 6, 1998, pp. 1910 ss; JOHNSON B.L., Purging the cruel and unusual: the autonomous excessive fines clause and desert-based constitutional limits on forfeiture after United States v. Bajakajian, University of Illinois Law Review, 2, 2000, pp. 461 ss; ROSS D.B., Civil forfeiture: a fiction that offends due process, Regent University Law Review, 1, 2000, pp. 259 ss; WORRALL J.L., Asset forfeiture, Practices and Controversies in Policing, 7, 2008, pp. 1 ss; PIMENTEL D., Forfeitures revisited: bringing principle to practice in Federal Court, Nevada Law Journal, 1, 2012, pp. 1 ss; CARPENTER II D.M. E AL., Policing for profit: the abuse of civil asset forfeiture, Arlington, 2015; VAN DEN BERG, M. Comment, proposing a transactional approach to civil forfeiture reform, University of Pennsylvania Law Review, 2, 2015, pp. 67 ss; NELSON C., The constitutionality of civil forfeiture, Yale Law Journal, 8, 2016, pp. 2182 ss; CASSELLA S.D., Asset forfeiture law in the United States, New York, 2022. Su questo istituto, nella letteratura italiana vd., di recente, MAUGERI A.M., La nozione di profitto confiscabile e la natura della confisca: due inestricabili e sempre irrisolte questioni, www.lalegislazionepenale.eu, 17 gennaio 2023, pp. 1 ss (spec. pp. 47-49).

[51] Sulla cumulabilità della *forfeiture,* definita come misura *civil* dal legislatore, con la sanzione penale, nonché sulla possibilità di attuare l'ablazione nel caso in cui intervenga in sede penale sentenza assolutoria, vd. *One Lot Emerald Cut Stones v. United States*, 409 U.S. 232 (1972).

Si tratta di un orientamento in precedenza espresso anche da *Various Items v. United States,* 282 U.S. 577 (1931), con la quale era stata negata la natura penale della *forfeiture* di una distilleria, ove venivano prodotte (in violazione delle norme vigenti nel periodo del proibizionismo) sostanze alcoliche.

Nel contesto delle c.d. *"drug taxes",* ovverosia delle imposte dovute per il possesso illegittimo di sostanze stupefacenti, che costituiscono uno strumento disincentivante il traffico di narcotici largamente in uso negli *States,* e che ha generato un ampio contenzioso proprio in relazione ai problemi di cumulo con il *criminal charge* nella prospettiva del *ne bis in idem,* sostanziale e processuale, le corti americane, in taluni casi, pur ammettendo la natura sostanzialmente penale delle conseguenze previste dalla violazione della norma fiscale, fanno leva, invece, su di una presunta difformità strutturale rispetto alle norme incriminatrici che puniscono la detenzione delle sostanze, rilevando come in quest'ultime sarebbe assente l'elemento dell'omesso versamento delle imposte. Sicché, l'ammissibilità del cumulo in base ad una specialità a carattere unilaterale, come nel caso deciso da *State v. Stubblefield,* 543 N.W.2d 743 (Nebraska 1996).

Ad analogo approdo, in altre occasioni, le corti sono giunte, invece, rilevando come i legislatori statunitensi sarebbero liberi di imporre doppi binari punitivi [cfr., nella giurispudenza federale, *Lynn v. West*, 134 F.3d 582 (4th Cir. 1998)], oppure negando *tout court* la natura penale di siffatte sanzioni [come nel caso *State v. Lange*, 531 N.W.2d 108 (Iowa 1995), nonché *State v. Jansen*, 259 Kan. 781 (Kansas 1996)][52].

Si tratta, nel complesso, di orientamenti particolarmente ondivaghi, che vengono alimentati anche dalle incertezze che gravitano attorno alla riconducibilità o meno della prevenzione alle funzioni caratteristiche del diritto e della sanzione criminale,

[52] Su questo tema, vd., in precedenza, in giurisprudenza, *Montana Department of Revenue v. Kurt Ranch,* 511 U.S. 767 (1994) nonché, in dottrina, ELLIOTT T.M., Department of Revenue of Montana v. Kurth Ranch: the demise of civil tax fraud consequences?, Vanderbilt Law Review, 5, 1995, p. 1421; HIDLY J., Fifth Amendment, double jeopardy and the dangerous drug tax, Journal of Criminal Law & Criminology, 4, 1995, pp. 936 ss; RAVAZZINI T., Department of Revenue v. Kurt Ranch, Golden Gate University Law Review, 2, 1995, pp. 331 ss; BUCCI A., *Taxation of illegal narcotics,* in *Journal of Civil Rights and Economic Development,* 1996, 3, pp. 747 ss. *Kurt Ranch* rappresenta un precedente significativo, in quanto la Corte suprema *U.S.A.,* in quell'occasione (l'unica, peraltro, sino ad oggi in cui la Corte medesima si è soffermata *ex professo* sulla natura delle *drug taxes* in rapporto alla *double jeopardy clause*), ritenne che la condanna per un illecito penale in materia di stupefacenti avrebbe costituito ostacolo alla successiva applicazione di sanzioni amministrative correlate allo spaccio abusivo di sostanze.

tradizionalmente al centro di un annoso, e a tutt'oggi irrisolto, confronto tra retributivismo e utilitarismo[53].

A ciò si aggiunga che in effetti, il parametro della severità della sanzione, che figura tra gli *Engel criteria* (elaborati da Corte EDU, Adunanza Plenaria, 8 giugno 1976, *Engel e Al. contro Paesi Bassi*), assume negli *States* un ruolo limitato poiché, nel caso di difetto di proporzionalità della misura, questa, ai sensi della *excessive fines clause* di cui all'Ottavo Emendamento, opponibile agli Stati federati [vd. *Timbs v. Indiana*, 586 U.S. (2019)] e che è applicabile anche a sanzioni non qualificate dal legislatore come penali [vd. *Austin v. United States*, 509 U.S. 602 (1993)], può essere ridotta o disapplicata dalle corti, senza che ciò possa determinare alcuna automatica ricaduta sulla natura della misura stessa.

IV. IL CONCETTO DI "*SAME OFFENSE*".

Il *Blockburger test.* Volendosi in questa sede ripercorrere, allora, le tappe dell'evoluzione giurisprudenziale, è necessario richiamare, innanzitutto, come *leading case, Blockburger v. United States,* 248 U.S. 299 (1932). L'imputato, nel caso di specie, era stato processato e condannato (nel corso del medesimo *trial*) per aver ceduto, in due occasioni, allo stesso acquirente delle sostanze stupefacenti (morfina) in violazione di due diverse disposizioni del *Narcotics Act*; conseguentemente, il *defendant,* avendo subìto condanna sulla base di un'imputazione plurima, ovverosia per aver ceduto dette sostanze non provenienti da una confezione vidimata *nonché* senza ricetta medica, condotte più volte contestate in relazione ai singoli episodi, si era rivolto alla Corte suprema *U.S.A.*

In particolare, la difesa aveva richiesto la riforma della sentenza rimarcando che il cessionario della sostanza fosse il medesimo, che i due episodi si fossero consumati in stretta sequenza temporale e che vi fosse stretta connessione funzionale tra le violazioni accertate. Sulla base di tali elementi, dunque, ad avviso dell'interessato, avrebbe potuto essere riconosciuta la responsabilità soltanto per uno dei reati contestati.

Nell'occasione, allora, nel rigettare il gravame con una motivazione alquanto stringata la Corte ha rilevato come, nel caso di *convergenza di diverse norme incriminatrici*, l'unicità dell'atto o, comunque, l'identità dell'azione, intesa sotto il profilo

[53] Su cui vd., per tutti, FEINBERG J., The classic debate, in Feinberg J./Gross H. (a cura di), *Philosophy of law*, Belmont, 1995, pp. 613 ss.

della contestualità delle condotte (il *same transaction test*), costituirebbe un criterio imprescindibile per ritenere sussistente una *same offense.*

Altro parametro sarebbe, poi, rappresentato dalla struttura delle norme incriminatrici, poiché qualora esse, a confronto, presentassero elementi caratterizzanti diversi tra loro (laddove, cioè, esse si rapportassero in termini di specialità bilaterale) si dovrebbe concludere col negare l'unicità del titolo di responsabilità (c.d. "*same element test"*)[54].

Inoltre (ed è questo il criterio più peculiare e che, oltre ad essere stato recepito da alcuni Stati americani nei propri statuti, come nel caso della Florida, vd. *supra,* ha destato maggior interesse tra gli studiosi della materia, anche a livello internazionale) si tratterebbe di *same offense,* tale da determinare un concorso apparente di norme, laddove ciascuno dei reati in comparazione presentasse caratteri tali da determinare l'assunzione delle medesime prove nel processo (c.d. "*same evidence test"*)[55].

Sicché, ragionando *a contrariis*, la circostanza che l'accertamento di ciascuno dei reati a raffronto implicasse l'acquisizione di una prova che gli altri non richiederebbero dovrebbe autorizzare il cumulo sanzionatorio.

Chiosando il pronunciamento, allora, si può osservare come la Corte, nell'occasione, abbia gettato le basi per la disciplina di un ampio novero di ipotesi che, in sostanza, possono essere ricondotte, nel sistema italiano, al concorso formale eterogeneo, al reato continuato eterogeneo, al reato complesso e, quanto al *same element test,* al rapporto di specialità di cui all'art. 15 c.p.

Quanto, invece, alla vicenda concreta sottoposta a scrutinio, la Corte ha rilevato che, sulla scorta dei criteri sopra citati, i fatti contestati all'imputato avrebbero giustificato il *multiple punishment*, atteso che le condotte sarebbero state realizzate in tempi diversi; le norme incriminatrici di riferimento avrebbero presentato elementi costitutivi non del tutto sovrapponibili; i fatti avrebbero richiesto l'assunzione nel processo di elementi di prova diversi; la volontà del legislatore, desumibile dalla formulazione delle figure incriminatrici, sarebbe stata, comunque, quella di ammettere il cumulo.

[54] Questo criterio era stato posto in gran risalto, in precedenza, da *Morgan v. Devine*, 237 U.S. 632 (1915).

[55] Già elaborato, come si è poc'anzi rammentato, da *Gavieres v. United States.* Si tratta di un parametro che era stato precedentemente impiegato, in Inghilterra, nella risalente pronuncia *K v. Vandercomb,* 2 Leach 708, 168 Eng. Rep. 455 (1796).

La Corte suprema *U.S.A.,* inoltre, ha espresso in chiusura un principio di particolare interesse rispetto al tema oggetto della presente trattazione, che è opportuno riportare: «il significato chiaro della disposizione è che ogni reato è soggetto alla pena prescritta; e, se questa è troppo severa, il rimedio deve essere concesso dal legislatore, non dai giudici sotto le mentite spoglie di un'interpretazione, sebbene nel caso di specie l'imposizione della pena pecuniaria e detentiva per ogni capo di imputazione sembra eccessivamente severa».

L'interprete, del resto, secondo la Corte, sarebbe pur sempre vincolato alla *voluntas legislatoris,* ricavabile anche implicitamente dalle norme e dal sistema giuridico nel suo complesso.

Tale conclusione è stata, successivamente, largamente condivisa dalle corti statunitensi che, come si avrà modo di esporre nel prosieguo, hanno mostrato un evidente *self restraint* rispetto alle scelte operate dai legislatori, che ha condotto ad un totale sganciamento dell'istituto del concorso di reati da profili che attengono alla proporzionalità e ragionevolezza della risposta sanzionatoria che, invece, rappresentano dei parametri ineludibili in ogni sistema penale moderno ed avanzato.

Il c.d. "*Blockburger test",* in ogni caso, è stato individuato dalla giurisprudenza successiva come lo strumento atto a risolvere il dilemma tra concorso reale e apparente di reati, affiancandosi ad altri costrutti e, in particolare, alla *lesser included offense doctrine* (la quale, perlomeno in alcune declinazioni, propugna l'assorbimento della fattispecie meno grave in un'altra che implica un trattamento sanzionatorio più severo, facendo leva su profili valoriali)[56].

[56] Si tratta di una teoria che, in talune sue formulazioni, estende, allora, il significato di "*included offense"* che, nella sua accezione più stretta, sta ad indicare il risultato di un confronto puramente strutturale e il fenomeno di assorbimento che ne deriva, secondo la logica della specialità unilaterale. Tale *doctrine* (pur avendo ispirato previsioni statutarie compendiate negli ordinamenti degli Stati federati, essendo stata frequentemente richiamata in giurisprudenza nonché costruita con variegate *nuances* in dottrina), non è stata però sinora oggetto di esatta definizione. In ogni caso, si può osservare che la giurisprudenza ha impiegato, in particolare, il concetto di *lesser included offense* in relazione a: i) reati che presentano frammenti della struttura di altre fattispecie incriminatrici (ovverosia in ipotesi, impiegando la terminologia in uso nel nostro Paese, di specialità unilaterale e di reato complesso); ii) reati che costituiscono un "passaggio obbligato" per la realizzazione di altri illeciti penali (come nel caso del rapporto tra *assault* e omicidio); iii) figure che disciplinano offese di intensità progressiva al medesimo bene giuridico; iv) figure che sono contraddistinte da elemento psichico di intensità o grado diverso (come nel caso di *negligent manslaughter, reckless homicide,* omicidio volontario e premeditato); v) nei rapporti tra tentativo (*attempt*) e reato consumato. In argomento, in dottrina, vd. BISHOP J.P., Commentaries on the criminal law, Boston, 1858, p. 705 (che illustrò la figura impiegando i cerchi concentrici); YOSOWITZ S., Charging lesser included offenses in Ohio, Case Western Law Review, 4, 1963, p. 799; PURCELL JR. J.R., Lesser included offenses,

Così, ad esempio, con *Harris v. United States,* 359 U.S. 19 (1959) è stata confermata la sentenza di condanna di un individuo cui erano stati imputati, nel corso dello stesso processo, due differenti reati disciplinati dallo *U.S. Code* (il codice penale federale), per aver, rispettivamente, acquistato sostanze stupefacenti provenienti da una confezione non vidimata *nonché* per averle possedute ed occultate nella consapevolezza della loro importazione illegale. Ciò in quanto la Corte suprema degli Stati Uniti, ricorrendo nuovamente al *Blockburger test,* ha ritenuto che si trattasse di condotte realizzate in tempi diversi, di fattispecie con elementi costitutivi non identici, richiedenti mezzi di prova non del tutto sovrapponibili e che la volontà del legislatore, ricavabile dal sistema, fosse quella di autorizzare in questi casi il cumulo.

Occorre anche evidenziare, in proposito, che nella sentenze *Blockburger* e *Harris* la *double jeopardy clause* non sia stata neppure citata e che, in effetti, la questione sottoposta dai *defendant* in quelle sedi fosse rappresentata dalla correttezza dell'interpretazione resa dalle corti *a quibus* in ordine a disposizioni statutarie disciplinanti illeciti federali, da cui, poi, la Corte suprema mosse per elaborare, e poi confermare, regole generali attinenti al concorso di reati.

Solo con la sentenza *Benton v. Maryland*, 395 U.S. 784 (1969) si è stabilito, allora, che la sopra citata *clause* fosse "incorporata" in quella relativa al *due process* di cui al Quattordicesimo Emendamento, sancendo così che il suddetto *test,* come proiezione della *double jeopardy clause,* fosse il precipitato di un principio costituzionale applicabile in (e nei confronti di) tutti gli Stati federati (e non solo, dunque, del Governo centrale o della giurisdizione federale)[57].

Florida Law Review, 2, 1963, pp. 341 ss; DAVIS J.W., The lesser included offense instruction. Problems with its use, Land & Water Law Review, 2, 1968, pp. 587 ss; BARNETT J.H., The lesser included offense doctrine, Connecticut Law Review, 1, 1973, pp. 255 ss; YUSEM S.S., The lesser included offense doctrine in Pennsylvania, Dickinson Law Review, 1, 1979, pp. 125 ss; ETTINGER J.L., In search of a reasoned approach to the lesser included offenses, Brooklyn Law Review, 2, 1984, pp. 191 ss; BLAIR C.R., Constitutional limitations on the lesser included offense, American Law Review, 4, 1984, pp. 445 ss; BLINKA D.D., "Killer choices": felony murder, lesser offenses and the death penalty, American Bar Association, 1, 1998, pp. 284 ss; HALL D., The third option: extending the lesser included offenses doctrine to the non-capital context, Hofstra Law Review, 4, 2001, pp. 1333 ss; HOFFHEIMER M.H., The rise and fall of lesser included offenses, Rutgers Law Journal, 2, 2005, pp. 351 ss; SHELLENBERGER J.A./STRAZZELLA J.A., The lesser included offense doctrine and the Constitution: the development of due process and double jeopardy remedies, Marquette Law Review, 1, 1995, pp. 117 ss; MINERLY J.A., The interplay of double jeopardy, the doctrine of lesser included offenses, Temple Law Review, 4, 2009, pp. 1103 ss; CAPRINO N.F., Criminal conspiracy and lesser included offense jury instructions, Cincinnati Law Review, 1, 2015, pp. 257 ss.

[57] Ciò, per inciso, nel contesto dell'annoso dibattito attinente alla portata applicativa del Quinto Emendamento e della *double jeopardy clause* che ha coinvolto i complicati rapporti tra giurisdizione

Nell'occasione, la Corte suprema *U.S.A.* ha statuito, in particolare, che «quando lo stesso atto costituisce una violazione di *due distinte disposizioni statutarie*, il *test* da applicare per determinare se ci sono due reati o solo uno, è se ciascuna disposizione richiede la prova di un fatto che l'altra non richiede. In linea con tale *test*, la *double jeopardy clause* generalmente proibisce l'azione penale successiva nonché la punizione cumulativa. La clausola promana dal Quinto Emendamento, ed è opponibile agli Stati attraverso il Quattordicesimo. Sicché si tratta di un limite alla doppia punizione e al doppio processo».

Conseguentemente il *test* elaborato dalla Corte suprema degli Stati Uniti è divenuto un modello per scrutinare la correttezza dele soluzioni adottate dagli organi giudiziari degli Stati federati, mentre (per quanto meglio si preciserà in questa sede) esso non è stato sinora impiegato (se non in sporadici e particolari casi) per sindacare le scelte dei legislatori.

Alla luce del fatto che la *same offense* costituisce anche il nucleo della *double jeopardy clause,* ecco il successivo passaggio: il *Blockburger test* è precocemente evoluto ed è stato impiegato dalla giurisprudenza anche come paradigma per regolamentare il *ne bis in idem* processuale.

Tant'è vero che con la sentenza *North Carolina v. Pearce*, 395 U.S. 711 (1969) la Corte suprema *U.S.A.* ha affermato come il suddetto *test* avrebbe, per l'appunto, la funzione di evitare che un soggetto venga nuovamente processato sulla base della *same offense* dopo essere stato assolto o condannato e, dunque, non solo quella di scongiurare il rischio di «*multiple punishment for the same offense*» nel medesimo *trial*, avallando, dunque, l'ibridazione del modello[58].

federale e dei singoli Stati nel prisma c.d. "*dual sovereignty*", sulla quale ci si soffermerà da qui a breve. Sulla ricostruzione della *querelle,* all'epoca, vd. MILLER L.G., Double jeopardy and the federal system, Chicago, 1968.

[58] Analogamente, tra le tante, *Abney v. United States*, 431 U.S. 651 (1977) «*that clause not only protects an individual against being subjected to double punishments, but also is a guarantee against being twice put to trial for the same offense*». Su questo tema, vd. RICHARDSON E.J., Eliminating double jeopardy talk from the law of double jeopardy, Florida State University Law Review, 1, 1994, pp. 121 ss. L'Autrice, in particolare, ha insistito sulla duplice proiezione della clausola, seppur rilevando come le tendenze legislative e giurisprudenziali avrebbero condotto, nel tempo, ad una estensione degli sbarramenti processuali piuttosto che ad una riduzione delle ipotesi di concorso reale di norme incriminatrici confluenti sull'*idem factum.* Su questi argomenti, vd. *infra.*

1. Evoluzione e *overruling* nella giurisprudenza della Corte suprema degli Stati Uniti.

La Corte suprema degli Stati Uniti, a valle di *Blockburger,* si è soffermata in più occasioni sulla definizione del concetto di *same offense,* che costituisce il cardine su cui ruota la *double jeopardy clause* sancita dal Quinto Emendamento, attraverso un approccio, però, *case to case,* fondato talora su espressioni laconiche e petizioni di principio, laddove l'importanza dei paradigmi nell'economia del *criminal justice system* avrebbe imposto, anche al fine di garantire la certezza del diritto e la *foreseeability,* un'analisi maggiormente approfondita[59].

Con *United States v. Bayer*, 331 U.S. 532 (1947) si negò recisamente, ad esempio, che la convergenza di più norme incriminatrici a livello federale sulla scorta dell'*idem factum* potesse far scattare la *double jeopardy clause,* trattandosi di disposizioni penali diverse e, dunque, sussistendo una sorta di presunzione di cumulabilità delle responsabilità.

Con la sentenza *Ciucci v. Illinois*, 356 U.S. 571 (1958), poi, la Corte affrontò il caso di un imputato che era stato giudicato e condannato, nel corso di distinti processi, per l'omicidio volontario della propria moglie nonché dei figli della coppia (con atti perpetrati in strettissima sequenza) rigettando le difese del *defendant* e negando si fosse verificata una violazione della *double jeopardy clause,* che *illo tempore* era stata azionata dalla difesa dell'imputato nel prisma del Quattordicesimo Emendamento e della *due process clause*.

In quella sede, la Corte rimarcò che l'identità delle prove necessarie a dimostrare i fatti contestati nei diversi *trials*, nonché la circostanza che gli omicidi fossero intervenuti nel contesto della medesima *transaction* (ovverosia nel medesimo contesto d'azione, evidentemente intesa in termini di contestualità spazio-temporale) non avrebbero potuto esser considerati quali elementi idonei a precludere il *doppio* processo e il *doppio punishment*, dovendo prevalere la volontà del legislatore dell'Illinois, ricavabile dalla formulazione della disposizione incriminatrice relativa al *murder,* che sarebbe stata in direzione del cumulo.

[59] Così anche THOMAS III G.C., The prohibition of successive prosecution for the same offense: in search of definition, Iowa Law Review, 1, 1986, pp. 323 ss; COFFIN K.G., Double take: evaluating double jeopardy reform, Notre Dame Law Review, 2, 2010, pp. 771 ss.

Si tratta, allora, di un pronunciamento significativo perché la Corte nell'occasione: i) è intervenuta su di un caso di doppio giudizio, che ha prodotto un'intersezione tra il *Blockburger test* e la *double jeopardy clause,* proiettando i criteri *de quibus* sul *ne bis in idem* processuale; ii) ha assegnato alla *voluntas legislatoris* (ricavabile anche implicitamente dalle norme incriminatrici e di procedura) un "peso" maggiore rispetto ai criteri previsti dal citato *test*[60]; iii) a fronte della laconicità della sentenza che aveva elaborato il citato *test,* ha attribuito natura sinergica ai suddetti parametri; iv) ha implicitamente riconosciuto la fruibilità del *test* medesimo*,* in linea teorica, anche per le ipotesi di concorso omogeneo di norme.

Con la pressoché coeva sentenza *Gore v. United States*, 357 U.S. 386 (1958) la suprema Corte passò anche al vaglio le doglianze di un imputato che, nel corso del medesimo processo, era stato condannato per più capi d'accusa, aventi ad oggetto la violazione di diverse norme federali in materia di stupefacenti e, in particolare, per aver spacciato illecitamente le sostanze (eroina e cocaina), per averle cedute in difetto di acquisizione preventiva di ricetta medica, nonché per via della loro provenienza da confezioni non vidimate.

La Corte, allora, nel giudicare infondate le eccezioni difensive, sottolineò come la circostanza per cui il legislatore avesse inserito a sistema, a più riprese, le fattispecie incriminatrici di riferimento avrebbe dovuto essere valutata come elemento indicativo della volontà del legislatore medesimo di autorizzare il cumulo di responsabilità, negandosi, dunque, valore assorbente alla circostanza che gli illeciti potessero essere ricondotti ad una *same transaction.*

Con la sentenza *Williams v. Oklahoma*, 358 U.S. 576 (1959), invece, la Corte scrutinò la vicenda di un imputato che aveva sequestrato e poi ucciso la vittima, il quale era stato dapprima processato per omicidio, conseguendo una condanna all'ergastolo, e poi per *kidnapping,* nel qual caso era stata comminata la pena di morte.

Sicché, l'interessato si era rivolto alla Corte suprema *U.S.A.* deducendo la violazione della *double jeopardy clause,* nonché dolendosi del difetto di

[60] Ciò assumendo una posizione ben diversa rispetto a quella su cui si era collocata, poco prima, in *Bell v. United States*, 349 U.S. 81 (1955), ove la stessa Corte aveva affermato che nell'ipotesi di mancata previsione esplicita, da parte del legislatore, di regole relative al concorso di reati, avrebbe dovuto presumersi che la plurima violazione della stessa norma, nel medesimo contesto spazio-temporale, seppur con proiezioni lesive diverse (si trattava di reati connessi alla prostituzione realizzati a danno di più vittime), non avrebbe potuto implicare il cumulo di addebiti.

proporzionalità/ragionevolezza della pena irrogata per il sequestro di persona, tenuto conto di quella inflitta in precedenza per il più grave reato di omicidio.

La Corte, allora, rigettò sbrigativamente il motivo attinente al *bis in idem,* rilevando come la circostanza per cui i fatti contestati all'imputato fossero disciplinati da due disposizioni incriminatrici diverse avrebbe rappresentato elemento sufficiente a rendere la decisione impugnata immune da censure nell'ottica del Quattordicesimo Emendamento, cui la difesa del *defendant* aveva affidato i motivi di ricorso.

Quanto all'ulteriore profilo di doglianza, invece, la Corte osservò come la Costituzione federale non avrebbe compendiato norme tali da sancire limiti alle scelte di politica criminale degli Stati federati, né vincoli alle soluzioni sposate dalle corti nel prisma della proporzionalità della risposta sanzionatoria rispetto alla gravità degli illeciti commessi.

Si è al cospetto, dunque, di un pronunciamento assai significativo, in una duplice prospettiva. In primo luogo, in quanto esso è indicativo di una tendenza giurisprudenziale ad attribuire un'efficacia assorbente alla volontà (anche) implicita del legislatore in ordine ai cumuli, ricavabile dalla norma incriminatrice di riferimento o dal sistema in cui essa è collocata.

In seconda battuta poiché la sentenza dimostra la scarsissima penetrazione del principio di proporzionalità (ricavabile dall'Ottavo Emendamento, ossia dalle *cruel and unusual punishment* nonché dalla *excessive fine clause*), oltre che più in generale del *Bill of Rights,* nel contesto del *criminal law system* americano, specie in quell'epoca (sul punto, vd. *infra*).

Volgendo, adesso, lo sguardo ai repertori più recenti, dopo la pronuncia *Benton v. Maryland,* si può rilevare che con la sentenza *Menna v. New York*, 423 U.S. 61 (1975) la Corte ha affrontato il caso di un imputato che era stato condannato, in due separati giudizi, per condotte realizzate in tempi diversi ma strettamente interconnesse dal punto di vista funzionale (si era trattato di imputazioni per più fattispecie di oltraggio alla corte, in ragione del rifiuto di deporre opposto dal *defendant* in due diverse udienze).

La Corte suprema, in accoglimento delle doglianze sviluppate dal *defendant,* ha stabilito, allora, che il Quinto Emendamento avrebbe precluso, dopo la prima condanna, ulteriori procedimenti e l'irrogazione di altre pene, facendo leva sulla interconnessione

tra gli episodi contestati. Ciò, dunque, sulla base di un'accezione assai allargata del *same transaction test* (perché svincolata dal profilo della contestualità spazio-temporale).

Con la sentenza *Brown v. Ohio*, 432 U.S. 161 (1977), invece, la Corte suprema degli Stati Uniti ha vagliato il caso di un soggetto che dapprima era stato condannato per l'utilizzo di una autovettura senza consenso del proprietario (per una norma che, all'epoca, intendeva contrastare il fenomeno del "*joyriding",* ovverosia una forma di furto d'uso) e, successivamente, per furto della medesima automobile.

La Corte, allora, nell'accogliere le doglianze dell'interessato ha stabilito che «quando lo stesso atto o transazione costituisce una violazione di due distinte disposizioni statutarie, il *test* da applicare per determinare se ci sono due reati o solo uno è se ciascuna disposizione contiene un elemento che l'altra non prevede, come stabilito nella sentenza *Blockburger.* In linea con tale *test*, la clausola del doppio rischio generalmente proibisce l'azione penale successiva nonché la punizione cumulativa per un reato maggiore o minore incluso».

Talché, la collocazione in primo piano, nell'occasione, del *same element test* e del criterio della specialità*,* la cui capacità esplicativa è stata esaltata anche nella pressoché coeva sentenza *Harris v. Oklahoma*, 433 U.S. 682 (1977) che, tuttavia, ha proclamato la necessità di ricorrere, congiuntamente, a tutti gli ulteriori controlli richiamati dalla sentenza *Blockburger.*

Con la pronuncia *Iannelli v. United States*, 420 U.S. 770 (1975), successivamente, la Corte ha rilevato che la *conspiracy* finalizzata all'organizzazione di attività di gioco d'azzardo avrebbe potuto concorrere con il reato di partecipazione ad attività organizzata di *gambling,* essendosi ritenuto che tale soluzione sarebbe stata in linea con la *ratio legis,* ricavabile implicitamente dal sistema.

Si tratta di un principio poco dopo ribadito da *Simpson v. United States,* 435 U.S. 6 (1978), con cui si è pure ribadito che la *double jeopardy clause* costituirebbe un limite per le corti ed i *prosecutors,* mentre il «legislatore rimane libero di definire e fissare le punizioni».

Con la sentenza *Illinois v. Vitale*, 447 U.S. 410 (1980) la Corte suprema degli Stati Uniti, invece, ha scrutinato un caso originato da un sinistro stradale; in particolare, il *defendant* era stato dapprima processato, in sede penale, per un'accusa di eccesso di velocità e, successivamente, in un altro *trial,* per omicidio colposo.

Talché l'imputato aveva opposto il *double jeopardy,* con eccezione accolta dalla Corte suprema dell'Illinois (con un vero e proprio *overruling* rispetto alla sentenza Ciucci, sopra citata) che aveva stabilito: «il reato minore, ovvero la mancata riduzione della velocità, non richiede alcuna prova oltre a quella necessaria per la condanna del reato maggiore, ovvero il *manslaughter*; ai fini della clausola del doppio rischio, il reato maggiore è, per definizione, lo stesso del reato minore in esso incluso».

Ciò, evidentemente, concependo il *same evidence test* come un criterio da impiegarsi "in concreto", ovverosia tenendo conto delle peculiari dinamiche del fatto e delle correlate esigenze probatorie correlate al processo.

Nel caso di specie, tuttavia, la Corte suprema *U.S.A.,* sul ricorso dello Stato dell'Illinois, ha affermato che tale clausola avrebbe potuto essere invocata validamente dall'imputato soltanto allorquando la violazione dei limiti di velocità nella circolazione autoveicolare avesse rappresentato elemento costitutivo dell'omicidio colposo e, dunque, qualora tale ultimo illecito non potesse configurarsi se non al ricorrere della violazione della suddetta regola cautelare. Il tutto, dunque, ponendo in risalto la necessità di eseguire un confronto strutturale astratto tra le due figure incriminatrici.

Con la sentenza *Albernaz v. United States*, 450 U.S. 333 (1981) la Corte, a seguire, ha affrontato un caso in cui un soggetto era stato condannato, nel corso del medesimo giudizio, sulla base di due diversi capi d'accusa, ovverosia per *conspiracy* finalizzata all'importazione illegale di stupefacenti nonché per *conspiracy* volta alla distribuzione delle sostanze sul territorio statunitense.

Nel rigettare il ricorso spiegato dall'imputato, che aveva invocato il *double jeopardy,* la Corte ha rilevato, in linea generale, come il superamento del *same transaction test* sarebbe necessario ma non sufficiente ai fini dell'identificazione della *same offense.* Eseguito con esito positivo detto controllo preliminare, l'interprete avrebbe l'onere poi di attuare, ad avviso della Corte, tutte le altre verifiche previste dal *Blockburger test,* dovendosi però riconoscere un valore assorbente alla *legislative intention* (anche se implicita) e dovendosi escludere, nella mera ipotesi di mancanza di indicazioni normative espresse sulla disciplina della convergenza di diverse figure incriminatrici, l'applicabilità della *rule of lenity* (ossia del principio *in dubio pro reo*).

Sicché, movendo al caso sottoposto, la medesima Corte ha osservato come, indipendentemente dal fatto che l'accordo fosse stato concluso nella medesima occasione,

la volontà implicita del legislatore, la differenza strutturale tra le norme incriminatrici, nonché la circostanza per cui «ciascuna delle due disposizioni richiede la prova di un fatto che l'altra non richiede» (sicché, l'impiego di un *same test evidence* stavolta inteso "in astratto") avessero dovuto condurre ad escludere che la decisione impugnata violasse il Quinto Emendamento[61].

In *Payne v. Virginia*, 467 U.S. 1062 (1984) la Corte, invece, ha ritenuto che un imputato, già condannato per una fattispecie di omicidio commesso nel corso di una rapina, non avrebbe potuto essere successivamente processato per *robbery*; ciò attraverso una stringatissima motivazione che, tuttavia, ha posto in risalto il ricorso al criterio del confronto strutturale tramite il *same element test*.

Successivamente, con la sentenza *Grady v. Corbin,* 495 U.S. 508 (1990) la Corte suprema *U.S.A.,* affrontando un caso simile a quello scrutinato in precedenza dalla citata sentenza Vitale (più di preciso, l'imputato aveva causato un incidente autoveicolare ed era stato processato nonché condannato per guida in stato di ebbrezza e per altri illeciti stradali minori e, successivamente, imputato per *assault* e *negligent homicide*, in ragione delle lesioni e della morte provocate ai danni delle due vittime del sinistro) ha ritenuto che avrebbe dovuto essere assegnato particolare rilievo alla condotta contestata dagli d'accusa, introducendo, così il c.d. "*same conduct test"*.

Ciò, contemporaneamente, dequotando il valore esplicativo del *same evidence test* («l'indagine critica è quale condotta lo Stato dimostrerà, non le prove che lo Stato utilizzerà per dimostrare tale condotta. La presentazione di prove specifiche in un processo non impedisce all'accusa di introdurre le stesse prove in un successivo procedimento. D'altro canto, uno Stato non può eludere i dettami della clausola del doppio pericolo semplicemente modificando in procedimenti successivi le prove fornite per dimostrare la stessa condotta, come potrebbe avvenire, ad esempio, nel caso della presenza di più testi oculari»).

[61] In precedenza, in termini analoghi, sul cumulo tra *conspiracy* finalizzata all'instaurazione di un regime di monopolio e di quella proiettata alla restrizione del libero gioco della concorrenza, vd. *American Tobacco Company v. United States,* 328 U.S. 781 (1946). In materia di stupefacenti, vd. anche *Garrett v. United States*, 471 U.S. 773 (1985), su di un caso di contestazione della fattispecie di importazione illegale di stupefacenti nonché di cessione, ove il cumulo di processi e di sanzioni è stato giustificato sulla base della volontà del legislatore in questi termini, desumibile, ad avviso della Corte, dall'impianto complessivo dello statuto. Si noti, inoltre, che anche in tempi più recenti il *Blockburger test* ha continuato ad essere impiegato per dirimere le questioni relative al concorso di reati nello stesso processo. Vd., dopo *Albernaz v. United States,* ad esempio, *Jones v. Thomas,* 491 U.S. 376 (1989).

In questo caso, allora, la convergenza di illeciti stradali e reati contro la persona è stata ritenuta idonea a far scattare lo sbarramento. La Corte suprema degli Stati Uniti, in quest'ultima prospettiva, ha pertanto ritenuto fondate le doglianze dell'imputato, sviluppate in ordine alla violazione della *double jeopardy clause.*

Secondo il giudice William J. BRENNAN JR., che ha veicolato l'opinione della maggioranza del collegio, in particolare, la clausola (che in effetti, come si è rammentato, richiama anche il «*same act*») avrebbe dovuto essere interpretata in termini di ostacolo ad un successivo procedimento penale poiché «la formulazione dell'accusa nel secondo processo evidenzia che lo Stato intenderà dimostrare l'intera condotta per cui Corbin è stato condannato, ovvero guida in stato di ebbrezza e mancato rispetto della corsia di sorpasso, per stabilire gli elementi essenziali dei reati di omicidio e lesioni. Pertanto, la clausola del doppio rischio impedisce questa successiva azione penale e la *Court of Appeals* di New York ha correttamente accolto la petizione del convenuto per un ordine di interdizione. La precedente sentenza non impedirebbe una successiva azione penale per le accuse di omicidio e *assault* se l'atto di accusa rivelasse che lo Stato non intendesse basarsi sulla prova della condotta per cui Corbin è già stato condannato (vale a dire, se lo Stato intendesse basarsi esclusivamente sulla guida troppo veloce di Corbin sotto una pioggia battente per stabilire imprudenza o negligenza)».

Si è al cospetto, allora, di un approccio che (al netto di profili di contraddittorietà della motivazione) mostra il fianco ad una vasta serie di perplessità, che certo non si riducono alla valutazione delle sue aberranti conseguenze sul piano pratico. Fatto è che con la sentenza *United States v. Felix*, 503 U.S. 378 (1992) la Corte suprema ha presto preso le distanze dal citato precedente.

In quest'occasione, la *Federal High Court*, in particolare, ha affrontato il caso di un imputato era stato condannato in Missouri nonché in Oklahoma per produzione illegale di stupefacenti (metanfetamine). Il *defendant*, dal canto suo, dopo la chiusura del sito produttivo in Missouri, aveva fatto trasferire le attrezzature per la fabbricazione delle sostanze in Oklahoma, sicché si erano originati due distinti processi, ove i *prosecutors* avevano costruito le accuse descrivendo l'intera dinamica dei fatti, allegando le stesse fonti di prova.

La Corte, allora, nel censurare il criterio della *same conduct* elaborato da *Grady v. Nelson,* nonché negando valore assorbente al *same evidence test,* ha rilevato come il

cumulo sarebbe stato ammissibile, non essendosi dinnanzi ad una *same transaction,* atteso che le condotte contestate erano risultate distanziate nel tempo e nello spazio.

La sopra richiamata impostazione è stata poi in parte ribadita dalla sentenza *United States v. Dixon,* 113 S. Ct. 2849 (1993), che ha recitato il *requiem* del *same conduct test.* Il *defendant,* più in dettaglio, era stato arrestato con l'accusa di omicidio di secondo grado e rilasciato su cauzione, con un ordine di astenersi dal commettere, nelle more del processo, ulteriori reati.

Ciò nonostante, l'individuo era stato nuovamente arrestato per traffico di sostanze stupefacenti e conseguentemente condannato per oltraggio alla corte per via della violazione dell'ordine precedentemente impartito; in seguito, lo stesso soggetto era stato sottoposto a processo per la violazione delle norme sugli stupefacenti.

La Corte suprema *U.S.A.,* investita della questione se quest'*ulteriore* iniziativa giudiziaria e la prospettiva dell'irrogazione di un'*ulteriore* pena si ponessero in violazione della *double jeopardy clause,* ha risposto negativamente, attraverso la motivazione della maggioranza espressa dal *justice* Antonin Scalia.

In particolare, si è stabilito che «nei contesti sia di punizioni multiple sia di azioni penali successive, la clausola del doppio rischio si applica se i due reati per cui l'imputato è punito o processato non possono sopravvivere al *same element test.* Tale *test* verifica se ciascun reato contiene un elemento non contenuto nell'altro; in caso contrario, sono lo stesso reato ai sensi della *double jeopardy*». Ciò disconoscendo e censurando, *expressis verbis,* i principi espressi da *Grady v. Nelson* e valorizzandosi, dunque, il criterio del confronto strutturale in astratto tra norme incriminatrici convergenti[62].

[62] Sui profili critici delle pronunce in commento, nonché su quelli legati alla carenza di uniformità degli orientamenti della Corte suprema, vd. anche RICHARDSON E.J., Matching tests for double jeopardy violations with constitutional interests recent development, Vanderbilt Law Review, 1, 1992, pp. 273 ss; HENNING P.J., Precedents in a vacuum: the supreme Court continues to tinker with double jeopardy, *American Criminal Law Review,* 1, 1993, pp. 1 ss; DONOFRIO A.J., Double jeopardy clause and Fifth Amendment, Journal of Criminal Law and Criminology, 4, 1993, pp. 773 ss; PACE K., Fifth Amendment. The adoption of the same element test, Journal of Criminal Law & Criminology, 4, 1994, pp. 769 ss; SUMMERS B.L., Double jeopardy: rethinking the parameters of multiplicity prohibition, Ohio State Law Journal, 5, 1995, pp. 1595 ss; GREEN P., Goodbye Grady, University of Arkansas at Little Rock Law Review, 2,1995, pp. 369 ss; GRIFFIN L., Untangling double jeopardy in mixed-verdict cases, Southern Methodist University Law Review, 4, 2010, pp. 1033 ss. Più di recente, a livello monografico, ESCOBAR VEAS J.I., Ne bis in idem and multiple sanctioning system, Cham, 2023, pp. 15 ss.

2. Gli orientamenti più recenti nella giurisdizione federale.

A seguito dei pronunciamenti richiamati nel precedente paragrafo, la Corte suprema *U.S.A.* è stata chiamata a scrutinare la *double jeopardy clause* in numerose proiezioni, attinenti, oltre che al problema dell'applicabilità dello sbarramento a procedimenti e misure non formalmente qualificate come "penali" (su cui *supra*), alla proponibilità dell'impugnazione da parte della pubblica accusa rispetto a pronunciamenti *pro reo,* nonché ad altre questioni processuali, su cui ci si soffermerà da qui a breve.

Quanto, invece, alla definizione del concetto di *same offense*, si può rilevare che, nell'ultimo trentennio, gli interventi della Corte siano alquanto sporadici.

Tra questi, figura *Currier v. Virginia,* 585 U.S. 16 (2018), con cui la Corte suprema ha rilevato: «i casi contemporanei di *double jeopardy* affrontati da questa Corte confermano ciò che il testo e la storia suggeriscono. Guardando alla sentenza *Blockburger*, le corti applicano oggi più o meno lo stesso *test* originario. Per impedire un secondo processo per una nuova accusa, l'imputato deve dimostrare un'identità di elementi statutari tra le due accuse contro di lui; non è sufficiente che esista una sovrapposizione sostanziale nella prova offerta per provare i crimini. L'attenzione della giurisprudenza si appunta sull'identità dei reati. La Corte suprema rifiuta categoricamente di importare nel diritto penale il *test* più generoso della *same transaction* o del *same episode*».

Talché, in tempi più recenti, è il confronto strutturale astratto ad aver avuto la meglio sui criteri da ultimo richiamati ma, in questa proiezione, l'orologio dell'evoluzione sembra essersi sostanzialmente fermato a *United States v. Dixon,* fondandosi, di massima, siffatto confronto su di una specialità che è espressiva di un concetto che non è stato oggetto di particolare approfondimento e che, approcciato semplicisticamente, sembra idoneo ad autorizzare cumuli sulla base di seppur minime differenze strutturali tra norme convergenti.

A ciò si aggiunga che il *Blockburger test,* così rimodellato, si rivela idoneo a fornire all'interprete delle linee guida solo nell'ipotesi di convergenza tra fattispecie incriminatrici autonome e che, a ben considerare, le corti federali (oltre che quelle dei singoli Stati americani: vd. *infra*), ancor oggi, rimarcano che sarebbe sempre e comunque

la volontà del legislatore, esplicita o anche implicita, a dover regolare il concorso di reati e il *ne bis in idem* processuale[63].

Con la conseguenza che, in sostanza, il citato *test,* seppur espressione della *double jeopardy clause* (e, dunque, di un principio di rango costituzionale), lungi dall'essere impiegato dalle corti per censurare la legittimità delle scelte attuate dai legislatori americani, attinenti ai cumuli, finisce col rivestire (nella migliore delle ipotesi) la mera funzione di fornire all'interprete dei criteri succedanei, destinati a scendere in campo in ipotesi di testi normativi assolutamente ambigui, di casi non risolvibili attraverso l'interpretazione analitica o sistematica. *Id est,* di strumento per far emergere la *voluntas legislatoris*[64].

3. Gli orientamenti nelle giurisdizioni degli Stati federati.

Con la sentenza *Blockburger,* la Corte suprema federale, pur elencando diversi criteri, non ha avuto affatto cura di definirli in dettaglio, né di indicare con precisione le modalità con cui essi avrebbero dovuto operare nella pratica.

Sicché, a valle della pronuncia, molte giurisdizioni statunitensi hanno impiegato estemporaneamente il *same element test,* il criterio della *same transaction*, nonché quello della *same evidence*[65], concependo, i parametri indicati talvolta come cumulativi, talaltra scegliendo di utilizzarne (stabilmente o di volta in volta) solo alcuni.

Si tratta di un panorama caotico, che è stato in larga parte generato dalle oscillazioni Corte suprema federale, di cui si è dato poc'anzi conto.

---

[63] Vd., ad esempio, *United States v. Wade*, 2:21-cr-00001-GMN-BNW (D. Nev. Jun. 27, 2023); *United States v. Shackelford*, CRIMINAL 1:21-cr-00454-WMR-RGV (N.D. Ga. Nov. 17, 2023); *United States v. Tournant*, No. 22-CR-276-LTS (S.D.N.Y. Dec. 13, 2023); *United States v. Mitchell*, 2:22-CR-00173-JNP (D. Utah Mar. 14, 2024).

[64] Vd., tra le più recenti, anche *United States v. Taylor,* Criminal 19-303 (RBW) (W.D. Pa. Aug. 22, 2023); *Ryle v. May,* C. A. 20-910 (MN) (D. Del. Sep. 13, 2023)*; Castleberry v. Wilks*, 21 C 2247 (N.D. Ill. Oct. 2, 2023); *United States v. Duncan*, 7:20-cr-00167-M-3 (E.D.N.C. Nov. 7, 2023); *Wijers v. Shinn*, CV-20-00318-TUC-JGZ (LCK) (D. Ariz. Feb. 5, 2024): «come questa Corte ha dichiarato in precedenza, perché il potere sostanziale di prescrivere crimini e determinare punizioni è conferito alla legislatura, la questione ai sensi della clausola del doppio rischio se le punizioni siano multiple è essenzialmente una questione di intento legislativo».

[65] A ben riflettere, il suddetto criterio è frutto di un approccio al *bis in idem* opposto a quello sposato dalla giurisprudenza europea. Si rammenterà, infatti, come con la sentenza Corte EDU, Grande Camera, 15 novembre 2016, *A. e B. contro Norvegia*, ove è stato elaborato il *test* della c.d. "*sufficiently close connection in substance and time",* si è posta come condizione della celebrazione di un secondo processo sull'*idem factum,* per l'appunto, la sussistenza di una interazione probatoria, tale da garantire che gli elementi raccolti in una sede possano essere impiegati nell'altra.

Volendosi tratteggiare, in questa sede, un veloce affresco della casistica, si può osservare, allora, che con la recente sentenza *State v. Schultz,* 2017AP1977-CR (Wisconsin 2020), la Corte suprema del Wisconsin ha rammentato che la *double jeopardy clause* «identificata tre protezioni costituzionali: contro una seconda azione penale per lo stesso reato dopo l'assoluzione, contro una seconda azione penale per lo stesso reato dopo la condanna, nonché contro punizioni multiple per lo stesso reato».

Di seguito, si è statuito che «si è dinnanzi ad una *same offense,* nel prisma della clausola del doppio rischio, quando i reati sono identici "nella legge e nei fatti". I reati non sono identici nella legge se ciascuno contiene un elemento che l'altro non contempla. I reati non sono identici nei fatti quando ciascun reato richiede la prova di un fatto aggiuntivo che gli altri reati non esigono. I reati non sono identici di fatto neanche se sono di natura diversa o separati nel tempo». Talché, in estrema sostanza, l'accoglimento di tutti i *Blockburger criteria,* intesi dalla Corte come cumulativi[66].

In Colorado, con la pronuncia *People v. Bott*, 477 P.3d 137, 2020 CO 86 (Colorado 2020), la Corte suprema ha affermato che «quando l'Assemblea generale proibisce una condotta in diverse disposizioni del codice penale e identifica ogni disposizione con un titolo diverso, il suo intento di punire più di un reato è generalmente chiaro. A meno che tutti gli elementi di un reato designato separatamente non siano un sottoinsieme di un altro, e quindi l'uno sia considerato uguale o incluso nell'altro, si può presumere un intento legislativo di consentire punizioni separate per ciascuno. Tuttavia, laddove un certo numero di atti siano uniti in una serie in un'unica prescrizione penale, se il legislatore intenda consentire condanne e sentenze separate per ogni atto indicato non è così immediatamente evidente e deve essere accertato, se non altro, dal linguaggio e dall'organizzazione dello statuto stesso o attraverso l'uso di vari aiuti all'interpretazione statutaria».

In questo quadro, come ribadito da *People v. Wood*, 2019 CO 7 (Colorado 2019), la funzione del *Blockburger test,* di cui la Corte suprema ritiene in sostanza fruibili tutti i criteri [cfr. anche *Schneider v. People*, 382 P.3d 835, 2016 CO 70 (Colorado 2016)], sarebbe quella di disvelare la *voluntas legislatoris* in casi ambigui, non potendo essere intesa la *double jeopardy clause* – vd. *Friend v. People*, 429 P.3d 1191 (Colorado 2018)

[66] Analogamente si è espressa la Corte suprema dello Stato con *State v. Killian*, 2023 WI 52, 408 Wis. 2d 92, 991 N.W.2d 387 (Wisconsin 2023).

– come limite ai poteri del legislatore di stabilire cumuli sanzionatori e, entro certi limiti, processuali.

Su posizioni analoghe si colloca la giurisprudenza del Wyoming e, in particolare, la Corte suprema di questo Stato, come esposto nella pronuncia *Harrell v. State,* 2022 WY 76, 5, 511 P.3d 466 (Wyoming 2022), nonché la giurisprudenza in Kansas, come evidenzia la sentenza emessa dalla Corte suprema di questo Paese in *State v. Miles Loren Martin,* no. 124.607 (Kansas 2024), intervenuta su di un caso di *multiple punishment* nel contesto dello stesso *trial.*

La Corte suprema del New Hampshire, pur ritenendo i criteri elaborati nel *Blockburger's case* tendenzialmente fruibili nella definizione del concetto di *same offense,* ha affermato, invece, che il catalogo dovrebbe essere esteso fino a comprendere il criterio del disvalore del fatto (*blameworthiness*) e, dunque, dovendosi tener conto della riprovevolezza morale della condotta del reo.

Così, con la sentenza *State v. Hutchinson,* 403 S.C. (New Hampshire 2008), la Corte ha affrontato il caso di un soggetto che era stato processato e condannato definitivamente per tentato omicidio ai danni di una donna. Dopo alcuni anni, però, la vittima era deceduta, proprio a causa delle ferite inferte in precedenza dal reo; sicché, nei confronti di quest'ultimo era stato instaurato un processo per omicidio volontario, nel corso del quale il *defendant* aveva eccepito la violazione della *double jeopardy clause.*

La Corte, allora, nel rigettare il ricorso ha rilevato, innanzitutto, che «the protection against *double jeopardy is not absolute»* dovendo essa essere contemperata con «*the social interest in prosecuting and convicting those who violate the law*», come statuito dalla risalente pronuncia *Diaz v. United States*, 223 U.S. 442, 448-49 (1912) che, per l'appunto, aveva ammesso un secondo processo e una seconda condanna in un caso analogo (facendo leva, però, sulla differenza degli elementi costitutivi tra le fattispecie contestate).

Il tutto soggiungendosi, nel caso Hutchinson, come una soluzione di senso contrario avrebbe implicato il disconoscimento della portata di un evento sopravvenuto con disvalore eccedente quello caratteristico del reato tentato e, dunque, il tradimento della volontà del legislatore.

La Corte suprema dello Stato di Washington, con la sentenza *State v. Villanueva-Gonzalez*, 329 P.3d 78, 180 Wn. 2d 975 (Washinghton 2014), ha stabilito: «sebbene si

tratti di una questione costituzionale, in ultima analisi essa si risolve in una interpretazione statutaria e degli intenti legislativi. Il legislatore ha il compito di definire il sistema e la *double jeopardy clause* non impone alcuna limitazione a tale potere. Pertanto, quando si deve decidere se si tratti o meno di una *same offense,* la risposta al quesito dipende dalla questione se il legislatore intendesse definire le condizioni e le norme affinché queste potessero generare o meno dei cumuli. Il problema è particolarmente rilevante nel caso in cui si tratti di fattispecie incriminatrici diverse, nel qual caso applichiamo il *Blockburger test*. Quando, invece, si tratta di una stessa disposizione di legge, violata con la medesima condotta, occorre indagare solo la volontà del legislatore».

Con la sentenza *State v. Michael Nieto,* No. A-1-CA-39807 (New Mexico 2023), la *Court of Appeals* del New Mexico, richiamando la giurisprudenza di quello Stato, ha reso un'ampia definizione del concetto di *same offense,* rimarcando il ruolo succedaneo del *Blockburger test* rispetto al *legislative intent:* «nell'analizzare le eccezioni di doppio rischio, determiniamo innanzitutto se la condotta alla base dei reati è unitaria e, in tal caso, se la legislatura intendeva punire i reati separatamente. Solo se la prima parte del *test* riceve una risposta affermativa e la seconda negativa, la clausola del doppio rischio proibirà punizioni multiple. La condotta di un imputato è unitaria se gli atti non sono separati da "sufficienti indizi di distinzione". Gli "indici di distinzione" includono la separazione tra gli atti illegali in base al tempo o al luogo, "la qualità e la natura" dei singoli atti e gli obiettivi e i risultati di ciascun atto. La distinzione può anche essere stabilita dall'esistenza di un evento intermedio, dall'intento dell'imputato come dimostrato dalla sua condotta e dalle sue dichiarazioni, dal numero di vittime e dal comportamento dell'imputato tra gli atti realizzati. Se determiniamo che la condotta non era unitaria, non vi è alcuna violazione del doppio rischio e la nostra analisi non deve procedere oltre. Se determiniamo, tuttavia, che la condotta era unitaria, allora dobbiamo procedere alla seconda indagine, ovverosia se il legislatore intendeva che intervenissero punizioni multiple per la condotta unitaria. Nel rispondere a questo secondo quesito, iniziamo esaminando il linguaggio dello statuto. Se lo statuto non autorizza esplicitamente punizioni multiple, applichiamo quindi il *test Blockburger*».

Anche in Vermont la Suprema Corte, con la sentenza *State v. Nelson*, 246 A.3d 937, 2020 Vt. 94 (Vermont 2020), ha stabilito che l'interprete sarebbe vincolato dall'intento legislativo e che i criteri *Blockburger* opererebbero in via suppletiva, laddove non fosse del tutto chiaro il *legislative intent*, al fine di disvelarlo.

Ad analoghe conclusioni è pervenuta, inoltre, la giurisprudenza della Virginia [vd. la sentenza della Corte suprema *Severance v. Commonwealth*, 295 Va. 564, 816 S.E.2d 277 (Virginia 2018), per la quale «è il tradimento dell'intenzione del legislatore a determinare la violazione della *double jeopardy clause*»] e del West Virginia [vd., in particolare, *State v. Sears*, 196 W. Va. 71, 468 S.E.2d 324 (West Virginia 1996), nonché la sentenza della Corte suprema *State v. Ward*, No. 21-0806 (West Virginia Jun. 9, 2023)].

In ogni caso, si deve rimarcare che tutte le giurisdizioni statali, non solo quindi quelle sopra richiamate, ritengono che la volontà legislativa debba prevalere sul *Blockburger test* nella definizione della *same offense* e, dunque, nella prospettiva della disciplina dei cumuli sanzionatori e processuali.

Volgendo, ora, lo sguardo ad altre giurisdizioni, si illustrerà come i *Blockburger criteria* siano stati oggetto di impiego disomogeneo.

Nello Stato dell'Indiana, in particolare, le corti si sono a lungo orientate ad accogliere tanto il *same element* quanto il *same evidence test.* In *Richardson v. State*, 717 N.E.2d 32 (Indiana 1999), la Corte suprema dell'Indiana ha, così, avallato entrambi i criteri ma, successivamente, la giurisprudenza li ha talora impiegati selettivamente e, in alcuni casi – come, ad esempio, in *Pierce v. Indiana*, 761 NE2d 826, 830 (Indiana 2002) – ha rilevato che il concorso di reati e la *double jeopardy clause* sarebbero regolati soltanto in base alla *legislative intention*.

Ciò generando un *patchwork* di precedenti contrastanti. Sicché, con la successiva sentenza *Wadle v. State,* (151 N.E.3d 227 (Indiana 2020), la Corte suprema dell'Indiana, al fine di "porre ordine", con un'ampia ed articolata sentenza, ha statuito che l'interprete dovrebbe attenersi alla volontà del legislatore statutario, esplicita o implicita (ciò rimarcando, nel contempo, che le scelte del legislatore in ordine al cumulo si rivelerebbero sostanzialmente immuni da censura costituzionale), dovendo l'interprete prendere in considerazione, altresì, del § 35-38-1-6 dell'*Indiana Code,* il quale vieta la duplicazione di processi e di condanne per un reato che sia "incluso" in un altro (il che si verifica, in particolare, se l'*included offense «*è accertabile mediante la prova degli stessi elementi materiali o di una quantità inferiore di elementi rispetto all'altro reato o differisce da quest'ultimo solo per il fatto che esso contempla un danno o un rischio di danno meno grave alla stessa persona, proprietà o interesse pubblico, oppure un tipo minore di colpevolezza»).

Talché, ad avviso della Corte suprema dell'Indiana, qualora non fosse individuabile l'intenzione del legislatore e «nessuno dei due reati sia un reato incluso nell'altro», non potrebbe trattarsi di *same offense.* Il che sarebbe da escludersi anche nel caso in cui le condotte realizzate non si rivelassero «raccolte in termini di tempo, luogo, unicità di scopo e continuità di azione tanto da costituire un'unica transazione. Se i fatti dimostrano due crimini separati e distinti, non c'è violazione del doppio rischio, anche se un reato è, per definizione, incluso nell'altro». Talché, a tirar le somme, la negazione della validità e fruibilità del *same evidence test.*

In Alaska, invece, la giurisprudenza ha aspramente censurato il *Blockburger test* e, in particolare, i criteri della *same evidence* nonché della *same transaction* e la Corte suprema è orientata a dar peso – vd., ad esempio, *Todd v. State,* 917 P.2d 674 (Alaska 1996) – soltanto alla *voluntas legislatoris,* deducendola dal bene giuridico tutelato dalle norme incriminatrici a raffronto[67].

Su questa linea, con la sentenza *Johnson v. State,* (Alaska 2014), la Corte suprema dell'Alaska ha confermato la sentenza di condanna del *defendant* per due capi d'imputazione per *sexual assault*, che erano riferiti a due atti compiuti ai danni della stessa vittima e che si erano consumati nello stesso luogo e in strettissima sequenza temporale, rilevando la Corte che dalla lettura della norma incriminatrice non emergesse una volontà di senso contrario del legislatore e che «riteniamo che i danni derivanti dalla penetrazione sessuale non consensuale di orifizi distinti del corpo della vittima siano così indipendentemente significativi che molteplici accuse di violenza sessuale siano ammissibili ai sensi della Costituzione dell'Alaska. I ripetuti atti di rapporto sessuale forzato non devono essere interpretati come un tuono, un'eco di un singolo suono che si propaga fino a cessare. Non si dovrebbe consentire a nessuno di trarre vantaggio dal fatto di aver già commesso un'aggressione sessuale sulla vittima e quindi di commettere ulteriori aggressioni sulla stessa persona senza il rischio di ulteriori punizioni per ogni aggressione commessa».

Nella medesima direzione si sono orientate, originariamente, le corti in Maine, tanto è vero che con la sentenza *State v. Lawrence*, 146 Me. 360, 82 A.2d 90 (Meine 1951) la Corte suprema di questo Paese ha ritenuto che le fattispecie di ubriachezza in luogo pubblico e di guida sotto l'effetto di alcool, contestate al *defendant* perché colto al volante

[67] In tal senso, più di recente, vd., anche per una ricostruzione del panorama giurisprudenziale, *Linden v. Municipality of Anchorage*, 501 P.3d 238 (Alaska Ct. App. 2021).

della propria autovettura in condizioni di alterazione, avrebbero potuto concorrere in ragione di una (asserita) differenza assiologica tra le figure, essendo stata l'una introdotta a sistema dal legislatore per prevenire «il male dell'ubriachezza in pubblico», l'altra per tutelare la sicurezza della circolazione stradale.

Tuttavia, dai repertori emerge come di recente le *Mainer courts* – vd. *State v. Chase*, 2023 Me. 32, 294 A.3d 154 (Meine 2023) – abbiano mutato indirizzo, puntando, in difetto di specifiche indicazioni statutarie, sul *same evidence test* (nella sua dimensione astratta). Tanto è vero che, nell'occasione, la Corte suprema ha ritenuto configurabile il cumulo tra aggressione aggravata e aggressione domestica in quanto la prima fattispecie avrebbe richiesto la prova dell'elemento tipico del "disprezzo della vita umana", l'altra della qualifica soggettiva della persona offesa (ovverosia l'appartenenza al nucleo familiare del reo).

Le corti dell'Idaho, in diverse occasioni, hanno negato l'applicabilità del criterio della *same transaction,* perlomeno quale parametro esclusivo per risolvere la questione della *same offense.* Così, ad esempio, in *State v. Corbus*, 256 P.3d 776, 151 Idaho 368 (Idaho Ct. App. 2011) si è stabilito che «il *test* prevede che, laddove lo stesso atto *o transazione* costituisca una violazione di due distinte disposizioni statutarie, per determinare se ci sono stati due reati o solo uno ai fini del doppio rischio è se ciascuna disposizione statutaria richiede la prova di un fatto aggiuntivo che l'altra non richiede»[68].

Quanto alle *included offenses,* con la sentenza *State v. Monroe,* 537 P.3d 79 (Idaho 2023) la Corte suprema dello Stato ha affrontato il caso di un imputato cui erano stati contestati i reati di *assault* e resistenza a pubblico ufficiale, realizzati nello stesso contesto d'azione e con riferimento al medesimo *police officer.* Nell'occasione, allora, si è stabilito che il fenomeno dell'assorbimento potrebbe verificarsi solo allorquando il reato minore costituisca un passaggio necessario per compiere quello maggiore, rigettando, dunque, l'eccezione del *defendant,* che si era basata sul *same transaction test,* ed ammettendosi il cumulo.

In North Carolina, con la sentenza *State v. Larkin,* 764 S.E.2d 681 (North Carolina C. Ct. App. 2014), si è stabilito che, al fine di verificare il ricorrere del requisito della *same transaction,* nel prisma dell'applicazione delle c.d. "*mandatory joinder provisions"*

[68] Nel caso di specie, si trattava di contestazioni, sviluppate in due distinti processi, di mancato rispetto dell'*alt* intimato dalle forze di polizia e di guida spericolata (per via della condotta tenuta dal reo, finalizzata ad evitare la cattura nel corso dell'inseguimento della pattuglia).

vigenti nello Stato, occorrerebbe considerare «la natura dei reati contestati, la relazione intercorrente tra i fatti previsti dalle norme incriminatrici, il lasso di tempo intercorrente tra la consumazione degli illeciti, nonché le particolari circostanze che connotano il singolo caso». Il che fa emergere le difficoltà in cui si imbatte (anche) la giurisprudenza statunitense nel tentativo di definizione del concetto di azione, che si rivela alquanto opaco[69].

Per il resto, la giurisprudenza, negli ultimi anni, ha affermato che il criterio da impiegarsi nella prospettiva del *double jeopardy* sarebbe quello della *same evidence,* come emerge dalla sentenza *State v. Melton*, 371 N.C. 750, 821 S.E.2d 424 (North Carolina 2018), pronunciata dalla Corte suprema.

Sicché è stato ammesso il cumulo di responsabilità per le fattispecie di violenza sessuale commessa ai danni di un minore d'età nonché per la distinta figura di violenza sessuale consistente nell'intrattenimento di rapporti sessuali con soggetto mentalmente disabile, in base al medesimo episodio criminoso. Ad avviso della Corte, difatti, tale soluzione sarebbe stata supportata dalla circostanza che ciascuna figura incriminatrice avrebbe contemplato un elemento costitutivo diverso, ovverosia la minore età, da un lato,

[69] Analoghe problematiche sono sorte, tra gli altri, in Tennessee, ove pure sono previste alcune *mandatory joinder provisions*, ovverosia delle norme (contemplate negli ordinamenti di diversi Stati, con varie *nuances*. Vd., tra gli altri, il § 5-1-113 dell'*Arkansas Code*; il § 208, nel Titolo 11 del *Delaware Code*; i §§ 16-1-17 e 18 del *Georgia Code Annotated;* il § 701-109 degli *Hawaii Revised Statutes*; il § 131.515 degli *Oregon Revised Statutes*; il § 110.1.ii dei *Pennsylvania Consolidated Statutes*; il § 76-1-403 dello *Utah Code Annotated;* il § 19.2-294 del *Virginia Code Annotated*) che impongono al *prosecutor* di instaurare, al ricorre di alcune condizioni, un medesimo processo avente ad oggetto più accuse nei confronti dello stesso soggetto, pena l'improcedibilità di ulteriori azioni. Il riferimento, in particolare è al *e* § 8(a)(1)(a) del *Tennessee Rules of Criminal Procedure,* che stabilisce: «due o più reati devono essere uniti nello stesso atto di accusa, con ogni reato indicato in un capo d'imputazione separato, se i reati sono… basati sulla stessa condotta o derivanti dallo stesso episodio criminoso… e sono noti al *prosecutor* competente al momento della formulazione dell'atto di accusa. Un imputato non sarà soggetto a processi separati per più reati rientranti in questa disposizione». Così, la sentenza *State v. Johnson*, 342 S.W.3d 468 (Tennessee 2011), nel chiarire il concetto di "*same episode",* ha stabilito che tale condizione si verificherebbe allorquando una pluralità di atti, integranti più fattispecie incriminatrici astratte, vengano realizzati in un medesimo luogo e in una stretta sequenza temporale, nonché laddove le prove necessarie a dimostrare la responsabilità del reo per siffatti reati siano almeno in parte comuni. Sicché, nel caso di specie, si è ritenuto che la disposizione sopra indicata non fosse validamente invocabile dal *defendant,* che era stato condannato dapprima per simulazione di reato (avendo falsamente denunciato il furto della propria autovettura) e, successivamente, in un separato giudizio, ritenuto responsabile per una rapina, perpetrata utilizzando la propria vettura della quale, per sviare le indagini, era stato denunciato, come già si è riferito, il furto. Sulle problematiche relative all'interpretazione del § 46-11-410 del *Montana Code Annotated,* che pure disciplina dei limiti al *multicharging* al ricorrere del requisito della *same transaction,* vd. WOODY C., A Sargasso Sea: Montana's statutory double jeopardy protection in the aftermath of State v. Valenzuela*,* Montana Law Review*,* 1, 2023, pp. 113 ss. Si deve notare, in proposito, come le *mandatory joinder provisions* rappresentino elemento di differenziazione tra *ne bis in idem* processuale e sostanziale, accomunati, come si è già ricordato, dal concetto di *same offense.*

e la deficienza psichica, dall'altro (talché l'impiego di un *same evidence test* inteso in astratto).

La Corte suprema del Michigan, dopo aver affermato, con la sentenza *People v. White,* 212 N.W.2d 222 (Michigan 1973), che il *same evidence test* avrebbe potuto condurre ad eccessi punitivi ed abbracciando il *same transaction criterion,* con la sentenza *People v. Nutt,* 677 N.W.2d 1 (Michigan 2004) è approdata ad una soluzione opposta, rimarcando come la limitazione determinata dal parametro da ultimo richiamato sarebbe idonea a produrre risultati pratici inaccettabili.

Tuttavia, nelle sue più recenti espressioni, la Corte ha rilevato come, in difetto di indicazioni esplicite del legislatore, il criterio fruibile dall'interprete per definire la *same offense* sarebbe soltanto il confronto strutturale [vd. *People v. Wafer*, 509 Mich. 31, 983 N.W.2d 315 (Michigan 2022)].

Le corti del New Jersey, pur avendo avallato il *same transaction test* e criticando l'applicazione del *same evidence criterion,* si sono dovute scontrare con i noti problemi associati alla definizione del concetto di azione, elaborandone – con *State v. Williams,* 799 A.2d 470 (New Jersey 2004) – una nozione sincretistica, stabilendo che questa andrebbe intesa facendo riferimento a numerosi fattori, quali «la natura e le caratteristiche delle fattispecie astratte di riferimento; il tempo e lo spazio in cui si consuma l'episodio criminoso; la necessità di acquisire diversi mezzi di prova per dimostrare singoli frammenti della *transaction;* se gli elementi che connotano la vicenda illecita siano riferibili ad un intento criminoso unitario; gli effetti che derivano dall'illecito, in termini di lesione o messa in pericolo di beni giuridici».

Ciò non di meno, con la più recente *State v. Miles*, 229 N.J. 83, 160 A.3d 23 (New Jersey 2017), la suprema Corte ha stabilito che «*is adopted the same-elements test as the sole double-jeopardy analysis and thus we don't recognize the same-evidence test as a measure of whether two offenses constitute the same offense*».

Con la sentenza *State v. Easler*, 327 S.C. 121, 489 S.E.2d 617 (S.C. 1997) la Corte suprema del South Carolina ha scrutinato un caso originato da un sinistro stradale nel quale un uomo, messosi alla guida in stato di alterazione dovuta all'assunzione di sostanze alcoliche e avendo provocato, nell'occasione, un incidente dal quale erano derivati il ferimento di un altro automobilista e la morte del giovane passeggero che viaggiava con quest'ultimo.

Rigettando il ricorso del *defendant,* che si era lamentato del cumulo sanzionatorio derivante dalla condanna per ciascuna delle fattispecie contestate (venticinque anni di pena detentiva per l'omicidio stradale commesso in stato di alterazione, quindici anni per le lesioni stradali caratterizzate dal *driving under influence,* oltre alle ulteriori sanzioni penali irrogate per le correlate violazioni delle norme sulla circolazione autoveicolare) ha rilevato come il *same transaction test* (evidentemente considerato nella dimensione spazio-temporale) non sarebbe da considerarsi affidabile e che, pertanto, si dovrebbe ricorrere al criterio del confronto tra gli elementi costitutivi delle fattispecie astratte contestate all'imputato.

In South Dakota, invece, la giurisprudenza ha rimarcato come i più affidabili criteri sarebbero rappresentati dalla struttura delle fattispecie incriminatrici di riferimento, nonché dal bene giuridico da esse tutelato. Così, ad esempio, con *State v. Linson*, 896 N.W.2d 656 (South Dakota 2017) è stata confermata la condanna dell'imputato per plurimi capi d'accusa relativi alla pedopornografia, rilevando la Corte suprema di quello Stato, nell'occasione, che la norma penale avrebbe avuto ad oggetto il divieto di possedere immagini pedopornografiche relative ad *un* minore (allorquando il materiale, nel caso di specie, si riferiva a diversi soggetti) e che essa avrebbe avuto la finalità di tutelare la dignità e la libertà di ciascun minore coinvolto.

Si tratta di un approdo cui è giunta, su un caso analogo, la Corte suprema del North Dakota che, con la sentenza *Peterka v. State* 864 N.W.2d 745 (North Dakota 2015), ha affermato come il *same element test* costituirebbe, in difetto di indicazioni normative espresse, il criterio per determinare la volontà del legislatore circa potenziali cumuli di pene e di processi.

Sicché, nel caso di specie, è stata confermata la sentenza di condanna dell'imputato per oltre cento capi d'imputazione per possesso di materiale pedopornografico, in quanto lo statuto del North Dakota prevede che la condotta punibile s'innesti sul materiale (filmati, fotografie) correlato a *ciascun* soggetto minore.

Proseguendo nella panoramica, si può osservare che in Mississippi le corti, a più riprese, hanno rilevato come il criterio di riferimento, tra quelli che compongono il *Blockburger test,* sarebbe il confronto strutturale tra le fattispecie astratte convergenti, rilevando altresì, a tal riguardo, che si dovrebbe negare il ricorrere del requisito della *same*

offense allorquando le figure si ponessero in rapporto di specialità bilaterale, presentando «ciascuna un elemento che l'altra non ha»[70].

Ciò, dunque, attraverso un assai limitato sforzo di approfondimento del *same element test,* ben distante dalle riflessioni, dottrinali ma anche giurisprudenziali, che si sono sviluppate su tale parametro nel nostro Paese e che hanno disvelato tanto le possibili forme di manifestazione della specialità, quanto, in taluni casi, l'esigenza di allargare il concetto di "stessa materia" a ipotesi di specialità bilaterale, con l'esclusione del solo caso dell'aggiunta bilaterale.

In Texas l'*element test* è stato particolarmente valorizzato da *Elliot v. State*, 960 S.W.2d 76 (Texas Crim. App. 1998) ma, successivamente, in *Ex Parte Ervin v. State*, 991 S.W.2d 804 (Texas Crim. App. 1999), sono stati elaborati criteri suppletivi ai fini dell'identificazione della *same offense,* essendo l'interprete tenuto a verificare, in quest'ottica*:* «se le disposizioni sui reati sono contenute nella stessa sezione statutaria, se i reati sono formulati in modo alternativo, se i reati sono rubricati in modo simile, se i reati hanno cornici edittali comuni, se i reati hanno un obiettivo comune (vale a dire se tutelano lo stesso bene giuridico) e se tale obiettivo comune tende a indicare un singolo caso di condotta, se gli elementi che differiscono tra i reati possono essere considerati assimilabili e se esiste una cronologia legislativa contenente un'articolazione di un intento di trattare i reati come uguali o diversi ai fini del doppio rischio». Ciò secondo una costruzione recepita anche dalle espressioni giurisprudenziali più recenti, come ad esempio *Ramos v. State*, 636 S.W.3d 646 (Texas Crim. App. 2021).

4. Criticità emergenti dalla casistica giurisprudenziale.

Come rilevato, ad esempio, dalla già citata *Albernaz v. United States,* nonché da *Ohio v. Johnson*, 467 U.S. 493 (1984), la *double jeopardy clause* non impedirebbe affatto ai legislatori di prevedere che una medesima condotta possa determinare una responsabilità plurima, attraverso la convergenza di norme incriminatrici sull'*idem factum*. Il tutto secondo una linea che, per quanto appena esposto, è stata recepita anche dalle giurisdizioni degli Stati federali.

Quanto ai parametri che compongono il *Blockburger test,* essi hanno rappresentato materiale plastico nelle mani dell'interprete. Non è un caso, dunque, che in casi di intreccio di norme incriminatrici che non prevedono delle clausole di riserva (che

[70] Vd. *Kelly v. State,* 80 So.3d 802 (Mississippi 2012).

rappresentano espressione di una tecnica normativa non particolarmente diffusa in America) le corti, non di rado, facciano leva sulla volontà implicita del legislatore[71], che rappresenta il mezzo per evitare soluzioni platealmente inique ma, talvolta, anche per coltivare (impropriamente) scelte di politica in sede giurisprudenziale[72].

Si tratta, dunque, di elementi, nel loro complesso, particolarmente critici.

Difatti, il *double jeopardy* e il *Blockburger test* sono stati intesi, in estrema sostanza, come vincoli per le corti e strumenti per rimediare al "tradimento" della volontà dei legislatori americani, piuttosto che uno strumento per vagliare la legittimità delle scelte di politica criminale di quest'ultimi.

Sono, questi, gli effetti di un costituzionalismo "*weak"* in materia penale, che sotto certi profili evoca l'atteggiamento culturale che, sotto l'influenza del metodo tecnico-giuridico, ha caratterizzato a lungo anche il panorama italiano, a seguito dell'entrata in vigore della Carta costituzionale, e che, come ben sottolineato da Franco Bricola, aveva alimentato la tendenza ad interpretare la Costituzione nell'ottica del codice e delle norme penali, piuttosto che all'impiego della Carta per sindacare la legittimità dello *ius criminale*[73].

Gli stretti ed ambigui margini operativi della clausola e del *test,* perlomeno dal punto di vista del diritto penale sostanziale, a ben considerare, sono determinati, a loro volta, da ulteriori fattori concorrenti; in primo luogo, il totale sganciamento

[71] Vd. anche *Jeffers v. United States*, 432 U.S. 137 (1977); *Whalen v. United States*, 445 U.S. 684 (1980); *Jones v. Thomas*, cit. Vd., altresì, *Missouri v. Hunter*, 459 U.S. 359 (1983), nel qual caso la Corte suprema ha affermato la cumulabilità delle responsabilità per *robbery of first degree* (che prevede, come elemento costitutivo, l'utilizzo di un'arma da fuoco nel corso della rapina) nonché per la fattispecie di «*commissione di un grave reato con l'utilizzo di arma da fuoco*», ritenendo che dal sistema fosse chiaramente evincibile la volontà del legislatore di prevedere, in casi quali quello oggetto del giudizio, un cumulo sanzionatorio. Ciò in deroga a quanto stabilito, in linea generale, dal citato Cap. 556.041 che, a rigore, dovrebbe indurre ad escludere il concorso nel caso in cui un reato fosse "incluso" in un altro. Analogamente hanno posto in risalto la necessità di indagare la *voluntas legislatoris,* tra le tante, *State v. Marsich,* 10 A.3d 435 (Rhode Island 2010), intervenuta su un caso analogo a quello deciso da *Missouri v. Hunter* (in senso contrario, però, vd. *Payne v. Virginia,* sopra citata), nonché *State v. Laws*, 655 A.2d 1131 (Connecticut App. Ct. 1995), con la quale è stata riconosciuta la cumulabilità della responsabilità per importazione illegale di arma da fuoco con quella per la violazione di una norma che punisce il possesso illegale di armi di quel tipo.

[72] Vd. THOMAS III G.C., A blameworthy act approach to the double jeopardy same offense problem, California Law Review, 4, 1995, pp. 1027 ss; AMAR A.R., Double jeopardy law made simple, Yale Law Journal, 6, 1997, pp. 1813 ss.

[73] Vd. BRICOLA F., voce *Teoria generale del reato, Nov. Dig. It.,* vol. XIX, Torino, 1973, pp. 7 ss, ora anche in ora in BRICOLA F., Scritti di diritto penale, a cura di Canestrari S./Melchionda A., vol. I, Dottrine generali, teoria del reato e sistema sanzionatorio, Milano, 1997, pp. 731 ss.

dell'approccio al *ne bis in idem* da considerazioni che attengono alla proporzionalità dei cumuli che, invece, apparrebbero imposte dall'Ottavo Emendamento[74].

Del resto, tale parametro, in effetti, sinora ha costituito, come già accennato e come dimostrato anche dagli orientamenti delle giurisdizioni dei singoli Stati americani appena richiamati, un assai striminzito argine rispetto alle opzioni legislative in materia di *punishment*, con allineamento al tradizionale *self restraint* mostrato dalla Corte suprema degli Stati Uniti[75].

A ciò occorre aggiungere il forte ritardo evolutivo del dibattito americano sul bene giuridico e sul principio di offensività[76] che, invece, potrebbe fornire utili spunti nel contesto di valutazioni che attengono ai cumuli[77].

Ciò è dimostrato, del resto, dall'imbarazzo con cui le corti affrontano casi tutto sommato semplici, come nelle ipotesi di: i) omicidi plurimi realizzati nello stesso contesto spazio-temporale, ove la diversa riferibilità del bene giuridico-vita dovrebbe rappresentare criterio assorbente e dirimente nel prisma dell'esclusione del *double jeopardy*; ii) di furto d'uso e di furto comune contestati in ordine alla stessa *res*, ove eventuali, minime differenze strutturali tra le fattispecie non possono mettere in ombra la circostanza che pur sempre si tratti di figure poste a tutela del medesimo interesse e che descrivono delle aggressioni di intensità lesiva diversamente graduata[78].

Last, but not least, ciò che emerge dalla disamina degli orientamenti giurisprudenziali sopra descritti è la forte frizione che la *double jeopardy clause* ed il

---

[74] Su questa criticità, vd. CANTRELL C., Double jeopardy and multiple punishment: an historical and constitutional analysis, Texas Law Journal, 2, 1983, pp. 735 ss (spec. pp. 765-766); KING J., Portioning punishment, University of Pennsylvania Law Review, 1, 1995, pp. 106 ss; DRIPPS D.D., Overcriminalization, discretion, criminalization, waiver: a survey of possible exit strategies, University of San Diego Public Law and Legal Theory Research Paper Series, 2005, pp. 1 ss (spec. p. 17); CHEMERINSKY J.M., Counting offenses, Duke Law Review, 2, 2009, pp. 709 ss (spec. pp. 732 ss).

[75] In argomento, nella letteratura nostrana, vd. VIGANÒ F., La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale, Torino, 2021, pp. 35 ss.

[76] Che è stato interessato dal ben diverso "*harm principle"* elaborato nella monumentale opera, in quattro volumi, di FEINBERG J., The moral limits of criminal law, New York, 1984-1988. Sulle criticità da "diluzione" emergenti dalle tesi di questo autorevole studioso, vd. FORNASARI G., Offensività: beni e tecniche di tutela, RIDPP, 3, 2018, pp. 1514 ss.

[77] Sul tema della mancanza di riferimenti alla tutela degli interessi lesi dalle norme penali convergenti, vd. BURTON D.E., A closer look, Ohio State Law Journal, 2, 1986, pp. 799 ss; FINKELSTEIN C., Positivism and the notion of offense, California Law Review, 2, 2000, pp. 335 ss.

[78] Sul principio di offensività come criterio ermeneutico, nella letteratura nostrana, vd. MANES V., Il principio di offensività nel diritto penale, Torino, 2005, pp. 245 ss. Sull'imprescindibilità del riferimento all'offensività per dirimere il dilemma tra concorso apparente e concorso reale vd., nella dottrina nostrana, VALLINI A., Concorso di norme e di reati, in De Francesco G. (a cura di), Le forme di manifestazione del reato, in Trattato teorico-pratico diretto da F. Palazzo e C.E. Paliero, vol. II, Torino, 2011, pp. 263 ss.

Blockburger test, intervenendo sul concetto di *same offense,* hanno generato rispetto ai principi costituzionali di legalità e di *foreseeability*[79], disgregando la tradizionale funzione nomofilattica del precedente, ovverosia il principio dello *stare decisis*[80].

V. IL FENOMENO DELL'*OVERLAPPING PUNISHMENT*. LA *DUAL SOVEREIGNTY DOCTRINE*.

Come risaputo, il sistema penale federale[81] e quelli dei singoli Stati americani sono in parte indipendenti, così come è noto come la medesima condotta possa sostanziare, al ricorrere di talune condizioni, un illecito penale disciplinato tanto a livello federale quanto dei singoli ordinamenti statuali.

In questi casi talune giurisdizioni prevedono (vd., ad esempio, il § 505.050 dei *Kentucky Revised Statutes*) che, a determinate condizioni, uno Stato rinunci a perseguire il reo già condannato da una corte federale o da quella di un altro Stato; nelle altre ipotesi, invece, vige la c.d. "*dual sovereignty doctrine",* che costituisce una deroga alla *double jeopardy clause* e che è stata oggetto di numerose espressioni giurisprudenziali, come si esporrà qui di seguito.

L'ammissibilità del cumulo, sanzionatorio e processuale, rispetto a illeciti federali e quelli previsti nei singoli Stati americani, confluenti sull'*idem factum,* rappresentò questione che venne precocemente affrontata dalla *Federal High Court,* con *Houston v. Moore*, 18 U.S. 1 (1820)[82].

In particolare, l'imputato era stato accusato di diserzione poiché egli, appartenendo alla milizia della Pennsylvania, dopo la chiamata non si era presentato per il servizio militare, durante la guerra del 1812, e, per questa infrazione, era stato sanzionato da una corte marziale statale, in conformità con una legge della Pennsylvania.

Houston, però, aveva contestato la pronuncia, sostenendo che lo Stato della Pennsylvania non avrebbe vantato la prerogativa di punirlo perché il Congresso degli Stati

[79] COFFEY G., Double jeopardy and successive prosecutions based on the same prohibited conduct: equivalence of approaches to determining the same offense dilemma in comparative perspective, The Journal of Criminal Law, 21 maggio 2024.

[80] Su cui vd. CADOPPI A., Il valore del precedente nel diritto penale*,* Torino, 1999.

[81] Il sistema penale federale è composto da leggi approvate dal Congresso degli Stati Uniti. I reati federali attengono a condotte illecite che coinvolgono più di uno Stato (ad esempio, traffico di droga interstatale, frodi postali o elettroniche), che offendono interessi del governo federale o che sono commessi da funzionari federali, nonché a illeciti che rivestono una portata nazionale (terrorismo, contraffazione, immigrazione illegale, e così via).

[82] Si tratta del primo pronunciamento della *Federal High Court* sul tema della *double jeopardy clause.*

Uniti, secondo la Costituzione, avrebbe avuto – ad avviso dell'interessato – l'autorità esclusiva in materia servizio militare da prestarsi in favore del Governo federale degli Stati Uniti.

La Corte suprema degli Stati Uniti, allora, stabilì che gli Stati federati ben potrebbero introdurre nei loro sistemi norme penali tese a tutelare interessi federali, perseguendo gli illeciti attraverso i propri organi giurisdizionali, a meno che il Congresso emanasse leggi che precludessero espressamente siffatta ipotesi.

Proseguendo, la Corte, nel rigettare l'eccezione del *defendant,* che aveva tentato di sostenere le proprie tesi attraverso l'argomento del *double jeopardy,* rilevò che «in caso di giurisdizione concorrente, la sentenza di una delle due corti, sia di condanna che di assoluzione, potrebbe essere invocata in esclusione dell'accusa dinanzi all'altra».

Con la sentenza *Fox v. Ohio*, 46 U.S. 410 (1847) la Corte affrontò, poi, il caso di un soggetto che era stato condannato dalla Corte suprema dell'Ohio per la spendita di dollari d'argento. Il *defendant,* dunque, aveva impugnato il verdetto davanti alla Corte *U.S.A.,* deducendo l'illegittimità costituzionale della previsione incriminatrice statutaria, in quanto in violazione della competenza legislativa riservata al Congresso.

Ciò sulla scorta dell'art. 1 della Costituzione americana che, per l'appunto, riserva al Congresso il conio della moneta nazionale, con la conseguenza che – *in thesi* – tutti gli illeciti correlati, ivi inclusa la messa in circolazione delle monete falsificate, secondo la prospettiva del *defendant,* avrebbero dovuto ritenersi riservati alla potestà normativa e giurisdizionale federale.

La *Supreme Court,* allora, nel rigettare il ricorso dell'interessato rilevò, innanzitutto, come le condotte di falsificazione e di spendita di monete false si distinguessero sotto il profilo dell'offensività, in quanto la prima avrebbe leso gli interessi federali, la seconda il privato, ovverosia il *deceptus,* destinatario del pagamento eseguito attraverso la moneta falsificata.

Sulla base di tale premessa, la Corte rimarcò, in linea generale, come gli Stati federati ben potrebbero introdurre a sistema delle previsioni incriminatrici poste a tutela dei propri interessi e di quelli dei loro cittadini senza ledere le prerogative federali; a ciò si soggiunse – sulla scorta di quanto già stabilito dalla sentenza *Barron v. Baltimore*, 32 U.S. (7 Pet.) 243 (1833) – come le norme compendiate nel *Bill of Rights* (costituito dai primi dieci Emendamenti) sarebbero state sollecitate dagli Stati federati e,

conseguentemente, esse non avrebbero potuto essere certo interpretate nella proiezione della restrizione dei poteri normativi e giurisdizionali spettanti a quest'ultimi in materia penale, bensì, semmai, come limite di quelli attribuiti al Congresso.

Sicché, rispetto alla questione del *double jeopardy,* incidentalmente sollevata dal ricorrente al fine di sostenere il ricorso, la Corte statuì come sarebbe, al più, il Congresso stesso a dover evitare l'ipotesi della doppia incriminazione per l'*idem factum,* fermo che l'eventuale cumulo non potrebbe, ad avviso della Corte, determinare *ipso facto* una violazione del principio costituzionale di cui sopra[83].

Con la successiva sentenza *United States v. Cruikshank*, 92 U.S. 542 (1876) la Corte suprema degli Stati Uniti affrontò nuovamente il tema dei rapporti tra il Governo centrale e gli Stati federati.

In proposito, allora, la Corte rilevò: «i poteri del Governo sono limitati nel numero. Nell'ambito dei suoi poteri, come elencati e definiti, il Governo degli Stati Uniti è supremo e al di sopra degli Stati; ma al di là, non ha esistenza. È stato eretto per scopi speciali e dotato di tutti i poteri necessari per la sua stessa conservazione e il raggiungimento degli obiettivi che il suo popolo aveva in mente. Non può né concedere né assicurare ai suoi cittadini alcun diritto o privilegio che non sia espressamente o implicitamente posto sotto la sua giurisdizione. Il popolo degli Stati Uniti residente in qualsiasi Stato è soggetto a due potestà, una statale e l'altra nazionale, ma non deve esserci conflitto tra i due. I poteri che uno possiede non li possiede l'altro. Sono istituiti per scopi diversi e hanno giurisdizioni separate. Insieme, formano un tutto unico e forniscono al popolo degli Stati Uniti un governo completo, ampio per la protezione di tutti i loro diritti in patria e all'estero. È vero, a volte può accadere che una persona sia soggetta a entrambe le giurisdizioni per uno stesso atto. Quindi, se un funzionario degli Stati Uniti viene illegittimamente contrastato durante l'esercizio di funzioni giurisdizionali all'interno di uno Stato e la resistenza è accompagnata da un'aggressione fisica, viene violato il potere

[83] «È stato obiettato dal ricorrente che se gli Stati potessero infliggere sanzioni per il reato di circolazione di moneta base e il Governo federale dovesse prevedere una sanzione contro lo stesso atto, un individuo sotto queste giurisdizioni separate potrebbe essere passibile di essere punito due volte per lo stesso crimine e che ciò violerebbe il Quinto Emendamento alla Costituzione. Ammettendo per il momento che possa configurarsi una simile ipotesi, la forza dell'obiezione è scarsa. Il divieto a cui si allude non è stato concepito come limite per i Governi statali in riferimento ai propri cittadini. Si tratta esclusivamente di restrizioni al potere federale, volte a impedire l'interferenza con i diritti degli Stati e dei loro cittadini, poiché non è né probabile né credibile che gli Stati abbiano insistito con ansia per innestare sulla Costituzione federale restrizioni alla propria autorità. Il cumulo sarebbe ammissibile, comunque, in casi di particolare gravità o quando la sicurezza pubblica richiedesse straordinario rigore».

sovrano degli Stati Uniti nonché la pace sociale dello Stato federato. Allo stesso modo, se si trasferisce una moneta contraffatta degli Stati Uniti all'interno di uno Stato, si potrebbero configurare diversi illeciti penali ai danni degli Stati Uniti e del singolo Stato federato: gli Stati Uniti perché viene lesa la funzione della moneta nazionale e lo Stato a causa della frode commessa ai danni di taluni cittadini. Il cittadino non può dolersi, in questi casi, perché si è volontariamente sottomesso a tale forma di governo federale. Deve fedeltà a due diverse sfere, deve subire le sanzioni che ciascun Governo impone per la disobbedienza alle proprie leggi. In cambio, può pretendere protezione da ciascuna entità all'interno della propria giurisdizione. Nessun diritto può però essere tutelato dal Governo degli Stati Uniti se non nei limiti delle prerogative stabilite dalla Costituzione».

Talché, la conferma della potestà punitiva e giurisdizionale concorrente, già sancita da *Fox v. Ohio*; dopo tali premesse generali, la Corte affermò che il Primo Emendamento, che sancisce il diritto di associazione dei cittadini, nonché il Quattordicesimo, adottato nel 1868 al fine di riconoscere e tutelare i diritti degli *Afro-Americans,* avrebbero dovuto essere interpretati come limite alla potestà normativa del Governo federale e all'azione dei suoi funzionari e non come fonte di diritti di crisma costituzionale in capo ai singoli cittadini da far valere nell'alveo della giurisdizione federale[84].

Sicché venne annullata la condanna pronunciata da una Corte federale, sulla base del *Enforcement Act* del 1870 (che, in estrema sintesi, contemplava illeciti penali correlati a non meglio precisate violazioni di diritti costituzionalmente garantiti del cittadino), nei confronti di taluni individui accusati di *conspiracy* e di aver realizzato una serie di condotte violente e minacciose ai danni di cittadini di colore, che si erano riuniti per finalità politiche.

Si tratta di una pronuncia assai significativa, non solo per via degli effetti che essa contribuì a produrre, negli anni a venire, rispetto alla segregazione e alle violenze subite dagli afroamericani, ma in quanto essa fu espressione di un approccio alquanto miope rispetto alla portata del dettato costituzionale, tanto del *Bill of Rights* quanto degli Emendamenti della "ricostruzione", tra cui il Quattordicesimo.

Proseguendo nella panoramica delle evoluzioni giurisprudenziali in ordine ai rapporti tra giurisdizione federale e dei singoli Stati in materia criminale, si può

[84] Su questi argomenti, vd. PERRY M.J., The Fourteenth Amendment and the Supreme Court, New York, 1999, pp. 88 ss.

rammentare ora la sentenza *United States v. Lanza*, 260 U.S. 377 (1922), con la quale la Corte suprema *U.S.A.* scrutinò il caso di alcuni *defendant* che erano stati condannati per fabbricazione e trasporto di bevande alcoliche tanto da una Corte federale (in virtù del *National Prohibition Act*) quanto da una corte dello Stato di Washington (sulla scorta di una norma incriminatrice statutaria interna).

Nel caso di specie, allora, la Corte stabilì che la *double jeopardy clause* di cui al Quinto Emendamento non trovasse applicazione nel caso di *dual sovereignty* (che da quel momento divenne, per l'appunto, una vera e propria *doctrine*), con la conseguenza che il doppio processo e la doppia condanna non si sarebbero rivelati in contrasto con la citata clausola.

Più di preciso, ad avviso della *Supreme Court,* quest'ultima avrebbe dovuto essere intesa come mero divieto di una duplicazione di accuse, di processi e di sanzioni da parte della giurisdizione federale, con esclusione, dunque, delle ipotesi in cui tale fenomeno derivasse dalla convergenza dell'ordinamento federali e dei singoli stati membri sull'*idem factum*[85].

In ogni caso, il *Bill of Rights* per lungo tempo continuò (sulla linea tracciata nel *Cruikshank's case*) ad essere interpretato dalle Corti statunitensi come un insieme di norme limitatrici del potere del Governo federale, piuttosto che come fonte dei diritti dei singoli cittadini, da far valere nei confronti dei Governi americani e delle corti degli Stati federati.

Con la sentenza *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319 (1937), peraltro, la Corte suprema *U.S.A.* affrontò il caso di un imputato che, dopo aver perpetrato una rapina in un

[85] Lo stesso principio venne ribadito, in seguito, in caso analogo, da *Herbert v. Louisiana,* 272 U.S. 312 (1926) e poi da *United States v. Taylor,* 322 U.S. 385 (1944), *Screws v. United States,* 325 U.S. 91 (1945), *California v. Zook,* 336 U.S. 725 (1949), *Abbate v. United States,* 369 U.S. 187 (1959), dalla coeva *Bartkus v. Illinois*, 359 U.S. 121 (1959), nonché, più di recente, da *Gamble v. United States*, 587 U.S. (2019). Si tratta di una pronuncia assai interessante, sia in ragione della panoramica dell'evoluzione giurisprudenziale offerta in quella sede dalla Corte, sia a motivo del contenuto delle *dissenting opinion,* tra cui quella del giudice Neil Gorsuch, per il quale la Corte avrebbe avallato, nell'occasione, una «*colossal exception to an ancient rule against double jeopardy*». Più di recente, in ordine alla compatibilità del cumulo tra processi e condanne irrogate da corti federali e nazionali, vd. *Denezpi v. United States*, 596 U.S. (2022). Sulla esclusione della *double jeopardy clause* nel caso di competenza concomitante di corti federali e corti istituite per i nativi nelle riserve, vd. *United States v. Wheeler*, 435 U.S. 313 (1978), nonchè *United States v. Lara*, 541 U.S. 193 (2004) e, in dottrina, RILEY A.R./ THOMPSON S.G., Mapping dual sovereignty and double jeopardy in Indian country crimes, Columbia Law Review, 7, 2022, pp. 1899 ss. La Corte Suprema degli Stati Uniti, per altro verso, con la sentenza *Puerto Rico v. Sánchez Valle*, 579 U.S. 59 (2016) ha stabilito come la *double jeopardy clause* si applicherebbe nei rapporti tra giurisdizione federale e quella di territori di *commonwealth* come, per l'appunto, il Puerto Rico, precludendo il doppio processo e la doppia punizione sull'*idem factum.*

negozio di prodotti musicali, al fine di sfuggire alla cattura, aveva esploso dei colpi di arma da fuoco contro due agenti di polizia, uccidendoli.

Avverso la sentenza di condanna di prime cure all'ergastolo, per il reato di omicidio di secondo grado, lo Stato del Connecticut, sfruttando una specifica previsione statutaria, aveva interposto impugnazione, ottenendo la riforma della pronuncia e la condanna del *defendant* alla pena capitale.

Sicché, l'interessato aveva ricorso davanti alla Corte, sostenendo come il Quinto Emendamento, contenente la *double jeopardy clause,* avrebbe precluso la possibilità di impugnazione e riforma *in pejus* del verdetto precedentemente emesso e che tale principio sarebbe stato "incorporato" nel Quattordicesimo Emendamento che, a sua volta, richiamando la *due process clause,* avrebbe costituito un limite al potere giurisdizionale degli Stati federati (ciò stabilendo che «nessuno Stato può privare una persona della vita, della libertà o della proprietà senza un giusto processo di legge»).

Nell'occasione, allora, la Corte accolse la teoria della c.d. "incorporazione selettiva" in base alla quale il Quattordicesimo Emendamento, pur essendo stato introdotto anche nella prospettiva di taluni vincoli all'esercizio delle potestà degli Stati federati, avrebbe incorporato soltanto quei diritti, sanciti dal *Bill of Rights,* che avrebbero dovuto ritenersi imprescindibili per garantire un sistema di "libertà ordinata"[86].

In questo caso venne, allora, stabilito che la *double jeopardy clause* non facesse parte del "nucleo minimo" dei diritti fondamentali dei cittadini, con conseguente rigetto del ricorso del *defendant,* che venne successivamente giustiziato sulla sedia elettrica.

Del resto, come emerge dalla motivazione espressa della Corte, il giudice Benjamin Cardozo affermò che gli istituti giuridici avrebbero dovuto essere interpretati in modo tale da evitare soluzioni "irragionevoli".

Tale impostazione venne però modificata, successivamente, da una serie di pronunce negli anni 60[87] (all'epoca della c.d. "*Warren Court*" e dell'affermazione negli

[86] Sulle origini e gli sviluppi di tale teoria, vd. FARRAR R.T., Double jeopardy and due process, University of Miami Law Review, 2, 1969, pp. 531 ss; J.H. ISRAEL, *Selective incorporation revisited*, in *Georgetown Law Journal,* 1982, 1, 253 ss.

[87] Che contrastarono l'idea per la quale il Quattordicesimo Emendamento avrebbe potuto essere oggetto di una lettura restrittiva, tanto da "annacquare" le garanzie individuali dinnanzi al potere pubblico. Vd., tra le tante, *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961), sulla protezione del cittadino rispetto a perquisizioni e sequestri illegittimi; *Robinson v. California*, 370 U.S. 660 (1962), sulla *cruel and unusual punishment clause*; *Gideon v. Wainwright*, 372 U.S. 335 (1963), sul diritto dell'imputato all'assistenza tecnica nel

orientamenti della Corte suprema *U.S.A.* del *liberal credo*), tra cui, per quel che qui più interessa, la già citata sentenza *Benton v. Maryland*, del 1969, con la quale si stabilì che la sopra citata *clause* fosse "incorporata" in quella relativa al *due process* di cui al Quattordicesimo Emendamento («oggi riveliamo che il divieto imposto dalla *double jeopardy clause* rappresenta un principio fondamentale del nostro patrimonio costituzionale e che dovrebbe applicarsi agli Stati tramite il Quattordicesimo Emendamento»), determinando, così, dei limiti al potere giudiziario (e, seppur in minima misura, normativo) anche in seno agli Stati federati[88].

Si tratta di tendenze espansive del garantismo penale che, tuttavia, cominciarono ad invertirsi a partire dagli anni '70 dello scorso secolo, allorquando la Corte suprema *U.S.A.* in qualche modo si adattò alla linea del *tough on crime* adottata dal Governo federale, attraverso un rinnovato *self-restraint* rispetto alla tutela dei diritti del reo, che venne in larga misura rimessa agli Stati federati[89].

Su questa linea di progressiva severità nell'approccio alla questione criminale, dunque, la *dual sovereignty clause,* esclusa nell'ipotesi di autorità giurisdizionali appartenenti al medesimo Stato [vd. *Waller v. Florida*, 397 U.S. 387 (1970), in ordine ad illeciti identici disciplinati da giurisdizioni municipali e statuali][90], venne successivamente ampliata con la sentenza *Heath v. Alabama*, 474 U.S. 82 (1985); in quel caso, l'imputato era stato accusato per aver assoldato due *killer* al fine di rapire e uccidere la propria moglie, la quale era stata prelevata dalla propria abitazione in Alabama, mentre il cadavere della donna, successivamente, era stato rinvenuto in Georgia.

processo penale; *Malloy v. Hogan*, 378 U.S. 1 (1964), nonché *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966), sul *privilege against self-incrimination*; *Washington v. Texas,* 388 U.S. 14 (1967), sulla *compulsory process clause* (ossia sul diritto di escutere testimoni a discolpa); *Duncan v. Louisiana*, 391 U. S. 145, 391 U. S. 149 (1968), sul diritto dell'imputato ad essere giudicato da una giuria di suoi pari. In argomento, vd. AMAR A.R., Original meaning of the Fourteenth Amendment. Did the Fourteenth Amendment incorporate the Bill of Rights against States?, Harvard Journal of Law & Public Policy*,* 1, 1996, pp. 443 ss.

[88] Sulla funzione del Quattordicesimo Emendamento in termini di "testa di ponte" per la piena affermazione dei principi compendiati nel *Bill of Rights,* vd. AA.VV., U.S. Constitution. Fourteenth Amendment annotated*,* Washington, 2017, 2016 ss.

[89] Vd. LATZER B., Toward the decentralization of criminal procedure: state constitutional law and selective disincorporation, Criminal Law & Criminology, 1, 1996, pp. 63 ss; MARCEAU J.F., Un-incorporating the Bill of Rights: the tension between the Fourteenth Amendment and the federalism, Journal of Criminal Law & Criminology, 4, 2008, pp. 1231 ss.

[90] Sul tema, vd. HOUGER L.W., Double jeopardy where both city and State prosecute the same act, Washington Law Review, 4, 1963, pp. 819 ss; ENGLISH JR. W.J., Criminal justice: double jeopardy, Lousiana Law Review, 3, 1971, pp. 540 ss; BOSSERT T.R., Double jeopardy-municipal prosecutions as a bar to subsequent State prosecutions for offenses arising from the same criminal actions, Dickinson Law Review, 2, 1972, pp. 282 ss.

Il reo, dunque, era stato dapprima condannato all'ergastolo in Georgia e, di seguito, incriminato in Alabama. Sicché il *defendant* aveva sviluppato la *double jeopardy defense,* opponendosi al doppio processo; ciò nonostante, il reo era stato condannato per una seconda volta per le medesime condotte criminose, con una sentenza impugnata davanti alla Corte suprema degli Stati Uniti.

La Corte, allora, nel rigettare il gravame rievocò il risalente precedente *Moore v. Illinois*, 14 How. 13, 55 U.S. 19 (1852), per il quale la *double jeopardy clause* avrebbe dovuto essere interpretata in termini di divieto di doppia incriminazione per il *medesimo* fatto alla luce della *medesima* "legge"; con la conseguenza che trattandosi di condotta perseguibile in base a norme incriminatrici *diverse,* perché contemplate da ordinamenti giuridici autonomi (quelli di due differenti Stati), non sarebbe stata prospettabile alcuna violazione del Quinto Emendamento.

Sebbene la Corte suprema degli Stati Uniti – come si è avuto modo di esporre – abbia in più occasioni avallato la *dual sovereignty doctrine*, quale eccezione alla *double jeopardy clause*, essa, tuttavia, non trova sistematica applicazione, essendo stata elaborata (al netto delle previsioni statutarie di alcuni Stati federati, come sopra rammentato)[91], a livello giurisprudenziale, la c.d. "*Petite policy",* anche conosciuta come "*dual and successive prosecution policy",* che, espressa da *Petite v. United States*, 361 U.S. 529 (1960), ha fornito al Dipartimento di Giustizia federale delle *guide-lines* al fine di selezionare i casi da sottoporre a processo già giudicati dalle giurisdizioni degli Stati americani o dalle stesse corti federali (competenti in relazione ai diversi Circuiti), davanti a quest'ultime[92].

In particolare, la linea sposata dalla *High Court* implica che, generalmente, si dovrebbe ritenere che tanto nell'ipotesi della condanna, quanto dell'assoluzione, l'azione promossa dai *prosecutors* nelle singole giurisdizioni "consumi" l'interesse federale a perseguire un illecito penale.

[91] In argomento, vd. DAWSON M., Popular sovereignty, double jeopardy, and the dual sovereignty doctrine, The Yale Law Journal, 1, 1992, pp. 281 ss; HAGBURG M.J., Statutory bars to dual sovereign prosecutions: the Minnesota and North Dakota approaches compared, North Dakota Law Review, 3, 1996, pp. 583 ss.

[92] In tema, vd. ALLEMAND J.S., Petite policy. An example of enlightened prosecutorial discretion, Georgetown Law Journal, 4, 1978, pp. 1137 ss; LEAR E.T., Contemplating the successive prosecution phenomenon in the federal system, Journal of Criminal Law and Criminology, 3,1995, pp. 625 ss; PODGOR E.S., Department of Justice guidelines: balancing discretionary justice, Cornell Journal of Law and Public Policy, 1, 2004, pp. 167 ss.

Questa regola generale subisce talune eccezioni (la cui ricorrenza è demandata alla valutazione del *Assistant Attorney General of the United States*), come ad esempio nel caso in cui:

- venisse accertato un radicale difetto di potere giurisdizionale in capo all'organo che ha assunto la decisione sul caso, in termini di vera e propria usurpazione del potere giudiziario, o quando risultasse che il pronunciamento sia stato determinato da atti di *corruption,* minacce o, più in genere, *"undue influences";*

- emergesse che la sentenza intervenuta sull'*idem factum* sia stata frutto di uno straordinario errore di diritto o di un travisamento delle emergenze probatorie;

- il precedente pronunciamento di una corte sia stato condizionato dall'indisponibilità contingente di una prova determinante;

- l'illecito federale presentasse un elemento aggiuntivo o specializzante rispetto a quello oggetto del processo già celebrato.

La suddetta presunzione, in caso di antecedente condanna, inoltre, può essere vinta nella (genericissima) ipotesi in cui la precedente sentenza avesse irrogato delle sanzioni manifestamente inadeguate rispetto all'interesse del Governo federale.

Si tratta, dunque, di un insieme ampio ed eterogeneo di casi; ad ogni modo, la giurisprudenza ammette che l'attivazione di un nuovo giudizio in violazione dei suddetti criteri (richiamati dal § 9-2.031 del *Justice Manual* federale) possa autorizzare il *defendant* a sollevare la *double jeopardy defense* – vd. *Rinaldi v. United States*, 434 U.S. 22 (1977); *Thompson v. United States*, 444 U.S. 248 (1980) – e, in effetti, gli studiosi della materia hanno sottolineato, attraverso l'esame dei repertori, che, nonostante l'ampia discrezionalità attribuita agli organi d'accusa federali, emergente dai *Petit criteria,* i casi di promozione di un secondo giudizio sull'*idem factum* (specie a seguito di pronunciamenti da parte delle corti dei singoli Stati) siano tutto sommato rari[93].

[93] MOAK S.T./CARLSON R.L., Criminal justice procedure, Waltham, 2013, p. 208. In ogni caso, la dual sovereignty doctrine è stata oggetto di critiche da parte di numerosi studiosi della materia, che hanno evidenziato la frizione dei principi che essa esprime con le garanzie costituzionali. Vd., in argomento, GRANT J.A.C., The Lanza rule of successive prosecutions, Columbia Law Review, 2, 1932, pp. 1309 ss; FEELEY J.M., Double jeopardy and dual sovereignty, Washington Law Review, 4, 1959, pp. 562 ss; PONTIKES G.C., Dual sovereignty and double jeopardy: a critique of Bartkus v. Illinois and Abbate v. United States, Western Reserve Law Review, 4, 1963, pp. 700 ss; STONER R.C., Double jeopardy and dual sovereignty: a critical analysis, William & Mary Law Review, 4, 1970, pp. 946 ss; BOYLE R.D., Double jeopardy and dual sovereignty: the impact of Benton v. Maryland on successive prosecution for the same

VI. LE *CONTINUING OFFENSES*.

Negli *States* si distinguono le *instant* dalle *continuing offenses,* locuzione con cui s'indicano ipotesi in cui una condotta tipizzata si protragga nel tempo, per via della medesima determinazione criminosa, unitamente all'offesa al medesimo bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice di riferimento. In quest'ultimo caso (che evoca il concetto nostrano di reato permanente), si può parlare – a determinate condizioni – di un unico titolo di responsabilità penale.

A lungo, però, le corti non hanno edificato una teoria generale per individuare siffatte ipotesi, che sono state affrontate in giurisprudenza soprattutto nel prisma della questione della prescrizione del reato (ovverosia delle *statutes limitations*).

Fino ad un recente passato, peralto, solo alcune fattispecie erano state pacificamente ricondotte dalla Corte suprema federale a tale categoria, ovverosia la *conspiracy* [vd. *United States v. Kissel*, 218 U.S. 601 (1910)], taluni reati di *status* [vd. *Edelman v.*

offense by State and Federal Governments, Indiana Law Journal, 3, 1971, pp. 413 ss; HOMESLEY C.W., The dual sovereignty doctrine extended to successive State prosecutions, Campbell Law Review, 2, 1986, pp. 361 ss; BRICKMAN J., The dual sovereignty doctrine and successive State prosecutions, Chicago-Kent Law Review, 1, 1987, pp. 175 ss; BERRY S.R., Double jeopardy clause and successive State prosecution, Journal of Criminal Law and Criminology, 3, 1987, pp. 632 ss; VAN ALSTYNE W.W., Dual sovereignty, federalism and national criminal law: modernist constitutional doctrine and the nonrole of the Supreme Court, American Law Review, 4, 1989, pp. 1740 ss; ALLEN R.J., The double jeopardy clause, constitutional interpretation and the limits of formal logic, Valparaiso University Law Review, 1, 1991, pp. 281 ss; HELLMANN K., The fallacy of dueling sovereignties: why the Supreme Court refuses to eliminate the dual sovereignty doctrine, Journal of Law and Policy, 2 1994, pp. 149 ss; HERMAN S.N., Double jeopardy all over again: dual sovereignty, Rodney King, University of California Los Angeles Law Review, 2, 1994, pp. 609 ss; AMAR A.R./MARCUS J.L., Double jeopardy law after Rodney King, Columbia Law Review, 1, 1995, pp. 1 ss (spec. pp. 2-3); GUERRA S., The myth of dual sovereignty: multijurisdictional drug law enforcement and double jeopardy, North Carolina Law Review, 3, 1995, pp. 1159 ss; MATZ R., Dual sovereignty and the double jeopardy clause: if at first you don't convict, try, try again, Fordham Urban Law Journal, 3, 1995, pp. 67 ss; OWSLEY D.B., Accepting the dual sovereignty exception to double jeopardy, Washington University Law Quarterly, 3, 2003, pp. 765 ss; SCHNEIDER G.S./CHING G.J., Double trouble: double jeopardy's dual sovereignty exception and State immigration Statutes, Arizona Journal of International and Comparative Law, 2, 2011, pp. 363 ss; SERVIDIO DELABRE E., A couple of issues concerning double jeopardy in the United States: hung juries and the dual sovereignty doctrine, Revue Internationale de Droit Pénal, 3-4, 2011, pp. 607 ss; ADLER A.J., Dual sovereignty, due process, and duplicative punishment: a new solution to an old problem, Yale Law Journal, 2, 2014, pp. 248 ss; PRINCIPATO D.A., Defining the "sovereign" in dual sovereignty: does the protection against double jeopardy bar successive prosecutions in national and international courts?, Cornell Law Review, 3, 2014, pp. 767 ss; COLANGELO A.J., Gamble, dual sovereignty, and due process, Cato Superior Court Review, 1, 2018-2019, pp. 189 ss; PRILLAMAN A., Gamble v. United States, Ohio Northern University Law Review, 4, 2019, pp. 1181 ss; VEAS J.E., The dual sovereignty doctrine in the case law of the United States Supreme Court, Revista Brasileira de Direito Processual Penal, 3, 2020, pp. 1503 ss; MINA V., Gamble v. United States: the dual sovereignty doctrine under the national v. international context. What is sovereign to one is not sovereign to the other, Maryland Journal of International Law, 1, 2021, pp. 255 ss; OVERTON E., The limits of dual sovereignty, New York University Law Review, 3, 2022, pp. 799 ss; MUNFORD A./ALLDRIDGE P.W., The history of double jeopardy and criminal law jurisdiction, Queen Mary Law Review, 1, 2023, pp. 390 ss.

California, 344 U.S. 357 (1953), sulla *vagrancy*; *United States v. Cores*, 356 U.S. 405 (1958), sul soggiorno illegale sul territorio nazionale; *Powell v. Texas,* 392 U.S. 515 (1968), in ordine alla dipendenza da sostanze stupefacenti] nonché di possesso [vd. *Harris v. United States*, 331 U.S. 145 (1947)].

Al riguardo si può soggiungere che, attraverso soluzioni del tutto estemporanee, la Corte abbia impiegato, al fine di individuare ipotesi di *continuing offenses,* due parametri principali: i) l'intento del legislatore, come nel caso deciso da *in re Snow*, 120 U.S. 274 (1887), con la quale pronuncia si è qualificata come reato di durata la relazione poligamica; ii) l'identità del "*criminal impulse",* ovverosia dell'intento criminale, fattore valorizzato in *United States v. Universal Corp.*, 344 U.S. 218 (1952), in cui si è affermata l'unicità del titolo di responsabilità penale per plurime violazioni di obblighi correlati ai rapporti di lavoro dipendente[94].

In materia, allora, il *landmark case* può essere individuato *Toussie v. United States,* 397 U.S. 112 (1970). In particolare, la vicenda da cui la *Federal High Court* ha preso le mosse era rappresentata dall'inadempimento, da parte del *defendant,* rispetto agli obblighi di registrazione anagrafica, con conseguente violazione, altresì, dei doveri di leva militare.

Con la sentenza gravata era stata, dunque, affermata la natura di *continuing offense* dell'omissione contestata all'imputato, che aveva per parte sua eccepito, invece, l'intervenuta prescrizione quinquennale del reato, perfezionatosi nel momento stesso del sorgere dell'obbligo di registrazione inadempiuto.

Nell'accogliere l'impugnazione, la Corte suprema *U.S.A.* ha stabilito: «nell'individuazione del *dies a quo* di prescrizione, diverse considerazioni debbono guidare la nostra decisione. Lo scopo di un termine di prescrizione è di limitare l'esposizione a procedimenti penali a un certo periodo di tempo fisso successivo al verificarsi di quegli atti che il legislatore ha deciso di punire con sanzioni penali. Tale limitazione è progettata per proteggere gli individui dal dover difendersi dalle accuse quando i fatti di base potrebbero essere stati oscurati dal passare del tempo. Tale limite di tempo può anche avere l'effetto benefico di incoraggiare gli ufficiali delle forze dell'ordine a indagare prontamente su presunte attività criminali. Questa Corte ha già stabilito in passato che il termine di prescrizione normalmente comincia a decorrere

[94] In argomento, vd. CHEMERINSKY J.M., *Continuing offenses, Dule Law Journal,* 2, 2009, pp. 709 ss.

quando il crimine è perfezionato. Sicché la *continuing offenses doctrine* dovrebbe essere applicata solo in circostanze limitate, poiché la tensione tra lo scopo di una norma che sancisce la prescrizione e la dottrina del reato di durata è evidente; quest'ultima, a tutti gli effetti pratici, rischia di estendere la norma oltre i suoi limiti. Queste considerazioni non significano che un reato particolare non debba mai essere interpretato come *continuing offense*. Tuttavia, s'impone che tale risultato non debba essere raggiunto a meno che il linguaggio esplicito dello statuto penale sostanziale imponga tale conclusione, o la natura del reato in questione sia tale che il legislatore debba sicuramente aver inteso che fosse qualificato dalle corti come reato di durata».

Talché, scrutinando la norma incriminatrice di riferimento, la Corte suprema ha rilevato che alcun elemento di fattispecie avrebbe suggerito all'interprete di approcciare la figura in termini di *continuing offense.*

A valle di *Toussie v. United States,* la Corte suprema degli Stati Uniti, allora, ha qualificato come *continuing offense* ipotesi quali: il reato di evasione [*United States v. Bailey,* 444 U.S. 394 (1980)]; la ricettazione, rispetto alle condotte di ricezione e possesso della *res* delittuosa [*United States v. Cabrales,* 524 U.S. 1 (1998)]; il sequestro di persona [*United States v. Rodriguez-Moreno*, 526 U.S. 275 (1999)]; l'attività di traffico di esseri umani [*United States v. Marcus*, 560 U.S. 258 (2010)]; la *conspiracy* (nel prisma della responsabilità concorsuale dell'aderente al patto criminoso già stipulato da altri) [*United States v. Smith,* 568 U.S. 106 (2013)].

Sul punto, occorre pure osservare che le pronunce della Corte siano state sollecitate, nei precedenti sopra indicati, da questioni relative alla disciplina della prescrizione del reato, al concorso di persone (nel caso *Smith*) e alla giurisdizione (nel caso di *Rodriguez-Moreno*), mentre solo con le già citate sentenze *United States v. Dixon,* del 1993 (peraltro solo attraverso un *obiter*), nonché *in re Nielsen,* del 1889, il tema è stato affrontato nel prisma della *double jeopardy clause*; a queste si deve aggiungere *Garrett v. United States,* del 1985, con cui la Corte suprema ha affermato che nell'ipotesi di *continuing offenses* la *double jeopardy clause* non impedirebbe l'instaurazione di un nuovo processo in relazione a condotte realizzate dopo quelle contestate nel corso di un precedente *trial.*

La questione dei rapporti tra *continuing offenses* ed *ex post facto clause* (ovverosia degli effetti dello *ius superveniens* sugli illeciti di durata), invece, è stata esaminata dalla Corte d'appello federale, IX Circuito, con la sentenza *United States* v. *Morales*, 11 F.3d 915 (9th Cir. 1993), con la quale si è riconosciuta la (potenziale) natura di reato di durata

alla *bribery* (corruzione), in relazione all'ipotesi di versamento, in più *trance,* delle tangenti al pubblico ufficiale.

Ciò, dunque, attraverso un'apertura rispetto alla riconduzione alla categoria generale delle *continuing offenses* di reati a consumazione prolungata o, meglio, ad "evento frazionato", che si coglie anche in *United States v. Burfoot,* 8999 F.3d 326 (4th Cir. 2018), con cui è stata pure riconosciuta la natura di *continuing offense* all'estorsione, in un caso in cui la persona offesa era stata costretta a versare l'indebito in favore del reo in forma rateale.

Il che sembra indicativo del fatto che le corti, in taluni casi, tendano ad ammettere, si potrebbe chiosare, la figura del "reato eventualmente di durata", nel prisma della nota distinzione tra perfezionamento e consumazione.

Quanto agli orientamenti delle corti superiori degli Stati federati, sono state inserite nell'alveo delle *continuing offenses,* ad esempio, talune fattispecie di reato definibili come "abituale", quali lo *stalking* [vd. *State v. Tichenor*, 313 Mont. 95 (Montana 2002); *State v. Azamar-Nolasco,* NO. S-1-5C-37760 (New Mexico 2021); *State v. Joseph*, 345 Conn. 516 (Connecticut 2022)], le molestie telefoniche [vd. *State v. Adams*, 24 Sw3d. 289 (Tennessee 2000)], i maltrattamenti in famiglia [*State v. Douglas,* 345 Conn. 421 (Connecticut 2022)].

I reati di durata, per altro verso, non hanno mai destato particolare attenzione da parte della dottrina penalistica, che ha prodotto una letteratura davvero striminzita. Ciò a dispetto della centralità del tema nel prisma della *double jeopardy clause* e, più in generale, della disciplina del concorso di reati.

Taluni studiosi della materia, in ogni caso, si sono soffermati su queste figure soprattutto perché mossi da preoccupazione per i risvolti *contra reum* legati al regime della prescrizione[95], disinteressandosi però dell'elaborazione di un solido impianto teorico, utile ad orientare la prassi[96].

[95] Vd. BOLES J.R., Easing the tension between statute of limitations and the continuing offense doctrine, Northwestern University School of Law, 2, 2012, pp. 220 ss.

[96] Per altro verso, la *double jeopardy clause* è stata evocata anche in relazione ai c.d. "*continuing offenders",* ossia in ordine al problema della recidiva e delle c.d. "*three strikes laws*", introdotte a partire dagli anni '90, che penalizzano severamente i recidivi. Si tratta di un tema vasto, che non può essere affrontato *ex professo* in questa sede. Valga, però, considerare che con la sentenza *Ewing v. California*, 538 U.S. 11 (2003), la Corte suprema degli Stati Uniti ha confermato la costituzionalità di siffatte previsioni, rigettando la tesi del contrasto di esse con l'Ottavo Emendamento, che proibisce pene crudeli e inusuali.

VII. LE PRECLUSIONI PROCESSUALI. LA DISCIPLINA DELLE IMPUGNAZIONI.

La *double jeopardy clause* implica delle limitazioni alla disciplina delle impugnazioni ("*appeals",* termine, questo, che indica tanto i gravami davanti alle *courts of appeals* quanto quelli promossi presso le corti supreme, quelle dei singoli Stati e quella federale) in capo agli organi d'accusa.

In proposito, si deve rammentare che negli ordinamenti statunitensi l'*appeal* rappresenta impugnazione a critica limitata, anche per l'imputato, nel senso che secondo i sistemi processuali degli *States* (ove il *right of appeal* non è di rango costituzionale, bensì è sancito a livello statutario)[97] possono essere proposte dall'interessato soltanto questioni di diritto e non di fatto; sicché, a differenza del sistema nostrano, siffatti mezzi non hanno carattere di "puro gravame" (anche in ragione del fatto che nelle fasi successive al primo grado non è prevista la presenza della giuria)[98].

Volgendo l'obiettivo all'impugnazione da parte dell'organo d'accusa[99] occorre rimarcare come i poteri del procuratore si rivelino assai compressi, atteso che, innanzitutto, è inammissibile l'impugnazione (se non in casi assai particolari)[100] avverso

---

Ciò giudicando legittima, pur a fronte di soluzioni punitive sproporzionate, la scelta dei legislatori americani, che s'innesta su *incapacitation* e *deterrence*. In senso analogo, vd. *Lockyer v. Andrade*, 538 U.S. 63 (2003). La disciplina della recidiva negli Stati Uniti ha sollevato, però, come premesso, questioni anche a riguardo del *double jeopardy* del Quinto Emendamento. Tuttavia, il trattamento dei *continuing offenders* ha superato anche tale confronto, avendo la giurisprudenza ritenuto che l'impiego di precedenti come fattore aggravante per determinare la pena per un nuovo reato si collocherebbe al di fuori del perimetro del principio costituzionale. In altre parole, la nuova condanna non è considerata come un *double punishment* sulla base della *same offense,* secondo quanto stabilito in *Witte v. United States*, 515 U.S. 389 (1995), nonché in *Monge v. California*, 524 U.S. 721 (1998).

[97] Vd. LAFAVE W.R. E AL., Criminal procedure, Eagan, 2009, p. 1294; ROBERTSON C.B., The right to appeal*,* North Carolina Law Review, 4, 2013, pp. 1219 ss; DJUKIC D., The right to appeal in comparative prospective, The journal of appellate practice and process, 2, 2018, pp. 187 ss. Si tratta di un principio consolidato in giurisprudenza, sancito già da *McKane v. Durston*, 153 U.S. 684 (1894). Ciò nonostante, come stabilito da *Carter v. Illinois*, 329 U.S. 173 (1946), gli Stati federati sono comunque obbligati a prevedere delle forme, seppur limitate nell'oggetto, di impugnazione delle sentenze penali di primo grado, pena la violazione del Quattordicesimo Emendamento e della *due process clause*. In ogni caso si tratta di una questione più teorica che pratica, in quanto tutte le giurisdizioni prevedono l'istituto dell'*appeal.*

[98] Talché, l'imputato può impugnare la sentenza di condanna facendo riferimento ad un catalogo abbastanza ristretto di motivi di censura, che possono essere ricondotti a questioni di legittimità che investono la violazione di legge sostanziale e processuale, tra cui le norme che attengono ai criteri di valutazione delle prove, in caso di c.d. "*jury misconduct",* nonché di violazioni dei diritti della difesa costituzionalmente garantiti. Vd. HALL D.E., Criminal law and procedure*,* Boston, 2021, pp. 533 ss.

[99] Su cui vd., nella letteratura italiana, vd. GRIFFO M., Il processo penale nel sistema statunitense*,* Napoli, 2015, pp. 99 ss; LAZZARINI F., L'appello del pubblico ministero contro le sentenze di proscioglimento: dagli Stati Uniti un modello per l'Italia?*,* Sistema Penale*,* 2, 2022, pp. 45 ss.

[100] Uno di questi è indicato da *People v. Aleman*, 281 Ill. App. 3d 991, 667 N.E.2d 615 (Ill. App. Ct. 1996), analizzata da RUDSTEIN D.S., Double jeopardy and the fraudulently obtained acquittal, Missouri Law Review*,* 3, 1995, p. 607. Nell'occasione, l'imputato aveva corrotto il giudice, con la conseguenza che

un verdetto di *acquittal* (assoluzione nel merito)[101], pena, per l'appunto, la violazione della *double jeopardy clause*[102].

Sulla questione si è soffermata la già richiamata *Benton v. Maryland* (1969), prima della quale la clausola del doppio rischio – come si ricordato – era considerata applicabile solo nei confronti del Governo e delle giurisdizioni federali e nella limitata sfera dell'ordinamento federale medesimo, secondo la tesi sposata dalla citata *Palko v. Connecticut* (1937).

Nel *Benton's case*, l'imputato era stato inizialmente assolto da un'accusa di furto con scasso, ma condannato per un ulteriore episodio di furto. Dopo un nuovo processo, richiesto su iniziativa del *defendant* (che aveva eccepito un vizio processuale, relativo alla formazione della giuria che aveva pronunciato il verdetto), questi era stato condannato per entrambi i reati.

Benton, allora, aveva sostenuto che il nuovo processo e la condanna che ne era scaturita in ordine all'accusa da cui era stato assolto violasse il principio del *double jeopardy*; la Corte Suprema, quindi, in accoglimento delle doglianze dell'interessato, ha rovesciato il precedente *Palko v. Connecticut* e ha stabilito il diritto a non essere processato due volte per lo stesso reato su cui fosse stato già pronunciato un verdetto di *acquittal*, ovverosia una decisione sulla fondatezza dell'accusa[103].

---

si ritenne possibile agire nuovamente contro il *defendant* poiché nel precedente *trial* questi non avrebbe «mai effettivamente corso il rischio di subire la condanna».

[101] All'assoluzione è assimilato il proscioglimento per insufficienza di prove. Vd. *United States v. Martin Linen Supply Co.*, 430 U.S. 564 (1977); *Hudson v. Louisiana*, 450 U.S. 40 (1981); *Evans v. Michigan*, 568 U.S. 313 (2013).

[102] Si tratta di un limite (*bar*) che è stato affermato in più occasioni dalla Corte suprema degli Stati Uniti già a partire dalla fine del XIX secolo, in ordine al sistema penale federale. Vd. *United States v. Sanges*, cit.; *United States v. Ball*, 163 U.S. 662 (1896); *Kepner v. United States*, cit. Più di recente, vd. *United States v. Powell*, 469 U.S. 57 (1984). Siffatto sbarramento si applica anche in casi di gravi sviste in ordine all'interpretazione del diritto penale sostanziale o processuale da parte della corte: vd. *Smalis v. Pennsylvania*, 476 U.S. 140 (1986). In argomento, vd. anche *Duncan v. Tennessee*, 405 U.S. 127 (1972), nonché *United States v. Scott*, 437 U.S. 82 (1978), per la quale «il fatto che l'assoluzione possa derivare da decisioni probatorie sbagliate o da interpretazioni errate dei principi giuridici vigenti influisce sull'accuratezza di tale determinazione, ma non impatta sul carattere essenziale della *double jeopardy clause*». Il che, tenendo conto delle facoltà riconosciute all'imputato, determina un sistema di appello c.d. "asimmetrico".

[103] Sicché, l'impugnazione dello Stato è ammessa nel caso in cui il proscioglimento del *defendant* sia intervenuto per motivi diversi, come ad esempio per via dell'inadeguatezza formale dell'accusa, vizi di procedura, la prescrizione del reato, o il difetto di giurisdizione. Su questa linea la giurisprudenza statunitense si è orientata rispetto all'ipotesi in cui il proscioglimento dell'imputato, per motivi diversi da quelli che attengono l'accertamento nel merito della colpevolezza, sia disposto in sede di gravame, a seguito di una precedente pronuncia di condanna. In questi casi, con una serie di sentenze di metà anni '70, la Corte suprema *U.S.A.* ha fissato la *regula iuris* per cui l'impugnazione del *prosecutor* davanti ad una corte superiore, fondata su questioni di diritto, non si collocherebbe in violazione della *double jeopardy clause,*

Sicché, per inciso, una limitazione alle prerogative dell'accusa ben più ampia rispetto a quella da ultimo introdotta in Italia con la "riforma Nordio" (l. 9 agosto 2024, n. 114) che, intervenendo sull'art. 593 c.p.p., ha stabilito che «il pubblico ministero non può appellare contro le sentenze di proscioglimento per i reati di cui all'art. 550, commi 1 e 2».

Si tratta, dunque, di un elemento particolarmente significativo nell'economia del *ne bis in idem* statunitense, in quanto esso conferisce alla proiezione processuale della *double jeopardy clause* dei caratteri peculiari rispetto a quella di diritto penale sostanziale.

Se, infatti, come si è avuto modo di sottolineare, non sussiste alcun divieto per il legislatore di prevedere che da una condotta possano derivare plurime responsabilità, in base all'applicazione congiunta di diverse norme incriminatrici confluenti sull'*idem factum,* con conseguente possibilità di cumulo anche di processi (e ciò segna una delle più rilevanti diversità con il sistema nostrano, su cui *infra*), in questo caso si è al cospetto di uno sbarramento invalicabile, tale da determinare l'illegittimità di previsioni statutarie di senso contrario.

Ciò dovendosi ritenere l'*acquittal* «*final and conclusive*», al fine di tutelare il *defendant* dal rischio di essere condannato pur laddove innocente[104].

Inoltre, all'accusa è, di massima, preclusa anche l'impugnazione delle sentenze di condanna al fine di ottenere una riforma e l'applicazione di una pena più severa (*sentence increase*). Ciò salvo il caso in cui tale prospettiva venga espressamente contemplata dal legislatore, nel qual caso non si applica la *double jeopardy clause*[105].

A quanto sopra esposto si deve aggiungere che nei sistemi processuali americani gli organi d'accusa sono legittimati a formulare accuse "alternative", ovverosia a prospettare la condanna del *defendant* sulla base di qualificazioni giuridiche diverse del

in quanto essa mirerebbe a "rispristinare" la pregressa statuizione di condanna. Vd. *United States v. Morrison*, 429 U.S. 1 (1976); *United States v. Rose*, 429 U.S. 5 (1976); *United States v. Kopp*, 429 U.S. 121 (1976). In argomento, vd. anche *United States v. Wilson*, 420 U.S. 332 (1975): «quando un giudice si pronuncia a favore dell'imputato dopo che sia stato emesso un verdetto di colpevolezza, il *prosecutor* può presentare ricorso contro tale sentenza senza violare la clausola del doppio rischio».

[104] Vd., nella letteratura italiana, FRANCHIOTTI V., La giustizia penale statunitense, Torino, 2022, pp. 111 ss.

[105] Vd. *United States v. DiFrancesco*, 449 U.S. 117 (1980); *Pennsylvania v. Goldhammer*, 474 U.S. 28 (1985). In ogni caso, come stabilito da *Bullington v. Missouri,* 451 U.S. 430 (1969) deve, comunque, ritenersi preclusa tale ipotesi nel caso in cui, a seguito di una sentenza di condanna, l'*appeal* fosse finalizzato ad ottenere il *capital punishment.*

fatto[106]. In argomento occorre rilevare, allora, che nel caso in cui l'imputato venisse condannato per una *lesser offense*, ciò determinerebbe un *implicit acquittal* per le ipotesi più gravi, generando lo sbarramento all'appello promanante dalla *double jeopardy clause*[107].

1. Il *retrial* e il *mistrial*.

Come già si è accennato, la *double jeopardy clause* costituisce un ostacolo invalicabile anche alla possibilità del *retrial,* ovverosia di un secondo processo, sulla diade *same conduct/same offense,* laddove sia intervenuto un pronunciamento nel merito sulla responsabilità dell'imputato[108].

[106] Così come, del resto, in Italia. Vd., di recente, Cass., Sez. V, 12 marzo 2024, n. 21860. Ciò, sebbene, in effetti, tale facoltà dovrebbe ritenersi non estensibile all'ipotesi di contestazione di fatti e di norme logicamente incompatibili tra loro, poiché in siffatta ipotesi verrebbe leso il diritto di difesa dell'imputato ed il principio del giusto processo.

[107] Il principio è stato espresso dalla già citata *Green v. United States*, che ha per l'appunto creato la c.d. "*implied acquittal doctrine*", sulla quale vd. anche *Price v. Georgia*, 398 U.S. 323 (1970). Più di recente, vd. *Yeager v. United States*, 557 U.S. 110–122 (2009), per la quale lo sbarramento si verificherebbe anche nell'ipotesi in cui la giuria avesse raggiunto un verdetto di assoluzione su uno dei capi d'imputazione e fosse entrata in "stallo" sugli altri, qualora, comunque, il difetto di responsabilità dichiarato dalla giuria fosse logicamente incompatibile con la fondatezza delle ulteriori accuse mosse nei confronti del *defendant,* su cui la giuria non fosse stata in grado di esprimere un verdetto. Su questo tema, vd. anche *infra.*

[108] Vd. *Arizona v. Washington*, 434 U.S. 497 (1978), per la quale l'interesse pubblico alla tutela del principio, che è alla base del sistema giudiziario, «*is so strong that an acquitted defendant may not be retried even though the acquittal was based upon an egregiously erroneous foundation*». Analogamente, in precedenza, *Fong Foo v. United States*, 369 U.S. 141 (1962). Sull'impossibilità di esercitare una nuova azione penale, in relazione alla *same offense,* a seguito dell'annullamento in appello della sentenza di condanna in primo grado, determinato dalla carenza di prove, vd. *Burks v. United States*, 437 U.S. 1 (1978), nonchè *Greene v. Massey,* 437 U.S. 19 (1978). Sul particolare caso della c.d. "*inconsistency"*, vd., di recente, *McElrath v. Georgia*, 601 U.S. (2024). L'imputato, in particolare, era stato imputato per omicidio ed omicidio premeditato (*malice murder*) per aver ucciso la propria madre adottiva. La giuria, dunque, aveva riconosciuto il *defendant* colpevole di omicidio assolvendolo per l'altra, più grave, accusa in ragione dell'incapacità di intendere e di volere. Successivamente, la Corte suprema della Georgia aveva annullato il verdetto, ritenendolo viziato da *inconsistency,* ovverosia da incoerenza/contraddittorietà insanabile, rinviando alla corte inferiore per un nuovo giudizio su tutti i capi d'imputazione precedentemente contestati. All'apertura del nuovo *trial,* l'interessato, dunque, aveva preliminarmente eccepito la violazione della *double jeopardy clause,* sviluppando una mozione che, tuttavia, era stata rigettata. Nel corso del nuovo giudizio, l'accusato aveva nuovamente eccepito che il nuovo processo sarebbe stato precluso per motivi di doppio rischio, ma la corte aveva giudicato tale deduzione infondata. Sicché, il ricorso alla *Federal High Court,* che ha ritenuto che la *double jeopardy clause* impedirebbe, nel caso di sentenza di assoluzione, la riproposizione di un nuovo giudizio sulla *same offense,* nonostante le previsioni statutarie di senso contrario previste nell'ordinamento della Georgia. Ciò soggiungendo che l'effetto paralizzante della pronuncia di *acquittal* non potrebbe essere scalfito dall'incoerenza del verdetto. Questo orientamento deve essere ricondotto, invero, ad un certo filone giurisprudenziale – vd., ad esempio, *Dunn v. United States*, 284 U.S. 390 (1932) – per il quale l'*inconsistency* potrebbe essere determinata da scelte clemenziali legittimamente assunte, di fatto, dalla giuria in sede di pronuncia del verdetto. Chiaramente la prospettiva è diversa nel caso in cui la contraddittorietà del verdetto si ripercuotesse negativamente sulla posizione del reo; tuttavia, anche in tale evenienza, rimangono intangibili i capi della pronuncia favorevoli al *defendant.* Vd. *Bravo-Fernandez v. United States*, 137 S.Ct. 352 (2016).

Il *double jeopardy,* tuttavia, non si concretizza allorquando un precedente verdetto di colpevolezza venga invalidato per vizi di natura procedurale, nel qual caso, di massima, è ammessa la riattivazione dell'accusa[109].

Si deve notare, in proposito, che i sistemi statunitensi – che in ciò rappresentano un vero e proprio *unicum* nel panorama internazionale – si fondano sul principio per cui, sulla base della *double jeopardy clause,* è perclusa l'instaurazione di un nuovo processo anche in ipotesi in cui sia stato già attivato un procedimento sulla medesima accusa che si sia concluso senza l'adozione di un verdetto.

Tale sbarramento, in estrema sintesi, sorge allorquando si sia verificato il c.d. "*jeopardy attachment"*, ovverosia dopo l'impannellamento ed il giuramento prestato dalla giuria[110] nonché l'intervento, nel corso del *trial,* di una decisione della corte che possa essere considerata, di fatto, come espressiva dell'*acquittal*[111].

Il che si verifica, ad esempio, allorquando la corte disponga, prima del pronunciamento del verdetto da parte della giuria, la chiusura del processo rilevando l'insufficienza delle prove addotte dall'accusa[112].

---

[109] Come rilevato già da *Murphy v. Massachusetts*, 177 U.S. 155 (1900) e, più di recente, da *Michigan v. Payne*, 412 U.S. 47 (1973), con cui è stata rigettata la *double jeopardy defense* in un caso in cui un imputato aveva impugnato vittoriosamente un verdetto di condanna deducendo che lo stesso si fosse basato su una confessione estorta in fase di indagini, opponendo poi la suddetta *defense* nel nuovo processo. Nello stesso tempo negli *U.S.A.* è stata elaborata, in relazione alle ipotesi di impugnazione della sentenza di condanna da parte dell'imputato, la c.d. "presunzione di vendetta" (*presumption of vindictiveness*) che costituisce un limite alla *reformatio in pejus*. Essa mira a prevenire che la pena possa essere impiegata come ritorsione nei confronti del *defendant* per aver esercitato il diritto di appello, o come strumento disincentivante la proposizione del gravame. Su questa *rule,* vd. *North Carolina v. Pearce*, cit.; *Bullington v. Missouri*, cit.; *Colten v. Kentucky*, 407 U.S. 104 (1972); *Blackledge v. Perry*, 417 U.S. 21 (1974); *United States v. Goldwin*, 457 U.S. 368 (1982); *Arizona v. Rumsey*, 467 U.S. 203 (1984); *Wasman v. United States*, 468 U.S. 559 (1984); *Texas v. McCullough*, 475 U.S. 134 (1986), nonché *Alabama v. Smith*, 490 U.S. 794 (1989). Si tratta di una serie di pronunce in linea con *Moon v. Maryland*, 398 U.S. 319 (1970), che ha chiarito come la condanna ad una pena più grave rispetto a quella stabilita nella sentenza oggetto di gravame, a seguito di annullamento e regresso del giudizio, debba essere oggetto di specifica motivazione da parte del giudice, nonché fondarsi su fatti sopravvenienti alla sentenza invalidata. In dottrina, su questo principio, vd. SIAGAL B., Double jeopardy and due process*,* Journal of Criminal Law and Criminology*,* 2, 1968, p. 247.

[110] Vd. *Martinez v. Illinois*, 572 U.S. 833 (2014). Nel caso di processo senza giuria (c.d. "*bench trial*"), il *double jeopardy attachment* scatta, invece, al momento in cui sia principiata l'acquisizione delle prove. Vd. *Serfass v. United States*, 420 U.S. 377 (1975); *Crist v. Bretz*, 437 U.S. 28 (1978); *State v. Linscott*, 416 A.2d 255, 258 (Maine 1980). Sul *double jeopardy attachment,* vd., in generale, anche *Downum v. United States*, 372 U.S. 734 (1963).

[111] Vd. *Schiro v. Farley*, 510 U.S. 222 (1994), per la quale si deve trattare di provvedimenti "*ammounting to an acquittal"*.

[112] Vd. *United States v. Jenkins*, 420 U.S. 358 (1975); *Finch v. United States*, 433 U.S. 676 (1977); *Smith v. Massachusetts*, 543 U.S. 462 (2005).

Sicché, per tirare le somme, nel caso in cui il processo fosse giunto ad una fase in cui si sia verificato il *jeopardy attachment* e sia stato emesso dalla corte un provvedimento di *substantial acquittal:*

- è preclusa all'accusa l'istaurazione di un nuovo processo (*retrial*) sulla base della *same conduct* e della *same offense*;

- è parimenti escluso, salvi casi limite, al *prosecutor* proporre impugnazione avverso il provvedimento di assoluzione[113].

Qualora, invece, una volta che si fosse verificato il *jeopardy attachment,* il procedimento si chiudesse in difetto di un verdetto nel merito della giuria, su decisione della corte che avesse rilevato un vizio procedurale, ossia in caso di c.d. "*procedural rulings",* la clausola, di massima, non impedisce, come si è accennato in precedenza, l'appello dell'accusa[114].

Quanto al *retrial,* esso è pure ammesso[115], salvo sia intervenuto un *dismissal with prejudice* (il che si verifica nell'ipotesi in cui la corte avesse rilevato vizi a livello procedurale o violazioni dei diritti costituzionali dell'imputato insanabili)[116] oppure nel caso in cui il potere di interrompere il processo fosse stato illegittimamente esercitato dal giudice o, sempre a determinate condizioni, provocato dal comportamento tenuto dall'accusa, anche nel corso del *trial*.

Occorre tenere presente, a tal riguardo, che nei sistemi processuali statunitensi il giudice, nel caso di vizi che minano la validità del processo (*mistrial*), è investito di ampi poteri officiosi di disporre, prima del pronunciamento del verdetto della giuria, l'interruzione del *trial* che, se correttamente esercitato, determina l'effetto

[113] Vd. AA.VV., *U.S. Constitution. Fifth Amendment,* Washington, 2017, pp. 1493 ss.

[114] Vd. *Sanabria v. United States*, 437 U.S. 54 (1978).

[115] Vd. *Gori v. United States*, 367 U.S. 364 (1961): «quando, per ragioni ritenute impellenti dal giudice del processo, che è nella posizione migliore per prendere una tale decisione in modo intelligente, gli scopi della giustizia sostanziale non possono essere raggiunti senza interrompere il processo, anche senza il consenso dell'imputato e addirittura nonostante la sua obiezione a tale soluzione, un nuovo processo può essere intentato, e l'imputato può essere sottoposto a un nuovo processo in conformità con il Quinto Emendamento». Generalmente, la giurisprudenza ammette il *retrial* laddove si verifichi lo "stallo", allorquando, cioè, la giuria non riesca a raggiungere un verdetto sui capi d'accusa o su alcuni di essi: vd. *Johnson v. Louisiana*, 406 U.S. 356 (1972); *United States v. Sanford*, 429 U.S. 14 (1976); *Richardson v. United States*, 468 U.S. 317 (1984); *Sattazahn v. Pennsylvania*, 537 U.S. 101 (2003); *Yaeger v. United* States, 557 U.S. 110 (2009); *Blueford v. Arkansas*, 566 U.S. 599 (2012). In dottrina, vd. FINDLATER J.E., Retrial after hung jury: the double jeopardy problem, University of Pennsylvania Law Review, 2, 1981, pp. 701 ss.

[116] Vd., ad esempio, *Brady v. Maryland*, 373 U.S. 83 (1963), sull'occultamento delle prove a favore del *defendant,* nonché *Arizona v. Youngblood*, 488 U.S. 51 (1988), sul tema della distruzione delle prove.

[suggestivamente indicato da *Poland v. Arizona*, 476 U.S. 147 (1986)] della "*slate wiped clean"* ("ripulitura della lavagna").

Sicché, come stabilito dalla già citata *United States v. Josef Perez*, in talune ipotesi di invalidazione, determinate da una "*manifest necessity"* (concetto, questo, che ha determinato non minime incertezze interpretative e applicative)[117], in caso di riattivazione dell'accusa in un *second trial*, la *double jeopardy defense* è paralizzata.

Trattandosi, allora, di soluzioni che impattano sulla sfera dell'imputato e sul diritto ad essere giudicato "una sola volta", le corti superiori [vd., ad esempio, *United States v. Tateo*, 377 U.S. 463 (1964)], sollecitano al riguardo estrema cautela, attraverso una delicata opera di bilanciamento con l'esigenza di evitare che, per via di talora minimi errori procedurali, possano generarsi delle indebite nicchie di impunità[118].

2. Il c.d. "*collateral estoppel*".

Sul piano processuale, infine, per completare il breve affresco che si è tracciato, si deve segnalare come la *double jeopardy clause* abbia a corollario la c.d. "*collateral estoppel doctrine*" (o "*issue doctrine*"), in base alla quale una corte non può riesaminare *contra reum* una questione di fatto già giudicata in un altro procedimento in senso favorevole all'imputato.

[117] Vd. BROWN R.C., Constitutional law, double jeopardy: new approach to the "manifest necessity" rule, Wake Forest Law Review, 2, 1972, pp. 453 ss; SCHULHOFER S.J., Jeopardy and mistrials, Journal University of Pennsylvania Law Review, 3, 1977, pp. 449 ss; HAMPTON B.N., Recent development, University of Baltimore Law Forum, 2, 2014, pp. 221 ss.

[118] Su questo tema, vd. *United States v. Jorn*, 400 U.S. 470 (1971), per la quale un plateale abuso del potere conferito al giudice di interrompere il processo implicherebbe la preclusione del *retrial*; *Illinois v. Somerville*, 410 U.S. 458 (1973), secondo cui la suddetta preclusione si verificherebbe nel caso in cui il vizio procedurale fosse stato determinato scientemente dall'accusa; *United States v. Dinitz*, 424 U.S. 600 (1976), per la quale «quando si verificano vizi procedurali non attribuibili ad abusi dell'accusa o della corte, si presume normalmente che una mozione dell'imputato per nullità del processo rimuova qualsiasi ostacolo alla riattivazione del procedimento, anche se la mozione dell'imputato è resa necessaria da un errore dell'accusa o del giudice. In assenza di tale mozione, i giudici possono comunque esercitare la loro discrezionalità giudiziaria affinché l'attività giudiziaria non sia vanificata». Vd., inoltre, *Lee v. United States*, 432 U.S. 23 (1977): «quando un imputato sviluppa un'eccezione al fine di invalidare il processo, la clausola del doppio rischio non impedirà la riedizione del procedimento in assenza di condotta in malafede da parte del giudice o del pubblico ministero»; *Oregon v. Kennedy*, 456 U.S. 667 (1982), che ha stabilito come la *double jeopardy clause* si applicherebbe nel caso in cui il *prosecutor,* avvedendosi di errori nell'impostazione dell'accusa, determinasse volontariamente un'invalidità processuale, "provocando" l'eccezione del *defendant,* al fine di evitare che il *trial* sfoci in un verdetto favorevole all'imputato, trattandosi di "*prosecutorial manipulation*". Su questi temi, vd. anche la sentenza della Corte suprema del Nevada *Thomas v. State*, 138 Nev. Adv. Op. 37 (Nevada 2022). In dottrina, vd. MCEVOY E., *When double jeopardy should bar retrial in cases of prosecutorial misconduct*, Columbia Law Review, 1, 2022, pp. 173 ss.

Il *leading case* è rappresentato da *Ashe v. Swenson*, 397 U.S. 436 (1970), con cui, in particolare, si è escluso che un *defendant*, accusato di aver commesso, nella medesima occasione, una rapina ai danni di più soggetti, già prosciolto per la *robbery* perpetrata nei confronti di una delle vittime, potesse essere ulteriormente processato per quelle riguardanti le altre, attesa la medesimezza dell'oggetto dell'accusa, dell'azione (evidentemente intesa in termini spazio-temporali), la comunanza dei mezzi probatori necessari ad accertare la responsabilità ma, soprattutto, la circostanza per cui nel precedente *trial* era stata esclusa la presenza *in loco* dell'imputato e che questo fosse responsabile dell'azione predatoria[119].

La giurisprudenza, in merito, ha precisato che: i) il *collateral estoppel* sia una garanzia per l'imputato, non assumendo carattere di c.d. "*mutuality"* (ovverosia non potendosi attribuire efficacia panprocessuale a pronunciamenti sfavorevoli al reo); ii) la *res iudicata* sia efficacemente invocabile soltanto da un soggetto che abbia assunto la veste di parte nel precedente *trial*; iii) l'efficacia di giudicato relativa ad una precedente statuizione possa essere invocata soltanto se questa sia intervenuta nel corso di un processo penale e fatta valere in un successivo *criminal trial*, dovendosi escludere la fruibilità del precedente in un giudizio *civil,* quale quello avente ad oggetto la *forfeiture*, perché governato da canoni probatori difformi (la prevalenza della prova piuttosto che il *beyond any reasonable doubt*); iv) il *collateral estoppel* si determini soltanto laddove il fatto accertato nel giudizio parallelo sia stato essenziale per la decisione sulla fondatezza della precedente accusa, dovendosi escludere, pertanto, l'efficacia panprocessuale di meri *obiter dicta*[120].

Si tratta, dunque, di principi che, in parte, richiamano il concetto di "conflitto tra giudicati" e la disciplina della revisione, di cui all'art. 630 del codice di procedura penale italiano, ove è stabilito che «la revisione può essere richiesta… se i fatti stabiliti a fondamento della sentenza o del decreto penale di condanna non possono conciliarsi con quelli stabiliti in un'altra sentenza penale», con una previsione che si fonda sul

[119] Analogamente *Simpson v. Florida*, 403 U.S. 384 (1971). Ciò con *overruling* rispetto a *Hoag v. New Jersey*, 356 U.S. 464 (1958). Su questo vincolo, vd. anche *Harris v. Washington*, 404 U.S. 55 (1971); *Turner v. Arkansas*, 407 U.S. 366 (1972); *Dowling v. United States*, 493 U.S. 342 (1990); *Bobby Bies v. United States*, 556 U.S. 825 (2009); *Bravo-Fernandez v. United States*, cit.

[120] Sulla *collateral estoppel,* nella letteratura vd., anche per gli opportuni richiami giurisprudenziali, POKORNY JR. W.H., Criminal law: federal rule of collateral estoppel, Loyola University of Chicago Law Journal, 2, 1971, pp. 183 ss; HILL E., Expanding double jeopardy collateral estoppel, Florida State University Law Review, 3, 1974, pp. 511 ss; WEAVER R.L., Double jeopardy and issue preclusion, Texas Technology and Law Review, 1, 2020, pp. 85 ss; NORTH V.A., Doubling down: inconsistent prosecutions, capital punishment and double jeopardy, New York Law Review, 1, 2022, pp. 236 ss.

presupposto della «oggettiva incompatibilità tra i "fatti" (ineludibilmente apprezzati nella loro dimensione storico-naturalistica) su cui si fondano le diverse sentenze»[121].

Tale disciplina, però, differisce dal *collateral estoppel* anche in relazione alla circostanza che la revisione implica la sussistenza di due pronunciamenti definitivi incompatibili sul fatto. Sicché, *de iure condito,* solo attraverso una (forse non inopportuna) lettura estensiva dell'art. 649 c.p.p. (su cui *infra*) si potrebbe ammettere un *collateral estoppel* "italiano", teso a prevenire il conflitto c.d. "teorico" tra giudicati con effetti *contra reum*[122].

VIII. LE POSIZIONI DOTTRINALI.

Già a partire dagli anni '50 dello scorso secolo, la dottrina evidenziò come la *double jeopardy clause* costituisca un limite illusorio al diritto e alle iniziative accusatorie. In particolare, già *illo tempore,* si osservò come le corti dei singoli Stati tendessero sistematicamente ad ignorare il principio della Costituzione federale, talora espresso anche dalle Carte e dagli statuti nazionali, dando origine ad un corpo di precedenti illogico e contraddittorio.

Del resto, la locuzione *same offese*, compendiata nel Quinto Emendamento, per via della sua indeterminatezza, finì presto con l'assecondare orientamenti alquanto ondivaghi in sede pretoria, nonché il frequente rigetto di questioni di legittimità sollevate sulla scorta del citato canone costituzionale, attraverso soluzioni *case to case,* da "giustizia del caso concreto".

Il tutto in un contesto che, già allora, cominciò a far registrare la proliferazione delle previsioni incriminatrici, generando, a sua volta, l'aumento delle ipotesi di convergenza di norme e, quindi, il rischio dei cumuli processuali e punitivi[123].

A valle dell'elaborazione del *Blockburger test,* come pure la dottrina non ha mancato di rilevare, la giurisprudenza si è trovata, peraltro, a dover fruire di criteri richiamati dalla Corte suprema federale in maniera assai laconica*;* il che ha sospinto le

[121] Corte cost., 2 marzo 2018, n. 42.

[122] Su questi temi, nella sterminata letteratura, vd., tra i contributi più recenti, BONTEMPELLI M., Prova, verità e giudicato penale*,* www.archiviopenale.it*,* 21 gennaio 2020.

[123] In argomento, vd. COMLEY W., Former jeopardy, Yale Law Journal, 3, 1926, pp. 674 ss; HORACK JR. F.E., The multiple consequences of a single criminal act, Minnesota Law Review, 1, 1937, pp. 805 ss; KIRCHHEIMER O., The act, the offense and double jeopardy, Tale Law Journal, 1, 1949, pp. 513 ss; MAYERS D.K./YARBOROUGH F.L., Bis vexari, new trials and successive prosecutions, Harvard Law Review, 1, 1960, pp. 1 ss.

corti a riferirsi alla *voluntas legislatoris,* idonea a garantire alla giurisprudenza ampi spazi di manovra, dando luogo, così, a soluzioni talora platealmente discordanti su casi analoghi e, quindi, un insieme di precedenti assai incoerenti tra loro[124].

Del resto, il *same transaction test* (astrattamente idoneo a ridurre i cumuli in ipotesi riconducibili al concorso formale e al reato continuato), così come il concetto di azione nella tradizione nostrana, nonché il *same element criterion*, che presenta forti analogie con il confronto strutturale e il criterio di specialità "*Italian style"*, si sono rivelati particolarmente resilienti ad un'esatta definizione; a ciò si aggiunga che il *same evidence test,* che rappresenta forse l'elemento più interessante nel *Blockburger's set,* sinora è stato oggetto di un approccio alquanto semplicistico da parte della giurisprudenza americana.

A ben riflettere, il parametro da ultimo citato si presta ad esser concepito in due diverse accezioni, ovverosia in concreto o in astratto; nel primo caso, l'ipotesi della *same offense* si concretizzerebbe, agli effetti della disciplina del concorso di reati e della *double jeopardy clause,* allorquando le accuse mosse nei confronti del reo implicassero l'assunzione del medesimo mezzo di prova nel processo, in dipendenza della specifica vicenda criminosa. Così, ad esempio, qualora il reo dovesse compiere una rapina nei confronti di una vittima e un omicidio ai danni di un'altra davanti agli occhi del medesimo teste, si dovrebbe concludere che si sarebbe dinnanzi, per l'appunto, alla *same offense,* con risultati, però, alquanto discutibili, sotto il profilo della logica e della giustizia sostanziale[125].

Nella seconda accezione, invece, ovverosia qualora il *test* dovesse essere impiegato nel prisma astratto, tenendo conto, cioè, dei fatti da dimostrarsi a processo, il *same evidence* tracimerebbe nel *same element test,* risultando sostanzialmente un suo doppione. Ciò secondo una linea sposata, ad esempio, da *Thomas v. State*, 277 Md. 257, 267 (Maryland 1976): «se ognuno dei reati richiede una prova di un fatto che gli altri non

[124] ASH M., Multiple offenders and multiple offenses, Prosecutor, 6, 1974, pp. 473 ss.

[125] A ciò si aggiunga una potenziale "aporia" teorico-applicativa correlata al *same evidence test*. Nell'ipotesi in cui ad un omicidio avessero assistito più testimoni, il *prosecutor* sarebbe addirittura legittimato a procedere due volte per lo stesso fatto, nei confronti del medesimo imputato, chiamando a deporre in ciascuno dei diversi *trial* uno soltanto dei testi oculari, come rilevato dalla citata sentenza *Grady v. Corbin.*

richiedono *o, in altre parole,* ogni reato contiene elementi che l'altro non possiede, non vi è *same offense* ai fini del *double jeopardy*»[126].

Il che pone in luce le ragioni di talune tendenze giurisprudenziali, che, come si è già accennato, negano *tout court* della validità del parametro.

Più in generale, occorre rimarcare che sebbene con *Blockburger v. United States* la Corte suprema *U.S.A.* avesse coltivato, mediante l'elaborazione di indici rivelatori della *same offense,* l'ambizione di fornire all'interprete dei criteri guida, fruibili in caso di impossibilità di individuazione della *ratio legis*, nella prospettiva di una limitazione dei cumuli, i suddetti parametri siano stati, non di rado, impiegati dalla giurisprudenza, talvolta con plateali forzature, in un'ottica diametralmente opposta, ovverosia spiccatamente *contra reum* e, su questa linea, utilizzati per far emergere una *voluntas legislatoris* conforme alla soluzione di volta in volta sposata, per suffragare epiloghi di particolare rigore.

La Corte suprema degli Stati Uniti, ben al di là della *dual sovereignty doctrine,* ha mostrato, del resto, un chiaro *self restraint* rispetto alle scelte di incriminazione operate dai legislatori americani, affermando, in più occasioni, come la *double jeopardy clause* non vieterebbe che da una medesima condotta, o da un medesimo contesto d'azione possano scaturire responsabilità per una pluralità di reati concorrenti e cumuli processuali[127].

Sicché, in questa prospettiva, gli studiosi della materia hanno rimarcato che la clausola abbia finora mostrato scarsa capacità di controllo rispetto ad eccessi punitivi[128].

Con ciò non si vuole affatto sostenere che, ipotizzando l'impiego degli istituti nostrani, in tutti i casi sopra riportati, si sarebbe approdati a risultati diversi; quel che, invece, si intende sottolineare in questa sede è che l'approccio giurisprudenziale sopra descritto si colloca in un contesto ove l'*harsh treatment,* ovverosia le scelte punitive di inusitata severità attuate dai legislatori americani, non risulta validamente

[126] In tal senso anche *State v. Magee,* 146 So.3d, 193 (Louisiana 2014), in cui la Corte suprema della Louisiana ha confermato la sentenza di condanna dell'imputato per i reati di occultamento di arma da fuoco e di detenzione di arma provento di furto, rilevando come le fattispecie in comparazione si distinguessero in ragione degli elementi costitutivi e, conseguentemente, delle prove necessarie ad accertarli.

[127] In argomento, vd. anche POULIN A.B., Double jeopardy and multiple punishment: cutting the gordian knot, University of Colorado Law Review, 3, 2006, pp. 595 ss; HESSICK C.B./HESSICK F.A., Double jeopardy as a limit on punishment, Cornell Law Review, 1, 2011, pp. 45 ss.

[128] BRYCE P.M., Second thoughts on second punishments: redefining the multiple punishment prohibition, Vanderbilt Law Review, 1, 1997, pp. 167 ss (spec. p. 174).

controbilanciato da principi, quali la *double jeopardy clause,* o istituti atti a garantire la proporzionalità della risposta sanzionatoria all'illecito.

In alcuni settori "sensibili", poi, si deve constatare che la proliferazione di fattispecie (che finiscono spesso col convergere sull'*idem factum,* come nel caso della disciplina penale degli stupefacenti), pure frutto della logica del *tough on crime* e che, nella gran parte dei casi, alla luce degli orientamenti pretori sopra illustrati, genera delle matrici punitive a molteplici colonne, produce risultati in insanabile contrasto con la *proportionality* ma, a ben riflettere, anche con gli obiettivi moderni dei sistemi penali, in termini di reinserimento nel tessuto sociale del reo.

Né può tacersi sull'afflittività di misure, di natura patrimoniale ma anche personale, che pure sono previste, sotto l'etichetta "*civil",* in molti ambiti "cruciali" per la politica criminale statunitense (oltre agli stupefacenti, gli illeciti fiscali e, più in generale, i reati contro l'economia; le *sex offenses*), che, cumulandosi con le conseguenze giuridiche "classiche" del reato, contribuiscono a delineare un vero e proprio *Feindstrafrecht.*

Alle criticità sollevate dalle scelte legislative e dalle tendenze giurisprudenziali in disamina, però, si assomma la carenza di approfondimento dottrinale, nella misura in cui gli studiosi, pur mostrando interesse per le proiezioni della *double jeopardy clause* sul piano del processo, hanno scarsamente approfondito la disciplina del concorso di reati (valga considerare che, ancor oggi, nella manualistica di diritto penale sostanziale sono assai ridotte – se non, addirittura, del tutto assenti – parti dedicate a tale argomento).

Il che ha reso il dibattito alquanto limitato, tenendo conto che – per quanto si è esposto – al netto di alcune peculiarità della *double jeopardy clause* nella proiezione del *trial,* il dilemma tra concorso reale o apparente impatta in maniera significativa sul *ne bis in idem* processuale.

La dottrina penalistica statunitense, per di più, si è pressoché totalmente sottratta ad un (invece opportuno) confronto comparatistico con le più evolute costruzioni europee, tra cui quella italiana e quella tedesca. Non è un caso, allora, che uno studioso della levatura di Michael Vitiello (professore presso la *University of Pacific*), intervenendo anche sulla *double jeopardy clause,* abbia stigmatizzato "l'isolamento teorico" statunitense rispetto all'esperienza nostrana[129].

[129] Vd. VITIELLO M., Bargained for justice: lessons from Italians, www.archiviopenale.it, 12 maggio 2017.

Indipendentemente da ciò, qui di seguito verranno analizzate alcune delle costruzioni più significative elaborate dalla dottrina statunitense e, in particolare, quelle di Jay Sigler, Michael Moore, George Thomas e Douglas Husak.

1. La ricostruzione di Jay SIGLER.

La monografia di Jay A. SIGLER (docente di scienze politiche presso la *Rutgers*), dal titolo *Double jeopardy: development of a legal and social policy,* pubblicata nel 1969 a New York, rappresenta un testo fondamentale per l'approccio alla *double jeopardy clause.*

Il volume, antecedente a *Benton v. Maryland* (ovverosia alla pronuncia con cui, come si è già rammentato, la *double jeopardy clause* sancita dal Quinto Emendamento e il correlato *Blockburger test* sono divenuti parametri *official* anche per i legislatori e, soprattutto, per le giurisdizioni dei singoli Stati americani), riveste, innanzitutto, uno straordinario valore storico-ricostruttivo.

L'Autore, ripercorrendo la storia del principio, focalizzando l'attenzione sulla tradizione di *common law* inglese, infatti, ha il merito di aver posto in luce come il principio sia stato trapiantato negli *States* assumendo precocemente, però, un significato assai diverso da quello originario, per via delle peculiarità di contesto.

SIGLER, in proposito, ha notato come il *double jeopardy* avesse acquisito un particolare valore, in Inghilterra, allorquando cominciarono ad essere inseriti a sistema un numero consistente di illeciti e che, negli *States*, dopo l'approvazione del Quinto Emendamento, agli albori dell'ipertrofia del *criminal law,* i legislatori americani si occuparono di introdurre degli sbarramenti di natura processuale, piuttosto che prevedere un sistema ordinato di regole atte a limitare i cumuli nel contesto del diritto penale sostanziale e, in particolare, della disciplina del concorso di reati.

Tali *procedural rules*, ad avviso dello studioso, avrebbero però rappresentato una barriera assai limitata ai cumuli prodotti nei tempi a venire dall'ingrossamento della materia penale, tenendo conto che, secondo l'idea condivisa dall'Autore, «*constitutionally, there is nothing to prevent the legislature from repeatedly incrimianting similar acts*».

Per altro verso, anche la dottrina – ha proseguito SIGLER – si sarebbe impegnata nell'elaborare costruzioni finalizzate a limitare i cumuli soprattutto sul terreno del processo, al fine di informare il sistema al principio generale per cui «*no man should*

suffer twice for single act, che, per lo studioso, costituirebbe un principio pre-positivo, immanente al sistema normativo. Ciò attraverso il conio di principi, quali declinazioni della *double jeopardy,* recepiti in giurisprudenza ma rivelatisi, al banco della prassi, oscuri e produttivi di contrasti esegetici, tra cui la *manifest necessity rule*.

Il lavoro, inoltre, ha posto in risalto come la Corte suprema federale, sin dai primi arresti, chiamata a decidere in ordine ai cumuli sanzionatori, sanciti dai sistemi e dalle giurisdizioni dei singoli Stati americani, abbia mostrato in ordine ad essi un chiaro *self restraint*, a dispetto di soluzioni alquanto opinabili nel prisma del principio di proporzionalità.

Citando *Ciucci v. Illinois,* ovverosia un caso di *multiple prosecution,* SIEGLER ha stigmatizzato, poi, le difficoltà in cui si è dovuta imbattere, nel tempo, la giurisprudenza a fronte di un *set* di parametri, quali quelli elaborati da *Blockburger v. United States,* idonei a guidare l'interprete, al più, nell'ambito del concorso eterogeneo, sottolineando altresì come la sopra citata sentenza *Ciucci v. Illinois* si sarebbe rivelata indicativa di una proverbiale tendenza della Corte suprema «*to defer to State the double jeopardy policy*».

Quanto, ancora, ai parametri che compongono il *Blockburger's set,* SIGLER ben ha osservato come «*this important area of double jeopardy law seems to be largerly in the hands of the trial judge. He is left relatively free to employ the test of his choice, and his decision is usually affirmed. The intangible nature of the tests and the flexibility of their applications give the trial judge unusually discretionary powers*».

Volgendo l'obiettivo dell'indagine ai sistemi degli Stati federati, l'Autore ha affermato: «sebbene la *double jeopardy policy* a livello federale potesse prestarsi a rappresentare un modello, i singoli Stati hanno elaborato, su una minima base comune, le proprie politiche sui cumuli. I legislatori dei vari Stati si sono impegnati soprattutto nel prevedere norme atte a regolamentare i casi di *overlapping jurisdictions.* Al netto di ciò, le corti sono state lasciate senza punti di riferimento normativi per la gran parte degli aspetti legati al doppio rischio. A causa del silenzio degli statuti, quindi, la giurisprudenza è stata indotta all'improvvisazione, giungendo all'elaborazione di *test* ancor più cervellotici rispetto a quelli disegnati dalla giurisdizione federale».

Ciò, ad avviso di SIGLER, avrebbe determinato l'implementazione dei poteri dei *prosecutors,* che si rivelerebbe di «*great significance in the State double jeopardy*

policy», anche tenendo conto del maggior numero di illeciti previsti dagli statuti dei singoli Stati rispetto a quelli contemplati a livello federale.

Per altro verso, è stato sottolineato come il dibattito sulla questione dei cumuli sia stato tradizionalmente chiuso a confronti comparatistici, per via di «*nationalistic tendecies of American courts and lawyers*», nonché il fatto che i giuristi americani sarebbero «particolarmente restii all'ingresso di costruzioni giuridiche straniere (diverse da quelle di *common law* inglese) nella giurisprudenza e nei trattati di diritto, specie nel contesto del *criminal law*»[130].

Nella parte finale del libro l'Autore ha esposto, allora, le proprie idee di riforma, rimarcando che «in difetto di un intervento dei legislatori sul terreno del diritto penale sostanziale e processuale, la disciplina del *double jeopardy* non potrà che rimanere vaga».

Su questa linea, si è sostenuto che «dal punto di vista del diritto penale sostantivo, ciò che occorrerebbe fare è una vera e propria ristrutturazione dei sistemi, al fine di evitare i vuoti normativi, ma anche i casi di sovrapposizione di norme incriminatrici. Siffatta iniziativa risolverebbe la gran parte dei problemi che si registrano attualmente sul *double jeopardy*. Difatti, in molti statuti sono previste fattispecie pressoché identiche, che descrivono il medesimo fatto accordando pene diverse».

Dal punto di vista processuale, invece, SIGLER ha notato come la più rilevante proposta del *Model Penal Code* sarebbe rappresentata dall'introduzione di *mandatory joinder provisions.* Tuttavia, a tal riguardo, si è pure colto lo sbilanciamento di siffatte scelte verso la tutela del reo e come esse, fondandosi sulle disfunzioni dell'accusa, potrebbero determinare, in singoli casi, dei vantaggi indebiti per il *defendant,* con risultati in netto contrasto con le esigenze di tutela e di repressione che sottendono al *criminal law system.*

A margine di tale, breve ricostruzione del pensiero dell'Autore, si può osservare che, nel complesso, il libro di Sigler ha avuto un impatto significativo sulla successiva ricerca giuridica, fornendo un'approfondita base storica e sollevando importanti questioni che hanno stimolato un dibattito e un'analisi continui tra gli studiosi del diritto che si sono occupati della *double jeopardy clause*.

[130] Si tratta, però, di un errore in cui incorre, a ben considerare, anche il lavoro di Sigler, atteso che, al netto di brevi cenni al sistema francese, in esso non vi è traccia di alcuna analisi relativa a quello italiano e tedesco, ben più avanzanti rispetto al tema del *ne bis in idem*.

Il suo lavoro, così, è stato spesso citato nelle discussioni sui limiti e le applicazioni della clausola del doppio rischio; gli elementi di maggior interesse sono, però, rappresentati dal fatto che l'Autore ha ben colto come i problemi sollevati dal *ne bis in idem* statunitense ben difficilmente potrebbero essere risolti in difetto di interventi dei legislatori.

Sicché, le previsioni di SIGLER, a distanza di quasi mezzo secolo dalla loro elaborazione, si rivelano esatte, nel senso che l'analisi della casistica giurisprudenziale restituisce l'immagine di un disordine e di una disomogeneità rispetto alla quale i legislatori non hanno ancora inteso porre rimedio, attraverso interventi sulle parti generali dei codici penali, atte a regolare la convergenza di norme incriminatrici, o comunque sui rapporti tra singole fattispecie, mediante l'introduzione di clausole di riserva.

Ciò in contesti in cui, a fronte di un costituzionalismo "debole" in materia penale, il *ne bis in idem* processuale, talora presidiato da regole contenenti sbarramenti al *multiple trial,* ha rappresentato un argine davvero risicato rispetto alle tendenze espansive della materia penale e del *punishment,* che hanno implementato cumuli oltremodo severi.

2. La teoria dell'azione di Michael MOORE.

Michael S. MOORE (professore nell'*Illinois College of Law*) è autore della monografia *Act and crime: the philosophy of action and its implications for criminal law,* pubblicata per la prima volta a New York nel 1993 (e, successivamente, riedita nel 2010, ancora per i tipi di *Oxford University Press*).

MOORE, in premessa, ha evidenziato due principali caratteristiche del diritto penale moderno, ovverosia la proliferazione delle fattispecie penali (con il connesso problema della «*redundancy in provisions*») e la carenza di norme, di contenuto generale, idonee a guidare l'interpretazione delle fattispecie astratte previste dall'ordinamento, nonché delle relazioni tra esse intercorrenti.

Il volume di questo autorevole studioso si è prefissato, quindi, l'ambizioso obiettivo di illuminare tre elementi fondamentali del diritto penale anglo-americano attraverso l'elaborazione di una teoria filosofica dell'azione. Tali elementi, in particolare, sono rappresentati dall'*act*, dall'*actus reus* nonché, per l'appunto, dalla *double jeopardy clause,* segnata, come ha notato pure MOORE, da una persistente incertezza ed incoerenza nell'applicazione pretoria.

In questo quadro, la tesi muove dalla definizione di *act* (o *action*: l'Autore utilizza i termini come sinonimici), che è inteso in termini di «movimento corporeo volontario» (si tratta della c.d. "*coarse-grained theory",* ossia della "teoria della grana grossa")[131].

L'Autore si è soffermato, poi, sul rapporto tra *act token* (ovverosia l'atto "basico", concretamente compiuto dall'individuo) e *actus reus* (o *act type*); in estrema sintesi, per quanto rilevato da MOORE, le norme penali non descriverebbero "atti basici" («come il premere il grilletto della pistola»): «è risaputo che le leggi penali non utilizzano semplici descrizioni dell'atto, come "non muovere il dito", bensì *complex descriptions,* come ad esempio "non uccidere"».

In quest'ottica, nel definire il rapporto tra *act token* e *actus reus* (la condotta tipica), si è sostenuto: «*the act for which an accused is punished must be an act (bodily movement caused by a volition) that has the properties required by some complex act description contained in some valid source of criminal law*».

Ciò affermando che l'*actus reus* includerebbe elementi della più ampia varietà, tra cui, oltre allo stesso *basic act,* la *mens rea* (sicché, il ruolo dell'elemento soggettivo nella descrizione del fatto tipico), evento, nesso causale, *excuse* e *justifications* (talché, l'accoglimento di una concezione bipartita del reato).

La teoria di MOORE si fonda, però, anche sull'idea che l'*actus reus* non dovrebbe essere inteso in termini di mera riconducibilità formale di un determinato comportamento, concretamente tenuto dal reo, al tipo legale, bensì tenendo in debita considerazione i principi morali che sottendono alla norma incriminatrice di riferimento e al *criminal law* nel suo complesso e, in questo senso, la *blameworthiness* dovrebbe essere individuata dall'interprete rispondendo ad un elementare quesito «*what bad state of affairs does the statute seek to eradicate by its prohibition?*».

Difatti, ad avviso di questo studioso, la responsabilità penale seguirebbe e dovrebbe necessariamente seguire la violazione di un precetto morale, importando una conseguenza giuridica che dovrebbe essere proporzionata al disvalore morale che caratterizza la condotta tenuta dal reo (cosicché, il contributo della *blameworthiness* nella definizione del fatto tipico).

[131] Su cui vd. GOLDMAN A.I., Action and crime: a fine-grained approach, Pennsylvania Law Review, 4, 1994, pp. 1563 ss.

Quanto al doppio rischio, l'Autore ha rilevato: «non è sufficiente che il reo abbia realizzato un movimento corporeo volontario (soddisfacendo il requisito dell'atto) e che tale movimento abbia le proprietà descritte nella norma penale (*actus reus*): in aggiunta, l'atto compiuto e le sue proprietà non devono essere state già oggetto di un'accusa o di un processo».

Quanto alle funzioni della clausola sul doppio rischio, in termini di *ban* (sbarramento), MOORE ha rimarcato come il divieto di *multiple punishment* in ragione del medesimo *act token* risiederebbe nell'esigenza di contenere la risposta sanzionatoria entro i limiti di proporzionalità.

In questo senso, il concetto di *double jeopardy* coopererebbe, in difetto di indicazione esplicita da parte del legislatore sulla regolamentazione delle ipotesi di convergenza, con l'Ottavo Emendamento al fine di evitare sproporzioni punitive («*despite the difference, the frase "same offense" should be interpreted to as to serve the same value that animates interpretations of the cruel and unusual punishment… to prevent undeserved punishment*»).

Quanto al divieto di doppio giudizio, l'Autore ha sostenuto che tale sbarramento sarebbe "*handmaiden",* ovverosia ancillare rispetto a quello relativo al *multiple punishment*: «l'idea è che il divieto di cumulo di processi sia finalizzato ad evitare il cumulo di punizioni».

Diverso sarebbe, invece, il terzo, principale *ban* promanante dalla clausola, ovverosia il divieto di impugnazione in caso di assoluzione del *defendant,* che trarrebbe linfa da tre, principali esigenze: di evitare il rischio di punizione dell'innocente, che l'individuo patisca la sofferenza derivante dal procrastinarsi della vicenda giudiziaria, nonché quella di garantire l'efficienza della macchina giudiziaria, in termini di risparmio dei costi a carico della collettività.

Quanto alla portata della *double jeopardy clause,* essa, per MOORE, non potrebbe ritenersi innestata sul mero binomio tra *same act token* e *same offense/act type,* atteso che questo rappresenterebbe solo il contenuto minimo del principio, laddove «*double jeopardy sameness has never meant full identity of act types*», dovendosi, quindi, lo sbarramento estendere, a talune condizioni, ad ipotesi di *partial identity*.

Analizzando la questione dell'*act type identity,* lo studioso ha rilevato come questo fenomeno si verificherebbe, innanzitutto, nelle ipotesi di rapporto di continenza tra

fattispecie convergenti, ovverosia qualora gli elementi costitutivi di un illecito fossero comuni ad un altro che, a sua volta, ne contemplasse altri.

Così, ad esempio, per MOORE, nel caso in cui un soggetto provocasse un incidente automobilistico, cagionando la morte di un altro individuo, la confluenza tra fattispecie di omicidio stradale e omicidio colposo "comune" non potrebbe determinare cumulo di responsabilità, essendo unico l'*act token* ed essendo idonea la prima fattispecie sopra richiamata ad assorbire l'intero disvalore del fatto. Ad analoga conclusione si dovrebbe poi pervenire in ordine ai rapporti tra rapina (*robbery*), furto (*lacerny*) e *assault* (violenza), qualora riconducibili al medesimo contesto d'azione.

Per altro verso, l'Autore ha sostenuto la tesi per la quale, in caso di confluenza tra norme incriminatrici differenti l'una dall'altra per via della presenza di elementi specializzanti (ovverosia di specialità bilaterale, per utilizzare la terminologia nostrana), l'interprete dovrebbe comunque escludere l'operatività di talune di esse laddove non espressive di un autonomo disvalore morale (ovverosia qualora non si rivelassero "*morally salient*").

Alla soluzione del cumulo si dovrebbe, dunque, approdare nell'ipotesi in cui un soggetto venisse accusato di guida in stato di ebbrezza, di guida senza patente e di condurre un veicolo con eccesso di carico, poiché in tal caso non vi sarebbe identità di tipi di "atti moralmente significativi".

Analogamente, nel caso in cui un individuo si introducesse in un'abitazione al fine di perpetrare un furto e, nel corso dell'*iter,* decidesse di commettere un omicidio, si verificherebbe un cumulo di responsabilità, poiché in ciascuna fase dell'*iter criminis* sarebbe possibile individuare *diversi* atti connotati da *diverse* volontà e riconducibili ad *act types* espressivi di autonomo disvalore.

Così anche nell'esempio di un soggetto che esploda dei colpi di arma da fuoco all'indirizzo della medesima vittima con diverse finalità (prima ledere e, poi, uccidere. *Id est,* in ipotesi definibili, secondo la nostra nomenclatura, come di "progressione criminosa"): ciascun proiettile sparato dovrebbe essere considerato, per Moore, come un singolo atto intenzionale, fonte di autonoma responsabilità.

L'Autore, poi, ha affrontato anche il problema di determinare quando un unico *act token*, producendo una pluralità di conseguenze lesive, debba comunque essere inquadrato in un'unica fattispecie astratta; richiamando ipotesi riconducibili al concetto

di concorso formale eterogeneo e di reato aberrante plurilesivo, MOORE, quindi, ha rilevato come non sarebbe affatto sufficiente, per giungere ad una corretta soluzione, tener conto del fatto che le norme mostrassero affinità dal punto di vista strutturale, essendo invece necessario analizzare, ancora una volta, le componenti volitive e causali di ciascun atto (c.d. "*causal-volitional approach",* ove il concetto di causa non è correlato all'evento, bensì al rapporto tra volontà e condotta)[132], il disvalore degli effetti prodotti, la riferibilità dei beni giuridici a soggetti diversi, la natura dell'interesse tutelato (facendo leva sulla ben conosciuta questione dei c.d. "valori altamente personali") con la connessa verifica della circostanza che le norme confluenti descrivano o meno elementi espressivi di autonoma *blameworthiness*.

Ciò ha condotto, allora, MOORE ad una serrata critica del *Blockburger test,* soprattutto per via del fatto che esso si disinteresserebbe di profili che attengono al disvalore della condotta, rivelandosi particolarmente inaffidabile anche al cospetto della disciplina delle *continuing offenses*.

I rapporti tra la filosofia dell'azione e il principio del *double jeopardy* si rivelano, allora, assai stretti nella costruzione in disamina, in quanto entrambi toccano questioni fondamentali sulla natura dell'agire umano e le sue implicazioni in termini di responsabilità penale; in ogni caso, si deve osservare che l'impostazione di Moore non può essere adeguatamente compresa se non posta in rapporto con il pensiero dell'Autore nel suo complesso, ricavabile da un'ampia produzione letteraria[133].

Lo studioso, in particolare, sostiene una "*simple deserts theory*", ovverosia una tesi retributivista "pura" (verosimilmente, questo Autore può essere, addirittura, considerato, anche per via della sua autorevolezza, il "campione" del retributivismo statunitense).

Su questa linea, la pena è considerata come una proiezione anancastica della realizzazione dell'illecito, sulla base della componente morale del diritto e della sanzione criminale, nel senso che il *punishment* sarebbe condizionato alla realizzazione da parte del *wrongdoer* di un atto moralmente reprensibile.

[132] In tema, vd. MORSE S.J., Culpability and control, University of Pennsylvania Law Review, 4, 1994, pp. 1587 ss.

[133] Il riferimento, in particolare, è alle opere monografiche M.S. MOORE, Placing blame, Oxford, 1997, p. 158, nonché M.S. MOORE, Causation and responsibility: an essay in law, morals, and metaphysics, Oxford, 2009.

Lo spirito moraleggiante dell'impostazione di MOORE, che richiama la *blameworthiness* come elemento che contraddistinguerebbe il *deserts*[134], si coglie, così, agilmente tanto in ordine alla definizione del concetto di azione quanto nell'ambito di altre riflessioni condotte dall'Autore, nell'approccio ad alcuni istituti di diritto penale sostanziale.

Tanto è vero che per lo stesso MOORE, ad esempio, il ragionamento causale, specie nel contesto della convergenza di una pluralità di fattori ascrivibili a diverse fonti, dovrebbe lasciare il passo, nel prisma della *proximate cause,* a valutazioni che attengono alla riprovevolezza morale della condotta concretamente tenuta dal reo che, in questo senso, costituirebbe il criterio principale per l'ascrizione dell'evento[135].

Sicché, ben si spiega il motivo dell'accento posto dall'Autore sulla volontarietà dell'*act* («*voluntary act are required as a prerequisite to legal liability because such acts are a prerequisite of moral responsability*», si afferma in *Act and crime*) e sull'elemento psichico correlato all'evento lesivo (*mens rea*), poiché per il *just deserts* è essenziale che la punizione segua ad un comportamento particolarmente riprovevole sotto il profilo morale, tanto è vero che le tesi retributiviste, tra cui quella di MOORE, generalmente non ammettono neppure la responsabilità per mera *negligence*, perché ritenuta sprovvista di sufficiente *blameworthiness*[136].

Il volume evidenzia, allora[137], profili di rilevante interesse per la nostra trattazione. *In primis,* il fatto che l'Autore, comunque, abbia assegnato una prevalenza alla *legislative intention,* nel senso che, in effetti, si ritiene che la *double jeopardy clause,* salvo alcune eccezioni (in particolare, in ordine all'effetto preclusivo determinato dalla pronuncia del verdetto), possa operare, anche nel prisma del rispetto del principio di *proportionality,* solo laddove il sistema penale non fornisca all'interprete indicazioni esplicite circa i cumuli e non, dunque, al fine di sindacare le scelte operate dal legislatore.

[134] Ma che, più in generale, costituisce un carattere del criminal law statunitense. Sul punto, vd. Nella letteratura italiana, vd. CADOPPI A., voce Moralità pubblica e buon costume (diritto anglo-americano), Dig. Disc. Pen., vol. VIII, Torino, 1994, pp. 198 ss; PAPA M., Considerazioni sui rapporti tra previsioni legali e prassi applicative nel diritto penale federale statunitense, RIDPP, 4, 1997, pp. 1258 ss.

[135] In argomento, vd. KATZ L., Proximate cause in Michael Moore's Act and crime, University of Pennsylvania Law Review, 4, 1994, pp. 1513 ss.

[136] Vd. DE LIA A., I confini tra recklessness e (criminal) negligence nel sistema penale statunitense, www.archiviopenale.it, 22 luglio 2024, spec. pp. 52 ss.

[137] Al netto dell'opinabilità della correttezza delle soluzioni proposte da Moore in ordine ad alcuni degli esempi prospettati.

In secondo luogo, il richiamo continuo, ai fini della definizione del concetto di *same offense,* alla *blameworthiness* (ovverosia alla morale), coerente con l'idea retributivista ma, nel contempo, idoneo ad alimentare un approccio assai "soggettivo" alla questione dei cumuli e, dunque, estrema incertezza ed opinabilità in sede applicativa.

Tale ultimo profilo, in ogni caso, si colloca in un contesto assai più ampio, che dimostra l'insoddisfazione, nutrita anche da MOORE, circa i risultati conseguibili attraverso il ricorso ai criteri *Blockburger.* Oltre ai rilievi critici mossi al *same evidence test,* l'Autore, difatti, ha sminuito la capacità euristica del *same transaction criterion* (sostenendo che l'unicità dell'azione, intesa in termini spazio-temporali, non rappresenterebbe che un indice fruibile dall'interprete, non di portata assorbente)[138], nonché del *same element test,* con il conseguente impiego di altri parametri e, in particolare, di quelli valoriali, secondo una linea sposata, come si accennerà da qui a poco, anche da una parte consistente della dottrina italiana.

Per il resto, la teoria di MOORE si colloca nell'ambito di un vastissimo dibattito sul concetto di azione, su cui si è soffermata anche la dottrina penalistica italiana[139]. Talché, l'opera dell'Autore si apprezza anche per il confronto con le innumerevoli tesi elaborate dagli studiosi anglo-americani e per i richiami bibliografici[140].

3. La tesi di George THOMAS.

Nella sua ampia monografia, dal titolo *Double jeopardy: the history, the law* (pubblicata a New York nel 1998) George C. THOMAS III (professore presso la *Rutgers Law School* di New York) ha lamentato, innanzitutto, che la *Federal High Court* non avrebbe ancora compiutamente definito il contenuto e la portata della *double jeopardy clause,* nonostante la centralità del tema rispetto al *criminal law system* americano.

Già dalle premesse della propria ricerca, THOMAS, per il resto, ha negato che il principio costituzionale possa essere letto in termini di divieto per il legislatore di prevedere, in relazione alla medesima condotta, una responsabilità plurima, derivante da convergenza di diverse norme incriminatrici, così come è stata recisamente disconosciuta un'interpretazione della clausola medesima in termini di sbarramento, di natura

[138] In tal senso, nella dottrina italiana, vd., ad esempio, MORO A., Unità e pluralità di reati, Padova, 1951, *passim*, nonché SINISCALCO M., Il concorso apparente di norme nell'ordinamento penale italiano, Milano, 1961, p. 184.

[139] Vd., per tutti, vd. BRUNELLI D., Azione unica e concorso di reati nell'esperienza italiana, Torino, 2004, nonché PALAZZO F., Il fatto di reato, Torino, 2004, pp. 21 ss.

[140] Così, anche DOLINKO D., Action theory and criminal law, Law and Philosophy, 3, 1996, pp. 293 ss.

processuale, all'instaurazione di più processi in relazione al medesimo fatto storico, aventi ad oggetto ipotesi di reato diverse.

Talché, sostanzialmente, ad avviso dello studioso, la citata clausola costituirebbe un argine a scelte arbitrarie della magistratura, perché non conformi alla volontà del legislatore federale e a quella degli Stati americani in ordine ai cumuli di *punishment* e di *trials.*

D'altro canto, si è soggiunto, il principio di proporzionalità avrebbe fatto breccia nella giurisprudenza statunitense solo in ipotesi limite, in materia di *death penalty,* tanto da non costituire – ad avviso di THOMAS – un parametro fruibile nel contesto del *bis in idem,* sostanziale e processuale.

Partendo da tali premesse, l'intera opera è mirata ad individuare dei criteri per risolvere, in ipotesi di carenza di indicazioni esplicite da parte del legislatore, dilemmi correlati ai cumuli, ponendosi come punto di riferimento imprescindibile la *blameworthiness* della condotta e, correlativamente, la capacità di una norma incriminatrice di "assorbire" l'intero disvalore rivestito dal fatto storico.

In questo quadro, lo studioso, rimarcando in più occasioni le affinità tra le proiezioni sostanziali e processuali della *double jeopardy clause,* si è sforzato di rintracciare le radici storiche dell'impostazione propugnata nel *common law* inglese, ove lo sbarramento, poi recepito con il Quinto Emendamento, sarebbe stato originato dalla pronuncia definitiva, in termini di condanna o assoluzione, su «*the same identical act and crime*».

Talché, in questi precisi termini, ad avviso di THOMAS, dovrebbe essere letta la citata clausola e il suo nucleo, rappresentato dal divieto di cumuli sanzionatori e processuali derivanti dalla *medesima condotta* descritta dalla fattispecie astratta ed alimentati dalla *stessa norma incriminatrice*.

Per il resto, si è sostenuto che la giurisprudenza e la dottrina avrebbero tentato di allargare, nel tempo, la portata del principio costituzionale, attraverso l'elaborazione di costrutti quali quelli espressi dalla *lesser included offense doctrine,* il richiamo della *fairness* nonché attraverso l'*harassment approach* (in base a cui, in sostanza, si dovrebbe presumere che i cumuli si porrebbero in contrasto con il principio del giusto processo e con la necessità di proteggere l'individuo da iniziative arbitrarie della magistratura).

Si tratterebbe, ad avviso di THOMAS, di tentativi che avrebbero, però, generato orientamenti oltremodo ondivaghi, perché forieri di "*soft edge rules",* ovverosia di regole ambigue, viatico per soluzioni giurisprudenziali *case to case.*

Nello stesso tempo THOMAS non ha affatto lesinato rilievi critici nei confronti del *same transaction,* del *same evidence* nonché del *same element test* (che nella prassi avrebbe dimostrato disfunzioni, in termini di cumulo di fattispecie caratterizzate da minutissime peculiarità strutturali), rimarcando come i *Blockburger criteria* sarebbero frutto della fantasia giurisprudenziale, perché estranei alla tradizione di *common law* e, nel contempo, idonei a condurre a soluzioni logicamente insostenibili ed inique.

Il concetto di *same offense,* a sua volta, si fonderebbe su una presunzione, seppur *iuris tantum,* rappresentata dalla circostanza che la riconducibilità della medesima condotta ad una pluralità di norme incriminatrici sarebbe indicativa del fatto che l'interprete si troverebbe al cospetto di diversi illeciti, idonei a generare cumuli sanzionatori e processuali (mentre a soluzione diametralmente opposta si dovrebbe giungere nelle ipotesi in cui la medesima disposizione contemplasse una pluralità di condotte, nel qual caso troverebbe spazio una presunzione tale da assegnare alla disposizione la natura di "fattispecie a più norme", per impiegare la nomenclatura nostrana).

Tale presunzione, allora, potrebbe essere vinta dalla constatazione del fatto che una delle norme incriminatrici convergenti si rivelasse idonea a coprire l'intero disvalore del fatto.

Analogamente, seppur nella diversa ipotesi di concorso omogeneo, l'interprete sarebbe tenuto a considerare le ricadute della *same conduct,* giungendo, dunque, a riconoscere la cumulabilità di responsabilità derivante dalla perpetrazione, nella medesima occasione, di furto o rapina ai danni di una pluralità di persone offese[141].

Per altro verso, sempre nell'ambito del concorso omogeneo, l'interprete dovrebbe tener conto di un'ulteriore presunzione, rappresentata dal fatto che, di massima, la ripetizione della condotta incriminata in diversi contesti temporali e spaziali importerebbe una responsabilità plurima.

[141] Si tratta, per il vero, di una soluzione che è stata sposata, in talune occasioni, anche dalla giurisprudenza nostrana. Vd., ad esempio, Cass., Sez. V, 19 maggio 2014, n. 41141, sul furto; Cass., Sez. II, 4 marzo 2019, n. 9330, sulla rapina.

Quanto, poi, ai casi resilienti rispetto a tentativi di definizione della *voluntas legis* e della portata offensiva delle condotte descritte dalle norme incriminatrici convergenti, si è proposto il ricorso alla *rule of lenity,* ossia l'applicazione del principio *in dubio pro reo.*

Sicché, in estrema sintesi, gli obiettivi dichiarati della teoria sono rappresentati dal taglio di nodi gordiani concettuali, cioè dall'eliminazione delle criticità che sono state sollevate da letture estensive/evolutive del principio costituzionale, come nei casi – sopra descritti – del *retrial* in relazione all'ipotesi della *hung jury,* della *manifest necessity* nell'annullamento del processo da parte della corte adita, nonché del *jeopardy attachment.*

In senso analogo si è cercato di fornire una soluzione *tranchant* alla *dual sovereignty doctrine:* la *ratio* sottendente al sistema federale dovrebbe indurre, così, a ritenere che la volontà dei legislatori statunitensi sarebbe in termini di autorizzazione della doppia responsabilità e del *double trial.* Si tratterebbe, dunque, di una scelta incensurabile dal punto di vista costituzionale.

Il positivismo "spinto" di THOMAS si riverbera, così, anche sull'approccio all'annosa *querelle* relativa all'applicabilità della clausola a norme che prevedono conseguenze all'illecito definite dai legislatori come *civil:* anche in questo caso, infatti, l'interprete – ad avviso dell'Autore – dovrebbe adeguarsi (supinamente) alla volontà del legislatore il quale, del resto, etichettando le conseguenze giuridiche dell'illecito esprimerebbe chiaramente la volontà di autorizzare i cumuli di responsabilità e di iniziative giudiziarie sull'*idem factum*.

In questa prospettiva, d'altro canto, il richiamo ad opera del Quinto Emendamento a "*life or limb"* sarebbe suggestivo, per lo studioso, di una restrizione del principio, per l'appunto, alla sola materia penale o, meglio, a quella definita, *expressis verbis,* come tale dal legislatore.

Sebbene, allora, il volume di THOMAS sia ricco di spunti interessanti, ciò nondimeno esso presta il fianco a diverse critiche. In particolare:

- appare evidente che il *double jeopardy,* nella costruzione dell'Autore, si presti ad un'assai risicata applicazione, avendo esso come destinatari, in effetti, soltanto corti e organi d'accusa (poiché i vincoli imposti al legislatore sarebbero rappresentati, a conti

fatti, soltanto dal divieto di ammettere il *retrial* in caso dell'intervento definitivo di un verdetto, oltre che dell'*appeal* da parte del *prosecutor* a fronte dell'*acquittal*);

- lo sforzo di eliminazione delle soft edge rules e l'idea positivista che ne è alla base sono contraddetti dal ricorso a criteri valoriali, oltre che alla *rule of lenity* che, come risaputo, costituiscono materiale plastico nelle mani dell'interprete ed il cui frutto – in difetto di ulteriori parametri – è spesso rappresentato dall'arbitrio punitivo;

- il tentativo di corroborare le tesi esposte attraverso il richiamo della tradizione di *common law* inglese e il rifiuto di sposare un'interpretazione evolutiva del principio costituzionale si rivelano totalmente disallineati rispetto all'esigenza di attualizzazione della *double jeopardy clause* rispetto ad un contesto, giuridico e criminologico, del tutto diverso da quello di origine;

- alcune delle soluzioni prospettate da THOMAS e, in particolare, l'approccio al dilemma tra concorso (reale o apparente) omogeneo non trovano, dal canto loro, un certo addentellato nella tradizione di *common law*;

- si coglie una certa confusione tra il concetto di *blameworthiness* e quello di *harm.* Si tratta di termini che lo studioso spesso dà l'impressione di impiegare come sinonimi, quando invece essi esprimono significati niente affatto sovrapponibili, ovverosia, rispettivamente, biasimo morale promanante dall'illecito e offesa al bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice;

- il totale disinteresse rispetto al confronto comparatistico con le esperienze di *civil law* europeo.

4. Il problema della *overcriminalization* e l'impostazione di Douglas HUSAK.

HUSAK (anch'egli docente alla *Rutgers*) è uno dei filosofi del diritto più influenti nel panorama statunitense; questo studioso ha incentrato una parte consistente dei propri studi sulla disciplina penale degli stupefacenti[142], nonché sul (correlato) tema degli eccessi punitivi, oggetto del (già citato) volume dal titolo *Overcriminalization: the limits of the criminal law* (New York, 2007), che si colloca nel contesto del più ampio impegno profuso dall'Autore sulla teoria generale del reato[143].

[142] Vd. HUSAK D./DE MARNEFFE D.P., Legalization of drugs, Cambridge, 2005.
[143] Vd. HUSAK D., The philosophy of criminal law. Selected essays, Oxford, 2010.

In questo quadro, HUSAK ha espresso un motivato dissenso rispetto alla linea, sostenuta dai retributivisti "puri", per la quale occorrerebbe porre al centro del diritto penale il *just deserts* nonché il *punishment* e considerare quest'ultimo come l'unico, essenziale obiettivo da perseguire[144].

Questo studioso, difatti, ha rilevato come l'assetto attuale del sistema penale, con la proliferazione di illeciti di pura condotta nonché di ipotesi di *strict liability* (ossia di responsabilità oggettiva), sarebbe ben distante dall'immagine del *wrongdoing* e del pagamento del prezzo del reato che ha animato, nel tempo, il retributivismo "*hard*". Ciò rilevando che «il retributivismo "puro" stressa il rapporto tra illecito e punizione, con la conseguenza che, ad esempio, dovrebbero essere riaperti, a rigore, dei processi conclusi con sentenza di assoluzione laddove emergessero nuovi strumenti di acquisizione della prova tali da ribaltare il verdetto favorevole al reo. Sicché, in definitiva, non possiamo pensare alla creazione di un sistema penale senza porci l'obiettivo che esso abbia la funzione di ridurre la frequenza delle condotte che noi qualifichiamo come penali»[145].

Ancora, HUSAK ha sostenuto: «costituisce un dato incontroverso che negli ultimi anni la giustizia penale sia stata caratterizzata dal fenomeno della *overcriminalization*. Discutere di questo tema è particolarmente complicato in quanto, innanzitutto, non vi è concordia nella definizione della sanzione a carattere penale. In ogni caso, nella mia opinione il termine *overcriminalization* sta ad indicare che un ordinamento presenta "troppo diritto penale". Con questo si intende che vigono troppe leggi in materia penale, che prevedono un numero considerevole di fattispecie incriminatrici. Ciò provoca, peraltro, la situazione delle *overlapping offenses*, ovverosia la frequenza di casi in cui i fatti rientrano nella disciplina di diverse norme incriminatrici. La gran parte della dottrina, oggi, ritiene che il sistema americano punisca troppe persone, e troppo severamente. Questo determina un diritto penale ingiusto, che si rivela in contrasto con il principio di proporzionalità. Ciò contribuisce, inoltre, all'erosione del significato del diritto penale e della sua funzionalità»[146].

Quel che si può soggiungere, allora, prendendo spunto da HUSAK, è che il confronto tra opposte teorie (retributivismo e utilitarismo) ha generato, negli Stati Uniti, un dibattito

[144] Vd. HUSAK D., What do the criminals deserve?, in Ferzan K.K./Morse S.J., Legal moral and metaphysical truths: the philosophy of Michael S. Moore, Oxford, 2016, pp. 49 ss.
[145] HUSAK D., Retribution in criminal theory, San Diego Law Review, 4, 2000, pp. 959 ss.
[146] HUSAK D., Six questions about overcriminalization, Annual Review of Criminology, 6, 2023, pp. 265 ss.

ancora irrisolto (una vera e propria "*never ending story*") che, muovendo da premesse generali, si è proiettato anche sull'analisi della struttura e della *ratio* di innumerevoli istituti di diritto penale sostanziale oltre che processuale.

Il tutto attraverso una logica, a ben considerare, assai distante da quella che caratterizza il contesto nostrano che, ormai da molti anni, si fonda sul costante confronto con la Carta fondamentale; negli Stati Uniti, invece, il ruolo più ristretto giocato dai principi costituzionali nel *criminal law system*[147] sembra aver lasciato campo aperto alle teorizzazioni dottrinali che, rivelando scarso interesse per il confronto coi valori cardine dell'ordinamento, si sono piuttosto orientate allo sviluppo di ragionamenti di matrice puramente filosofica, politica, economica, sociologica, e così via.

Lo stesso HUSAK, del resto, si è cimentato in più di un'occasione nell'analisi della conformità di alcuni istituti, quali le scusanti, con le teorie retributiviste e utilitariste, piuttosto che con i principi compendiati nelle Carte costituzionali statunitensi[148].

Tale ritardo, dunque, ha impattato anche sul tema dei cumuli che, per quanto già accennato, è stato sinora guardato, soprattutto, come questione di politica criminale e di interpretazione del dato positivo, piuttosto che nella ben differente e problematica prospettiva dello scrutinio di legittimità delle scelte operate dal legislatore, nel prisma dell'esigenza di tutela dei diritti dell'individuo.

IX. UN RAPIDO CENNO ALLA QUESTIONE ITALIANA DEL *NE BIS IN IDEM*.

L'individuazione dei criteri per determinare se una condotta possa generare la responsabilità del reo per uno o più titoli di reato può essere considerata tra le questioni più complicate nel diritto penale. Si tratta di un argomento appassionante sotto il profilo teorico-dogmatico che, tuttavia, mostra evidenti ricadute sul piano pratico; il che ben

[147] In argomento, vd. VAN ALSTYNE W.W., Dual sovereignty, American Law Review, 4, 1989, pp. 1740 ss; BILIONS L.D., Process, the Constitution, and substantive criminal law, Michigan Law Review, 5, 1998, pp. 1269 ss; SULEIMAN D., The capital punishment exception: a case for constitutionalizing the substantive criminal law, Columbia Law Review, 2, 2004, pp. 426 ss; DUBBER M.D., Toward constitutional law of crime and punishment, Hastings Law Review, 3, 2004, pp. 509 ss; LOGAN W.A., Contingent constitutionalism: state and local criminal laws and the applicability of federal constitutional rights, William and Mary Law Review, 10, 2009, pp. 143 ss; BERGER B.L., Constitutional principles in substantive criminal law, Osgoode Legal Studies Research Paper Series, 6, 2014, pp. 1 ss; FISSELL B.M., Federalism and constitutional criminal law, Hofstra Law Review, 2, 2017, pp. 489 ss; BIERSCHBACH R.A., Fragmentation and democracy in the constitutional law of punishment, Northwestern University Law Review, 6, 2017, pp. 1437 ss.

[148] Vd. HUSAK D., Retributivism and over-punishment, Law and Philosophy, 1, 2022, 169 ss; e HUSAK D., The philosophy of criminal law. Selected essays, Oxford, 2010, *passim*.

giustifica, nel complesso, la grande attenzione rivolta al tema dalla dottrina italiana sin dalla metà del XIX secolo, che ha ormai generato una letteratura assai consistente.

L'approccio alla suddetta questione, per il vero, è stato condizionato delle evoluzioni attinenti al principio di legalità, nel senso che la lenta ma inarrestabile crisi del giuspositivismo e l'accresciuta valenza dell'interpretazione delle Corti[149] ha condotto ad un certo disincanto rispetto alle prospettive di una più chiara definizione dei rapporti tra norme da parte del legislatore, in senso generale e con riferimento alle relazioni tra singole fattispecie incriminatrici.

Ciò ha sospinto una parte della dottrina a rispolverare antiche teorie fondate su controversi criteri valoriali, nonché a ricorrere al *ne bis in idem* (che, però, è principio imperniato su di una definizione legislativa, peraltro di natura processuale, particolarmente vaga) al fine di favorire soluzioni conformate al principio di proporzionalità della pena, nel contesto di un sistema che, per via di un continuo processo di *law enforcement,* si appalesa sempre più ipertrofico[150]. ed oltremodo caotico.

I temi del *perché* si registrano, all'interno del sistema, rapporti dubbi tra fattispecie incriminatrici e del *come* risolverli (*ad excludendum,* oppure in termini di cumulo), allora, risultano ancora particolarmente *à la page,* anche in ragione del confronto con il diritto eurounitario, che ha determinato rilevanti evoluzioni interpretative interne.

L'ipotesi oggetto di analisi, suggestivamente indicata in dottrina come «qualificazione giuridica multipla»[151], che genera il dilemma tra il cumulo e la selezione delle norme applicabili al caso concreto, ha acquisito, col tempo, un posizionamento centrale nei dibattiti in materia, in ragione di una pluralità di fattori; innanzitutto, tra di essi, vi è certamente la proliferazione degli illeciti, l'ingrossamento della materia penale (con frequente sovrapposizione, per di più, tra illeciti penali e amministrativi "punitivi"),

[149] Sul tema vd., ex multis, MANES V., Dalla "fattispecie" al "precedente": appunti di "deontologia ermeneutica", www.penalecontemporaneo.it, 17 gennaio 2018; DONINI M., Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte, Milano, 2011 e DONINI M., I due paradigmi fondamentali della comparazione penalistica, RIDPP, 1, 2020, pp. 465 ss.

[150] Richiamando proprio Husak, di recente, Cadoppi ha impiegato la locuzione "pandemia penale" (vd. CADOPPI A., Il "reato penale". Teorie e strategie di riduzione della criminalizzazione, Napoli, 2022, pp. 29 ss).

[151] PAPA M., Le qualificazioni giuridiche multiple. Contributo allo studio del concorso apparente di norme, Torino, 1997.

che ha condotto a risultati in contrasto con l'idea dell'*extrema ratio* e della frammentarietà e, nel contempo, ha implementato i casi di interferenza tra norme[152].

In secondo luogo, occorre segnalare il graduale abbandono, da parte del legislatore, di una tecnica normativa tesa a descrivere minuziosamente il tipo-legale, in parte dipendente dall'esigenza di ricorrere a formule ampie per contrastare più efficacemente l'aggressione a determinati beni giuridici, sfocando la descrizione della condotta, con effetti evidenti in ordine all'intersezione tra fattispecie[153].

In terza battuta, nella medesima prospettiva, occorre sottolineare l'avanzare, come si è già accennato, della "giurisprudenza giuscreativa", della *judge-made law* di matrice *common law* ed eurounitaria, che ha determinato la perdita di valenza limitatrice del modello astratto, del vincolo punitivo per lo Stato e per il giudice rispetto alla sfera di libertà dei consociati, rendendo la norma scritta una sorta di canovaccio, un punto di partenza per l'interpretazione tesa ad evitare, talora sfruttando disposizioni coniate dal legislatore in *altra epoca,* in *altro contesto* (politico, criminale, economico, sociale, etc.) e con *diversa finalità,* vuoti di tutela penale (reali o presunti). Sicché l'allargamento delle maglie delle fattispecie incriminatrici, comprimendo gli spazi vuoti, implica frequenti sovrapposizioni tra norme.

Si tratta di temi che si sono intrecciati con delle importanti evoluzioni che si sono registrate in giurisprudenza sul *ne bis in idem*, delle quali si darà conto qui di seguito.

1. Gli orientamenti della giurisprudenza sul *ne bis in idem.*

La Corte di cassazione ha a lungo impiegato, ai fini della risoluzione del dilemma tra concorso reale e apparente, il criterio del bene giuridico, attraverso una logica che è rimasta in auge per lo meno fino agli anni '90; solo sporadicamente, dunque, la Corte suprema utilizzò, originariamente, quello del confronto strutturale, evocato dal principio di specialità di cui all'art. 15 c.p. che, negli ultimi anni, è divenuto, invece, l'unico strumento ritenuto fruibile[154].

[152] BRUNELLI D., Appunti sulla tipicità unitaria del concorso apparente di norme: eclissi definitiva o spazi per la riemersione del reato soccombente?, www.archiviopenale.it, 3 marzo 2021.

[153] Vd. GARGANI A., Dal corpus delicti al Tatbestand. Le origini della tipicità penale, Milano, 1997, pp. 27 ss; PAPA M., Fantastic Voyage. Attraverso la specialità nel diritto penale, Torino, 2019, *passim*.

[154] Per un'ampia rassegna, vd. GIACONA I., Concorso apparente di reati e istanze di ne bis in idem sostanziale, Torino, 2022, spec. pp. 36-95; SCOLETTA M., Idem crimen, Torino, 2023, pp. 134-285; DE LIA A., Le frodi nelle pubbliche sovvenzioni, Pisa, 2024, pp. 188 ss.

Sul tale metodologia, di recente, sono nuovamente intervenute le Sezioni Unite, con la sentenza "Gambacurta" (Cass., Sez. un., 11 luglio 2024, n. 27727). In particolare, la Corte analizzando l'art. 73 del d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, in materia di stupefacenti, ha ritenuto, innanzitutto, che la norma sarebbe qualificabile come "a più fattispecie" scartando, dunque, la tesi opposta, ossia quella della "fattispecie a più norme"; ciò con l'effetto della cumulabilità, a determinate condizioni, delle responsabilità derivanti dalla realizzazione di plurime condotte descritte nella disposizione incriminatrice di riferimento.

Su queste premesse, allora, le Sezioni Unite, nel dichiarare che la fattispecie di cui al comma 5 della disposizione dianzi citata sarebbe da considerarsi speciale rispetto alle altre ivi contemplate, si è soffermata sul principio di cui al citato art. 15 c.p., attraverso alcuni passaggi che è utile riportare qui di seguito: «la norma speciale è concordemente individuata in quella che contiene tutti gli elementi costitutivi della norma generale e che presenta uno o più requisiti propri e caratteristici, che hanno appunto funzione specializzante, sicché l'ipotesi di cui alla norma speciale, qualora la stessa mancasse, ricadrebbe nell'ambito operativo della norma generale. Tuttavia, nel tempo la giurisprudenza di questa Corte ha differenziato i criteri alla cui stregua effettuare la preliminare operazione di raffronto tra le norme onde ricavare, o meno, appunto, la ricomprensione dell'una nell'altra. In alcune iniziali pronunce si è fatto riferimento alla necessità di guardare alla identità del bene giuridico tutelato, mentre successivamente si è affermata la necessità di avere riguardo al confronto tra le fattispecie astratte. Secondo gli approdi da considerare ormai stabilizzati e reiteratamente espressi dalle Sezioni Unite, il criterio di specialità è da intendersi in senso logico formale: il presupposto della convergenza di norme, necessario perché risulti applicabile la regola relativa alla individuazione della disposizione prevalente, può ritenersi integrato solo in presenza di un rapporto di continenza tra le stesse alla cui verifica deve procedersi attraverso il confronto strutturale tra le fattispecie astratte rispettivamente configurate mediante la comparazione degli elementi costitutivi che concorrono a definire le fattispecie stesse. La giurisprudenza di questa Corte ha altresì stabilito che l'art. 15 c.p. si riferisce alla sola specialità unilaterale, giacché le altre tipologie di relazioni tra norme, quali la "specialità reciproca" o "bilaterale", non evidenziano alcun rapporto di *genus ad speciem*. Ha, poi, sottolineato la eccentricità dei criteri di "sussidiarietà", "assorbimento" e "consunzione",

suscettibili di opposte valutazioni da parte degli interpreti, e la loro estraneità all'unico criterio legale previsto, ovvero quello di specialità positivizzato dall'art. 15 c.p.».

Talché, oltre al rifiuto del ricorso a parametri valoriali, la limitazione del criterio della specialità, per di più intesa solo in astratto, alla sola ipotesi dell'unilateralità, attraverso una soluzione che desta alcune perplessità; a tal riguardo, si può notare che l'interpretazione resa nell'occasione sul principio di specialità, seppur non rappresentando affatto una novità (ponendosi essa in linea con numerosi pronunciamenti della Corte di legittimità)[155], ciò non di meno si rivela in contrasto con quanto stabilito dalla Consulta con la sentenza Corte cost., 3 aprile 1987, n. 97, per la quale il criterio di specialità risulterebbe inoperativo per le sole ipotesi di specialità bilaterale per reciproca aggiunta.

Sicché, si potrebbe chiosare, l'impostazione accolta dal recente pronunciamento delle Sezioni Unite, assommandosi ad una lettura particolarmente restrittiva offerta dalla medesima Corte anche in riferimento all'istituto del reato complesso[156], ha reso le disposizioni di riferimento (artt. 15 e 84 c.p.) un avamposto alquanto sguarnito rispetto alla prospettiva dei cumuli di responsabilità.

Quanto al *ne bis in idem,* è ben noto che il panorama nostrano, ormai da qualche anno, sia stato fortemente condizionato dal diritto (vd., in particolare, art. 4 Prot. 7 CEDU, nonché art. 50 CDFUE) e dal formante giurisprudenziale sovrannazionale. Si tratta, però, di sbarramenti (elaborati dalla giurisprudenza nel corso di giudizi aventi ad oggetto ipotesi di c.d. "doppio binario sanzionatorio", ovverosia di cumuli di processi e di sanzioni penali e formalmente amministrativi) che esplicano la propria efficacia soprattutto sulla sfera processuale; del resto, le Corti europee hanno riconosciuto la

[155] Per un quadro specifico, vd. GIACONA I., Concorso apparente di reati, Torino, 2023, pp. 36 ss. In senso difforme, vd. Cass., Sez. Un., 21 gennaio 2011, n. 1963, "Di Lorenzo", per la quale, sebbene il confronto strutturale dovrebbe essere operato solo in astratto, «l'identità di materia si ha sempre nel caso di specialità unilaterale per specificazione perché l'ipotesi speciale è ricompresa in quella generale; ciò si verifica anche nel caso di specialità reciproca per specificazione (si veda per esempio, il rapporto tra gli artt. 581 e 572 c.p.) ed è compatibile anche con la specialità unilaterale per aggiunta (per esempio, artt. 605 e 630 c.p.) e con la specialità reciproca parte per specificazione e parte per aggiunta (art. 641 c.p. e art. 218 della legge fallimentare). L'identità di materia è invece da escludere nella specialità reciproca bilaterale per aggiunta nei casi in cui ciascuna delle fattispecie presenti, rispetto all'altra, un elemento aggiuntivo eterogeneo (per esempio violenza sessuale e incesto: violenza e minaccia nel primo caso; rapporto di parentela o affinità nel secondo)».

[156] Vd., da ultimo, Cass., Sez. Un., 15 luglio 2021, n. 38402, "Magistri".

possibilità del legislatore di prevedere che dall'*idem factum* possano derivare una pluralità di conseguenze afflittive per il trasgressore[157].

Alla luce degli orientamenti espressi dalle corti sovrannazionali, la Corte costituzionale, come risaputo, negli ultimi tempi è intervenuta a più riprese sul tema. In particolare, occorre rammentare la sentenza Corte cost., 31 maggio 2016, n. 200 che, nell'accogliere l'approccio sostanzialistico già predicato (tra l'altro) da Corte EDU, Grande Camera, 10 febbraio 2009, *Zolotoukhine contro Russia*, nonché dalla Corte di Giustizia, con varie pronunce[158] (ovverosia ponendo al centro della logica della garanzia l'*idem factum,* incardinato sugli elementi della condotta, dell'evento e del nesso causale[159], piuttosto che l'*idem legale*), ha dichiarato la parziale illegittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p., nella parte in cui, secondo il diritto vivente, tale disposizione non sarebbe stata d'ostacolo ad un secondo processo, originato dallo stesso fatto, ed incardinato su di un reato in rapporto di concorso formale con un altro, già contestato in un precedente giudizio[160].

Ciò statuendo che: i) la *res iudicata,* preclusiva ad un secondo giudizio, si estenderebbe all'ipotesi di proscioglimento per intervenuta prescrizione del reato; ii) il *ne bis in idem* processuale assumerebbe un crisma costituzionale («benché non riconosciuto espressamente dalla lettera della Costituzione, tale principio è infatti immanente alla funzione ordinante cui la Carta ha dato vita, perché non è compatibile con tale funzione dell'ordinamento giuridico una normativa nel cui ambito la medesima situazione giuridica possa divenire oggetto di statuizioni giurisdizionali in perpetuo divenire»); iii) lo sbarramento sorgerebbe per l'effetto della contestazione, da parte dell'accusa, in un precedente giudizio, del medesimo "fatto", ovverosia della "triade" condotta-evento-nesso causale, indipendentemente dalla qualificazione giuridica del fatto stesso operata nei diversi giudizi; iv) il *ne bis in idem* europeo non osterebbe alla possibilità che il legislatore interno preveda cumuli sanzionatori sull'*idem factum* («va premesso che, sul piano delle opzioni di politica criminale dello Stato, è ben possibile, per quanto qui

[157] Vd. oltre alla già citata sentenza della Grande Camera della Corte EDU sul caso *A. e B. contro Norvegia*, CGUE, Grande Sezione, 20 marzo 2018, causa C-524/15, *Menci contro Italia*; CGUE, Grande Sezione, 20 marzo 2018, causa C-537/16, *Garlsson Real Estate e altri contro CONSOB*; CGUE, Grande Sezione, 20 marzo 2018, cause riunite C-596/16 e C-597/16, *Di Puma e Zecca contro CONSOB*.

[158] Vd., ad esempio, Corte di Giustizia, Prima Sezione, 28 settembre 2006, C.150/05, *Van Straaten contro Italia*.

[159] Ciò rigettando la tesi per cui l'*idem factum* sarebbe segnato dalla sola condotta, attiva od omissiva, sostenuta, come si è avuto modo di illustrare in precedenza, nel contesto statunitense, da *Grady v. Corbin.*

[160] In senso analogo, successivamente, vd. Corte cost., 16 giugno 2022, n. 149.

interessa, che un'unica azione o omissione infranga, in base alla valutazione normativa dell'ordinamento, diverse disposizioni penali, alle quali corrisponde un autonomo disvalore che il legislatore, nei limiti della discrezionalità di cui dispone, reputa opportuno riflettere nella molteplicità dei corrispondenti reati e sanzionare attraverso le relative pene»). Talché il disallineamento rispetto al *ne bis in idem* processuale («queste opzioni in sé [non] violano la garanzia individuale del divieto di *bis in idem*, che si sviluppa invece con assolutezza in una dimensione esclusivamente processuale, e preclude non il *simultaneus processus* per distinti reati commessi con il medesimo fatto, ma una seconda iniziativa penale, laddove tale fatto sia già stato oggetto di una pronuncia di carattere definitivo»); v) seppur attraverso un *obiter,* la Consulta ha riconosciuto la valenza, ai fini di risolvere le questioni derivanti dalla convergenza di norme incriminatrici, non solo del criterio di specialità, ma anche di criteri valoriali, rilevandosi che il cumulo sarebbe da escludersi qualora «tra le norme viga un rapporto di specialità, ovvero [laddove] esse si pongano in concorso apparente, in quanto un reato assorbe interamente il disvalore dell'altro».

Fatto è, comunque, che il riferimento ad opera delle Corti europee alla proporzionalità dei cumuli sanzionatori, quale limite al *bis in idem* di natura processuale ha finito, giocoforza, per conferire al *ne bis in idem* una proiezione sul campo del diritto penale sostanziale. Tanto è vero che le Corti italiane hanno cominciato ad impiegare uno strumento inedito nell'esperienza interna, ovverosia la disapplicazione *in mitius*, in taluni specifici settori, delle norme penali, al fine di ricondurre a proporzionalità i cumuli punitivi derivanti dalle pene irrogate in diversi processi sull'*idem factum*[161].

Ciò rinvigorendo, come si mostrerà nel prossimo paragrafo, il dibattito dottrinale, che si è dovuto confrontare con le nuove prospettive segnate in giurisprudenza.

2. Le soluzioni proposte dalla dottrina nostrana.

Quanto alla posizione assunta dalla dottrina, volendosi limitare – in un panorama assai ricco – l'analisi ai contributi più recenti, volgendo l'attenzione alla manualistica, si rileva che Marco PELISSERO abbia rilevato come «il principio di specialità in astratto non è idoneo da solo a risolvere quelle esigenze di giustizia sostanziale di cui il *ne bis in idem*

[161] Vd. Cass., Sez. V, 21 settembre 2018, n. 49869; Cass., Sez. V, 15 aprile 2019, n. 39999. In ordine al potere di disapplicazione della norma penale contrastante con il principio del *ne bis in idem* eurounitario, vd. anche Corte cost. n. 149/2022 cit. Su questi temi, nella manualistica, vd. DONINI M., Diritto penale. Parte generale, vol. I, Milano, 2024, pp. 947 ss.

è espressione». Ciò ammettendo, dunque, la possibilità per l'interprete di ricorrere a criteri valoriali (rimarcandosi come il rifiuto opposto dalla giurisprudenza si rivelerebbe «non convincente, perché sulla base di queste premesse dovrebbe allora essere anche escluso il bene giuridico come canone di interpretazione delle fattispecie incriminatrici»)[162].

Lucia RISICATO ha rilevato come le teorie c.d. "monistiche" (che intendono, cioè, approcciare il concorso di reati fruendo del solo criterio di specialità di cui all'art. 15 c.p.), per limitare i cumuli, avrebbero finito con l'alterare la logica della specialità, allargando indebitamente il criterio attraverso l'ammissione di una forma di specialità in concreto, nonché aprendo alla specialità bilaterale. Talché, al fine di evitare siffatte forzature, si propone l'accoglimento di criteri suppletivi, di natura valoriale e, in particolare, la sussidiarietà e la consunzione[163].

Su analoga posizione si attesta Marco SCOLETTA che, dopo aver rimarcato l'inadeguatezza delle teorie monistiche, tanto nella proiezione della specialità in concreto quanto dell'estensione del parametro al caso della specialità bilaterale, ha ammesso il ricorso a sussidiarietà e consunzione (nonché a quelle figure che sono ritenute dall'Autore dei loro corollari, ovverosia reato progressivo, progressione criminosa, antefatto e postfatto non punibili), sostenendo, quanto alla "base legale" di siffatti parametri, che essi avrebbero una «solida rilevanza implicita. In particolare, la diffusa previsione legislativa delle clausole di riserva corrisponde esattamente ad esigenze di sussidiarietà e consunzione, che risultano significative non di valutazioni specifiche ed eccezionali ma di istanze sistematiche, che permettono di attribuire a tali principi una portata di ordine generale… D'altra parte l'utilizzo delle teorie valoriali appare del tutto coerente con le istanze costituzionali sottese al principio di *ne bis in idem* sostanziale consentendo meglio di cogliere le ipotesi di reale e concreta reiterazione dei medesimi giudizi normativi di disvalore e quindi di evitare risposte punitive sproporzionate»[164].

Per David BRUNELLI, invece, «l'esigenza logica che muove il legislatore non cambia neppure di fronte alla dimensione "impura" del criterio, quando cioè la specialità

[162] PELISSERO M., Concorso apparente di norme, in Grosso C.F./Pelissero M./Petrini D./Pisa P., Manuale di diritto penale. Parte generale, Milano, 2020, pp.606 ss.

[163] Vd. RISICATO L., Lezioni di diritto penale, Pisa, 2023, pp. 389-395.

[164] SCOLETTA M., Concorso di norme e concorso di reati, in Paliero C.E. (a cura di), Il sistema penale, Torino, 2024, pp. 502 ss.

sia bilaterale o reciproca. L'esigenza è quella di impedire la plurima qualificazione penale della "stessa materia"».

Talché, l'esclusione del cumulo in casi di specialità bilaterale, con eccezione dell'ipotesi della specialità reciproca per aggiunta e, allo stesso tempo, l'ammissione di criteri valoriali (sussidiarietà e consunzione), secondo una soluzione eclettica ritenuta dall'Autore conforme al canone di offensività che, d'altro canto, contribuisce a definire la tipicità[165].

Una tesi monistica è sostenuta, di contro, da Giancarlo DE VERO (per il quale, il criterio di specialità opererebbe solo in astratto ed in senso unilaterale)[166], da Enrico Mezzetti (il quale ritiene che la specialità bilaterale, in sostanza, possa essere valorizzata, ai fini dell'affermazione del concorso apparente, solo in abbinamento con la *voluntas legis*)[167], nonché da Antonio Fiorella (il quale, però, ammette il criterio della specialità in concreto)[168], nonché da Tullio Padovani (che, invece, estende il criterio di cui all'art. 15 c.p., operativo solo in astratto, alla specialità bilaterale)[169].

Quanto alle monografie, si può richiamare quella di Ignazio GIACONA che, dopo aver aspramente criticato la teoria della specialità reciproca (rimarcando come la stessa risulti assai difficilmente impiegabile nella pratica, attesa la scarsa definizione dei parametri attraverso cui essa intenderebbe operare, nonché la circostanza che, posta al banco della prassi, la stessa sarebbe idonea a determinare «risultati aberranti»), ha sostenuto l'applicabilità, per risolvere il problema del *ne bis in idem* sostanziale, del criterio di consunzione che, ad avviso dell'Autore, opererebbe sulla base di due requisiti, ovverosia la comunanza di beni giuridici tutelati dalle norme convergenti nonché, soprattutto, la circostanza che, in concreto, le condotte criminose, ascrivibili nell'ambito di diverse disposizioni incriminatrici, rientrino nel medesimo "quadro di vita".

---

[165] BRUNELLI D., Diritto penale delle fattispecie criminose, Torino, 2019, pp. 359 ss.
[166] Vd. DE VERO G., Corso di diritto penale, vol. I, Torino, 2012, pp. 351 ss.
[167] MEZZETTI E., Diritto penale. Dottrina, casi e materiali, Bologna, 2023, pp. 173 ss.
[168] FIORELLA A., Le strutture del diritto penale. Questioni fondamentali di parte generale, Torino, 2018, pp. 125 ss.
[169] Sul pluralismo si attestano, invece, molti altri manuali. Vd. CONTENTO G., Corso di diritto penale, vol. II, Bari, 1995, pp. 513 ss.; FIANDACA G./MUSCO E., Diritto penale. Parte generale, Bologna, 1995, pp. 613 ss; MARINUCCI G./DOLCINI E., Manuale di diritto penale. Parte generale, Milano, 2017 (ed. a cura anche di Gatta G.L.), pp. 518 ss; PULITANÒ D., Diritto penale, Torino, 2017, pp. 427 ss; MANNA A., Manuale di diritto penale. Parte generale, Milano, 2021, pp. 523 ss.

Con tale locuzione, in particolare, s'intende che la commissione di un reato sia correlata, secondo l'*id quod plerumque accidit,* a quella di un altro illecito penale[170].

Secondo Marco GAMBARDELLA il criterio di specialità, di cui all'art. 15 c.p., sarebbe applicabile soltanto all'ipotesi della specialità unilaterale e nella dimensione in astratto; quanto alla sussidiarietà, essa sarebbe destinata a regolare, pure in difetto di clausole di riserva normativamente previste, l'ipotesi di convergenza di norme eterogenee che presentano un rapporto di interferenza e che sono poste a tutela di un medesimo bene giuridico, disciplinando diversi gradi di offesa al medesimo. Analogamente, s'intenderebbe ammettere il criterio di consunzione, destinato a governare, su base valoriale, rapporti tra norme "oltre la specialità"[171].

Del resto, ancor oggi, le tesi valoriali, per via della dimostrata incapacità dell'impostazione monistica di ridurre in maniera apprezzabile il fenomeno dei cumuli punitivi, esercitano un notevole *appeal* in dottrina. Tanto è vero che Giovannangelo DE FRANCESCO, tra i più autorevoli sostenitori del monismo[172], ha recentemente manifestato una certa apertura ai criteri di valore ai fini della risoluzione dei casi di convergenza tra norme incriminatrici, seppur in abbinamento con la specialità (intesa in senso astratto e con l'ammissione dell'ipotesi della specialità bilaterale)[173].

Per altro verso, alcuni autori, prendendo spunto dalle evoluzioni della giurisprudenza sovrannazionale sul tema del *ne bis in idem* e, in particolare, dal richiamo operato dalle corti alla proporzionalità, sostengono una proiezione sul terreno del diritto penale sostanziale del principio, tale da autorizzare l'impiego, da parte dell'interprete, di criteri valoriali per dirimere la questione del concorso di reati.

In particolare, in questo senso si è espresso Nicola MADIA[174], per il quale «il connotato della proporzionalità della pena assurge a pietra angolare del *ne bis in idem* europeo, ma poiché tale elemento appartiene alla sfera sostanziale del principio, emerge la perdurante verità dell'assunto secondo cui la garanzia convenzionale ha nettamente

[170] GIACONA I., Concorso apparente di reati e istanze di ne bis in idem sostanziale, Torino, 2023.

[171] GAMBARDELLA M., L'unità del molteplice. La relazione tra fattispecie nel concorso di reati, Roma, 2024. Tra gli autori che hanno sostenuto tesi pluralistiche si annoverano anche ROMANO B., Il rapporto tra norme penali. Intertemporalità, spazialità, coesistenza, Milano, 1998, nonché MUSCATIELLO V.B., Pluralità e unità di reati. Per una microfisica del molteplice, Padova, 2002.

[172] Vd. DE FRANCESCO G., Lex specialis. Specialità ed interferenza nel concorso di norme penali, Milano, 1980.

[173] Vd. DE FRANCESCO G., Concorso di norme e ne bis in idem: una rimeditazione sul problema, www.lalegislazionepenale.eu, 20 febbraio 2024.

[174] MADIA N., Ne bis in idem europeo e giustizia penale, Milano, 2020.

cambiato fisionomia… ciò comporta l'esigenza di un maggiore approfondimento delle relazioni tra disposizioni astrattamente concorrenti… i criteri di valore rinvengono ormai un proprio presidio normativo espresso e si atteggiano a parametri euristici fondamentali. In altri termini, attese le statuizioni delle Corti sovrannazionali, occorre definitivamente prendere atto come, anche in forza di criteri diversi da quello di specialità, si dovrà appurare se un avvenimento infranga o meno diverse disposizioni penali, alle quali corrisponda un autonomo disvalore». Talché, in definitiva, l'apertura a sussidiarietà e consunzione.

Quanto, ancora, alla dimensione sostanziale del *ne bis in idem*, sul tema si è soffermata, di recente, anche l'indagine di Chiara SILVA, la quale ha osservato che esso sarebbe orientato a garantire una proporzionalità tra punizione e disvalore del fatto concreto ma che, nel contempo, esso non avrebbe mai trovato alcuna compiuta definizione da parte della dottrina, che avrebbe lasciato nell'incertezza anche la questione del rapporto tra sfera sostanziale e processuale del medesimo principio.

Quest'ultimo, a livello di diritto penale sostantivo, come quello di offensività, per SILVA sarebbe immanente al sistema e mostrerebbe un crisma costituzionale; le analogie tra i suddetti valori, peraltro, si estenderebbero per l'Autrice alla duplice dimensione astratta e concreta, in termini di limite per il legislatore rispetto all'introduzione di meccanismi di cumulo sanzionatorio con effetti sproporzionati, ma anche di canone ermeneutico per il giudice, in sede di applicazione del diritto.

Volgendo l'attenzione, ancora, ai rapporti tra *ne bis in idem* sostanziale e processuale, l'Autrice, in conclusione, ha rilevato come una spinta ad una rinnovata attenzione al controllo dei cumuli punitivi sia stata fornita dal confronto con il diritto e, soprattutto, col formante giurisprudenziale europeo, soggiungendosi però che – nel solco della risalente *opinio* di molti studiosi della materia[175] – persisterebbe una difformità di *ratio* e di operatività delle due diverse dimensioni del suddetto principio, pur a fronte della convergenza funzionale, in termini di «garanzia *ad personam*»[176].

Sulla medesima linea si colloca, sostanzialmente, la tesi di Ludovico BIN che, volgendo l'attenzione al *ne bis in idem* sostanziale, alla luce dei più recenti orientamenti

[175] Vd. CONSO G., I fatti giuridici processuali penali. Perfezione ed efficacia, Milano, 1955; DE LUCA G., I limiti soggettivi della cosa giudicata penale, Milano, 1963; LOZZI G., Profili di una indagine sui rapporti tra ne bis in idem e concorso formale di reati, Milano, 1974.

[176] SILVA C., Sistema punitivo e concorso apparente di illeciti, Torino, 2018.

giurisprudenziali interni e sovrannazionali, ha dubitato della reale capacità operativa, nel campo del diritto penale sostanziale, del principio del *ne bis in idem*, sottolineandosene – nel prisma della proporzionalità – l'impalpabilità che, ad avviso dell'Autore (che sul punto si è espresso con disincanto), non potrebbe essere superata neppure all'esito della (da taluni auspicata)[177] "codificazione" del principio[178].

X. CONCLUSIONI: "*THE MORAL OF THE STORY*".

Il confronto tra la *double jeopardy clause* del sistema penale americano, da un lato, e il principio del *ne bis in idem* processuale e sostanziale nel contesto italiano, dall'altro, mette in luce significative divergenze storiche, legislative, giurisprudenziali e dottrinali, ma anche alcuni punti di convergenza potenzialmente rilevanti per il futuro sviluppo dei rispettivi ordinamenti.

L'analisi comparativa ha mostrato come i principi abbiano origini storiche distinte e siano evoluti in maniera disomogenea: la *double jeopardy clause,* in particolare, affonda le proprie radici nel *common law* inglese piuttosto che nella tradizione giuridica continentale-europea, e si è sviluppata negli Stati Uniti attraverso un percorso di adattamento e innovazione, segnato dall'interpretazione del Quinto Emendamento.

Il principio si è inizialmente concentrato sullo sbarramento, a seguito della pronuncia di un verdetto, ad un secondo processo per lo stesso reato federale, fondandosi sul concetto di *same offense* (secondo il binomio *stessa* condotta e *stessa* norma incriminatrice), oltre che sul *ban* all'appello da parte dello Stato in caso di assoluzione dell'imputato nel merito; a seguito della pronuncia *Blockburger v. United States* del 1932, con cui sono stati elaborati criteri volti a definire il concetto di *same offense* e a governare i cumuli sanzionatori nel medesimo *trial* (*multiple punishment*), la portata del citato *test,* dopo l'intervento della Corte suprema federale sui *landmark cases Benton v. Maryland* e *North Carolina v. Pierce,* è stata estesa alle questioni sui cumuli, anche processuali, negli Stati federati.

Tuttavia, l'applicazione giurisprudenziale di tali criteri è stata eterogenea, variando significativamente anche da Stato a Stato e, comunque, facendo registrare un certo *self*

[177] Così MANTOVANI F., Concorso e conflitto di norme nel diritto penale, Bologna, 1966, il quale, in ogni caso, ha sostenuto la rilevanza implicita del principio, ritenendolo immanente al sistema penale.

[178] «Il *ne bis in idem* sostanziale potrebbe al massimo ambire al ruolo di principio argomentativo, di indirizzo politico, ma sarebbe privo di reale forza prescrittiva, tendenzialmente non giustiziabile e ancora incapace di tradursi automaticamente in questo o quel criterio», BIN L., Unità e pluralità nel concorso di reati, Torino, 2022, spec. pp. 184 ss.

restraint da parte della giurisprudenza rispetto alle scelte di politica criminale attuate dai legislatori americani, riducendo la clausola sul doppio pericolo ed il *Blockburger set* a strumentario finalizzato ad evitare abusi delle corti nell'applicazione del diritto, ovverosia al tradimento del *legislative intent.*

In Italia, invece, il principio del *ne bis in idem,* muovendo anch'esso da una matrice eminentemente processuale, ha subito una trasformazione più recente, influenzata dall'interazione con il diritto ed il formante giurisprudenziale sovranazionale, che hanno condotto alla citata pronuncia della Consulta n. 200/2016.

Tale fondamentale arresto, nel riconoscere degli sbarramenti al *multi trial,* sulla logica del *simultaneus processus,* ha però confermato, nel contempo, la netta differenza col *ne bis in idem* sostanziale, che resta governato da norme di parte generale che sono state sinora oggetto di interpretazioni particolarmente discordanti, specie in dottrina. Ciò in un contesto segnato, anche in questo caso, dal riconoscimento ad opera delle corti dell'ampia discrezionalità del legislatore nelle scelte punitive (sancita, per di più, dalla pronuncia *A. e B. contro Norvegia*) e dalla tutto sommata scarsa affermazione del principio di proporzionalità, soprattutto al di fuori della logica del *tertium comparationis.*

Negli Stati Uniti, all'assenza di un sistema organico di regole di diritto penale sostanziale per regolamentare i cumuli (che rappresenta un elemento particolarmente critico, anche in considerazione della severità dei sistemi penali, che compendiano norme che prevedono trattamenti sanzionatori di inusitato rigore) ha fatto da controaltare, oltre alla creazione giurisprudenziale di alcune *rules* (quale, ad esempio, il *collateral estoppel*), l'introduzione, da parte dei legislatori, di particolari istituti disciplinanti sbarramenti di natura processuale e, in particolare, delle *mandatory joinder provisions,* che estendono il concetto di *same offense* e limitano i cumuli (in questa prospettiva anche punitivi) facendo anch'esse leva sul principio del *simultaneus processus*.

Tuttavia, l'applicazione di tali disposizioni, che talora si legano a concetti di complicata definizione (*same conduct, same act, same action, same transaction, same episode*), rimane incerta e variegata tra le diverse giurisdizioni statali. Così come si rivela particolarmente resiliente ad esatta definizione il concetto di *same offense* nella proiezione del dilemma tra concorso reale ed apparente, atteso che le corti superiori tendono ad impiegare i parametri sviluppati dalla giurisprudenza federale in un'ottica *case to case*, secondo forme di giustizia da caso concreto, senza l'ambizione di elaborare una teoria generale utile ad indirizzare l'interprete.

In Italia, al contrario, le più recenti e rilevanti novità sul *ne bis in idem* sono rappresentate dagli arresti della giurisprudenza europea e nazionale, laddove il varo di norme ad opera del legislatore che consentono al giudice di disapplicare norme penali, al commendevole fine di evitare sanzioni sproporzionate, sono settoriali e limitate all'ipotesi (pur frequente e non priva di criticità) di c.d. "doppio binario sanzionatorio" (vd., da ultimo, il nuovo art. 21-*ter* del d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74, introdotto dal d.lgs. 14 giugno 2024, n. 87, in materia tributaria), sollevando comunque forti perplessità in ragione dell'evidente tensione rispetto al principio di legalità.

Entrambi i sistemi giuridici hanno, però, in comune il fatto di aver generato insoddisfazione verso l'utilizzo esclusivo di criteri logico-formali (confronto strutturale e *same element test*) per risolvere le questioni relative al *ne bis in idem* e alla *double jeopardy*. Negli Stati Uniti, questa insoddisfazione ha portato, oltre che all'elaborazione (da parte della giurisprudenza e della dottrina) di quelli che potrebbero essere definiti "indici di *same offense*" (che rappresenta un'idea che potrebbe essere "importata" nel contesto nostrano), ad un frequente ricorso da parte delle corti a criteri correttivi, di natura valoriale.

In Italia, invece, pur a fronte delle articolate proposte dottrinali di superamento della ristretta logica della specialità (soprattutto nella sua proiezione astratta e unilaterale), la giurisprudenza sembra essersi attestata su un approccio assai restrittivo, per il quale il concorso apparente costituirebbe l'eccezione rispetto al cumulo.

Dall'analisi comparativa emerge, allora, con sufficiente chiarezza che il problema del bis in *idem*, degli eccessi sanzionatori nonché dei conflitti interpretativi dovrebbe passare attraverso interventi legislativi organici, come pure ha segnalato una parte della dottrina statunitense.

Entrambi gli ordinamenti necessitano, in particolare, di una più esatta definizione delle norme incriminatrici[179] nonché di una sensibile arretramento del raggio d'azione del diritto penale, oltre che di una forte limitazione delle ipotesi di doppio binario, al fine di ridurre le occasioni di cumulo sanzionatorio e processuale.

[179] Atteso che, per il vero, il problema dei cumuli punitivi sembra difficilmente risolvibile solo attraverso disposizione di parte generale, se non nell'ipotesi di introduzione di norme di efficacia *tranchant* e, in quanto tali, potenzialmente foriere di soluzioni concrete inique.

Un meno ambizioso, ma in qualche misura efficace, strumento potrebbe essere rappresentato, inoltre, dall'introduzione di specifiche clausole di riserva[180], funzionali a "regolare il traffico" tra norme che si pongono in rapporto ostinatamente impermeabile ad esatta definizione o che, comunque, hanno generato soluzioni ermeneutiche di correttezza alquanto opinabile (ne sono pieni i repertori. Si pensi, ad esempio, alle relazioni tra truffa, da un lato, millantato credito/traffico di influenze, falso documentale e malversazione, dall'altro; per quanto concerne i sistemi statunitensi, invece, emblematico è il caso dell'*overlapping punishment* nella disciplina penale degli stupefacenti).

Siffatte iniziative avrebbero, allora, importanti implicazioni per la certezza del diritto e per la tutela dei diritti dell'individuo, rafforzando la coerenza del sistema penale e allineandolo maggiormente ai principi di legalità e proporzionalità.

* * * * * *

[180] Il cui ruolo nell'ambito dell'ordinamento è stato sinora oggetto di letture divergenti. Per taluni autori, infatti, esse sarebbero indicative di una *ratio* sottendente all'intero sistema, in termini di tendenziale divieto di cumulo. Per altri, invece, dovrebbero essere lette nel prisma del principio *ubi lex voluit dixit.*

M.ª Olivia Galán Azofra
Magistrada Suplente de la Audiencia Provincial de Salamanca, España.

~Intervenciones telefónicas~

Sumario.- I. Fundamento constitucional del derecho al secreto de las comunicaciones. 1. Artículo 18.3 de la CE. 2. Naturaleza jurídica del derecho al secreto. 3. Bienes jurídicos protegidos. II. Régimen jurídico de las escuchas telefónicas en el ámbito penal. 1. Regulación en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (arts. 579 y ss.). 2. Requisitos para su autorización. III. Límites y controles al uso de las escuchas telefónicas. 1. Garantías procedimentales para evitar abusos. 2. Temporalidad y renovación de la medida. 3. Sujetos especialmente protegidos. IV. Valor probatorio de las escuchas telefónicas. 1. Incorporación al proceso penal. 2. Ensayo directo e indiciario. V. Conclusiones. VI. Referencias Bibliográficas. VII. Leyes.

I. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES

La implementación de escuchas telefónicas en el contexto de las pesquisas penales suscita relevantes cuestionamientos en torno a la salvaguarda de los derechos esenciales, en especial en lo que atañe a la inviolabilidad del secreto en las comunicaciones "*se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial*"[1]. Este derecho, consagrado en el "artículo 18.3 de la Constitución Española (CE)", constituye uno de los pilares esenciales del Estado de Derecho, resguardando a los individuos frente a eventuales injerencias arbitrarias por parte de las autoridades públicas.

En este apartado se aborda el significado y los límites de esta protección constitucional, así como su "*naturaleza jurídica*" y "*los bienes que tutela*". Además, se examina su estrecha conexión con otros derechos fundamentales, como la intimidad, la privacidad y las garantías del debido proceso. Esta base teórica resulta imprescindible para valorar hasta qué punto las las escuchas telefónicas pueden considerarse legítimas, necesarias y proporcionadas en el ámbito penal, sin vulnerar los límites constitucionales establecidos.

1. Artículo 18.3 de la CE

El "artículo 18, literal 3 de la CE de 1978" instituye lo siguiente: *"Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas,*

[1] JIMÉNEZ CAMPO, J. La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones, Revista española de derecho constitucional, 7, 20, 1987, pág. 36.

salvo resolución judicial"[2]. El propósito de esta garantía establecida en la Constitución es proteger tanto la libertad como la intimidad de los individuos en sus comunicaciones, impidiendo intervenciones injustificadas o excesivas por parte de las autoridades. La norma otorga a este derecho una **naturaleza inviolable**, lo que implica que sólo puede ser restringido mediante una resolución judicial motivada y en los supuestos legalmente previstos, atendiendo a los principios de **legalidad, necesidad y proporcionalidad**[3].

Se trata, por tanto, de una **reserva de jurisdicción** que exige, para su legítima limitación, la intervención de un órgano judicial competente, excluyendo cualquier autorización administrativa. La supervisión judicial representa una garantía clave para prevenir posibles excesos en la aplicación de medidas que invaden la intimidad, especialmente en el ámbito penal, donde la interceptación de comunicaciones puede ser una prueba importante, pero también conlleva un potencial peligro para los derechos fundamentales si no se siguen los procedimientos legales establecidos[4].

La doctrina emanada del Tribunal Constitucional ha llevado a cabo una exégesis rigurosa de este derecho, enfatizando que la protección del secreto de las comunicaciones se extiende tanto al contenido como a los datos vinculados a ellas, y que cualquier vulneración de dicha garantía, en ausencia de la pertinente autorización judicial, implica la nulidad radical de las pruebas recabadas.

2. Naturaleza jurídica del derecho al secreto

El derecho al secreto de las comunicaciones, reconocido en el artículo 18, párrafo tercero de la CE, tiene la consideración de **derecho fundamental** de configuración legal, integrante del **bloque de constitucionalidad** y dotado de la máxima protección jurídica dentro del ordenamiento español. En cuanto a su naturaleza jurídica, se trata de un **derecho de libertad** y de carácter **negativo o de abstención**, en la medida en que impone

[2] Constitución Española. «BOE» núm. 311, de 29/12/1978. (29 de diciembre de 1978). **Artículo 18.** "1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. 2. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito. **3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.** 4. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos".

[3] DÍAZ REVORIO, F. J. Artículo 18.3 en Comentarios a la Constitución Española: En memoria de Pablo Pérez Tremps, 1, 2024, p. 400.

[4] RIDAURA MARTÍNEZ, M. J. El legislador ausente del articulo 18.3 de la Constitución (la construcción pretoriana del derecho al secreto de las comunicaciones), Revista de Derecho Político, 100, 2017, p. 353.

al Estado y a los particulares una obligación de no interferencia en el ámbito reservado de las comunicaciones interpersonales, garantizando así su confidencialidad[5].

Su contenido esencial consiste en el poder de todo ciudadano de mantener la inviolabilidad de sus comunicaciones frente a terceros, ya sean agentes del poder público o particulares. Esta protección se extiende tanto al **contenido material** de la comunicación como a sus **elementos externos** —frecuencia, duración, identidad de los interlocutores, etc.—, conforme ha venido estableciendo reiteradamente el **Tribunal Constitucional**, especialmente en la sentencia STC 114/1984[6].

La doctrina constitucional ha sostenido que este derecho **no admite limitaciones genéricas ni habilitaciones administrativas**, siendo exclusivamente una **reserva de jurisdicción** lo que permite su restricción legítima, y siempre bajo criterios de **legalidad, necesidad, proporcionalidad y motivación judicial suficiente**. Esta característica lo diferencia de otros derechos fundamentales que pueden ser objeto de restricciones más amplias o incluso de limitaciones reglamentarias.

Desde el prisma del procedimiento penal, su configuración jurídica impone la necesidad de un equilibrio permanente entre la efectividad de las diligencias investigativas y la tutela de los derechos esenciales del imputado. Toda actuación que menoscabe el derecho al secreto de las comunicaciones sin la previa y legítima habilitación judicial se reputa incompatible con el ordenamiento constitucional, generando consecuencias procesales como la invalidez inmediata de la prueba ilícitamente obtenida y, eventualmente, de aquellas pruebas que de ella se deriven, conforme al principio conocido como el "*fruto del árbol envenenado"*.

3. Bienes jurídicos protegidos

Este derecho, establecido en el "artículo 18.3 de la CE", protege de manera inmediata el contenido confidencial de las comunicaciones interpersonales. No obstante, más allá de este objeto inmediato, su verdadera función es garantizar la integridad de ciertos bienes jurídicos esenciales en un Estado de Derecho.

En primer lugar, resguarda el "ámbito de libertad individual y autonomía personal", como componente estructural de la dignidad humana consagrada en el "artículo 10, literal

[5] DÍAZ REVORIO, F. J. El derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, Revista de Derecho Político, 85, 2012, págs. 159-173.

[6] GONZÁLEZ MONTES, J. L. La prueba ilícita. STC 114/1984, de 29 de noviembre, Persona y Derecho, 54, 2006, págs. 363-383.

1 de la CE"[7]. En consecuencia, la supervisión de nuestras comunicaciones forma parte integrante del ejercicio de la autodeterminación informativa y representa un requisito indispensable para la realización íntegra de la personalidad.

En segundo término, este derecho actúa como **garantía institucional del principio de privacidad** en el marco de las relaciones interpersonales, al impedir que terceros —particulares o poderes públicos— accedan, controlen o interfieran en el contenido de nuestras comunicaciones sin autorización judicial expresa. Se configura así, como un **límite infranqueable al poder del Estado**, con especial relevancia en el ámbito penal, donde una injerencia ilegítima puede comprometer el debido proceso y la imparcialidad del procedimiento.

Asimismo, el derecho al secreto de las comunicaciones protege de manera indirecta otros derechos fundamentales, como el derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE)[8], el derecho a la libertad de expresión (art. 20 CE)[9], o el derecho a la defensa y a un proceso con todas las garantías (art. 24 CE)[10]. La comunicación privada

[7] Constitución Española. «BOE» núm. 311, de 29/12/1978. **Artículo 10.** "**1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.** 2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España".

[8] Constitución Española. «BOE» núm. 311, de 29/12/1978. **Artículo 18.** "**1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.** 2. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito. 3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial. 4. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos".

[9] Constitución Española. «BOE» núm. 311, de 29/12/1978. **Artículo 20.** "1. Se reconocen y protegen los derechos: a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción. b) A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica. c) A la libertad de cátedra. d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades. 2. El ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa. 3. La ley regulará la organización y el control parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público y garantizará el acceso a dichos medios de los grupos sociales y políticos significativos, respetando el pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de España. 4. Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia. 5. Sólo podrá acordarse el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información en virtud de resolución judicial".

[10] Constitución Española. «BOE» núm. 311, de 29/12/1978. **Artículo 24.** "1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. 2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos".

constituye, en muchos casos, el medio a través del cual se ejercen tales derechos, por lo que su protección es indispensable para su plena efectividad.

Por último, cabe destacar su **dimensión institucional**, en tanto que constituye un pilar fundamental del sistema democrático y del modelo de convivencia constitucional. La existencia de canales de comunicación libres de injerencias estatales o privadas es esencial para el funcionamiento del pluralismo político, la vida asociativa y la participación ciudadana.

II. RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ESCUCHAS TELEFÓNICAS EN EL ÁMBITO PENAL

1. Regulación en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (arts. 579 y ss.)

La "Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim)", en sus artículos 579 y siguientes, "configura el régimen jurídico que habilita la intervención de las comunicaciones como herramienta de investigación en el proceso penal". La normativa vigente confiere al juez de instrucción la facultad de autorizar, mediante una resolución motivada, la interceptación de comunicaciones —sean estas postales, telegráficas, telefónicas o electrónicas— siempre que existan indicios razonables de actividad delictiva que hagan presumir que esta medida podría contribuir al esclarecimiento o comprobación de hechos importantes para la investigación del caso.

En concreto, el artículo 579, literal 1 LECrim[11] permite la incautación y apertura de la correspondencia del investigado, siempre que el procedimiento esté relacionado con delitos de especial gravedad, como aquellos vinculados a organizaciones delictivas o al terrorismo. A su vez, el segundo apartado de dicho precepto prevé la facultad de

[11] Ley de Enjuiciamiento Criminal. Real Decreto de 14 de septiembre 1882. LEG 1882/16. **Artículo 579**. [Intervención de las comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas] "**1. Podrá el Juez acordar la detención de la correspondencia privada, postal y telegráfica que el procesado remitiere o recibiere y su apertura y examen, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa.** 2. Asimismo, el Juez podrá acordar, en resolución motivada, la intervención de las comunicaciones telefónicas del procesado, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa. 3. De igual forma, el Juez podrá acordar, en resolución motivada, por un plazo de hasta tres meses, prorrogable por iguales períodos, la observación de las comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas de las personas sobre las que existan indicios de responsabilidad criminal, así como de las comunicaciones de las que se sirvan para la realización de sus fines delictivos. 4. En caso de urgencia, cuando las investigaciones se realicen para la averiguación de delitos relacionados Ley de Enjuiciamiento Criminal con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas o rebeldes, la medida prevista en el número 3 de este artículo podrá ordenarla el Ministro del Interior o, en su defecto, el Director de la Seguridad del Estado, comunicándolo inmediatamente por escrito motivado al Juez competente, quien, también de forma motivada, revocará o confirmará tal resolución en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que fue ordenada la observación".

interceptar las comunicaciones telefónicas y electrónicas, fijando un período inicial de tres meses, prorrogable por intervalos de igual duración, hasta alcanzar un límite máximo de dieciocho meses.

2. Requisitos para su autorización

a) Indicios racionales de criminalidad

Para que sea procedente la intervención de las comunicaciones en el ámbito penal, es necesario que existan indicios racionales que relacionen al investigado con la comisión de un delito. Estos indicios deben ser objetivos, concretos y estar sustentados en datos que permitan inferir una posible actividad delictiva. No basta con meras sospechas o conjeturas; es necesario que el juez cuente con elementos que, de forma razonable, apunten a la existencia de una conducta ilícita y a la participación del sujeto en cuestión. Este requisito garantiza que la medida no se adopte de manera arbitraria y que se respete el principio de presunción de inocencia[12].

b) Necesidad, idoneidad y proporcionalidad

La necesidad implica que la medida sea esencial para aclarar los hechos y que no existan otras opciones menos invasivas que puedan ofrecer la misma información. La idoneidad requiere que la intervención sea adecuada para alcanzar el objetivo perseguido en la investigación. Por último, la proporcionalidad exige que la injerencia en los derechos fundamentales del investigado sea equilibrada en relación con la gravedad del delito y la relevancia de la información que se espera obtener. Estos principios actúan como salvaguardas para evitar abusos y asegurar que la medida se adopte con la debida ponderación[13].

c) Intervención judicial motivada

La autorización para intervenir las comunicaciones debe ser otorgada por un juez mediante una resolución motivada. Dicha resolución ha de especificar los hechos que fundamentan la adopción de la medida, los indicios disponibles, el tiempo previsto para su ejecución y los medios concretos que se emplearán. La debida motivación judicial resulta crucial para asegurar el control jurisdiccional de la actuación y para salvaguardar

[12] RIVES SEVA, A.P. La intervención de las comunicaciones en la jurisprudencia penal, Red de Bibliotecas Universitarias (REBIUN), 2000.

[13] ROMERO DÍEZ, M. Las escuchas telefónicas, antecedentes y regulación, Anuario de la Facultad de Derecho, XXXI, 2014, págs. 285-299.

los derechos esenciales del investigado. Asimismo, facilita que las partes procesales puedan recurrir la decisión si estiman que no se han respetado las exigencias legales o que la intervención resulta excesiva[14].

III. LÍMITES Y CONTROLES AL USO DE LAS ESCUCHAS TELEFÓNICAS

1. Garantías procedimentales para evitar abusos

La intervención de las comunicaciones en el ámbito del proceso penal es una medida excepcional que afecta directamente al derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, reconocido en el "artículo 18, literal 3 de la CE"[15]. En virtud de su naturaleza intrusiva, su aplicación se encuentra sometida a estrictos requisitos procedimentales destinados a prevenir eventuales abusos y a garantizar la salvaguarda de los derechos fundamentales del investigado.

En primer término, resulta imprescindible que la medida sea autorizada mediante una resolución judicial debidamente motivada, emitida por el juez competente dentro de un proceso penal activo. Dicha resolución debe incluir una exposición pormenorizada de los hechos que avalan la intervención, los indicios racionales de criminalidad existentes, el plazo estimado de ejecución y los instrumentos específicos que se utilizarán.

Además, la intervención debe ser necesaria, idónea y proporcional en relación con la gravedad del delito investigado y la relevancia de la información que se espera obtener. La ejecución de la medida debe garantizar la confidencialidad y la integridad de las comunicaciones interceptadas, siendo inadmisible su utilización para fines distintos a los previstos en la autorización judicial. Toda transgresión de estas garantías puede ocasionar la invalidez de la prueba obtenida y de aquellas que se originen a partir de ella.

2. Temporalidad y renovación de la medida

La normativa dispone que la interceptación de las comunicaciones debe estar sujeta a un límite temporal, estableciendo un período inicial de tres meses, prorrogable en tramos equivalentes hasta alcanzar un máximo de dieciocho meses. Cada prórroga debe ser

[14] SALCEDO DÍAZ, C. A. La intervención de las comunicaciones telefónicas como método auxiliar de la investigación fiscal, Investigación en Ciencias Jurísicas y Sociales, 75, 2012.

[15] Constitución Española. «BOE» núm. 311, de 29/12/1978. **Artículo 18.** "1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. 2. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito. **3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.** 4. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos".

autorizada mediante nueva resolución judicial motivada, que justifique la necesidad de continuar con la medida. Esta limitación temporal tiene como objetivo evitar injerencias desproporcionadas en los derechos fundamentales del investigado y garantizar que la medida se mantenga solo mientras sea estrictamente necesaria para la investigación penal en curso.

3. Sujetos especialmente protegidos

Es el caso de los abogados, cuya comunicación con sus clientes está amparada por el derecho a la defensa; los periodistas, protegidos por el secreto profesional; y los parlamentarios, que gozan de inviolabilidad en el ejercicio de sus funciones. En estos supuestos, la autorización judicial para intervenir sus comunicaciones debe estar especialmente motivada y justificada, ponderando cuidadosamente los derechos en juego y garantizando que la medida no vulnere las garantías inherentes a sus respectivas funciones.

IV. VALOR PROBATORIO DE LAS ESCUCHAS TELEFÓNICAS

1. Incorporación al proceso penal

Las grabaciones obtenidas mediante escuchas telefónicas deben ser incorporadas al proceso penal cumpliendo con una serie de requisitos legales y jurisprudenciales. En primer lugar, es imprescindible que la intervención haya sido autorizada por resolución judicial motivada, conforme a lo establecido en el artículo 579 de la LECrim[16]. Además, las grabaciones deben ser transcritas y documentadas adecuadamente, garantizando su autenticidad e integridad. La cadena de custodia debe mantenerse de forma rigurosa para evitar cualquier alteración o manipulación de las pruebas. Asimismo, es necesario que las

[16] Ley de Enjuiciamiento Criminal. Real Decreto de 14 de septiembre 1882. LEG 1882/16. **Artículo 579**. [Intervención de las comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas] "**1. Podrá el Juez acordar la detención de la correspondencia privada, postal y telegráfica que el procesado remitiere o recibiere y su apertura y examen, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa.** 2. Asimismo, el Juez podrá acordar, en resolución motivada, la intervención de las comunicaciones telefónicas del procesado, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa. 3. De igual forma, el Juez podrá acordar, en resolución motivada, por un plazo de hasta tres meses, prorrogable por iguales períodos, la observación de las comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas de las personas sobre las que existan indicios de responsabilidad criminal, así como de las comunicaciones de las que se sirvan para la realización de sus fines delictivos. 4. En caso de urgencia, cuando las investigaciones se realicen para la averiguación de delitos relacionados Ley de Enjuiciamiento Criminal con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas o rebeldes, la medida prevista en el número 3 de este artículo podrá ordenarla el Ministro del Interior o, en su defecto, el Director de la Seguridad del Estado, comunicándolo inmediatamente por escrito motivado al Juez competente, quien, también de forma motivada, revocará o confirmará tal resolución en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que fue ordenada la observación".

partes tengan acceso a las grabaciones y puedan ejercer su derecho de defensa, impugnando su validez si lo consideran oportuno. El incumplimiento de estos requisitos puede conllevar la inadmisión de las pruebas obtenidas.

2. Ensayo directo e indiciario

Cuando las conversaciones interceptadas contienen manifestaciones claras y explícitas sobre la comisión de un delito, pueden ser consideradas como prueba directa. Por otro lado, si las grabaciones aportan elementos que, en conjunto con otras pruebas, permiten inferir la existencia de un hecho delictivo, se tratará de una prueba indiciaria. En ambos casos, es fundamental que las grabaciones hayan sido obtenidas y aportadas al proceso respetando las garantías legales y constitucionales, para que puedan ser valoradas por el tribunal con plena eficacia probatoria.

V. CONCLUSIONES

A lo largo del presente trabajo se ha analizado el complejo equilibrio entre la necesidad de garantizar la eficacia de la investigación penal y la protección de un derecho fundamental consagrado en el "artículo 18.3 de la CE": el derecho al secreto de las comunicaciones se ve afectado por la intervención telefónica, la cual, al ser una medida que limita derechos, es considerada un recurso legítimo dentro del proceso penal, aunque su uso es excepcional. Esta intervención debe cumplir con estrictos requisitos de legalidad, necesidad, idoneidad y proporcionalidad para ser aplicada.

Se ha constatado que la LECrim, en sus artículos 579 y siguientes, regula esta diligencia de investigación con criterios que buscan evitar su uso arbitrario. La jurisprudencia constitucional y ordinaria ha contribuido de forma decisiva a perfilar su contenido y límites, estableciendo un sólido marco garantista en relación con su autorización judicial, duración, validez probatoria y admisibilidad procesal.

Asimismo, se ha puesto de manifiesto la especial protección que merece la intervención de comunicaciones cuando afecta a determinados colectivos, como abogados, periodistas o parlamentarios, cuya función institucional o profesional requiere una tutela reforzada del secreto y de la confidencialidad. Por último, se ha abordado el valor probatorio de estas escuchas, diferenciando entre su función como prueba directa o indiciaria, y destacando la relevancia de su correcta incorporación procesal para evitar nulidades.

En cuanto a la reflexión crítica, si bien la regulación legal y la jurisprudencia han avanzado notablemente en acotar los supuestos en los que procede una intervención telefónica, aún persisten riesgos inherentes al uso de esta medida, especialmente cuando se convierte en un recurso rutinario o desproporcionado en las fases iniciales de una investigación. La tecnología actual permite una capacidad de injerencia sin precedentes, lo que obliga a reforzar aún más los controles judiciales y garantizar una motivación rigurosa de las resoluciones autorizantes.

En este contexto, la protección del derecho al secreto de las comunicaciones no debe verse como un impedimento para la justicia, sino como un límite esencial que salvaguarda el Estado de Derecho ante posibles abusos. Esta medida debe ser utilizada con gran prudencia, especialmente en situaciones donde se vean comprometidos derechos como la libertad de expresión, la confidencialidad profesional o las actividades parlamentarias.

VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DÍAZ REVORIO, F. J. Artículo 18.3, en Comentarios a la Constitución Española: En memoria de Pablo Pérez Tremps, 1, 2024, págs. 400-410.

DÍAZ REVORIO, F. J. El derecho fundamental al secreto de las comunicaciones en Revista de Derecho Político, 85, 2012, págs. 159-173.

GONZÁLEZ MONTES, J. L. La prueba ilícita. STC 114/1984, de 29 de noviembre en Persona y Derecho, 54, 2006, págs. 363-383.

JIMÉNEZ CAMPO, J. La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones en la Revista española de derecho constitucional, 7, 20, 1987, pág. 35-82.

RIDAURA MARTÍNEZ, M. J. El legislador ausente del articulo 18.3 de la Constitución (la construcción pretoriana del derecho al secreto de las comunicaciones) en Revista de Derecho Político, 100, 2017, págs. 347-407.

RIVES SEVA, A.P. La intervención de las comunicaciones en la jurisprudencia penal en Red de Bibliotecas Universitarias (REBIUN), 2000.

ROMERO DÍEZ, M. Las escuchas telefónicas, antecedentes y regulación en Anuario de la Facultad de Derecho, XXXI, 2014, págs, 285-299.

SALCEDO DÍAZ, C. A. La intervención de las comunicaciones telefónicas como método auxiliar de la investigación fiscal en Investigación en Ciencias Jurísicas y Sociales, 75, 2012.

VII. LEGISLACIÓN

Constitución Española. «BOE» núm. 311, de 29/12/1978. (29 de diciembre de 1978).

Ley de Enjuiciamiento Criminal. Real Decreto de 14 septiembre 1882. LEG 1882/16. Gaceta 17 septiembre 1882, núm. 260.

* * * * * *

4. Recensiones

Prof. Dr. Yesid Reyes Alvarado

Abogado y ex ministro de Justicia y del Derecho de Colombia, Director del Departamento de Derecho penal, Universidad Externado, Colombia

~Prólogo a la obra "El conocimiento más allá de toda duda razonable del dolo en la intervención delictiva, de Miguel Ángel Muñoz García~

Aun cuando situar la intencionalidad como elemento central del injusto le ofreció al finalismo una ventaja sobre las concepciones causalistas de la teoría del delito que solo podían limitar la enorme extensión de los cursos causales en sede de culpabilidad, sus dificultades eran evidentes frente al delito imprudente y en torno a algunos casos puntuales de conductas dolosas. Por aquella época, en la literatura alemana comenzó a hablarse del hipotético caso de un sobrino codicioso que, con el propósito de acelerar el fallecimiento de su tío rico, lo persuade de emprender un viaje en avión, o de realizar una caminata a través de una colina sobre la que se cierne una tormenta (se lo planteó en distintas variantes) con la esperanza de que fallezca en un accidente aéreo o alcanzado por un rayo, lo cual finalmente acaece. Estando clara la relación causal entre la conducta del sobrino y el deceso de su tío, y demostrado que su comportamiento estuvo orientado por el propósito de matar a su pariente, la doctrina se preguntaba si podría sostenerse válidamente que debía responder como autor de un homicidio[1].

Para WELZEL este tipo de casos no representaba ningún problema, porque su figura de la adecuación social (desarrollada por él a partir de un concepto dinámico del bien jurídico[2], le permitía mantener esa clase de conductas al margen de derecho penal; por eso, cuando en uno de sus escritos se ocupó marginalmente del tema, calificó de "insulso" el caso del sobrino codicioso[3] y se limitó a señalar que se trataba de un claro ejemplo de conducta socialmente adecuada. Aun cuando frente a esta hipótesis la solución planteada

---

* MUÑOZ GARCÍA, Miguel Ángel, El conocimiento más allá de toda duda razonable del dolo en la intervención delictiva, Bogotá, Ibáñez/Pontificia Univ. Javeriana, 2025, 728 págs. ISBN: 978-958-791-899-1. El Prof. MUÑOZ GARCÍA es socio de la FICP, abogado y Prof. a tiempo completo de la Pontificia Univ. Javeriana, Bogotá, Colombia.

[1] La pregunta es, desde luego, retórica en el sentido de que se limita a llamar la atención sobre lo inaceptable de algunas soluciones a las que conduciría la concepción finalista, sin querer significar que alguien estaría dispuesto a afirmar la responsabilidad penal del sobrino.

[2] Cfr. WELZEL, Studien zum System des Strafrechts, ZStW, 58, 1939, pp. 514 y 515.

[3] WELZEL, Studien zum System des Strafrechts, Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, 1975, p. 142.

por WELZEL es correcta, la situación se complica si en la descripción del caso se asume que el sobrino, al enterarse casualmente de que en un determinado avión un grupo terrorista ha instalado un poderoso explosivo para hacerlo estallar en el aire, decide comprarle a su tío un billete para que aborde precisamente ese vuelo. Frente a este tipo de supuestos la pregunta es si ese conocimiento previo de la existencia de la bomba deja la conducta del sobrino al margen de lo socialmente adecuado y fundamenta su responsabilidad penal por la muerte de su tío.

Variantes como esta plantean dos problemas adicionales: el primero tiene que ver con la perspectiva sistémica y se refiere a si –en el marco de concepciones ontológicas de la teoría del delito– esos conocimientos especiales pueden ser objeto de análisis en la imputación objetiva, pese a ser de naturaleza subjetiva; la cuestión fue agudamente planteada por Armin KAUFMANN al preguntarse en uno de sus más conocidos artículos ¿qué es lo objetivo de la imputación objetiva?[4]. El segundo ha sido caracterizado por la doctrina con la denominación de acciones neutrales, que no pasa de ser una particularidad del riesgo permitido; en efecto, la expresión "neutral" se refiere a lo que es indiferente para el derecho penal, que desde el punto de vista de la imputación objetiva son todas aquellas conductas que pueden ser incluidas dentro del concepto de riesgo permitido.

En principio, el debate que hay detrás de esta expresión (acciones neutrales) se reduce a la cuestión de cuándo una conducta que en principio sería parte del riesgo permitido, puede pasar a ser considerada como un riesgo jurídicamente desaprobado. Pero si para resolver este problema se recurrió a mediados del siglo XX a la teoría de la imputación objetiva como una forma de responder a la insuficiencia de las tradicionales concepciones causalista y finalista de la teoría del delito, cabe preguntarse si hay algo que amerite estudiar de manera separada el tema de las acciones neutrales, en lugar de abordarlo como un asunto más de la determinación del riesgo jurídicamente desaprobado. Algunos de los casos con los que se suele ilustrar el problema son el del empleado de una gasolinera que gracias a sus conocimientos especiales se percata de un defecto grave en las llantas del vehículo al que abastece de combustible, pero se abstiene de advertir al conductor, quien poco después fallece en una colisión provocada por las llantas defectuosas[5]; o el del camarero que debido a sus conocimientos como estudiante de

[4] KAUFMANN, Armin. Objektive Zurechnung beim Vorsatz-delikt?, en: Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck, 1. Halbband, Duncker & Humblot, Berlin, 1985, pp. 251 y ss.

[5] Sobre este caso, cfr. HERZBERG, Beteiligung an einer Selbsttötung oder tödlichen Selbstgefährdung als Tötungsdelikt, JA, 1985, p. 272; JAKOBS, Regreßverbot beim Erfolgsdelikt, ZStW, 89, 1977, pág. 4.

química percibe una planta venenosa en la ensalada que debe llevar de la cocina del restaurante a la mesa, y no le comunica nada al comensal que finalmente fallece debido a su ingestión[6].

Como puede observarse en estos y otros ejemplos similares, la particularidad de las acciones neutrales frente a la determinación de cuándo una conducta permanece dentro del riesgo permitido o cuándo supone creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, es su estrecha vinculación con el tema de los conocimientos especiales[7]. Quienes trabajan con una concepción de la teoría del delito en la que sigue siendo determinante el entendimiento naturalista de algunos de sus elementos estructurales, se inclinan por resolver el problema en el ámbito del tipo subjetivo, dado que los conocimientos están al interior de la mente del ser humano. Una de las propuestas más acogidas proviene de Roxin, quien plantea una solución dual[8]: para los casos en que el sujeto actúe con dolo directo, el sentido delictivo de la conducta permitiría determinar la relevancia de los conocimientos especiales; en términos prácticos esto significa que si el comportamiento solo puede ser entendido como un aporte a la conducta del autor, surge la figura de la complicidad[9]. Frente a hipótesis en las que el sujeto actúa imprudentemente o con dolo eventual, ROXIN matiza su propuesta al señalar que, si en esa actuación se puede reconocer una inclinación hacia el hecho punible, surgirá la figura de la complicidad[10].

Por el contrario, aquellos que optan por una concepción predominantemente normativa de los elementos estructurales de la teoría del delito –en la que los conceptos de objetivo y subjetivo no equivalen a los de externo e interno– resuelven el problema en el ámbito del tipo objetivo (es decir, en sede de imputación objetiva), usualmente a través de variantes del antiguo principio de la prohibición de regreso; se dice entonces que, como regla general, crear las condiciones para que alguien cometa un delito no equivale a haber tomado parte en su comisión.

---

[6] Sobre este caso, cfr. JAKOBS, Tätervorstellung und objektive Zurechnung. En: Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, Carl Heymanns Verlag KG, Köln-Berlin- Bonn-München, 1989, pp. 273 y 286.

[7] Cfr. ROBLES PLANAS, Conductas neutrales, en Actas del I Congreso Internacional de la FICP, Univ. de Barcelona, 29-30 mayo 2015. Disponible en: https://www.ficp.es/wp-content/uploads/Robles-Conductas-neutrales-2-FICP.pdf

[8] Para una exposición crítica de este planteamiento, cfr. ROBLES PLANAS, en: Actas del I Congreso Internacional de la FICP, Univ. de Barcelona, 29-30 mayo 2015.

[9] Cfr. ROXIN, Zum Strafgrund der Teilnahme, en: Festschrift für Walter y Johannes Wessels, Müller CF Verlag, Heidelberg, 1993, pp. 378 y 379, quien cita a FRISCH en apoyo de su tesis.

[10] Cfr. ROXIN. Bemerkungen zum Regreßverbot. En: Festschrift für Herbert Tröndle, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1989, p. 187.

Aun cuando sobre la forma de tratar los conocimientos especiales ya se había debatido como parte de la controversia surgida en torno a la estructura y alcance de la teoría de la imputación objetiva[11], la polémica adquirió una nueva relevancia cuando se la comenzó a analizar desde la perspectiva de la coautoría y la participación. En este contexto aparecen casos como el del comerciante que vende un cuchillo a quien delante suyo y en medio de una reyerta ha amenazado con matarle, el del deudor que cancela oportunamente su obligación sabiendo que con ese dinero el acreedor cometerá un delito[12], el del juez a cargo de un proceso contra un grupo de extremistas a quien los sindicados le advierten que si avanza en su trabajo asesinarán a un político, lo cual ocurre en cuanto el juez continúa con la investigación[13], o el del conductor del taxi que lleva a alguien hasta una sucursal bancaria, sabiendo que su pasajero se dispone a robarla.

El tema no es, sin embargo, del todo novedoso; desde que los delitos comenzaron a cometerse en la modalidad de división del trabajo surgió la necesidad de explicar por qué se debía responder penalmente por desplegar una conducta que no encaja en el verbo rector del tipo; ¿por qué alguien que espera en la puerta del banco a que salgan los ladrones para llevarlos a un sitio seguro debe responder también por ese robo? El cerrajero que abre la puerta de una casa permitiendo la entrada de unos secuestradores, ¿responde

por la ilícita privación de la libertad en que ellos incurran al interior de la vivienda? ¿El mensajero que, sin conocer el contenido del paquete ni la razón por la que se lo entregan, recibe de las víctimas el dinero que les es exigido por un grupo de extorsionistas responde por ese delito?

La gran acogida que tuvo la exigencia del mutuo acuerdo como elemento de la coautoría[14] permite resolver buena parte de los problemas, en la medida en que una acción dejaría de ser neutral por el hecho de que quien la despliega se haya comprometido a utilizarla como parte de un acuerdo de voluntades para cometer un delito distribuyéndose los aportes entre todos quienes en él toman parte. Desde esta perspectiva, el cerrajero que se pone de acuerdo con un amigo para abrir una caja fuerte con el fin de

[11] Me refiero a las versiones que de ella se comenzaron a formular en Alemania a partir de los años sesenta del siglo XX

[12] Cfr., GÜNTHER, ZStW, 89, 1977, p. 4.

[13] Cfr. Ibídem, p. 3.

[14] Cfr. MIR PUIG, Santiago, Derecho Penal – parte general, 10.ª ed., Barcelona, ed. Reppertor, 2016, § 15/2, p. 404. ROXIN, Strafrecht – Allgemeiner Teil, Band II, Verlag C. H. Beck, München, 2003, §25/190, p. 147.

apoderarse del dinero que hay en su interior, respondería como coautor de ese hurto en virtud del concurso de voluntades.

Sin embargo, esta solución no comprende los casos en los que alguien, sin que haya un acuerdo entre ellos, hace un aporte para la comisión de un delito que otro ejecuta; un tendero presencia una riña frente a su establecimiento, en desarrollo de la cual uno de los contrincantes amenaza de muerte al otro y, acto seguido, le solicita que le venda un cuchillo; el comerciante accede con la secreta intención de que mate al otro sujeto, a quien ha reconocido como un enemigo suyo, pero sin comunicárselo al comprador. Las opciones teóricas para resolver este caso serían dos: la primera consiste en considerar al vendedor como un cómplice del homicidio, lo cual requiere que se prescinda del concurso de voluntades como requisito de la complicidad[15]; si se opta por esta alternativa, es indispensable fundamentar la responsabilidad del cómplice en algo que no sea el deseo –consentido por el autor– de ayudar en la ejecución del delito, lo que necesariamente conduciría a afincarla sobre presupuestos objetivos como la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado que se realiza en el resultado. De optarse por esta solución, desaparecerían las diferencias entre autor y cómplice en el ámbito de la imputación objetiva, quedando para la fase de determinación de la pena la labor de graduar la magnitud de la sanción de acuerdo con el aporte que cada uno de los intervinientes haya hecho a la ejecución del delito.

La segunda consistiría en responsabilizar como autores tanto al que hirió mortalmente a la víctima, como a quien le vendió el arma con la que ejecutó el delito; no se trataría de una coautoría, por falta de un acuerdo de voluntades, sino de autorías yuxtapuestas[16]. Esta solución es curiosa porque muestra un vínculo entre dos personas

[15] Curiosamente, aunque se admite que la complicidad solo puede ser dolosa (Cfr. JESCHECK, Tratado de Derecho Penal – parte general, II, Bosch, Barcelona, 1981, trad. de Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde, §64/IV, 2, d, p. 966), la doctrina no suele mencionar el acuerdo de voluntades como uno de los requisitos de la complicidad. Algunos incluso advierten de manera expresa que la denominada complicidad técnica (por oposición a la psíquica) puede ser prestada "aun cuando el autor principal nada sepa del apoyo que se le ha prestado (MAURACH /GÖSSEL /ZIPF, Derecho Penal – parte general, II, Buenos Aires, Astrea, 1995, trad. de Jorge Bofill Genzch, §52/7, p. 454). Sin embargo, tampoco es extraño encontrar algunos autores que –a partir del momento en que ese acuerdo se produce– diferencian entre las complicidades antecedente, concomitante y subsiguiente como una forma de distinguir esta última del delito de encubrimiento, y que muchos otros acepten la posibilidad de la complicidad en los delitos imprudentes sobre dos supuestos: el primero, que haya un acuerdo de voluntades referido a la ejecución de la conducta imprudente y no a la producción del resultado, y el segundo, que en el delito imprudente no se haga una distinción entre autores y partícipes a nivel del injusto, sino que se trabaje con un concepto unitario de autor; esta última circunstancia es la que explica que algunos autores se refieran expresamente la existencia de una coautoría imprudente (cfr., por ejemplo, ROXIN, Strafrecht – AT, II, 2003, §25/242).

[16] Cfr ROXIN, Strafrecht – AT, II, 2003, § 25/191, p. 78.

que intervienen a título de autores sin ser coautores (falta el acuerdo de voluntades), sin que uno de ellos sea inductor (lo cual lo convertiría en partícipe), y sin que el vendedor sea autor mediato (el ejecutor no fue un simple instrumento). Parece más otro caso de autoría mediata con responsabilidad del ejecutor, distinto de las hipótesis que suelen estudiarse por medio de la figura de los aparatos de poder organizados.

El texto que el lector tiene en sus manos aborda con detenimiento las tres cuestiones que he mencionado a lo largo de este prólogo; se ocupa inicialmente de analizar la figura de las acciones neutrales, lo que necesariamente lo lleva a ahondar en el problema de cuál es el fundamento del injusto en la participación. Después de revisar críticamente las opciones teóricas disponibles sobre el particular, se decanta por la tesis del sentido único de integración en el injusto que matiza con sus propias consideraciones sobre conceptos centrales de la teoría del delito como la acción y el dolo. La primera de estas matizaciones es especialmente llamativa, porque destaca la valoración social de la conducta como el elemento objetivo de la teoría del delito, en contraposición a quienes entienden por objetivo todo aquello que está fuera de la mente del ser humano. Esa valoración social de la conducta abriría la posibilidad de considerar la actuación de los intervinientes en un delito como una acción colectiva, alternativa que Miguel Ángel MUÑOZ parece ver con buenos ojos en este libro.

Ese entendimiento de lo que debe ser considerado como objetivo y subjetivo en la teoría del delito lo lleva a una segunda precisión relacionada con el dolo, al incorporar dentro de la imputación objetiva aspectos que –como el del conocimiento de la situación– suelen ser desarrollados por la doctrina mayoritaria como parte del tipo subjetivo o de lo que algunos prefieren denominar actualmente la "imputación subjetiva". Dado que desde la perspectiva seleccionada resulta trascendental el conocimiento de la situación por parte del partícipe, en la medida en que solo a partir de su existencia la conducta podría ser reprochada desde el punto de vista de la imputación objetiva, Miguel Ángel MUÑOZ dedica la última parte de su trabajo a analizar la manera como en su criterio debe establecerse el conocimiento del dolo propio de la intervención delictiva, siguiendo el estándar del conocimiento más allá de toda duda.

De esta forma consigue reunir de manera articulada en un solo libro la cuestión de los conocimientos especiales como parte de la imputación objetiva, la fundamentación del injusto en la participación y su compatibilización con las llamadas conductas neutrales, junto a un tema de naturaleza procesal como es el de la prueba del dolo, desde

una perspectiva perfectamente compatible con los puntos de partida utilizados por él para afrontar el tema de las acciones neutrales y el del fundamento del injusto de los partícipes. Aparte de sus valiosos aportes en cada uno de los temas que escudriña aguda y críticamente a lo largo del texto, su configuración general es un buen ejemplo de la importancia de que los temas de la teoría del delito sean abordados desde una perspectiva sistémica.

* * * * * *

II. LEGISLACIÓN

España

Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia

Las Cortes Generales aprobaron el pasado 19 de diciembre de 2024 la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia. La norma ha sido publicada en el Boletín Oficial del Estado (BOE) con fecha de 3 de enero de 2025 y entró en vigor el 3 de abril de este año[1].

Por su extensión, solo se reproduce aquí el Preámbulo de la ley orgánica, cuyo texto integral consolidada puede consultarse en el siguiente enlace.

PREÁMBULO

I

La Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, fue la primera norma que, con carácter general, recogía las exigencias estatutarias en materia de organización judicial tras la promulgación de la Constitución de 1978. Esta ley orgánica sustituyó a la hasta entonces vigente Ley provisional sobre organización del Poder Judicial, de 15 de septiembre de 1870, permitiendo la evolución de una organización, entonces anclada en una España decimonónica, hacia un verdadero Estado Social y Democrático de Derecho, propio de la organización política de una Nación que ya se identificaba como una sociedad democrática avanzada.

Han pasado, pues, más de treinta y cinco años desde que aquella norma viniera a revolucionar el modelo organizativo que se proyectaba sobre la organización territorial del Poder Judicial, incluyendo relevantes modificaciones, algunas derivadas de la configuración territorial del Estado en comunidades autónomas. Esta organización territorial se estructuraba, a efectos judiciales, en municipios, partidos, provincias y

[1] Salvo ciertas disposiciones específicas que lo hicieron a los 20 días de su publicación en el BOE o a los 9 meses, en el caso de la atribución de competencias en materia de violencia sexual (vid. Disposición final 38.ª).

comunidades autónomas, permitiendo definir los ámbitos de actuación para el ejercicio de la potestad jurisdiccional. Así, salvo los órganos cuya potestad se extendía a todo el territorio nacional, la planta quedaba establecida en Juzgados de Paz, de Primera Instancia e Instrucción, de lo Contencioso-Administrativo, de lo Social, de Vigilancia Penitenciaria y de Menores, Audiencias Provinciales y Tribunales Superiores de Justicia.

En sus más de siete lustros de vigencia, la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, ha sido objeto de numerosas reformas que, en general, no han cambiado de un modo sustancial la organización de los tribunales en lo referente a su planta y demarcación. Una de las más significativas vino de la mano de la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre, de los Juzgados de lo Penal, y por la que se modifican diversos preceptos de las Leyes Orgánica del Poder Judicial y de Enjuiciamiento Criminal, que incluyó a esta clase de órganos entre los que componen aquella planta.

Sin embargo, estas reformas apenas han modificado la estructura de la organización de los tribunales, manteniendo la división territorial desde el municipio, como elemento básico, hasta llegar a las comunidades autónomas. Además, en esa organización siempre se ha partido de considerar a los juzgados, órganos unipersonales, el primer escalón de acceso a la Justicia para la ciudadanía, trasladando la existencia de los tribunales, como entes colegiados de organización y enjuiciamiento, al nivel provincial o superior.

Pero este modelo de organización judicial basado en el tradicional juzgado unipersonal, que ya estaba presente en el siglo XIX, respondía a las necesidades de una sociedad que, a la sazón, podía describirse como esencialmente agraria, dispersa, poco comunicada y con grandes limitaciones de movilidad que nada tiene que ver con la sociedad española de hoy.

Actualmente, la mayor complejidad de las relaciones sociales y económicas y el importante incremento de la litigiosidad plantean nuevas exigencias en la organización de la Administración de Justicia. Además, se ha producido un avance espectacular en el campo de las tecnologías de la información y comunicación, así como en las infraestructuras de transporte que permiten una mayor movilidad y la concentración de población y servicios en torno a núcleos urbanos, por lo que el modelo tradicional de juzgado unipersonal ha ido quedándose obsoleto.

La organización judicial tradicional ha provocado, con el paso del tiempo, una serie de disfunciones en el ámbito de la Administración de Justicia, como pueden ser la falta

de especialización de los juzgados; la proliferación de órganos con idéntica competencia en cada partido judicial, conllevando una innecesaria dispersión de medios y esfuerzo; el favorecimiento de la justicia interina; y las desigualdades en la carga de trabajo y en el tiempo de resolución de asuntos, entre otras.

Es por ello que la racionalización del modelo y la búsqueda de la eficiencia aconsejan que el primer nivel de organización judicial opere de forma colegiada, como también ocurre en las demás instancias judiciales, en la misma línea que otros países de nuestro entorno democrático. Es importante destacar que el modelo de los Tribunales de Instancia es un sistema de organización colegiada que no altera el ejercicio de la función jurisdiccional ni las competencias de los órganos de enjuiciamiento unipersonales.

Valorando el encaje constitucional del nuevo modelo organizativo, como considera el Consejo de Estado en el dictamen emitido en relación con el Anteproyecto de Ley Orgánica de Eficiencia Organizativa del Servicio Público de Justicia, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para la implantación de los Tribunales de Instancia y las Oficinas de Justicia en los municipios, se concluye que las prescripciones contenidas en los artículos 117 y 122 de la Constitución Española se aplican a todos los órganos judiciales, con independencia de su carácter y configuración unipersonal o colegiada. En estos preceptos se refleja la estructura organizativa de la Administración de Justicia española en aquel momento, integrada por Juzgados y Tribunales. De este modo, el Consejo de Estado interpreta que «las proclamaciones de los artículos 117 y 122 de la Constitución Española no tienen el alcance de crear una garantía institucional de que el primer escalón de la tutela judicial deba articularse a través de órganos judiciales unipersonales e independientes, por contraposición al ejercicio colegiado de la potestad jurisdiccional en las instancias superiores.»

II

Por otro lado, el sistema de Justicia de nuestro país, que da soporte al ejercicio de la potestad jurisdiccional, padece desde hace décadas de insuficiencias estructurales, algunas de las cuales, sin justificación, han dificultado que ocupe plenamente el lugar que merece en una sociedad avanzada. No hay duda de que en algunos puntos del sistema puede haber déficit de recursos que haya que corregir, pero no parece que esta sea la causa principal de nuestros problemas crónicos, derivados más bien de la escasa eficiencia de

las soluciones que sucesivamente se han ido implantando para reforzar la Administración de Justicia como servicio público.

Ello solo es así cuando la justicia se percibe por la ciudadanía como algo propio, cercano, eficaz, entendible y relativamente rápido. En palabras del constitucionalismo moderno, este servicio público precisa tanto de legitimidad social como de eficiencia. Legitimidad en el sentido de grado de confianza y credibilidad que el sistema de Justicia debe tener para nuestra ciudadanía, y eficiencia referida a la capacidad de este sistema para producir respuestas eficaces y efectivas.

Se trata, por tanto, de afianzar que el acceso a la justicia suponga la consolidación de derechos y garantías de los ciudadanos y ciudadanas; que su funcionamiento como servicio público se produzca en condiciones de eficiencia operativa; y que la transformación digital de nuestra sociedad reciba traslado correlativo en la Administración de Justicia.

Para ello, es necesario adaptar además las estructuras de la Justicia. Primero, para poder hacer frente a las dificultades en el desenvolvimiento normal de los juzgados y tribunales; después, para poder superar el enorme reto de ofrecer un servicio público eficiente y justo a la ciudadanía; y, finalmente, para incorporar los valores de solidaridad y de humanismo entre los que la Justicia es la espina dorsal y el elemento imprescindible de la paz social. En este contexto, también es responsabilidad de la ciudadanía contribuir a la sostenibilidad del servicio público de Justicia.

Si, tal como se establece constitucionalmente, la justicia emana del pueblo, la ley ha de propiciar e impulsar la participación de la ciudadanía en el sistema de Justicia. Ya se hace en el ámbito penal con la institución del jurado, y es conveniente también abrir la justicia civil, social –e inmediatamente después la contencioso-administrativa– a los ciudadanos para que se sientan protagonistas de sus propios problemas y asuman de forma responsable la solución más adecuada de los mismos, especialmente en determinados casos en los que es imprescindible buscar soluciones pactadas que garanticen, en lo posible, la paz social y la convivencia.

A dicha situación se añade la necesidad de introducir los mecanismos eficientes que resultan imprescindibles para hacer frente al número actual de asuntos judicializados, que, unido al riesgo patente de aumento de los plazos de pendencia, coloca a la Administración de Justicia en una situación muy delicada que exige adoptar medidas inmediatas y

efectivas, so pena de que aquélla se vea abocada a un incremento en la duración media de los asuntos e incluso un colapso de la actividad de los Tribunales, con grave afectación a los intereses de la sociedad española cuya tutela se confía a dichos órganos jurisdiccionales.

Dichas medidas de agilización procesal se introducen básicamente en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aprobada por el Real Decreto de 14 de septiembre de 1882; en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa; en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil; en la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social; y en la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.

Con estas medidas, en definitiva, se consolidan y complementan las reformas introducidas por el Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea; y por el Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo.

III

La presente ley se estructura en dos títulos. El título primero acomete la reforma organizativa de la Administración de Justicia en todos sus ámbitos, mediante la creación y constitución de los Tribunales de Instancia y la evolución de los Juzgados de Paz a modernas Oficinas de Justicia en los municipios. La ley regula, de manera complementaria, la conclusión de los trabajos de desarrollo e implantación de una Oficina judicial adaptada a esta nueva organización judicial.

Eficiencia organizativa concurre en aquella estructura que, optimizando los recursos disponibles, se muestra apta para la obtención de sus objetivos. De todas las cualidades que aportan valor a una organización eficiente, la ley se concentra en tres de ellas: la especialización, la homogeneidad y la capacidad organizativa.

La reforma profundiza en la especialización de los órganos judiciales, así como en la adecuación de los medios personales y materiales que les apoyan en el cumplimiento de los cometidos derivados de la función jurisdiccional. Esta reforma recoge también el mandato establecido en la disposición final vigésima de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, para abordar la atención de la infancia y adolescencia víctimas de violencia a través de la especialización de la justicia de los órganos judiciales y de sus titulares para la instrucción y enjuiciamiento de causas penales por delitos cometidos contra personas menores de edad. La realidad de la violencia contra la infancia y la adolescencia hace urgente esta adaptación de la justicia, para garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes víctimas o testigos.

También desarrolla instrumentos que permiten una mayor homogeneidad de las prácticas y comportamientos de los órganos judiciales y de las oficinas judiciales, que implicará mayor previsibilidad, accesibilidad y proximidad, aportando seguridad y confianza a la ciudadanía y a los y las profesionales que se relacionan con la Administración de Justicia.

La reforma insiste en un modelo que favorece el desenvolvimiento de la capacidad organizativa del sistema de Justicia, entendida como cualidad de la organización judicial y de las Oficinas judiciales para adaptar de forma flexible su respuesta a las necesidades cambiantes de la sociedad.

Ya en la IX Legislatura se puso en marcha la modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para la creación de los Tribunales de Instancia, iniciativa que decayó con ocasión de la disolución de las Cámaras y la convocatoria de elecciones generales.

Posteriormente, en el año 2012, se retomó de nuevo la reforma de la organización territorial judicial que en 2014 desembocó en un Anteproyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial en la cual se insistía en la creación de los Tribunales de Instancia. Sin embargo, esta propuesta tampoco prosperó.

La misma suerte ha corrido el Proyecto de Ley Orgánica de eficiencia organizativa del servicio público de Justicia, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para la implantación de los Tribunales de Instancia y las Oficinas de Justicia en los municipios, aprobado en fecha 12 de abril de 2022 y que se encontraba

próximo al trámite de votación en la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados cuando el 29 de mayo de 2023 fueron disueltas anticipadamente las Cortes Generales y convocadas elecciones generales.

Es evidente que, a pesar de que tales proyectos no salieron adelante, no se ha perdido, a lo largo de los años, el interés en las expectativas que esta reforma ofrece.

El modelo de organización judicial basado en el tradicional juzgado unipersonal hoy está condicionando las posibilidades de lograr un servicio público de Justicia más eficiente. La respuesta a las necesidades surgidas por el incremento de la litigiosidad y la consiguiente carga de los juzgados y tribunales ha sido siempre el establecimiento de nuevos órganos judiciales y de medidas de refuerzo. Sin embargo, estos aumentos en la dotación de medios personales y materiales no han dado el fruto esperado, al menos no en proporción a las inversiones realizadas.

Ese continuo incremento de la creación de órganos judiciales, sin intervención simultánea sobre su organización, ha supuesto una multiplicación de órganos con idéntica competencia y la misma inversión en medios en cada uno de ellos, con independencia de las necesidades reales de la carga de trabajo que deben atender. Ello ha favorecido, a su vez, el nombramiento de jueces sustitutos, no pertenecientes a la carrera judicial, para poder cubrir de manera inmediata necesidades inaplazables y que no admitían la espera a los mecanismos ordinarios de provisión.

Por todo ello, la presente ley afronta la transformación de los Juzgados en Tribunales de Instancia, con el apoyo de unas Oficinas judiciales que hoy se redefinen y reestructuran en servicios comunes, que existirán en todas las Oficinas judiciales, y en otros servicios comunes que puedan constituirse.

El establecimiento de los Tribunales de Instancia simplifica el acceso a la Justicia. Existirá un único tribunal asistido por una única organización que le dará soporte, la Oficina judicial, y no existirán ya juzgados con su propia forma de funcionamiento. Esta organización judicial y los mecanismos de interrelación que la ley establece entre el Tribunal de Instancia y la Oficina judicial que le presta apoyo permitirán la corrección de las disfunciones derivadas de las diferentes formas de proceder en aspectos puramente organizativos y procedimentales. Se potencia así la accesibilidad y la confianza de los usuarios y las usuarias en el sistema de Justicia.

Por otro lado, el desarrollo de las nuevas tecnologías y su alto grado de implantación en la Administración de Justicia, tras la decidida apuesta del Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes, del Consejo General del Poder Judicial y de las comunidades autónomas por incorporar estos avances a la estructura judicial y a la organización de las oficinas, ofrece innumerables medios y posibilidades organizativas que no existían hace escasos años.

Los órganos judiciales disponen de herramientas informáticas muy desarrolladas que han permitido la evolución de las formas de documentación, gestión y tramitación del procedimiento, transitando del expediente en papel al expediente judicial electrónico. También se dispone de sistemas de gestión procesal que permiten la gestión y tramitación digital de los procedimientos, haciendo posible la comunicación telemática, tanto interna entre los jueces, las juezas y la Oficina judicial, como externa entre oficinas judiciales, profesionales, otras Administraciones y ciudadanía. Por último, existen otras herramientas digitales en vías de desarrollo y perfeccionamiento, como son las que harán posible una inmediación digital plena y segura que acercará la Justicia a todos. Precisamente para profundizar en la digitalización de la Administración de Justicia, adaptando la realidad judicial española del siglo XXI al marco tecnológico contemporáneo, y favoreciendo una relación digital entre la ciudadanía y los órganos jurisdiccionales, se aprobó el Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo.

Para ofrecer una Justicia más próxima y sostenible, que aproveche los beneficios de los desarrollos operados en el ámbito de las nuevas tecnologías, se aborda también la evolución de los Juzgados de Paz.

Si bien su función, tal y como se planteó en el siglo XIX, ha quedado muy reducida, la necesidad de mantener el acceso a la Administración de Justicia y de disponer de servicios en todo el territorio sigue estando vigente, especialmente en un momento en que el riesgo de despoblación de algunas zonas rurales es elevado y se requiere aumentar los servicios de la Administración. Con esta ley se pretende dar respuesta a esta necesidad desde el contexto social actual evolucionando los instrumentos de la Administración de Justicia.

Para ello se va a crear la Oficina de Justicia en el municipio, que es una estructura administrativa que se nutre de las actuales secretarías de los Juzgados de Paz. Esta oficina, no sólo mantendrá los actuales servicios, sino que los ampliará, aumentando su catálogo de gestiones dentro de la Administración de Justicia y acercándola a todos los municipios. Así, la Justicia de paz, que ha tenido un papel fundamental como punto de contacto de la Administración de Justicia en el ámbito local durante casi dos siglos, da paso a una nueva estructura que da respuesta a la misma necesidad, pero de manera más ajustada a las actuales demandas sociales.

La regulación sobre las Oficinas de Justicia en municipios se completa, en el marco de esta Ley Orgánica, con las previsiones normativas de aquellas comunidades autónomas con competencias transferidas en materia de Justicia en cuyos estatutos de autonomía se les atribuyan competencias en materia de justicia de paz o de proximidad. Con este objetivo se ha introducido en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, la disposición adicional vigésima quinta que, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 152.2.3°, prevé que el nombramiento de los jueces y juezas de paz se hará en los términos previstos en los respectivos estatutos de autonomía en las referidas comunidades autónomas a las que se atribuyen tales competencias en materia de justicia de paz o de proximidad.

De esta manera se completa la estructura organizativa encaminada a garantizar un servicio público de Justicia de calidad, siendo fundamental la mejora en la gestión de los recursos humanos y materiales que se aplican para ofrecer nuevos y mejores servicios a las personas que habitan en los municipios menos poblados a través de una atención más próxima y cercana.

Por ello, constituye un objetivo de esta reforma evitar que quienes se encuentran en estos municipios tengan que desplazarse a las capitales para realizar aquellas gestiones ante la Administración que actualmente tienen que llevar a cabo presencialmente, dotando a estas Oficinas de Justicia de los medios tecnológicos necesarios para la práctica de actos procesales y la intervención en los mismos a distancia.

Se cosechan aquí los beneficios de los avances tecnológicos de los últimos años, tales como el expediente judicial electrónico, la digitalización de las Oficinas judiciales, el desarrollo de las tecnologías de la comunicación y de la información, la experiencia acumulada tras el desarrollo de la prestación del servicio de forma telemática, que facilitarán el acceso de la ciudadanía a los expedientes judiciales o su participación en

actuaciones procesales. Todas ellas son medidas que redundan, no sólo en la eficacia y el ahorro de costes, sino que tienen un gran impacto sobre la huella ecológica al evitar un gran número de desplazamientos a los Tribunales.

El artículo 1 modifica la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial, en dos ámbitos fundamentales; por un lado, la creación de los Tribunales de Instancia y el Tribunal Central del Instancia; y, por otro, la creación y constitución de las Oficinas de Justicia en los municipios.

Los Tribunales de Instancia y el Tribunal Central de Instancia se configuran como órganos judiciales colegiados, desde el punto de vista organizativo. Se integran así en la relación de Tribunales del artículo 26 a los que atribuye el ejercicio de la potestad jurisdiccional, quedando suprimida toda referencia a los Juzgados en el título preliminar y estableciendo la disposición adicional primera de la presente Ley que cualquier mención que se haga a estos en el resto del articulado se entenderá realizada a los Tribunales o a los jueces, las juezas, los magistrados y las magistradas que sirven en ellos.

En el artículo 74 se han suprimido las referencias al conocimiento que las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia tenían atribuidas en relación con los recursos de casación para la unificación de doctrina y de casación en interés de la ley, que desaparecieron con la reforma operada por Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio.

El artículo 84 prevé la existencia de un Tribunal de Instancia en cada partido judicial y su estructura mínima. Así, estará integrado por una Sección Única, de Civil y de Instrucción, mientras que en los supuestos previstos en la Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de Demarcación y de Planta Judicial, el Tribunal de Instancia se integrará por una Sección Civil y otra Sección de Instrucción.

Además, la ley prevé que los Tribunales de Instancia puedan estar integrados por Secciones de Familia, Infancia y Capacidad, de lo Mercantil, de Violencia sobre la Mujer, de Violencia contra la Infancia y la Adolescencia, de lo Penal, de Menores, de Vigilancia Penitenciaria, de lo Contencioso-Administrativo y de lo Social, regulando el ámbito territorial al que extenderán su jurisdicción cada una de las Secciones, su estructura, su composición y sus competencias.

Pero, al margen de la creación de estas Secciones especializadas, se mantiene la posibilidad de que en cualquiera de las Secciones de los Tribunales de Instancia se

especialicen también algunas plazas para el conocimiento de determinadas clases de asuntos o las ejecuciones propias del orden jurisdiccional de que se trate.

Otras modificaciones que afectan a los órganos judiciales son las operadas en materia de competencias atribuidas por razón de la materia a determinados órganos unipersonales, concretamente en el ámbito civil especializado en materia de familia, infancia y capacidad y en el ámbito penal especializado en materia de violencia contra la infancia y la adolescencia.

El artículo 86 enumera las competencias atribuidas a las Secciones de Familia, Infancia y Capacidad, y a jueces civiles especializados. En atención a la diversidad de competencias asumidas por los actuales Juzgados de Familia y por jueces especializados en esta materia, se ha optado por homogeneizarlas en este precepto. En la disposición transitoria séptima se establece el régimen transitorio que operará una vez haya sido constituido el Tribunal de Instancia, garantizando así que, a partir de ese momento, todos los jueces y las juezas especializados en materia de familia y todas las Secciones de Familia, Infancia y Capacidad asuman idénticas competencias.

El artículo 89 bis y las reformas operadas en los artículos 82, 82 bis, 90, 329 y 330, todos ellos de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y concordantes de la Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de Demarcación y Planta Judicial, dan cumplimiento a la disposición final vigésima de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia, en relación con la especialización de los órganos judiciales para el conocimiento de los asuntos de violencia de esta clase. El propio artículo 89 bis contiene una regulación de las competencias atribuidas a estas secciones de los Tribunales de Instancia y de las Audiencias Provinciales.

En la misma línea, en el artículo 89 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial se atribuye a las secciones de violencia sobre la mujer el conocimiento de la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por los delitos contra la libertad sexual previstos en el título VIII del libro II del Código Penal, por los delitos de mutilación genital femenina, matrimonio forzado y acoso con connotación sexual, cuando la persona ofendida por el delito sea mujer, para dar cumplimiento a la disposición final vigésima de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, en relación con la especialización en violencias sexuales; también se modifica la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita en los términos previstos por la disposición final vigésimo primera de la misma Ley Orgánica 10/2022.

La ley incluye la posibilidad de que la instrucción de un determinado proceso penal o el conocimiento en primera instancia de un procedimiento de cualquier orden jurisdiccional corresponda conjuntamente a tres jueces, juezas, magistrados o magistradas del Tribunal de Instancia.

Seguidamente, la ley modifica la rúbrica del capítulo IV del título III del libro II que queda redactada «De la Presidencia de los Tribunales de Instancia y de sus Secciones, de la Presidencia del Tribunal Central de Instancia y de sus Secciones, y de las Juntas de Jueces y Juezas», regulando en este capítulo cuestiones que afectan al aspecto organizativo interno de los Tribunales de Instancia y del Tribunal Central de Instancia.

Cada Tribunal de Instancia estará integrado por la Presidencia del Tribunal de Instancia y los jueces, las juezas, los magistrados y las magistradas que desarrollen su actividad jurisdiccional en los mismos. También existirá una Presidencia de Sección cuando en la misma existan ocho o más plazas judiciales, siempre que en el Tribunal de Instancia hubiere dos o más Secciones y el número total de plazas judiciales del Tribunal sea igual o superior a doce.

La ley regula en el artículo 166 el nombramiento del juez, la jueza, el magistrado o la magistrada que ostentará la Presidencia del Tribunal de Instancia y establece el período de ejercicio del cargo, su renovación y la posible liberación del trabajo que les corresponda realizar en el orden jurisdiccional respectivo.

También regula el nombramiento de quienes deban ostentar las Presidencias de Sección y contempla la elección del juez, jueza, magistrado o magistrada que ostente la Presidencia del Tribunal Central de Instancia y de quienes ejerzan la Presidencia de sus Secciones.

El artículo 168 detalla las funciones que corresponden a la Presidencia del Tribunal del Instancia y a la Presidencia de Sección, entre las que destacan las de coordinación y organizativas dirigidas a garantizar la buena marcha del tribunal y las de promover la unificación de prácticas y criterios.

Los artículos 169 y 170 regulan, respectivamente, la Junta de Jueces y Juezas del Tribunal de Instancia y la Junta de Jueces y Juezas de Sección y los pormenores relativos a su constitución y ámbito de actuación.

Como complemento de lo anterior, el apartado 4 del artículo 264 prevé la posibilidad de que la Junta de Jueces y Juezas de Sección del Tribunal de Instancia se

reúna para el examen y valoración de criterios cuando los jueces, las juezas, los magistrados y las magistradas que la integren sostuvieren en sus resoluciones diversidad de criterios interpretativos en la aplicación de la ley en asuntos sustancialmente iguales.

Se introduce en el artículo 167, como novedad, la publicidad de las normas predeterminadas por las que se rija el reparto de asuntos entre los jueces, las juezas, los magistrados y las magistradas de los Tribunales de Instancia. Además, este artículo contempla la facultad de la Presidencia del Tribunal de Instancia de proponer el nombramiento de los jueces, las juezas, los magistrados y las magistradas a que se refiere el apartado 6 del artículo 84 cuando concurran las circunstancias que detalla.

Los artículos 210, 211 y 212 adaptan a la nueva organización judicial el régimen de las sustituciones voluntarias entre jueces, juezas, magistrados y magistradas, el régimen legal subsidiario, la prórroga de jurisdicción y la provisión de plazas.

Se modifican los artículos 229 y 234 para adaptar su redacción a la reforma operada en materia de Administración Judicial Electrónica a través de la iniciativa normativa de eficiencia digital en materia de identificación de intervinientes en actuaciones procesales mediante videoconferencia y en materia de acceso a la información obrante en procedimientos judiciales, y también, se modifica el artículo 248, para darle una redacción armonizada con la regulación prevista en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, respecto de la forma de las resoluciones judiciales.

Por último, se modifican los artículos 236 nonies y 595 y se introducen los artículos 610 ter y 620 bis, a fin de establecer una nueva regulación relativa a la organización interna del Consejo General del Poder Judicial como autoridad de control respecto del tratamiento de datos personales con fines jurisdiccionales.

Junto a la creación de los Tribunales de Instancia, el objeto principal de este título es la creación y constitución de las Oficinas de Justicia en los municipios. Por ello se incluye en la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial, un nuevo capítulo IV del título I del libro V, bajo la rúbrica «De las Oficinas de Justicia en los municipios», integrado por tres artículos.

El artículo 439 ter define las Oficinas de Justicia en los municipios como aquellas unidades no integradas en la Oficina judicial del partido judicial que se constituyen en el ámbito de la organización de la Administración de Justicia para la prestación de servicios a la ciudadanía de los respectivos municipios. Además, regula los aspectos relativos a su

dotación y la gestión de sus instalaciones, medios instrumentales y otros medios necesarios para el desarrollo de sus funciones.

El artículo 439 quater enumera los servicios que se prestarán desde estas Oficinas de Justicia en los municipios, con una amplitud muy superior a los desarrollados en la actualidad por los Juzgados de Paz.

Así, además de asumir, como hasta el momento, la práctica de los actos de comunicación procesal que deban entenderse con quienes residan en el municipio, estas oficinas prestarán, entre otros, servicios de colaboración con el Registro Civil y con las unidades de medios adecuados de solución de controversias y de gestión de solicitudes de la ciudadanía relacionadas con la Administración de Justicia.

Por último, el artículo 439 quinquies dispone que los puestos de trabajo de estas Oficinas se cubrirán por personal de los Cuerpos de funcionarios y funcionarias al servicio de la Administración de Justicia, con la posibilidad de que también se incluya personal de otras Administraciones Públicas, en atención a los diferentes servicios que se prestarán desde las mismas y conforme se disponga en las correspondientes relaciones de puestos de trabajo.

Se introduce como novedad que, para garantizar la coordinación y cooperación entre Administraciones con competencias asumidas en materia de Justicia, éstas deberán impulsar la cooperación para garantizar la mejora continua en la Administración de Justicia fijando estándares de calidad homogéneos en todo el Estado.

A tal fin, se prevé que mediante convenios de colaboración u otros instrumentos de colaboración y cooperación interadministrativa de los contemplados en la legislación vigente, se puedan articular estructuras para la definición, ejecución y seguimiento de proyectos comunes y compartidos entre las distintas Administraciones con competencias en materia de Justicia. Con el mismo objetivo se establecerán cauces que permitan la participación de los Consejos Profesionales que desarrollan sus funciones, principalmente, en relación con la Administración de Justicia.

Como complemento de estas modificaciones que afectan a la organización de los órganos judiciales y a la planta judicial, la ley redefine la Oficina judicial, estableciendo en el artículo 436 que su actividad se desarrollará a través de los servicios comunes, que comprenderán a los servicios comunes de tramitación y, en su caso, aquellos otros servicios comunes que se determine.

Este artículo 436 contiene una regulación general de los servicios comunes, de su ámbito de actuación, de las bases de la organización interna de estos servicios comunes y de las funciones de coordinación que deben asumirse por parte de las personas que ejerzan la dirección del servicio común de tramitación y de los demás servicios comunes que puedan existir en la Oficina judicial.

Todos los servicios comunes se configuran como integrantes de una estructura instrumental al servicio de la función jurisdiccional, así todo ellos, cada uno en su ámbito de actuación, asisten a jueces y juezas en el ejercicio de las funciones que les son propias, realizando las actuaciones necesarias para el exacto y eficaz cumplimiento de cuantas resoluciones dicten.

Los servicios comunes estarán dirigidos por un letrado o una letrada de la Administración de Justicia a quien la ley atribuye la dirección técnico-procesal y coordinación de los letrados y las letradas que la integran.

A fin de flexibilizar su funcionalidad y adaptación a cada órgano judicial, los servicios comunes podrán subdividirse en áreas y equipos para facilitar el ejercicio de la función jurisdiccional.

El servicio común de tramitación se configura como un servicio común necesario de la Oficina judicial, que puede concurrir o no con otros servicios comunes. Cuando concurra con otros servicios comunes se reserva, en todo caso, a este servicio común la ordenación de procedimientos declarativos y, en este ámbito, la asistencia a jueces y juezas, pudiendo derivarse a los demás servicios comunes otras funciones, en los términos previstos en los artículos 436 y 438.

Junto a estos servicios comunes de tramitación que prestarán apoyo a los órganos judiciales, se mantiene la regulación de los servicios comunes procesales, que también se podrán subdividir en áreas, si bien en estos servicios no realizarán funciones de ordenación del procedimiento.

Se ha añadido en el artículo 438, dentro de las funciones asignadas a los servicios comunes distintos del de la tramitación, las relativas a la prestación de auxilio judicial en el marco de la cooperación jurídica internacional, de apoyo y de ordenación de procesos de ejecución.

La nueva redacción del artículo 439 permite atribuir a las «unidades administrativas» funciones para prestación de servicios de medios adecuados de solución

de controversias, al tiempo que contempla la posible integración en estas, en los términos que se prevén, de los letrados de la Administración de Justicia.

Con la vocación de extender un modelo de Oficina judicial adaptada a la nueva organización judicial y a todos los tribunales, se incluye en el artículo 521 como centros de destino el servicio común de tramitación del Tribunal Supremo, los de la Audiencia Nacional y del Tribunal Central de Instancia, de cada uno de los Tribunales Superiores de Justicia y el conjunto de servicios comunes de tramitación que, sin estar comprendidas en los anteriores, radiquen en un mismo municipio.

Además, se incluye como especificación de las relaciones de puestos de trabajo de la Oficina judicial la identificación de los puestos cuya actividad sea compatible en distintas unidades de la misma, y de aquellos cuya actividad sea compatible con la de las Oficinas del Registro Civil o las Oficinas de Justicia en los municipios.

En los artículos 476, 477 y 478 se redefinen algunas de las funciones encomendadas al personal de la Administración de Justicia para acomodarlas a la prestación de servicios en las Oficinas de Justicia en los municipios.

Los artículos 464 y 466 modifican la intervención del Consejo del Secretariado en el proceso de elección de Secretarios y Secretarias de Gobierno y Secretarios y Secretarias Coordinadores o Coordinadoras, dando a aquel órgano consultivo mayor participación en estos procesos, al emitir informe previo en el primer caso y ser oído en el segundo, sobre la idoneidad de todas las candidaturas.

También se incluye en el artículo 464 una regulación más flexible de la sustitución coyuntural de quienes ocupan los cargos de Secretario y de Secretaria de Gobierno.

IV

El título II de la ley contiene un gran bloque de reformas en la línea de las modificaciones ya introducidas por el Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, y el Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre. En primer lugar, en el capítulo I, se introducen en nuestro ordenamiento jurídico, al lado de la propia jurisdicción, otros medios adecuados de solución de controversias en vía no jurisdiccional, como medida imprescindible para la consolidación de un servicio público de Justicia sostenible.

Dejando clara la indiscutible importancia constitucional del ejercicio de la potestad jurisdiccional por los jueces y tribunales, con la introducción de estos mecanismos, ya

consolidados en el derecho comparado, se cumple la máxima de la Ilustración y del proceso codificador: que antes de entrar en el templo de la Justicia, se ha de pasar por el templo de la concordia. En efecto, se trata de potenciar la negociación entre las partes, directamente o ante un tercero neutral, partiendo de la base de que estos medios reducen el conflicto social, evitan la sobrecarga de los tribunales y pueden ser igualmente adecuados para la solución de la inmensa mayoría de las controversias en materia civil y mercantil.

El servicio público de Justicia debe ser capaz de ofrecer a la ciudadanía la vía más adecuada para gestionar su problema. En unos casos será la vía exclusivamente judicial, pero en muchos otros será la vía consensual la que ofrezca la mejor opción. La elección del medio más adecuado de solución de controversias aporta calidad a la Justicia y reporta satisfacción a los ciudadanos y ciudadanas. En este contexto cobran importancia las razones de las partes para construir soluciones dialogadas en espacios compartidos.

Asimismo, se reconocen medios suficientemente contrastados a nivel internacional como el Derecho colaborativo que facilita la negociación estructurada de las partes asistidas por sus respectivas abogadas y abogados y que permite, de una forma natural y orgánica, integrar en el equipo, si se considerase oportuno, a terceras personas expertas neutrales. Los principios fundamentales del proceso colaborativo son: la buena fe, la negociación sobre intereses, la transparencia, la confidencialidad, el trabajo en equipo –entre las partes, sus abogadas y abogados y las terceras personas expertas neutrales que pudieran, en su caso, participar– y la renuncia a tribunales por parte de los y las profesionales de la abogacía que hayan intervenido en el proceso, caso de no conseguir una solución, total o parcial, de la controversia.

Con los métodos alternativos o adecuados de solución de controversias se incrementa el protagonismo de las profesiones jurídicas, especialmente por el papel negociador de la abogacía que se garantiza en todo caso, pero también de los procuradores y procuradoras de los tribunales, las personas profesionales de la mediación, los graduados y graduadas sociales, los notarios y notarias y los registradores y registradoras de la propiedad, amén de otros muchos profesionales.

Especialmente se toma en consideración que el Código Deontológico de la Abogacía Española establece como prioritaria, y característica de la actuación profesional, la función de la concordia, junto a la obligación de procurar el arreglo entre las partes. El propio Estatuto General de la Abogacía Española aprobado por Real Decreto

135/2021, de 2 de marzo, define el contenido de esta profesión como la actividad de asesoramiento, consejo y defensa de derechos e intereses públicos y privados, mediante la aplicación de la ciencia y la técnica jurídicas, en orden a dos objetivos que plasma en pie de igualdad: la concordia y la efectividad de los derechos y libertades fundamentales.

Por estas razones resulta oportuno, ante el exponencial incremento de la litigiosidad, fomentar tal modo de proceder habitual de la abogacía contemplando que dicha actividad negociadora sea debidamente remunerada, incluso en los casos en los que se intervenga por designación en el turno de oficio, y con la introducción de un catálogo de mecanismos de negociación asistida, abierto a cualquier otro método eficaz, que sea subsidiario de la actividad negociadora directa que ya se practica tradicionalmente por la abogacía.

Siendo claro, como se ha indicado, que la potestad jurisdiccional corresponde exclusivamente a los juzgados y tribunales, la Justicia no es únicamente la «administración de la justicia contenciosa». Es todo un sistema que se enmarca dentro del movimiento de lo que la filosofía del derecho denomina la justicia deliberativa, que no es monopolio de los cuerpos judiciales ni de la abogacía, sino que pertenece a toda la sociedad civil. Los colegios profesionales cumplen de esta forma una función de servicio a la ciudadanía, albergando en el seno de sus instituciones mecanismos de solución de controversias, promoviendo y facilitando el diálogo social y, a la vez, fortaleciendo el importante papel que desempeñan en una sociedad democrática avanzada.

Se debe recuperar la capacidad negociadora de las partes, con la introducción de mecanismos que rompan la dinámica de la confrontación y la crispación que invade en nuestros tiempos las relaciones sociales. Para ello es necesario introducir medidas eficaces que no se degraden ni transformen en meros requisitos burocráticos. Con este fin se ha de potenciar la mediación en todas sus formas e introducir otros mecanismos de acreditada experiencia en el derecho comparado. Dicho esto, no debe olvidarse que España ha desarrollado durante los últimos veinte años importantes iniciativas en favor de la mediación gracias al impulso de las comunidades autónomas que se han dotado de leyes de mediación, han constituido centros y unidades para su implementación efectiva y han desarrollado políticas de fomento.

La Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, que incorporó al ordenamiento español la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos

civiles y mercantiles, así como el Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de dicha ley, nacieron con la vocación decidida de asentar en nuestro país la mediación como instrumento de autocomposición eficaz de controversias surgidas entre sujetos de Derecho privado en el ámbito de sus relaciones de derecho disponible.

Desde la entrada en vigor de la ley, el 27 de julio de 2012, no se ha conseguido desarrollar la potencialidad augurada desde su gestación. En este sentido son de destacar las apreciaciones del Informe de 26 de agosto de 2016 de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo sobre la aplicación de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, pues constituye un documento de indudable valor por sistematizar el estudio de los cuestionarios emitidos por operadores jurídicos de todos los Estados miembros y que viene en términos generales a evidenciar determinadas dificultades en relación con el funcionamiento de los sistemas nacionales de mediación en la práctica, particularmente relacionadas con la falta de una «cultura» de la mediación en los Estados miembros.

Resulta también de especial interés el análisis efectuado por la Comisión Europea de las medidas utilizadas en otros Estados miembros para el fomento de la mediación, del que resulta cómo las legislaciones nacionales basculan entre la aplicación de mecanismos de incentivación y estímulo fiscal a las partes que recurren a la mediación, y mecanismos sancionadores para supuestos de rechazo injustificado a la misma. La Comisión concluye recomendando a los Estados miembros intensificar sus esfuerzos por fomentar y alentar el recurso a la mediación, petición que hizo suya el Parlamento Europeo en su Resolución de 12 de septiembre de 2017, sobre la aplicación de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008.

Así, el título II contiene un capítulo dedicado a la regulación de los medios adecuados de solución de controversias en vía no jurisdiccional, que comienza con unas disposiciones generales relativas a su concepto y caracterización y al ámbito de aplicación de los mismos, constituido por los asuntos civiles y mercantiles, incluidos los conflictos transfronterizos, quedando excluidas, por lo que al ámbito de aplicación de esta ley se refiere, las materias concursal y laboral, en cuya normativa reguladora ya se prevén instrumentos en los que se materializan soluciones pactadas acomodadas a la naturaleza y peculiaridades de aquellas materias; el proceso penal, en el que no rige el principio dispositivo, sin perjuicio del derecho de las víctimas a acceder a servicios de justicia

restaurativa con la finalidad de obtener una adecuada reparación material y moral de los perjuicios derivados del delito cuando se cumplan los requisitos establecidos legalmente; y los asuntos de cualquier naturaleza en los que una de las partes sea una entidad perteneciente al sector público, y ello a la espera de la futura regulación de estos mismos medios adecuados de solución de controversias en el ámbito administrativo y en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, lo que requiere de un instrumento legislativo propio y diferenciado. En efecto, el interés general que subyace en la intervención de todas las entidades del sector público, así como el carácter público de la financiación que soporta su funcionamiento, la sumisión al estricto principio de legalidad por exigencia del artículo 103 de la Constitución y la autotutela declarativa y ejecutiva de los actos administrativos determina la imposibilidad de que los medios adecuados de solución de controversias reciban un tratamiento legislativo asimilable al que se contiene en esta ley para los asuntos civiles y mercantiles.

No obstante, no podrán ser sometidos a medios adecuados de solución de controversias, ni aún por derivación judicial, los conflictos que afecten a derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación aplicable ni los que versen sobre alguna de las materias excluidas de la mediación conforme a lo dispuesto en el artículo 89 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, sin perjuicio de la posible aplicación de los medios adecuados de solución de controversias a los efectos y medidas previstos en los artículos 102 y 103 del Código Civil, con la correspondiente homologación judicial del acuerdo alcanzado.

El artículo 5 especifica que no se exigirá actividad negociadora previa como requisito de procedibilidad cuando se pretenda iniciar un procedimiento para la tutela judicial civil de derechos fundamentales; la adopción de las medidas previstas en el artículo 158 del Código Civil; en los procesos sobre adopción de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad; en los procesos sobre filiación, paternidad y maternidad; cuando se pretenda la tutela sumaria de la tenencia o posesión o la resolución igualmente sumaria de demoliciones o derribos de obra en estado de ruina o que amenacen con causar daños; ni en determinados procedimientos de protección de menores. Por último, tampoco será preciso acudir a un medio adecuado de solución de controversias para la iniciación de expedientes de jurisdicción voluntaria, la solicitud de medidas cautelares o la interposición de una demanda ejecutiva, así como para presentar

la solicitud de inicio de determinados procedimientos regulados por reglamentos europeos.

Se regula también la asistencia letrada a las partes cuando acudan a uno de dichos medios, incluyendo las disposiciones necesarias para garantizar el principio de igualdad de armas, los efectos de la apertura del proceso de negociación y de su posible terminación sin acuerdo, las actuaciones negociadoras desarrolladas por medios telemáticos, los honorarios de los profesionales intervinientes, el principio esencial de confidencialidad común a todos los medios adecuados de solución de controversias, junto con las normas de tratamiento y protección de datos de carácter personal de las personas físicas y la manera de acreditar el intento de negociación a los fines de cumplir con el requisito correlativo de procedibilidad en el orden jurisdiccional civil. No obstante, en el caso de actividades negociadas tipificadas en leyes sectoriales serán de aplicación los requisitos procedimentales establecidos en las mismas.

Del mismo modo, se contienen las disposiciones necesarias sobre la formalización del acuerdo entre las partes y su posible elevación a escritura pública u homologación judicial, según los casos, así como las normas pertinentes sobre la validez y eficacia del acuerdo.

Con independencia de la conciliación ante el letrado o la letrada de la Administración de Justicia prevista y regulada en los artículos 139 y sucesivos de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, las leyes de enjuiciamiento prevén la actividad conciliadora de los tribunales en diversos momentos del procedimiento, bien sea al inicio de las comparecencias y vistas, o en la audiencia previa al juicio tratándose del juicio ordinario en el orden civil. Esta actividad la puede realizar el propio juez o jueza, o el letrado o la letrada de la Administración de Justicia, según las distintas disposiciones de las leyes rituarias, y a este fin se modifica el artículo 19 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, para regular la posible derivación de los asuntos a mediación, o a cualquier otro medio adecuado de solución de controversias, por el letrado o la letrada de la Administración de Justicia cuando se den las circunstancias allí contempladas. Los efectos del eventual acuerdo, una vez homologado, tienen la misma eficacia que la sentencia firme.

Conociendo dicha realidad, la presente ley enumera y regula entre los diferentes métodos de negociación previa a la vía jurisdiccional la conciliación privada, destacando

los requisitos precisos para intervenir como conciliador y las funciones de la persona conciliadora.

También la oferta vinculante confidencial y la opinión de experto independiente, con las características, efectos y principios rectores de cada uno de estos dos medios adecuados de solución de controversias.

Al lado de estos nuevos mecanismos, se potencia la mediación como medio adecuado de solución de controversias en que dos o más partes intentan voluntariamente, a través de un procedimiento estructurado, alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de la persona mediadora, significando que la mediación continúa regulada en la Ley 5/2012, de 6 de julio, en la que se realizan las modificaciones puntuales necesarias.

Para la implantación de los medios adecuados de solución de controversias se modifica la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, para permitir que queden cubiertos, obviamente cuando se reúnan los requisitos exigidos legalmente, los honorarios de las personas profesionales de la abogacía que hubieren asistido a las partes cuando acudir a dichos medios adecuados de solución de controversias sea presupuesto procesal para la admisión de la demanda, resulte de la derivación judicial acordada por los jueces o tribunales o sea solicitada por las partes en cualquier momento del procedimiento judicial.

Se producen también las modificaciones necesarias en la Ley 1/2000, de 7 de enero, para poder incluir en la tasación de costas la intervención de profesionales de los que se haya valido el consumidor o usuario aun cuando su intervención no resulte preceptiva y para que en la imposición y tasación de costas del pleito los tribunales puedan valorar la colaboración de las partes en la utilización de los medios adecuados de solución de controversias y el posible abuso del servicio público de Justicia, regulándose también a tal fin la posible solicitud de exoneración o moderación de las costas tras su imposición y una vez que el deber de confidencialidad ha cumplido toda la etapa necesaria hasta la firmeza de la sentencia y se puede ya acreditar la formulación de una propuesta a la parte contraria en cualquiera de los medios adecuados de solución de controversias al que hubieran acudido, que la misma no hubiera sido aceptada por la parte requerida y que la resolución judicial que haya puesto término al procedimiento sea sustancialmente coincidente con el contenido de dicha propuesta.

Surge así la noción del abuso del servicio público de Justicia, actitud incompatible de todo punto con su sostenibilidad. El abuso del servicio público de justicia se erige como excepción al principio general del principio de vencimiento objetivo en costas, e informador de los criterios para su imposición, al sancionar a aquellas partes que hubieran rehusado injustificadamente acudir a un medio adecuado de solución de controversias, cuando este fuera preceptivo. Del mismo modo, el abuso del servicio público de justicia se une a la conculcación de las reglas de la buena fe procesal como concepto acreedor de la imposición motivada de las sanciones previstas en la mencionada Ley 1/2000, de 7 de enero.

Este abuso puede ejemplificarse, por tanto, en la utilización irresponsable del derecho fundamental de acceso a los tribunales recurriendo injustificadamente a la jurisdicción cuando hubiera sido factible y evidente una solución consensuada de la controversia, como son los litigios de cláusulas abusivas ya resueltos en vía judicial con carácter firme y con idéntico supuesto de hecho y fundamento jurídico, o en los casos en que las pretensiones carezcan notoriamente de toda justificación impactando en la sostenibilidad del sistema, del cual quiere hacerse partícipe a la ciudadanía.

Así, si bien este nuevo concepto puede presentar elementos concomitantes con otros existentes como temeridad, el abuso del derecho o la mala fe procesal, los complementa, ofreciendo una dimensión de la Justicia como servicio público al exigir una valoración, por parte de los Tribunales, de la conducta de las partes previa al procedimiento, en la consecución de una solución negociada.

Todo ello sin perjuicio de que será indudablemente la jurisprudencia la que irá delimitando los contornos de este nuevo concepto, y sus aspectos diferenciales con respecto a los ya indicados, como ya lo ha hecho a lo largo de muchos años en el análisis de la temeridad o la mala fe procesal.

Igualmente, se modifica el artículo 264 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, estableciendo que habrá de acompañarse a la demanda el documento que acredite haberse intentado la actividad negociadora previa a la vía judicial cuando la ley exija dicho intento como requisito de procedibilidad, que será en los litigios que se sustancian ante el orden jurisdiccional civil con las exclusiones antes referidas; y al mismo fin el artículo 399 en su apartado 3, sobre el contenido de la demanda, y el apartado 2 del artículo 403 sobre su inadmisión si faltare el requisito de procedibilidad.

Asimismo, se introduce un nuevo apartado 5 en el artículo 439 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en el que se establece como requisito de procedibilidad en las acciones de reclamación de devolución de las cantidades indebidamente satisfechas por el consumidor en aplicación de determinadas cláusulas suelo o de cualesquiera otras cláusulas que se consideren abusivas contenidas en contratos de préstamo o crédito garantizados con hipoteca inmobiliaria, una reclamación extrajudicial previa frente a las personas físicas o jurídicas que realicen la actividad de concesión de préstamos o créditos de manera profesional. La regulación de dicha reclamación extrajudicial previa se contiene en el nuevo artículo 439 bis.

Del mismo modo, en los litigios en materia de consumo se entenderá también cumplido el requisito de procedibilidad con la resolución de las reclamaciones presentadas por los usuarios de los servicios financieros ante el Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones en los términos establecidos por el artículo 30 de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero, o por haber acudido a alguno de los procedimientos a que se refiere la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo, o los que pudieran haber sido establecidos en normativa sectorial en desarrollo de la misma.

Se regula expresamente la derivación intrajudicial a medios adecuados de solución de controversias en cualquier procedimiento y en cualquier momento del mismo, sea primera instancia, apelación o ejecución, con la introducción de un nuevo apartado 5 al artículo 19 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, sin perjuicio de la regulación específica prevista para los casos en que la derivación se efectúe en la fase de audiencia previa en el juicio ordinario y de vista en el juicio verbal. Se modifican también los artículos 727 y 730 sobre las medidas cautelares en el caso de intento de medios adecuados de solución de controversias, arbitrajes y litigios extranjeros.

La Ley 5/2012, de 6 de julio, se modifica en distintos aspectos; entre otros, los efectos de la mediación sobre los plazos de prescripción y caducidad, su conexión con el requisito de procedibilidad establecido en la Ley 1/2000, de 7 de enero, los requisitos que han de cumplirse para ello, la armonización del requisito de confidencialidad con la regulación contenida en la presente ley para los restantes medios adecuados de solución

de controversias en vía no jurisdiccional, la asistencia letrada, la sesión inicial, la sesión constitutiva y la derivación intrajudicial.

La implantación y fomento de los medios adecuados de solución de controversias exige también la modificación de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio. De esta manera, se revisa la exención prevista en dicho impuesto para las indemnizaciones como consecuencia de responsabilidad civil por daños personales en la cuantía legal o judicialmente reconocida, con la finalidad de que pueda resultar aplicable cuando, sin fijarse su cuantía legal ni judicialmente, la indemnización sea satisfecha por la entidad aseguradora del causante de los daños físicos o psíquicos en cumplimiento de un acuerdo de mediación o de cualquier otro medio adecuado de solución de controversias legalmente previsto.

Ligada al concepto de abuso del servicio público de justicia, la Ley regula de manera detallada la imposición de intereses de demora a los empresarios en general y a las entidades financieras en particular, en los procedimientos en que se ejerciten acciones promovidas por consumidores y usuarios cuando los empresarios no contribuyen a una solución consensuada de la controversia cuando esta hubiera sido factible y evidente, como sucede en los litigios de cláusulas abusivas ya resueltos en vía judicial con carácter firme y con idéntico supuesto de hecho y fundamento jurídico, en los que se obliga al consumidor o usuario a interponer demanda, o en los casos en que las pretensiones carezcan notoriamente de toda justificación impactando en la sostenibilidad del sistema. Para ello, se establece un sistema análogo al previsto en la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, respecto de la indemnización por mora del asegurador, con imposición de oficio de intereses de demora superiores al interés legal del dinero.

Igualmente, se revisa el régimen fiscal establecido para las anualidades por alimentos percibidas de los padres con el objeto de eliminar cualquier duda sobre la aplicación del mismo a las anualidades fijadas en los convenios reguladores a que se refiere el artículo 90 del Código Civil formalizados ante el letrado o la letrada de la Administración de Justicia o en escritura pública ante notario, al tiempo que se recuerda que dicho convenio puede ser el resultado de cualquier medio adecuado de solución de controversias legalmente previsto.

Por último, por razones de seguridad jurídica, se modifica la exención prevista para las indemnizaciones por despido o cese de los trabajadores y trabajadoras para eliminar cualquier duda interpretativa y confirmar expresamente a nivel legal que no derivan de un pacto, convenio o contrato, las indemnizaciones acordadas ante el servicio administrativo como paso previo al inicio de la vía judicial social.

En consonancia con las competencias que dentro del sistema de medios adecuados de solución de controversias en vía no jurisdiccional se otorgan a los Registradores y Registradoras, se modifica el artículo 103 bis de la Ley Hipotecaria para que la certificación de la conciliación registral esté dotada de eficacia ejecutiva en los términos del artículo 517 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y se modifica este último precepto para incluir expresamente entre los títulos que llevan aparejada ejecución los acuerdos alcanzados por las partes también en cualquier otro de los medios adecuados de solución de controversias distintos de los laudos arbitrales y los acuerdos de mediación que igualmente hubieren sido elevados a escritura pública, y también para acomodar las menciones a las escrituras públicas y pólizas de contratos mercantiles a la nueva regulación de la Ley del Notariado.

V

Las reformas procesales tendentes a una mayor agilización en la tramitación de los procedimientos judiciales se recogen en el capítulo II del título II de la ley.

Comenzando por la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se modifica solo en cuestiones puntuales que permitan ordenar los procedimientos existentes para fomentar su agilización, hasta tanto se elabore y entre en vigor una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal que diseñe un procedimiento penal del siglo XXI.

En primer lugar, se modifica el artículo 266 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para establecer limitaciones a la posibilidad de denunciar por vía telemática. No se podrán denunciar por este medio los hechos que se hayan cometido con violencia e intimidación, ni si tuvieran autor conocido, ni si existen testigos, ni si el denunciante es menor de edad, ni si el delito es flagrante, ni aquellos hechos de naturaleza violenta o sexual.

Asimismo, el artículo 655 se modifica para introducir determinadas mejoras en el régimen de la conformidad, excluyéndose limites penológicos a su ámbito de aplicación. Se establece la obligación de suministrar información por escrito del acuerdo alcanzado, lo que igualmente se traslada al artículo 785.

Se modifica también el artículo 771 para mejorar la regulación de la información de derechos y ofrecimiento de acciones a cargo de la Policía Judicial, y el artículo 776 con la finalidad de evitar reiteración de trámites y las consiguientes citaciones y desplazamientos de las personas ofendidas y perjudicadas por el delito a los solos efectos de realizarles el ofrecimiento de acciones, así como la posibilidad de efectuarlo por el medio más rápido posible, incluidos los medios del artículo 162 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, cuando se trate de personas obligadas a su utilización o que hubieran optado por estos. Esta nueva regulación no supone, y así se establece expresamente, merma alguna en los derechos que asisten a las víctimas, puesto que el artículo 109 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal remite a una completa información de derechos, esto es, a los que tienen reconocidos en el Estatuto de la Víctima del Delito. Por otro lado, se notificará, por el letrado o la letrada de la Administración de Justicia a la persona ofendida y perjudicada por el delito el órgano judicial y el número de procedimiento correspondiente, en aquellos casos en los que la policía judicial, previamente, les hubiera informado de los derechos que les asisten.

Se modifica también lo dispuesto en los artículos 785, 786, 787 y 802. El artículo 785 regula la audiencia preliminar a la que se citará únicamente al Ministerio Fiscal y a las partes, así como a los acusados o acusadas. Esta audiencia tendrá por finalidad no solo la admisión de pruebas, sino también una posible conformidad, así como la depuración de aquellas cuestiones que pudieran suponer la suspensión de la celebración del juicio oral y un nuevo señalamiento o la posible nulidad de pruebas por vulneración de derechos fundamentales, sin necesidad de esperar a su resolución en sentencia tras la celebración del juicio oral. Se prevé igualmente la celebración de esta audiencia preliminar aunque no asista, injustificadamente, la persona acusada debidamente citada o las demás partes, a fin de sustanciar todas aquellas cuestiones que puedan resolverse en ausencia.

El artículo 786 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se adecúa a la regulación de audiencia preliminar, que ya no se hará al inicio del juicio oral sino antes.

Asimismo, para facilitar la conformidad tanto en el procedimiento abreviado cuyo enjuiciamiento corresponde a la Audiencia Provincial como en el procedimiento ordinario, se suprime el límite penológico de seis años, sin necesidad de celebrar el juicio oral, por lo que se modifica lo dispuesto en los artículos 655, 688 y 787.

En el artículo 787 ter se mejora la regulación para acoger la audiencia previa de la víctima o persona perjudicada, aunque no estén personadas, a fin de ponderar

correctamente los efectos y alcance de la conformidad y en todo caso cuando la gravedad o trascendencia del hecho o la intensidad o la cuantía sean especialmente significativos, así como en todos los supuestos en que víctimas o personas perjudicadas se encuentren en situación de especial vulnerabilidad. Y también sobre los aplazamientos de las responsabilidades pecuniarias y los requerimientos y liquidaciones de condena de las penas impuestas en la sentencia.

Se introduce un artículo 988 bis con la finalidad de ordenar la fase de ejecución penal. Una de las principales dificultades de esta fase procesal radica en la ausencia casi total de previsión legal al respecto. Con este precepto no se pretende una regulación completa de la ejecución penal, pero sí evitar la dispersión de trámites y resoluciones, centrándolos en un solo momento inicial, de tal forma que, desde ese primer momento, la ejecución quede encauzada a la espera del cumplimiento de las penas y demás pronunciamientos de la sentencia.

Por último, se establece la tramitación preferente de los procesos penales en los que esté involucrado como víctima una persona menor de edad. Se otorga así una mayor protección a los menores evitando la victimización secundaria derivada de la pendencia del proceso.

En el ámbito del proceso contencioso-administrativo, también se aborda la modificación de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, con el objeto, en línea con el general de la presente ley, y de las reformas ya introducidas, de introducir las medidas de agilización procesal necesarias para ofrecer a juzgados y tribunales de ese orden los instrumentos procesales óptimos para facilitar y hacer más ágil tanto la tramitación de los pleitos como su resolución, sin merma de las garantías del justiciable.

Con tal finalidad se modifica la regulación del procedimiento abreviado sin vista que introdujo la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal. Los riesgos de demora que se anunciaban en su exposición de motivos, y que se pretendieron evitar con tal reforma, siguen produciéndose en la actualidad, pues no son excepcionales los casos en que, pese a renunciarse a la vista en el recurso, la misma se celebra por la sola solicitud de la parte demandada y a los únicos efectos de formular su contestación a la demanda en el acto de la vista, dilatando muchos meses la resolución del pleito atendida la gran sobrecarga que padecen las agendas de señalamientos de los Juzgados. De ahí la conveniencia de exigir que la solicitud de vista por la parte demandada quede sustentada

sobre argumentos que permitan al órgano jurisdiccional apreciar la conveniencia de la celebración de ese trámite. No se trata de que el órgano jurisdiccional anticipe en el auto la decisión sobre el recibimiento del pleito a prueba, ni tampoco sobre la pertinencia de las diligencias probatorias indicadas en la solicitud, sino únicamente de que, valorando lo argumentado, pueda tomar conocimiento sobre la necesidad procesal del trámite de vista.

Ya en lo que respecta a la fase de resolución, en el ámbito del procedimiento abreviado se introduce la posibilidad de que el juez o la jueza pueda, si así lo estima procedente atendidas las concretas circunstancias del caso que se somete a su enjuiciamiento, dictar sentencia oral. Tal facultad que se ofrece al órgano jurisdiccional guarda coherencia con la esencia de este procedimiento, que, se ha de recordar, se sustenta en el principio de oralidad, y conllevará, sin duda, una agilización de la decisión en los casos en que se opte por su empleo. Pero este efecto no debe ser entendido como una merma de la calidad de la justicia que se impartirá a través de esta clase de sentencias, pues, amén de que la posibilidad de resolver oralmente un recurso no es una novedad en el ámbito del procedimiento contencioso-administrativo, encontrándose ya prevista en el procedimiento para la garantía de la unidad de mercado, la remisión expresa que se hace al texto del artículo 210 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, cuya reforma también se acomete en esta ley, garantiza que estas sentencias orales deban expresar no solo las pretensiones de las partes, las pruebas propuestas y practicadas y, en su caso, los hechos probados, sino también las razones y fundamentos legales del fallo que haya de dictarse. Con ello, se preserva que, a través de ellas, se imparta una correcta administración de justicia y se garantiza el cumplimiento de la exigencia constitucional de motivación de las resoluciones judiciales consagrada en el artículo 120 del texto constitucional y, en última instancia, la posibilidad de control de la resolución por los tribunales superiores, en los casos en que sea susceptible de recurso.

En lo que respecta al orden jurisdiccional civil, esta ley modifica varios aspectos de la Ley 1/2000, de 7 de enero, al objeto, por un lado, de adaptar su regulación a las necesidades actuales, con la finalidad de agilizar alguno de sus trámites, reforzar las garantías de sus procesos y adaptarla tanto a las necesidades de la sociedad actual como a las de la propia Administración de Justicia.

En primer lugar, y por lo que respecta al juicio verbal, se introduce la posibilidad de que el juez o la jueza, a la vista de las peticiones en materia de prueba de las partes, pueda decidir que no haya lugar a la celebración del acto de la vista aun cuando las partes

la hayan solicitado. La actual regulación obliga a que este acto se convoque cuando cualquiera de las partes lo solicite, extremo que ha determinado la celebración de multitud de vistas innecesarias para la resolución del pleito, siendo suficiente para ello la prueba documental presentada con el escrito de demanda y contestación. De esta forma, es el juez o la jueza quien, con base en la valoración que realice de las actuaciones, determine si es necesaria o no la celebración de dicho acto para dictar sentencia, evitándose así un retraso injustificado en la resolución de los pleitos.

Otra de las novedades que se articula en esta ley es la posibilidad de que, en el ámbito del juicio verbal, los jueces puedan dictar sentencias orales. Se trata de una medida que busca agilizar y facilitar la resolución de pleitos, regulándose como una herramienta que pueda ser usada por el juez o la jueza en atención a las concretas circunstancias del proceso.

Estas sentencias orales quedarán grabadas en el soporte audiovisual del acto, y se documentarán posteriormente.

Se procede también a clarificar el efecto de cosa juzgada en los juicios de desahucio por falta de pago o expiración del plazo cuando se acumula la acción de reclamación de rentas o cantidades análogas, estableciéndose que los pronunciamientos de la sentencia en relación con esas acciones acumuladas producirán dicho efecto, poniendo fin a la disparidad de criterios interpretativos en la materia.

En materia de costas procesales son varias las modificaciones que se realizan, sin perjuicio de las que ya se han expuesto al describir la regulación de los medios adecuados de solución de controversias.

Así, se suprime la condena en costas en el incidente de impugnación de la tasación de costas por excesivas salvo en los casos de abuso del servicio público de Justicia. En muchas ocasiones, los criterios del colegio profesional correspondiente no son seguidos por los Juzgados o Audiencias Provinciales. Por ello, dada la casuística a la hora de interpretar los criterios de honorarios y la complejidad de algunos asuntos, parece lógico que, tratándose de una cuestión no reglada, no se impongan costas salvo que se aprecie el abuso antes dicho. De esta forma se evitará la práctica de multitud de tasaciones de costas por los incidentes de impugnación de las costas principales.

También se introduce una nueva regulación de las costas en el incidente de acumulación de procesos eliminando el criterio de vencimiento objetivo para su

imposición, dando entrada a un criterio ponderador de la buena o mala fe procesal, favoreciendo así la solicitud de eventuales acumulaciones en aras de una mejor garantía del principio de economía procesal.

En materia de ejecución, esta ley introduce determinadas modificaciones en la regulación del actual proceso. También se introduce la posibilidad de suspensión de la ejecución para acudir a mediación u otro de los medios adecuados de solución de controversias, evitando que se produzcan multitud de trámites y promoviendo el cumplimiento voluntario de lo acordado fruto del acuerdo.

En lo que respecta a la subasta judicial electrónica, la norma realiza una reforma que afecta a diferentes aspectos de esta, perfeccionando y agilizando un sistema que, desde su introducción por la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, ha venido funcionando de una forma muy positiva.

Para dar una mayor agilidad a los trámites posteriores a la subasta, necesarios para la aprobación del remate, adjudicación y entrega de los bienes, se establece que el inicio del cómputo de los plazos para pago del resto del precio y traslado para mejora de postura, cuando no cubra los porcentajes mínimos, se produzca automáticamente desde la fecha de cierre de la subasta. Esto es posible porque el Portal de Subastas del «Boletín Oficial del Estado» publica siempre el precio ofrecido por el mejor postor, lo que permite conocer el resultado a cualquiera que tenga interés en la subasta.

En todo caso, se exige que, al acordarse la subasta, el demandado quede debidamente informado, advirtiéndole de que el inicio de la subasta y su resultado no va a serle notificado personalmente, sino que será facilitado por el Portal, teniendo la posibilidad de registrarse como usuario y utilizar su sistema de alertas. También se ha recogido la obligación de realizar a la persona demandada no personada un intento de notificación personal del decreto convocando subasta, al objeto de reforzar sus garantías y derechos en el proceso, máxime teniendo en cuenta la gran trascendencia que, desde el punto de vista patrimonial, tiene el acto de subasta. Asimismo, se impone al ejecutante la obligación de informar al órgano judicial del pago de la tasa exigida para la publicación del anuncio de subasta, ya que de ese pago depende el inicio de la subasta.

Con ese mismo propósito de agilizar la adjudicación en las subastas de inmuebles, se acorta a veinte días el plazo para pagar el resto del precio ofrecido. El anterior plazo

de cuarenta días ralentizaba en exceso el trámite y la devolución de depósitos a los postores que reservaron postura. A los mismos efectos, se suprime la necesidad de practicar la liquidación del crédito del ejecutante cuando el precio que ha ofrecido no sea superior al principal reclamado.

Para facilitar la competencia dentro de la subasta y la mejora del precio final, se ha establecido que, si el ejecutante tiene interés en adquirir el bien, debe incorporarse a ella como un licitador más y sometido a las mismas reglas. Esto supone que va a poder hacer pujas, aunque no intervengan otros postores, y que no va a poder mejorar el precio una vez finalizada la subasta.

En la misma línea, se prevén las consecuencias económicas que tiene para el ejecutante no pagar la diferencia entre su crédito y el precio que hubiera ofrecido para adquirir el bien subastado, y se hace de un modo análogo al regulado para los demás postores cuando son éstos los que no pagan el precio ofrecido en la subasta. Se va a descontar de su crédito la misma cantidad que hubieran tenido que depositar los demás postores, y se celebrará nueva subasta, si fuera necesaria.

Se sigue reconociendo a la persona demandada su derecho a mejorar el precio ofrecido por el mejor postor, como última posibilidad de evitar que sus bienes sean adjudicados a un tercero. Se le permite presentar a cualquier persona que mejore el precio ofrecido en la subasta cuando no supere los porcentajes mínimos necesarios para aprobar inmediatamente el remate.

Con respecto a los inmuebles, se ha efectuado una reducción del porcentaje mínimo de mejora exigido a la persona demandada, hasta ahora establecido en el 70 por 100 del valor de subasta, que queda fijado en el 60 por 100, ya que se considera más adecuado a las circunstancias actuales. Además, si el precio ofrecido en la subasta, aun siendo inferior a ese porcentaje, cubre la cantidad reclamada por todos los conceptos, la mejora podría ser por un solo céntimo. Esto obligará a los postores a elevar el importe de sus pujas, ofreciendo cantidades más ajustadas al valor real de los bienes. Debe tenerse en cuenta que, al ser publicado el precio final, aumenta la probabilidad de que el deudor pueda valerse de otras personas que se ofrezcan a mejorar el precio de la subasta. La reforma también establece la forma y requisitos con que la mejora ha de ser llevada a efecto, hasta hoy no contemplados.

Se ha considerado necesario unificar los efectos derivados de la subasta con postores y de la subasta desierta. Esto significa que los bienes no se van a adjudicar de modo distinto dependiendo de si la subasta ha tenido postores o ha resultado desierta. Otra consecuencia de la nueva regulación es que, si no hubiera habido pujas en la subasta, el ejecutante no podrá solicitar después la adjudicación de los bienes, y se procederá, a instancia del ejecutado, al alzamiento del embargo.

Un supuesto de especial trascendencia es el referido a la subasta de la vivienda habitual del deudor. Con la nueva regulación, no se va a adjudicar por debajo del 70 por 100 de su valor de subasta, salvo que se haga por la cantidad que se le deba al ejecutante por todos los conceptos, en cuyo caso no se podrá aprobar el remate de la vivienda por menos del 60 por 100 de ese valor.

En relación con el importe mínimo por el que puede aprobarse el remate o la adjudicación del bien, se mantiene en los muebles la necesidad de que cubra el 30 por 100 del valor de subasta y la posibilidad de que sea por un importe inferior siempre que se satisfaga totalmente el derecho del ejecutante. En relación con los inmuebles, se ha establecido un mínimo del 50 por 100 de su valor, con la particularidad de que, si la cantidad adeudada por todos los conceptos fuera inferior, se aprobaría siempre que cubra el 40 por 100 del valor de subasta. Si la cantidad adeudada fuera inferior a este porcentaje, la aprobación del remate o adjudicación exigiría, en todo caso, la decisión favorable del letrado o letrada de la Administración de Justicia, previa audiencia de las partes. De este modo, se evita que por deudas de escasa cuantía se tengan que adjudicar obligatoriamente inmuebles de un valor muy superior, como ha ocurrido hasta la fecha.

Se ha considerado conveniente elevar hasta el 20 por ciento del valor de subasta el depósito que ha de constituirse para participar en ella, con un mínimo de mil euros, con el fin de penalizar adecuadamente el incumplimiento del compromiso de pago del precio ofrecido. No obstante, se permite al letrado o letrada de la Administración de Justicia, atendiendo a las circunstancias concurrentes, modificar dichos importes. También se impone al postor la necesidad de indicar en el mismo momento de participar en la subasta, si lo hace en nombre propio o de una o varias personas representadas, y se sanciona la falta de acreditación de la representación con la pérdida del depósito efectuado.

En relación con la cesión de remate, el derecho se sigue reconociendo al ejecutante y acreedores posteriores por el hecho de participar en la subasta, sin que tengan que realizar manifestación expresa al respecto. Se sustituye la comparecencia de cesión de

remate por un escrito firmado por cedente y cesionario, y se establece el plazo concreto en el que puede verificarse.

La reforma suprime la posibilidad de realizar la propuesta de pago aplazado por no adaptarse al sistema de subastas electrónicas, basado en pujas incondicionadas y por importes concretos, a lo que se añade la complejidad de su tramitación y el hecho, de que, en la práctica, esas propuestas en nada han beneficiado a las propias partes de la ejecución, pudiendo servir de cobertura a conductas fraudulentas y entorpecedoras de la propia subasta.

También se concreta la importante obligación que tiene el letrado o la letrada de la Administración de Justicia de devolver, en cuanto sea posible, los depósitos a los postores que han reservado su postura. El sistema de subastas con reserva de postura previsto en la ley solo puede funcionar adecuadamente si los postores participantes realizan esa reserva. Como la reserva implica la retención del depósito del postor hasta el pago del precio, toda demora en su devolución desanima a realizar nuevas reservas. Puede haber muchos postores interesados en adquirir el bien, pero que no reserven postura. Su puja no es tenida en cuenta ante la falta de pago del primer postor, pudiendo adjudicarse el bien a otro por debajo del precio que ofrecieron. Esto ha de evitarse si se pretende obtener el mejor precio en la subasta.

En esa línea, y en lo que respecta a la quiebra de la subasta, tras el impago del primer postor con reserva, se agiliza la devolución de depósitos, ya que solo va a tener efecto la reserva del siguiente postor. Tras el impago del primer postor, se podrán devolver inmediatamente los depósitos del resto de postores que ha reservado su puja. Esto es posible porque si el segundo postor tampoco pagara el precio ofrecido ya no se tendrían en cuenta las siguientes posturas y habría de procederse inmediatamente a la celebración de nueva subasta. Si se produjera ese segundo impago, ya se habría aplicado a los fines de la ejecución el importe de los depósitos de esos dos postores, que ascendería al 40 por 100 del valor de subasta, lo que constituirá una importante herramienta disuasoria para quienes quieran manipular el precio final. Con la regulación actual, este trámite puede prolongarse mientras haya sucesivos impagos y otros postores con reserva, cuyos precios serían, a su vez, mucho más bajos. Por ello, se considera mejor para los fines de la ejecución dar la posibilidad a los postores de volver a pujar por precios más altos en una nueva subasta.

En definitiva, con estas modificaciones, la subasta pasa a convertirse verdaderamente en el elemento nuclear del proceso de realización del bien objeto del apremio, dentro del cual la parte ejecutante y las demás personas interesadas deben realizar todas sus ofertas. Para ello disponen del Portal de Subastas de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, capaz de garantizar las máximas seguridad y confidencialidad, indispensables para lograr el mejor resultado posible. Con ello se está protegiendo también a otros acreedores igualmente interesados en el éxito de la subasta, entre los que se encuentran las Administraciones públicas, cuyas posibilidades de recobro de sus créditos dependen casi exclusivamente de la existencia de un posible sobrante.

Como responsable de la subasta, se reconocen plenas facultades al letrado o la letrada de la Administración de Justicia para disponer de toda la información que le permita comprobar la regularidad de la subasta. En este sentido, el Tribunal Constitucional, en su sentencia 34/2020, de 24 de febrero, crea doctrina en cuanto a las posibles vulneraciones del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión que se pueden producir por el incumplimiento de las garantías de la subasta electrónica. Reconoce la centralidad que posee ese cauce de realización forzosa de bienes muebles e inmuebles en los procedimientos ejecutivos y el rigor con que han de ser observados los requisitos legales y de publicidad respecto a todos los datos y circunstancias que sean relevantes para el mejor resultado de la subasta, cuyo incumplimiento es susceptible de dejar en situación de indefensión a la parte demandada. Ahondando en esa doctrina, corresponde al letrado o la letrada de la Administración de Justicia ser el garante de ese derecho. Por eso, en el caso de que compruebe que no se han cumplido las condiciones que garantizan que la subasta se celebre con la máxima publicidad, seguridad, confidencialidad y disponibilidad, o si considera que no han sido respetados los derechos de los postores, tendría que dar cuenta al tribunal para que, en su caso, la deje sin efecto.

Por lo que respecta al orden jurisdiccional social, se acomete una reforma de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social en idéntico sentido y con la misma finalidad que en el resto de órdenes jurisdiccionales, a saber, dotar de mayor agilidad a la tramitación de los procedimientos, sin merma alguna de las garantías exigibles.

Con el fin de cohonestar lo dispuesto para los cuatro órdenes jurisdiccionales, se incentiva el impulso de la oralidad de las sentencias, con la finalidad de agilizar no sólo

su dictado, sino también la notificación y la declaración de firmeza de éstas, salvo cuando las partes comparezcan por ellas mismas.

También se pretende dotar a la jurisdicción social de la máxima agilización posible en lo que respecta a los actos de conciliación ante el letrado o la letrada de la Administración de Justicia, impulsando su labor y posibilitando una agenda doble y compatible de trabajo, que podrá establecerse a instancia de cualquiera de las partes, si estimaran razonadamente que existe la posibilidad de llegar a un acuerdo conciliatorio, o de oficio por el letrado o la letrada de la Administración de Justicia si entendiera que, por la naturaleza y circunstancias del litigio o por la solución dada judicialmente en casos análogos, pudiera ser factible que las partes alcanzaran un acuerdo, descargando así de trabajo al órgano judicial. Se pretende que el acto de conciliación se celebre a partir de los diez días desde la admisión de la demanda y con una antelación mínima de treinta días a la celebración del acto de la vista, con el fin de poder dar una respuesta ajustada a lo que la realidad social exige.

Se amplía además el plazo de cinco a diez días de antelación a la fecha del juicio, para solicitar diligencias de preparación de la prueba a practicar en dicho acto, dando con ello margen suficiente a los juzgados para hacer las notificaciones y recibir la prueba que se haya solicitado, especialmente en el caso de que se trate de prueba documental.

Por último, en la misma línea de consolidación de los derechos y garantías de la ciudadanía en el acceso a la justicia a fin de que el funcionamiento de ésta como servicio público se produzca en condiciones de eficiencia operativa, deviene necesario ahondar en el orden social en la reforma del recurso de casación para la unificación de doctrina. Al igual que sucede en el orden civil, tampoco este recurso de casación constituye una tercera instancia con plenitud de cognición, de manera que le resulta de aplicación la misma jurisprudencia del Tribunal Constitucional –residenciando en el Tribunal Supremo la configuración de esa admisibilidad, con las excepciones del artículo 123 CE– y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la propia Sala Primera insistiendo en el especial rigor de los requisitos de admisión del recurso de casación.

Se perfila la existencia de interés casacional objetivo, entendiendo que existe si concurren circunstancias que aconsejen un nuevo pronunciamiento de la Sala, cuando la cuestión posee una trascendencia o proyección significativa, o si el debate suscitado presenta relevancia para la formación de la jurisprudencia.

Con esta reforma se unifica el alcance y finalidad del recurso de casación en todas las Salas del Tribunal Supremo, completando el tratamiento como criterio de admisión o inadmisión que ya rige en las Salas Segunda y Tercera, y que en la última reforma legal se extendió a la Sala Primera, paralelo a la denominada especial trascendencia constitucional existente en el seno de la LO 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

La agilización de los procedimientos, la sostenibilidad de los recursos existentes y la potenciación de acuerdos a través de la labor del letrado o la letrada de la Administración de Justicia posibilitando la anticipación de la conciliación constituyen, en definitiva, los principales ejes de la reforma.

VI

La parte final se estructura en ocho disposiciones adicionales, quince disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y treinta y ocho disposiciones finales.

Se ha optado por mantener las denominaciones de los órganos unipersonales en leyes procesales y en otras normas que puedan contenerlas, si bien la disposición adicional primera establece una cláusula general para que, una vez que los Tribunales de Instancia se hayan constituido, las menciones genéricas que todavía se hacen en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, a los juzgados y tribunales se entiendan referidas a estos últimos o bien a los jueces, las juezas, los magistrados y las magistradas que sirven en ellos. La misma disposición adicional primera prevé también que las menciones a los órganos unipersonales contenidas en las distintas leyes de nuestro ordenamiento jurídico se entiendan realizadas a las diferentes Secciones de los Tribunales de Instancia.

La disposición adicional segunda se refiere al coste de la intervención del tercero neutral en la utilización de los medios adecuados de solución de controversias.

La disposición adicional tercera avanza la organización de los Servicios de medios adecuados de solución de controversias que constituirán en el ámbito de sus respectivas competencias el Ministerio de Justicia y las Comunidades Autónomas.

La disposición adicional quinta regula la asistencia de los Institutos de Medicina Legal y Ciencias Forenses a las Secciones de Familia, Infancia y Capacidad y a las Secciones de Violencia contra la Infancia y la Adolescencia.

La nueva disposición adicional vigésima cuarta de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial prevé que, una vez constituidas las Oficinas de Justicia en los municipios, las menciones contenidas en el ordenamiento jurídico a los Juzgados de Paz se entenderán realizadas a los jueces y juezas de paz cuando les atribuyan competencias jurisdiccionales o de otra naturaleza. En otro caso, se entenderán referidas a las Oficinas de Justicia en los municipios.

Por su parte, la disposición transitoria primera regula la constitución de los Tribunales de Instancia y el régimen transitorio derivado de la misma. Esta constitución se establece en varias fases que afectarán a los diversos órganos unipersonales y, dado que ésta se prolongará en el tiempo, se determina la vigencia del régimen de organización anterior a la entrada en vigor de esta ley en los juzgados unipersonales hasta el establecimiento de los Tribunales de Instancia y su transformación en las Secciones que los integran.

La disposición transitoria segunda regula la constitución del Tribunal Central de Instancia y el régimen transitorio derivado de esta constitución.

La disposición transitoria tercera prevé que los jueces Decanos y las juezas Decanas pasen a ostentar la Presidencia de los Tribunales de Instancia, así como que el juez Decano o la jueza Decana de los Juzgados Centrales pase a ejercer la Presidencia del Tribunal Central de Instancia una vez que se hayan constituido dichos Tribunales en su respectivo ámbito.

La disposición transitoria quinta regula la implantación de la Oficina judicial, determina la fecha máxima en que debe estar implantada la Oficina judicial en los Tribunales de Instancia y establece el régimen supletorio para el caso de que, llegada aquella fecha, los trabajos de desarrollo e implantación de la Oficina judicial no hubieren finalizado. Para este supuesto, se prevé la transformación de las plantillas de Juzgados en relaciones de puestos de trabajo de la Oficina judicial, integrándose en servicios comunes de tramitación que asumirán funciones de ordenación del proceso y de ejecución. Asimismo, se prevé el régimen aplicable en el caso de que ya existan relaciones de puestos de trabajo aprobadas.

La disposición transitoria sexta regula la implantación de las Oficinas de Justicia en los municipios.

La disposición transitoria octava determina el régimen transitorio relativo a los secretarios y las secretarias de la Junta Electoral de Zona y la Junta Electoral Provincial.

La disposición transitoria novena ordena que las previsiones de esta ley sean aplicables exclusivamente a los procedimientos incoados con posterioridad a su entrada en vigor, si bien permite que en los procedimientos judiciales ya en curso a dicha entrada en vigor, las partes de común acuerdo puedan someterse a cualesquiera medios adecuados de solución de controversias y además sean de aplicación las modificaciones de las cuatro leyes de procedimiento en cuanto al dictado de sentencias orales.

La disposición derogatoria deja sin efecto el Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo, cuando entre en vigor el título II de la presente ley, que regula los medios alternativos de solución de controversias y otras reformas procesales.

En las disposiciones finales se contienen modificaciones en diversos textos legislativos.

La disposición final tercera modifica en lo preciso la Ley Hipotecaria, aprobada por Decreto de 8 de febrero de 1946, para reconocer eficacia ejecutiva a la certificación expedida por el Registrador tras la celebración del acto de conciliación.

La disposición final sexta modifica la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, determinando los letrados y las letradas de la Administración de Justicia que serán Secretarios o Secretarias de la Junta Electoral Provincial y de la Junta Electoral de Zona.

La disposición final octava, dividida en dieciocho apartados, afronta la reforma de la Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de Demarcación y de Planta Judicial, para adaptarla a la nueva organización judicial, dejando sin contenido aquellos artículos que ya no resultan de aplicación por haberse agotado la situación que regulan.

En las disposiciones finales décima, decimocuarta y vigésima se contienen las modificaciones que acompañan necesariamente a la implantación del sistema de medios adecuados de solución de controversias y que se producen en la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita; en la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio; y en la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

La disposición final duodécima contiene una modificación de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas, para regular la actuación de la Abogacía General del Estado en la firma de acuerdos amistosos ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En efecto, muchas de las demandas que se plantean ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos son sobre cuestiones en las que ya existe jurisprudencia consolidada, por lo que el Tribunal ha llamado a los Estados para que ajusten sus ordenamientos internos a la jurisprudencia europea en materia de derechos humanos, facilitando mediante acuerdos amistosos y declaraciones unilaterales el tratamiento de casos de previsible condena.

De acuerdo con el artículo 39 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en cualquier fase del procedimiento el Tribunal podrá ponerse a disposición de las partes interesadas para conseguir un acuerdo amistoso sobre el asunto inspirándose para ello en el respeto a los derechos humanos tal como los reconocen el Convenio y sus Protocolos. En caso de alcanzarse un acuerdo amistoso, el Tribunal archivará el asunto mediante una decisión que se limitará a una breve exposición de los hechos y de la solución adoptada. Esta decisión se transmitirá al Comité de Ministros, que supervisará la ejecución de los términos del acuerdo amistoso tal como se recojan en la decisión.

Como una de las medidas adicionales, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha iniciado desde mediados de 2019 un procedimiento consistente en enviar, junto con la admisión y comunicación de las demandas, una propuesta de acuerdo amistoso entre las partes, consistente en una indemnización por parte del Estado demandado, sin reconocimiento expreso de vulneración alguna del Convenio. Esta propuesta no es vinculante ni para el Estado ni para el demandante, que pueden rechazarlos, siguiéndose el procedimiento. Aunque la posibilidad de llegar a un acuerdo amistoso ya existía desde el inicio, el Tribunal la ha potenciado enormemente desde 2019, llamándolo procedimiento «pre-contencioso» y realizando *motu proprio* una valoración económica del acuerdo. Si se acepta por las partes el acuerdo amistoso, la demanda queda archivada en cuanto el Estado pague la cuantía acordada, evitándose así una sentencia previsiblemente condenatoria y facilitando sustancialmente la ejecución, puesto que el Estado solo debe acreditar que ha pagado la cantidad, sin que proceda la verificación de la adopción de medidas individuales o generales.

La Ley 52/1997, de 27 de noviembre, no diferencia expresamente la disposición de la acción procesal en el ámbito de las jurisdicciones internas o internacionales, regulando exclusivamente la figura del allanamiento procesal ante los Jueces nacionales. La inexistencia en nuestro Derecho de un acuerdo similar al propuesto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la existencia de pronunciamientos judiciales internos, dictados en muchos casos por las máximas instancias, y de toda una actuación previa de las Administraciones públicas, de la Abogacía del Estado, el Ministerio Fiscal, o de los letrados o las letradas de las diferentes Administraciones públicas, exige delimitar cuidadosamente cuándo procede la adopción del acuerdo.

Es por ello que la firma de un acuerdo amistoso debe contar con una propuesta jurídica razonada por parte del Agente ante el Tribunal, justificativa de la existencia de una alta probabilidad de que, a la vista de la doctrina previa del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Reino de España pueda ser condenado. Asimismo, se precisará contar en todo caso con el criterio favorable del órgano competente origen de la actuación presuntamente vulneradora del Derecho, y a este fin se modifica el artículo 7 de la Ley 52/1997, de 27 noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas.

La disposición final decimocuarta revisa diversos aspectos de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio. En primer lugar, se extiende la exención prevista en el primer párrafo de la letra d) del artículo 7 de dicha Ley a otras indemnizaciones como consecuencia de responsabilidad civil por daños físicos o psíquicos, cuya cuantía no se haya fijado legal ni judicialmente, pero cuyo abono sea consecuencia de un acuerdo de mediación o de cualquier otro medio adecuado de solución de controversias legalmente previsto.

Además, dada la ruptura del principio de igualdad que supone el establecimiento de cualquier exención en el Impuesto, con la finalidad de garantizar que la indemnización corresponda a situaciones reales, evitándose situaciones indeseadas de planificación o fraude fiscal, se exige que la indemnización sea satisfecha por la entidad aseguradora del causante del daño, que para la obtención del acuerdo haya intervenido un tercero neutral y que este último se haya elevado a escritura pública, al tiempo que se establece una cuantía máxima exenta que toma como referencia la que se fijaría con arreglo al sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de

circulación, incorporado como anexo en el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre.

En segundo lugar, se modifica la letra e) del artículo 7 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, con la finalidad de evitar cualquier duda interpretativa e incrementar la seguridad jurídica, señalando expresamente a nivel legal que no derivan de un pacto, convenio o contrato, las indemnizaciones acordadas ante el servicio administrativo como paso previo al inicio de la vía judicial social. Debe recordarse que dicha precisión coincide con la interpretación que al respecto viene manteniendo tanto la Administración tributaria como los Tribunales de Justicia, por lo que la misma responde a una finalidad meramente aclaratoria.

Por último, se da nueva redacción a la letra k) del artículo 7 de la Ley del Impuesto con la finalidad de eliminar cualquier duda sobre la aplicación del mismo a las anualidades fijadas en los convenios reguladores a que se refiere el artículo 90 del Código Civil formalizados ante el letrado o la letrada de la Administración de Justicia o en escritura pública ante notario, al tiempo que se recuerda que dicho convenio puede ser el resultado de cualquier medio adecuado de solución de controversias legalmente previsto. La modificación de dicha letra k) exige modificar la referencia contenida a las anualidades por alimentos en los artículos 64 y 75 de la Ley del Impuesto.

La disposición final vigésima promueve la modificación de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

La disposición final vigesimocuarta modifica la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, concentrando la competencia judicial territorial para la aceptación y aprobación de la herencia cuando sea llamado a ella un menor o persona con discapacidad. La medida agilizará la resolución y evitará la dicotomía normativa actualmente existente sobre competencia territorial para el conocimiento de este tipo de expedientes.

En línea con las disposiciones anteriores, la disposición final vigesimosexta introduce modificaciones en el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre.

En la disposición final trigésima se contienen las previsiones sobre el futuro estatuto de la tercera persona neutral interviniente en dichos medios y la regulación reglamentaria

de la elaboración de estadística de la utilización de los medios adecuados de solución de controversias.

Por último, las disposiciones finales trigésima sexta y trigésima séptima se refieren al título competencial y al rango normativo.

Finalmente, la disposición final trigésima octava se ocupa de la entrada en vigor de la norma.

VII

En la elaboración de esta ley se han observado los principios de necesidad, eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia y eficiencia, exigidos por el artículo 129 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. En efecto, en primer lugar, se trata de una norma necesaria, ya que constituye el instrumento idóneo y el único posible para alcanzar el objetivo de conseguir una reforma de la organización judicial y de la oficina que le sirve de apoyo con el objetivo de que su funcionamiento como servicio público se produzca en condiciones de eficiencia organizativa. Además, es el instrumento apropiado para dar una respuesta ágil, eficaz y con las máximas garantías jurídicas para alcanzar el doble objetivo que conforman las reformas procesales contempladas en la presente ley.

El primero de los citados objetivos es el de dotar al Servicio Público de Justicia de medidas dirigidas a acometer de forma decidida la introducción y potenciación en nuestro ordenamiento jurídico de medios adecuados de solución de controversias alternativos a la jurisdicción (los ADR plenamente vigentes desde hace tiempo en derecho comparado).

En segundo lugar, se afronta la reforma de la legislación que permita la agilización de los procesos judiciales y la mejora de su eficacia con las máximas garantías en los cuatro órdenes jurisdiccionales, que permitirán a los juzgados y tribunales atender en tiempo razonable la tutela judicial que exige la ciudadanía.

También la transposición de la Directiva (UE) 2020/1828 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2020 se inspira en el principio de necesidad y eficacia, al cumplir la obligación de transposición con fidelidad al texto de aquélla, y con la normativa ya existente sobre este ámbito, introduciendo también mejoras para lograr un procedimiento judicial ágil y efectivo para la defensa de los intereses colectivos de los consumidores y usuarios.

Por lo que respecta al principio de seguridad jurídica, se introduce un sistema coherente, de tal manera que las novedades que se implantan para conseguir una organización judicial y administrativa más eficiente permiten la consolidación de un sistema de Justicia más accesible, cercano, sostenible y ágil y tienen su reflejo en todas las normas orgánicas afectadas y en aquellas otras que las desarrollan, generando así un marco normativo integrado y claro, que permite la consolidación de un sistema de Justicia más accesible, cercano, sostenible y ágil. Asimismo, se crea un marco normativo adecuado, integrado y concreto para la protección de los consumidores y usuarios, en particular con la introducción de un procedimiento especial en la Ley de Enjuiciamiento Civil que permita contribuir la mejor protección de los intereses colectivos de los consumidores y usuarios.

En cuanto al principio de proporcionalidad, se introduce la regulación imprescindible para la consecución de los objetivos perseguidos de eficiencia organizativa y procesal del servicio público de Justicia. Igualmente, se trata de la regulación imprescindible para atender la necesidad a cubrir, dado que la nueva regulación acomete una mejora de la regulación existente que no exigía estrictamente la Directiva, pero que se ha considerado necesaria para darle máxima efectividad a sus previsiones.

Se cumple también el principio de transparencia. Esta norma ha sido sometida a los correspondientes trámites de participación pública, esto es, el de consulta pública previa y el de audiencia e información pública.

Respecto del principio de eficiencia, la iniciativa normativa no impone cargas administrativas innecesarias o accesorias y racionaliza, en su aplicación, la gestión de los recursos públicos.

* * * * * *

III. NOTICIAS DE LA FICP

1. Congresos, seminarios y cursos

La FICP ha (co)organizado o (co)organiza actualmente los siguientes congresos, seminarios y cursos:

(i) XXVI Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ. de Alcalá

Los próximos **8 y 9 de septiembre de 2025** se celebrará la XXVI edición del tradicional Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, sobre "**Derecho penal general e intereses ciudadanos, sociales y económicos**". El Seminario se encuentra organizado por el Área de Derecho penal de la Univ. de Alcalá y la FICP, y dirigido por el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-M. Luzón Peña*. Son coordinadores generales los Profs. Dres. Raquel Roso Cañadillas*, José-Zamyr Vega Gutiérrez* y Carmen Pérez-Sauquillo Muñoz*, y coordinador, D. José Antonio Martínez Rodríguez*. De la coordinación de las relaciones de los debates se encarga la Prof. Dra. Isabel Durán Seco*. Lugar: Facultad de Derecho de la Univ. de Alcalá, Madrid, España.

Esta edición tendrá como ponentes invitados especiales al Excmo. Sr. Prof. Dr. Francesco Viganò, el Excmo. Sr. Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Lorenzo Morillas Cueva* y la Prof. Dra. Ana Isabel Pérez Cepeda*. El programa del evento se encuentra disponible en nuestra web www.ficp.es, en la sección de Próximos eventos.

Por razones organizativas, la asistencia presencial está limitada a los patronos de la FICP y las personas expresamente invitadas. Sin embargo, como ya sucedió en las dos últimas ediciones, **los patronos que no puedan asistir y los socios no invitados presencialmente podrán seguir de manera exclusiva y gratuita el evento de manera online** previa inscripción dirigida a jomar@unileon.es **antes del 3 de septiembre**.

Hasta el 3 de septiembre se admitirán comunicaciones procedentes de socios de la FICP, si bien por razones de tiempo no serán presentadas oralmente. Deberán enviarse a D. José Antonio Martínez Rodríguez (jomar@unileon.es) con copia a contacto@ficp.es, y ajustarse a las Normas de publicación, requisito necesario para su admisión.

(ii) Congreso Nacional sobre Animales y Derecho

Los días **10 y 11 de abril de 2025** se celebró en el Salón de Grados de la Facultad de Derecho de la Universidad de León el "Congreso Nacional sobre Animales y Derecho". En dicho evento la FICP es entidad organizadora junto con la Universidad de León, su Facultad de Derecho y las Áreas de Derecho Administrativo y Derecho Penal del Departamento de Derecho Público, además de la Asociación de Investigadores en Formación. El Comité organizador estaba compuesto por la Prof. Dra. Lidia García Martín y el Prof. Luis Miguel Ramos Martínez* (directores), así como los Profs. José Antonio Martínez Rodríguez* y Carlos Heredero del Campo (secretarios académicos). En su comité científico participaron diversos miembros de la FICP, entre otros, los Profs. Dres. Dres. h.c. mult. Miguel Díaz y García Conlledo* y Juan Antonio García Amado*, la Prof.ª Dra. Dra. h. c. Pilar Gutiérrez Santiago, las Profs. Dras. María A. Trapero Barreales e Isabel Durán Seco*.

El programa del evento se encuentra publicado en nuestra página web en Eventos anteriores.

2. Publicaciones de la FICP

Además de sus dos revistas, la FICP ha coeditado las siguientes obras:

(i) Libro-Homenaje al Profesor Javier de Vicente Remesal con motivo de su 70.º aniversario

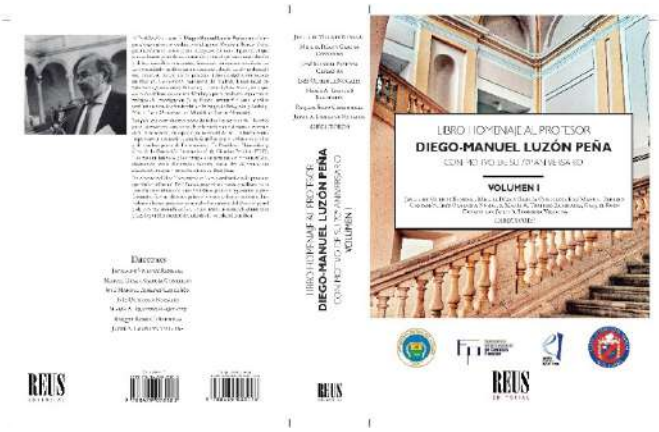
LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel/GARCÍA MOSQUERA, Marta/RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, Virxilio (dirs.), Libro Homenaje al Profesor Javier de Vicente Remesal por su 70.º aniversario, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado/Fundación Internacional de Ciencias Penales, Madrid, 2024. ISBN: 978-84-340-2999-6.

La obra fue entregada al homenajeado el 23 de julio, en la Jornada Internacional en su honor que se celebró en la Univ. de Vigo. Su contenido está disponible en línea en el siguiente enlace.

(ii) Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario

VICENTE REMESAL, Javier de/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel/PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel/OLAIZOLA NOGALES, Inés/TRAPERO BARREALES, María A./ROSO CAÑADILLAS, Raquel/LOMBANA VILLALBA, Jaime (dirs.), Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario, tomos I y II, Madrid, Reus / FICP, 2020. ISBN: 978-8429023176.

El índice con las publicaciones de los 172 autores (118 de ellos miembros de la FICP) puede localizarse en nuestra página web www.ficp.es en Otras publicaciones de la FICP.



Portada y contraportada del vol. I

(iii) Libro-Homenaje a Claus Roxin

LUZÓN PEÑA, Diego Manuel (Director), Libro Homenaje a Claus Roxin por su nombramiento como Doctor *honoris causa* por la Universidad Inca Garcilaso de la Vega. (Por sus discípulos y traductores al español de su tratado Derecho Penal, Parte General, tomos I y II). Lima, Perú: Cuadernos del Rectorado UniversidadInca Garcilaso de la Vega / FICP, 2018, 793 pp. ISBN: 978-9972-04-592-9.

Han contribuido a la obra otros patronos y socios de la FICP, además de los anteriormente señalados: (i) entre los patronos, los Profs. Dres. Paredes Castañón, Olaizola Nogales, Trapero Barreales, Roso Cañadillas, Barber Burusco, Durán Seco y Jericó Ojer; (ii) entre los socios, el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Bernd Schünemann (socio de honor de la FICP), el Prof. Dr. Vega Gutiérrez y la Prof. Escobar Vélez. El índice de la obra está disponible en nuestra página web, en la sección de Otras publicaciones de la FICP.

(iv) *Liber-Amicorum* a Jürgen Wolter

LUZÓN PEÑA, Diego-M./DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel (Directores), Un puente de unión de la ciencia penal alemana e hispana. *Liber Amicorum* en homenaje al Prof. Dr. Jürgen Wolter por su 75.º aniversario. Por la Escuela de los Directores y la FICP (Fundación Internacional de Ciencias Penales). Madrid: FICP / Reus, 2018, 590 pp. ISBN 978-84-290-2072-4.

Han contribuido a la obra otros patronos y socios de la FICP, además de los anteriormente señalados: (i) entre los patronos: el Prof. Dr. Dr. h.c. De Vicente Remesal y los Profs. Dres. Paredes Castañón, Olaizona Nogales, Aráuz Ulloa, Trapero Barreales, Roso Cañadillas, Durán Seco, Jericó Ojer; y (ii) entre los socios, los Profs. Dres. Rodríguez Vázquez, García Mosquera, Vega Gutiérrez, Torres Cadaviz, Pérez-Sauquillo Muñoz y los Profs. García Sobrado, Alpaca Pérez, Uribe Barrera, Suárez López y Ramos Martínez.

El índice de la obra está disponible en nuestra página web, en la sección de Otras publicaciones de la FICP.

(v) Actas de Congresos y Seminarios con ISSN

Se recuerda que la FICP ha obtenido el ISSN para las siguientes publicaciones periódicas disponibles en nuestra página web, en la sección de Actas de congresos y seminarios:

- Actas de los Congresos Internacionales de la FICP (ISSN 2695-3986)
- Actas de los Seminarios Interuniversitarios Internacionales anuales de la FICP, Univ. de Alcalá (ISSN 2695-3994)
- Actas de los Seminarios Internacionales anuales de la FICP, Univ. de León (ISSN 2695-4001)

3. Otras publicaciones sobre los patronos de la FICP

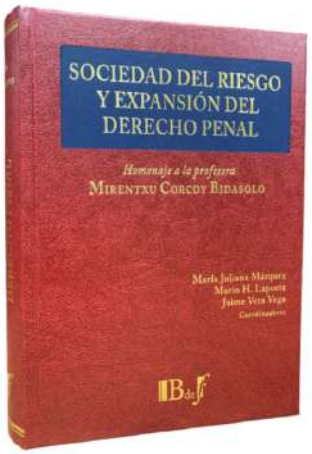
(i) Libros homenaje a la Prof. Dra. Mirentxu Corcoy Bidasolo*

GÓMEZ MARTÍN*/BOLEA BARDON*/GALLEGO SOLER*/HORTAL IBARRA*/JOSHI JUBERT (dirs.), Un modelo integral de Derecho penal. Libro Homenaje a la Profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022. Disponible electrónicamente aquí.

La obra se entregó a la homenajeada el pasado 17 de junio de 2022, al finalizar la "Jornada en homenaje a la Prof. Mirentxu Corcoy Bidasolo*: un modelo integral de Derecho Penal", organizada por el Área de Derecho penal del Departamento de Derecho Penal y Criminología y Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Univ. de Barcelona, en colaboración con la FICP, y dirigida por los directores de la referida obra. Lugar: Aula Magna de la Facultad de Derecho, Univ. de Barcelona, Barcelona, España.

MÁRQUEZ/LAPORTA/VERA VEGA (coords.), Sociedad del riesgo y expansión del Derecho penal: homenaje a la Profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo, Buenos Aires, B de f, 2023.

La nueva obra se entregó a la homenajeada el pasado 8 de junio de 2023, al finalizar la "Jornadas internacionales: sociedad del riesgo y expansión del derecho penal", organizadas por el el Departamento de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral de Buenos Aires. Lugar: Cyan Hotel de las Américas, Buenos Aires, Argentina.


SOCIEDAD DEL RIESGO
Y EXPANSIÓN DEL
DERECHO PENAL
Homenaje a la profesora:
Mirentxu Corcoy Bidasolo
María Juliana Márquez
Mario H. Laporta
Jaime Vera Vega
Coordinadores
B de f

IV. NOTICIAS DE LOS MIEMBROS DE LA FICP

1. Distinciones, cargos y puestos profesionales; grados académicos[1]

(i) Próxima ceremonia de investidura de la Prof. Dra. Mirentxu Corcoy Bidasolo* como Doctora honoris causa por la Univ. de Buenos Aires, Argentina

Los **próximos 16 y 17 de septiembre de 2025** se celebrará en la Univ. de Buenos Aires, Argentina, la ceremonia de investidura como Doctora *honoris causa* de la Prof. Dra. Mirextu Corcoy Bidasolo* (Catedrática de Derecho Penal de la Univ. de Barcelona, España, y patrona de la FICP).

Su nombramiento fue ya anunciado mediante resolución del Consejo Superior de la Univ. de Buenos Aires de 15 de agosto de 2024, cuyo texto íntegro puede consultarse en nuestra página web, en Noticias de los miembros del Patronato.

(ii) Jornada homenaje al Prof. Dr. Juan Carlos Carbonell Mateu* en la Univ. de Valencia, España

El **29 de mayo de 2025** tendrá lugar en el Salón de Grados Ascensión Chirivella de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia la Jornada homenaje al Prof. Dr. Juan Carlos Carbonell Mateu*, Catedrático de Derecho Penal de la Univ. de Valencia, España, y socio de la FICP. En dicho acto intervendrán, entre otras personas, el patrono Prof. Dr. Ángel Sanz Morán* y varios socios de la FICP, como el Prof. Dr. José L. González Cussac* y las Profs. Dras. Mercedes García Arán*, María Luisa Maqueda Abreu*, Patricia Laurenzo Copello* y María Luisa Cuerda Arnau*. Entrada libre hasta compleción de aforo.

El acto culminará con la entrega de un Libro homenaje al Prof. Dr. Carbonell Mateu*, coordinado por los Profs. Dres. Llabrés Fuster, Gili Pascual, Tomás-Valiente

[1] Los miembros de la FICP (patronos y socios) están identificados mediante un asterisco.

Lanuza, Ramón Ribas, Martínez Garay, Guardiola García, Viana Ballester y Correcher Mira.

El cartel del evento con el programa completa se encuentra disponible en nuestra página web www.ficp.es, en la sección de Noticias de los socios.

(iii) Acreditación de la Prof. Dra. Carmen Alastuey Dobón* como Catedrática de universidad

El pasado **5 de mayo de 2025** se notificó la evaluación positiva por la ANECA de la solicitud de acreditación como Catedrática de universidad de la Prof. Dra. Carmen Alastuey Dobón* (Prof. Titular de Derecho Penal, Directora del Departamento de Derecho Penal, Filosofía del Derecho e Historia del Derecho de la Univ. de Zaragoza y socia de la FICP). Desde la FICP le enviamos nuestras más sinceras felicitaciones por este reconocimiento a sus méritos y trayectoria académica.

(iv) Nombramiento de la Prof. Dra. Inés Olaizola Nogales* como miembro honorario del claustro de profesorado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Vigo (Campus de Ourense), España

La Universidad de Vigo se honra de incorporar a su claustro de profesorado honorario a la Prof. Dra. Inés Olaizola Nogales*, Catedrática de Derecho Penal de la Univ. Pública de Navarra, Epaña, y patrona de la FICP. Se suma así a otras destacadas personalidades académicas de las ciencias penales que habían obtenido esta distinción anteriormente y entre las que sobresalen el Prof. Diego-Manuel Luzón Peña*, primero, precisamente también en la Facultad de Derecho, y el Prof. Miguel Díaz y García Conlledo*, después, en la Facultad de Ciencias Jurídicas y del Trabajo, ambos miembros del Patronato de la FICP.

La investidura de la Prof. Inés Olaizola Nogales como miembro honorario del claustro de profesorado de la Facultad de Derecho se realizará como parte del acto de graduación del alumnado de la XIII Promoción del Grado en Derecho y de la VII

Promoción del Programa Conjunto Grado en ADE - Grado en Derecho, que tendrá lugar el día **27 de junio de 2025**, viernes, a partir de las 18:00 h., en el Salón de Actos del Edificio Politécnico del Campus de Ourense de la Universidad de Vigo (Ourense).

(v) Nombramiento del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Miguel Díaz y García Conlledo* como nuevo Director de la Escuela de Doctorado de la Universidad de León, España

El pasado jueves **13 de marzo de 2025** tuvo lugar en la Sala de Juntas del Edificio de Rectorado de la Universidad de León, España, la toma de posesión del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Miguel Díaz y García Conlledo* (Catedrático de Derecho Penal de la Univ. de León y patrono de la FICP) como nuevo Director de la Escuela de Doctorado. El acto estuvo dirigido por la Rectora Magnífica de dicha universidad, la Prof. Dra. Nuria González Álvarez, y por la Secretaria General de la misma institución, la Prof. Dra. Pilar Gutiérrez Santiago*. En él también estuvieron presentes otros socios de la FICP pertenecientes al Área de Derecho Penal de la Universidad de León, cuyo coordinador es el Prof. Díaz y García Conlledo*.

El Prof. Díaz (izq.) en su investidura, junto a la Rectora y la Prof. Gutiérrez Santiago*.

(vi) Acto de lectura y defensa de la tesis del Prof. Leonardo F. Cruz Bolívar*

El pasado viernes **17 de enero de 2025** tuvo lugar, en el Salón de Grados de la Facultad de Derecho de la Universidad de León, España, el acto de defensa de la tesis doctoral del Prof. Leonardo F. Cruz Bolívar*, titulada “Fundamento y naturaleza del estado de necesidad defensivo en el Derecho penal actual”.

La dirección estuvo a cargo del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Miguel Díaz y García Conlledo* (Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de León y patrono de la FICP). El tribunal estuvo presidido por el Prof. Dr. Dr. h.c. Javier de Vicente Remesal* (Catedrático emérito de Derecho Penal de la Univ. de Vigo y presidente de la FICP) y fueron secretaria la Prof. Dra. María A. Trapero Barreales* (Catedrática de Derecho Penal de la Universidad de León y patrona de la FICP) y vocal la Prof. Dr. Silvia Martínez Cantón* (Magistrada de enlace en Francia, con acreditación extendida ante las autoridades competentes de Suiza).

La tesis obtuvo por unanimidad la máxima calificación de sobresaliente *cum laude*.

Un momento de la defensa de la tesis del Prof. Cruz Bolívar*.

Posado del nuevo doctor junto a los miembros del tribunal, su tutora y su director. De izq. a dcha., los Profs. Díaz*, Trapero*, de Vicente*, Cruz*, Martínez y Zubiaur*.

2. Publicaciones recientes de los miembros de la FICP

(i) Miembros del Patronato (con asterisco los patronos y secretaria):

- Luzón Peña, Diego-M*, Lecciones de Derecho Penal. Parte General, 4.ª Ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2025. 826 págs. ISBN: 9788410957312. El libro se encuentra disponible en la web de la editorial Tirant lo Blanch y puede accederse a través del siguiente enlace.

- Luzón Peña, Diego-M.*, El tratamiento penitenciario frente a la pena privativa de libertad de duración interminada, en: Estudios de derecho penitenciario en homenaje al Prof. Carlos García Valdés (coord. Mestre Delgado), Edisofer, Madrid, 2025.
- Luzón Peña, Diego-M.*, El derecho penal y su ciencia –dogmática penal y política criminal–, entre la protección de los ciudadanos y los límites y garantías, en Moreno Hernández, Moisés* (coord.). Abuso y Límites del Poder Penal en Estados democráticos de Derecho. Editorial Tirant Lo Blanch. México. 2024, pp. 845 ss.
- Luzón Peña, Diego-M.*, El intento de investigación o proposición para delinquir en derecho español, en: "Liber amicorum" en homenaje a la profesora Mercedes Alonso Álamo (dirs. Gómez Tomillo, Manuel/Javato Martín, Antonio/de Pablo Serrano, Alejandro/Mateos Bustamante, José), Valladolid, Ediciones Univ. de Valladolid, 2024, pp. 333-344.
- Luzón Peña, Diego-M.*, El consentimiento hipotético, una figura rechazable [con proemio], en: Libro Homenaje al Prof. Dr. Javier de Vicente Remesal por su 70.º aniversario (dirs.: García Mosquera/Rodríguez Vázquez/Díaz y García Conlledo*/Luzón Peña*), Madrid, BOE/FICP, 2024, pp. 353-375. Disponible en el siguiente enlace.También [sin proemio] en Revista de Derecho Penal 2024-1 (Dir. E. Donna), Buenos Aires Rubinzal-Culzoni, pp. 55-85.

- Luzón Peña, Diego-M.*, El comienzo de ejecución en la tentativa acabada y en la tentativa en autoría mediata, ForFICP 2024-1, pp. 9-38.
- Luzón Peña, Diego-M.*, El comienzo de la tentativa en la coautoría, ForFICP 2024-1, pp. 39-64.
- Luzón Peña, Diego-M.*, Derecho de corrección a menores, en Problemas vigentes y actuales del Derecho penal y procesal penal. Libro Homenaje al Prof. extraordinario Nelson Ramón Pessoa, Buenos Aires/ Corrientes, La Ley-Thomson/ M.B., 2024, pp. 113-132.
- Luzón Peña, Diego-M.*, Obediencia debida justificante tras la nueva legislación extrapenal y obediencia no debida exculpante o atenuante, en: Libro Homenaje al Prof. Jorge Ed. Buompadre. Derecho penal. En las postrimerías del siglo XX y comienzos del tercer milenio, Resistencia (Argentina), Contexto, 2024, pp. 61-82.
- Luzón Peña, Diego-M.*, Autoría o participación en delitos omisivos impropios o comisivos por omisión, Libro Homenaje al Dr. Alfonso Zambrano Pasquel. A sus 75 años de vida, Guayaquil, Murillo Edits., 2024, pp. 817-834.
- Luzón Peña, Diego-M.*/Díaz y García Conlledo, Miguel*, Determinación objetiva y positiva del hecho y realización típica como criterios de autoría (vers. revisada), Revista de Derecho Penal 2024-1 (Dir. E. Donna), Buenos Aires Rubinzal-Culzoni, pp. 227-270.
- Luzón Peña, Diego-M.*, El concepto de acción en Derecho penal, Foro FICP, 2023-1, pp. 9-60.
- Luzón Peña, Diego-Manuel*/Díaz y García Conlledo, Miguel* (dirs.)/de Vicente Remesal, Javier*/Paredes Castañón, José Manuel*/Olaizola Nogales, Inés*/ Trapero Barreales, María A.* (coords.), Código Penal y legislación complementaria, 10.ª ed. Con la colaboración de: Roso*, Barber*, Jericó*, Durán*, García Mosquera, Rodríguez Vázquez, Fuente, Pavía, Martínez Cantón, García Sobrado, Vega, Francés, Escobar, Pérez-Sauquillo*, Torres Cadavid, Alpaca, Uribe, Cardona Cardona, Ramos, Serrano Suárez, Cantillo, Molina, Alemán, Barrientos, López López, Martínez Rguez, Madrid, Reus 2024.
- Aráuz Ulloa, Manuel*, Legítima defensa en el ámbito de la violencia de género: la necesidad racional del medio empleado, en: Libro Homenaje al Prof. Dr. Javier de Vicente Remesal por su 70.º aniversario (dirs.: García Mosquera/Rodríguez Vázquez/Díaz y García Conlledo*/Luzón Peña*), Madrid, BOE/FICP, 2024, pp. 281-294. Disponible en el siguiente enlace.
- Barber Burusco, Soledad*, Los criterios que aporta la STS 523/2023, de 29 de junio, para la aplicación de la LO 10/2022 como ley más favorable, en: Libro Homenaje al Prof. Dr. Javier de Vicente Remesal por su 70.º aniversario (dirs.: García Mosquera/Rodríguez Vázquez/Díaz y García Conlledo*/Luzón Peña*), Madrid, BOE/FICP, 2024, pp. 27-40. Disponible en el siguiente enlace.
- Cancio Meliá, Manuel*, Razones para acabar con un conflicto político, El País, 13

de marzo de 2024.

- Corcoy Bidasolo, Mirentxu*, Función del resultado en un Derecho Penal respetuoso con la dignidad de las personas, en: "Liber amicorum" en homenaje a la profesora Mercedes Alonso Álamo (dirs. Gómez Tomillo, Manuel/Javato Martín, Antonio/de Pablo Serrano, Alejandro/Mateos Bustamante), Ediciones Univ. de Valladolid, 2024, pp. 119-130.
- Corcoy Bidasolo, Mirentxu*, ¿Algunas luces en las últimas reformas del Código Penal? Despenalización de la eutanasia activa (LO 3/2021) y penalización de la incitación al suicidio y las lesiones (LO 8/2021), en Libro Homenaje al Prof. Dr. Javier de Vicente Remesal por su 70.º aniversario (dirs.: García Mosquera/Rodríguez Vázquez/Díaz y García Conlledo*/Luzón Peña*), Madrid, BOE/FICP, 2024, pp. 801-812. Disponible en el siguiente enlace.
- Corcoy Bidasolo, Mirentxu*/Gómez Martín, Víctor* (dirs.)/Hortal Ibarra, Juan Carlos, El principio de responsabilidad por el hecho, Madrid, BOE, 2024.
- Corcoy Bidasolo, Mirentxu*/Mir Puig, Santiago* (dirs.), Comentarios al Código Penal: Reformas LLOO 1/2023, 3/2023 y 4/2023. 2.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2024.
- Díaz y García Conlledo, Miguel*, Enaltecimiento y justificación del terrorismo y descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas. Breves apuntes para la derogación del artículo 578 CP, en: Libro Homenaje al Prof. Dr. Javier de Vicente Remesal por su 70.º aniversario (dirs.: García Mosquera/Rodríguez Vázquez/Díaz y García Conlledo*/Luzón Peña*), Madrid, BOE/FICP, 2024, pp. 855-871. Disponible en el siguiente enlace.
- Díaz y García Conlledo, Miguel*, Reformas (y no reformas) penales, principios y libertades. Especial referencia a los ultrajes a España y a los delitos de odio. Reformas penales y estado de Derecho. Valencia, Tirant lo Blanch, 2024, pp. 621 - 671.
- Díaz y García Conlledo, Miguel*, Supuestos de error en Derecho penal de empresa. En: El principio de responsabilidad penal por el hecho. Madrid, Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado, 2024, pp. 217 - 231.
- Díaz y García Conlledo, Miguel*/Trapero Barreales, María A.*, Breves apuntes sobre aspectos objetivos del tipo básico del delito de hacer presenciar al menor de 16 años un acto sexual (art. 182.1 CP), en: "Liber amicorum" en homenaje a la profesora Mercedes Alonso Álamo (dirs. Gómez Tomillo, Manuel/Javato Martín, Antonio/de Pablo Serrano, Alejandro/Mateos Bustamante, José), Valladolid, Ediciones Univ. de Valladolid, 2024, pp. 815-826.
- Durán Seco, Isabel*, El delito de difusión no consentida de captaciones íntimas de la imagen consentidas. Art. 197.7 CP, algunos problemas interpretativos del tipo, Valencia, Tirant lo Blanch, 2025.

- Durán Seco, Isabel*, El favorecimiento al autor tras la consumación prometido antes de esta: ¿cooperación al delito o simple encubrimiento?, en: Libro Homenaje al Prof. Dr. Javier de Vicente Remesal por su 70.º aniversario (dirs.: García Mosquera/Rodríguez Vázquez/Díaz y García Conlledo*/Luzón Peña*), Madrid, BOE/FICP, 2024, pp. 295-306. Disponible en el siguiente enlace.
- García Amado, Juan Antonio*, Sobre límites constitucionales de la punición. A propósito de la Acórdao nº 867/2021 del Tribunal Constitucional Portugués, en: Libro Homenaje al Prof. Dr. Javier de Vicente Remesal por su 70.º aniversario (dirs.: García Mosquera/Rodríguez Vázquez/Díaz y García Conlledo*/Luzón Peña*), Madrid, BOE/FICP, 2024, pp. 83-93. Disponible en el siguiente enlace.
- García Amado, Juan Antonio*, Cuando los jueces son árbitros de equidad, Almacén de Derecho, 15 de mayo de 2024. Disponible aquí.
- García Amado, Juan Antonio*, Reglas y principios, Revista Cubana de Derecho, Vol. 4 Núm. 01, 2024, pp. 44-72. Disponible aquí.
- García Mosquera, Marta/Rodríguez Vázquez, Virxilio/Díaz y García Conlledo, Miguel*/Luzón Peña, Diego-M.* (Directores), Libro Homenaje al Prof. Dr. Javier de Vicente Remesal por su 70.º aniversario, Madrid, Agencia Estatal BOE/Fundación Internacional de Ciencias Penales: FICP, 2024, 1.380 pp. Disponible en el siguiente enlace.

- García Mosquera, Marta/Rodríguez Vázquez, Virxilio/Díaz y García Conlledo, Miguel*/Luzón Peña, Diego-M.*, Prólogo y semblanza del homenajeado, en Libro Homenaje al Prof. Dr. Javier de Vicente Remesal por su 70.º aniversario (dirs.: García Mosquera/Rodríguez Vázquez/Díaz y García Conlledo*/Luzón Peña*). Madrid, Agencia Estatal BOE /Fundación Internacional de Ciencias Penales: FICP,

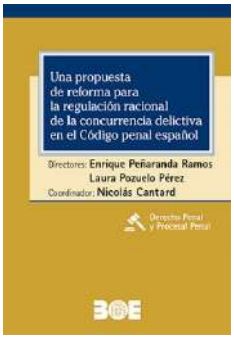
2024, pp. 17-23. Disponible en el siguiente enlace.

- Gómez Martín, Víctor*, ¿Goles artísticos? Sobre la relevancia penal de las retransmisiones deportivas no autorizadas, en: "Liber amicorum" en homenaje a la profesora Mercedes Alonso Álamo (dirs. Gómez Tomillo, Manuel/Javato Martín, Antonio/de Pablo Serrano, Alejandro/Mateos Bustamante, José), Valladolid, Ediciones Univ. de Valladolid, 2024, pp. 839-848.
- Gómez Martín, Víctor*, Crónica sucinta de un comercio infame. Una aproximación a los delitos de tráfico ilegal de órganos humanos en el Código Penal español, en: Libro Homenaje al Prof. Dr. Javier de Vicente Remesal por su 70.º aniversario (dirs.: García Mosquera/Rodríguez Vázquez/Díaz y García Conlledo*/Luzón Peña*), Madrid, BOE/FICP, 2024, pp. 949-961. Disponible en el siguiente enlace.
- Gómez Martín, Víctor*, Die strafbarkeit des Handels mit menschlichen Organen im spanischen Strafgesetzbuch, Zeitschrift für Lebensrecht (ZfL) 32 (2023), pp. 1–12, Duncker & Humblot, Berlin, 2024 = Crónica de un comercio infame. Una aproximación a los delitos de tráfico de órganos humanos en el Código penal español, en libro colectivo a publicar en la editorial Marcial Pons, 2024).
- Gómez Martín, Víctor*, Transitando la senda del Derecho penal de autor. Manifestaciones históricas y consideraciones críticas a la luz del principio del hecho, en: Corcoy Bidasolo, Mirentxu*/Gómez Martín, Víctor* (dirs.)/Hortal Ibarra, Juan Carlos, El principio de responsabilidad por el hecho, Madrid, BOE, 2024.
- Greco, Luís*, De los "mala in se" a la "poena in se". Reflexiones sobre las bases de la "vieja" discusión acerca del llamado Derecho administrativo sancionador, en: Rodríguez Horcajo, Daniel*/Basso, Gonzalo J. (dirs.), Repensando las consecuencias jurídicas del delito, Valencia, Tirant lo Blanch, 2025, pp. 67 ss.
- Greco, Luís*, Tentativa e dolo eventual, en: Libro Homenaje al Prof. Dr. Javier de Vicente Remesal por su 70.º aniversario (dirs.: García Mosquera/Rodríguez Vázquez/Díaz y García Conlledo*/Luzón Peña*), Madrid, BOE/FICP, 2024, pp. 333-342. Disponible en el siguiente enlace. También en: Almeida Damásio / D'Ávila (Hrsg.), José de Faria Costa. Estudos por ocasião de seus 75 anos, Lisboa, Edições Universitária Lusófonas, 2025, pp. 495-508.
- Greco, Luís*/Peláez Mejía, José María, El interviniente en el Código Penal colombiano, Tirant lo Blanch, 2024.
- Greco, Luís*, Concurso de delitos: una primera tentativa de reorientación (desde una perspectiva brasileña), en: Peñaranda Ramos, Enrique*/Pozuelo Pérez, Laura (dirs.), Una propuesta de reforma para la regulación racional de la concurrencia delictiva en el Código Penal español, Madrid, BOE, 2024, pp. 97-122. Disponible electrónicamente aquí.
- Greco, Luís*, La imputación objetiva en el Derecho penal como sistema, trad. Pau Alabau, Política Criminal, 19-38, 2024, pp. 437-465.

- Greco, Luís*, Ermittlungsziel: Smartphone, StV 2024, pp. 276-280.
- Greco, Luís*, Warum so spät? Richard Honig und die Geschichte der objektiven Zurechnungslehre. Zugleich eine Fallstudie zur Durchsetzung rechtswissenschaftlicher Theorien, en: M. Dölling/P.-A. Hirsch/Rennicke (eds.), Richard Martin Honig. Prägender Göttinger (Straf-)Rechtswissenschaftler des 20. Jahrhunderts?, Universität Göttingen, Göttingen, 2024, pp. 39-62.
- Greco, Luís*, Vorüberlegungen zu einer Geschichte des Schuldbegriffs, en: Wohlers/Seelmann (eds.), Schuldgrundsatz, Mohr Siebeck, Tübingen, 2024, pp. 99-110.
- Greco, Luís*, Kernbereichsschutz als Ausbeutungsschutz. Versuch einer strafprozessualen Dogmatisierung, en: Kusche/Stefanopoulou (eds.), Digitalisierung als total social fact in den Kriminalwissenschaften, Nomos, Baden Baden, 2024, pp. 153-184.
- Jericó Ojer, Leticia*, La violencia sexista y sexual en el deporte: una mirada desde el Derecho penal a propósito del caso Rubiales, Documentación laboral, nº. 131, 2024, Vol. I., nº 49, pág. 49-64.
- Jericó Ojer, Leticia*, La controvertida pretensión de la víctima en el proceso penal: ¿eutanasia o celebración del juicio?, en: García Mosquera/Rodríguez Vázquez/Díaz y García Conlledo*/Luzón Peña* (dirs.), Libro Homenaje al profesor Javier De Vicente Remesal por su 70º cumpleaños, BOE/FICP, 2024, pág. 1283-1294. Disponible en el siguiente enlace.
- Lombana Villalba, Jaime*, Aplicación de la dogmática penal en el Derecho administrativo sancionatorio, en: Libro Homenaje al Prof. Dr. Javier de Vicente Remesal por su 70.º aniversario (dirs.: García Mosquera/Rodríguez Vázquez/Díaz y García Conlledo*/Luzón Peña*), Madrid, BOE/FICP, 2024, pp. 1295-1303. Disponible en el siguiente enlace.
- Olaizola Nogales, Inés*/Bordegués Olaizola, Javier, La conformidad en el proceso penal español: una lectura crítica, en: Libro Homenaje al Prof. Dr. Javier de Vicente Remesal por su 70.º aniversario (dirs.: García Mosquera/Rodríguez Vázquez/Díaz y García Conlledo*/Luzón Peña*), Madrid, BOE/FICP, 2024, pp. 1319-1334. Disponible en el siguiente enlace.
- Paredes Castañón, José Manuel*, Recensión a Markus Dirk Dubber, El Estado penal dual, Marcial Pons, Madrid, 2024, 390 páginas, InDret, 2, 2025. Disponible en el siguiente enlace.
- Paredes Castañón, José Manuel*, El riesgo permitido en situaciones de incertidumbre: decisiones arriesgadas de inversión y administración desleal, en: "Liber amicorum" en homenaje a la profesora Mercedes Alonso Álamo (dirs. Gómez Tomillo, Manuel/Javato Martín, Antonio/de Pablo Serrano, Alejandro/Mateos Bustamante, José), Valladolid, Ediciones Univ. de Valladolid, 2024, pp. 921-932.

- Paredes Castañón, José Manuel*, Manipulaciones permitidas en los mercados de valores, en: Libro Homenaje al Prof. Dr. Javier de Vicente Remesal por su 70.º aniversario (dirs.: García Mosquera/Rodríguez Vázquez/Díaz y García Conlledo*/Luzón Peña*), Madrid, BOE/FICP, 2024, pp. 1083-1099. Disponible en el siguiente enlace.
- Paredes Castañón, José Manuel*, Derecho y conflicto político: el retorno de Puigdemont, en: Miró Llinares/Aguerri (dirs.), Derecho penal *trending topic*, Marcial Pons, Madrid, 2024, pp.183-200.

  Las publicaciones del Prof. Paredes Castañón* pueden encontrarse de manera completa y descargarse en su página web (aquí).
- Peñaranda Ramos, Enrique*/Pozuelo Pérez, Laura (dirs.), Una propuesta de reforma para la regulación racional de la concurrencia delictiva en el Código Penal español, Madrid, BOE, 2024. Disponible electrónicamente aquí.



> Información de contraportada: Este libro es el resultado del último encuentro científico del proyecto de investigación «Hacia una regulación racional de la concurrencia delictiva» (DER2017-86139-P, financiado por AEI-MINECO-FEDER), de la Universidad Autónoma de Madrid, que incluye diferentes aportaciones en torno a los fundamentos de la regulación de los concursos de leyes y los concursos de delitos, así como un amplio compendio no sólo de lo publicado en el libro, sino de prácticamente todos los objetivos pretendidos en el proyecto de investigación.
>
> El libro culmina precisamente con el que fue el objetivo principal del proyecto: una propuesta de reforma de la regulación de los concursos de delitos en el Código penal español que fuera, precisamente, como se señalaba en el título del proyecto, una regulación racional, práctica y equitativa sobre la concurrencia delictiva.

- Peñaranda Ramos, Enrique*/Pozuelo Pérez, Laura, Propuesta de nueva regulación de los concursos de leyes y de delitos en el Código penal español, en: Peñaranda Ramos, Enrique*/Pozuelo Pérez, Laura (dirs.), Una propuesta de reforma para la regulación racional de la concurrencia delictiva en el Código Penal español, Madrid, BOE, 2024, pp. 409-415. Disponible electrónicamente aquí.
- Peñaranda Ramos, Enrique*, ¿Unidad o pluralidad de "hechos" en caso de producción de una pluralidad de resultados mediante una sola "acción"?, en:

Peñaranda Ramos, Enrique*/Pozuelo Pérez, Laura (dirs.), Una propuesta de reforma para la regulación racional de la concurrencia delictiva en el Código Penal español, Madrid, BOE, 2024, pp. 189-222. Disponible electrónicamente aquí.

- Peñaranda Ramos, Enrique*, Hacia una regulación racional de la concurrencia delictiva: conclusiones, en: Peñaranda Ramos, Enrique*/Pozuelo Pérez, Laura (dirs.), Una propuesta de reforma para la regulación racional de la concurrencia delictiva en el Código Penal español, Madrid, BOE, 2024, pp. 283-408. Disponible electrónicamente aquí.
- Pérez-Sauquillo Muñoz, Carmen*, La (problemática) delimitación entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador, en: Rodríguez Horcajo, Daniel*/Basso, Gonzalo J. (dirs.), Repensando las consecuencias jurídicas del delito, Valencia, Tirant lo Blanch, 2025, pp. 103 ss.
- Pérez-Sauquillo Muñoz, Carmen*, El peligro propio de los delitos de peligro concreto: una aproximación, en: Libro Homenaje al Prof. Dr. Javier de Vicente Remesal por su 70.º aniversario (dirs.: García Mosquera/Rodríguez Vázquez/Díaz y García Conlledo*/Luzón Peña*), Madrid, BOE/FICP, 2024, pp. 387-399. Disponible en el siguiente enlace.
- Roso Cañadillas, Raquel*, Sociedad líquida y Derecho penal, en: Libro Homenaje al Prof. Dr. Javier de Vicente Remesal por su 70.º aniversario (dirs.: García Mosquera/Rodríguez Vázquez/Díaz y García Conlledo*/Luzón Peña*), Madrid, BOE/FICP, 2024, pp. 189-201. Disponible en el siguiente enlace.
- Roso Cañadillas, Raquel*, ¿Un derecho penal delicuescente en una sociedad líquida? Algunas reflexiones sobre el papel del derecho penal en la sociedad posindustrial, Revista General de Derecho Penal, 41, 2024
- Roxin, Claus/Greco, Luís*, Manual de Direito Penal, Parte Geral (trads. Greco*/Leite/et al.), vol. 1, Marcial Pons, 2024.

- Sanz Morán, Ángel*, Las circunstancias del delito: apunte sobre alguna cuestión suscitada en el debate más reciente, en: "Liber amicorum" en homenaje a la profesora Mercedes Alonso Álamo (dirs. Gómez Tomillo, Manuel/Javato Martín, Antonio/de Pablo Serrano, Alejandro/Mateos Bustamante, José), Valladolid, Ediciones Univ. de Valladolid, 2024, pp. 565-576.

- Sanz Morán, Ángel*, Hacia una nueva regulación de los concursos de normas y de delitos. Algunas propuestas, en: Peñaranda Ramos, Enrique*/Pozuelo Pérez, Laura (dirs.), Una propuesta de reforma para la regulación racional de la concurrencia delictiva en el Código Penal español, Madrid, BOE, 2024, pp. 271-282. Disponible electrónicamente aquí.
- Sanz Morán, Ángel*, Sobre la vocación de nuestro tiempo con relación a la legislación y la ciencia del Derecho, Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal, 73, 2024, pp. 11-14.
- Sanz Morán, Ángel*, La inhabilitación profesional como pena: Un apunte, en Libro Homenaje al Prof. Dr. Javier de Vicente Remesal por su 70.º aniversario (dirs.: García Mosquera/Rodríguez Vázquez/Díaz y García Conlledo*/Luzón Peña*), Madrid, BOE/FICP, 2024, pp. 673-683. Disponible en el siguiente enlace.
- Sotomayor Acosta, Juan Oberto*, ¡Malos tiempos para el Derecho penal... y para las libertades! (La Crisis de legitimación del Derecho penal actual), en: Libro Homenaje al Prof. Dr. Javier de Vicente Remesal por su 70.º aniversario (dirs.: García Mosquera/Rodríguez Vázquez/Díaz y García Conlledo*/Luzón Peña*), Madrid, BOE/FICP, 2024, pp. 203-211. Disponible en el siguiente enlace.
- Sotomayor Acosta, Juan Oberto* (dir.), Revista Nuevo Foro Penal, 103, 2024. Disponible en el siguiente enlace.

- Sotomayor Acosta, Juan Oberto*/Sossa Montoya, M. Simoné, Responsabilidad penal en la estructura empresarial: el papel de la inducción en cadena, Revista Nuevo Foro Penal, 103, 2024, pp. 252-300. Disponible en el siguiente enlace.

(ii) Socios (con asterisco los socios):

- Roxin, Claus*/Greco, Luís, Manual de Direito Penal, Parte Geral (trads. Greco*/Leite/et al.), vol. 1, Marcial Pons, 2024.

- Abel Souto, Miguel*, Inteligencia artificial en la prevención represión del blanqueo de dinero, en: "Liber amicorum" en homenaje a la profesora Mercedes Alonso Álamo (dirs. Gómez Tomillo, Manuel/Javato Martín, Antonio*/de Pablo Serrano, Alejandro*/Mateos Bustamante, José), Valladolid, Ediciones Univ. de Valladolid, 2024, pp. 617-626.
- Acale Sánchez, María*, Feminicidio: ¿Cuestión criminal o delito?, en: "Liber amicorum" en homenaje a la profesora Mercedes Alonso Álamo (dirs. Gómez Tomillo, Manuel/Javato Martín, Antonio*/de Pablo Serrano, Alejandro*/Mateos Bustamante, José), Valladolid, Ediciones Univ. de Valladolid, 2024, pp. 627-646.
- Alastuey Dobón, Carmen*, El delito de incitación al odio: ¿derogación, reforma o interpretación restrictiva?, en: "Liber amicorum" en homenaje a la profesora Mercedes Alonso Álamo (dirs. Gómez Tomillo, Manuel/Javato Martín, Antonio*/de Pablo Serrano, Alejandro*/Mateos Bustamante, José), Valladolid, Ediciones Univ. de Valladolid, 2024, pp. 647-662.
- Alemán Aróstegui, Lorena*, La ejecución de la pena de prisión desde la perspectiva de los límites al ius puniendi, Aranzadi, Cizur Menor, 2025, 860 págs. ISBN: 978-84-10296-95-4. El libro se encuentra disponible en la web de la editorial Civitas y puede accederse a través del siguiente enlace.

- Álvarez García, Francisco Javier*/Ventura Püschel, Arturo, El dolo en las agresiones sexuales, en: "Liber amicorum" en homenaje a la profesora Mercedes Alonso Álamo (dirs. Gómez Tomillo, Manuel/Javato Martín, Antonio*/de Pablo Serrano, Alejandro*/Mateos Bustamante, José), Valladolid, Ediciones Univ. de

Valladolid, 2024, pp. 663-680.

- Arroyo Zapatero, Luis*, Criminología de la guerra y consecuencias para la política criminal, en: "Liber amicorum" en homenaje a la profesora Mercedes Alonso Álamo (dirs. Gómez Tomillo, Manuel/Javato Martín, Antonio*/de Pablo Serrano, Alejandro*/Mateos Bustamante, José), Valladolid, Ediciones Univ. de Valladolid, 2024, pp. 43-52.
- Azzolini, Alicia*, Abuso y límites del poder penal en la determinación de los contenidos de la legislación penal, en Moreno Hernández, Moisés* (coord.). Abuso y Límites del Poder Penal en Estados democráticos de Derecho. Editorial Tirant Lo Blanch. México. 2024, pp. 385 ss.
- Barquín Sanz, Jesús*, No es "Derecho Penal" y otras observaciones sobre el uso del lenguaje por los penalistas, en: "Liber amicorum" en homenaje a la profesora Mercedes Alonso Álamo (dirs. Gómez Tomillo, Manuel/Javato Martín, Antonio*/de Pablo Serrano, Alejandro*/Mateos Bustamante, José), Valladolid, Ediciones Univ. de Valladolid, 2024, pp. 65-74.
- Barrientos Pérez, Deisy Janeth*, Eutanasia, homicidio por piedad e inducción o ayuda al suicidio en el CP colombiano, Revista Nuevo Foro Penal, 103, 2024, pp. 12-64. Disponible en el siguiente enlace.
- Basso, Gonzalo*, Legislación a contracorriente y aval constitucional inconsistente: sobre la necesidad de repensar la pena de prisión permanente revisable, en: Rodríguez Horcajo, Daniel*/Basso, Gonzalo J. (dirs.), Repensando las consecuencias jurídicas del delito, Valencia, Tirant lo Blanch, 2025, pp. 187 ss.
- Basso, Gonzalo*, Lineamientos de la determinación judicial de la pena concursal, en: Peñaranda Ramos, Enrique*/Pozuelo Pérez, Laura (dirs.), Una propuesta de reforma para la regulación racional de la concurrencia delictiva en el Código Penal español, Madrid, BOE, 2024, pp. 13-36. Disponible electrónicamente aquí.
- Benítez Ortúzar, Ignacio*, Estructura y contenido de los delitos de desórdenes públicos tras la L.O. 14/2022. Análisis del tip básico del art. 557.1 CP, en: "Liber amicorum" en homenaje a la profesora Mercedes Alonso Álamo (dirs. Gómez Tomillo, Manuel/Javato Martín, Antonio*/de Pablo Serrano, Alejandro*/Mateos Bustamante, José), Valladolid, Ediciones Univ. de Valladolid, 2024, pp. 697-706.
- Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio*, La justicia transicional. "Todo empezó en Argentina", en: "Liber amicorum" en homenaje a la profesora Mercedes Alonso Álamo (dirs. Gómez Tomillo, Manuel/Javato Martín, Antonio*/de Pablo Serrano, Alejandro*/Mateos Bustamante), Ediciones Univ. de Valladolid, 2024, pp. 75-96.
- Bide, Jerónimo*, Juicios paralelos y condenas sociales como equivalentes funcionales de la pena: argumentos a favor de una reducción de la pena como consecuencia de ciertas reacciones sociales, THEMIS-Revista de Derecho, 86, 2024, pp. 53-74.
- Boldova Pasamar, Miguel Ángel*, La simplificación del delito de agresión sexual

y su torpe configuración legal, en: "Liber amicorum" en homenaje a la profesora Mercedes Alonso Álamo (dirs. Gómez Tomillo, Manuel/Javato Martín, Antonio*/de Pablo Serrano, Alejandro*/Mateos Bustamante, José), Valladolid, Ediciones Univ. de Valladolid, 2024, pp. 707-718.

- Bolea Bardon, Carolina*, ¿Es necesaria la tipificación autónoma del feminicidio?, en: "Liber amicorum" en homenaje a la profesora Mercedes Alonso Álamo (dirs. Gómez Tomillo, Manuel/Javato Martín, Antonio*/de Pablo Serrano, Alejandro*/Mateos Bustamante, José), Valladolid, Ediciones Univ. de Valladolid, 2024, pp. 719-730.
- Cámara Arroyo, Sergio*, Los jóvenes adultos en el sistema penitenciario español, en: Estudios de derecho penitenciario en homenaje al Prof. Carlos García Valdés (coord. Mestre Delgado), Edisofer, Madrid, 2025.
- del Carpio Delgado, Juana*, ¿Embarazo forzado? Cuando el estado viola los derechos de los menores: el caso peruano, en: "Liber amicorum" en homenaje a la profesora Mercedes Alonso Álamo (dirs. Gómez Tomillo, Manuel/Javato Martín, Antonio*/de Pablo Serrano, Alejandro*/Mateos Bustamante, José), Valladolid, Ediciones Univ. de Valladolid, 2024, pp. 783-814.
- Casals Fernández, Ángela*, El tratamiento penitenciario frente a la pena privativa de libertad de duración interminada, en: Estudios de derecho penitenciario en homenaje al Prof. Carlos García Valdés (coord. Mestre Delgado), Edisofer, Madrid, 2025.
- Castellví Monserrat, Carlos*, Repensando la participación a título lucrativo, en: Rodríguez Horcajo, Daniel*/Basso, Gonzalo J. (dirs.), Repensando las consecuencias jurídicas del delito, Valencia, Tirant lo Blanch, 2025, pp. 325 ss.
- Castellví Monserrat, Carlos*, ¿Actos que expresan de manera clara la voluntad de la persona? Sobre el significado del «solo sí es sí» y la definición del consentimiento sexual, ADPCP, 2024, pp. 481-518.
- Chiappini, Julio E.*, (trad.). Código Penal del Estado de Israel. Di Placido. Buenos Aires, 2025.

- Chiappini, Julio E.*, El Sicariato. Homicidio por precio o promesa remuneratoria. Aspectos legales, criminológicos y de investigación. Di Placido. Buenos Aires, 2024.

- Chiappini, Julio E.*, El Ministerio Público Fiscal. Disposiciones constitucionales, orgánicas y procesales que lo rigen. Di Placido. Buenos Aires, 2024.

- Chiappini, Julio E.*, La legítima defensa. Cusal eximente de responsabilidad penal. Acción policiva y uso de la fuerza. Proporcionalidad del medio defensivo. Leyer. Bogotá, 2024.

- Chiappini, Julio E.*, Técnica legislativa penal. Leyer. Bogotá, 2024.

- Chiappini, Julio E.*, Preámbulo y derechos fundamentales, Bogotá, Leyer, 2024.

- Demetrio Crespo, Eduardo*/ García de la Torre García, Faustino, El Derecho Penal mínimo de los derechos humanos fundamentales, en: "Liber amicorum" en homenaje a la profesora Mercedes Alonso Álamo (dirs. Gómez Tomillo, Manuel/Javato Martín, Antonio*/de Pablo Serrano, Alejandro*/Mateos Bustamante), Ediciones Univ. de Valladolid, 2024, pp. 189-200.
- Faraldo Cabana, Patricia*, La determinación de la pena en el concurso medial de delitos: criterios legales, opiniones doctrinales y aplicación jurisprudencial, en: "Liber amicorum" en homenaje a la profesora Mercedes Alonso Álamo (dirs. Gómez Tomillo, Manuel/Javato Martín, Antonio*/de Pablo Serrano, Alejandro*/Mateos Bustamante), Ediciones Univ. de Valladolid, 2024, pp. 211-220.
- Feijoo Sánchez, Bernardo*, Responsabilidad penal de adolescentes, prevención especial y pluralidad de infracciones. Comparaciones con el Derecho penal de adultos, en: Peñaranda Ramos, Enrique*/Pozuelo Pérez, Laura (dirs.), Una propuesta de reforma para la regulación racional de la concurrencia delictiva en el Código Penal español, Madrid, BOE, 2024, pp. 65-96. Disponible aquí.
- Fernández Bermejo, Daniel*, La reforma penitenciaria impulsada por Carlos García Valdés. Insigne penitenciario. Ilustre Penitenciarista, en: Estudios de derecho penitenciario en homenaje al Prof. Carlos García Valdés (coord. Mestre Delgado), Edisofer, Madrid, 2025.
- García Mosquera, Marta/Rodríguez Vázquez, Virxilio*/Díaz Y García Conlledo, Miguel/Luzón Peña, Diego-M. (Directores), Libro Homenaje al Prof. Dr. Javier de Vicente Remesal por su 70.º aniversario, Madrid, Agencia Estatal BOE/Fundación Internacional de Ciencias Penales: FICP, 2024, 1.380 pp.

- Gómez Tomillo, Manuel/Javato Martín, Antonio*/de Pablo Serrano, Alejandro*/Mateos Bustamante, José, "Liber amicorum" en homenaje a la

profesora Mercedes Alonso Álamo (dirs.), Valladolid, Ediciones Univ. de Valladolid, 2024.

- Javato Martín, Antonio*, La génesis de la teoría de los tipos abiertos, en: "Liber amicorum" en homenaje a la profesora Mercedes Alonso Álamo (dirs. Gómez Tomillo, Manuel/Javato Martín, Antonio*/de Pablo Serrano, Alejandro*/Mateos Bustamante, José), Valladolid, Ediciones Univ. de Valladolid, 2024, pp. 285-296.
- Laurenzo Copello, Patricia*, La difícil incorporación del pensamiento feminista al Derecho Penal, en: "Liber amicorum" en homenaje a la profesora Mercedes Alonso Álamo (dirs. Gómez Tomillo, Manuel/Javato Martín, Antonio*/de Pablo Serrano, Alejandro*/Mateos Bustamante, José), Valladolid, Ediciones Univ. de Valladolid, 2024, pp. 317-332.
- Lopera Viñé, Ruth*, Un mapa conceptual de la teoría de la pena de Pawlik, en: Rodríguez Horcajo, Daniel*/Basso, Gonzalo J. (dirs.), Repensando las consecuencias jurídicas del delito, Valencia, Tirant lo Blanch, 2025, pp. 29 ss.
- Maqueda Abreu, María Luisa*, La resaca de una praxis judicial perturbadora. Lecturas de género sobre la ley de "solo sí es sí", en: "Liber amicorum" en homenaje a la profesora Mercedes Alonso Álamo (dirs. Gómez Tomillo, Manuel/Javato Martín, Antonio*/de Pablo Serrano, Alejandro*/Mateos Bustamante, José), Valladolid, Ediciones Univ. de Valladolid, 2024, pp. 345-354.
- Maraver Gómez, Mario*, La progresiva ampliación del decomiso en el Derecho de la Unión Europea, en: Rodríguez Horcajo, Daniel*/Basso, Gonzalo J. (dirs.), Repensando las consecuencias jurídicas del delito, Valencia, Tirant lo Blanch, 2025, pp. 277 ss.
- Martínez-Buján Pérez, Carlos*, La accesoriedad cualitativa de la responsabilidad penal de la persona jurídica con respecto al hecho de la persona física, en: "Liber amicorum" en homenaje a la profesora Mercedes Alonso Álamo (dirs. Gómez Tomillo, Manuel/Javato Martín, Antonio*/de Pablo Serrano, Alejandro*/Mateos Bustamante, José), Valladolid, Ediciones Univ. de Valladolid, 2024, pp. 371-380.
- Mata y Martín, Ricardo*, Algunas noticias sobre el antiguo presidio modelo de Valladolid, en: Estudios de derecho penitenciario en homenaje al Prof. Carlos García Valdés (coord. Mestre Delgado), Edisofer, Madrid, 2025.
- Mata y Martín, Ricardo*, ¿Qué es el derecho y el sistema penitenciario? Las

dimensiones legal, normativa y criminológica del encarcelamiento, en: "Liber amicorum" en homenaje a la profesora Mercedes Alonso Álamo (dirs. Gómez Tomillo, Manuel/Javato Martín, Antonio*/de Pablo Serrano, Alejandro*/Mateos Bustamante, José), Valladolid, Ediciones Univ. de Valladolid, 2024, pp. 381-398.

- Mir Puig, Carlos*, ¿Sigue quedando en pie la resocialización del penado/a?, en: Estudios de derecho penitenciario en homenaje al Prof. Carlos García Valdés (coord. Mestre Delgado), Edisofer, Madrid, 2025.
- Mir Puig, Carlos*, Los delitos de malversación del Patrimonio Público en el Código Penal como delitos de corrupción pública y política (Reforma LO 14/2022, 22.12). Barcelona, Atelier, 2024.
- Miró Llinares, Fernando*/Aguerri, Jesús (Editores). Derecho penal trending topic. Una semana de comunicación sobre la ley y la justicia penal en la red social X (antes llamada Twitter). Madrid: Marcial Pons, 2024.
- Monge Fernández, Antonia*, La reforma de los delitos fiscales a debate ¿una reforma a reformar?, en: "Liber amicorum" en homenaje a la profesora Mercedes Alonso Álamo (dirs. Gómez Tomillo, Manuel/Javato Martín, Antonio*/de Pablo Serrano, Alejandro*/Mateos Bustamante, José), Valladolid, Ediciones Univ. de Valladolid, 2024, pp. 887-912.
- Monge Fernández, Antonia*, Aproximación a la teoría general del delito. Madrid: Tecnos, 2024.
- Monge Fernández, Antonia*, Compendio de Derecho Penal, Parte Especial. Madrid: Tecnos, 2024.
- Moral García, Antonio del*, Notas sobre el sistema de acumulación jurídica del artículo 76 del Código penal, en: Peñaranda Ramos, Enrique*/Pozuelo Pérez, Laura (dirs.), Una propuesta de reforma para la regulación racional de la concurrencia delictiva en el Código Penal español, Madrid, BOE, 2024, pp. 167-180. Disponible electrónicamente aquí.
- Moreno Hernández, Moisés* (coord.). Abuso y Límites del Poder Penal en Estados democráticos de Derecho. Editorial Tirant Lo Blanch. México. 2024, 872 págs.

- Moreno Hernández, Moisés*, Objetivos del seminario y del libro, en Moreno Hernández, Moisés* (coord.). Abuso y Límites del Poder Penal en Estados

democráticos de Derecho. Editorial Tirant Lo Blanch. México. 2024, pp. 157 ss.

- Moreno Hernández, Moisés*, Los límites del poder penal en el estado democrático de derecho mexicano, en Moreno Hernández, Moisés* (coord.). Abuso y Límites del Poder Penal en Estados democráticos de Derecho. Editorial Tirant Lo Blanch. México. 2024, pp. 29 ss.
- Moreno Hernández, Moisés*, Función de la dogmática jurídico-penal en la delimitación del poder penal estatal, en Moreno Hernández, Moisés* (coord.). Abuso y Límites del Poder Penal en Estados democráticos de Derecho. Editorial Tirant Lo Blanch. México. 2024, pp. 809 ss.
- Morillas Cueva, Lorenzo*, Culpabilidad: un permanente debate, en: "Liber amicorum" en homenaje a la profesora Mercedes Alonso Álamo (dirs. Gómez Tomillo, Manuel/Javato Martín, Antonio*/de Pablo Serrano, Alejandro*/Mateos Bustamante, José), Valladolid, Ediciones Univ. de Valladolid, 2024, pp. 407-422.
- Muñoz García, Miguel Ángel, El conocimiento más allá de toda duda razonable del dolo en la intervención delictiva, Bogotá, Ibáñez/Pontificia Univ. Javeriana, 2025, 728 págs. ISBN: 978-958-791-899-1. El libro se encuentra disponible en la web de la editorial Civitas y puede accederse a través del siguiente enlace. La obra se presentó hace un año en un acto en el que participaron el Prof. Dr. Yesid Reyes Alvarado, la Prof. Dra. Carmen Eloisa Ruiz y el Prof. Dr. Ramón Ragués i Vallès* y que se puede visualizar a través del siguiente enlace.

- Nava Garcés, Alberto E.*, El poder y el derecho penal, en Moreno Hernández, Moisés* (coord.). Abuso y Límites del Poder Penal en Estados democráticos de Derecho. Editorial Tirant Lo Blanch. México. 2024, pp. 191 ss.
- Ochoa Romero, Roberto A.*, Sobre la unificación penal sustantiva en México, en Moreno Hernández, Moisés* (coord.). Abuso y Límites del Poder Penal en Estados democráticos de Derecho. Editorial Tirant Lo Blanch. México. 2024, pp. 447 ss.
- Ortega Matesanz, Alfonso*, La concurrencia ideal y medial de infracciones en el régimen disciplinario penitenciario», en: Estudios de derecho penitenciario en homenaje al Prof. Carlos García Valdés (coord. Mestre Delgado), Edisofer, Madrid, 2025.
- Ortega Matesanz, Alfonso*, La determinación de la pena en la fase de ejecución,

en: "Liber amicorum" en homenaje a la profesora Mercedes Alonso Álamo (dirs. Gómez Tomillo, Manuel/Javato Martín, Antonio*/de Pablo Serrano, Alejandro*/Mateos Bustamante, José), Valladolid, Ediciones Univ. de Valladolid, 2024, pp. 437-446.

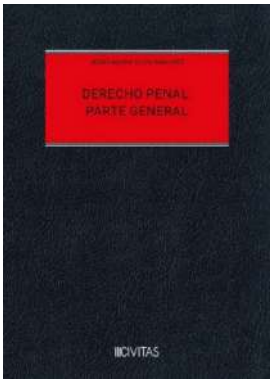
- de Pablo Serrano, Alejandro*, El legado krausista en el Derecho Penal español. Filosofía y Derecho Penal para homenajear a una maestra, en: "Liber amicorum" en homenaje a la profesora Mercedes Alonso Álamo (dirs. Gómez Tomillo, Manuel/Javato Martín, Antonio*/de Pablo Serrano, Alejandro*/Mateos Bustamante), Ediciones Univ. de Valladolid, 2024, pp. 165-176.
- Pantaleón Díaz, Marta*, Conductas imprudentes con pluralidad de resultados de muerte o lesiones: las cláusulas concursales especiales de los artículos 142 bis y 152 bis, en: Peñaranda Ramos, Enrique*/Pozuelo Pérez, Laura (dirs.), Una propuesta de reforma para la regulación racional de la concurrencia delictiva en el Código Penal español, Madrid, BOE, 2024, pp. 181-188. Disponible electrónicamente aquí.
- Portilla Contreras, Guillermo*, Negación de la imputación objetiva o exclusión del deber de cuidado del autor en la acción de peligro aceptada, en: "Liber amicorum" en homenaje a la profesora Mercedes Alonso Álamo (dirs. Gómez Tomillo, Manuel/Javato Martín, Antonio*/de Pablo Serrano, Alejandro*/Mateos Bustamante, José), Valladolid, Ediciones Univ. de Valladolid, 2024, pp. 459-466.
- Puente Rodríguez, Leopoldo*, Réplica a la Recensión de Carlos Pérez del Valle a El error de prohibición en el Derecho penal económico, 2024, Atelier, Barcelona, 289 páginas (InDret 1.2025), por Leopoldo Puente Rodríguez, InDret, 2, 2025. Disponible en el siguiente enlace.
- Puente Rodríguez, Leopoldo*, ¿Cuál es el fundamento de las medidas de seguridad?, en: Rodríguez Horcajo, Daniel*/Basso, Gonzalo J. (dirs.), Repensando las consecuencias jurídicas del delito, Valencia, Tirant lo Blanch, 2025, pp. 255 ss.
- Puente Rodríguez, Leopoldo*, El error de prohibición El error de prohibición en el Derecho penal económico. Barcelona, Atelier, 2024.
- Roca Agapito, Luis (dir.), Consecuencias jurídicas del delito, 3.ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2024.
- Rodríguez Horcajo, Daniel*/Basso, Gonzalo J. (dirs.), Repensando las consecuencias jurídicas del delito, Valencia, Tirant lo Blanch, 2025.

- Rodríguez Horcajo, Daniel*, La pena de multa como imposible eje del sistema de consecuencias jurídicas del delito de la persona física, en: Rodríguez Horcajo, Daniel*/Basso, Gonzalo J. (dirs.), Repensando las consecuencias jurídicas del delito, Valencia, Tirant lo Blanch, 2025, pp. 219 ss.
- Romeo Casabona, Carlos M.ª*, Los delincuentes imputables peligrosos y el Derecho Penal preventivo en el nuevo marco legal europeo, en: "Liber amicorum" en homenaje a la profesora Mercedes Alonso Álamo (dirs. Gómez Tomillo, Manuel/Javato Martín, Antonio*/de Pablo Serrano, Alejandro*/Mateos Bustamante, José), Valladolid, Ediciones Univ. de Valladolid, 2024, pp. 503-518.
- Rueda Martín, M.ª Ángeles*, La penalización del ejercicio del control coercitivo mediante violencia física o psíquica habitual en contextos familiares, afectivos o asistenciales, en: "Liber amicorum" en homenaje a la profesora Mercedes Alonso Álamo (dirs. Gómez Tomillo, Manuel/Javato Martín, Antonio*/de Pablo Serrano, Alejandro*/Mateos Bustamante, José), Valladolid, Ediciones Univ. de Valladolid, 2024, pp. 933-942.
- Rusconi, Maximiliano*/Kierszenbaum, Mariano, Introducción a la Parte General del Derecho Penal, Cuniep Editorial, Córdoba, 2025. 305 págs. ISBN: 978-84-18455-44-5. El libro se encuentra disponible en la web de la editorial Civitas y puede accederse a través del siguiente enlace.

- Sánchez-Ostiz Gutiérrez, Pablo*/Íñigo Corroza, Elena/Pereira Garmendia, Mario, Crimina 3.0, 3.ª ed., Eunsa, 2024.
- Santana Vega, Dulce M.ª*, El delito de rebelión contra la corona, en: "Liber amicorum" en homenaje a la profesora Mercedes Alonso Álamo (dirs. Gómez

Tomillo, Manuel/Javato Martín, Antonio*/de Pablo Serrano, Alejandro*/Mateos Bustamante, José), Valladolid, Ediciones Univ. de Valladolid, 2024, pp. 943-958.

- Sanz Delgado, Enrique*, Revisando el revisionismo estructural-funcionalista y el nacimiento de la pena privativa de libertad, en: Estudios de derecho penitenciario en homenaje al Prof. Carlos García Valdés (coord. Mestre Delgado), Edisofer, Madrid, 2025.
- Sánchez-Ostiz Gutiérrez, Pablo*, Recensión a Paolo Prodi, Séptimo: no robarás. Hurto y mercado en la historia de Occidente (trad. de Settimo non rubare, Bolonia, 2009, a cargo de Andrés Barba), Acantilado, Barcelona, 2024, 485 páginas, InDret, 2, 2025. Disponible en el siguiente enlace.
- Sánchez-Ostiz Gutiérrez, Pablo*, La posibilidad de un "un concepto material de culpabilidad basado en el libre aledrío entendido en sentido fuerte", en: "Liber amicorum" en homenaje a la profesora Mercedes Alonso Álamo (dirs. Gómez Tomillo, Manuel/Javato Martín, Antonio*/de Pablo Serrano, Alejandro*/Mateos Bustamante, José), Valladolid, Ediciones Univ. de Valladolid, 2024, pp. 555-564.
- Schünemann, Bernd*, La dogmática jurídico-penal como mecanismo de contención del abuso del poder penal, en Moreno Hernández, Moisés* (coord.). Abuso y Límites del Poder Penal en Estados democráticos de Derecho. Editorial Tirant Lo Blanch. México. 2024, pp. 827 ss.
- Silva Sánchez, Jesús María*. Derecho Penal, Parte General, Civitas / Aranzadi La Ley, Madrid, 2025. 2300 págs. ISBN: 978-84-1078-404-8. El libro se encuentra disponible en la web de la editorial y puede accederse a través del siguiente enlace.



- Silva Sánchez, Jesús María*, "Aut-aut?" Los modelos de Derecho Penal ante la paradoja de la condición humana, en: "Liber amicorum" en homenaje a la profesora Mercedes Alonso Álamo (dirs. Gómez Tomillo, Manuel/Javato Martín, Antonio*/de Pablo Serrano, Alejandro*/Mateos Bustamante, José), Valladolid, Ediciones Univ. de Valladolid, 2024, pp. 577-586.
- Sola Reche, Eduardo*, A propósito de la reiteración delictiva del delito de defraudación tributaria: la intermediación en la determinación de la pena, en: "Liber amicorum" en homenaje a la profesora Mercedes Alonso Álamo (dirs. Gómez Tomillo, Manuel/Javato Martín, Antonio*/de Pablo Serrano, Alejandro*/Mateos Bustamante, José), Valladolid, Ediciones Univ. de Valladolid, 2024, pp. 959-970.

- Torrez Peralta, William*, Denegación de exequátur por tribunal francés de una sentencia extranjera dictada por juez no competente: el caso «nemagón» de Nicaragua. Cuadernos de Derecho Transnacional, Universidad Carlos III de Madrid, vol. 16, n°. 1, marzo 2024, pp. 930-953.
- Valmaña Ochaíta, Silvia*, La huella de la obra y la figura de Carlos García Vadés. Una mirada a través del parlamentarismo español, en: Estudios de derecho penitenciario en homenaje al Prof. Carlos García Valdés (coord. Mestre Delgado), Edisofer, Madrid, 2025.
- Valverde Cano, Ana Belén*, Lo técnico y lo valorativo en el proceso de individualización de delitos. Una especial referencia a los contextos de violación grupal y de prostitución coactiva, en: Rodríguez Horcajo, Daniel*/Basso, Gonzalo J. (dirs.), Repensando las consecuencias jurídicas del delito, Valencia, Tirant lo Blanch, 2025, pp. 419 ss.
- Valverde Cano, Ana Belén*, *Stealthing* y otras relaciones sexuales en las que media engaño: tres premisas para decidir sobre su castigo, DLL, 10495, 29 de abril de 2024.
- Valverde Cano, Ana Belén*, Violación grupal: ¿tantos delitos como intervinientes? Criterios para contar acciones en agresiones sexuales con múltiples participantes, InDret, 2, 2024, pp. 308-357.
- Vega Gutiérrez, José-Zamyr*, Ejercicio legítimo de la profesión de abogado, honorarios maculados y blanqueo de capitales: entre la atipicidad y la justificación, en Gorjón Gómez, J./Zaragoza Huertas, J., La justicia penal en Iberoamérica. Un estudio multidisciplinar, México, tirant lo blanch, 2024, pp. 85-124.
- Vega Gutiérrez, José-Zamyr*, Tratamiento penal de la objeción de conciencia en el aborto por causas médicas. En: Luzón Peña/Díaz y García Conlledo/Rodríguez Vázquez/García Mosquera (dirs.), Libro-Homenaje al Prof. Dr. Dr. h. c. Javier de Vicente Remesal. Madrid, BOE/FICP, 2024, pp. 547 – 558.
- Vega Gutiérrez, José-Zamyr*, Paradigmas de los excesos del poder penal en la función legislativa nicaragüense, en Moreno Hernández, Moisés* (coord.). Abuso y Límites del Poder Penal en Estados democráticos de Derecho. Editorial Tirant Lo Blanch. México. 2024, pp. 417 ss.
- Vidaurri Aréchiga, Manuel*, Los límites del poder penal en el ejercicio de la actividad legislativa, en Moreno Hernández, Moisés* (coord.). Abuso y Límites del Poder Penal en Estados democráticos de Derecho. Editorial Tirant Lo Blanch. México. 2024, pp. 129 ss.
- Wolter, Jürgen*, Javier de Vicente Remesal y la FICP: un modelo para una ciencia hispano-alemana del Derecho penal de igual peso. A la vez: las capacidades especiales en el sistema del delito (trads.: Díaz y García Conlledo, Miguel/Luzón Peña, Diego-M.), en Libro Homenaje al Prof. Javier de Vicente Remesal por su 70.º aniversario, Madrid, BOE/ FICP, 2024, pp. 567-581.

- Zúñiga Rodríguez, Laura*, Recensión A Rolando Márquez Cisneros, La pertenencia a una organización criminal. Análisis sobre su compatibilidad con el principio de lesividad, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2023, 278 páginas, InDret, 2, 2025. Disponible en el siguiente enlace.
- Zúñiga Rodríguez, Laura*, Los derechos humanos (y el bien jurídico) como límite al "ius puniendi", en: "Liber amicorum" en homenaje a la profesora Mercedes Alonso Álamo (dirs. Gómez Tomillo, Manuel/Javato Martín, Antonio*/de Pablo Serrano, Alejandro*/Mateos Bustamante, José), Valladolid, Ediciones Univ. de Valladolid, 2024, pp. 599-610.

3. Cursos, congresos y conferencias de los miembros de la FICP

(i) Ponencias y conferencias en seminarios, congresos o cursos[1]:

- 23 de enero de 2025. Ponencia del Prof. Dr. Dr. h.c. Luís Greco* titulada "Der Strafbegriff in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts" ("El concepto de pena en la jurisprudencia del tribunal constitucional alemán"). Rechtsphilosophisches Donnerstag-Seminar, Univ. Humboldt de Berlín, Berlín, Alemania.

El Prof. Greco* durante su ponencia

- 4 de febrero de 2025. Ponencia de la Prof. Dra. Beatriz Goena Vives, titulada "¿Responsabilidad penal al margen del lado subjetivo del hecho?". VII Seminario de Derecho penal, Univ. de Barcelona. Facultad de Derecho, Barcelona, España.
- 20 de febrero de 2025. Ponencia del Prof. Dr. Fernando Miró Llinares, titulada "Mientras sucede. Razones para realizar investigación criminológica sobre eventos y fenómenos cambiantes". I Jornadas de investigación en Criminología: Invescrim 2025, organizadas por la Univ. de Valencia y el Instituto Universitario de Investigación en Criminología y Ciencias Penales. Lugar: Salón de Grados, Facultad de Derecho, Univ. de Valencia, Valencia, España.
- 27 de febrero de 2025. Participación del Prof. Dr. José-Zamyr Vega Gutiérrez, en su condición de Vicedecano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá, en el acto de investidura de Su Majestad el Rey en la Universidad de Alcalá, a

[1] En esta sección, los miembros del Patronato de la FICP están identificados con un asterisco, y los socios, sin él.

propuesta del Departamento de Ciencias Jurídicas de la Facultad de Derecho. La Univ. de Alcalá ha sido la primera universidad española en otorgarle este reconocimiento. En el siguiente enlace se puede encontrar información más detallada sobre el evento, el cual puede seguirse a través de la retransmisión en diferido que se encuentra en youtube.

Al frente, Su Majestad el Rey Felipe VI. Al fondo, el Prof. Dr. José Zamyr Vega Gutiérrez*

- 28 de febrero de 2025. Presentación del libro titulado "Abuso y Límites del Poder Penal en Estados democráticos de Derecho", coordinado por el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Moisés Moreno Hernández*. El evento fue presentado por el ex Presidente de la Academia Mexicana de Ciencias Penales. Puede encontrarse más información del acto de presentación en el siguiente enlace.

El Prof. Moreno Hernández en el estrado durante la presentación de la obra coordinada por él.

- 25 de marzo de 2025. Ponencia del Prof. Luis Miguel Ramos Martínez titulada “Atipicidad, justificación y animales”, en el Seminario de Área de Derecho Penal de la Universidad de Oviedo. Oviedo, España.

El Prof. Ramos Martínez durante su ponencia ante los miembros del Área de Derecho Penal de la Univ. de Oviedo.

- 28 de marzo de 2025. Ponencia de la Prof. Dra. Regina Helena Fonseca Fortes-Furtado sobre "Estrategias premiales penales frente a los cárteles". Jornada jornada "Eximir, proteger y recompensar. Tres estrategias para incentivar la denuncia y la colaboración con las autoridades", organizada por la Univ. Complutense de Madrid. Madrid, España.
- 4 de abril de 2025. Participación de miembros de la FICP en la celebración en el Paraninfo de la Univ. de Alcalá del acto "Medio siglo de Derecho Penitenciario en la Universidad de Alcalá. La contribución de Carlos García Valdés", con entrega del libro homenaje al citado Prof. Dr. García Valdés, al que contribuyeron asimismo varios miembros de la FICP.
- 4 de abril de 2025. Ponencia del Prof. José Antonio Martínez Rodríguez titulada "Algunos aspectos penales de las relaciones laborales en el deporte". LXV Congreso AERELABO "Los 100 años de la profesión". Salón de Grados de la Univ. de León, León, España.

El Prof. Martínez Rodríguez durante su ponencia

- 8 de abril de 2025. Presentación en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, de la nueva obra del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Jesús M.ª Silva Sánchez, Derecho Penal, Parte General, Derecho Penal, Parte General, Civitas/Aranzadi La Ley, Madrid, 2025, 2300 págs., ISBN: 978-84-1078-404-8. La presentación corrió a cargo del Excmo. Sr. Antonio del Moral García y culminó con una ponencia del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Jesús M.ª Silva Sánchez. En el acto también intervinieron algunos patronos de la FICP, como el Prof. Dr. Enrique Peñaranda Ramos* y el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Manuel Cancio Meliá*.

El Prof. Silva durante su ponencia. De izq. a dcha., por los Profs. Cancio*, Silva, Torres-Dulce, del Moral y Peñaranda*.

- 8 de abril de 2025. Con motivo de la celebración del Primer Congreso hispano-italiano entre Profesoras de Derecho penal sobre "Mujeres y Derecho penal / La tutela della donna nel diritto penale", organizado por la UnitelmaSapienza Università di Roma, tuvieron lugar las siguientes intervenciones de socias de la FICP:
  - Ponencia de la Prof. Dra. María José Cruz Blanca sobre "La protección penal de la mujer en el contexto laboral".
  - Ponencia de la Prof. Dra. María José Rodríguez Puerta sobre "Mujeres y ciberdelitos".
  - Ponencia de la Prof. Dra. Alejandra Pastrana Sánchez sobre "Las víctimas mortales de la violencia de género".
- 10 y 11 de abril de 2025. Con motivo de la celebración del Congreso Nacional sobre animales y Derecho, organizado por las Áreas de Derecho Administrativo y Derecho Penal de la Univ. de León, España, y la FICP, tuvieron lugar las siguientes intervenciones de miembros de la FICP:
  - Intervención del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Miguel Díaz y García Conlledo* en la inauguración del congreso.

- Ponencia de la Prof. Dra. Marta Pardo Miranda sobre "El bien jurídico protegido en los delitos de maltrato y abandono de animales", en la primera mesa, moderada por el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Miguel Díaz y García Conlledo*.
- Ponencia del Prof. Luis Miguel Ramos Martínez sobre "Animales y Derecho penal: una visión panorámica", en la citada primera mesa.
- Ponencia del Prof. José Antonio Martínez Rodríguez sobre "Una visión penal de la participación de animales en el deporte: especial referencia al dopaje", en la segunda mesa, moderada por la Prof. Dra. María A. Trapero Barreales*.
- Moderación por parte de la Prof. Dra. Isabel Durán Seco* de la tercera mesa.
- Moderación por parte del Prof. Luis Miguel Ramos Martínez de la mesa dedicada a la defensa de comunicaciones.

- 28 de abril de 2025. Presentación por parte del Prof. Dr. Víctor Gómez Martín*, acompañado del Prof. Dr. David Carpio Briz, quien también clausura, del Seminario titulado "La protección de testigos como mecanismo de lucha contra la delincuencia económica y la corrupción" organizado por Univ. de Barcelona, España.
- 29 de abril de 2025. Ponencia del Prof. Dr. Carlos Fuertes Iglesias titulada "Tutela penal del derecho fundamental a la propia imagen ante los retos de la ultrasimulación y la IA" en el Seminario de Área de Derecho Penal de la Universidad de Oviedo. Oviedo, España.

- 7 de mayo de 2025. Intervención del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Miguel Díaz y García Conlledo* con unas breves palabras sobre el Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Claus Roxin en el Congreso Nacional de Investigadores en Formación, Investigadores y Grupos de Estudio de la Cuestión Criminal, Penal y Penitenciaria, bajo la temática de "Homenaje a Claus Roxin (15 de mayo de 1931-18 de febrero de 2025). Un estado de Derecho debe proteger al individuo no solo mediante el derecho penal, sino

también del derecho penal", organizado por la Universidad Autónoma Latinoamericana (UNAULA).

- 8 y 9 de mayo de 2025. Con motivo de la celebración del II Congreso Internacional sobre sobre Exclusión Social, Discriminación y Derechos Humanos: formas de violencia institucional, organizado por el proyecto "La condena de los excluidos: fronteras institucionales de los derechos humanos" (PID2021-122498NB-I00) en la Facultad de Derecho de la Univ. de Málaga, tuvieron lugar las siguientes intervenciones de socias de la FICP:
  - Conferencia inaugural de la Prof. Dra. Patricia Laurenzo Copello, titulada "Vulnerabilidad construida y derechos humanos: más allá de la violencia institucional".
  - Ponencia de la Prof. Dra. Lorena Alemán Aróstegui sobre "El primer grado como forma de violencia institucional en prisión".
- 15 de mayo al 28 de junio de 2025. Curso del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-M. Luzón Peña* sobre "Teoría del deito. Las grandes cuestiones teóricas y sus efectos prácticos". Sílex Formación Jurídica. (Curso 100% virtual).

- 16 de mayo de 2025. Participación de patronos y socios en el acto de entrega del "Liber amicorum" en homenaje a la profesora Mercedes Alonso Álamo (dirs. Gómez Tomillo, Manuel/Javato Martín, Antonio*/de Pablo Serrano, Alejandro*/Mateos Bustamante, José), Valladolid, Ediciones Univ. de Valladolid, 2024. En particular, además de los asistentes, intervendrán el Excmo. Sr. Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Morillas Cueva y el Prof. Dr. Alejandro de Pablo Serrano. Salón de Grados de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid, España.

- 19 – 21 de mayo de 2025. Con motivo de la celebración del congreso Eine Zeitenwende im Strafrecht: Paul Johann Anselm Feuerbach 1775-1833, organizado por la Friedrich-Schiller-Universität Jena, Alemania, tendrán lugar las siguientes intervenciones de miembros de la FICP:
  - Ponencia del Prof. Dr. Dr. h.c. Luís Greco* titulada "Hypothetisches und Kategorisches in der strafrechtlichen Grundlagendiskussion seit Feuerbach" ("lo hipotético y lo categoórico en la discusión sobre los fundamentos del Derecho penal desde Feuerbach")
  - Ponencia del Dr. Lucas Montenegro titulada "Feuerbach und Lateinamerika. Rede und Gegenrede" (Feuerbach y Latinoamérica. Discurso y contradiscurso).
- 29 de mayo de 2025. Con motivo de la celebración de la Jornada homenaje al Prof. Dr. Juan Carlos Carbonell Mateu, organizada por el Área de Derecho Penal de la Univ. de Valencia, Valencia, España, tendrán lugar las siguientes intervenciones de miembros de la FICP:
  - Ponencia del patrono Prof. Dr. Dr. h.c. Ángel Sanz Morán*, titulada "Reflexiones sobre la justificación penal".
  - Ponencia del Prof. Dr. José L. González Cussac, titulada "El art. 83 TFUE y el sistema de fuentes en Derecho penal".

- Ponencia de la Prof. Dra. Mereces García Arán sobre "Dignidad humana y autodeterminación en el debate sobre la prostitución".
- Ponencia de la Prof. Dra. Patricia Laurenzo Copello sobre "De discriminados a "vulnerables": la distorsión conceptual del Derecho penal antidiscriminatorio"
- Ponencia de la Prof. Dra. María Luisa Cuerda Arnau sobre "El estado de necesidad y el miedo insuperable: una apelación al compromiso jurisprudencial con el principio de igualdad"
- Ponencia de la Prof. Dra. María Luisa Maqueda Abreu sobre "La jurisprudencia penal y el consentimiento sexual de las mujeres: una lección bien aprendida".
- Palabras del Prof. Dr. Carbonell Mateu tras la entrega del Libro homenaje en su honor.

▪ 18 – 20 de junio de 2025. Con motivo de la celebración del IV Congreso de Derecho penal de la Asociación de Profesorado de Derecho Penal de las Universidades Españolas (APDP), organizado por la APDP y el Grupo de investigación ECRIM, Universidade da Coruña, tendrán lugar las siguientes intervenciones de miembros de la FICP:

- Intervención de las Profs. Dras. María Acale Sánchez y Patricia Faraldo Cabana en la inauguración y clausura del congreso.
- Conferencia inaugural del Prof. Dr. José Luis González Cussac, titulada "Ayer, hoy y mañana del Código Penal de 1995", presentada por la Prof. Dra. Patricia Faraldo Cabana.
- Moderación por la Prof. Dra. Beatriz Goena Vives de la mesa 1, sobre teoría del delito.
- Ponencia del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Miguel Díaz y García Conlledo*, Universidad de León, titulada "¿Para qué una teoría del delito hoy?"
- Ponencia del Prof. Dr. Javier García Amez, titulada "Causas de justificación y perspectiva de género".
- Moderación por los Profs. Dres. Leticia Jericó Ojer* y Leopoldo Puente Rodríguez de la mesa dedicada a la presentación de comunicaciones.
- Moderación por la Prof. Dra. Laura Zúñiga Rodríguez de la mesa 2, dedicada a los principios del Derecho penal.

- Ponencia del Prof. Dr. Pablo Sánchez-Ostiz Gutiérrez sobre el "Principio de exclusiva protección de bienes jurídicos"
- Ponencia de la Prof. Dra. Dulce M.ª Santana Vega sobre "Las penas privativas de derechos innominados".
- Ponencia del Prof. Dr. Antonio Doval País, titulada "Observaciones sobre las circunstancias agravantes de la parte especial".
- Moderación por el Prof. Dr. Carlos Fuertes Iglesias de la mesa 6 sobre "nuevos retos".
- Ponencia de la Prof. Dra. Mercedes García Arán, titulada "Derecho penal y desinformación como riesgo para la democracia"
- Ponencia del Prof. Dr. Sergio de la Herrán Ruiz-Mateos, titulada "Hacia una necesaria interpretación constitucional del juicio de imputación personal"

- 17 de julio de 2025. Ponencia del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Robles Planas, titulada "Normentheorie und materielle Fundierung des Strafrechts" ("Teoría de las normas y fundamentación material del Derecho penal"). Rechtsphilosophisches Donnerstag-Seminar, Univ. Humboldt de Berlín. Presentación por el Prof. Dr. Dr. h.c. Luís Greco*. Lugar: Facultad de Derecho, Univ. Humboldt de Berlín, Berlín, Alemania.
- 17 de julio de 2025. Ponencia del Prof. Dr. Dr. h.c. Luís Greco titulada "Was ist Rechtswissenschaft, Luís Greco?" ("¿Qué es la ciencia jurídica, Luís Greco?"), Facultad de Derecho, Univ. Humboldt de Berlín, Berlín, Alemania.
- 8 y 9 de septiembre de 2025. Con motivo del XXVI Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, organizado por el Área de Derecho Penal de la Univ. de Alcalá y la FICP (dir. Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-M. Luzón Peña), Alcalá de Henares, Madrid, España, tendrán lugar las siguientes intervenciones de miembros de la FICP:
  - Ponencia invitada especial del Excmo. Sr. Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Lorenzo Morillas Cueva sobre "Los delitos de odio como atentados a los derechos fundamentales y a las libertades públicas", moderada por el Prof. Dr. Dr. h.c. Javier de Vicente Remesal*.
  - Ponencia invitada especial de la Prof. Dra. Ana Isabel Pérez Cepeda sobre "La posible dimensión penal de la Directiva sobre diligencia debida y sostenibilidad", moderada por el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Manuel Cancio Meliá*.

- Moderación por el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Miguel Díaz y García Conlledo* de la ponencia invitada especial del Excmo. Sr. Prof. Dr. Francesco Viganò.
- Ponencia de los Profs. Dres. José-Zamyr Vega Gutiérrez y Carmen Pérez-Sauquillo Muñoz*, titulada "Repercusiones penales del fenómeno del *chemsex* (sexo estimulado por drogas)", moderada por el Prof. Dr. Enrique Peñaranda Ramos*.
- Ponencia de la Prof. Ana M.ª Ontaneda Rubio sobre "El bien jurídico protegido por el delito de corrupción en los negocios entre particulares", moderada por la Prof. Dra. Raquel Roso Cañadillas*.
- Ponencia del Prof. José Antonio Martínez Rodríguez sobre "El delito de corrupción deportiva: principales aspectos problemáticos", moderada por la Prof. Dra. Mirenxtu Corcoy Bidasolo*.

(ii) Organización de seminarios, congresos y otros proyectos[2]:

▪ Seminario de Área de Derecho Penal de la Universidad de Oviedo

Curso académico 2024/2025. Evento organizado por el Área de Derecho penal de la Univ. de Oviedo. Dirección: Prof. Dr. José Manuel Paredes Castañón*. Coordinación: Prof. Dra. Cristina López López* y Prof. Ana M.ª Ontaneda Rubio*. Lugar: Sala de reuniones del Área de Derecho Penal, Facultad de Derecho, Univ. de Oviedo, Oviedo, España.

El presente curso académico ha tenido ponencias impartidas por los Profs. Roca de Agapito*, García Amez, Rodríguez Cembellín, Ramos Martínez* y Fuertes Iglesias*.

▪ Seminario Permanente de Derecho Penal, Univ. Carlos III de Madrid

Curso académico 2024/2025. Evento organizado por el Área de Derecho Penal de la Univ. Carlos III de Madrid. Director: Prof. Dr. Jacobo Dopico Gómez-Aller*. En este curso académico han tenido lugar ponencias de los Profs. Dres. Javier Cigüela Sola, Oriol Martínez Sanromà, Franciso de la Fuente Cardona, Mercedes Alonso Álamo, Sonja Seßler, Cristina Rodríguez Yagüe, Lugar: Sede del Campus de Puerta de Toledo, Ronda de Toledo, Madrid, España.

[2] Los miembros de la FICP están identificados mediante un asterisco.

- **Proyecto de investigación "N3 Neuro-derechos humanos y Derecho penal", Univ. de Castilla-La Mancha**

  Proyecto financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades (PDI2023 149978NB-I00). IP: Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Eduardo Demetrio Crespo*. Duración: 4 años.

  > "La interacción entre neurociencias e inteligencia artificial (en adelante IA) mediante el desarrollo y progresiva implantación de las neurotecnologías implican un peligro evidente para los Derechos Humanos, frente a lo que hay que abordar las consecuencias desde el punto de vista jurídico-penal. Esto último tanto con respecto a los bienes jurídicos que deben protegerse y cómo debería hacerse en el plano de la Parte General como de las potenciales conductas delictivas y su concreta tipificación en el plano de la Parte Especial".

  Puede obtenerse más información sobre el proyecto, los miembros de su equipo científico, sus publicaciones y agenda de eventos en el siguiente enlace.

- **I Congreso Internacional sobre la Violencia de Género que sufren las Mujeres: 'un problema sin fronteras', Univ. de Cádiz**

  5 - 7 de febrero de 2025. Evento organizado por la Facultad de Derecho del Campus de Jerez de la Frontera, de la Universidad de Cádiz. Direción: Prof. Dra. María Acale Sánchez*. Lugar: Salón de actos del Edificio de Despachos y Seminarios. Jerez de la Frontera, Cádiz, España.

  Más información sobre el programa e inscripciones en el siguiente enlace.

- **Rechtsphilosophisches Donnerstag-Seminar, Univ. Humboldt de Berlín**

  Semestre de verano, 2024/2025. A partir de abril de 2025. Evento organizado por el Prof. Dr. Dr. h.c. Luís Greco*, Catedrático de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal, Derecho Penal extranejero y Teoría del Derecho Penal, y patrono de la FICP. En este semenestre de verano participarán como ponentes, entre otros, el Prof. Dr. Ferreira Mendes, los Profs. Gafus, Erdem, Huang y el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Robles Planas*. Lugar: Facultad de Derecho, Univ. Humboldt de Berlín, Berlín, Alemania. El programa se encuentra disponible en el siguiente enlace.

- **Congreso Nacional sobre Animales y Derecho, Univ. de León**

  10 y 11 de abril de 2025. Evento organizado por la Universidad de León, su Facultad de Derecho y las Áreas de Derecho Administrativo y Derecho Penal del Departamento de Derecho Público, la FICP y la Asociación de Investigadores en

Formación. Lugar: Salón de Grados de la Facultad de Derecho de la Universidad de León, León, España. Comité organizador: Prof. Dra. Lidia García Martín, Prof. Luis Miguel Ramos Martínez* (directores), Prof. José Antonio Martínez Rodríguez* y Carlos Heredero del Campo (secretarios académicos). En su comité científico participan diversos miembros de la FICP, entre otros los Profs. Dres. Dres. h.c. mult. Miguel Díaz y García Conlledo* y Juan Antonio García Amado*, la Prof.ª Dra. Dra. h. c. Pilar Gutiérrez Santiago, las Profs. Dras. María A. Trapero Barreales e Isabel Durán Seco*.

El programa del evento se encuentra publicado en nuestra página web en Eventos anteriores.

- **II Congreso Internacional sobre sobre Exclusión Social, Discriminación y Derechos Humanos: formas de violencia institucional, Univ. de Málaga**

8 y 9 de mayo de 2025. Lugar: Aula judicial de la Facultad de Derecho de la Univ. de Málaga, Málaga, España. Evento organizado por el proyecto de investigación La condena de los excluidos: fronteras institucionales de los derechos humanos (PID2021-122498NB-I00) Proyecto de Generación de Conocimiento 2021, Ministerio de Ciencia e Innovación. IP: Profs. Dres. Alberto Daunis Rodríguez y Rafael Durán Muñoz. En el comité científico participan diversas socias de la FICP, en particular, las Profs. Dras. Patricia Laurenzo Copello*, M.ª Luisa Maqueda Abreu* y M.ª Dolores Machado Ruiz*. Puede obtenerse más información sobre el programa del evento aquí.

- **Curso 100% virtual "Teoría del delito. Las grandes cuestiones teóricas y sus efectos prácticos", Sílex**

15 de mayo a 28 de junio de 2025. Curso del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-M. Luzón Peña* sobre "Teoría del delito. Las grandes cuestiones teóricas y sus efectos prácticos". Se llevará a cabo en Sílex Formación Jurídica, plataforma que dirige el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Juan Antonio García Amado*.

El curso, de 42 h. de duración, distribuidas en 14 sesiones de 3 h., aborda las categorías clásicas de la teoría general del delito como la acción, la tipicidad, la antijuridicidad, la culpabilidad y la punibilidad, y profundiza especialmente en las cuestiones dogmáticas más problemáticas como la imputación objetiva, la teoría del error, la imprudencia, los delitos omisivos o el *iter criminis*, analizando sus consecuencias prácticas. Más información sobre la inscripción al curso y el programa aquí.

- ## IV Congreso de Derecho penal de la Asociación de Profesorado de Derecho Penal de las Universidades Españolas (APDP), Univ. de A Coruña/La Coruña

18 – 20 de junio de 2025. Dedicado al "30.º aniversario de la aprobación del código penal de 1995". Evento organizado por la APDP y el Grupo de investigación ECRIM, Universidade da Coruña. Comité organizador: Profs. Dres. María Acale Sánchez*, Alberto Alonso Rimo, Patricia Faraldo Cabana*. Carlos Fuertes Iglesias*, Beatriz Goena Vives*, Leticia Jericó Ojer*, Leopoldo Puente Rodríguez*, Javier Valls Prieto y Laura Zúñiga Rodríguez*. Lugar: Rectorado de la Univ. de A Coruña/La Coruña, Calle Maestranza s/n, La Coruña, España.

Más información sobre el programa y las inscripciones aquí.

- ## XXVI Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ. de Alcalá

8 y 9 de septiembre de 2025. Sobre "Derecho penal general e intereses ciudadanos, sociales y económicos". Seminario organizado por el Área de Derecho penal de la Univ. de Alcalá y la FICP. Director: Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-M. Luzón Peña*. Coordinadores generales: Profs. Dres. Raquel Roso Cañadillas*, José-Zamyr Vega Gutiérrez* y Carmen Pérez-Sauquillo Muñoz*; coordinador: D. José Antonio Martínez Rodríguez*. Coordinación de las relaciones de los debates: Prof. Dra. Isabel Durán Seco*. Lugar: Facultad de Derecho de la Univ. de Alcalá, Madrid, España.

Esta edición tendrá como ponentes invitados especiales al Excmo. Sr. Prof. Dr. Francesco Viganò, el Excmo. Sr. Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Lorenzo Morillas Cueva* y la Prof. Dra. Ana Isabel Pérez Cepeda*. El programa del evento se encuentra disponible en nuestra web www.ficp.es, en la sección de Próximos eventos.

Por razones organizativas, la asistencia presencial está limitada a los patronos de la FICP y las personas expresamente invitadas. Sin embargo, como ya sucedió en las dos últimas ediciones, **los patronos que no puedan asistir y los socios no invitados presencialmente podrán seguir de manera exclusiva y gratuita el evento de manera online** previa inscripción dirigida a jomar@unileon.es **antes del 3 de septiembre**.

Hasta el 3 de septiembre se admitirán comunicaciones procedentes de socios de la FICP, si bien por razones de tiempo no serán presentadas oralmente. Deberán enviarse a D. José Antonio Martínez Rodríguez (jomar@unileon.es) con copia a contacto@ficp.es, y ajustarse a las Normas de publicación, requisito necesario para su admisión.