

The logo consists of three overlapping circles: a yellow one on the left containing the letter 'C', a green one in the middle containing 'J', and a dark green one on the right containing 'N'.

CJN

Diritto Penale Contemporaneo

RIVISTA TRIMESTRALE

REVISTA TRIMESTRAL DE DERECHO PENAL
A QUARTERLY REVIEW FOR CRIMINAL JUSTICE

A black and white close-up portrait of an elderly woman with short, curly hair. She is looking directly at the camera with a thoughtful expression, resting her chin on her clasped hands.

2/2022

EDITOR-IN-CHIEF

Gian Luigi Gatta

EDITORIAL BOARD

Italy: Antonio Gullo, Guglielmo Leo, Luca Luparia, Francesco Mucciarelli, Francesco Viganò

Spain: Jaime Alonso-Cuevillas, Sergi Cardenal Montraveta, David Carpio Briz,

Joan Queralt Jiménez

Chile: Jaime Couso Salas, Mauricio Duce Julio, Héctor Hernández Basualto,

Fernando Londoño Martínez

MANAGING EDITORS

Carlo Bray, Silvia Bernardi

EDITORIAL STAFF

Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Emanuele Birritteri, Javier Escobar Veas,

Stefano Finocchiaro, Alessandra Galluccio, Elisabetta Pietrocarlo, Rossella Sabia,

Tommaso Trinchera, Maria Chiara Ubiali, Stefano Zirulia

EDITORIAL ADVISORY BOARD

Rafael Alcacer Guirao, Alberto Alessandri, Silvia Allegrezza, Chiara Amalfitano, Giuseppe Amarelli, Ennio Amodio, Coral Arangüena Fanego, Lorena Bachmaier Winter, Roberto Bartoli, Fabio Basile, Hervé Belluta, Alessandro Bernardi, Carolina Bolea Bardon, Manfredi Bontempelli, David Brunelli, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Pedro Caeiro, Michele Caianiello, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Francesco Caprioli, Claudia Marcela Cárdenas Aravena, Raúl Carnevali, Marta Cartabia, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Antonio Cavaliere, Massimo Ceresa Gastaldo, Mario Chiavario, Federico Consulich, Mirentxu Corcoy Bidasolo, Roberto Cornelli, Cristiano Cupelli, Norberto Javier De La Mata Barranco, Angela Della Bella, Cristina de Maglie, Gian Paolo Demuro, Miguel Díaz y García Conlledo, Francesco D'Alessandro, Ombretta Di Giovine, Emilio Dolcini, Jacobo Dopico Gomez Áller, Patricia Faraldo Cabana, Silvia Fernández Bautista, Javier Gustavo Fernández Terruelo, Marcelo Ferrante, Giovanni Fiandaca, Gabriele Fornasari, Novella Galantini, Percy García Caverro, Loredana Garlati, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Víctor Gómez Martín, José Luis Guzmán Dalbora, Ciro Grandi, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Roberto E. Kostoris, Máximo Langer, Juan Antonio Lascuráin Sánchez, Maria Carmen López Peregrín, Sergio Lorusso, Ezequiel Malarino, Francisco Maldonado Fuentes, Stefano Manacorda, Juan Pablo Mañalich Raffo, Vittorio Manes, Grazia Mannozi, Teresa Manso Porto, Luca Marafioti, Joseph Margulies, Enrico Marzaduri, Luca Masera, Jean Pierre Matus Acuña, Anna Maria Maugeri, Oliviero Mazza, Iván Meini, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Melissa Miedico, Vincenzo Militello, Fernando Miró Linares, Vincenzo Mongillo, Renzo Orlandi, Magdalena Ossandón W., Francesco Palazzo, Carlenrico Paliero, Michele Papa, Raphaële Parizot, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lorenzo Picotti, Carlo Piergallini, Paolo Pisa, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Serena Quattrococo, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Lucia Riscato, Mario Romano, Maria Ángeles Rueda Martín, Carlo Ruga Riva, Stefano Ruggeri, Francesca Ruggieri, Dulce Maria Santana Vega, Marco Scoletta, Sergio Seminara, Paola Severino, Nicola Selvaggi, Rosaria Sicurella, Jesús Maria Silva Sánchez, Carlo Sotis, Giulio Ubertis, Inma Valeje Álvarez, Antonio Vallini, Gianluca Varraso, Vito Velluzzi, Paolo Veneziani, John Vervaele, Costantino Visconti, Javier Wilenmann von Bernath, Francesco Zacchè

Editore Associazione "Progetto giustizia penale", c/o Università degli Studi di Milano,
Dipartimento di Scienze Giuridiche "C. Beccaria" - Via Festa del Perdono, 7 - 20122 MILANO - c.f. 97792250157
ANNO 2022 - CODICE ISSN 2240-7618 - Registrazione presso il Tribunale di Milano, al n. 554 del 18 novembre 2011.
Impaginazione a cura di Chiara Pavesi

Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale è un periodico on line ad accesso libero e non ha fine di profitto. Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione. La rivista, registrata presso il Tribunale di Milano, al n. 554 del 18 novembre 2011, è edita attualmente dall'associazione "Progetto giustizia penale", con sede a Milano, ed è pubblicata con la collaborazione scientifica e il supporto dell'Università Commerciale Luigi Bocconi di Milano, dell'Università degli Studi di Milano, dell'Università di Roma Tre, dell'Università LUISS Guido Carli, dell'Universitat de Barcelona e dell'Università Diego Portales di Santiago del Cile.

La rivista pubblica contributi inediti relativi a temi di interesse per le scienze penalistiche a livello internazionale, in lingua italiana, spagnolo, inglese, francese, tedesca e portoghese. Ogni contributo è corredato da un breve abstract in italiano, spagnolo e inglese.

La rivista è classificata dall'ANVUR come rivista scientifica per l'area 12 (scienze giuridiche), di classe A per i settori scientifici G1 (diritto penale) e G2 (diritto processuale penale). È indicizzata in DoGI e DOAJ.

Il lettore può leggere, condividere, riprodurre, distribuire, stampare, comunicare al pubblico, esporre in pubblico, cercare e segnalare tramite collegamento ipertestuale ogni lavoro pubblicato su "Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale", con qualsiasi mezzo e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, nei limiti consentiti dalla licenza Creative Commons - Attribuzione - Non commerciale 3.0 Italia (CC BY-NC 3.0 IT), in particolare conservando l'indicazione della fonte, del logo e del formato grafico originale, nonché dell'autore del contributo.

La rivista può essere citata in forma abbreviata con l'acronimo: *DPC-RT*, corredato dall'indicazione dell'anno di edizione e del fascicolo.

La rivista fa proprio il [Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors](#) elaborato dal COPE (Committee on Publication Ethics).

La rivista si conforma alle norme del Regolamento UE 2016/679 in materia di tutela dei dati personali e di uso dei cookies ([clicca qui](#) per dettagli).

Ogni contributo proposto per la pubblicazione è preliminarmente esaminato dalla direzione, che verifica l'attinenza con i temi trattati dalla rivista e il rispetto dei requisiti minimi della pubblicazione.

In caso di esito positivo di questa prima valutazione, la direzione invia il contributo in forma anonima a due revisori, individuati secondo criteri di rotazione tra i membri dell'Editorial Advisory Board in relazione alla rispettiva competenza per materia e alle conoscenze linguistiche. I revisori ricevono una scheda di valutazione, da consegnare compilata alla direzione entro il termine da essa indicato. Nel caso di tardiva o mancata consegna della scheda, la direzione si riserva la facoltà di scegliere un nuovo revisore.

La direzione comunica all'autore l'esito della valutazione, garantendo l'anonimato dei revisori. Se entrambe le valutazioni sono positive, il contributo è pubblicato. Se una o entrambe le valutazioni raccomandano modifiche, il contributo è pubblicato previa revisione dell'autore, in base ai commenti ricevuti, e verifica del loro accoglimento da parte della direzione. Il contributo non è pubblicato se uno o entrambi i revisori esprimono parere negativo alla pubblicazione.

La direzione si riserva la facoltà di pubblicare, in casi eccezionali, contributi non previamente sottoposti alla procedura di peer review. Di ciò è data notizia nella prima pagina del contributo, con indicazione delle ragioni relative.

I contributi da sottoporre alla Rivista possono essere inviati al seguente indirizzo mail: editor.criminaljusticenetwork@gmail.com. I contributi che saranno ritenuti dalla direzione di potenziale interesse per la rivista saranno sottoposti alla procedura di peer review sopra descritta. I contributi proposti alla rivista per la pubblicazione dovranno rispettare i criteri redazionali [scaricabili qui](#).

Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale es una publicación periódica *on line*, de libre acceso y sin ánimo de lucro. Todas las colaboraciones de carácter organizativo y editorial se realizan gratuitamente y no se imponen a los autores costes de maquetación y publicación. La Revista, registrada en el Tribunal de Milan, en el n. 554 del 18 de noviembre de 2011, se edita actualmente por la asociación “Progetto giustizia penale”, con sede en Milán, y se publica con la colaboración científica y el soporte de la *Università Commerciale Luigi Bocconi* di Milano, la *Università degli Studi di Milano*, la *Università di Roma Tre*, la *Università LUISS Guido Carli*, la *Universitat de Barcelona* y la *Universidad Diego Portales de Santiago de Chile*.

La Revista publica contribuciones inéditas, sobre temas de interés para la ciencia penal a nivel internacional, escritas en lengua italiana, española, inglesa, francesa, alemana o portuguesa. Todas las contribuciones van acompañadas de un breve abstract en italiano, español e inglés.

El lector puede leer, compartir, reproducir, distribuir, imprimir, comunicar a terceros, exponer en público, buscar y señalar mediante enlaces de hipervínculo todos los trabajos publicados en “Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale”, con cualquier medio y formato, para cualquier fin lícito y no comercial, dentro de los límites que permite la licencia *Creative Commons - Attribuzione - Non commerciale 3.0 Italia* (CC BY-NC 3.0 IT) y, en particular, debiendo mantenerse la indicación de la fuente, el logo, el formato gráfico original, así como el autor de la contribución.

La Revista se puede citar de forma abreviada con el acrónimo *DPC-RT*, indicando el año de edición y el fascículo.

La Revista asume el [Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors](#) elaborado por el COPE (*Comitte on Publication Ethics*).

La Revista cumple lo dispuesto en el Reglamento UE 2016/679 en materia de protección de datos personales ([clica aquí](#) para los detalles sobre protección de la privacy y uso de cookies).

Todas las contribuciones cuya publicación se propone serán examinadas previamente por la Dirección, que verificará la correspondencia con los temas tratados en la Revista y el respeto de los requisitos mínimos para su publicación.

En el caso de que se supere con éxito aquella primera valoración, la Dirección enviará la contribución de forma anónima a dos evaluadores, escogidos entre los miembros del *Editorial Advisory Board*, siguiendo criterios de rotación, de competencia por razón de la materia y atendiendo también al idioma del texto. Los evaluadores recibirán un formulario, que deberán devolver a la Dirección en el plazo indicado. En el caso de que la devolución del formulario se retrasara o no llegara a producirse, la Dirección se reserva la facultad de escoger un nuevo evaluador.

La Dirección comunicará el resultado de la evaluación al autor, garantizando el anonimato de los evaluadores. Si ambas evaluaciones son positivas, la contribución se publicará. Si alguna de las evaluaciones recomienda modificaciones, la contribución se publicará después de que su autor la haya revisado sobre la base de los comentarios recibidos y de que la Dirección haya verificado que tales comentarios han sido atendidos. La contribución no se publicará cuando uno o ambos evaluadores se pronuncien negativamente sobre su publicación.

La Dirección se reserva la facultad de publicar, en casos excepcionales, contribuciones que no hayan sido previamente sometidas a *peer review*. Se informará de ello en la primera página de la contribución, indicando las razones.

Si deseas proponer una publicación en nuestra revista, envía un mail a la dirección editor.criminaljusticenetwork@gmail.com. Las contribuciones que la Dirección considere de potencial interés para la Revista se someterán al proceso de *peer review* descrito arriba. Las contribuciones que se propongan a la Revista para su publicación deberán respetar los criterios de redacción (se pueden [descargar aquí](#)).



Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale is an on-line, open-access, non-profit legal journal. All of the organisational and publishing partnerships are provided free of charge with no author processing fees. The journal, registered with the Court of Milan (n° 554 - 18/11/2011), is currently produced by the association “Progetto giustizia penale”, based in Milan and is published with the support of Bocconi University of Milan, the University of Milan, Roma Tre University, the University LUISS Guido Carli, the University of Barcelona and Diego Portales University of Santiago, Chile.

The journal welcomes unpublished papers on topics of interest to the international community of criminal scholars and practitioners in the following languages; Italian, Spanish, English, French, German and Portuguese. Each paper is accompanied by a short abstract in Italian, Spanish and English.

Visitors to the site may share, reproduce, distribute, print, communicate to the public, search and cite using a hyperlink every article published in the journal, in any medium and format, for any legal non-commercial purposes, under the terms of the Creative Commons License - Attribution – Non-commercial 3.0 Italy (CC BY-NC 3.0 IT). The source, logo, original graphic format and authorship must be preserved.

For citation purposes the journal's abbreviated reference format may be used: *DPC-RT*, indicating year of publication and issue.

The journal strictly adheres to the [Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors](#) drawn up by COPE (Committee on Publication Ethics).

The journal complies with the General Data Protection Regulation (EU) 2016/679 (GDPR) ([click here](#) for details on protection of privacy and use of cookies).

All articles submitted for publication are first assessed by the Editorial Board to verify pertinence to topics addressed by the journal and to ensure that the publication's minimum standards and format requirements are met.

Should the paper in question be deemed suitable, the Editorial Board, maintaining the anonymity of the author, will send the submission to two reviewers selected in rotation from the Editorial Advisory Board, based on their areas of expertise and linguistic competence. The reviewers are provided with a feedback form to compile and submit back to the editorial board within an established timeframe. If the timeline is not heeded to or if no feedback is submitted, the editorial board reserves the right to choose a new reviewer.

The Editorial Board, whilst guaranteeing the anonymity of the reviewers, will inform the author of the decision on publication. If both evaluations are positive, the paper is published. If one or both of the evaluations recommends changes the paper will be published subsequent to revision by the author based on the comments received and verification by the editorial board. The paper will not be published should one or both of the reviewers provide negative feedback.

In exceptional cases the Editorial Board reserves the right to publish papers that have not undergone the peer review process. This will be noted on the first page of the paper and an explanation provided.

If you wish to submit a paper to our publication please email us at editor.criminaljusticenetwork@gmail.com. All papers considered of interest by the editorial board will be subject to peer review process detailed above. All papers submitted for publication must abide by the editorial guidelines ([download here](#)).

<p>MAESTRI DEL DIRITTO PENALE</p> <p><i>MAESTROS DEL DERECHO PENAL</i></p> <p><i>CRIMINAL LAW MASTERS</i></p>	<p>Un ricordo di Mireille Delmas-Marty e dei suoi progetti di ricerca 1</p> <p><i>Recordando a Mireille Delmas-Marty y sus proyectos de investigación</i></p> <p><i>Remembering Mireille Delmas-Marty and Her Research Projects</i></p> <p>Alessandro Bernardi</p>
<p>NOVITÀ NORMATIVE</p> <p><i>NOVEDADES NORMATIVAS</i></p> <p><i>NEW LEGISLATION</i></p>	<p>L'encadrement pénal des multinationales entre rêve et réalité. Relisant Mireille Delmas-Marty quarante ans plus tard 5</p> <p><i>L'inquadramento penale delle multinazionali tra sogno e realtà. Rileggendo Mireille Delmas-Marty a quarant'anni di distanza</i></p> <p><i>The Criminal Framework of Multinationals Between Dream and Reality. Re-reading Mireille Delmas-Marty Forty Years Later</i></p> <p>Stefano Manacorda</p>
<p>L'INTELLIGENZA ARTIFICIALE TRA DIRITTO E PROCESSO PENALE</p> <p><i>LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL ENTRE DERECHO Y PROCESAL PENAL</i></p> <p><i>ARTIFICIAL INTELLIGENCE BETWEEN CRIMINAL AND PROCEDURAL LAW</i></p>	<p>Il decreto legge n. 152/2021 e le modifiche in tema di documentazione antimafia e prevenzione collaborativa 12</p> <p><i>El Decreto Legislativo N° 152/2021 y las modificaciones en materia de documentación antimafia y prevención colaborativa</i></p> <p><i>Law-Decree No. 152/2021 and Amendments on Anti-Mafia Documentation and Collaborative Prevention</i></p> <p>Giovanni D'Angelo – Gianluca Varraso</p>
<p>Diritto probatorio e giudizi criminali ai tempi dell'Intelligenza Artificiale 34</p> <p><i>El derecho probatorio y la justicia penal en tiempos de la Inteligencia Artificial</i></p> <p><i>Rules on Evidence and Criminal Justice at the Time of Artificial Intelligence</i></p> <p>Luca Lupària Donati – Giulia Fiorelli</p>	<p>La responsabilità "penale" tra persona fisica e corporation alla luce della Proposta di Regolamento sull'Intelligenza Artificiale 50</p> <p><i>La responsabilidad penal entre las personas físicas y jurídicas a la luz de la Propuesta de Reglamento sobre Inteligencia Artificial</i></p> <p><i>"Criminal" Liability Between Human Beings and Corporations in Light of the Proposal of a Regulation on Artificial Intelligence</i></p> <p>Camilla Minelli</p>

<p>QUESTIONI IN TEMA DI RESPONSABILITÀ DEGLI ENTI</p> <p><i>CUESTIONES EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS</i></p> <p><i>ISSUES ON CORPORATE CRIMINAL LIABILITY</i></p>	<p>Una sentenza “modello” della Cassazione pone fine all’estenuante vicenda “Impregilo”</p> <p><i>Una sentencia modelo de la Corte Suprema pone fin al extenuante “caso Impregilo”</i> <i>A “Model” Judgment by the Cassation Ends the Grueling “Impregilo” Case</i></p> <p>Carlo Piergallini</p>	<p>76</p>
<p>QUESTIONI DI PARTE SPECIALE</p> <p><i>CUESTIONES DE PARTE ESPECIAL</i></p> <p><i>ISSUES ON THE SPECIAL PART</i></p>	<p>Verso un illecito corporativo personale. Osservazioni “umbratili” a margine d’una sentenza “adamantina” nel “magma 231”</p> <p><i>Hacia un injusto corporativo personal. Observaciones “umbrosas” al margen de una sentencia “diamantina” en el “magma 231”</i> <i>Towards Culpable Corporate Misconduct. “Shadowy” Observations in the Margins of an “Adamantine” Judgement in the “Magma 231”</i></p> <p>Davide Bianchi</p>	<p>87</p>
<p>QUESTIONI DI PARTE SPECIALE</p> <p><i>CUESTIONES DE PARTE ESPECIAL</i></p> <p><i>ISSUES ON THE SPECIAL PART</i></p>	<p>Sui confini tra i delitti di schiavitù, servitù e sfruttamento del lavoro</p> <p><i>Sobre las fronteras entre los delitos de esclavitud, servidumbre y explotación laboral</i> <i>On the Boundaries Among the Crimes of Slavery, Servitude and Labour Exploitation</i></p> <p>Sergio Seminara</p>	<p>108</p>
<p>QUESTIONI DI PARTE SPECIALE</p> <p><i>CUESTIONES DE PARTE ESPECIAL</i></p> <p><i>ISSUES ON THE SPECIAL PART</i></p>	<p>Traffico di armi in violazione delle risoluzioni O.N.U., fattispecie incriminatrice e radicamento della giurisdizione</p> <p><i>Tráfico de armas en violación de las resoluciones de la ONU, delitos aplicables y jurisdicción competente</i> <i>Arms Trafficking in Violation of UN Resolutions, Criminal Provision and Jurisdictional Grounds</i></p> <p>Gennaro Mastrangelo</p>	<p>135</p>
<p>QUESTIONI DI PARTE SPECIALE</p> <p><i>CUESTIONES DE PARTE ESPECIAL</i></p> <p><i>ISSUES ON THE SPECIAL PART</i></p>	<p>Reati di riciclaggio e operazioni in criptovalute</p> <p><i>Delito de lavado de activos y transacciones de criptomonedas</i> <i>Money Laundering Offences and Cryptocurrency Transactions</i></p> <p>Marco Fazio</p>	<p>160</p>

PROCEDIMENTO DI PREVENZIONE E “GIUSTO PROCESSO”	Prosegue, dalle fondamenta, la costruzione del giusto processo di prevenzione: le Sezioni unite sulla ricusabilità del giudice	183
<i>PROCEDIMIENTO DE PREVENCIÓN Y DEBIDO PROCESO</i>	<i>El desarrollo del debido proceso preventivo continúa desde la base: Las Secciones Unidas sobre la recusabilidad del juez</i>	
<i>PREVENTION PROCEDURE AND FAIR TRIAL</i>	<i>The Ongoing Construction, from the Foundations, of the Fair Prevention Procedure: the Joint Branches of the Supreme Court on the Judge Recusal</i>	
	Dario Albanese	
LA DOGMATICA PENALE IN UN’OTTICA COMPARATA	A caccia dello standard probatorio: biografia non autorizzata della dogmatica penale	199
<i>LA DOGMÁTICA PENAL DESDE UNA ÓPTICA COMPARADA</i>	<i>A la caza del estándar probatorio: Biografía no autorizada de la dogmática penal</i>	
<i>GENERAL THEORY OF CRIME FROM A COMPARATIVE STANDPOINT</i>	<i>The Hunt for Evidentiary Standard: Unauthorized Biography of the General Theory of Crime</i>	
	Maximiliano Rusconi	

LA DOGMATICA PENALE IN UN'OTTICA COMPARATA
LA DOGMÁTICA PENAL DESDE UNA ÓPTICA COMPARADA
GENERAL THEORY OF CRIME FROM A COMPARATIVE STANDPOINT

- 199 **A caccia dello standard probatorio: biografia non autorizzata della dogmatica penale**
A la caza del estándar probatorio: Biografía no autorizada de la dogmática penal
The Hunt for Evidentiary Standard: Unauthorized Biography of the General Theory of Crime
Maximiliano Rusconi

A caccia dello standard probatorio: biografia non autorizzata della dogmatica penale*

*A la caza del estándar probatorio:
biografía no autorizada de la dogmática penal*

*The Hunt for Evidentiary Standard:
Unauthorized Biography of the General Theory of Crime*

MAXIMILIANO RUSCONI

*Professore ordinario di diritto penale presso l'Università di Buenos Aires
marusconi@derecho.uba.ar*

DIRITTO PENALE COMPARATO,
NESSO CAUSALE, PRESUNZIONE
DI INNOCENZA, REGOLE PROBATORIE

DERECHO PENAL COMPARADO, NEXO
CAUSAL, PRESUNCIÓN DE INOCENCIA,
REGLAS DE LA PRUEBA

COMPARATIVE CRIMINAL LAW,
CAUSATION, PRESUMPTION
OF INNOCENCE, RULES OF EVIDENCE

ABSTRACTS

Mettere in relazione concetti riferiti al processo penale e al diritto penale materiale offre una prospettiva interessante e non debitamente esplorata. È possibile che l'idea che il diritto processuale sia un mero strumento di esecuzione del diritto penale sostanziale debba essere rivisitata. Ci sono buone ragioni per ritenere che l'evoluzione della dogmatica penalistica e del sistema di teoria del reato sia stata guidata, in maniera rilevante se non in modo esclusivo, dalla necessità di agevolare il raggiungimento di un certo standard probatorio nel sistema di imputazione. I successivi mutamenti nelle ricostruzioni che la scienza penale ha fornito rispetto a concetti come dolo, autore, limiti dell'omissione, crisi della causalità e sviluppo dell'imputazione oggettiva – e alcuni altri – hanno avuto come conseguenza, che è improbabile sia casuale, una facilitazione dell'accertamento processuale. Se questa diagnosi è corretta, si apre un interessante dibattito sul fondamento etico di questa evoluzione.

Relacionar las ideas sobre proceso penal y derecho penal material ofrece un panorama interesante y no debidamente explorado. Es factible que la idea de que el derecho procesal penal es un mero instrumento de la realización del derecho penal material deba ser revisada. Hay buenas razones para pensar que la evolución de la dogmática penal y de su sistema de teoría del delito se ha guiado sino en forma exclusiva sí en forma relevante por la necesidad de facilitar el logro de cierto estándar de prueba en el sistema de enjuiciamiento. Los sucesivos cambios en las visiones que ha tenido la ciencia penal sobre concepto como Dolo, Autoría, límites de la omisión, crisis de la causalidad y desarrollo de la imputación objetiva, y algunos otros, han tenido como consecuencia difícilmente casual un facilitamiento de la demostración procesal. Si este diagnóstico fuera correcto, se abre un interesante debate sobre el sostén ético de esa evolución.

* Articolo tradotto in italiano per la pubblicazione sulla presente *Rivista* dal Dott. Dario Scutтери. La versione originale del contributo, redatta in lingua spagnola, è pubblicata su *Criminal Justice Network*.

Linking substantive criminal law and procedural notions offers an interesting, and yet mostly unexplored, point of view. It can be argued that the idea according to which criminal procedure is a mere tool to enforce substantive criminal law must be revisited.

There are good reasons to claim that the evolution of the general theory of crime has been driven, relevantly or exclusively, by the need to facilitate the reach of a certain evidentiary standard in practice.

The subsequent changes of criminal law notions like *dolus*, offender, limits in the omission, causation crisis and development of objective imputation, as well as other concepts, produced the (unlikely casual) consequence a facilitation in the trial fact finding. If the above is correct, then an interesting debate on the ethical foundation of such evolution can be started.

SOMMARIO

1. Introduzione. – 2. Sulle carenze esplicative dell'evoluzione del sistema del fatto punibile. – 3. Teoria del reato e processo penale. – 4. Il diritto processuale penale come strumento del diritto penale. – 5. Garanzie? – 6. Un sistema negativo di accertamento: è innocente? – 7. Il passaggio dal sistema classico al sistema finalista. – 8. L'evoluzione del dolo. – 9. La trasformazione del concetto di autore. – 10. La crisi del dogma della causalità: la causalità non dimostrata e le ragioni dell'origine della imputazione obiettiva. – 11. Le formule ipotetiche delle teorie della causalità di fronte alle teorie dell'aumento del rischio. – 12. Oltre l'etica scientifica della dogmatica penale: è necessario includere questa preoccupazione esterna, o si tratta di ambiti in cui può avere parola la parte speciale? Le anticipazioni, il giudizio su fatti successivi e i delitti di sospetto. – 13. Il colmo del normativismo? – 14. Di cosa si parla quando si parla di un sistema integrale di diritto penale? – 15. Ragioni per opporsi a questa tendenza. – 16. Conclusioni.

1. Introduzione.

In questo lavoro intendo tornare a esaminare le relazioni tra il diritto penale (in particolare, il sistema dogmatico di imputazione penale) e il sistema di istruzione processuale. L'intenzione di rivolgere a tale tematica uno sguardo più preciso si giustifica per il fatto che fino ad ora, salvo recondite eccezioni, su di essa sono intervenuti soltanto apporti normalmente panoramici. Qualcosa che, a ben vedere, dovrebbe essere rivisto, in quanto se ci preoccupa davvero il modo in cui si struttura il sistema di imputazione e quel che ciò implica in termini di libertà dell'individuo, lo studio della relazione con il sistema istruttorio deve presentarsi come un percorso di riflessione di grande impatto argomentativo.

In questa occasione intendo, seppur in modo molto breve, passare in rassegna il modo in cui si sono manifestate queste relazioni tra processo e diritto penale, tra sistema di istruzione e sistema di imputazione.

In questo testo non ci risparmieremo alcune provocazioni che, forse, potranno aiutarci a comprendere certe decisioni dello stesso percorso evolutivo della dogmatica penale, spesso presentate (al di là delle proposte di prognosi globale) come chiaramente intra-sistematiche e prodotto unicamente delle ragioni proprie della logica più autosufficiente.

2. Sulle carenze esplicative dell'evoluzione del sistema del fatto punibile.

L'evoluzione del sistema di imputazione giuridico-penale è stata senza sosta oggetto di indagine da parte della scienza penale. Addirittura, anche lo studio di questa evoluzione è stato analizzato da vari punti di visti metodologici, scientifici e persino morali.

Tuttavia, è probabile che i giuristi di tutte le epoche avvertano che, al momento di spiegare le ragioni dell'assai complessa evoluzione dell'edificio della teoria del reato come strumento sistematico, mancano gli strumenti concettuali adeguati per veicolare processi di grande diversità, vivacità e varietà strutturale che, nel momento in cui si prova a spiegarli, si presentano in un divenire evolutivo tanto semplice quanto monocorde ed espresso in una sequenza tristemente causale (quella della logica interna).

Persino nelle spiegazioni storiche più dettagliate si avverte una descrizione evolutiva che è lontana dal fare onore alla labirintica minuziosità dell'intero sistema del fatto punibile.

La correttezza di questa ipotesi di lavoro risulterebbe già parzialmente verificata solo moltiplicando l'utilizzo della forma interrogativa "perché?" prima di ogni descrizione sequenziale del processo vissuto dai differenti livelli del sistema del fatto punibile a partire dalle formulazioni di von Liszt ed Ernst Beling.

Se analizzassimo in che percentuale abbiamo ottenuto risposte autosufficienti rispetto all'insieme di questi interrogativi metodologici, ci renderemmo conto che, effettivamente, noi giuristi dediti alla dogmatica giuridico-penale facciamo parte di un esercito con un arsenale piuttosto povero.

Questa mancanza di risposte soddisfacenti può essere ovviata adottando un punto di vista che faccia perno sul processo penale? È questo l'interrogativo principale cui abbiamo l'intenzione di fornire una risposta nelle pagine seguenti.

3. Teoria del reato e processo penale.

Le relazioni tra processo penale e sistema di imputazione sono state illustrate da più di una prospettiva metodologica.

Abbiamo spesso assistito a una visione socio-criminologica, in cui il diritto penale e sistema di istruzione processuale appaiono come sottosistemi (insieme a quello di polizia o a quello penitenziario) che integrerebbero un conglomerato socialmente complesso, denominato sistema penale.

Nelle ultime decadi è emersa anche l'opzione interpretativa per cui tanto il diritto penale quanto il diritto processuale penale non sarebbero altro che manifestazioni della stessa (sebbene a volte contraddittoria) politica criminale dello Stato¹.

Attualmente, forse mantenendo la matrice precedente, si è tentato di vedere il sistema di garanzie proprio e del diritto penale e del diritto processuale penale come parte essenziale, fondamentale, della politica criminale dello Stato, quale manifestazione sistematicamente organizzata dei limiti costituzionali per l'applicazione della pena².

I contributi di questi approcci descrittivi sono stati diversi, ma è possibile riconoscere in tutti un certo grado di veridicità.

4. Il diritto processuale penale come strumento del diritto penale.

Eppure, da molto più tempo, in modo scientificamente stabile, si attribuisce instancabilmente tanto al diritto processuale penale quale scienza quanto al sistema di istruzione processuale quale fenomeno istituzionale un chiaro ruolo strumentale: la realizzazione dalle finalità proclamate (con maggiore o minore fortuna) dal diritto penale sostanziale³.

Dalla famosa frase di Beling per cui «il diritto penale non torce nemmeno un capello al delinquente»⁴, si è sfociati chiaramente in una concezione del diritto processuale penale quale diritto di attuazione⁵.

Un diritto la cui specifica finalità «è quella di ottenere la realizzazione della pretesa punitiva derivante da un delitto»⁶.

Cosa si intenda dire, in realtà, non è affatto chiaro. Qui possiamo solo azzardare alcune approssimazioni.

Si tratterebbe del fatto che dal diritto processuale penale deriva soltanto l'architettura affinché lo stesso diritto penale possa esprimersi socialmente e come manifestazione del potere statale.

Nelle classiche parole di Giovanni Leone: «il diritto processuale penale è lo strumento per l'applicazione della norma penale»⁷.

Più recentemente, in modo più sottile, incontriamo la stessa idea, per esempio in Roxin: «Il diritto penale sostanziale, le cui regole fondamentali sono contenute nello StGB, stabilisce gli elementi dell'azione punibile e minaccia le conseguenze giuridiche (pena e misure) connesse alla commissione del fatto. Affinché queste norme possano assolvere alla propria funzione di assicurare i presupposti fondamentali della pacifica convivenza umana è indispensabile che le stesse non rimangano solo sulla carta, nel caso in cui si commetta un delitto. Perciò è necessario un procedimento giuridicamente regolato per mezzo del quale si possa verificare l'esistenza di un'azione punibile e, in quel caso, possa essere determinata e imposta la sanzione prevista dalla legge»⁸.

¹ MAIER (1978), p. 301.

² RUSCONI (2016), p. 352.

³ BAUMANN (1986) pp. 2 e 3: «Il diritto penale sostanziale regola, come il diritto civile sostanziale, la nascita, le modificazioni e la cessazione delle relazioni giuridiche (soprattutto pretensive); il diritto processuale penale si occupa, come il diritto processuale civile, della realizzazione di questa situazione giuridica, disciplinata dal diritto sostanziale, in un procedimento speciale. Il diritto processuale penale, il diritto processuale civile, il diritto processuale amministrativo e il diritto processuale costituzionale sono *diritti ausiliari*, destinati sempre a realizzare il diritto penale sostanziale penale, civile, amministrativo e costituzionale».

⁴ BELING (1943), § 1.1, p. 2. Sulle conseguenze di questa affermazione, si veda, MAIER (1996), t. I, p. 84.

⁵ CLARÍ OLMEDO (1960), t. I, no 9 e ss., p. 13 ss.

⁶ MANCINI (1970), t. I, p. 241.

⁷ LEONE (1963), p. 14 ss.

⁸ ROXIN (2000a), p. 1.

In un certo senso, la pretesa giuridico penale formulata tramite le norme imperative che fissano l'oggetto della regolamentazione e individuano l'obbligo di far nascere istituzionalmente la conseguenza giuridica (la pena) può affermarsi sul piano sociale solo attraverso il percorso e la scenografia forniti dal sistema processuale, il modello istruttorio che lo Stato abbia scelto per assicurare questo compito.

Questa visione è consolidata nell'opinione dominante⁹.

Effettivamente quest'idea, fatte salve le diverse sfumature della sua formulazione, rientra nel nostro scenario culturale occidentale e, in particolare, ha costituito parte indispensabile del catalogo di presupposti ideologici che hanno influenzato i modelli sociali e statali provenienti dalla serie di modelli di Stato di diritto conati nello scenario europeo continentale.

Si potrebbe affermare, a ragione, che l'impostazione appena menzionata non si è sempre riferita al medesimo nucleo problematico. Ciò può essere vero. Talvolta mediante l'attribuzione di un ruolo strumentale del sistema istruttorio si è voluto determinare un certo dovere concettuale o metodologico della scienza processuale di adeguarsi, dal punto di vista politico-criminale, alle finalità della pena o alla stessa evoluzione della sua giustificazione etica (teorie preventive o assolute).

In questo scritto intendiamo dunque verificare la sostenibilità di questa idea appena espressa. Abbiamo infatti la sensazione che tale presunto carattere strumentale del diritto processuale penale, così come quello in sostanza "da protagonista" del diritto penale, definiscano personaggi, ruoli e *performance* di entrambe le discipline che sono lontane dal riflettere realmente certi andamenti storici, tanto in riferimento allo sviluppo dei percorsi argomentativi quanto rispetto alla scelta dei programmi di ricerca di chi ha occupato posti centrali nella dottrina dominante.

Se dovessimo individuare il punto di partenza, sotto forma di ipotesi di lavoro più o meno plausibile, potremmo azzardare che ci sono buone ragioni per pensare che questo rapporto – che colloca il diritto penale al centro dell'assunzione di decisioni politico criminali e il sistema istruttorio quasi condannato nella sua funzione strumentale a questa pretesa giuridico-penale, in un ruolo tanto opaco da far pensare ad uno strumento tecnico privo di autonomia valoriale – non possa essere sostenuto in futuro in questo modo.

Per completare quest'ipotesi, dovremmo dire che ci sono anche buone ragioni per ritenere che la realtà istituzionale di questa relazione tra diritto penale processuale e sostanziale sia stata in realtà quasi inversa rispetto a quella che proviene dall'immagine fornita dall'opinione dominante: non è possibile escludere che sia stata la dogmatica giuridico-penale, la scienza che si è occupata della teoria del reato o del sistema del fatto punibile, colei che ha svolto un ruolo verosimilmente servile rispetto alle pretese del sistema processuale, molto più esposte dal punto di vista politico criminale.

Alcune argomentazioni metterebbero al primo posto tra queste riflessioni il fatto che spesso i sistemi processuali hanno incontrato seri problemi nel giustificare le proprie decisioni in riferimento a certi requisiti basilari dello standard probatorio. Non è necessario uno sforzo eccessivo per avvertire una certa coincidenza nella produzione di concetti di imputazione della dogmatica giuridico-penale che andavano ad agevolare il problema probatorio. Se sarà così, e potrà essere dimostrato, allora ci saranno buone ragioni per interrogarci sulla legittimità di questa evoluzione dogmatica e sul prezzo, in termini di garanzie, che è stato pagato in più di cento anni di dogmatica, dalla proposta di von Liszt e Beling, fino ai giorni nostri¹⁰.

Per individuare due primi indizi che porterebbero acqua al mulino di questa versione alternativa dei fatti, potremmo sottolineare due dati di grande importanza e influenza esplicativa:

In primo luogo, è stato consustanziale ai sistemi di istruzione processuale di tutte le epoche un certo livello di incapacità nell'ottenere successo rispetto al proprio compito ricostruttivo della verità storica, su due piani diversi: dapprima per conoscere il fatto come *notitia criminis* e, dopo, una volta appreso nei suoi dati essenziali, per ricostruirlo con la qualificazione normativa

⁹ Si veda ZAFFARONI (2012), p. 4 ss.

¹⁰ Perciò, l'importante apporto di Ramón Ragués riguardo alla necessità di una visione integrata muove tuttavia da un punto di partenza solo parzialmente certo. Secondo il professore di Barcellona: «Curiosamente, mentre negli ultimi due secoli la scienza penale ha posto in essere notevoli sforzi per eliminare ogni irrazionalità nell'interpretazione e applicazione dei concetti giuridici, questa medesima scienza ha tollerato che i fatti che permettono l'applicazione di tali concetti si determinino nel processo in funzione di mere convinzioni soggettive del giudice. In questo modo, gran parte del lavoro di precisione concettuale e sistematizzazione che si realizza nella teoria del reato e nella interpretazione dei tipi della parte speciale è rovinato nel momento di trasferire nel processo i concetti sostanziali». Come vediamo, questa visione possiede un coefficiente di ingenuità nell'impostazione. Come primo passo, come vediamo, si deve ancora dimostrare che la dogmatica penale sia stata guidata sempre e in forma assoluta da finalità così inequivocabilmente nobili. Si veda RAGUÉS I VALLÈS (2004), p. 130 ss.

soprattutto nella richiesta di rinvio a giudizio¹¹.

L'impegno del sistema istruttorio in una certa tendenza conoscitiva, punto che non ha subito grandi conseguenze nel passaggio sopra il ponte post-illuminista tra l'antico e il nuovo regime, è sempre apparso come un pesante fardello per la giustizia penale. Il problema non è semplice, poiché i modelli culturali dell'Europa continentale in questa materia non permetterebbero tanto facilmente di abbandonare la ricerca della verità¹² come asse portante del caso giudiziario. Si tratta di uno dei lasciti inquisitori di maggior prestigio e, probabilmente, più in buona salute.

In secondo luogo, a noi non sembra possibile negare che buona parte delle tappe fondamentali dell'evoluzione della dogmatica penale moderna, se non sono state guidate (come qui intendiamo dire), sicuramente hanno avuto come conseguenza quella di portare l'imputazione a livelli in cui l'accertamento probatorio non presentasse troppi problemi. Altre possibili letture di questa evoluzione mostrano conseguenze diverse, ma tale effetto di agevolazione per il raggiungimento dell'indispensabile standard probatorio emerge con nitore e in modo ininterrotto.

In questo senso, dobbiamo dire che, in primo luogo, i sistemi istruttori non hanno mai raggiunto, in nessun momento storico né sotto alcun paradigma organizzativo, un minimo di capacità investigativa. La relazione, invocata fino alla noia, tra il sistema processuale e la ricerca della verità non ha mai descritto, sotto nessun angolo visuale, una realtà palpabile o un quadro immaginativo credibile, quantunque lo *slogan* abbia avuto forza di persuasione sufficiente per imporsi come l'unico obiettivo legittimo del sistema giudiziario in materia penale¹³. Non possiamo tuttavia dimenticare che i sistemi processuali non sono mai stati un buon percorso per la ricostruzione della verità storica. Né tantomeno il modello processuale è mai stato un percorso raccomandabile per tale scopo, né i giudici o i pubblici ministeri rappresentano personalità che ci facciano confidare seriamente nelle *chance* di avvicinarci alla verità. Nessuno vicino al mondo operativo dei sistemi di giustizia ha dimostrato una verificabile capacità di indagine dei fatti, ricostruzione storica della verità o ricerca della verità materiale. E questo si è verificato, che sia per limiti sorprendenti o per derivazioni logiche da un paio di principi, tanto nelle ordalie come nei sistemi accusatori puri, nella inquisizione più rigida, nei modelli chiamati misti o nel mondo contemporaneo. E ciò, insistiamo, al di là della forza con cui si invochi come perno fondamentale di ogni fase la relazione con la ricerca della verità materiale.

Questo spiega che il *problema della verità* è sempre stato un fulcro di riflessione da parte di coloro che prendono parte alla scena della scienza processuale in materia penale¹⁴. Se non ci lasciamo sedurre dalle raffinatezze delle spiegazioni più o meno moderne, è difficile negare che qualunque allontanamento dal concetto di *verità materiale* cerchi soltanto di spianare la strada per stabilire una *storia ufficiale del fatto* che deve imporsi con l'ausilio delle competenze giurisdizionali.

Ciò, addirittura, si verifica indipendentemente dal fatto che si alluda a qualifiche tranquillizzanti nel momento in cui ci si liberi dall'obiettivo di ricostruire di questa verità, come la cosiddetta *verità formale o verità consensuale*.

È impossibile, tuttavia, non riconoscere che ciò ha sempre generato un serio problema di legittimità delle decisioni del sistema giudiziario provocato dalla vigenza della garanzia di secondo rango del *favor rei* come portato del principio di innocenza (quale garanzia di primo rango) e del corrispondente standard probatorio richiesto da queste decisioni per addivenire a una condanna.

Dobbiamo insistere: l'esigenza istituzionale di erigere sentenze basate sulla verità dei fatti è sempre stata una preoccupazione di tale livello e considerazione che è rimasta incolume persino in epoche poco rispettose della dignità del cittadino sottoposto a processo. Un esempio formidabile è rappresentato dalla stessa inquisizione: la pacifica incapacità investigativa dell'inquisitore (non solo personale, ma istituzionale) e l'irrinunciabile ricerca della verità reale o materiale portarono in primo piano dal punto di vista probatorio la testimonianza, la nar-

¹¹ Attualmente, forse, la relazione traumatica del processo penale con la ricerca della verità si annida nell'antinomia su cui si base (se monta) la dialettica processuale che, da un lato, promuove questa ricerca della verità e, dall'altro, pone come limite universale la tutela dei diritti individuali e delle garanzie costituzionali del sottoposto a giudizio. Si veda questo dilemma in ROXIN (2000b), p. 121.

¹² Par osservare alcuni problemi riferiti ai ricorsi storici della "cosiddetta" ricerca della verità nel processo penale, GÖSSEL (2002), pp. 57 ss.

¹³ Soprattutto perché, come ben ricorda Foucault, «da quando il Medioevo ha costruito, non senza difficoltà o lentezza, il grande procedimento di indagini giudiziarie, giudicare era stabilire la verità di un delitto». FOUCAULT (1976), p. 2.

¹⁴ Una lucida analisi sulle differenti conseguenze e relazioni tra le variazioni del concetto di verità in TARUFFO (2010), pp. 89 ss.

razione dell'accaduto. Questa narrazione doveva in primo luogo essere resa dai protagonisti (autore e vittima) e si trasformava nella grande ossessione del modello processuale inquisitorio. Per questa via, il rifiuto dell'autore del fatto a confessare doveva essere superato tramite un complesso e regolamentato sistema di applicazione del dolore (tortura).

Può legittimamente stupire che un sistema che non vedeva la tortura come un problema, evidentemente, avrebbe potuto concedersi vari lussi processuali, ma non si è mai osato abbandonare la ricerca della verità.

Al di là della sua enorme influenza nell'Europa centrale e il successivo spostamento della cultura inquisitoria in America Latina e nei Caraibi, questi punti di partenza si sono mantenuti persino sotto sistemi che oggi sono chiamati in modo diverso, come modelli misti, o accusatori formali, ecc.

Questo complesso scenario ha forse determinato la necessità di esigere silenziosamente l'elaborazione di concetti nello scenario della dogmatica penale che semplificassero al massimo non soltanto il processo logico di imputazione ma già la necessaria verifica nel mondo dei fatti, perfino per le esigenze degli standard probatori vigenti sin dall'illuminismo.

Come abbiamo già detto più sopra, se questa ipotesi non solo è plausibile ma anche corretta, allora il sistema processuale o sistema istruttorio come scenario istituzionale e il diritto processuale penale come scenario accademico non avrebbero incarnato il ruolo solamente strumentale tradizionalmente attribuitogli dalla scienza penale, ma, contrario, avrebbero dato forma alle regole politico criminali e alle necessità operative e di diretta punizione garantite velocemente da una scienza dogmatica che ha manifestato, probabilmente, un certo servilismo celato dietro pomposi riferimenti a regole ermeneutiche, a strutture logico-oggettive, a legami con teorie sistematiche, a teorie di giustificazione della pena, ecc.

Se ci viene perdonata la ripetizione, almeno per ciò che riguarda l'ambito dei principi e dei punti di partenza assiologici, ci sembra evidente che la scienza penale di conio europeo continentale continui a credere che il sistema penale complessivamente considerato debba essere orientato alla ricerca della verità. L'opinione dominante dei giuristi del nostro ambito culturale sembra aver chiaro ciò che rende lecite le domande successive è la risposta riguardo a ciò che è realmente avvenuto nel caso di vita concreto che attende una decisione istituzionale rispetto alle sue conseguenze. Se questa risposta iniziale non si incontra chiaramente sul piano di analisi, quasi tutto ciò che segue presenta una debolezza concettuale, metodologica ed etica proprio in un ambito della vita pubblica (il sistema penale) che necessita di questi presupposti in maniera assolutamente manifesta.

Come ricorda Roxin, «nel processo penale vige il principio di verità materiale e, per la sua scoperta, il principio di ricerca della prova, detto anche principio istruttorio o principio inquisitorio»¹⁵.

Secondo Hassemer, «il sistema razionale su cui si fonda il diritto tedesco della prova è quello della "verità materiale". Il caso addotto deve essere "verità" (e la sentenza che lo decide deve essere "giusta") e ciò equivale a dire che non deve essere fondato su dati che non esistevano e che non deve mancare nessuno di quelli rilevanti. A un caso "erroneamente" ricostruito può fare seguito solamente una sentenza "ingiusta", poiché questa avrà fornito soluzione ad un caso diverso da quello che realmente soggiace alla stessa. I modelli di comprensione scenica dovrebbero rendere possibile e assicurare che il giudice non sbagli nella formazione del suo convincimento. Risulta evidente che questa cosa non è facile da raggiungere con sicurezza... eppure, se le conoscenze sulla razionalità empirica della nostra cultura in generale e di quella giuridica in particolare sono corretti, non ci sembra che si possa formulare alcuna seria alternativa al principio in questione. Può forse il giudice basare la propria sentenza su un caso che non si è verificato? Il caso può forse contenere dati che non risultano comprovabili tramite i solidi strumenti della metodologia empirica, ma solo da un oroscopo o per rivelazione divina? Nel processo penale si deve produrre senza ombra di dubbio il "vero" presupposto di fatto»¹⁶.

In linea di principio, non ci sono dubbi nemmeno sul fatto che ciò che chiamiamo verità nell'ambito della giustizia penale e il modo di ottenere questa informazione presentino in questo contesto alcune particolarità. Ma, come ricorda Muñoz Conde, «ciò non vuol dire tuttavia che il processo penale debba rinunciare, per principio e sin dall'inizio, alla ricerca della verità materiale intesa nell'accezione tradizionale come *adecuatio rei et intellectus*, ma solamente

¹⁵ ROXIN, SCHÜNEMANN (2019), p. 170.

¹⁶ HASSEMER (1984), p. 182 ss.

che debba contemperare questa meta con i limiti che derivano non solo dalle stesse leggi della conoscenza ma anche dai diritti fondamentali riconosciuti nella Costituzione e dalle norme, dai formalismi e dalle “impurità” del processo penale»¹⁷.

Il potere della verità, il solo legittimante nello scenario dei sistemi giurisdizionali, è poco meno che indispensabile: «(...) le decisioni giudiziali (...) sono legittimate esclusivamente dal grado di “verità giudiziale” (...) delle motivazioni sui cui si basano; per il fatto di essere, in altri termini, non legislazione ma, giustamente, giurisdizione, ovvero pronuncia del diritto»¹⁸.

Perciò Ferrajoli ci ricorda che «si comprende così come il problema della verità non è solo un problema epistemologico, forse il più difficile e importante problema epistemologico della scienza giuridica. È al contempo un problema di filosofia politica e di teoria del reato; più esattamente un problema di teoria del garantismo. Esiste, in effetti, un legame tra la verità giudiziale, garanzie penali e processuali e legittimazione della giurisdizione»¹⁹.

Nel nostro stadio socio-culturale, almeno se questo è chiaro, non è agevole ammettere che sia possibile disporre una punizione basata su fatti che possano non essere reali, che possano non essere la verità.

Forse a questo punto dovremmo affrontare il problema di concordare un significato di verità quantomeno rispetto all'ambito di questa indagine. Sebbene sembri un po' impercettibile, dobbiamo far trasparire qui che, al di là dei dettagli di circostanza che *mutatis mutandi* potremmo invocare rispetto al concetto di verità, quando ci riferiamo a questa, senza altre aggiunte, stiamo facendo riferimento a ciò che, secondo il nostro linguaggio, intendiamo (seguendo Ferrajoli) per nozione semantica di verità. Come chiarisce lo stesso professore di Camerino: «dire che il termine “vero” associato all'asserzione di un fatto significa che questa corrisponde a ciò che è successo non solo è compatibile, come dice Tarski, con qualsiasi concezione del mondo e della conoscenza – realista, idealista, fenomenologica, scettica – ma non ci dice assolutamente nulla sui criteri di verità, vale a dire, sulle condizioni per assumere una asserzione come vera; e dire che accettiamo una tesi come vera “in base a ciò che sappiamo”, ovvero sulla base dei criteri della coerenza tra le informazioni che abbiamo a disposizione e della giustificazione della sua rilevanza e affidabilità, non ci dice assolutamente nulla sul significato del termine “vero”: quando chiediamo a un teste di dire la verità non gli stiamo chiedendo di essere coerente o persuasivo, ma che ci racconti ciò che è successo»²⁰.

In questo senso, dobbiamo riaffermare la necessità concettuale e sociale che il fatto e la verità riguardo al fatto costituiscano il perno di tutta l'amministrazione del caso sottoposto a giudizio come caso di rilievo penale.

In primo luogo, al di là di altri particolari, l'applicazione della legge penale per la sottoposizione a giudizio di un caso (uno dei fondamenti morali e istituzionali di maggiore rilievo del sistema di giustizia penale) non richiede solamente uno sforzo ermeneutico, per così dire “orizzontale” in ciò che si definisce la portata dell'ambito del proibito o comandato nel cardine di regolamentazione confrontata con la stessa portata semantica della norma e delle altre norme che eventualmente possano esercitare una influenza in una serie di casi connessi (ambito soltanto normativo). Ma è parimenti necessario, per questo compito ermeneutico, un lavoro “verticale” che costruisca un ponte che necessita al termine di ogni estremità due basi solide definite con attendibilità e precisione: la base normativa (quella della premessa generale) e la base fattuale (quella del presupposto di fatto). La base normativa deve superare il filtro di ragionevolezza e la base fattuale quello di verificabilità (verità)²¹. Entrambe le esigenze hanno alle spalle l'imperativo del principio di legalità.

Eppure, questa esigenza conoscitiva del sistema penale convive con serie difficoltà tanto del sistema dogmatico di imputazione quanto del sistema istruttorio nel poter accedere a questo riscontro empirico del fatto che si giudica. Non sempre è così, ma avviene spesso.

Questa indagine sorvola sull'idea che tanto il sistema processuale quanto il sistema di imputazione e l'attività legislativa che configura gli ambiti del divieto e del comando con conseguenze giuridico-penali hanno fatto l'impossibile per poter risolvere – o, quantomeno, nascondere – i problemi propri dell'accesso alla verità, correlati a modelli di indagine di reati francamente inadeguati.

¹⁷ MUÑOZ CONDE (2000), p. 96.

¹⁸ FERRAJOLI (2014), p. 448.

¹⁹ FERRAJOLI (2014), *op. cit.*

²⁰ FERRAJOLI (2014), *op. cit.*, p. 542.

²¹ Molto chiaro e ispiratore, BINDER (2021), p. 417 ss.

Ciò consente di ipotizzare la possibilità che il superamento dello standard probatorio sia stato delineato in una specie di agenda propria dell'evoluzione di queste tre aree.

Al di là di alcune necessarie riflessioni accessorie, non ci possiamo occupare in questa sede dell'intero percorso di contrasto o evitamento dei problemi probatori. Possiamo solamente aspirare a dimostrare che, rispetto all'evoluzione del sistema del fatto punibile o teoria del reato, in gran parte questo percorso si è giustificato per la necessità di facilitare l'accesso processuale alla convalida empirica dei fatti o del fatto che si giudica. Lo diremo con maggiore chiarezza: è possibile che ciò che ha ispirato le evoluzioni concettuali del sistema del fatto punibile a partire dalla stessa nascita in tempi moderni dagli scritti di von Liszt e Ernst Beling, non sia stato altro che andare ad agevolare gradualmente l'accertamento dei requisiti oggettivi e soggettivi per l'imputazione. Questo, in realtà, è il centro delle nostre preoccupazioni e ciò a cui ci dedicheremo.

Questa tendenza può essere ravvisata, come già anticipato, già quando si osserva che in gran parte quasi tutte le grandi decisioni metodologiche del sistema del fatto punibile sono andate ad agevolare il lavoro di riscontro processuale, e quasi mai il contrario. Si è trattato, nella maggior parte dei casi, di ridurre il novero dei requisiti probatori a favore di certe induzioni, presunzioni ecc.

5.

Garanzie?

Ebbene, a questo anticipo dello sviluppo di un'ipotesi così provocatoria ci si potrebbe opporre con forza, anche solo rammentando che un simile percorso storico-funzionale della dogmatica giuridico-penale non si sarebbe mai potuto verificare, né nella pratica né tanto meno nella teoria, principalmente perché ciò è incompatibile con un diritto penale limitato dagli effetti di un insieme di garanzie costituzionali²². Una dogmatica giuridico-penale che ha come funzione quella di manifestare nella sua espressione casistica un complesso quanto mai espressivo di limiti costituzionali, come il principio di sussidiarietà (di carattere frammentario), il principio di legalità, il principio di colpevolezza, il principio *in dubio pro reo*, il principio di materialità, il principio di proporzionalità, ecc., non potrebbe prestare attenzione a soddisfare le esigenze del sistema processuale penale e i suoi dilemmi di efficacia probatoria. Per dirlo in termini più colloquiali: il sistema della dogmatica giuridico-penale non potrebbe danzare a due ritmi nello stesso momento. Il ritmo delle garanzie ha una melodia molto diversa dal ritmo delle necessità politico criminali connesse con il superamento del livello dei requisiti di certezza probatoria.

È solo che, a ben considerare l'evoluzione del sistema del fatto punibile, dobbiamo dire giustamente che ha reso poco onore al compito di essere o di trasformarsi in una manifestazione sistematicamente organizzata dei limiti costituzionali.

Potremmo sostenere oggigiorno che il sistema del fatto punibile ha contribuito ad una limitazione socialmente adeguata al ricorso al potere penale? In verità, oggi sappiamo bene cosa vogliamo dire quando spieghiamo agli alunni che il diritto penale è frammentario, sussidiario ed *extrema ratio*? Senza dubbio, non si tratta di qualcosa di così evidente tanto quanto è ripetuto²³. Come bene oggi si chiede una parte della dottrina: «frammenti di che? Sussidiario rispetto a che cosa? *Ultima ratio* in relazione a quali altre *rationes*? Si tratta di questioni molto semplici su cui, di contro, giurisprudenza e dogmatica forniscono solo scarse conoscenze. Il fatto che questa mancanza di chiarezza non sembri turbare nessuno fa sorgere il sospetto che, nella migliore delle ipotesi, siamo di fronte a posizioni programmatiche».

Per esempio, possiamo dire oggi che il principio di colpevolezza trovi un rifugio adeguato nel sistema del fatto punibile? La risposta affermativa sarebbe molto azzardata, basti soltanto un esempio di un autore normalmente molto preoccupato dei limiti del diritto penale. Secondo Schünemann, nell'ambito di un richiamo alla tendenza della nuova giurisprudenza del Tribunale Supremo tedesco che ascrive le condotte realizzate da un'organizzazione strutturata gerarchicamente al capo della stessa, «se si analizza con freddezza, un simile diritto penale è, più che irrazionale, sconsiderato – di contro, è facile da maneggiare e sembra generalmente “fare centro” (ovvero, aver emesso la decisione fondamentale rispetto alla produzione dell'av-

²² Vedi, per tutti, BACIGALUPO (1999), p. 231.

²³ Vedi PRITZWITZ (2000), p. 427 ss.

venimento indesiderato). Questo involgarimento del lato soggettivo dell'imputazione implica in verità un parziale soppiantamento del principio di colpevolezza, la cui osservanza non solo è irrinunciabile per la legittimazione della pena rispetto all'interessato, ma anche per una concezione che vede nel diritto penale un mezzo appropriato in una società razionale *strictu sensu*, dato che il comportamento incolpevole non è evitabile mediante pianificazione e, per questa ragione, non si può neanche evitare con successo mediante la minaccia dell'irrogazione di una pena»²⁴.

Eppure, immediatamente dopo una dichiarazione di principio così forte, con un realismo sorprendente lo stesso autore chiarisce «tuttavia, un diritto penale ideale della colpevolezza si ravvisa ipotecendo quanto attiene alla validità della sua sanzione con enormi problemi di prova, per cui è discutibile dal punto di vista della sua razionalità strumentale»²⁵.

Allora, stando a ciò, ne deriverebbe la deprimente sensazione che le garanzie costituzionali valgono nella misura in cui non siano antisistematiche per quanto riguarda le esigenze connesse ad uno specifico standard probatorio. Detto in maniera più aspra, sarà compito del sistema del fatto punibile interpretare le conseguenze delle garanzie e dei limiti costituzionali in modo che non generino *eccessiva impunità*. A questo problema, precisamente, voglio far riferimento in ciò che segue.

6.

Un sistema negativo di accertamento: è innocente?

Come stiamo vedendo, ci sono buone ragioni per pensare che non sia stata una causalità che, nella stessa evoluzione del sistema del fatto punibile e delle sue conseguenze dogmatiche per la soluzione del problema che la filosofia anglosassone chiama *casi difficili*, si ravvisi sempre una tendenza ad agevolare il superamento dell'esigenza probatoria posta dal sistema istruttorio. Di ciò ci sono, purtroppo, diversi esempi.

Un primo scenario per pensare che l'evoluzione del sistema dogmatico di imputazione giuridico penale abbia sempre tenuto conto delle necessità probatorie, con eccessive implicazioni rispetto all'efficacia del sistema di giustizia penale, è identificabile già nella stessa configurazione dialettica, nello stesso metodo, del sistema della teoria del reato.

Eppure, è ragionevole chiederci qui la ragione per cui la via argomentativa delle garanzie, per esempio, dei testi costituzionali non ha avuto l'intensità necessaria per trasformarsi nella potente forza motrice delle evoluzioni del sistema dogmatico della teoria del reato.

Il problema è complesso e la risposta non può prescindere da un'attenta considerazione della relativa indifferenza che la scienza penale tedesca che si è occupata della dogmatica penale ha riservato all'argomentazione attraverso il sistema delle garanzie costituzionali. La spiegazione deve sottolineare che prima che facesse la sua comparsa, molto di recente, un testo costituzionale con "*chances*" di influire su questo tipo di evoluzioni, la filosofia, l'etica e la scienza giuridica tedesca già avevano raggiunto, senza alcun ausilio costituzionale, una maturità e una precisione degne di encomio²⁶.

Quando ripetiamo instancabilmente che il percorso del sistema di imputazione della teoria del fatto punibile rende agevole dimostrare che siamo in presenza di un'azione tipica, antiggiuridica, colpevole e punibile, questo è, in parte, falso. Per lo meno per quanto riguarda le categorie dell'azione, dell'antigiuridicità, della colpevolezza e della punibilità (vale a dire, quasi tutte), il modello funziona in modo inverso a quanto richiederebbe un sistema di accertamento e verifica attivo: in linea di principio ci sono l'azione, l'antigiuridicità, la colpevolezza e la punibilità, salvo si dimostri in quel caso uno degli specifici presupposti che rendono possibile ostacolare l'attribuzione di ciò che ogni categoria sistematica intende attribuire.

Soltanto di fronte all'evidenza di una circostanza che esclude l'azione, di una causa di giustificazione, di un errore sul precetto o di una causa esimente avviene che l'interprete è

²⁴ Vedi SCHÜNEMANN (2012), p. 65.

²⁵ *Op. cit.*

²⁶ Come lo descrive Tiedemann: «L'influenza del diritto costituzionale e, soprattutto, delle norme costituzionali a garanzia dei diritti umani, è stata rilevante negli anni successivi all'entrata in vigore della Legge Fondamentale tedesca del 1949 e, in particolare, a partire dalla creazione del Tribunale Costituzionale Federale (TCF) nel 1951. Mentre le costituzioni tedesche precedenti, così come la Dichiarazione francese dei Diritti Umani del 1789 si indirizzavano solo ai legislatori e non avevano un carattere politico, la Legge Fondamentale ha introdotto 'cataloghi' di garanzie individuali destinate ad essere *self-executing*, limitando in maniera diretta e, in senso giuridico, tutti i poteri dello Stato». Si veda TIEDEMANN (1994), p. 59 ss.

autorizzato a mettere in discussione l'inesistenza della rilevanza sistematica del fatto che si connette a ciascuna categoria. Da questo tipo di affermazioni a pensare che il dubbio sia uno scenario non di successo ma di fallimento per l'imputato c'è solo un passo ed è molto breve.

Ma non solo, ci sono anche inversioni dell'onere probatorio che transitano da una categoria all'altra: cosa altrimenti avrebbe affermato Welzel con la dettagliata spiegazione per cui la tipicità già includeva un "indizio di anti giuridicità?"²⁷.

Travalicherebbe i limiti di questo lavoro soffermarsi sulle reali possibilità del sistema di imputazione al momento presente, o anche in futuro, di generare sistemi positivi di accertamento di ogni istruzione dogmatica parziale in ogni categoria. Al solo pensiero che la scienza del diritto penale attuale dovrebbe sviluppare, per esempio, un sistema attivo di accertamento rispetto ai casi in cui c'è un'azione come fenomeno che rende possibile legislativamente l'attribuzione personale a un cittadino ci pervade una tendenza al pessimismo su questo argomento; lo stesso ci accade se pensiamo all'attribuzione di una simile coscienza potenziale all'anti giuridicità; ma ciò non deve celare che tra un modello e l'altro ci sono solo vantaggi (probatori) per la tesi dell'accusa nel quadro del sistema istruttorio penale.

Chi crede che alla diagnosi si attribuisca un'importanza esagerata, in quanto nell'ambito del riscontro della tipicità come oggetto del divieto o del comando l'accertamento, al contrario, avviene in positivo, non dovrebbe festeggiare anzitempo: anche lì, ma per altre ragioni, il sistema ha sviluppato la medesima capacità di eludere le esigenze probatorie ledendo il principio *in dubio pro reo*; senza andare troppo lontano, questo è stato il costo del giudizio ipotetico proposto dalla teoria del comportamento alternativo lecito e le istruzioni probatorie più rassicuranti derivanti da una sconsiderata teoria dell'aumento del rischio.

7.

Il passaggio dal sistema classico al sistema finalista.

È ormai usuale ripetere la storia ufficiale sulle ragioni della grande rivoluzione sistematica rappresentata dalla irruzione del finalismo. È indubbio che la produzione filosofica di Welzel ha contribuito affinché noi penalisti prestassimo attenzione non solo al posto in cui si colloca il dolo, ma anche al complesso fondamento gius-filosofico che il professore di Bonn poneva come punto di partenza. È anche probabilmente sicuro che l'edificio sistematico, sotto il nuovo modello, avrebbe acquisito una indiscutibile razionalità. Eppure, gli effetti specifici sulla soluzione dei casi giustificavano la terribile pubblicità fatta a tale cambiamento? Forse no, se uno non lo riferisce al caso dell'errore di diritto evitabile, sui presupposti oggettivi della causa di giustificazione, quando non è prevista la responsabilità colposa, una dimensione che storicamente, in verità, è insussistente²⁸.

Eppure, se il cambiamento non si manifestava sul piano delle conseguenze del modello concettuale della irrogazione della pena, dove si incontrava? Probabilmente il secondo cambiamento, meno visibile ma forse molto più importante, si deve ravvisare nel fatto che adesso non era più necessario provare una conoscenza attuale rispetto all'anti giuridicità, ma bastava quella potenziale. Trasferendo il dolo e la sua attualità nell'ambito della tipicità, la prova della coscienza dell'anti giuridicità ha raggiunto una notevole semplificazione.

Il finalismo indubbiamente ha comportato un rilassamento dell'ambito soggettivo rispetto al quale richiediamo "attualità". Tuttavia, questa conseguenza è stata confusa come impatto sistematico dell'evoluzione.

Con ciò non si vuole affermare che questo sia stato l'obiettivo, ma solo sottolineare per adesso che la conseguenza principale del tanto nobile salto dal causalismo al finalismo non è stato sistematico-concettuale, ma probatorio.

²⁷ Si veda WELZEL (1956), p. 86, in maniera molto chiara: *Chi agisce in maniera conforme al tipo agisce, in linea di principio, anti giuridicamente*. Poiché il tipo intercetta l'ingiustizia penale, dall'integrazione del tipo oggettivo e soggettivo nasce, in linea di massima, l'anti giuridicità del fatto; cosicché è *superfluo un altro fondamento positivo* dell'anti giuridicità. Questa relazione della conformità al tipo con l'anti giuridicità si è caratterizzata chiamando la conformità al tipo "indizio" dell'anti giuridicità. Nel momento in cui esiste questa relazione, sorge un problema solamente nei casi in cui l'anti giuridicità, questa volta *eccezionalmente* è esclusa, nonostante sussista la conformità al tipo: per esempio, perché l'autore ha agito in legittima difesa o con il consenso del danneggiato. In tali situazioni eccezionali, la condotta conforme al tipo è conforme al diritto. Perciò, in questo caso, l'anti giuridicità può essere verificata mediante un procedimento negativo, vale a dire, stabilendo che non esistono presupposti di giustificazione come legittima difesa, autotutela, consenso ecc.

²⁸ Vedi SANCINETTI (1990), pp. 1 ss.

8. L'evoluzione del dolo.

Le esigenze probatorie legate all'accertamento dei profili soggettivi del fatto sono sempre state un grave problema per un sistema istruttorio con una tradizionale incapacità di analizzare già le semplici manifestazioni esterne. Non credo costituirebbe una cospirazione azzardare l'ipotesi secondo cui a ciò è dovuta la continua evoluzione del concetto di dolo nella dogmatica moderna, che, se ha mantenuto qualche punto fermo, questo coincide proprio con la ricerca della semplificazione probatoria. Non è possibile fare un resoconto completo di questa evoluzione che, del resto, è abbastanza nota: dall'enorme indebolimento sistematico del dolo che determinò, nel passaggio tra causalismo e finalismo, l'eliminazione del giudizio di anti-giuridicità come oggetto di riferimento, si è passati, negli ultimi 30 anni, a mettere in discussione la tradizionale definizione del tipo soggettivo della tipicità come rappresentazione e volontà per (addirittura con richiami garantistici a Ulpiano: *cogitationis poenam nemo patitur*) circoscrivere l'attribuzione alla mera rappresentazione e, negli ultimi anni, cominciare a instillare l'idea che, accettati determinati livelli di rischio, allora la stessa dimostrazione della rappresentazione sarebbe superflua.

Non sussiste alcun dubbio che questa evoluzione abbia conseguenze sull'attività del Pubblico Ministero tanto quanto qualsiasi aumento del *budget* destinato alle attività della procura.

Ciò ci induce a chiederci quanto c'è di certo al momento di definire le note esigenze del principio di colpevolezza e l'ideale scientifico sempre riferito all'idea che le norme (almeno quelle che stabiliscono obblighi, da attuare o da omettere) abbiano una funzione comunicativa e di orientamento.

Senza una dimostrazione che il soggetto sa che con il proprio comportamento ha fatto ingresso nell'ambito fattuale che attiva la funzione regolatrice della norma (ciò che era assicurato dall'istanza del dolo), non vi è alcuna comunicazione né, tanto meno, attività di orientamento normativo rispetto al cittadino.

A prescindere da quanto riferito fin qui, il dolo ha continuato ad essere un problema, motivo per cui l'ultima allusione allo sviluppo del concetto di dolo da parte dei dogmatici rispetto al processo penale e alle sue necessità è avvenuta negli ultimi quindici anni e ha il suo riscontro più evidente nella monumentale indagine di Ragués I Vallès su *“il dolo e la sua prova nel processo penale”*²⁹.

Per questo autore, tutto quello che non potrebbe determinarsi processualmente non sarebbe neppure meritevole di essere incluso nel concetto iniziale.

È chiaro che ciò equivale a dire che i concetti iniziali vanno a definirsi in linea con la propria determinabilità processuale. Tuttavia, se è così, il concetto sarà costituito o influenzato per ragioni proprie del processo di accertamento. E ciò è discutibile.

La visione critica, bisogna dirlo, muove dall'affermazione che “concetto” e “prova” possono e devono essere separati. Per esempio, Volk è abbastanza scettico di fronte a questa differenziazione: «questa differenza non è obbligatoria né evidente. In numerosi campi della conoscenza non si può lavorare in questo modo. In quegli ambiti è il procedimento della prova ciò che decide sull'esistenza di certi fenomeni (numeri, stelle, particelle elementari ecc.). Ciò nonostante, i giuristi considerano “ciò che è giusto” concettualmente più importante del problema della sua realizzazione e della sua prova»³⁰.

Il commento di Volk è senza dubbio provocatorio, eppure, in lui si confondono le similitudini e le differenze degli ambiti scientifici che adduce come esempio. “Scienza giuridico-penale” e “scienze dure” hanno qualcosa in comune: anche nelle scienze dure il concetto è antecedente, come minimo cronologicamente, all'accertamento empirico: diversamente, non sarebbe possibile definire l'ambito metodologico del processo di verificabilità. Vale a dire, la prova si saggia soltanto su un concetto che, come idea, è nato prima della sua verifica. Il processo empirico è inimmaginabile a prescindere dal termine di riferimento. Già questo dimostra, per tutte le scienze, che “concetto” e “prova” devono separarsi. Il concetto di cigno bianco deve essere nato prima del conteggio di ciascuno dei componenti di questo gruppo e la verifica che non ce n'è uno solo che sia nero. Se il percorso scientifico successivamente incorre nell'impossibilità di dimostrare che effettivamente tutti sono bianchi, ciò non dice nulla riguardo al concetto stesso.

²⁹ RAGUÉS I VALLÈS (1999), p. 363.

³⁰ VOLK (2007), p. 150 ss.

Eppure, ciò che è più significativo sono le differenze. Nella scienza giuridico-penale il passaggio tra fatti e prova è guidato da un insieme di garanzie costituzionali. Se quello che la scienza definisce come dolo e che include rappresentazione e volontà, dopo che non può essere provato, si trasforma – tenendo conto di questo problema di efficacia nell'irrogazione della sanzione – in un nuovo dolo, che però adesso include solo la rappresentazione, non soltanto ho stabilito un dialogo tra concetto e prova, ma ho fatto sì che l'imputazione, che prima era un disastro, adesso magicamente sia un successo.

Nella sua importante indagine dottorale sul dolo eventuale, Pérez Barberá descrive due tentativi concettuali di definire il dolo eventuale “a partire dalle difficoltà probatorie”³¹, riferibili alle tesi di Hruschka y Hassemer. Il primo cerca di obiettare che il dolo sia un fatto e, pertanto, che non sia qualcosa che si debba verificare, mentre Hassemer sostiene che il dolo, a suo giudizio, è un fatto interno “non osservabile”³².

Non è questo il luogo per intromettersi in questo dibattito, ma per segnalare cosa sta succedendo: per una via o per l'altra si cerca di offrire soluzioni al processo penale, ora argomentative, ora concettuali, che abbiano chiaramente effetti tranquillizzanti dal punto di vista probatorio.

9.

La trasformazione del concetto di autore.

Come sappiamo, la teoria dell'autoria è stata una di quelle che ha subito maggiori trasformazioni nel corso dell'evoluzione del sistema del fatto punibile.

Nell'ambito della sfida che consisteva nel trarre dei risultati dalla teoria del dominio del fatto per la soluzione di casi complessi o di rilievo politico-criminale, la dogmatica giuridico penale aveva già immolato delle vittime al sistema di giustizia proprio del mondo processuale: le stesse necessità dei crimini del nazionalismo tedesco giustificarono lo sviluppo del concetto di autoria per dominio soggettivo di un apparato di potere. Che il concetto porti un'enorme carica di energia politicamente corretta non può far dimenticare che già in questo caso si trattava di sollevare il sistema istruttorio dalla responsabilità di dimostrare, dal punto di vista probatorio, il collegamento tra coloro che erano a capo dell'apparato di potere e lo specifico fatto oggetto di attribuzione: qualcosa che oggi ci sembra naturale ma che, dobbiamo convenire, si trattava del perno del sistema di giustizia penale.

Tuttavia, questo modello poteva risolvere la prova in alcuni casi ma non in alcune ipotesi speciali di reato. Come sappiamo, nei reati che presuppongono la violazione di un dovere³³ la forma esterna dell'intervento è indifferente³⁴.

È chiaro che, se la forma esterna del fatto non rileva³⁵, allora sarà molto più semplice configurare un quadro probatorio convincente: oggetto della prova è solo la posizione che ricopre, per esempio, il funzionario, e nulla più.

Uno strumento concettuale che, in un contesto di tradizionale inefficacia dei sistemi di istruzione nell'indagine dei delitti di corruzione dei funzionari pubblici, diventa indispensabile. Una nuova dimostrazione di un sistema dogmatico che produce evoluzioni concettuali pensando al loro impatto probatorio-processuale.

L'evoluzione appena richiamata sul concetto di autoria ha agevolato un'altra grande trasformazione non soltanto espansiva, ma, addirittura, di superamento dello standard probatorio: trasformare imputazioni per comportamenti attivi in imputazioni per comportamenti omissivi. Ciò genera un enorme impatto processuale, in primo luogo in termini di esigenze probatorie. È indubbio che di fronte alle difficoltà che comporta dimostrare che “X” ha determinato il decorso lesivo, molto più semplice è dimostrare che il soggetto non lo ha evitato in qualità di garante. In realtà, si tratta quasi di un'inversione dell'onere della prova.

Tuttavia, l'impatto è duplice: la confusione concettuale, sebbene presentata in maniera meticolosa, tra imputazioni commissive e imputazioni omissive, genera in modo indubbio una tremenda incertezza del fatto quando si tratta di imputazione processuale e una rilevante violazione del principio di correlazione: nessuno si difende allo stesso modo da una imputazione

³¹ PÉREZ BARBERÁ (2011), p. 585.

³² PÉREZ BARBERÁ (2011), *op. cit.*

³³ Su questo punto si veda BACIGALUPO (2007), p. 22 ss.

³⁴ ROXIN (1998), p. 412.

³⁵ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES (2002), p. 32.

omissiva o commissiva.

10. La crisi del dogma della causalità: la causalità non dimostrata e le ragioni dell'origine della imputazione obiettiva.

La causalità è sempre stata intesa per molto tempo come un elemento essenziale dei tipi penali. Il pensiero classico trovava adeguato riflesso in English: “lesione degli interessi e messa in pericolo degli interessi trovano il proprio substrato reale, in generale, nella produzione (causazione) di modificazioni nel mondo esteriore (speciale o estraneo rispetto a quello psichico)”³⁶.

Attraverso il fondamentale lavoro di Keufmann, tempestivamente tradotto in spagnolo, abbiamo appreso la portata di un'affermazione rilevante nell'evoluzione della crisi del dogma causale, fino a quel momento dominante, e dell'incipiente evoluzione parallela della teoria dell'imputazione oggettiva³⁷.

In questo caso, in verità, il primo di una serie molto importate di ipotesi simili in Germania, Spagna e Italia³⁸, è stato sottoposto ad analisi – tra gli altri temi – che cosa fare nei casi in cui le informazioni derivanti dalle scienze ausiliarie possono aiutarci a determinare la certezza tra determinati fattori di rischio e l'enorme quantità di risultati inutili sottoposti a processo. In definitiva, la tanto consolidata idea della causalità obbligava il sistema penale ad uno standard probatorio, ad un'idea di certezza, francamente impossibile da sostenere empiricamente. Ad un attento lettore, il futuro già stava diventando visibile: gradualmente si sarebbero abbandonate le classiche teorie causali. Ciò che non è suscettibile di prova smette di essere un'esigenza concettuale, direbbe l'assioma di moda. *Il rischio ex ante richiama semplicemente una prognosi, la causalità ex post esige un sistema probatorio.*

In futuro tutto sarebbe stato più semplice, le teorie del rischio (di cui si nutre la teoria dell'imputazione oggettiva) probabilmente non richiedono l'accertamento scientifico di una teoria della causalità generale. Il concetto di pericolo o di rischio rinvia, giustamente, a ciò su cui esiste una percentuale di mancata conoscenza, di sorpresa, di assenza di dominio; l'idea di rischio cerca di imputare anche senza sapere se il processo lesivo avrebbe effettivamente cagionato il danno.

Ciò, probabilmente, spiega l'enorme sviluppo del diritto penale del prodotto sotto l'egida delle moderne teorie non causali dell'imputazione e, soprattutto, l'enorme fascino che queste teorie hanno esercitato sugli operatori giudiziari.

11. Le formule ipotetiche delle teorie della causalità di fronte alle teorie dell'aumento del rischio.

Un esempio degno di nota di come l'evoluzione della dogmatica penale abbia avuto come obiettivo operativo la soluzione di difficoltà probatorie del processo e, per tale motivo, abbia sostituito concetti che hanno agevolato l'imputazione in caso di “prova difficile” si rintraccia, sempre nell'ambito della teoria dell'imputazione obiettiva, nello sviluppo del criterio di imputazione del comportamento alternativo lecito. Lì, a fronte della posizione che fa dipendere l'imputazione dalla risposta data dal giudizio ipotetico, risposta che richiedeva di verificare almeno che con una probabilità al limite della certezza il risultato sarebbe stato evitato. Roxin, in particolare, ha suggerito di prescindere da questo gioco di ipotesi mediante la teoria dell'aumento del rischio.

Il diritto penale, abbandonando le ipotesi³⁹, va rinunciando all'arduo compito di accertare se il soggetto effettivamente abbia peggiorato lo scenario di sopravvivenza dei beni⁴⁰. Siamo di nuovo di fronte a una tendenza che agevola il difficile percorso probatorio ma, ovviamente, con chiari effetti sul già compromesso *favor rei*.

³⁶ ENGLISH (2008), p. 23.

³⁷ Auto LG Aachen del 18 de febrero de 1970. KAUFMANN (1973), p. 569.

³⁸ Per una interessante revisione e analisi di questo processo giurisprudenziale a livello globale può vedersi, per tutti, SARRABAYROUSE (2007), pp. 35 ss.

³⁹ Su questo problema, SANCINETTI (2008), p. 1579 ss., e SANCINETTI (2009), pp. 501 ss.

⁴⁰ Vedi, sebbene con diversa valutazione del problema, SAMSON (2003), pp. 21 ss.

12. Oltre l'etica scientifica della dogmatica penale: è necessario includere questa preoccupazione esterna, o si tratta di ambiti in cui può avere parola la parte speciale? Le anticipazioni, il giudizio su fatti successivi e i delitti di sospetto.

Senza dubbio, tutti ci potremmo aspettare una conclusione schiacciante, che esprima un giudizio di valore sul fatto che sia positivo o negativo che l'evoluzione scientifica della dogmatica giuridico-penale prenda come impulso ciclico la necessità di eludere complesse esigenze probatorie⁴¹. Sennonché, possiamo solamente esprimere la nostra preoccupazione e, in ogni caso, sottolineare la necessità che queste coincidenze vengano indagate al fine di individuare i modelli e, successivamente, metterli in discussione.

Eppure, la tendenza verso una visione critica, che in verità non possiamo nascondere, si approfondisce quando si rammenta che la scienza penale, o, in generale, il diritto penale, ricerca e, normalmente, consegue questi obiettivi di aggirare gli ostacoli delle esigenze o degli standard probatori attraverso specifiche politiche legislative, che di solito definiscono le tipologie illecite tenendo presente la necessità di liberare l'imputazione e la stessa condanna da complesse operazioni di ricostruzione storica. Il fenomeno non è nuovo, solo che adesso si invita a osservarlo dal punto di vista cui il lavoro è improntato.

Tutto ciò che ci siamo abituati a denominare, seguendo in questo punto Jakobs⁴², come anticipazioni della criminalizzazione a stadi precedenti alla lesione di beni giuridici, è stato rivolto a garantire imputazioni con standard probatori piuttosto bassi, per lo meno negli ambiti prossimi alla lesione. Un esempio classico lo incontriamo nei reati di pericolo astratto, che già nella scienza dominante vengono definiti come quelli che prescindono dalla dimostrazione del pericolo nel caso concreto⁴³: come sappiamo, qui è sufficiente l'attribuzione del carattere pericoloso a una categoria di azioni e, in ogni caso, il carattere pericoloso di questa classe di azioni passerà dall'essere un'esigenza probatoria nel processo a una condizione di legittimità dell'intervento legislativo. Non c'è dubbio che la legittimità di queste tipologie sia stata motivo di accese discussioni⁴⁴.

Non si tratta solo di anticipazioni, ma anche di incriminazione nello stadio successivo: un chiaro esempio è costituito, nell'ambito del diritto penale argentino, dalla controversa figura dell'arricchimento illecito, che, per stessa ammissione del suo ispiratore Ricardo Nuñez, professore di Cordoba in Argentina, sappiamo che è nata dalla certezza – carica di rassegnazione – che era quasi impossibile provare i fatti costitutivi di corruzione passiva o attiva nell'ambito dei delitti dei pubblici ufficiali. Ciò faceva nascere la necessità di questa specie, per dirla con le parole dello stesso autore argentino, “*juicio de residencia*”⁴⁵.

Dall'altro lato, il legislatore ha affrontato la “mancanza di certezza” nel cosiddetto omicidio durante la rissa: dice l'art. 95 del Codice Penale Argentino «quando in una rissa o aggressione in cui prendano parte più di due persone, risultano la morte o lesioni di quelle determinate agli articoli 90 e 91, senza che costi chi siano coloro che le hanno causate, saranno considerati autori tutti coloro che hanno esercitato violenza sulla persona dell'offeso e si applicherà la reclusione o l'arresto da due a sei anni in caso di morte, e da uno a quattro anni in caso di lesione»⁴⁶.

Ripercorrendo questi percorsi al di là della critica costituzionale o politico criminale, non sembra che sia molto salutare coniugare questo modello con una scienza penale che struttura i

⁴¹ Sebbene in verità, per poter arrivare con lucidità al momento di questa decisione, prima bisogna abbandonare una certa visione abbastanza ingenua della discussione sul ruolo della dogmatica giuridico-penale. Impostazioni come quella che qui si critica possono scorgersi, per esempio, in ZACZYK (2010), pp. 195 ss. Non stiamo dicendo che lì si incontrino in maniera esplicita espressioni cui debbano muoversi obiezioni *su due piedi*, ma, semmai, non sarebbe ragionevole al giorno d'oggi, al momento di riflettere sul ruolo della dogmatica giuridico penale a prescindere dalla sua funzione di agevolare l'accesso giurisdizionale a un esasperato “standard probatorio”.

⁴² JAKOBS (1997), p. 295.

⁴³ Vedi, per tutti, ROXIN (1997), p. 336.

⁴⁴ A favore, SCHÜNEMANN (2006), p. 63 e ss.; KINDHÄUSER (2009). Contrari, HASSEMER, MUÑOZ CONDE (1995). Sul punto anche Mendoza Buergo: «il disvalore oggettivo materiale dell'azione pericolosa costituisce l'elemento centrale della costruzione del tipo di illecito. Conseguentemente, è possibile anticipare la tutela penale in modo legittimo solamente nel momento in cui si possa apprezzare che il comportamento proibito è obiettivamente capace di colpire un bene giuridico; tenendo inoltre in considerazione le esigenze proprie dell'attribuzione di responsabilità penale, ciò non deve determinarsi in astratto per l'appartenenza ad una classe di azioni, ma è necessario che sia evidente tale pericolosità obiettiva almeno al momento di porre in essere la condotta». MENDOZA BUERGO (2002), p. 68.

⁴⁵ Sull'origine della figura nel diritto penale argentino si veda BRUZZONE, GULLCO (2005), p. 92.

⁴⁶ Sebbene anche questo percorso normativo è stato sospettato di incostituzionalità.

propri concetti di imputazione assumendo come perno il riferimento all'attuabilità probatoria. Sembra in ogni caso maggiormente legittimo che sia proprio il legislatore colui che decida fin dove in questo pericoloso cammino debba spingersi. O, semmai, è molto peggio che il cammino lo intraprendano tanto la legge quanto la scienza.

In modo drammaticamente sincero, è stato Volk colui che ha attribuito la responsabilità al legislatore: «dato che tutti gli strumenti processuali sono già a disposizione e la massima *in dubio pro reo* non può essere modificata, l'agevolazione della possibilità di provare può essere raggiunta soltanto mediante la deroga – pura e semplice – agli elementi propri del diritto sostanziale che sono di difficile prova. Si tratta di una strategia sperimentata da tempo, di cui si è abbondantemente servito il diritto penale dell'economia tedesco dal 1976». Volk adduce come esempio il par. 264 del StGB – truffa in sovvenzioni – in cui si è derogato a più di un elemento tipico e i casi di imprudenza grave originati dalla difficoltà probatoria del dolo. Per Volk, «non esiste un metodo migliore per accogliere invano la massima *in dubio pro reo*: su un elemento del tipo che già non esiste perché è stato derogato non si possono più avere dubbi»⁴⁷.

Questo è sicuro: se la tendenza ha già pervaso l'attività del legislatore, la dogmatica giuridico-penale dovrebbe essere maggiormente preoccupata di rintracciare i limiti di legittimità di queste semplificazioni dei processi di sussunzione che non di potenziare ancora oltre questo tipo di straripamenti.

13. Il colmo del normativismo?

Come sappiamo, da poco più di trent'anni la dogmatica giuridico-penale è entrata in una fase in cui è andata sganciandosi con forza da ogni ancoraggio ontologico. Fase che, liberata dalle penne di Roxin e Jakobs, ci siamo abituati a chiamare “normativista”. Nessuno potrebbe dire che i due modelli siano identici; al contrario, in ciascuno di questi due percorsi si annidano punti di partenza e obiettivi diametralmente opposti. L'impostazione di Roxin parte da un sistema aperto e quello di Jakobs da uno chiuso, autoreferenziale.

In un lavoro di straordinaria importanza, il professore Mir Puig ha dimostrato che alcune di queste impostazioni normativiste (in particolare quella di Jakobs) non sono scientificamente necessarie e privano il diritto penale di limiti⁴⁸.

In questo scritto, il professore di Barcellona cerca di rintracciare questi limiti giovandosi dei lavori del filosofo Searle sulla costruzione della realtà sociale⁴⁹.

Dall'impostazione di Searle, Mir Puig trae le seguenti considerazioni: «1) Ogni fatto sociale, incluso il più complesso, come quelli istituzionali, richiede qualche fondamento materiale. Con la terminologia che siamo soliti utilizzare noi penalisti: non c'è nulla di puramente normativo. 2) Tutti i fatti istituzionali hanno una componente normativa, poiché presuppongono regole costitutive che sono quelle che attribuiscono il loro specifico significato. 3) Le norme giuridiche sono fatti istituzionali creati dai legislatori che a propria volta operano come regole costitutive di altri fatti istituzionali, come l'attribuzione della qualifica di reato a determinate condotte, che possono però (e generalmente crediamo che debbano) operare anche come norme regolative che cercano di incidere empiricamente (e non solo simbolicamente) sui comportamenti materiali e sociali dei cittadini. 4) Gli esseri umani sono il supporto materiale e mentale dei fatti sociali, inclusi quelli istituzionali, la cui stessa esistenza si deve all'accordo degli esseri umani»⁵⁰.

Si genera un percorso di limitazione dell'ambito universale di intervento del diritto penale condizionato da ciò che chiamiamo “realtà sociale”.

Ciò ha conseguenze visibili, per dirlo nuovamente con le stesse parole di Mir Puig: «Se il diritto penale deve essere a servizio degli esseri umani, dovrà proteggere i loro reali interessi, che siano direttamente vincolati alla sfera individuale – come la vita, l'integrità fisica, la libertà sessuale, il patrimonio, ecc. – o siano mediati dalle istituzioni da cui dipendono gli interessi individuali – come l'amministrazione della giustizia o altre istituzioni statali. I beni giuridici penali devono essere visti come concretizzazioni di questi interessi concreti degli individui,

⁴⁷ Vedi VOLK (2007), p. 158.

⁴⁸ MIR PUIG, (2005), p. 371.

⁴⁹ Cfr. SEARLE (1997).

⁵⁰ MIR PUIG (2005), p. 379 ss.

diretti o indiretti che, per la loro fondamentale importanza, meritano la massima protezione che implica il diritto penale. Così inteso, si deve individuare il riferimento essenziale per determinare la funzione del diritto penale in uno Stato sociale e democratico di diritto»⁵¹.

Eppure, è possibile pensare che, nel quadro di tutto questo sforzo appena descritto per attribuire al diritto penale un insieme di limiti razionali, ci siano buone ragioni per ritenere che non si dovrebbe sopportare di buon grado un percorso argomentativo che assegni come nuova dimensione del normativismo la sua realizzabilità probatoria. Vale a dire, in questo modo si inciderebbe su due livelli: in primo luogo, si attribuirebbe il concetto a un settore della realtà senza tenere in considerazione i limiti propri di questa realtà; in secondo luogo, il normativismo influirebbe in via ulteriore anche nel momento in cui si torni a manomettere quel concetto, la cui connessione ontologica è già stata alterata, per rimuovere le dimensioni che rendono difficile il suo passaggio probatorio o processuale.

Qualcosa che potremmo definire “il colmo del normativismo”?

14. Di cosa si parla quando si parla di un sistema integrale di diritto penale?

Negli ultimi anni si va proponendo, sotto la suggestiva premessa di *una determinata forma di fare dogmatica, a cavallo tra il diritto penale sostanziale, il diritto penale processuale e il diritto costituzionale*, lo sviluppo di un sistema integrale di diritto penale. La proposta si converte inizialmente in un'idea altamente suggestiva e, al tempo stesso, instilla il timore che si tratti nuovamente di costruire un sistema dogmatico che, in prima misura, abbia l'obiettivo principale di agevolare con il passaggio probatorio del “caso difficile”.

Il problema è stato correttamente definito da Silva Sánchez: «il sistema della teoria del reato è, ancora, insufficientemente aperto. Non solo, in primo luogo, per l'insufficiente apertura ai gruppi di casi problematici; non solo, in secondo luogo, per l'insufficiente apertura alle frontiere indistinte dei concetti; ma anche, in terzo luogo, per l'insufficiente apertura a quello che succede al di là del Rubicone della colpevolezza. E si concorderà che quest'ultimo non è altro che un'evidenza che si manifesta nell'incapacità della teoria del reato di informare in modo completo l'attività giudiziaria orientata all'irrogazione o meno di una pena nei confronti di un soggetto determinato»⁵².

La tendenza⁵³ non è eliminabile nella misura in cui si avverta che una cosa è connettere teoria del reato e processo penale, e un'altra cosa è che i limiti concettuali che fornisce la teoria del reato perdano sostanza a favore dell'applicabilità processuale del sistema di imputazione.

Fatto salvo questo, che il nesso appena commentato possa essere salutare lo dimostra quanto oggi avviene a livello di determinazione giudiziale della pena, nell'ambito della quale, per esempio, la commisurazione punitiva ha smesso di essere insensibile, attraverso l'istituto della *pena naturale*, alla sofferenza processuale proprio della carcerazione preventiva.

15. Ragioni per opporsi a questa tendenza.

Nel caso in cui – ammetto di non averne ancora dato compiuta dimostrazione – diamo per certa questa riscrittura della dogmatica giuridico penale nel suo sviluppo storico, una specie di diagnosi dinamica, rimangono ancora da valutare le ragioni che ci permettono di giungere alla conclusione che questa evoluzione è passata per percorsi erranei, non corretti o semplicemente inutili.

La domanda, a questo punto, dovrebbe recitare nel seguente modo: anche se riteniamo che la dogmatica penale abbia prodotto più di una evoluzione di concetti con lo scopo di agevolare la verifica probatoria nel quadro del sistema di istruzione istruttorio penale, per quale ragione ciò deve essere considerato criticamente o essere oggetto di obiezione? Forse non può essere legittimamente una funzione della dogmatica penale di proporre concetti che possano essere

⁵¹ *Op. cit.*

⁵² SILVA SÁNCHEZ (2004), p. 19

⁵³ Sul tema di un “sistema integrale”, si veda FREUND (2004), p. 93.

provati, e, in ogni caso, evitare definizioni concettuali che implicino una prova difficile o impossibile?

Chi ha avuto la cattiva sorte di seguire il nostro ragionamento fin qui già può intuire la nostra immediata risposta a questi interrogativi: in linea di massima dobbiamo dire che ci sembra una brutta notizia che la dogmatica penale sia principalmente ispirata da questo tipo di risultati esterni. Se l'idea iniziale dell'orientamento ai risultati mirava a includere il risultato di affievolire le esigenze probatorie allora si sarebbe trattato di un programma scientifico dai discutibili fondamenti etici. Ma la messa in discussione di questa evoluzione, insisto, se fosse vero che la stessa è così come abbiamo cercato di descriverla, merita una certa precisione strumentale. Sarà necessario, a partire da adesso, esporre con qualche dettaglio le ragioni in forza delle quali crediamo che la dogmatica penale abbia intrapreso cammini non adeguati.

La ricerca di una giustificazione etica si fa, a questo punto, impellente per una ragione aggiuntiva che andiamo a spiegare.

La dogmatica giuridico-penale serve alla teoria del reato per ottenere decisioni sulla punibilità che devono rispondere, idealmente, al sistema proprio della logica interna deontica e coincidere con certi valori esterni al sistema ma di una legittimità assiologica, persino normativa, indiscutibile.

Nei casi che abbiamo analizzato, questo doppio parametro di legittimità può presentarsi in modo molto affievolito. In primo luogo, l'osservanza dello standard di logica interna, dal momento che non è l'obiettivo principale del sistema, può non verificarsi. In secondo luogo, l'obiettivo esterno di ottenere un "caso dalla prova agevole" non si presenta come un obiettivo di legittimità etica o valoriale di cui non si possa dubitare.

Invece di costruire un concetto che origini solo dalla legge penale e dalla scoperta ermeneutica alla sua portata, l'interprete e, ciò che è peggio, la scienza penale si dedicano anzitutto a verificare ciò che veramente il sistema di ricostruzione storica può provare; ciò al fine di adeguare l'elaborazione concettuale a quello che, nell'ambito del dubbio, cessa di essere per l'imputato un luogo di riparo proprio dello Stato di diritto, per diventare solo una decisione estetica di natura puramente funzionale. Se il mantenimento del *in dubio pro reo* non ha costi aggiuntivi, allora si dovrà pensare che il principio di innocenza, da garanzia costituzionale, finisce per costituire un adagio superfluo.

16. Conclusioni.

Questo testo ha cercato soltanto di stabilire in maniera semplice un'ipotesi di lavoro. Questa richiede un grande approfondimento, ma senza ombra di dubbio invita a una riflessione su tre assi portanti:

È necessaria un'indagine più approfondita e meno "asettica" sulle reali ragioni che hanno guidato certe istanze dell'evoluzione dogmatica in materia giuridico-penale.

È molto probabile che non sia giustificato riferirsi a un ruolo strumentale del sistema processuale penale.

Ci sono forse buone ragioni per cui il pensiero garantista dovrebbe rivolgere la sua preoccupazione non solo alla cosiddetta "espansione" del diritto penale⁵⁴, ma anche al fatto che si ha anche un'altra "inflazione" del potere penale, la quale passa attraverso la riduzione delle stesse esigenze degli standard probatori necessari⁵⁵.

⁵⁴ Su questo concetto, già classico, SILVA SÁNCHEZ (2011).

⁵⁵ Ciò, in verità, si può vedere in un duplice senso. In primo luogo, oggi è oggetto di studio nel mondo anglosassone la relazione tra i modelli di standard probatorio e il modo in cui questi influiscono sulla quantità di delitti commessi in un'epoca. Al tempo stesso, è materia di analisi l'effetto general preventivo (a me non è chiaro se negativo o positivo) che producono questi cambiamenti nei cittadini. Si veda questo problema in LAUDAN (2011), pp. 247 ss.

Bibliografia

- BACIGALUPO, Enrique (1999): "Principios constitucionales del derecho penal", Hammurabi, Buenos Aires, p. 231.
- BACIGALUPO, Silvina (2007): "Autoría y participación en delitos de infracción de deber. Una investigación aplicable al derecho penal de los negocios", Marcial Pons, Barcelona.
- BAUMANN, Jürgen (1986): "Derecho procesal penal. Conceptos fundamentales y principios procesales", traducción de la tercera edición alemana (1979) de Conrado Finzi, Depalma, Buenos Aires.
- BELING, Ernst (1943): "Derecho procesal penal, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales", Universidad Nacional de Córdoba.
- BINDER, Alberto (2021): "Derecho procesal penal", Ad-Hoc, Buenos Aires, Tomo V.
- BRUZZONE, Gustavo - GULLCO, Hernán (2005): "Teoría y práctica del delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público", Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires.
- CLARIÁ OLMEDO, Jorge (1960): "Tratado de derecho procesal penal", Ediar, Buenos Aires, t. I.
- ENGISCH, Karl (2008): "La causalidad como elemento de los tipos penales", traducción de la edición alemana del 1931 de Marcelo Sancinetti, Hammurabi, Buenos Aires.
- FERRAJOLI, Luigi (2014): "El juicio penal", traducción de Gascón Abellán, in FERRAJOLI, Luigi, *Escritos sobre derecho penal. Nacimiento, evolución y estado actual del garantismo penal*, Hammurabi, 1, Buenos Aires.
- FOUCAULT, Michael (1976): "Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión", traducción de Aurelio Garzón del Camino, Siglo XXI, México.
- FREUND, Georg (2004): "Sobre La Función Legitimadora De La Idea Del Fin En El Sistema Integral Del Derecho Penal", in WOLTER - FREUND, *El sistema integral del derecho penal*.
- GÖSSEL, Karl Heinz (2002): "La verdad en el proceso penal. ¿Es encontrada o construida?", en *En búsqueda de la verdad y la justicia. Fundamentos del procedimiento penal estatal con especial referencia a aspectos jurídico-constitucionales y político-criminales*, Porrúa, México.
- HASSEMER, Winfried (1984): "Fundamentos del derecho penal", traducción de Muñoz Conde e Arroyo Zapatero, Bosch, Barcelona.
- HASSEMER, Winfried - MUÑOZ CONDE, Francisco (1995): "La responsabilidad por el producto", Tirant lo Blanch, Valencia.
- JAKOBS, Günther (1997): "Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico", en *Estudios de derecho penal*, trad. de Rodríguez Ramos, Suárez González y Cancio Meliá, Civitas, Madrid.
- KAUFMANN, Armin (1973): "Tatbestandsma Bigkeit und Verursachungim Contergan-Verfahren. Folgerungen für das geltende Recht und für die Gesetzgebung", *JZ*, 1971, p. 569 (trad. in spagnolo come "Tipicidad y causación en el procedimiento Contergan: consecuencias para el derecho en vigor y la legislación", in *Revista Nuevo Pensamiento Penal*, genn.-mar., 1973, n. 1, vol. 2, pp. 7-35).
- KINDHÄUSER, Urs (2009): "Estructura y legitimación de los delitos de peligro del derecho penal", in *InDret*, Barcelona, n. 1-2009.
- LAUDAN, Larry (2011): "El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal", Hammurabi, Buenos Aires.

LEONE, Giovanni (1963): “Tratado de derecho procesal penal”, traducción de Santiago Sentís Melendo, Ed. Ejea, Buenos Aires, T. I.

MAIER, Julio (1978): “Política Criminal, derecho penal y derecho procesal penal”, in *Revista Doctrina Penal*, 1, págs. 301-328. Ed. Depalma, Buenos Aires.

MAIER Julio (1996): “Derecho procesal penal”, II edición, Editores del Puerto, t. I.

MANCINI, Vincenzo (1970): “Tratado de derecho procesal penal”, traducción de Sentís Melendo, Ejea, t. I.

MENDOZA BUERGO, Blanca (2002): “La configuración del injusto (objetivo) de los delitos de peligro abstracto”, in *Revista de Derecho Penal y Criminología*.

MIR PUIG, Santiago (2005): “Límites del normativismo en derecho penal”, in *Dogmática y criminología. Dos visiones complementarias del fenómeno delictivo. Homenaje de los grandes tratadistas a Alfonso Reyes Echandía*, Legis, Santa Fe de Bogotá.

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO (2000): “Búsqueda de la verdad en el proceso penal”, Hammurabi, Buenos Aires.

PÉREZ BARBERÁ, Gabriel (2011): “El dolo eventual”, Hammurabi, Buenos Aires.

PRITTWITZ, Cornelius (2000): “El derecho penal alemán: ¿Fragmentario? ¿Subsidiario? ¿Ultima ratio?. Reflexiones sobre la razón y los límites de los principios limitadores del Derecho penal”, traducción de María Teresa Castiñera Palou, in *La insostenible situación del Derecho Penal*, Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt, Área de derecho penal de la Universidad Pompeu Fabra. Comares, Granada.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramón (1999): “El dolo y su prueba en el proceso penal”, Bosch.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramon (2004): “Derecho Penal Sustantivo y Derecho Procesal Penal: hacia una visión integrada”, accesible su perso.unifr.ch.

ROXIN, Claus (1997): “Derecho penal. Parte General”, t. 1, trad. e note di Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz e García Conlledo y de Vicente Remesal, Civitas, Madrid.

ROXIN, Claus (1998): “Autoría y dominio del hecho en derecho penal”, traducción della sesta edizione tedesca di Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Pons, Barcelona.

ROXIN, Claus (2000a): “Strafverfhrensrecht”, traducción della 25° edizione di Gabriela Córdoba e Daniel Pastor, Editores del Puerto, Buenos Aires.

ROXIN, Claus (2000b): “La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal”, Tirant lo Blanch, Valencia, trad. del capítol correspondente di María del Carmen García Cantizano.

ROXIN, Claus - SCHÜNEMANN, Bernd (2019): “Derecho procesal penal”, traducción della 29° edizione tedesca di Mario Amoretti e Darío Rolón, Didot, Buenos Aires.

RUSCONI, Maximiliano (2016): “Derecho Penal. Parte General. 3da edición”, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires.

SAMSON, Erich (2003): “Cursos causales hipotéticos en el derecho penal”, traducción di Marcelo Sancinetti e Patricia Ziffer, Hammurabi, Buenos Aires.

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier (2002): “Delito de infracción de deber y participación delictiva”, Ed. Marcial Pons, Barcelona.

SANCINETTI, Marcelo (1990): “Relatividad de las teorías de error”, in *Sistema de la teoría del error en el Código Penal argentino*, Hammurabi, Buenos Aires.

SANCINETTI, Marcelo (2008): “¿Son irrelevantes los cursos causales hipotéticos para la responsabilidad penal?”, testo originariamente pubblicato in *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Edisofer, Madrid, 2008, T. II, pp. 1579 ss.

SANCINETTI, Marcelo (2009): “Causalidad, riesgo e imputación”, Hammurabi, Buenos Aires, pp. 501 ss.

SARRABAYROUSE, Eugenio (2007): “Responsabilidad penal por el producto”, Ad-Hoc, Buenos Aires.

SCHÜNEMANN, Bernd (2006): “Cuestiones básicas del derecho penal en los umbrales del tercer milenio”, Idemsa, Lima, Peru, p. 63 ss.

SCHÜNEMANN, Bernd (2012): “Protección de bienes jurídicos, última ratio y victimodogmática. Sobre los límites inviolables del Derecho penal en un Estado de Derecho Liberal”, traduzione dal tedesco a cura di E.J. Riggi y R.R. Planas, in VON HIRSCH-SEELMANN-WOHLERS e ROBLES PLANAS, *Limites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, Atelier, Barcelona, p. 65 ss.

SEARLE, John R. (1997): “La construcción de la realidad social”, Traduzione di Antoni Doménech, Paidós, Barcelona. 1997.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (2004): “Introducción: Dimensiones de la sistematicidad de la teoría del delito”, in WOLTER - FREUND, *El sistema integral del derecho penal*, Marcial Pons, Barcelona, 2004, p. 19 ss.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (2011): “La expansión del derecho penal”, BdF, Montevideo.

TARUFFO, Michele (2010): “Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos”, Traduzione di Daniela A. Scagliotti, Marcial Pons.

TIEDEMANN, Klaus (1994): “La constitucionalización de la materia penal en Alemania”, disponibile su perso.unifr.ch.

VOLK, Klaus (2007): “La dogmática clásica de la parte general, ¿amenazada de extinción?”, traduzione di Guillermo Orce, in VOLK, Klaus, *La verdad sobre la verdad y otros ensayos*, Ad-Hoc, Buenos Aires.

WELZEL, Hans (1956): “Derecho Penal. Parte General”, traduzione di Carlos Fontán Balestra, Depalma, Buenos Aires, 1956.

ZACZYK, Rainer (2010): “¿Que es la dogmática del derecho penal?”, traduzione di Nuria Pastor Muñoz, in ZACZYK, Rainer, *Libertad, derecho y fundamentación de la pena*, Montealegre Lynett e a., Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

ZAFFARONI, Eugenio (2012): “Proceso penal y derechos humanos: códigos, principios y realidad”, disponibile su academia.edu.



Diritto Penale Contemporaneo

R I V I S T A T R I M E S T R A L E

REVISTA TRIMESTRAL DE DERECHO PENAL
A QUARTERLY REVIEW FOR CRIMINAL JUSTICE

<http://dpc-rivista-trimestrale.criminaljusticenetwork.eu>