

CJN

Diritto Penale Contemporaneo

RIVISTA TRIMESTRALE

REVISTA TRIMESTRAL DE DERECHO PENAL
A QUARTERLY REVIEW FOR CRIMINAL JUSTICE

La responsabilità penale in ambito sanitario

ISSN 2240-7618

4/2019

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 EDITOR

Carlo Bray

EDITORIAL STAFF

Alberto Aimi, Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Javier Escobar Veas, Stefano Finocchiaro, Elisabetta Pietrocarlo, Tommaso Trinchera, Stefano Zirulia

EDITORIAL ADVISORY BOARD

Rafael Alcacer Guirao, Alberto Alessandri, Giuseppe Amarelli, Ennio Amodio, Coral Arangüena Fanego, Lorena Bachmaier Winter, Roberto Bartoli, Fabio Basile, Hervé Belluta, Alessandro Bernardi, Carolina Bolea Bardón, David Brunelli, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Pedro Caeiro, Michele Caianiello, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Francesco Caprioli, Claudia Cárdenas Aravena, Raúl Carnevali, Marta Cartabia, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Massimo Ceresa Gastaldo, Mario Chiavario, Mirentxu Corcoy Bidasolo, Cristiano Cupelli, Norberto Javier De La Mata Barranco, Angela Della Bella, Cristina de Maglie, Gian Paolo Demuro, Miguel Díaz y García Conlledo, 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 Caveró, 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 Lascurain 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 Maserà, Jean Pierre Matus Acuña, Anna Maria Maugeri, Oliviero Mazza, Iván Meini, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Melissa Miedico, Vincenzo Militello, Santiago Mir Puig, Fernando Miró Linares, Vincenzo Mongillo, Renzo Orlandi, Francesco Palazzo, Carlenrico Paliero, Michele Papa, Raphaële Parizot, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lorenzo Picotti, Paolo Pisa, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Mario Romano, María Ángeles Rueda Martín, Carlo Ruga Riva, Stefano Ruggeri, Francesca Ruggieri, Marco Scoletta, Sergio Seminara, Paola Severino, Nicola Selvaggi, Rosaria Sicurella, Jesús María Silva Sánchez, Carlo Sotis, Giulio Ubertis, Inma Valeije Álvarez, Antonio Vallini, Paolo Veneziani, Costantino Visconti, Javier Willenmann von Bernath, Francesco Zacchè

Editore Associazione "Progetto giustizia penale", via Altaguardia 1, Milano - c.f. 97792250157
ANNO 2019 - CODICE ISSN 2240-7618 - Registrazione presso il Tribunale di Milano, al n. 554 del 18 novembre 2011.
Impaginazione a cura di Chiara Pavese

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.

Se desideri proporre una pubblicazione alla nostra rivista, invia una mail a 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>LA RESPONSABILITÀ PENALE IN AMBITO SANITARIO</p> <p><i>RESPONSABILIDAD PENAL EN EL SECTOR DE LA SALUD</i></p> <p><i>CRIMINAL LIABILITY IN THE HEALTH SECTOR</i></p>	<p>Il percorso di depenalizzazione dell'errore medico 1</p> <p><i>El camino de la despenalización del error médico</i></p> <p><i>The Path of Decriminalisation of Medical Error</i></p> <p>Gian Marco Caletti</p>	<p>1</p>
	<p>Un'analisi critica delle SS.UU. "Mariotti" in tema di responsabilità medica 48</p> <p><i>Análisis crítico de la sentencia de la Corte Suprema de Casación en el caso "Mariotti" sobre mala praxis medica</i></p> <p><i>A Critical Analysis of the "Mariotti" Case on Medical Malpractice by the Supreme Court of Cassation</i></p> <p>Emanuele Birritteri</p>	<p>48</p>
	<p>La punibilità della colpa penale relazionale del sanitario dopo la riforma "Gelli-Bianco" 65</p> <p><i>La punibilidad de la culpa penal en el ámbito sanitario luego de la reforma "Gelli-Bianco"</i></p> <p><i>Relational Criminal Negligence of Medical Malpractice after the "Gelli-Bianco" Reform</i></p> <p>Matteo Leonida Mattheudakis</p>	<p>65</p>
	<p>Responsabilità medica: linee guida, formule assolutorie e prerogative del danneggiato da errore medico 81</p> <p><i>Responsabilidad médica: practicas clínicas, fórmulas liberadoras y efectos extra penales</i></p> <p><i>Medical Malpractice: Guidelines, Acquittal Reasons and Prerogatives of the Party Damaged</i></p> <p>Francesco Trapella</p>	<p>81</p>
	<p>Libertà terapeutica e diritto all'autodeterminazione del malato terminale 93</p> <p><i>Libertad terapéutica y derecho a la autodeterminación del enfermo terminal</i></p> <p><i>Therapeutic Freedom and Right to Self-determination of the Terminally Ill</i></p> <p>Marina Di Lello Finuoli</p>	<p>93</p>

L'OGGETTO SU...	Espansione del diritto penale e diritti umani	110
OBJETIVO SOBRE...	<i>Expansión del Derecho Penal y Derechos Humanos</i>	
FOCUS ON...	<i>Criminal Law Expansion and Human Rights</i>	
	Eugenio Raúl Zaffaroni	
	Contro il panpopulismo. Una proposta di definizione del populismo penale	128
	<i>Contra el pan-populismo. Una propuesta para la definición del populismo punitivo</i>	
	<i>Against Pan-populism. Defining Penal Populism</i>	
	Roberto Cornelli	
	Corte edu e Corte costituzionale tra operazioni di bilanciamento e precedente vincolante	143
	<i>Corte Europea de Derechos Humanos y Corte Constitucional entre operaciones de ponderación y precedente vinculante</i>	
	<i>European Court of Human Rights and Constitutional Court Between Balancing and Binding Precedent</i>	
	Alessandro Tesaro	
	Il contrasto in Europa al traffico illecito di rifiuti pericolosi su base transnazionale	176
	<i>Lucha europea contra el tráfico ilícito de residuos peligrosos</i>	
	<i>The Contrast of Illegal Trafficking in Hazardous Waste on a Transnational Basis in Europe</i>	
	Maurizio Bellacosa	
	La confiscación sin condena y sus efectos sobre la persona jurídica en el juicio penal italiano	199
	<i>La confisca senza condanna e i suoi riflessi in capo alla persona giuridica nel processo penale italiano</i>	
	<i>Non-conviction Based Confiscation and Its Effects on the Corporation Within Italian Criminal Proceedings</i>	
	Federica Centorame	
	I delitti di sedizione e ribellione nella sentenza 459/2019 del Tribunal Supremo nel cd. <i>procés de independència catalán</i>	211
	<i>Los delitos de sedición y rebelión en la sentencia 459/2019 del Tribunal Supremo en el así denominado <i>procés de independència catalán</i></i>	
	<i>The Crimes of Seditious and Rebellion in the Judgment 459/2019 by the Spanish Tribunal Supremo in the So-Called Catalan Independence Process</i>	
	Leonardo Romanò	

L'OBBIETTIVO SU...

OBJETIVO SOBRE...

FOCUS ON...

- 110 **Espansione del diritto penale e diritti umani**
Expansión del Derecho Penal y Derechos Humanos
Criminal Law Expansion and Human Rights
Eugenio Raúl Zaffaroni
- 128 **Contro il panpopulismo. Una proposta di definizione del populismo penale**
Contra el pan-populismo. Una propuesta para la definición del populismo punitivo
Against Pan-populism. Defining Penal Populism
Roberto Cornelli
- 143 **Corte edu e Corte costituzionale tra operazioni di bilanciamento e precedente vincolante**
Corte Europea de Derechos Humanos y Corte Constitucional entre operaciones de ponderación y precedente vinculante
European Court of Human Rights and Constitutional Court Between Balancing and Binding Precedent
Alessandro Tesauro
- 176 **Il contrasto in Europa al traffico illecito di rifiuti pericolosi su base transnazionale**
Lucha europea contra el tráfico ilícito de residuos peligrosos
The Contrast of Illegal Trafficking in Hazardous Waste on a Transnational Basis in Europe
Maurizio Bellacosa
- 199 **La confiscación sin condena y sus efectos sobre la persona jurídica en el juicio penal italiano**
La confisca senza condanna e i suoi riflessi in capo alla persona giuridica nel processo penale italiano
Non-conviction Based Confiscation and Its Effects on the Corporation Within Italian Criminal Proceedings
Federica Centorame
- 211 **I delitti di sedizione e ribellione nella sentenza 459/2019 del Tribunal Supremo nel cd. *procés de independència catalán***
*Los delitos de sedición y rebelión en la sentencia 459/2019 del Tribunal Supremo en el así denominado *procés de independència catalán**
The Crimes of Sedition and Rebellion in the Judgment 459/2019 by the Spanish Tribunal Supremo in the So-Called Catalan Independence Process
Leonardo Romanò

La confiscación sin condena y sus efectos sobre la persona jurídica en el juicio penal italiano*

La confisca senza condanna e i suoi riflessi in capo alla persona giuridica nel processo penale italiano

Non-conviction Based Confiscation and Its Effects on the Corporation Within Italian Criminal Proceedings

FEDERICA CENTORAME

Ricercatrice di Diritto processuale penale nell'Università degli Studi "Roma Tre"
federica.centorame@uniroma3.it

COMISO

CONFISCA

CONFISCATION

ABSTRACTS

Una práctica judicial tan extendida como deplorable en detrimento de las personas físicas, la aplicación del decomiso, incluso en presencia de la prescripción del delito, se está convirtiendo en un resultado casi obvio también en el ámbito de los juicios penales en los que la persona jurídica participa de diversas maneras. Tanto en su calidad de acusado de la infracción administrativa dependiente de un delito como en la de sujeto tercero implicado, la empresa se encuentra, de hecho, la mayoría de las veces para sufrir el efecto de expropiación impuesto al autor “en carne y hueso”, a pesar de la falta de una condena irrevocable por el delito presupuesto. Con evidentes y graves repercusiones en la eficacia de las garantías fundamentales que vigilan el rito criminal

Prassi giudiziaria tanto diffusa, quanto deprecabile in danno delle persone fisiche, l'applicazione della confisca, pur in presenza dell'intervenuta prescrizione del reato, sta diventando un esito ormai quasi scontato anche nell'ambito dei processi penali in cui risulti a vario titolo coinvolta la persona giuridica. Sia quale imputato dell'illecito amministrativo dipendente da reato, sia come soggetto terzo interessato, l'ente collettivo si trova, infatti, il più delle volte, a subire di riflesso l'effetto espropriativo imposto all'autore “in carne e ossa”, nonostante manchi un accertamento irrevocabile di condanna per il fatto reato-presupposto. Con evidenti e gravi ricadute sulla effettività delle garanzie fondamentali a presidio del rito penale

A judicial practice as widespread as it is deplorable to the detriment of individuals, the application of confiscation, even in the presence of the prescription of the crime, is becoming an almost obvious outcome also in the context of criminal trials in which the corporation is involved in various ways. Both as a defendant of the administrative offence dependent on a crime, and as an interested third party, the corporation finds itself, in fact, most of the times to suffer the expropriation effect imposed on the author “in flesh and blood”, despite the lack of an irrevocable ascertainment of conviction for the alleged crime. With evident and serious repercussions on the effectiveness of the fundamental guarantees overseeing criminal proceedings

* Texto reelaborado y ampliado de la comunicación presentada en el marco del “Seminario europeo sobre responsabilidad por delito de la persona jurídica. Aspectos penales y procesales” celebrado en Huelva, 4 y 5 de octubre de 2019, organizado por el Departamento Theodor Mommsen de la Universidad de Huelva, y por el Grupo de Investigación SEJ-550 de la Universidad de Sevilla.

SOMMARIO

1. Decomiso y prescripción del delito: la inexorable ablación de los activos (presuntos) ilícitos. – 2. La empresa sometida a juicio como destinataria efectiva del decomiso sin condena aplicado a la persona física. – 3. Confiscación sin condena y derecho de defensa de las personas jurídicas no implicadas en el proceso.

1.

Decomiso y prescripción del delito: la inexorable ablación de los activos (presuntos) ilícitos.

En los últimos años, ambos a nivel de políticas criminales y en términos de experiencia judicial concreta, el sistema italiano se ha caracterizado por un fortalecimiento masivo del uso de medidas de ablación patrimonial como instrumentos privilegiados para combatir los delitos con fines lucrativos y para atacar los activos derivados ilícitamente¹.

Intuitivo es, de hecho, el fundamento ideológico en el que se basa tal patrocinio de las medidas de agresión del patrimonio: si es el motivo económico que caracteriza la actividad delictiva, entonces, esta urgencia de cometer delitos debe ser contrarrestada con el efecto “igual y opuesto” de prevenir la acumulación de riqueza ilícita.

Es aquí donde reside el potencial intrínseco de las medidas de carácter patrimonial que, aunque no impliquen una restricción de la libertad personal, están, sin embargo, dotados de un efecto coercitivo significativo, desde que afecten a la posibilidad de disponer libremente de determinados bienes relacionados con el crimen².

Esto puede entenderse fácilmente con referencia a la confiscación obligatoria del precio o beneficio del delito. En tales hipótesis, en efecto, el vínculo de indisponibilidad de los bienes, determinado por la medida patrimonial, apunta precisamente a la completa neutralización de la ganancia ilícita obtenida del delito, y, por esa vía, tiene por objetivo difundir el mensaje represivo e intimidante de que «el crimen nunca paga»³; ni siquiera en los casos – que más le interesan aquí – en que el acusado no sea punible ya que se declaró la extinción del delito, por transcurso del plazo de prescripción⁴. De modo que, la inexorable ablación de las plusvalías delictivas, golpeando a los criminales «donde más duele»⁵, no sólo cumple una doble función de prevención especial y general, sino que también garantiza la certeza, la eficacia y la efectividad de la respuesta punitiva del Estado⁶.

Dentro de un escenario similar, que puede efectivamente resumirse a través de la fórmula acuñada en la doctrina, “*nullum crimen sine confiscatione*”⁷, se encuentra también la disciplina de la confiscación contra las entidades, prevista en el Decreto Legislativo N° 231, de 8 de junio de 2001, por el que, el legislador italiano ha establecido la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas para delitos cometidos en su interés o ventaja⁸.

Hay que señalar de inmediato, en efecto, que con respecto al sector de la responsabilidad de las entidades, la explotación represiva de la confiscación – como elemento disuasorio específico contra la delincuencia económica⁹ – ha encontrado un punto de referencia preciso y fundamental en el artículo 19 del mencionado Decreto Legislativo “231”¹⁰.

Esta última disposición establece expresamente que «el precio o beneficio del delito siempre se confisca contra la persona jurídica con la sentencia de condena (...)». Y también agrega que si es imposible proceder con la confiscación directa de la ganancia ilícita, la condena

¹ Entre muchos otros, véase ALESSANDRI, 2006, p. 2111; BARGI-CISTERNA, 2011; MAUGERI, 2001; MONTAGNA (dir.), 2017; F. VERGINE, 2012.

² En este sentido, MONTAGNA, 2005, p. 5.

³ Así, MANES, 2015, p. 1260. En la jurisprudencia, utiliza esta expresión: Tribunal de Casación, Secciones Unidas, 25 de octubre de 2005, Muci, en *Cass. pen.*, 2006, p. 1382.

⁴ Así PIERRO, 2016, p. 397.

⁵ En estos términos, FRASER, 1992, p. 57.

⁶ No es casualidad, de hecho, que la institución en cuestión haya obtenido incluso el sello de reconocimiento mutuo de sus efectos ablativos entre los Estados miembros de la UE a través del reciente Reglamento UE 2018/1805 de 15 de noviembre de 2018, que tiene por objeto simplificar y acelerar los procedimientos de asistencia jurídica mutua para la congelación y confiscación de activos con el fin de prevenir la financiación de actividades delictivas transfronterizas. Sobre el tema, véase MAUGERI, 2019, p. 34 ss.

⁷ Nuevamente, V. MANES, *L'ultimo imperativo della politica criminale*, cit., p. 1263.

⁸ Entre los análisis más amplios, sobre este tema, v. CANZIO-LUPÁRIA-CERQUA (dir.), 2016; CERESA-GASTALDO, 2019; PAOLOZZI, 2005; VARRASO, 2012.

⁹ En este sentido, FLORA, 2003, p. 1400.

¹⁰ Sobre este tema, v., entre otros, BRICCHETTI, 2010, p. 268 ss; EPIDENDIO, 2011.

contra la entidad implica, no obstante, el decomiso a la sociedad de «sumas de dinero, bienes u otros beneficios de valor equivalente al precio o ganancia del delito».

Como se desprende de la lectura de la regulación en la materia, se trata de una medida de expropiación obligatoria, cuyas características de aplicación automática, lejos de incluirla en el paradigma de las medidas de seguridad patrimonial – que presuponen, aunque sea siempre, una evaluación pronóstica destinada a verificar la peligrosidad vinculada a la disponibilidad de elementos pertinentes al delito¹¹ – la designan más bien como una sanción principal y que tiene una fuerte connotación punitiva para las infracciones administrativas cometidas por personas jurídicas en relación con un delito¹².

En virtud de dicha legislación, por lo tanto, un dato parece ser inequívoco: el Decreto Legislativo 231 requiere que la ablación patrimonial frente la persona moral esté necesariamente vinculada a una condena contra la persona jurídica, es decir, a una determinación formal de responsabilidad de la entidad sometida a juicio. Lo cual, hay que decir por cierto, afecta también al marco normativo de las medidas cautelares aplicables a la empresa y, en particular, al embargo previsto en el artículo 53 del Decreto Legislativo 231 de 2001. Esta disposición, de hecho, establece que la incautación contra la sociedad se permite solamente en relación con las cosas para las que se permite el decomiso en virtud del artículo 19, es decir, sólo en caso de condena. Esto significa que, desde un punto de vista sistemático, la conexión entre el embargo y la confiscación en el ámbito del modelo normativo trazado por el Decreto Legislativo 231, es indispensable a partir de una evaluación de la reprobabilidad de la persona jurídica a la que debe aplicarse la medida patrimonial, ya sea provisional o definitiva¹³.

Todo el asunto ya sería suficiente para prohibir como ilegal cualquier aprehensión coercitiva de los activos de la persona jurídica, a falta de una evaluación previa de la responsabilidad, que diera lugar a una condena contra la propia entidad. Ni tampoco puede alterar dicho esquema, la disposición establecida en el párrafo 5 del artículo 6 del Decreto Legislativo 231, según la cual, en presencia de un delito cometido (y comprobado) contra la alta dirección de la sociedad, «se ordena todavía la confiscación de los beneficios que la entidad ha obtenido del delito», incluso si la propia entidad no ha sido considerada responsable del delito, habiendo adoptado de antemano un modelo de organización resultado efectivo a la luz del párrafo 1 del artículo 6, del Decreto Legislativo 231. Como se observa correctamente en la doctrina¹⁴, de hecho, la ablación asume en tal caso una función restauradora-reparadora, destinada a restablecer el equilibrio económico alterado por el delito presupuesto que había permitido a la entidad un enriquecimiento indebido.

Ahora bien, pasando del plan normativo al de la aplicación jurisprudencial de las instituciones, el escenario cambia considerablemente.

De hecho, hay que dar cuenta de prácticas de aplicación que, por los efectos “reflejos” que tienen sobre la entidad¹⁵, son claramente subversivas de las normas positivas preparadas para esta última en materia de expropiación punitiva. Hasta el punto que, a pesar de lo dispuesto en el citado artículo 19 del Decreto legislativo 231, la persona jurídica puede tener que sufrir, en concreto, la ablación de sus activos tanto en ausencia de una condena contra sí misma en el proceso penal en el que está llamada a responder por el delito administrativo dependiente del delito cometido por la persona física incluida en la estructura societaria, como cuando la propia sociedad se ha dejado fuera del proceso, siendo una tercera parte en el asunto criminal deducido en la imputación.

Tales efectos ablativos en detrimento de la entidad son el resultado de una práctica jurisprudencial hoy bien establecida en Italia en el contexto de los procesos frente la personas físicas. Es decir, la de imponer diferentes tipos de confiscación al acusado, incluso en ausencia de una orden de condena formal contra él¹⁶.

Este es el caso, por ejemplo, tanto para la confiscación urbana relacionada con el delito de subdivisión abusiva¹⁷, como para la confiscación directa (medida de seguridad) del precio o beneficio del delito. Todas las hipótesis, en las que, sobre la base de una jurisprudencia *praeter*

¹¹ BERNASCONI-PRESUTTI, 2018, p. 220

¹² Véase, PAOLOZZI, 2005, p. 81.

¹³ A este respecto, GARUTI, 2017, p. 197.

¹⁴ En este sentido, entre otros, BERNASCONI-PRESUTTI, 2018, p. 219; PAOLOZZI, 2005, p. 81.

¹⁵ En este sentido, VERGINE, 2017, p. 479.

¹⁶ Sobre esta cuestión véase, entre otros, MARZADURI, 2016, p. 124 ss.; PASCOTTO, 2018, p. 786 ss.; PIERRO, 2016, p. 397 ss.

¹⁷ Véase, por ejemplo, Tribunal de Casación, Sección III, 23 de enero de 2019, no. 8350, en *CED Cass.*, rv. 275756; Id., Sección III, 4 de febrero de 2013, n. 17066, ivi, rv. 2551512.

legem, se ordena la ablación patrimonial incluso si el acusado ha sido absuelto por la prescripción del delito, siempre que haya habido una primera sentencia no irrevocable contra él¹⁸ o, de acuerdo con algunas orientaciones jurisprudenciales aún más audaces, incluso en ausencia de una primera sentencia de condena, siempre que el juez de primera instancia proceda a la fase de instrucción a fin de determinar el delito en sus componentes objetivos y subjetivos¹⁹. En este último caso, siempre según la jurisprudencia, el juez no estaría obligado a pronunciar inmediatamente la declaración de prescripción del delito²⁰, pudiendo además posponerla hasta el resultado de la comprobación necesaria para ordenar la confiscación²¹.

Se trata de directrices jurisprudenciales que han obtenido la aprobación, por un lado, del Tribunal Constitucional italiano²², según el cual, a los efectos de la expropiación, basta con que la sentencia del tribunal, aunque favorable al acusado en la parte dispositiva, demuestre, no obstante, en la motivación, una condena material del destinatario de la medida, ya que el plazo de prescripción «no establece ninguna incompatibilidad lógica o jurídica con una evaluación completa de la responsabilidad»²³.

Por otro lado, el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que inicialmente había censurado severamente estas directrices jurisprudenciales que se oponen al principio de legalidad²⁴, ha dado su apoyo a tal práctica. Los jueces europeos, de hecho, han cambiado recientemente de opinión al respecto y, al pronunciarse sobre el caso concreto de confiscación urbana sin condena, han dictaminado que si los tribunales internos «consideran que todos los elementos del delito de parcelación ilegal existen aunque hayan llegado a un juicio de que no deben proceder, por el mero hecho de que el plazo de prescripción haya expirado, estas constataciones constituyen, en esencia, una condena en el sentido del artículo 7 [del Convenio Europeo de Derechos Humanos], que en el caso que nos ocupa no se ha infringido»²⁵.

No es de extrañar, entonces, que sobre la base de tales “patrocinadores”, por último, el propio legislador procesal italiano tenía la intención de incorporar por escrito la jurisprudencia antes citada en el Código de Procedimiento Penal (C.P.P.) relativo a los juicios de personas físicas. Así, ha codificado el nuevo artículo 578-*bis* C.P.P. (Decreto Legislativo no. 21 del 1 de marzo de 2018), con el que ha establecido la regla según la cual, para todos los casos de confiscación directa previstos por la ley, la expropiación patrimonial no requiere una condena formal del acusado. Y, por último, fue aún más lejos con la Ley no. 3 de 9 de enero de 2019, donde el principio de confiscación “sin condena” se ha extendido, en el caso de procedimientos por delitos de corrupción, incluso a la medida ablativa llevada sobre los activos a disposición del acusado por un valor equivalente al precio o beneficio del delito. Una medida que, como ha reconocido en el pasado la misma jurisprudencia del Tribunal de Casación, adquiere una connotación básicamente afflictiva y sancionadora, ya que en tal caso, la medida ablatoria afecta a los bienes independientemente de su conexión, directa o mediata, con el delito²⁶.

2. La empresa sometida a juicio como destinataria efectiva del decomiso sin condena aplicado a la persona física.

Teniendo en cuenta esta nueva realidad jurídica y reglamentaria en el ámbito del decomiso de personas físicas, hemos de preguntarnos cuáles pueden ser las consecuencias para la persona

¹⁸ Tribunal de Casación, Secciones Unidas, 21 de julio de 2015, no. 31617, en *CED Cass.*, rv. 264434.

¹⁹ Entre otros, Tribunal de Casación, Sección III, 11 de abril de 2019, no. 22034, en *CED Cass.*, rv. 275969; Id., Sección III 3 de octubre de 2018, no. 43630, *ivi*, rv. 274196; Id., Sección III, 29 de noviembre de 2017, no. 53692, *ivi*, 272791.

²⁰ A pesar del contenido del artículo 129 C.P.P. según el cual, como veremos en breve, «en todas las fases del procedimiento, el juez que reconoce que (...) el delito se ha extinguido (...) lo declara de oficio con una sentencia».

²¹ Así, por último, Tribunal de Casación, Sección III, 11 de abril de 2019, no. 22034, cit. A este respecto, para que sea completo, debemos, sin embargo, reconocer una intervención muy reciente del Tribunal de Casación en las Secciones Unidas (Tribunal de Casación penal, Secciones Unidas, audiencia del 30 de enero de 2020), de las que sólo se conoce la información provisional, con la que, en lo que respecta a la proporcionalidad del decomiso impuesto a pesar de la prescripción del delito, se ha afirmado que si esta última «madura en el curso del procedimiento en primera instancia, la disposición del párrafo 1 del artículo 129 del C.P.P. no permite la continuación del mismo a efectos de ordenar el decomiso». Será interesante, en efecto, verificar cómo este principio jurisprudencial se aplica en la práctica.

²² Tribunal constitucional, 26 de marzo de 2015 no. 49, en *Giur. cost.*, 2015, p. 391 ss.

²³ Así el Tribunal constitucional, 26 de marzo de 2015 no. 49, cit.

²⁴ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sección II, 29 de octubre de 2013, *Varvara v. Italia*, en *Cass. pen.*, 2014, p. 1392 ss.

²⁵ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Gran estancia, 28 de junio de 2018, *GIEM v. Italia*, en *Cass. pen.*, 2018, p. 3926 ss.

²⁶ Tribunal de Casación, Sección VI, 6 de junio de 2012, no. 18799, en *CED Cass.*, rv. 255164.

jurídica directamente o indirectamente involucrada en el juicio en el que se ordenó la confiscación sin condena contra el acusado persona física.

En primer lugar, es necesario señalar que, a pesar del referido artículo 19 del Decreto Legislativo 231 de 2001 establece expresamente que la sanción de confiscación frente la persona jurídica requiere una sentencia formal de condena en su contra, la misma entidad puede, no obstante, estar sujeta a los efectos de la medida de expropiación impuesta, con la declaración de absolución por prescripción del delito presupuesto, al imputado-persona física incluida en la estructura societaria.

Dicho resultado es, una vez más, debido a la combinación de orientaciones jurisprudenciales que están tan sedimentadas como reprobables, en la medida en que terminan manipulando el mismo principio de legalidad procesal que también preside la disciplina de responsabilidad administrativa por los delitos de las entidades sometidas al proceso.

A este respecto, la referencia va a la orientación jurisprudencial según la cual «la confiscación de dinero perteneciente a la empresa siempre es posible, si constituye una ganancia del delito cometido por la persona física»²⁷. Y esto es así – continúa la jurisprudencia – en la medida en que el carácter fungible del dinero implica que la confiscación del mismo constituye, sin embargo, una confiscación directa del beneficio ilícito, que «no encuentra obstáculos en el Decreto Legislativo 231 de 2001»²⁸.

Todo ello combinado con las soluciones, jurisprudenciales y reguladoras, previamente analizadas sobre el tema de la confiscación sin condena contra la persona física acusada, lleva a inferir que, al menos en lo que se refiere a la confiscación directa de dinero en la disponibilidad de la entidad, ésta última podría sufrir los efectos expropiatorios impuestos al sujeto “en carne y hueso” a pesar de la ocurrencia de la prescripción del delito presupuesto, siendo, en el caso en cuestión, una confiscación directa de la ganancia del delito.

Por supuesto, se trata de dinámicas operativas que pueden contrastar fuertemente con los principios y garantías fundamentales que rigen el juicio penal. Principios y garantías que, por voluntad expresa del legislador italiano de 2001²⁹, permitieron utilizar también a la persona jurídica en virtud de la elección del proceso penal como medio para determinar los delitos administrativos imputables a la entidad³⁰.

En efecto, algunas simples observaciones son suficientes para certificar la violación de los cánones básicos del proceso al que conduce la aplicación del decomiso en ausencia de una condena, (primero) a la persona física y (en consecuencia) a la persona jurídica que tiene la disponibilidad de la ganancia ilícita del crimen extinguido para la expiración del plazo de prescripción.

En este orden de ideas, en primer lugar, hay que hacer una breve referencia a la iconografía ortodoxa

del artículo 129, primer párrafo, del Código procesal penal italiano (C.P.P.), bajo el cual, «en todas las fases del procedimiento, el juez que reconoce que (...) el delito se ha extinguido (...) lo declara de oficio con una sentencia». Esto significa que, una vez que el caso se haya extinguido, el tribunal debe declararlo inmediatamente, sin más investigación en el punto de mérito, precisamente porque la causa de la extinción del proceso constituye un hecho que excluye el deber estatal de sancionar³¹. Lo que, en sí mismo, bastaría para que la legitimidad de un mecanismo como el del decomiso ordenado a pesar de la extinción del delito, que, de hecho, viola precisamente tal prohibición de castigo³² contra la persona física en cuyo beneficio opera el caso de extinción previsto por la ley, pareciera por lo menos cuestionable.

A esto se agrega, además, que la aplicación del comiso en caso de prescripción del delito presupuesto, choca claramente con las relaciones jerárquicas sistemáticas entre las fórmulas de exoneración³³, reguladas en el segundo párrafo del mencionado artículo 129, del C.P.P. italiano.

Con vistas a la máxima ampliación del *favor innocentiae*³⁴, es decir, para garantizar el de-

²⁷ Tribunal de Casación, Sección III, 2 de marzo de 2018, no. 58436, en www.rivista231.it; en este sentido, previamente, Tribunal de Casación, Secciones Unidas, 30 de enero de 2014, no. 10561, en *Cass. pen.*, 2014, p. 2806 ss.

²⁸ Tribunal de Casación, Secciones Unidas, 30 de enero de 2014, no. 10561, cit.

²⁹ En este sentido se pronunciaba, de hecho, la *Relazione ministeriale al d.lgs. 231 de 2001*.

³⁰ En la doctrina italiana, sobre el tema de los derechos y garantías de las entidades sometidas a juicio, v. BELLUTA, 2018. En una perspectiva comparativa con el sistema español, v. ARANGÜENA FANEGO, 2018, p. 24 ss.; LUPÁRIA-MARAFIOTI- PAOLOZZI (dir.), 2018.

³¹ Véase, CAPITTA, 2010, p. 7 s.; FONTI, 2008, p. 89; LAVARINI, 1997, p. 628; MARZADURI, 1990, p. 106.

³² En este sentido, GIUNCHEDI-MUSCELLA, 2018, p. 645.

³³ Ver, por todos, los análisis que efectúan DANIELE, 2008, p. 914; SCOMPARIN, 2008, p. 376.

³⁴ Al respecto, ver ampliamente LOZZI, 1968, p. 4.

recho del acusado a ser absuelto con una fórmula más favorable para él, la disposición en cuestión admite, de hecho, una excepción al imperativo de inmediatez de la declaración de extinción del delito, siempre que los hechos demuestren «que es evidente que el hecho no existe o que el acusado no lo ha cometido o que el hecho no constituye un delito o no está previsto por la ley como delito». En tales casos, en otros terminos, se debe dar prioridad a las fórmulas probatorias más eximentes, siempre que el juez pueda comprobar que se cumplen las condiciones para una absolución sustantiva de hecho o de derecho, sin que se requiera ninguna otra investigación del caso.

A la luz de la norma de enjuiciamiento e investigación establecida en el párrafo 2 del artículo 129 del Código procesal penal, parece por lo tanto innegable la distonía que, a nivel sistemático, caracteriza la imposición del decomiso incluso en presencia de una causa de extinción del delito cometido por la persona física incluida en la estructura corporativa.

Como ha sido arriba indicado, de hecho, desde el punto de vista privilegiado en la jurisprudencia, la medida ablativa ordenada a pesar de la expiración de la prescripción se legitimaría al continuar *ad usum* la etapa de instrucción del proceso, a fin de determinar sustancialmente, de esta forma, «el delito en todos sus componentes objetivos y la imputación subjetiva al menos culpable»³⁵. Esto equivale a decir que, en claro (y burlón) contraste con la disciplina establecida por el citado artículo 129, párrafo 2, C.P.P., que – debería repetirse – en presencia de una causa de extinción del delito no acompañada de evidencia manifiesta de los requisitos que justifican una fórmula de exoneración más favorable para el acusado impide el tratamiento de los méritos del proceso, la finalidad de la expropiación contra la persona física acusada del delito presupuesto no es un obstáculo a tal verificación, también orientada desfavorablemente al acusado. Pero hay más.

Desde la perspectiva que nos interesa principalmente aquí, cabe recordar, de hecho, que la declaración inmediata de extinción del delito, situándose, por su naturaleza, en un momento anterior a la decisión final sobre el fundamento de la acusación, expresa necesariamente un juicio puramente hipotético sobre la responsabilidad del acusado³⁶. En verdad, incluso si la prescripción se produce en la fase de apelación – es decir, cuando ya existe una sentencia formal previa contra el recurrente –, lo cierto es que, con el pronunciamiento de la declaración de extinción del delito, «si existe el hecho, si el acusado lo ha cometido, si ese hecho es ilícito, son cuestiones a las que [todavía] no se ha dado una respuesta con fuerza de cosa juzgada»³⁷.

De ahí, la consecuencia que se desprende en cuanto a la relación entre la confiscación “impuesta” al acusado y “sufrida” por la entidad es doble.

Por un lado, la ablación de bienes ordenada contra la persona física que cometió el delito presupuesto, basada en una evaluación “sustancial” de la responsabilidad que nunca ha llegado a ser irrevocable en razón de la prescripción del delito, se resuelve en nada más que una sanción aplicada sobre la base de una mera presunción de culpabilidad del acusado, desafiando el canon fundamental consagrado en el artículo 27, apartado 2, de la Constitución italiana, que exige que se le considere inocente hasta la condena definitiva.

Por otro lado, la aprehensión coercitiva del dinero perteneciente a la sociedad, como su puesta ganancia del delito cometido por la persona física acusada, basándose en la única presunción de culpabilidad de esta última por el delito presupuesto, da lugar a una presunción indebida de segundo grado en el punto de derivación ilícita del dinero en la disponibilidad de la institución. En clara violación del antiguo brocardo “*praesumptio de praesumpto non admittitur*” que exige que en la base de cualquier inferencia presunta – como, por ejemplo, la relativa al origen ilícito del dinero perteneciente a la sociedad – debe haber siempre y sólo un hecho establecido en su realidad histórica. Es decir, en el caso que nos ocupa, el fallo irrevocable de responsabilidad de la persona física acusada por el delito presupuesto y no una ulterior presunción *in malam partem*, como la que representa la declaración provisional de culpabilidad del sujeto individual, transfundida en una sentencia que nunca ha adquirido carácter de cosa juzgada.

Por lo tanto, merece ser apreciada una reciente sentencia del Tribunal de Casación italiano en la que se ha abordado la cuestión de la relación entre la prescripción del delito presupuesto y la imposición de la confiscación a la empresa, apoyándose en el principio de la autonomía de la responsabilidad de la entidad, sancionado por el artículo 8 del Decreto Legislativo 231/2001.

³⁵ Ver, por todas, la sentencia del Tribunal de Casación, Sección III, 11 de abril de 2019, no. 22034, cit.

³⁶ Tal como advierte CORDERO, 1966, p. 98. De manera similar, más recientemente, FERRUA, 2017, p. 111.

³⁷ En estos términos, siempre, CORDERO, 1966, p. 97.

Desde este punto de vista, se ha establecido que si se prescribe el delito presupuesto cometido por la persona física, el juez no puede ordenar la confiscación de las acciones y activos de la sociedad en el contexto de un procedimiento de responsabilidad administrativa de la entidad, sin haber determinado previamente la ventaja que la estructura social podría obtener como consecuencia del delito³⁸.

Esto significa que, en el caso de confiscación sin condena aplicada a la persona física que ejecutó la conducta criminal presupuesta, la compañía no podrá sufrir automáticamente los efectos de la ablación de bienes de la ganancia del delito prescrito. A tal fin, según los jueces del Tribunal de Casación, debe realizarse una «evaluación autónoma de la responsabilidad administrativa de la persona jurídica en cuyo interés y en cuyo beneficio se cometió el delito, que, sin embargo, no puede separarse de una verificación, al menos incidental, de la existencia del hecho delictivo»³⁹.

Esta es una posición que ciertamente puede compartirse en la medida en que trata de arrancar el vulno de la presunción de inocencia que, de otro modo, llevaría a cabo la entidad receptora de la expropiación de la propiedad, si no existiera una valoración previa al menos de los requisitos de interés y beneficio que se derivan del delito, de los cuales surge la responsabilidad administrativa de la persona jurídica dependiente del hecho delictivo.

La misma opción jurisprudencial, sin embargo, sigue pareciendo demasiado tímida puesto que deja latente el problema de la incertidumbre congénita de la verificación de la responsabilidad que justifica la ablación de los activos corporativos. Aludiendo a una mera comprobación incidental de la existencia del delito ya prescrito, la citada jurisprudencia sigue, de hecho, permitiendo que la persona jurídica sufra los efectos de una sanción de carácter sustancialmente penal, como reflejo de una declaración de culpabilidad de la persona física acusada, que, debido a la extinción del presunto delito que se le imputa, nunca llegará al crisma de la certeza y intangibilidad de la cosa juzgada. Con la consecuencia de hacer incierto también el juicio de responsabilidad de la entidad por la falta imputable a ella, en relación con el delito cometido por la persona física.

3. Confiscación sin condena y derecho de defensa de las personas jurídicas no implicadas en el proceso.

Las problemáticas señaladas hasta ahora no agotan, sin embargo, las cuestiones que se plantean respecto de las relaciones entre la confiscación sin condena aplicada a la persona física y los efectos ablativos sufridos, en concreto, por la entidad.

Como se mencionó al principio, de hecho, la persona jurídica puede terminar sufriendo los efectos de la confiscación también como tercera interesada, propietaria de los bienes confiscados. Es decir, como sujeto que no ha estado involucrado en el juicio, ya que el delito por el que se está procesando a la persona física, no es uno de los delitos obligatorios subyacentes a la responsabilidad administrativa de la entidad.

A este respecto, las principales criticidades se encuentran en el deterioro de las garantías defensivas que, de esta manera, podría sufrir la persona jurídica-tercera interesada.

El problema, como se sabe, también fue abordado por el Tribunal Europeo, con la sentencia *GIEM v. Italia*, del pasado mes de junio de 2018⁴⁰. En esa ocasión, los jueces europeos han declarado que la expropiación forzosa en perjuicio de la sociedad que no ha participado en el proceso penal constituye una sanción impuesta en violación de la prohibición de responsabilidad por las acciones de otros y es, por lo tanto, incompatible con el artículo 7 del Convenio Europeo. Desde esta perspectiva, habida cuenta del carácter afflictivo y sustancialmente delictivo del decomiso, la expropiación de los bienes de la sociedad sólo está permitida si la persona jurídica puede ser considerada responsable de la falta dependiente del delito por el que se ordenó el decomiso y, en relación con ese título de responsabilidad, si la propia persona jurídica estaba involucrada en el proceso⁴¹.

Sin embargo, las cosas no son exactamente así en la realidad de la práctica.

³⁸ Tribunal de Casación, Sección II, 21 de noviembre de 2018, no. 52470, en *Dir. pen. proc.*, 2019, p. 40 ss.

³⁹ En estos términos, Tribunal de Casación, Sección II, 21 de noviembre de 2018, no. 52470, cit.

⁴⁰ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Gran Estancia, 28 de junio de 2018, *GIEM v. Italia*, cit.

⁴¹ Sobre el tema, véase EPIDENDIO, 2018, p. 2154; SCOLETTA, 2019, p. 45 ss.

Como prueba de ello son los numerosos pronunciamientos jurisprudenciales que se han ocupado de definir el marco de garantías defensivas a reconocer a la entidad, que es la receptora de los efectos de la ablación patrimonial, aunque ha permanecido ajena al juicio relativo a los tipos de delitos que no están incluidos en el catálogo obligatorio de los crímenes presupuestos de responsabilidad administrativa de un delito, según la disciplina del Decreto Legislativo 231 de 2001.

En casos similares, como, por ejemplo, el de la confiscación urbana por el delito de subdivisión ilegal, que no se encuentra entre los atribuibles a la persona jurídica a título de responsabilidad administrativa, el Tribunal de Casación italiano ha dictaminado recientemente que la persona jurídica propietaria de la parcela puede sufrir los efectos ablativos de la confiscación aplicada “sin condena” a la persona física acusada en el proceso. Esto, de acuerdo con el Tribunal de Casación, es posible ya que la entidad todavía tiene derecho a invocar sus propios motivos ante el tribunal de ejecución, que, por su parte, tiene la tarea de comprobar la existencia de la infracción y la posibilidad de atribuir a la persona jurídica la condición de tercero ajeno de buena⁴².

De esta manera, no obstante, el resultado que se produce es una ablación de bienes doblemente perjudicial para la empresa, ya que es sufrida por esta última “sin” condena y “sin procedimiento”⁴³, hasta que, durante la fase de ejecución, se compruebe (posiblemente) que la entidad sea ajena al delito por el que se ha procedido contra la persona física y se reafirme el derecho de propiedad de la propia entidad sobre los bienes confiscados.

Y ése es exactamente el punto. Diferida a la fase ejecutiva del procedimiento, la garantía de protección judicial para la persona jurídica tercera, que haya sufrido la confiscación «en la oscuridad»⁴⁴ durante el juicio cognitivo, está destinada a convertirse en nada más que un simulacro.

En efecto, más allá del hecho objetivo de la naturaleza inoportuna del remedio, que obviamente interviene solo cuando el derecho de propiedad de la institución ya ha sido violado, debe tenerse en cuenta que la dimensión ontológica del incidente de ejecución puede no asegurar la plenitud de los derechos defensivos de la entidad-tercera parte⁴⁵.

Por un lado, tal como está regulado, el juicio de ejecución consigue solo de forma mediada el derecho a la prueba del reclamante, ya que el legislador procesal italiano (artículo 666, apartado 5, C.P.P.) privilegia, en este contexto, los poderes oficiales del juez, tanto de admisión como de obtención de las pruebas, sobre la iniciativa de las partes, que, en cambio, están tendencialmente excluidas del circuito de formación de la prueba *post iudicatum*⁴⁶. Por otro lado, cabe señalar que el procedimiento ejecutivo está fisiológicamente condicionado por la existencia aguas arriba de la decisión tomada en el proceso de cognición⁴⁷ en el cual podrían haberse tenido en cuenta, sin ninguna contradicción con la parte interesada, perfiles de reconstrucción probatoria y evaluativa que también son relevantes para la posición legal de la tercera empresa⁴⁸.

Los perfiles de evaluación y prueba inherentes a la persona jurídica pasan, de hecho, por el panorama cognitivo del juez que procede en la fase de ejecución a través de la adquisición de los actos del juicio oral que – según las conclusiones de la jurisprudencia del Tribunal de Casación italiano – deben considerarse siempre a disposición del juez de ejecución, que puede (y, en la mayoría de los casos, debe) consultarlos constantemente⁴⁹.

Todo lo anterior, desde la perspectiva que señala aquí, significa que el juez de la ejecución bien podría determinar que el sujeto colectivo requirente no es ajeno al delito, basándose en las pruebas adquiridas durante el juicio de cognición en ausencia de cualquier posibilidad de interlocución en este punto por el sujeto colectivo que recibe el efecto ablativo. Con una clara violación del derecho de la entidad-solicitante a una audiencia efectiva; derecho cons-

⁴² Véase, entre otros, Tribunal de Casación, Sección III, 26 de febrero de 2019, no. 8350, cit. En el mismo sentido, Tribunal de Casación, Sección III, 23 de abril de 2019, no. 17399, en *Dir. & Giust.*, 2019, p. 76.

⁴³ La expresión es de Lo GIUDICE, 2019, p. 123.

⁴⁴ Lo GIUDICE, 2019, p. 125.

⁴⁵ La misma jurisprudencia también lo ha reconocido: Tribunal de Casación, Sección I, orden 16 de marzo de 2016, no. 8317, en *Ilpenalista*, *iz*, 14 de junio de 2016.

⁴⁶ Véase, al respecto, por ejemplo, DI CHIARA, 1994, p. 331; MAZZA, 2019, p. 560.

⁴⁷ Tribunal Constitucional, 6 de diciembre de 2017, n. 253, en *Giur. cost.*, 2017, p. 2681. En doctrina, véase, a este respecto, MONTAGNA, 2019, p. 14.

⁴⁸ Lo advierte SPAGNOLO, 2018, p. 285.

⁴⁹ En este sentido, por ejemplo, Tribunal de Casación, Sección I, 30 de noviembre de 2005, no. 1396, en *Dir. & Giust.*, 2006, no. 12, p. 56.

titucionalmente entendido como una garantía de participación de la persona interesada en la elaboración y evaluación del material probatorio a su cargo⁵⁰.

Precisamente a la luz de estos inconvenientes en términos de derechos de defensa de los terceros interesados, el legislador italiano ha asumido recientemente la tarea de establecer, ya a nivel reglamentario, la norma según la cual «en el proceso es necesario citar a los terceros titulares de derechos reales o personales de disfrute de los bienes en secuestro, de los cuales el acusado demuestra tener disponibilidad por cualquier motivo»⁵¹. A esto se ha añadido, además, que dicha garantía participativa se aplica también en el caso indicado en el artículo 578-*bis*⁵², del código de procedimiento penal, es decir, el de la confiscación (sin condena) impuesta por el juez de apelación, a pesar de la extinción del delito debido a la expiración de los plazos de prescripción.

Aunque apreciables en el esfuerzo por llenar el vacío en la protección judicial que caracteriza la situación jurídica de terceros en la fase previa a la decisión final con la que se ordena la confiscación, tales disposiciones legislativas no aparecen suficientes para evitar el riesgo de que la entidad legal tercera interesada sufra la expropiación forzada como «un mero terminal pasivo de la medida»⁵³ y generan, más bien, visibles disparidades de trato de difícil justificación a nivel constitucional⁵⁴.

Por una parte, de hecho, no se puede dejar de constatar que las disposiciones antes mencionadas garantizan la intervención en la fase de cognición de solo terceros titulares de derechos sobre activos sometidos a embargo preventivo, aplazando, por lo tanto, aunque siempre al procedimiento ejecutivo menos garantizado, la protección del derecho de propiedad de los sujetos inmediatamente afectados por una orden de confiscación que no ha sido anticipada por la medida cuatellar real. Una eventualidad esta última que, además, ocurre con mayor frecuencia en el caso de confiscaciones obligatorias que, por su propia naturaleza, no requieren la emisión previa de un decreto de embargo preventivo⁵⁵.

Por otra parte, y en particular con respecto a la cuestión que más nos interesa aquí, la disciplina preparada por el legislador descuida la posición de terceros-organismos colectivos, que sobre la base de las direcciones jurisprudenciales más recientes, a las que hemos dado cuenta previamente⁵⁶, se encuentran a deber sufrir los efectos de la confiscación “sin condena” impuesta al acusado absuelto por prescripción del delito en primera instancia. En tal hipótesis, en efecto, el pasaje en cosa juzgada de la sentencia de extinción del delito hace inmediatamente ejecutable la confiscación y, por lo tanto, remite, una vez más, al juicio de ejecución la protección del derecho de la tercera persona jurídica a reclamar la restitución del bien confiscado. Con todos los límites probatorios y defensivos ya denunciados en detrimento del sujeto colectivo solicitante, destinatario de la medida ablativa.

Siendo eso así, parecen, entonces, totalmente compatibles las advertencias de la doctrina procesalista tendente a enfatizar como imperecedera la necesidad de regular un régimen unitario y obligatorio de protección jurisdiccional de los derechos de terceros potencialmente afectados por los efectos de la medida patrimonial. Un sistema de protección, es decir, que tiene por objetivo el de garantizar a cada parte interesada, sin necesidad de otras condiciones especiales, el derecho a participar en el juicio de cognición desde el primer grado del proceso⁵⁷.

Se trata de una solución más correcta, más equitativa y que encuentra referentes en modelos comparados, como el español.

Sobre este punto, de hecho, el legislador ibérico ha recientemente adoptado un sistema unificador e incondicional de protección judicial en favor de cualquier persona que, a pesar de sí misma, pueda verse implicada en los efectos ablativos de la confiscación ordenada en el proceso penal.

De este cometido se encarga específicamente el artículo 803 *ter* a. (Resolución judicial de llamada al proceso)⁵⁸, lo que establece que «el juez o tribunal acordará, de oficio o a instancia

⁵⁰ Seguimos aquí a SPAGNOLO, 2018, p. 285.

⁵¹ Se trata del artículo 104-*bis*, apartado 1-*quinquies*, disp. att. c.p.p., introducido por la Ley no. 161, de 17 de octubre de 2017.

⁵² Según establece el artículo 104-*bis*, apartado 1-*sexies*, disp. att. c.p.p., añadido por el Decreto-ley no. 21, de 1º de marzo de 2018.

⁵³ Así, MANES, 2015, p. 1262.

⁵⁴ Son advertidas por VARRASO, 2017, p. 2703; Id., 2018, p. 22.

⁵⁵ Véase, VARRASO, 2017, p. 2703.

⁵⁶ Tribunal de Casación, Sección III, 11 de abril de 2019, no. 22034, cit.; Id., Sección II, 25 de febrero de 2019, no. 8350, cit.

⁵⁷ SPAGNOLO, 2018, p. 285.

⁵⁸ Este artículo ha sido introducido por la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales.

de parte, la intervención en el proceso penal de las personas que puedan resultar afectadas por el decomiso cuando consten hechos de los que puede derivarse razonablemente: a) que el bien cuyo decomiso se solicita pertenece a un tercero distinto del investigado o encausado, o b) que existen terceros titulares de derechos sobre el bien cuyo decomiso se solicita que podrían verse afectados por el mismo».

De este modo, en resumen, se articula un procedimiento especial para posibilitar la pronta intervención al acto del juicio oral de todos los terceros que puedan resultar afectados por el decomiso de bienes practicado en la persona del imputado⁵⁹, para permitirles ejercer activamente sus derechos de defensa dentro del respeto del principio de contradicción. Esta, por cierto, es la única manera de hacer realmente efectiva la protección de la situación subjetiva de los terceros interesados (personas físicas y jurídicas), ya que los involucra en el proceso incluso antes de sufrir una posible privación patrimonial indebida.

Bibliografia

AA.VV. (2018): en LUPÁRIA, Luca, MARAFIOTI, Luca, PAOLOZZI, Giovanni (directores), *Diritti fondamentali e processo all'ente. L'accertamento della responsabilità d'impresa nella giustizia penale italiana e spagnola*, Giappichelli, Torino.

AA.VV. (2017): en MONTAGNA, Mariangela (directora), *Sequestro e confisca*, Giappichelli, Torino.

AA.VV. (2016): en CANZIO, Giovanni, CERQUA, Luigi Domenico, LUPÁRIA Luca (directores), *Diritto penale delle società. Accertamento delle responsabilità individuali e processo alla persona giuridica*, Cedam, Padova.

AA.VV. (2011): en BARGI Alfredo, CISTERNA Alberto (directores): *La giustizia patrimoniale penale*, Utet, Torino.

ALESSANDRI, Alberto (2006): "Criminalità economica e confisca del profitto", en DOLCINI Emilio, PALIERO Carlo Enrico (directores): *Studi in onore di Giorgi Marinucci*, vol. III, Giuffrè, Milano, pp. 2103-2115.

ARANGÜENA FANEGO, Coral (2018): "Proceso penal frente a persona jurídica: garantías procesales", *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, 2, pp. 24-40.

BELLUTA, Hervé (2018): *L'ente incolpato. Diritti fondamentali e "processo 231"*, Giappichelli, Torino.

BERNASCONI, Alessandro, PRESUTTI, Adonella (2018): *Manuale della responsabilità degli enti*, Giuffrè, Milano.

BRICCHETTI, Renato (2010): "sub Art. 19", en CADOPPI Alberto, GARUTI Giulio, VENEZIANI, Paolo (directores), *Enti e responsabilità da reato*, Utet, Torino, pp. 266-278.

CAPITTA, Anna Maria (2010): *La declaratoria immediata di cause di non punibilità*, Giuffrè, Milano.

CERESA-GASTALDO, Massimo (2019): *Procedura penale delle società*, Giappichelli, Torino.

CORDERO, Franco (1966): "La decisione sul reato estinto", en *Ideologie del processo penale*, Giuffrè, Milano.

DANIELE, Marcello (2008): "Proscioglimento", en *Enciclopedia del diritto*, Annali II, t. I, Giuffrè, Milano, pp. 894-917.

⁵⁹ Véase, al respecto, GASCÓN INCHAUSTI, 2016, p. 15 ss.; GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, 2015, p. 449 ss.

- DI CHIARA, Giuseppe (1994): *Il contraddittorio nei riti camerali*, Giuffrè, Milano.
- EPIDENDIO, Tomaso Emilio (2018): “La Grande Camera della Corte EDU sulla confisca senza condanna: “oltre l’urbanistica la guerra tra le corti”, l’interpretazione delle sentenze e i diritti delle persone giuridiche”, *Giurisprudenza costituzionale*, pp. 2151-2168.
- EPIDENDIO, Tomaso Emilio (2011): *La confisca nel diritto penale e nel sistema delle responsabilità degli enti*, Cedam, Padova.
- FERRUA, Paolo (2017): “Il contraddittorio tra declino della legge e tirannia del diritto vivente”, in NEGRI, Daniele, ORLANDI, Renzo (directores): *Le erosioni silenziose del contraddittorio*, Giappichelli, Torino, pp. 3-25.
- FLORA, Giovanni (2003): “Le sanzioni punitive nei confronti delle persone giuridiche: un esempio di “metamorfosi” della sanzione penale?”, *Diritto penale e processo*, pp. 1398-1402.
- FONTI, Rossella (2008): “L’immediata declaratoria di cause di non punibilità”, in DEAN, Giovanni (director): *Trattato di procedura penale*, vol. I, t. I, Utet, Torino, 2008, pp. 87-146.
- FRASER, David (1992): “Lawyers, Guns and Money: Economics and Ideology on the Money Trail”, in FISSE, Brent, FRASER, David, COSS, Graeme (directores) *The Money Trail: Confiscation of Proceeds of crime, Money Laundering and Cash Transaction Reporting*, The Law Book Company, Sidney.
- GARUTI, Giulio (2017): “I risvolti processuali della confisca nel processo agli enti”, *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, pp. 195-201.
- GASCÓN INCHAUSTI, Fernando (2016): “Las nuevas herramientas procesales para articular la política de decomiso total: la intervención en el proceso penal de terceros afectados por el decomiso y el proceso para el decomiso autónomo de los bienes y productos del delito”, *Revista General de Derecho Procesal*, n. 38.
- GIUNCHEDI, Filippo, MUSCELLA Alessia (2018): “Reato estinto (decisione sul)”, in *Digesto delle discipline penalistiche*, Aggiornamento X, Utet, Torino, pp. 624-664.
- GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás (2015): “Aspectos procesales del decomiso: intervención de terceros afectados por el decomiso, el proceso de decomiso autónomo y la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos”, in MARCHENA GÓMEZ Manuel, GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás, *La Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2015*, Castillo de Luna Ediciones Jurídicas, Madrid.
- LAVARINI, Barbara (1997): “Proscioglimento immediato e regola di giudizio”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 626-637.
- LO GIUDICE, Marco (2019): “I profili sostanziali”, in PULVIRENTI Antonino, LO GIUDICE, Marco, “Prescrizione, confisca e processo nella sentenza G.I.E.M. e altri c. Italia”, *Processo penale e giustizia*, 1, pp. 122-139.
- LOZZI, Gilberto (1968): *Favor rei e processo penale*, Giuffrè, Milano.
- MANES, Vittorio (2015): “L’ultimo imperativo della politica criminale: nullum crimen sine confiscatione”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 1259-1282.
- MARZADURI, Enrico (2016): “Confisca urbanistica, estinzione del reato per intervenuta prescrizione ed accertamento della contravvenzione di lottizzazione abusiva”, *La Giustizia penale*, pp. 124-128

MARZADURI, Enrico (1990): “Commento all’art. 129”, en CHIAVARIO, Mario (coordinador): *Commento al nuovo codice di procedura penale*, vol. II, Utet, Torino, pp. 106-126.

MAUGERI, Anna Maria (2019): “El reglamento (UE) 2018/1805 para el recíproco reconocimiento de los procesos de congelamiento de activos y comiso”, *Diritto penale contemporaneo – Rivista Trimestrale*, 4, pp. 34-59.

MAUGERI, Anna Maria (2001): *Le sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Giuffrè, Milano.

MAZZA, Oliviero (2019): “Il giudice e il procedimento di esecuzione”, en CORSO Piermaria (director): *Manuale dell’esecuzione penitenziaria*, Monduzzi, Milano, pp. 539-572.

MONTAGNA, Mariangela (2019): “Confisca e tutela del terzo estraneo”, *Archivio penale*, 2.

MONTAGNA, Mariangela (2005): *I sequestri nel sistema delle cautele penali*, Cedam, Padova.

PAOLOZZI, Giovanni (2005): *Vademecum per gli enti sotto processo*, Giappichelli, Torino.

PASCOTTO, Mattia (2018): “Confisca e prescrizione del reato di lottizzazione abusiva: i soliti nodi giurisprudenziali e i pericoli per la presunzione di innocenza”, *Diritto penale e processo*, pp. 785-795

PIERRO, Guido (2016): “Confisca per lottizzazione abusiva e sentenza di non doversi procedere per prescrizione del reato in attesa della pronuncia della Grande Camera”, *Diritto penale e processo*, pp. 397-405.

SCOLETTA, Marco (2019): “Lo statuto normativo della confisca urbanistica nel prisma delle garanzie convenzionali”, *Rivista giuridica dell’edilizia*, pp. 47-65.

SCOMPARIN, Laura (2008): *Il proscioglimento immediato nel processo penale*, Giappichelli, Torino, 2008.

SPAGNOLO, Paola (2018): “Sequestro, confisca e diritti dei terzi: c’è un giudice a Berlino?”, *Processo penale e giustizia*, 2, pp. 277-285.

VARRASO, Gianluca (2018): “Il sequestro ai fini di confisca: dalle scelte del codice del 1988 alla l. n. 161 del 2017”, *www.penalecontemporaneo.it*, 12 de enero de 2018.

VARRASO, Gianluca (2017): “Sentenza di condanna alla confisca e tutela dei terzi”, *Giurisprudenza costituzionale*, 6, pp. 2698-2703.

VARRASO, Gianluca (2012): *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Giuffrè, Milano.

VERGINE, Francesco (2017): “Il sequestro e la confisca nell’accertamento della responsabilità degli enti”, en MONTAGNA Mariangela (directora): *Sequestro e confisca*, Giappichelli, Torino, pp. 471-489.

VERGINE, Francesco (2012): *Il “contrasto” all’illegalità economica. Confisca e sequestro per equivalente*, Cedam, Padova.



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>