Revista Brasileira de Direito Processual Penal

Volume 11 - Nº 02 - mai./ago. 2025
ISSN 2525-510X
https://doi.org/10.22197/rbdpp.v11i2

Dossiê
"Extinção da punibilidade, absolvição e a função do julgamento criminal de elucidar os fatos"

CNPq
Publicação fomentada pelo CNPq
(Chamada 30/2023 Programa Editorial)

IBRASPP

Revista Brasileira de Direito Processual Penal
Brazilian Journal of Criminal Procedure
http://www.ibraspp.com.br/revista/
ISSN 2525-510X

Volume 11 - Número 02
Porto Alegre/RS
mai./ago. 2025

Expediente / Masthead

Editores-chefes / Editors-in-chief

Prof. Dr. Vinicius Gomes de Vasconcellos (Universidade de São Paulo, São Paulo/SP; Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP - Brasília/DF; Universidade Católica de Brasília, - Brasília/DF, Brasil)

Prof. Dr. Nereu José Giacomolli (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – Porto Alegre/RS, Brasil)

Editores-associados / Associate-editors

Prof. Dr. André Machado Maya (Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul– Porto Alegre/RS, Brasil)

Prof. Dra. Bruna Capparelli (Alma Mater Studiorum - Università di Bologna, Bologna, Italia)

Prof. Dr. Caíque Ribeiro Galícia (Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Faculdade Campo Grande e Faculdade Mato Grosso do Sul – Campo Grande/MS, Brasil)

Editores-assistentes / Assistant-editors

Prof. Dr. Bruno Augusto Vigo Milanez (Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro/RJ, Brasil)

Dra. Daniela Dora Eilberg (Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crimes, Kuala Lumpur, Malásia)

Prof. Dra. Elisa Lorenzetto (Università degli Studi di Verona, Verona, Italia)

Prof. Dr. Felipe da Costa De-Lorenzi (Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis/SC, Brasil)

Prof. Dra. Fernanda Vilares (Fundação Getúlio Vargas, São Paulo/SP, Brasil)

Prof. Dr. Luiz Eduardo Cani (Faculdade Avantis, Balneario Camboriu/SC, Brasil)

Prof. Dra. Manuela Abath Valença (Universidade Federal de Pernambuco, Recife/PE, Brasil)

Me. Mattia Giangreco (Università degli Studi di Catania, Catania, Italia)

Dra. Michelle Barbosa de Brito (Pesquisadora independente, Belém/PA, Brasil, Brasil)

Prof. Dr. Rafael de Deus Garcia (Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP - Brasília/DF, Brasil)

Conselho Editorial / Editorial board

Profa. Dra. Claudia Cesari, Università degli Studi di Macerata, Macerata, Italia

Prof. Dr. Gabriel Ignacio Anitua, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina

Prof. Dr. Germano Marques da Silva, Universidade Católica de Lisboa, Lisboa, Portugal

Prof. Dr. Giulio Illuminati, *Alma Mater Studiorum* - Università di Bologna, Bologna, Italia

Prof. Dr. Juan Montero Aroca, Universidad de Valencia, Valencia, España

Profa. Dra. Livia Giuliani, Università degli Studi di Pavia, Pavia, Italia

Profa. Dra. Lorena Bachmaier Winter, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, España

Prof. Dr. Manuel Monteiro Guedes Valente, Universidade Autônoma de Lisboa, Lisboa, Portugal

Prof. Dr. Máximo Langer, University of California, Los Angeles, United States

Prof. Dr. Michele Caianiello, *Alma Mater Studiorum* - Università di Bologna, Bologna, Italia

Prof. Dr. Paolo Ferrua, Università degli Studi di Torino, Torino, Italia

Prof. Dr. Rafael Hinojosa Segovia, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, España

Prof. Dr. Raúl Cervini, Universidad Católica de Uruguai, Montevideo, Uruguai

Prof. Dr. Renzo Orlandi, *Alma Mater Studiorum* - Università di Bologna, Bologna, Italia

Prof. Dr. Rui Cunha Martins, Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal

Prof. Dr. Stefano Ruggeri, Università degli Studi di Messina, Messina, Italia

Profa. Dra. Teresa Armenta Deu, Universidad de Girona, Girona, España

Profa. Dra. Vania Patanè, Università degli Studi di Catania, Catania, Italia

Pareceristas (deste número) / Reviewers (of this number)

Angela Procaccino (Università di Foggia, Foggia, Italia)

Antonella Falcone (Università degli Studi di Messina, Messina, Italia)

Carlos del Río Ferretti (Universidad Católica del Norte, Antofagasta, Chile)

Chiavelli Facenda Falavigno (Universidade Federal de Santa Catarina - Florianópolis/SC, Brasil)

Ciro Grandi (Università di Ferrara, Ferrara, Italia)

Diogo Malan (Universidade Federal do Rio de Janeiro e Universidade Estadual do Rio de Janeiro - Rio de Janeiro/RJ, Brasil)

Donato Castronuovo (Università di Ferrara, Ferrara, Italia)

Elena Laro-González (Universidad de Sevilla, Sevilla, España)

Elisea Malino (Università degli Studi di Messina, Messina, Italia)

Enrique Letelier Loyola (Universidad de Valparaíso, Valparaíso, Chile)

Fabio Nicolicchia (Università di Ferrara, Ferrara, Italia)

Fabrizio Siracusano (Università degli Studi di Catania, Catania, Italia)

Fauzi Hassan Choukr (Faculdades de Campinas - Campinas, SP, Brasil)

Fernando Parente do Santos Vasconcelos (Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP - Brasília/DF, Brasil)

Franklyn Roger Alves Silva (Universidade Estadual do Rio de Janeiro - Rio de Janeiro/RJ, Brasil)

Gabriel Antinolfi Divan (Universidade de Passo Fundo - Passo Fundo/RS, Brasil)

Gaetano Stea (Università degli Studi di Bergamo, Bergamo, Italia)

Giulia Lasagni (Alma Mater Studiorum – Università di Bologna, Bologna, Italia)

Hanna Kuczyńska (Institute of Law Studies, Polish Academy of Science, Warsaw, Poland)

Heloisa Estellita (Fundação Getúlio Vargas, São Paulo/SP, Brasil)

Lorena Bachmaier Winter (Universidad Complutense de Madrid, Madrid, España)

Luís Gustavo Durigon (Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, RS, Brasil)

Luiza Borges Terra (Universidad Pablo de Olavide, Sevilha, Espanha)

Marco Aurélio Pinto Florêncio (Universidade Presbiteriana Mackenzie - São Paulo/SP, Brasil)

Maria Eduarda Azambuja Amaral (Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil)

Maria Rogacka-Rzewnicka (University of Warsaw, Warsaw, Poland)

Michelle Gironda Cabrera (Pontifícia Universidade Católica do Paraná - Curitiba/PR, Brasil)

Mónica María Bustamante Rúa (Universidad de Medellín, Medellín, Colômbia)

Nadia La Rocca (Università di Roma La Sapienza, Roma, Italia)

Nestor Eduardo Araruna Santiago (Universidade Federal do Ceará e Universidade de Fortaleza - Fortaleza, Ceará, Brasil)

Paola Maggio (Università degli Studi di Palermo, Palermo, Italia)

Patrick Cacicedo (Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil)

Rafael Fecury Nogueira (Universidade da Amazônia, Belém, Pará, Brasil)

Rafael Junior Soares (Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Londrina, PR, Brasil)

Ramón Beltrán Calfurrapa (Universidad de Atacama, Copiapó, Chile)

Raquel Lima Scalcon (Fundação Getúlio Vargas, São Paulo/SP, Brasil)

Rodrigo Andrés Guerra Espinosa (Universidad de los Andes, Santiago, Chile)

Rodrigo Régnier Chemim Guimarães (Centro Universitário de Curitiba - Curitiba/PR, Brasil)

Simone Lonati (Università Bocconi, Milan, Italia)

Thiago Allisson Cardoso de Jesus (Universidade Estadual do Maranhã, São Luís, MA, Brasil)

Thiago Miranda Minagé (Centro Universitário Augusto Motta, Rio de Janeiro/RJ, Brasil)

Víctor Beltrán Román (Universidad Diego Portales, Santiago, Chile)

Projeto Gráfico [Diagramação e Capa] Camila Provenzi (be.net/camilaprovenzi)

Sumário

Dossiê: Extinção da punibilidade, absolvição e a função do julgamento criminal de elucidar os fatos

Extinction of Crime, Acquittal, and Fact-Finding Functions of the Criminal Trial

Editorial: Libertà e tutela dell'innocenza. Una riflessione su dinamiche e valori dell'accertamento penale a fronte di fenomeni estintivi nell'esperienza processuale

Editorial: *Freedom and the Protection of Innocence. Rethinking the Dynamics and Values of the Criminal Trial in Cases of Crime Extinction in the Experience of Adjudication Procedures*

Stefano Ruggeri

Editorial: Reato estinto, accertamento, giudizio. Conflitti irrisolti tra posizioni agnostiche sullo ***status*** dell'imputato e i corollari necessari della presunzione d'innocenza

Editorial: *Non-prosecutable offence, ascertainment, judgment. Unresolved conflicts between agnostic positions on the* status *of the defendant. And the necessary corollaries of the presumption of innocence.*

Francesco Bartolo Morelli

A extinção da punibilidade e o direito ao esquecimento: estigmatização na era digital

The extinction of punishment and the right to be forgotten: stigmatization in the digital age

Marcos Virginio Souto

Leonardo Max Pereira Monteiro

La carga de la prueba de las circunstancias de exención, atenuación o extinción de la responsabilidad penal en el Derecho español

The burden of the proof of defences in Spanish Law

Augusto Javier Mosquera Blanco

La contraddittoria natura della cognizione predibattimentale nel sistema processuale penale del 1930 e del 1988.

The contradictory nature of pre-trial cognition in the criminal procedural system of 1930 and 1988.

Mena Minafra

L'accertamento che non c'è: prescrizione del reato e irragionevole durata delle indagini

The missing fact-finding: statute of limitation of crime and unreasonable duration of preliminary investigations

Elisea Malino

Presunzione di innocenza, accertamento penale e dimensione temporale: dalla prescrizione del reato all'improcedibilità processuale

Presumption of innocence, fact-finding, and chronological dimension of criminal justice: from statute of limitations to case dismissal

Antonella Falcone

Il tempo nella tipicita'. La misura dell'attualita' dell'offesa

The time into the crime typicity. The measure of the actuality of the offence

Gaetano Stea

Fundamentos de Direito Processual Penal

Fundamentals of criminal procedure

Aplicación de la "doctrina Murray" en Costa Rica: ¿ejercicio válido de comparación o degradación del derecho al silencio del acusado?

Application of the "Murray doctrine" in Costa Rica: valid exercise of comparison or degradation of the accused's right to silence?

Juan Carlos Morales Jiménez

Persecução penal: investigação, juízo oral e etapa recursal

Criminal prosecution: investigation, public oral trial and appeal

Lavagem de criptoativos pela ótica da hipótese investigativa: os mixing-services e a investigação criminal

Laundering of cryptoassets from the perspective of investigative hypothesis: mixing-services and criminal investigation

Fábio Ramazzini Bechara

Matheus Morelli Sindona Bellizia

Acordo de não persecução penal no tráfico privilegiado: uma alternativa às altas taxas de encarceramento na política de drogas brasileira

Criminal non-prosecution agreement in privileged drug trafficking: an alternative to high incarceration rates in Brazilian drug policy

Luísa Walter da Rosa

El comiso sin condena en el ordenamiento jurídico chileno: un análisis de su naturaleza desde una perspectiva sustantiva y procesal

Non-conviction-based confiscation in the Chilean legal system: an analysis of its nature from a substantive and procedural perspective

Tamara Saldaña González

Sobre la reformalización de la investigación: desde la alegalidad al reconocimiento normativo

On the subject of reformalization of the investigation: from lawlessness to normative recognition

Francisco José Narváez Gallo

Teoria da Prova Penal

Criminal evidence theory

Il mito del ragionevole dubbio tra dubbi processuali e dubbi razionali

The myth of reasonable doubt between procedural doubts and rational doubts

O mito da dúvida razoável entre as dúvidas processuais e racionais

Rocco Neri

A busca domiciliar em casos de flagrante delito na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no ano de 2024

Home searches in cases of flagrant crime in the jurisprudence of the Superior Court of Justice in the year 2024

Marcos Afonso Johner

Execução Penal

Criminal Execution

A Corte Interamericana de Direitos Humanos e a atualização da teoria da execução penal no Brasil: o exemplo do cômputo em dobro

The Inter-American Court of Human Rights and the Modernization of Penal Enforcement Theory in Brazil: The Example of Double-Counting

Patrick Cacicedo
Érica Babini Lapa do Amaral Machado
Maria Luiza Maranhão Dias Cabral

Dossiê:
Extinção da punibilidade, absolvição e a função do julgamento criminal de elucidar os fatos

Extinction of Crime, Acquittal, and Fact-Finding Functions of the Criminal Trial

Editorial: Libertà e tutela dell'innocenza. Una riflessione su dinamiche e valori dell'accertamento penale a fronte di fenomeni estintivi nell'esperienza processuale

Editorial: *Freedom and the Protection of Innocence. Rethinking the Dynamics and Values of the Criminal Trial in Cases of Crime Extinction in the Experience of Adjudication Procedures*

Stefano Ruggeri[1]

Università degli Studi di Messina, Messina, Italy

stefano.ruggeri@unime.it

https://orcid.org/0000-0003-2684-3340

Riassunto: Il presente contributo introduce un *dossier* dedicato alla relazione tra estinzione del reato, assoluzione e funzioni dell'accertamento penale. Lo scritto sottolinea l'utilità del metodo comparatistico per affrontare un tema di tale complessità, che analizza nella prospettiva delle implicazioni di fenomeni estintivi sui valori apicali su cui si erge il giudizio penale. Muovendo da una disamina del diverso modo in cui il tempo incide sulla configurazione dei fattori estintivi, a seconda dell'impostazione seguita da ciascun ordinamento, questo studio si concentra sulle problematiche probatorie e sulle dinamiche decisorie che l'intervento di tali fattori produce e in cui si evidenzia la tensione tra esigenze efficientistiche e tutela della libertà e dell'innocenza dell'imputato.

Parole chiave: libertà; innocenza; accertamento; fenomeni estintivi.

[1] Professore ordinario di diritto processuale penale, *Professor of European and Transnational Criminal Justice*, Dipartimento di Giurisprudenza 'Salvatore Pugliatti', Università degli Studi di Messina, Italia. *Doctor iuris* in Diritto e procedura penale presso la Scuola Superiore di studi universitari e di perfezionamento Sant'Anna di Pisa, Italia. Borsista in qualità di *Experienced Researcher* della Fondazione *Alexander von Humboldt*.

Abstract: *The present contribution introduces a dossier regarding the relationship between crime extinction, acquittal, and aims of the criminal trial. This paper points out the usefulness of comparative-law method to deal with such complex topic, which it analyses from the viewpoint of the implications of extinctive phenomena on the core values of adjudication procedures. Starting with examining the different ways in which the time factor conditions the qualification of extinctive phenomena according to the approach of each legal system, this study focuses on the evidentiary problems and the dynamics of decision-making, produced by the intervention of such phenomena, which highlight the tension field between procedural efficiency and the protection of freedom and the defendant's innocence.*

Keywords: *freedom; innocence; fact-finding; crime extinction.*

Sommario: 1. Introduzione. Fenomeni estintivi, funzioni di accertamento del giudizio penale e tutela dell'innocenza: il contributo del metodo comparatistico; 2. Tempo, reato, processo: la poliedrica portata della prescrizione; 3. L'efficacia della decisione estintiva nel prisma del processo penale; 4. Accertamenti estintivi, dinamiche probatorie e tutela dell'innocenza: le ricadute della postulazione di oneri dimostrativi a carico della difesa e le implicazioni sui doveri decisori del giudice; 5. Fatti estintivi e diritto dell'imputato a una conclusione assolutoria del giudizio.

1. Introduzione. Fenomeni estintivi, funzioni di accertamento del giudizio penale e tutela dell'innocenza: il contributo del metodo comparatistico

La tematica oggetto del presente *dossier* è probabilmente tra le più affascinanti e, a un tempo, tra le più complesse e insidiose della giustizia penale contemporanea, in grado tanto d'intercettarne le sfide attuali quanto di toccare i fondamenti della teoria generale del processo e, in buona misura, della teoria generale del diritto e del ruolo che ad essa può essere oggi riconosciuto per un'adeguata ricostruzione della tutela penale. Appunto in ragione di ciò tale problematica richiede un approccio eclettico nel quale un ruolo primario occupa la comparazione giuridica. L'utilità del metodo comparatistico nella fattispecie si rivela in particolare

da due grandi prospettive. L'una, interordinamentale, mira a individuare divergenze e convergenze tra diverse esperienze processuali nei sistemi giuridici nazionali, viste da un'ottica per così dire sincronica. L'altra, endordinamentale e diacronica, guarda invece all'evoluzione di un dato sistema di giustizia penale all'interno dell'ordinamento nel quale s'iscrive, e così al suo trasformarsi mantenendo inalterata l'impostazione di fondo, o piuttosto assumendo un diverso modo di configurare e riplasmare nel tempo i fenomeni estintivi che, inserendosi nel corso dell'accertamento processuale, ne alterano le dinamiche incidendo, a seconda delle scelte adottate da questo o quell'ordine giuridico, ora sull'azione, ora sul processo, ora sulla punibilità e ora perfino sul reato.

D'altra parte, la prospettiva comparatistica, nell'orientarsi verso diversi ordinamenti nazionali, non ha mai ad oggetto realtà statiche e immobili, sempre identiche a se stesse, ma svela piuttosto realtà appartenenti a sistemi (nel nostro caso, sistemi di giustizia penale) in costante trasformazione, non foss'altro perché essi riflettono esperienze giuridiche e culturali di società a loro volta soggette a continui mutamenti: e trattando quindi, in definitiva, la parallela evoluzione di sistemi e le loro mutue interrelazioni, finisce pur essa per caricarsi sempre di una prospettiva intrinsecamente diacronica. Altrettanto evidente è poi che ogni ordinamento che si guardi allo specchio, per così dire, e cioè si raffronti con se stesso e col proprio passato, nel ricercare le radici e l'origine delle soluzioni presenti, può anche riscontrare una netta rottura rispetto a previe impostazioni, come dimostra emblematicamente la scelta intrapresa dai redattori del codice penale del 1930 in materia di cause di estinzione del reato, finendo così per ritrovare un sistema in misura anche consistente diverso e altro da sé.

A far da collante tra le due prospettive, e ad evidenziare l'intrinseco dinamismo di ogni disamina comparatistica, si staglia il rilievo che sempre più assumono altre e ancor più complesse esperienze giuridiche, quale il diritto internazionale e, in particolare, il diritto internazionale in materia di diritti umani, nonché, per quel che riguarda lo scenario europeo, il diritto eurounitario: esperienze per loro natura esposte (e aperte) a un costante confronto con una pluralità di ordinamenti nazionali e, nella loro essenza, soggette a una continua evoluzione grazie all'operato di tribunali e corti internazionali, come le Corti europea e interamericana di tutela dei diritti umani e, in Europa, la Corte di giustizia dell'Unione.

Enormi, del resto, sono le implicazioni che attraversano quelle due prospettive, e che ravvicinano sistemi pur con diversa storia e cultura processuale alla luce di una comune visione della giustizia penale saldamente ancorata alla centralità sulla persona. In effetti, sono in gioco le funzioni della tutela penale, e con essi il significato e gli obiettivi che la tutela criminale oggi riveste in uno scenario internazionale nel quale figurano forme e manifestazioni (non di amministrazione, secondo una frequente ma assai ambigua e persino fuorviante espressione, bensì) di realizzazione e inveramento della giustizia penale orientate sempre più a logiche diverse dalla tradizionale prospettiva persecutorio-punitivistica. Ma vengono soprattutto in rilievo – nella problematica affrontata, da punti di vista diversi, dai contributi raccolti in questo *dossier* – i valori sottesi all'accertamento penale e, in particolare, la tenuta di diritti e garanzie apicali del processo penale, quali soprattutto il diritto di difesa e la presunzione d'innocenza: in nome dei quali, come è da escludere che si possa caricare chi subisce il giudizio di qualsivoglia onere dimostrativo vòlto a far valere cause dirette a escludere o estinguere la responsabilità penale o la punibilità, così deve essere favorita ogni soluzione vòlta a far uscire l'imputato dal processo assicurando la più ampia protezione della sua condizione di persona innocente. Qui si stagliano, chiarissime, le ricadute che, a fronte di fatti estintivi che paiono contrarre il corso e imporre l'immediata conclusione del giudizio penale senza ulteriori accertamenti, si proiettano ben al di là della sfera di quest'ultimo, concernendo la protezione della stessa dignità della persona che abbia patito l'esperienza del giudizio criminale, il vero *ius terribile*.

2. Tempo, reato, processo: la poliedrica portata della prescrizione

Il problema stesso della prescrizione, quale fenomeno estintivo per eccellenza, fornisce una prospettiva privilegiata per osservare questo complesso intreccio di piani, e il ruolo che l'interazione e il dialogo fra corti e giurisprudenze appartenenti a diversi quadranti ordinamentali, quelli che già oltre trent'anni fa Anne-Marie Slaughter definiva forme di "*transjudicial*

communication"[2], hanno svolto nella ricerca di soluzioni sempre più adeguate, anzitutto nell'ottica di una sempre maggiore valorizzazione delle istanze di tutela della persona, all'interno di un ventaglio di inquadramenti teorici plausibili e storicamente datisi.

Così, anche nel quadro di un approccio sostanzialistico al problema della prescrizione, un'indagine comparatistica non solo rivela una significativa varietà di impostazioni ma mostra anche, se rivolta all'evoluzione storico-giuridica dell'istituto e alle criticità che esso presenta oggi nell'ordinamento italiano, le ragioni che, in discontinuità rispetto al passato, portarono i redattori del codice penale del 1930 (il c.d. 'codice Rocco') a ricondurre gli effetti della prescrizione come di altri fenomeni estintivi, alla luce di una considerazione del rapporto giuridico punitivo originato appunto dal reato, nel quale il venir meno della pretesa punitiva avrebbe giustificato l'estinzione del reato medesimo[3]. Una impostazione, questa, che rifletteva una concezione autoritaria del rapporto tra Stato e individuo, e dell'ordinamento nel suo complesso, ampiamente superata, come è noto, col tempo e non più sostenibile in quei Paesi in cui la tutela penale rinviene la propria giustificazione nel disvalore delle condotte incriminate alla luce del riconoscimento anzitutto costituzionale di interessi sociali e individuali apicali e, in quanto tali, bisognosi dell'estrema protezione mediante lo strumento del diritto penale. Dal canto suo il codice penale brasiliano, di poco successivo alla codificazione italiana, mantenendosi sul solco di una concezione penalsostanzialistica dell'istituto, ricondusse (sulla falsariga dell'impostazione seguite dalle codificazioni di altri Paesi anche europei, come l'Austria) alla punibilità, e non al reato, la prescrizione, secondo una configurazione che il legislatore brasiliano avrebbe poi esteso ad altri fenomeni estintivi e, in tempi recenti, persino a istituti

---

[2] SLAUGHTER, Anne-Marie. A Typology of Transjudicial Communication. *University of Richmond Law Review* 1994, v. 29, n. 1, p. 99 ss. (disponibile ora in https://core.ac.uk/download/pdf/232781656.pdf).

[3] STEA, Gaetano. *Il tempo della tipicità. La misura della attualità dell'offesa*, in questo *dossier*, par. 1.

dalla chiara rilevanza processuale, quali la transazione processuale e la sospensione condizionale del processo[4].

È peraltro degno di nota il fatto che in Italia la stessa Corte costituzionale, intervento sul regime concernente la sospensione della prescrizione durante il periodo pandemico, abbia contributo se non altro a smussare la propria linea giurisprudenziale fino ad allora pressoché graniticamente orientata ad affermare la natura della prescrizione quale istituto di diritto penale sostanziale[5]. Ed è ragionevole ipotizzare che tale evoluzione giurisprudenziale, se non ha certo condotto a un radicale mutamento nella configurazione dell'istituto, abbia però spianato la strada per un cambio di prospettiva nel quale si è iscritto il nuovo assetto introdotto dalla riforma legislativa promossa dalla allora Ministra della Giustizia prof.ssa Marta Cartabia, nel quale assetto la conclusione del tempo della prescrizione sostanziale, con la fine del giudizio di primo grado, dà avvio a un diverso tempo, vòlto a cadenzare cronologicamente i procedimenti impugnatori e sul quale si fonda l'inedito istituto dell'improcedibilità temporale, che fin da subito si attirò una vera e propria pioggia di critiche e perplessità[6].

Non si può disconoscere che la sua stessa configurazione sia non poco ambigua e problematica: se è certo arduo poter ricondurre all'azione penale, a dispetto della formulazione normativa, un fenomeno estintivo che dipende dal fatto, in sé amorfo, costituito dall'inutile decorso di un certo lasso temporale predeterminato dalla legge senza che sia stata emanata la decisione conclusiva del relativo procedimento impugnatorio[7], quale che sia la parte che ne abbia determinato l'instaurazione, d'altro canto desta non poca preoccupazione che il processo in sé, e con esso il giudizio penale, possa estinguersi.

---

4 SOUTO, Marcos Virginio, PEREIRA MONTEIRO, Leonardo Max. *A extinção da punibilidade e o direito ao esquecimento: estigmatização na era digital*, in questo *dossier*.

5 FALCONE, Antonella. *Presunzione di innocenza, accertamento penale e dimensione temporale: dalla prescrizione del reato all'improcedibilità processuale*, in questo *dossier*, par. 4.

6 *Ibid*.

7 NEGRI, Daniele. Dell'improcedibilità temporale. Pregi e difetti. *Sistema penale* n. 2, 2022 (disponibile in https://sistemapenale.it/pdf_contenuti/1645393666_negri-2022a-improcedibilita-temporale-riforma-cartabia.pdf).

A rigore il processo – a differenza del reato la cui giuridica esistenza può affermarsi solo con la condanna definitiva – costituisce una realtà innegabile sul piano sia storico sia giuridico con l'esercizio dell'azione penale: e, come tale, è pertanto suscettibile di una vicenda estintiva. Ma è su un diverso piano e a un livello ben più profondo che tale fenomeno si rivela problematico, suscitando inquietudine e sconvolgendo persino le basi del tessuto sociale l'idea stessa che un'esperienza così essenziale per la tenuta del consorzio civile, qual è il processo penale, possa estinguersi senza approdare ad alcun giudizio: che insomma quell'esperienza cui affidiamo la risoluzione e la composizione dei conflitti individuali e sociali più complessi, e dalla quale ci attendiamo una risposta a fronte delle ipotesi di condotte che offendono o mettono in pericolo i beni essenziali e di maggior valore per l'ordinamento, non assolva alla propria funzione cognitiva e finisca così per sfumare senza accertare alcunché nel senso più rigoroso del termine, ossia senza fornire quella certezza giuridica che, pur con le sue inevitabili e infinite imperfezioni, costituisce il fondamento dell'affidamento che tutti riponiamo nel diritto e nella giustizia.

3. L'efficacia della decisione estintiva nel prisma del processo penale

Un'attenta riflessione attorno a questa complessa tematica, se condotta attraverso il prisma della comparazione giuridica, sospinge a riconsiderare il fenomeno estintivo nella prospettiva inevitabilmente dinamica dell'accertamento processuale. Ciò impone un riesame del problema dell'efficacia giuridica della decisione che tale accertamento esprime, un problema che, come sempre, assume una rilevanza primaria e ineludibile per una compiuta comprensione di ogni fenomeno giuridico[8].

In effetti, la stessa postulazione di una vicenda estintiva, quale che sia la configurazione ordinamentale degli istituti coinvolti, induce a ricondurre proprio a quella classe di effetti caratterizzati dalla modificazione, nella specie appunto dell'eliminazione mediante estinzione, di situazioni giuridiche anteriori e preesistenti. Tuttavia,

[8] FALZEA, Angelo. Accertamento. In: ID., *Voci di teoria generale del diritto*. Giuffrè: Milano, 1970, p. 12.

se è evidente, come abbiamo visto, che in materia penale non ha senso predicare a giudizio in corso la punibilità che, come e più del reato, non ha giuridica consistenza se non come mero potenziale fino alla conclusione condannatoria del processo, ne consegue che ancor meno può darsi alcuna situazione giuridica preesistente al processo, suscettibile di estinzione, sia essa configurata quale pretesa punitiva, *ius puniendi* o come dovere punitivo. Sulla scorta di simili ragioni si può così ragionevolmente dubitare, come già fece decenni or sono Antonio Pagliaro[9], che si possa attribuire al giudicato che copre la decisione estintiva un'efficacia preclusiva operante sul piano sostanziale, almeno nei termini in cui Angelo Falzea sapientemente costruì tale forma di efficacia dalla natura anfibologica[10], in grado di coprire l'alternativa tra la conservazione e la modificazione delle situazioni soggettive anteriori, e caratterizzandosi dunque per la sua intrinseca discontinuità rispetto a queste ultime.

A ben riflettere, ciò tuttavia non esclude che si possa continuare a parlare di preclusione, benché in una differente accezione e soprattutto da una diversa prospettiva, la quale – lungi dal riguardare situazioni soggettive relative a un fatto del passato che, in quanto sottoposto a un accertamento ancora in corso, non può essere predicato in alcun modo come esistente – guarda piuttosto al futuro e cioè al dovere di ogni altro giudice, adito con un'azione *de eadem re*, di tornare a giudicare su quel che è stato giudicato. Un'efficacia preclusiva che potremmo continuare a definire sostanziale alla luce della ancor oggi diffusa configurazione sostanzialistica dei fenomeni estintivi, ma che in realtà, quale che sia l'impostazione prescelta dall'ordinamento di riferimento, è sostanziale e processuale a un tempo: poiché se per un verso riguardano inevitabilmente i *merita causae* finanche le concezioni che riferiscono all'azione o al processo in sé l'estinzione, per altro verso la preclusione si produce sempre in materia penale attraverso la via del processo e precipuamente del giudicato che di ogni processo penale rappresenta, a un tempo, conclusione ultima e indefettibile elemento costitutivo.

---

[9] PAGLIARO, Antonio. Profili dogmatici delle c.d. cause di estinzione del reato. *Rivista italiana di diritto e procedura penale* 1967, pp. 474 ss.

[10] FALZEA, Angelo. Efficacia giuridica. In: ID., *Voci di teoria generale del diritto*, cit., pp. 346 ss.

4. Accertamenti estintivi, dinamiche probatorie e tutela dell'innocenza: le ricadute della postulazione di oneri dimostrativi a carico della difesa e le implicazioni sui doveri decisori del giudice

La messa a fuoco della natura dell'efficacia della declaratoria estintiva e dei termini in cui si produce la preclusione che al giudicato penale, è da attribuire ci consente di porre le basi per affrontare un'ulteriore e non meno delicata questione che si staglia lungo il percorso di questa complessa problematica e la cui risoluzione pure trae considerevoli benefici da un approccio comparatistico: il quale mostra la sua utilità svelando le insidie di un'impostazione ancora sfortunatamente radicata nelle prassi giurisprudenziali e, ancor più, nelle culture processuali di diversi Paesi. Si tratta infatti di verificare quale incidenza dispieghino i fenomeni estintivi sulle dinamiche della cognizione penale all'interno del processo nel quale vengano rilevati. Ed è questa una verifica che nella prospettiva del presente *dossier* dev'essere condotta attraverso il prisma della presunzione d'innocenza: la quale non solo scandisce il punto di partenza dell'accertamento penale, che a differenza di altre esperienze processuali non muove dall'ignoto per pervenire al noto bensì da una base cognitiva che proprio in forza di tale presunzione deve darsi per assodata, ma costituisce soprattutto la stella polare alla quale dev'essere orientato, a un tempo, il trattamento e il giudizio che il processo postula sull'ipotesi accusatoria formulata nei riguardi dell'imputato, cui va riconosciuto il diritto di uscire dalla drammatica scena del processo con una conclusione che tuteli e valorizzi al massimo la sua condizione di persona libera e innocente, e con essa, come abbiamo visto, la sua stessa dignità.

Tali semplici eppur essenziali considerazioni, benché risultino ampiamente condivise, si trovano tuttavia oggi svilite nella quotidiana esperienza giudiziaria, anzitutto per un erroneo approccio alle dinamiche probatorie nel processo penale, che alla presunzione d'innocenza sono strettamente connesse e ad essa dovrebbero essere costantemente orientate. Significativamente, un simile approccio, per quanto paradossale possa apparire, non è stato minimamente frenato, anzi forse è stato perfino favorito, dalla progressiva sedimentazione di prassi giudiziarie con chiara ispirazione accusatoria in una molteplicità di Paesi pur con

diverse tradizioni di giustizia penale. In effetti, come opportunamente ha segnalato Bernd Schünemann, la diffusione non tanto del modello o sistema accusatorio (del quale si può dubitare che esista un'unica e coerente manifestazione) quanto, più propriamente, dello stile e della cultura accusatoria ha avuto come riflesso la conversione di cause di esclusione o estinzione della punibilità, per non dire anche di cause di giustificazione e della stessa imputabilità, in *defences*[11]. È tuttavia evidente che non possa in alcun modo ritenersi compatibile con gli *standard* di *fairness*, elaborati dalle giurisprudenze internazionali e costituzionali attorno a quel complesso di valori che ruotano attorno alla presunzione d'innocenza, far ricadere sull'imputato, quale persona appunto presuntivamente innocente, l'onere di provare l'esistenza di situazioni idonee a elidere la punibilità o addirittura a escludere la valutazione d'illiceità del fatto[12]. Del resto é discutibile che un simile risultato costituisca una costante degli ordinamenti di *common law* e, in ogni caso, nei Paesi che, con maggiore o minore coerenza, hanno comunque abbracciato lo stile accusatorio, pur modellandolo alla propria cultura processuale in varie forme. Ad esempio, in Italia, sebbene finanche uno sguardo superficiale alle prassi giudiziarie riveli quanto siano ignorati e dati per presupposti nelle imputazioni processuali profili pur essenziali della teoria generale del reato, come l'antigiuridicità obiettiva o l'imputabilità, non si può però dire che essi siano trascurati dalla cognizione penale né che si traducano per ciò solo in temi di prova della difesa: la quale non ha alcun onere dimostrativo almeno con riguardo a scriminanti e cause personali di esclusione della responsabilià penale, bastando un dubbio concernente le stesse a imporre al giudice l'emanazione di una sentenza assolutoria, quale che sia la parte che l'abbia ingenerato e anzi quand'anche nessuna iniziativa probatoria di parte lo abbia prodotto (art. 530 co. 3 Cpp). E per quanto considerazioni parzialmente diverse valgano per le cause estintive del reato, la loro rilevazione non dipende da alcuna iniziativa che la difesa debba intraprendere, ricadendo piuttosto sul giudice il preciso dovere di accertarne l'esistenza e concludere il giudizio con un proscioglimento (art. 129 Cpp).

---

[11] SCHÜNEMANN, Bernd. El propio sistema de la teoría del delito. *InDret* n. 1, 2008 (disponible in https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/505.pdf).

[12] STEA, Gaetano. *Il tempo della tipicità*, in questo *dossier*, par. 1.

Se dunque non può esserci alcuno spazio per la configurazione di simili oneri probatori a carico della difesa che non comprometta la stessa essenza del diritto di difesa, quale fondamento di una giustizia penale europea autenticamente equa, è però chiaro che la stessa formulazione di ipotesi relative a fatti idonei a incidere, elidendo o estinguendo, la punibilità finisce per allargare e rendere maggiormente complesso il perimetro della cognizione penale. È inoltre interessante notare che ciò vale non solo per il dibattimento ma pure per le fasi predibattimentali e soprattutto per alcuni giudizi incidentali che si collocano specie nella fase investigativa preprocessuale: giudizi estremamente delicati in quanto capaci di condurre all'adozione di misure in grado d'incidere in maniera pesantissima e con effetti immediati sui diritti e le libertà primarie della persona, qual è anzitutto il procedimento cautelare e, al suo interno, quel particolare giudizio che i tedeschi chiamano *Tatverdachtsurteil*[13].

Altrettanto evidente è però che a una simile estensione dello spettro dell'accertamento penale non può conseguire una scenario decisionale tale per cui, a fronte di non prova deficitaria o di una dimostrazione non pienamente raggiunta di fatti vòlti a escludere l'illiceità della condotta

[13] In proposito v. PAEFFGEN, Hans-Ullrich. Vorüberlegungen zu einer Dogmatik des Untersuchungshaft-Rechts. Carl Heymanns: Mainz, 1986, p. 192. Al di fuori della dottrina tedesca rimane di fondamentale importanza la monografia di NEGRI, Daniele. *Fumus commissi delicti*. La prova per le fattispecie cautelari. Giappichelli: Torino, 2004, p. 54 ss. Chiarissima la rilevanza che non solo cause di esclusione della pena e dell'illiceità del fatto, ma anche cause di estinzione del reato e della pena rivestono nel giudizio cautelare in Italia, elidendo ogni possibilità di postulare un *fumus delicti* in grado di sorreggere qualsivoglia intervento cautelare (art. 273 co. 2 Cpp). Non si può tuttavia trascurare che la particolare struttura del procedimento cautelare, ad oggi (e nonostante le recenti modifiche operate dalla legge 114/2024, benché applicabili a decorrere dal 25 agosto 2024) fortemente carente di struttura dialettica prima dell'emanazione della decisione cautelare, fa sì che tale rilevanza si traduca nella prassi in un fattore di esclusione successiva di una gravità indiziaria basata, di regola, sulle sole risultanze del pubblico ministero, il che finisce per riversare la relativa prova sulla difesa in fase di contestazione, originaria o appunto successiva, della valutazione di gravità indiziaria. Sui problemi connessi alle dinamiche del contraddittorio nell'ambito della tutela cautelare in Italia cfr., anche alla luce della recente riforma legislativa, il recente contributo di GIANGRECO, Mattia. Il contraddittorio anticipato e la libertà su cauzione. Verso un modello cautelare più garantista. Edizioni Scientifiche Italiane: Napoli, 2024.

imputata o a estinguerne la carica punitiva, il giudizio dovrebbe arenarsi in un *non liquet* ovvero il giudice potrebbe orientare la propria decisione in un senso o nell'altro indifferentemente o, peggio ancora, a detrimento dell'imputato. Ognuno di tali scenari, in misura più o meno accentuata, comporta infatti una patente violazione della presunzione d'innocenza e, ciò che più importa, non solo e non tanto come fondamentale garanzia soggettiva per chi patisca il processo quanto per la non meno essenziale funzione di garanzia che essa occupa in relazione al ruolo che il giudizio penale, tra tutti i possibili giudizi che sull'ipotesi concernente il fatto criminoso possono immaginarsi e concretamente si svolgono, occupa nell'ordinamento giuridico.

5. Fatti estintivi e diritto dell'imputato a una conclusione assolutoria del giudizio

Il riconoscimento proprio di questa duplice valenza della presunzione d'innocenza, quale garanzia soggettiva e di sistema a un tempo, ci permette di esaminare, dopo avere messo a fuoco le questioni attinenti alle dinamiche probatorie, un ultimo problema che nella prospettiva che abbiamo adottato si dipana sul filo delle dinamiche della cognizione penale laddove sia rilevata la presenza di fatti estintivi. Se è infatti chiaro che in presenza di situazioni vòlti a elidere l'antigiuridicità del fatto, quali sono le cause di giustificazione, non ha alcun senso porsi un'alternativa decisoria che rimetta in gioco la tipicità dell'azione criminosa, la quale deve darsi per dimostrata, non essendoci altrimenti alcunché da scriminare, diverso è il caso che si presenta allorquando emergano fatti cui l'ordinamento assegna la capacità di estinguere la punibilità o addirittura il reato, poiché il loro accertamento non esclude affatto la considerazione di soluzioni decisorie alternative che riguardino la tipicità e l'illiceità del fatto. In questa direzione si muove da tempo l'ordinamento italiano e pure l'attuale codice di rito penale, il cui art. 129 cpv. è tuttavia costantemente oggetto di un'interpretazione riduttiva e addirittura minimalista: in base alla quale interpretazione i giudici, laddove rilevino la presenza di fatti estintivi, tendono a limitarsi a constatarne l'esistenza, dando spazio ad alternative assolutorie solo nei casi in cui apprezzino la mancanza totale di prove agli atti della colpevolezza, ovvero la prova piena dell'innocenza in termini di

difetto di tipicità del fatto, di estraneità dell'imputato all'*affaire* criminoso, ovvero di assenza dell'elemento psichico o, per converso, di presenza di un fattore scriminante, se non addirittura di mancata rilevanza penale del fatto per abrogazione o annullamento dovuto a incostituzionalità della previsione incriminatrice.

È tuttavia evidente che un simile *modus decidendi* non solo finisce per frustrare la presunzione d'innocenza, che postula la massima tutela del diritto dell'imputato alla piena affermazione della propria innocenza, ma rivela soprattutto un palese fraintendimento dell'oggetto dell'accertamento penale che non è né può mai essere l'innocenza, la quale, come abbiamo notato, non dev'essere dimostrata e, ancor meno, dall'imputato che già subisce la pena del processo. Una corretta ricostruzione della funzione del processo penale, secondo un modello costituzionalmente orientato del quale la presunzione innocenza e le libertà fondamentali costituiscono i pilastri portanti, conduce pianamente a riconoscere che esso mira alla formulazione del giudizio, dell'unico giudizio attraverso cui possa prodursi il diritto e cioè possa realizzarsi la tutela penale, quale che ne sia la manifestazione nell'esperienza concreta del singolo caso, sull'ipotesi accusatoria concernente la colpevolezza dell'imputato, giammai l'innocenza. E proprio tale riconoscimento sospinge così a preferire un differente approccio alle dinamiche decisorie che si innescano sul filo del rapporto fra declaratorie estintive e giudizi assolutori: in effetti, così come non è ipotizzabile un onere probatorio dell'esistenza di un fatto estintivo a carico della difesa, ancor meno tollerabile sarebbe addossare alla difesa l'improbo compito di dimostrare appieno e tempestivamente l'innocenza dell'imputato prima che appunto tale fatto sia rilevato giudizialmente.

Lungi dal precludere qualsiasi decisione di merito diversa da una pronuncia estintiva, la comprovazione di un fatto estintivo del reato o della punibilità impone piuttosto sempre al giudice l'obbligo di estendere la cognizione a tutti i suddetti profili dai quali dipende l'emanazione di una alternativa decisoria, dovendo optare per l'assoluzione ogniqualvolta non consti, allo stato degli atti, la tipicità del fatto e la prova di ogni altro profilo necessario per potere formulare un giudizio di responsabilità penale. Il modo migliore, e cioè la spiegazione tecnicamente più solida sul piano teorico-generale, per supportare tale resultato appare considerare il giudizio estintivo in termini di giudizio ipotetico circa l'esistenza del reato

e della punibilità[14], la quale, come abbiamo osservato, sarebbe altrimenti impossibile affermare in termini assertivi *in itinere iudicii*. Ma anche così, è chiaro che non si può prescindere da un giudizio di responsabilità penale, se non si vuol concludere che l'estinzione finisca col riguardare un fantasma di reato, il che avrebbe pesantissime conseguenze sulla libertà e sulla dignità della persona[15]. Insomma, quand'anche si condivida l'inquadramento della decisione estintiva quale giudizio ipotetico, non c'è dubbio che il reato ipotizzato dev'essere dotato della massima consistenza, se non vogliamo rassegnarci all'idea che si estingua un simulacro fatuo, cosa che, per le ragioni anzidette, finirebbe per confliggere con ogni modello costituzionale di giustizia penale: ed è appunto tale considerazione a richiedere dunque la massima valorizzazione dell'accertamento dei *merita causae* ai fini dell'emanazione di una pronuncia che sottragga l'imputato alla morsa del processo con una decisione assolutoria.

---

[14] A Franco Cordero si deve una tra le spiegazioni più elaborate e nitide delle differenze tra i giudizi in tesi e quelli in ipotesi: la principale delle quali sta in ciò, che le decisioni in tesi contengono statuizioni formulate in termini categorici, "presuppone[ndo] l'esistenza del fatto o dei fatti che la legge richiede come condizione di un effetto giuridico", mentre i giudizi in ipotesi "statuiscono qualcosa per il caso che la situazione di fatto sia questa o quella", col risultato che "l'effetto vincolante persiste finchè sia smentito il presupposto storico addotto a titolo di ipotesi". Così CORDERO, Franco. Procedura penale. Giuffrè: Milano, 1966, p. 293. Per uno sviluppo della tesi corderiana in una prospettiva tuttavia parzialmente diversa, in quanto vòlta a rinvenire nel carattere ipotetico la cifra differenziale e tipica del giudizio giuridico al di là della sfera delle decisioni estintive, v. LO GIUDICE, Alessio. Giudicare in ipotesi e rinunciare al giudizio non sono la stessa cosa. A partire dal caso limite del reato estinto. *La legislazione penale* 2021 (disponibile in https://www.lalegislazionepenale.eu/wp-content/uploads/2021/04/Lo-Giudice.pdf).

[15] In questa prospettiva appare condivisibile il rilievo secondo cui, a parte le cause estintive che "insistono sulle conseguenze proprie del reato effettivamente commesso (o più esattamente del reato che si accerti, a ragione o a torto, come effettivamente commesso)", le altre cause estintive che invece non presuppongono l'accertamento del reato "operano come se questo fosse stato realmente commesso, impedendo comunque il prodursi degli effetti che dal reato avrebbero potuto derivare". Così ROMANO, Mario. *Sub* pre-art. 150. In: ROMANO, Mario, GRASSO, Giovanni, PADOVANI, Tullio, *Commentario sistematico del codice penale*. vol. III. Giuffrè: Milano, 1994, p. 7.

Bibliografia

CORDERO, Franco. Procedura penale. Giuffrè: Milano, 1966

FALZEA, Angelo. Accertamento. In: ID., *Voci di teoria generale del diritto*. Giuffrè: Milano, 1970

FALZEA, Angelo. Efficacia giuridica. In: ID., *Voci di teoria generale del diritto*. Giuffrè: Milano, 1970

GIANGRECO, Mattia. Il contraddittorio anticipato e la libertà su cauzione. Verso un modello cautelare più garantista. Edizioni Scientifiche Italiane: Napoli, 2024

LO GIUDICE, Alessio. Giudicare in ipotesi e rinunciare al giudizio non sono la stessa cosa. A partire dal caso limite del reato estinto. La legislazione penale 2021 (disponibile in https://www.lalegislazionepenale.eu/wp-content/uploads/2021/04/Lo-Giudice.pdf)

NEGRI, Daniele. Dell'improcedibilità temporale. Pregi e difetti. *Sistema penale* n. 2, 2022, pp. 51-63 (https://sistemapenale.it/pdf_contenuti/1645393666_negri-2022a-improcedibilita-temporale-riforma-cartabia.pdf)

NEGRI, Daniele. *Fumus commissi delicti*. La prova per le fattispecie cautelari. Giappichelli: Torino, 2004

PAEFFGEN, Hans-Ullrich. Vorüberlegungen zu einer Dogmatik des Untersuchungshaft-Rechts. Carl Heymanns: Mainz, 1986

ROMANO, Mario. Sub pre-art. 150. In: ROMANO, Mario, GRASSO, Giovanni, PADOVANI, Tullio, *Commentario sistematico del codice penale*. vol. III. Giuffrè: Milano, 1994

SCHÜNEMANN, Bernd. El propio sistema de la teoría del delito. *InDret* n. 1, 2008 (disponible in https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/505.pdf)

SLAUGHTER, Anne-Marie. A Typology of Transjudicial Communication. *University of Richmond Law Review* 1994, v. 29, n. 1, pp. 99-137 (disponibile ora in https://core.ac.uk/download/pdf/232781656.pdf)

Authorship information

Stefano Ruggeri. Professore ordinario di diritto processuale penale, Professor of European and Transnational Criminal Justice, Dipartimento di Giurisprudenza 'Salvatore Pugliatti', Università degli Studi di Messina, Italia. Doctor iuris in Diritto e procedura penale presso la Scuola Superiore di studi universitari e di perfezionamento Sant'Anna di Pisa, Italia. Borsista in qualità di Experienced Researcher della Fondazione Alexander von Humboldt. stefano.ruggeri@unime.it

Additional information and author's declarations (*scientific integrity*)

Conflict of interest declaration: the author confirms that there are no conflicts of interest in conducting this research and writing this article.

Declaration of authorship: all and only researchers who comply with the authorship requirements of this article are listed as authors; all coauthors are fully responsible for this work in its entirety.

Declaration of originality: the author assures that the text here published has not been previously published in any other resource and that future republication will only take place with the express indication of the reference of this original publication; he also attests that there is no third party plagiarism or self-plagiarism.

Data Availability Statement: In compliance with open science policies, all data generated or analyzed during this study are included in this published article.

Editorial process dates (https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/about)

- Submission: 16/06/2025
- Editorial review and plagiarism check: 20/06/2025

Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)

How to cite (ABNT Brazil):

RUGGERI, Stefano. Editorial: Libertà e tutela dell'innocenza. Una riflessione su dinamiche e valori dell'accertamento penale a fronte di fenomeni estintivi nell'esperienza processuale. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 11, n. 2, e1258, mai./ago. 2025. https://doi.org/10.22197/rbdpp.v11i2.1258

License Creative Commons Attribution 4.0 International.

Editorial: Reato estinto, accertamento, giudizio. Conflitti irrisolti tra posizioni agnostiche sullo *status* dell'imputato e i corollari necessari della presunzione d'innocenza

Editorial: *Non-prosecutable offence, ascertainment, judgment. Unresolved conflicts between agnostic positions on the* status *of the defendant. And the necessary corollaries of the presumption of innocence.*

Francesco Bartolo Morelli[1]
Università degli Studi di Messina, Messina, Italy
fmorelli@unime.it
https://orcid.org/0000-0002-0399-5483

Resumo: A fronte del reato estinto la teoria processuale ha spesso elaborato costruzioni in grado di salvaguardare la bontà dell'accusa, nonostante l'esito finale del processo debba sempre essere un proscioglimento. Essere prosciolti per cause normative e non fattuali provoca negli ordinamenti reazioni volte a attribuire effetti all'accusa nonostante non abbia avuto seguito. Nella teoria italiana, e non solo, è frequentemente dato rilievo all'accertamento "sostanziale" del reato (privo cioè della forma della sentenza di condanna) contenuto nella sentenza che assolve, o viene spesso affermato il reato come ipotesi per poi dichiararlo estinto. Questi schemi concettuali sono qui ripensati, alla prova della presunzione di innocenza.

Palavras-chave: Editorial; Proscioglimento; Presunzione di innocenza.

Abstract: *Facing non-prosecutable offences, procedural systems have often developed theories that can allow a statement of guilt, even though the outcome of the trial must always be an acquittal. The acquittal for normative rather*

[1] Professore Associato di Diritto Processuale Penale, PhD, Università degli Studi di Messina.

than factual reasons provokes specific reactions in legal systems: make sure that the charge can lead to negative consequences for the defendant, even though it did not follow through. In Italian theory and elsewhere, the "substantive" ascertainment of the crime (lacking the form of a conviction) contained in the acquittal is frequently important and responsible of several negative effects for the acquitted. In different cases, the crime is affirmed as a hypothesis and then declared extinct. These conceptual patterns are rethought here and tested to understand if they can be consistent with the presumption of innocence.

Keywords: *Editorial; Acquittal; Presumption of Innocence.*

Introduzione

Al prezioso dossier che di seguito la Rivista propone, conviene anteporre qualche riflessione introduttiva.

L'estinzione del reato, intesa nel senso ampio e generico di impedimento alla condanna a prescindere dalla sussistenza dell'illecito, se emersa al tempo della celebrazione del processo, assume una dimensione che cumula, in modo assai ambiguo, conseguenze sulla punibilità[2] e conseguenze processuali.

Ciò accade necessariamente in ogni sistema giuridico, perché si tratta di una ambiguità connaturata al fenomeno. Ci sono sistemi che danno prevalenza alle dinamiche sostanziali, legate cioè alla punibilità del fatto, e sistemi che considerano solo il fenomeno processuale non tanto dal versante del proscioglimento obbligato, ma dell'interruzione obbligata dell'*iter* processuale quando il reato si riveli non più punibile.

Qualunque cosa accada, tuttavia, si tratta di una interazione che resta, per certi aspetti sempre uguale, perché quando si realizza comporta l'evasione, puntualmente, dal giudizio sull'imputazione, talora impedendolo, talora rendendolo irrilevante, talora simulandolo: si sfugge sempre, cioè, alla necessità di sussumere il fatto dimostrato nella norma

[2] Sul punto, in questo dossier, G. Stea, *Il tempo nella tipicità. La misura dell'attualita' dell'offesa*.

incriminatrice interpretata (e solo quella), orientando la produzione degli effetti ivi previsti, secondo le dinamiche processuali che, passando per l'accertamento, arrivano a sciogliere il tema giuridico. Il giudizio si perde – ma il tema verrà in seguito ripreso – perché la possibilità che intervenga la condanna dell'imputato è preclusa da una fattispecie satellite rispetto a quella incriminatrice, alla quale viene impedita la produzione di effetti quand'anche quest'ultima fosse puntualmente integrata. Dunque, che il processo sia arrivato ad accertare il reato o meno, il proscioglimento è l'unico esito possibile. Si potrebbe ancora dire che sebbene il processo abbia raggiunto un accertamento sul fatto e sebbene sia in grado di esprimere un giudizio sull'imputazione, esso ai fini della sentenza appare (o forse è) irrilevante.

Se questo esito ultimo dipenda dallo sfumare della punibilità o dalla deviazione processuale che essa spesso comporta è questione non trascurabile.

Dal punto di vista del processo l'estinzione della punibilità (comunque intesa, quindi prescrizione, amnistia, rimessione della querela, condotte riparatorie, per esempio[3]) non è altro, anzitutto, che un impedimento alla condanna, ossia una causa di proscioglimento. Essa, quindi, non dovrebbe (e potrebbe legittimamente non) incidere sul processo se non nel momento del suo esito, ossia come una qualunque causa liberatoria.

1. Il significato processuale dell'estinzione del reato

La distonia che nasce tra proscioglimento e accertamenti positivi intermedi e quindi, in definitiva, il problema della tutela dell'innocenza di fronte all'attestazione della non punibilità di un reato, non nasce spesso dalla fattispecie di diritto sostanziale che preclude la condanna. Nasce piuttosto dalla scelta dei sistemi processuali di reagire in maniera fulminea alla manifestazione di una tale circostanza e dalla volontà politica, e

[3] Ci si riferisce al solo ordinamento italiano. La morte del reo non rientra in queste ipotesi perché essa è l'unica causa di estinzione che, verificatasi durante il processo, fa venir meno, al contempo, sia il reato che l'imputato. Morendo l'imputato, che non sia reo, il reato non si estingue.

giuridicamente un po' perversa, di attestare la bontà dell'accusa all'interno di un provvedimento liberatorio.

È in questo frangente che l'affermazione dell'esistenza di un reato (perché accertato o ipotizzato), che si dichiara non punibile, può ledere la presunzione di innocenza dell'imputato, poiché gli viene sostanzialmente attribuito un fatto per il quale viene poi prosciolto.

La prima scelta rilevante è quella con cui gli ordinamenti processuali decidono di non proseguire un processo all'esito del quale sarà comunque impossibile una condanna dell'imputato: una scelta cruciale e assolutamente comprensibile, ma per certi versi assai problematica.

L'immediato blocco di ogni attività, stabilito da specifiche norme processuali, diverse da quelle comuni applicabili alla fase della decisione[4], è direttamente responsabile dell'origine della asserita esigenza, altrimenti inspiegabile, di formulare un giudizio in ipotesi sull'imputazione[5], per esempio, o di salvaguardare, per svariati fini[6], un accertamento allo stato degli atti sul reato comunque non punibile.

Si tratta di una soluzione diffusissima ma nient'affatto necessaria. E tuttavia spesso s'impone, fin dalla tradizione, per almeno due ordini di motivi.

Anzitutto un motivo economico. Nessun ordinamento vuole spendere tempo e risorse per chiudere compiutamente un giudizio dopo un preciso accertamento sul fatto se già sa di non potere ottenere alcuna condanna. Non il giudice, si osa sperare, ma l'autorità statale associa il

---

[4] Nel codice italiano, l'art. 129 c.p.p. Sul punto, sebbene in riferimento all'analogo art. 152 c.p.p. ora abrogato, G. Illuminati, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Bologna, 1979, p. 149.

[5] Del seguente tipo: s'ipotizza la sussistenza del reato dedotto nell'imputazione per dichiararlo estinto. Il teorico che ha compiutamente descritto simile dinamica è F. Cordero, *La decisione sul reato estinto*, in *Ideologie del processo penale*, Padova, 1966, e la sua costruzione resta, ad oggi, di insuperata eleganza. Tuttavia, qui di seguito, verrà sottoposta a radicale critica.

[6] Tipicamente, nell'ordinamento italiano, l'applicazione della confisca dei beni che originariamente nasceva quale conseguenza del reato commesso e, dunque, della condanna. Ma più semplicemente, come presto si vedrà, l'accertamento allo stato degli atti del reato che si dichiara estinto è il preludio di un esito proscioglitivo socialmente allusivo.

processo alla condanna[7], poiché dall'autorità statale nasce l'accusa[8]. In una prospettiva del tutto funzionalistica ed economica, deprecabile in un certo senso, ma forse non eliminabile e allo stato non eliminata, i sistemi processuali si liberano dei procedimenti che non portano al risultato ambìto dall'autorità.

La medesima scelta appare fondatamente giustificabile per ragioni assai più onorevoli. Interrompere un processo non appena il reato appaia non produttivo di possibile pena significa evitare che una persona presunta innocente subisca il pregiudizio derivante dal processo penale senza che la presunzione che lo assiste possa mai essere superata. Significherebbe, a ben pensare, dichiarare immediatamente vincente la presunzione di innocenza allorquando sia destinato al fallimento ogni tentativo di rovesciarla. Si tratterebbe di una scelta di grande civiltà e convinta adesione alle Carte dei diritti di mezzo mondo.

Al giudice dovrebbe bastare, infatti, di riconoscere le seguenti circostanze: I) il reato è estinto; II) il processo non può essere proseguito III) l'imputato esce dal processo innocente come vi è entrato.

E tuttavia questa prospettiva, sebbene l'unica legittima, non può essere adottata nell'analisi del fenomeno, perché le cose molto spesso non stanno precisamente in questi termini, e certamente non stanno così nell'ordinamento italiano.

Infatti, la seconda ragione per cui i sistemi spesso prevedono un blocco processuale di fronte all'estinzione è tutta intrisa dell'autoritarismo più subdolo che il processo possa manifestare. Una volta interrotto un procedimento in cui il reato che ne costituisce l'oggetto comunque non vedrà l'applicazione della pena, l'ordinamento non si rassegna semplicemente ad attestare la, pur intoccata, presunzione di innocenza dell'imputato; non avendo potuto approfondire l'accusa fino in fondo, e non avendo prove dell'innocenza, il sistema processuale spesso conosce strumenti in grado di dare ampio rilievo alla possibilità astratta, sebbene

---

[7] Si veda, sul punto, F. Viganò, *Riflessioni* de lege lata *e* fedenda *su prescrizione e tutela della ragionevole durata del processo*, in *Dir. pen. cont.*, 2013, n. 3, p. 21.

[8] E basterebbe questo rilievo a rendere nient'affatto scandaloso che la figura del pubblico ministero sia in ogni aspetto pensabile scissa da quella del giudice, avendo la prima, fisiologicamente e inevitabilmente, funzioni assimilabili a quelle dell'esecutivo.

oramai inattuata, che in quel procedimento potesse intervenire la condanna se non si fosse intromessa la causa estintiva.

Anzi, il sistema spesso spera di produrre un proscioglimento che, per certi effetti, possa essere assimilabile alla condanna che non è riuscito ad ottenere. Per lo meno questa è l'esperienza italiana, ma è facile riscontrare spesso soluzioni normative che trasmettono qualcuno dei seguenti messaggi, tutti volti, in vario modo e a vari fini, a salvare la sostanza dell'accusa pur nell'impossibilità della condanna: poiché l'arresto improvviso del procedimento impedisce il giudizio, non potendo sapere se l'imputato sia innocente o meno, la sua colpevolezza è assunta quale ipotesi e il reato dichiarato estinto; l'imputato non si può considerare innocente, perché l'accertamento, seppur incompiuto, di cui si dispone, manifesta forti indizi di reità; l'imputato è certamente colpevole e come tale va trattato, pur non potendo patire la pena, perché il reato è stato comunque oggetto di accertamento conclusivo, sebbene esso non possa condurre a una sentenza di condanna[9]; il dubbio sul fatto, che in un procedimento dall'*iter* fisiologico porterebbe di certo all'assoluzione, non può determinare la sentenza assolutoria se il processo si interrompe di fronte alla causa estintiva perché quest'ultima prevale, essendo supportata da prova certa al contrario dell'innocenza (art. 129 comma 2 c.p.p.)[10].

Ognuna di queste conclusioni, più o meno esplicitamente fatte proprie da molti ordinamenti, merita di essere ampiamente criticata, chiarendo i punti in cui perde coerenza la specifica reazione processuale al reato estinto.

2. Un problema tipicamente italiano: le formule di proscioglimento

Che i sistemi processuali possano essere ostinatamente restii a dichiarare limpidamente l'innocenza dell'imputato di fronte alla causa estintiva del reato emerge con chiarezza dalla procedura penale italiana.

---

[9] Vengono in rilievo i giudizi extrapenali, l'applicazione della confisca, la perdita del diritto alla cancellazione del proprio profilo genetico dalla banca dati del DNA (art. 13 l. 30 giugno 2009, n. 85) e, non meno importante, il giudizio sociale negativo che la sentenza, pur di proscioglimento, favorisce.

[10] Se ne occupa L. Scomparin, *Il proscioglimento immediato nel sistema processuale penale*, Torino, 2008.

Lungo ben tre codici, nell'arco di poco più di un secolo[11], la disciplina italiana del processo continua a proporre l'istituto delle formule di proscioglimento: si tratta di espressioni prestabilite che corredano il dispositivo della sentenza con una sintetica descrizione delle ragioni del proscioglimento[12]. Il risultato complessivo dell'operazione è che quasi tutte le assoluzioni e i proscioglimenti (tranne quelli completamente liberatori, ossia quelli che negano il fatto storico) lasciano trasparire almeno un frammento di imputazione che può essere attribuito all'imputato.

In sostanza, le formule rappresentano uno strumento, del tutto stonato e tecnicamente inutile, che consente di graduare l'innocenza, di diversificarla, del tutto all'opposto di quanto la Costituzione faccia: l'art. 27 comma 2 Cost., infatti, presume l'innocenza, fissa, intera, fino a «sentenza definitiva di condanna», non suscettibile di attenuazione o graduazione alcuna[13].

---

[11] Le formule di proscioglimento nascono con il codice di procedura penale unitario del 1913, sopravvivono ed anzi si arricchiscono nel codice fascista del 1930, il quale è perfettamente intriso di logica autoritaria e ripudia senza troppi infingimenti la presunzione di innocenza. Vengono poi riproposte dal codice repubblicano del 1988, il quale, quasi inspiegabilmente, recupera una tradizione autoritaria che gli sta agli antipodi, allontanandosi anche, senza reale necessità, dal modello accusatorio cui intendeva ispirarsi. Sul punto sia consentito il rinvio a F. Morelli, *Le formule di proscioglimento. Ragione storica e funziona attuale*, Torino, 2014.

[12] In Italia si può essere assolti con le seguenti formule: «il fatto non sussiste», che nega il fatto storico nella sua materialità; «l'imputato non lo ha commesso», che attribuisce ad altri il fatto riferito all'imputato; «il fatto non costituisce reato» che attesta la presenza di cause di giustificazione, l'assenza di colpevolezza, l'assenza dell'elemento soggettivo; «il fatto non è previsto dalla legge come reato» che manifesta l'assenza di tipicità normativa, ossia la mancanza (molto spesso sopravvenuta rispetto al fatto) di una norma che qualifichi l'azione o l'omissione; «il fatto è stato commesso da persona non punibile o non imputabile». Si può essere prosciolti per «non doversi procedere perché l'azione penale non doveva essere iniziata o proseguita» o per «non doversi procedere» per l'estinzione del reato, la cui causa va precisamente indicata. Questa brevissima e approssimativa rappresentazione dei modi del proscioglimento italiani si trae dagli artt. 529-531 c.p.p.

[13] Sulla distinzione tra presunzione di innocenza psicologica e normativa, R. Orlandi, *Provvisoria esecuzione delle sentenze e presunzione di non colpevolezza*, in *Presunzione di innocenza e disciplina delle impugnazioni*, Atti del Convegno di Foggia-Mattinata, 25-27 settembre 1998, Giuffrè, 2000, p. 123.

Poiché le formule rappresentano cedimenti delle singole parti dell'imputazione (che si suppone ricalcata sulla fattispecie penale) disposte in un ordine preciso (che va, si può dire, dal fatto materiale alla punibilità) il fallimento della prova su un elemento intermedio, attesterà l'accertamento positivo di quelli precedenti: se si assolve perché «il fatto non costituisce reato», ad esempio a causa dell'assenza di dolo o colpa, quel dispositivo di assoluzione significa che il processo ha raggiunto la prova positiva della condotta, del nesso causale e dell'evento e del fatto che possano essere attribuiti materialmente all'imputato.

Nel caso dell'estinzione del reato, questo frammento di convalida dell'ipotesi accusatoria che sopravvive al proscioglimento, in realtà, copre tutta l'imputazione: quando viene emessa una sentenza di «non doversi procedere per essere il reato estinto a causa di» prescrizione, remissione di querela o altro, si sta dicendo, in sintesi, che l'imputato sarebbe stato condannato se non fosse intervenuta una di tali cause estintive. L'ipotesi accusatoria risulta confermata, ma all'accertamento positivo non può seguire la pena.

Poiché la presunzione di innocenza non cede affatto di fronte a sentenze diverse dalla condanna, si tratta di una soluzione particolarmente discutibile anche se emessa alla conclusione del giudizio. È qui che si annidano gli accertamenti allo stato degli atti, o l'accertamento sostanziale che ha irretito persino la Corte costituzionale italiana[14], sulla base del quale i proscioglimenti diventano provvedimenti sfavorevoli per gli imputati, poiché l'ordinamento imputa loro il reato senza che vi possa mai essere una condanna.

Diventa però una soluzione del tutto inaccettabile quando essa venga adottata a conclusione di un procedimento interrotto, non concluso, improvvisamente arrestato proprio a causa dell'insorgere di una causa estintiva del reato. Ed è proprio qui che s'innesta il giudizio in ipotesi in cui, non potendo far affidamento su un accertamento compiuto, il giudice adotta l'ipotesi del reato, il quale da oggetto da provare diventa

[14] Si veda Corte cost. sent. 14 gennaio 2015, n. 49, anche per il controverso rapporto che questa decisione ha instaurato con la giurisprudenza della Corte e.d.u. Sulla questione, V. Manes, *La "confisca senza condanna" al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza*, in *Dir. pen. cont.*, 13 aprile 2015, p. 27.

entità presupposta, per attribuire poi all'imputato una colpevolezza in ipotesi, e cioè una possibile colpevolezza, che non potrà mai scindersi dal suo proscioglimento[15].

Con il contributo delle formule di proscioglimento[16], che permettono di restituire un'immagine attenuata o annullata dell'innocenza pur all'interno di sentenze liberatorie, l'ordinamento processuale reagisce alle cause estintive producendo una gran quantità di "accertamenti sostanziali" di reati i cui pretesi autori sono ancora presunti innocenti e di "giudizi in ipotesi" che adottano, però, abusivamente l'ipotesi della colpevolezza.

A fronte di queste patologie causate da un certo autoritarismo latente nello strumento processuale penale e da non innocue incoerenze teoriche, occorre ora precisare la diagnosi e individuare poi terapie o, meglio, anticorpi.

3. La logica dell'accertamento sostanziale e del giudizio in ipotesi: logica sì, ma quale?

Come abbiamo detto, l'estinzione del reato provoca una risposta stizzita degli ordinamenti processuali che si premurano di salvare la bontà dell'accusa fallita essenzialmente con due strumenti precisi: la rilevanza giuridica e sociale degli accertamenti di fatto compiuti fino all'interruzione del processo (accertamenti sostanziali, allo stato degli atti, intermedi,

---

[15] Si veda il prezioso approfondimento *La decisione sul reato estinto. Riflessioni su norma, giudizio e giudicato. Ringraziando Franco Cordero* – Contributi di A. Condello, E. D'Alessandro, D. Foti, A. Lo Giudice, S. Ruggeri, in *legislazionepenale.eu*, 22 aprile 2021.

[16] Non può essere solo questo bizzarro modo di prosciogliere che determina la lesione della presunzione di innocenza davanti alla causa estintiva, ma certamente vi contribuisce. Simile risultato può persino essere raggiunto in un sistema accusatorio il quale conosce un esito processuale composto da una alternativa secca: *guilty/not guilty*. In riferimento al sistema inglese, per un caso analogo, negli effetti ultimi, a quello del reato accertato ma non punibile, perché estinto, si veda Corte EDU, 4 dicembre 2008, *S. e Marper c. United Kingdom* che riconosce la violazione della presunzione di innocenza là dove venga dato rilievo a un accertamento contenuto in un provvedimento diverso dalla condanna.

sommari) e il giudizio in ipotesi, con cui si dichiara estinto un reato che nessuno mai ha accertato nelle forme pur previste dall'ordinamento.

La volontà politica di punire l'imputato che non sia riuscito o non abbia potuto dimostrare la sua innocenza (a dispetto della solenne proclamazione dei suoi diritti intangibili) rompe gli argini della coerenza tecnica e interpretativa, e ciò è evidente sol che si accostino le teorie processuali sul proscioglimento per l'estinzione del reato alla presunzione di innocenza.

Ossia, simili espedienti sono dotati di una apparente logica intrinseca la quale, però, funziona solo se avulsa del tutto dal contesto in cui essi operano. Nulla di strano che due rette parallele s'incontrino, ma non su un piano euclideo!

Pensiamo alla rilevanza giuridica e sociale che può assumere l'accertamento totale o parziale del fatto contenuto in una sentenza di proscioglimento per essere il reato estinto ossia, a grandi linee, non punibile[17].

Ciò che qui rileva sono le prove a carico, diremo, "riuscite", ossia reputate dimostrative di uno o più elementi dell'accusa. Le conseguenze sociali e giuridiche di tali asserzioni possono poggiare sulle basi apparentemente logiche dell'accertamento parziale o sostanziale: non sapere nulla di un fatto è diverso dal saperne qualcosa che renda la sua commissione comunque più probabile del suo contrario, anche se non si sia potuta raggiungere l'eliminazione di ogni dubbio ragionevole; ancor più facile ammettere che affermare l'esistenza di un fatto è pienamente logico se esso risulta provato alla conclusione di un giudizio in cui però si deve prosciogliere l'imputato in quanto una diversa fattispecie vieta la condanna, pure a fronte dell'accertamento del fatto[18].

Certo che queste ipotesi di accertamento sostanziale, o accertamento parziale, corrispondono a "talune" logiche: ogni volta che si deve conoscere qualcosa e agire sulla scorta di quella conoscenza occorre prima concepire i

---

[17] L'imprecisione lessicale è dovuta, ovviamente, alla grande varietà di espressioni riscontrabile in tutti gli ordinamenti.

[18] È il caso dell'art. 578 *bis* c.p.p., il quale prevede che vengano disposte alcune particolari tipologie di confische dei beni a seguito del proscioglimento a causa dell'estinzione del reato dovuta a prescrizione o amnistia, «previo accertamento della responsabilità dell'imputato».

canoni, i criteri attraverso i quali si arriva ad affermare l'esistenza di un fatto, ossia che si sa che esso esista. Si può decidere di adottare regole diverse e meno stringenti di quelle dell'oltre ogni ragionevole dubbio, come quella della semplice prevalenza probabilistica sull'ipotesi contraria, oppure si può dire che livelli di conoscenza del fatto identici a quelli che sarebbero utili alla condanna possono produrre le medesime conseguenze della condanna, in taluni ambiti, anche se il provvedimento finale del giudizio non possa prendere quella forma (ecco perché l'accertamento del reato è qui detto "sostanziale", contrapponendolo idealmente all'accertamento "formale", ossia a quello contenuto in un provvedimento che assuma la forma consona al pronunciamento della condanna).

Tutto ciò si può fare, ma non si può fare nel processo penale, in quello italiano e in quello degli ordinamenti appena civili che riconoscono, cioè, la presunzione di innocenza dell'imputato.

Se l'imputato è presunto innocente «sino alla condanna definitiva» (art. 27 comma 2 Cost.) come potrà mai essere che ai fini della confisca, della stigmatizzazione sociale[19], della permanenza del suo profilo genetico dalla banca dati del DNA[20] e via dicendo, gli venga attribuita la commissione del reato? Come si può restare innocenti, non essendo intervenuta mai condanna definitiva bensì un proscioglimento, eppure essere destinatari dell'attribuzione giuridicamente e socialmente rilevante del reato? Ma la logica che muove dal principio di non contraddizione non è forse una logica necessaria, che deve essere presupposta da tutte le altre possibili scelte razionali, specialmente quando si tratti di decidere attorno l'esistenza di un fatto? Ma questo fatto, per l'ordinamento, è o non è?

Occorrerebbe capire se simili questioni possano essere sciolte in qualche modo: se l'imputato è innocente, non essendosi mai realizzata la condizione del venire meno del suo stato di innocente, ossia la condanna definitiva, epperò subisce una confisca basata sull'«accertamento della

---

[19] Se ne occupa, in questo dossier, M. V. Souto, *A extinção da punibilidade e o direito ao esquecimento: estigmatização na era digital*.

[20] Tale specifica questione è indagata in F. Morelli, *Genetic Data Retention and the Italian Discipline of Acquittal: Database Improvement and the Fundamental Rights of the Individuals*, in R. Bin-N. Lucchi-S. Lorenzon (a cura di), *Biotech Innovations and Fundamental Rights*, Springer-Verlag, Milano, 2012, p. 287-297.

[*sua*] responsabilità», non sarà violato il principio di non contraddizione (art. 578 *bis* c.p.p.)? L'imputato è innocente o responsabile? Può davvero essere entrambe le cose contemporaneamente?

Non consideriamo neppure il caso in cui il reato sia affermato nella sentenza di proscioglimento in seguito a un procedimento interrotto in forza del sopraggiungere della causa estintiva[21]. Qui ci sono molte ragioni di carattere più specificamente cognitivo che impediscono l'operazione. Non è possibile, infatti, concludere per l'affermazione di un fatto senza che si sia completato l'*iter* probatorio previsto[22]. Accertare allo stato degli atti, significa trarre conclusioni fisiologicamente approssimative e provvisorie, proprio perché si congela il giudizio in un momento in cui non sono ancora disponibili tutti i dati necessari per formularlo[23].

Analoghe osservazioni finiscono anche per rovinare l'eleganza della costruzione del giudizio in ipotesi, tanto cara alla teoria italiana. Qui si potrebbe invero dire che l'esistenza del reato non si afferma, tant'è che si proscioglie, ma ci si limita a ipotizzarla, non essendo altrimenti logico affermare l'esistenza di un reato che non esiste. Ma che cosa ha di logico assumere scientemente l'ipotesi antagonista a quella imposta dalla Costituzione? Certo, riesce logico il discorso sul reato ipotizzato perché venga detto (esista o meno nella realtà) estinto. Ma non risulta logico ipotizzare il reato quando la Costituzione impone l'ipotesi dell'innocenza fino all'accertamento contrario nelle forme della sentenza di condanna passata in giudicato, perché non risulta logico, anzi risulta contraddittorio, assumere una ipotesi e le sue condizioni di validità per poi tradirla.

---

[21] Affronta il tema, in questo dossier, E. Malino, *L'accertamento che non c'è: prescrizione del reato e irragionevole durata delle indagini*.

[22] Sulla distribuzione ordinaria dell'onere della prova nel processo penale, che tende a slittare fino a gravare l'imputato quando esso riguardi circostanze a difesa si veda, in questo dossier, A. J. Mosquera Blanco, *La carga de la prueba de las circunstancias de exención, atenuación o extinción de la responsabilidad penal en el Derecho español*. La medesima cosa accade quando il processo pretende di concludersi prima del suo esito fisiologico, essendo interesse del solo imputato, e non più del proceso in generale, quello di soppiantare una pronuncia di estinzione con una pronuncia di assoluzione.

[23] Come accade nell'applicazione delle misure cautelari. Sul punto D. Negri, *Fumus commissi delicti. La prova per le fattispecie cautelari*, Torino, Giappichelli, 2004.

In realtà, non c'è alcun bisogno di ipotizzare l'esistenza del fatto per poterlo dichiarare estinto, poiché non essendo più la condanna nell'orizzonte delle possibilità basta ribadire l'innocenza, già presunta e mai smentita dall'unico provvedimento che può farlo ossia, appunto, la condanna. Il giudizio in ipotesi che reggerebbe teoricamente la decisione sul reato estinto è un giudizio che adotta l'ipotesi sbagliata, ossia l'unica ipotesi che l'ordinamento radicalmente vieta di assumere: quella della colpevolezza. Potremmo riformulare, semplificando: negli ordinamenti civili, quelli in cui, cioè, la persona ha una dignità superiore alle esigenze (pur astrattamente legittime) dell'autorità, quelli in cui l'essere umano ha più importanza della macchina statale, la colpevolezza non può mai e poi mai essere ipotizzata; può solo essere accertata e tale accertamento deve assumere la forma di un provvedimento di condanna.

Non si tratta certo di una costruzione elegante come quella del giudizio in ipotesi e, tuttavia, pare abbia il merito di non essere frontalmente contraria alle regole che compongono il fondamento dello Stato democratico costituzionale, come la presunzione di innocenza.

Dunque, ogni speculazione attorno alla rilevanza dell'accertamento o alla affermazione del fatto nelle sentenze di proscioglimento per estinzione del reato deve fare i conti con la presunzione di innocenza. Anzi, con la logica della presunzione di innocenza, che si radica proprio nella regola logica per eccellenza, ossia il principio di non contraddizione.

Considerazioni finali

A ben vedere, ciascuna delle teorie che intendono giustificare la salvezza dell'accertamento del fatto in presenza della causa estintiva del reato, ossia di un reato non punibile, e finanche le teorie che dichiarano estinto il reato ipotizzando la sua sussistenza, nascondono necessariamente posizioni agnostiche sull'innocenza dell'imputato. In altre parole, è *logicamente necessario* smentire la presunzione di innocenza per poter dare corso alla salvezza dell'accusa nella pronuncia del proscioglimento. Più radicalmente, sembra proprio *logicamente necessario* smentire la presunzione di innocenza per poter dichiarare estinto un reato.

Se, quando interviene una causa estintiva del reato, la condanna non è più possibile, ed è quindi vietato affermare la responsabilità

dell'imputato, non si può fare altro che ribadire l'innocenza presunta, che mai ha cessato d'esserlo e ci si para quindi davanti senza che possa essere ignorata[24].

Solo dichiarando una conoscenza nulla sull'imputazione si possono valorizzare accertamenti parziali, incompleti, incompiuti, poiché essi rappresentano pur sempre un risultato cognitivo più soddisfacente della conoscenza totalmente assente.

Allo stesso modo, è solo manifestando l'ignoranza sull'esistenza materiale del reato che si può concludere un giudizio in ipotesi. Si ipotizza ciò di cui nulla si sa, poiché l'ipotesi muove la ricerca, ma non rappresenta alcuna affermazione con pretese di corrispondenza con il reale.

Tuttavia, non si può essere agnostici sull'esistenza del reato, poiché fino a che non venga accertato con sentenza definitiva di condanna esso inequivocabilmente non esiste, essendo l'imputato presunto innocente. Il giudizio in ipotesi e la valorizzazione degli accertamenti sostanziali o parziali[25] nascono da un falso presupposto, ossia lo stato di ignoranza sul reato. Ma tale stato nel processo penale non esiste e non può esistere, in nessun frangente: nel corso del procedimento, l'innocenza è presunta sicché il reato non può essere affermato potendo essere solo assunto quale ipotesi d'accusa (d'accusa, non di sentenza, ossia ipotesi di una parte, non del giudice); alla fine del procedimento, l'innocenza presunta si consolida con il proscioglimento oppure viene smentita dall'accertamento fatto proprio dalla condanna.

Non c'è alcuno spazio per atteggiamenti perplessi o agnostici[26]. Non solo la disciplina costituzionale non lo consente, e ciò invero già

---

[24] A.M. Maugeri - P. Pinto De Albuquerque, *La confisca di prevenzione nella tutela costituzionale multilivello: tra istanze di tassatività e ragionevolezza, se ne afferma la natura ripristinatoria*, in *Sist. pen.*, 29 novembre 2019, p. 41.

[25] Ciò non significa che il processo non possa usare accertamenti parziali o allo stato degli atti per proseguire. Basti pensare alle dinamiche cautelari. Tuttavia, essi sono sempre accertamenti provvisori e non pretendono di nutrire la ricostruzione del fatto che si riversa in sentenza. Quand'anche accertamenti "minori" dovessero consolidarsi in sentenze, come accade nei riti speciali, ciò è possibile solo con il consenso dell'imputato il quale lucra così, di solito, vantaggi specifici.

[26] È l'esatto motivo per cui è stata abrogata, proprio a causa della sua incompatibilità con la presunzione di innocenza, la formula assolutoria per insufficienza di prove.

basterebbe, ma è una visione logica profonda, radicale a non ammettere siffatta operazione, anche fuori dalle dinamiche più strettamente giuridiche.

La conoscenza su un fatto può diventare una sorta di lente distorta, per cui spesso si è indotti a dire che un fatto è vero, è falso, non si sa se sia vero o falso. E tuttavia, un fatto è o non è, non conosce stati diversi o intermedi ulteriori[27]. Affermiamo che esso esista quando dimostriamo la sua esistenza attraverso i criteri di conoscenza che abbiamo convenuto di adottare. Ma non possiamo affermare alcun fatto finché non raggiungiamo questa certezza (parola ambigua, ne siamo consapevoli, ma qui va intesa come quella che le regole e, innanzitutto, la presunzione di innocenza, ammettono): tra *F* (fatto) e *nonF*, se *F* non può essere, allora, non può che essere *nonF*.

Poiché, con la disciplina costituzionale e codicistica del processo ci siamo vincolati a criteri di conoscenza precisi, potremo affermare *F* quando avremo rovesciato la presunzione di innocenza, non prima. Non è solo una questione di civiltà e diritti, ma una più profonda questione di *logica del processo*. E il processo si distanzia dalla scienza, la quale può osare, modulare i criteri di conoscenza, adattarli all'esito sperato, sovvertirli per provare nuove strade, con ovviamente, anche qui, molti limiti. Tuttavia, è evidente che dalla scienza non si pretende una conoscenza definitiva, una parola ultima, un discorso chiuso. I suoi sforzi sono destinati ad essere eterni.

Il processo, purtroppo, ha un limite specifico: deve consegnare una conoscenza definitiva, deve pronunciare la parola ultima. E quindi è vincolato a precisi criteri di conoscenza che hanno, in primo luogo, la funzione di ridurre il margine di errore: l'errore su un risultato rivedibile e quello su un pronunciamento immodificabile trasmettono, già istintivamente, l'idea di due livelli di gravità ben diversi. Ecco perché non possiamo ipotizzare il fatto dedotto nell'imputazione, né possiamo collegare effetto alcuno, neppure meramente sociale, ad un accertamento sostanziale, parziale, sommario, incompleto, che non abbia, cioè, rovesciato la presunzione di innocenza. Quel rovesciamento è l'unica garanzia

---

[27] G. Ubertis, voce *Prova* II) *teoria generale del processo penale, in Enc. giur., Agg.* XVII, 2009, p. 2 e poi in Id., *Opinioni a confronto: Fatto, prova, verità (alla luce del principio dell'oltre ogni ragionevole dubbio)*, in *Criminalia* 2009, p. 322.

dell'applicazione dei migliori standard dimostrativi esistenti, e dunque solo in quel caso di può affermare il fatto *F* in quanto la sua esistenza sia stata compiutamente dimostrata.

E allora, con quale ragionamento dichiarare estinto il reato nella sentenza di proscioglimento? Probabilmente, non si può fare e un ragionamento assai ben costruito come il giudizio in ipotesi, non riesce infine a servire lo scopo.

Ce ne è un altro, però. Se durante il processo interviene una causa estintiva del reato, quand'anche ciò accadesse nella fase finale del giudizio, ne risulta semplicemente un impedimento alla condanna. Essendo l'imputato innocente, poiché così lo vuole la Costituzione, e non potendo essere pronunciata condanna, occorre solo ribadire l'innocenza presunta che non può più essere rovesciata: il reato è estinto, l'imputato è innocente e quindi assolto.

Immagino l'obiezione: il processo potrebbe disporre di prove che attestano la commissione del fatto da parte dell'imputato o che fanno pensare che potrebbe averlo commesso. Ma ragionare in questo modo sul fatto significa adottare criteri di conoscenza che sono estranei al processo penale, e non possono che esserlo in uno stato costituzionale che abbia recepito la presunzione di innocenza. Tali costrutti possono essere ammessi solo fuori dal processo e fuori da un ordinamento che voglia l'imputato innocente ove non condannato.

Approvare questa obiezione, significherebbe cadere nell'equivoco che l'innocenza si possa dichiarare alla fine del processo solo quando essa emerga dalle prove o dalla mancanza di esse, oppure che non possa essere ribadita se il processo non può proseguire per verificarla (equivoco normativo, persino, nell'art. 129 comma 2 c.p.p.). Ma a smentire queste posizioni stanno solo poche parole, quelle dell'art. 27 comma 2 Cost.: «*l'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva*». E in maniera analoga si esprimono anche le Costituzioni di altri Stati.

Se il giudice incappa in un ostacolo processuale, che sia autenticamente tale, non può decidere perché non ha il potere di farlo. Ma, come acutamente osserva Franco Cordero, di fronte al reato estinto il giudice ha certamente il potere di decidere[28]: e se non può condannare,

[28] F. Cordero, *La decisione sul reato estinto*, cit., p. 92.

non potrà che assolvere: non prosciogliere dichiarando estinto il reato, ma proprio assolvere nel merito[29]. E lo farà non sulla base dell'innocenza dimostrata o materialmente riscontrata; lo farà sulla base dell'innocenza presunta[30]. Ciò è conseguenza di uno specifico assetto normativo, ma prima ancora di una specifica logica processuale: non potendo il giudice considerare l'imputato colpevole, lo dovrà considerare innocente, secondo una logica rigorosa che parte dal principio di non contraddizione.

Bibliografia

CONDELLO Angela, D'ALESSANDRO Elena, FOTI Diego, LO GIUDICE Alessio, RUGGERI Stefano, *La decisione sul reato estinto. Riflessioni su norma, giudizio e giudicato. Ringraziando Franco Cordero*, in *legislazionepenale.eu*, Disponível em: https://www.lalegislazionepenale.eu/la-decisione-sul-reato-estinto-riflessioni-su-norma-giudizio-e-giudicato-ringraziando-franco-cordero-contributi-di-a-condello-d-foti-a-lo-giudice-s-ruggeri/, 22 aprile 2021.

[29] Per queste conclusioni, sulla scorta però di quanto il materiale probatorio consente, si veda l'Editoriale, in questo dossier, di Stefano Ruggeri.

[30] La stessa cosa accade nel procedimento italiano quando appaiono pretese cause di improcedibilità, che finiscono per rivelarsi ostacoli alla punibilità. L'art. 344 *bis* c.p.p. vuole che l'azione penale sia improcedibile se il giudizio di impugnazione si protrae oltre un certo tempo. È tuttavia chiaro che si parla di punibilità e non di procedibilità autentica. L'azione improcedibile è l'azione che non può essere iniziata o proseguita in quanto difetti il potere di farlo, sicché il giudice non ha il potere di decidere. È proprio lo stesso Franco Cordero a sostenere, analogamente, che il non doversi procedere per estinzione di reato è decisione di merito e non sul potere di procedere, anzi scioglie proprio la questione della punibilità (F. Cordero, *La decisione sul reato estinto*, cit., p. 92). L'azione che qui si vuole improcedibile è certamente ben iniziata, ha prodotto una sentenza di primo grado, nel pieno di poteri che nessuna fattispecie toglie di mezzo o revoca *ex post*. Invece, l'azione è certamente procedibile, poiché si è ben proceduto fino a quel momento. Ciò che la legge vuole è che non si possa pronunciare condanna, ossia che il reato non sia più punibile. Che ciò comporti il divieto di assolvere è conclusione del tutto arbitraria. Il giudice non avrà il potere di proseguire, ma quale norma gli sottrarrebbe il potere di decidere, e quindi di ribadire l'innocenza non potendo condannare? Quale norma, cioè, inficerebbe il potere in forza del quale il giudice ha proceduto fino alla scadenza del termine, che è poi il medesimo potere in forza del quale ha il dovere di decidere? All'evidenza, nessuna. Se ne occupa, in questo dossier, A. Falcone, *Presunzione di innocenza, accertamento penale e dimensione temporale: dalla prescrizione del reato all'improcedibilità processuale*.

CORDERO Franco, *La decisione sul reato estinto*, in *Ideologie del processo penale*, Padova, Cedam, 1966.

ILLUMINATI Giulio, La presunzione d'innocenza dell'imputato, Bologna, Zanichelli, 1979.

MANES Vittorio, *La "confisca senza condanna" al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza*, in Diritto penale contemporaneo, Disponível em: https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/d/3837-la-confisca-senza-condanna-al-crocevia-tra-roma-e-strasburgo-il-nodo-della-presunzione-di-innocenza, 13 aprile 2015, p. 27.

MAUGERI Anna Maria - PINTO DE ALBUQUERQUE Paulo, *La confisca di prevenzione nella tutela costituzionale multilivello: tra istanze di tassatività e ragionevolezza, se ne afferma la natura ripristinatoria*, in *Sistema penale*, Disponível em: https://www.sistemapenale.it/it/articolo/confisca-prevenzione-tutela-costituzionale-multilivello-corte-cost-24-2019, 29 novembre 2019, p. 41.

MORELLI Francesco Bartolo, Le formule di proscioglimento. Ragione storica e *funziona attuale*, Torino, Giappichelli, 2014.

MORELLI Francesco Bartolo, *Genetic Data Retention and the Italian Discipline of Acquittal: Database Improvement and the Fundamental Rights of the Individuals*, in R. Bin-N. Lucchi-S. Lorenzon (a cura di), *Biotech Innovations and Fundamental Rights*, Milano, Springer-Verlag, 2012, p. 287-297.

NEGRI Daniele, Fumus commissi delicti. *La prova per le fattispecie cautelari*, Torino, Giappichelli, 2004.

ORLANDI Renzo, *Provvisoria esecuzione delle sentenze e presunzione di non colpevolezza, in Presunzione di innocenza e disciplina delle impugnazioni*, in *Atti del Convegno di Foggia-Mattinata, 25-27 settembre 1998*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 123.

SCOMPARIN Laura, *Il proscioglimento immediato nel sistema processuale penale*, Torino, Giappichelli, 2008.

UBERTIS Giulio, voce *Prova* II) *teoria generale del processo penale, in Enciclopedia giuridica Treccani, Agg.* XVII, 2009, p. 2.

UBERTIS Giulio, *Opinioni a confronto: Fatto, prova, verità (alla luce del principio dell'oltre ogni ragionevole dubbio)*, in *Criminalia,* 2009, p. 322.

VIGANÒ Francesco, Riflessioni de lege lata e fedenda su prescrizione e tutela della ragionevole *durata del processo*, in *Diritto penale contemporaneo*, Disponível em: https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/d/1955-riflessioni-de-lege-lata-e-ferenda--su-prescrizione-e-tutela-della-ragionevole-durata--del-processo, 2013, n. 3, p. 21.

Authorship information

Francesco Bartolo Morelli. Professore Associato di Diritto Processuale Penale, PhD, Università degli Studi di Messina. fmorelli@unime.it

Additional information and author's declarations (*scientific integrity*)

Conflict of interest declaration: the author confirms that there are no conflicts of interest in conducting this research and writing this article.

Declaration of authorship: all and only researchers who comply with the authorship requirements of this article are listed as authors; all coauthors are fully responsible for this work in its entirety.

Declaration of originality: the author assures that the text here published has not been previously published in any other resource and that future republication will only take place with the express indication of the reference of this original publication; he also attests that there is no third party plagiarism or self-plagiarism.

Data Availability Statement: In compliance with open science policies, all data generated or analyzed during this study are included in this published article.

Editorial process dates (https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/about)

- Submission: 16/06/2025
- Editorial review and plagiarism check: 20/06/2025

Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)

How to cite (ABNT Brazil):

MORELLI, Francesco Bartolo. Editorial: Reato estinto, accertamento, giudizio. Conflitti irrisolti tra posizioni agnostiche sullo status dell'imputato e i corollari necessari della presunzione d'innocenza. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 11, n. 2, e1257, mai./ago. 2025. https://doi.org/10.22197/rbdpp.v11i2.1257

License Creative Commons Attribution 4.0 International.

A extinção da punibilidade e o direito ao esquecimento: estigmatização na era digital

The extinction of punishment and the right to be forgotten: stigmatization in the digital age

Marcos Virginio Souto[1]
Centro Universitário Uninassau – Recife, PE, Brasil
virginio.direito@gmail.com
http://lattes.cnpq.br/2731967700640516
https://orcid.org/0000-0001-7538-0958

Leonardo Max Pereira Monteiro[2]
Universidade do Oeste de Santa Catarina – Chapecó, SC, Brasil
leomaxico@gmail.com
http://lattes.cnpq.br/2210314399361987
https://orcid.org/0009-0006-4526-2321

Resumo: Este artigo investiga os desafios e limites relacionados à extinção da punibilidade e ao direito ao esquecimento na era digital. O objetivo é analisar como o acesso permanente a dados pessoais influencia a imagem de indivíduos que não foram punidos penalmente, mas permanecem expostos a julgamentos sociais. O problema central pode ser formulado nos seguintes termos: é legítima e juridicamente admissível a permanência indefinidamente de registros digitais sobre

[1] Mestre em Direitos Fundamentais e Democracia pela UNIBRASIL. Delegado da Polícia Civil de Pernambuco. Professor do Curso de Direito do Centro Universitário Uninassau. Pós-graduado em Ciências Penais e Segurança Pública e em Direito Administrativo e Gestão Pública.

[2] Mestre em Direitos Fundamentais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina - UNOESC. Pós Graduado em Direito e Processo Penal pela Faculdade de Tecnologia de Palmas (FTP). Graduado em Direito pelo Centro Universitário 7 de Setembro - UNI7. Delegado de Polícia Civil do Estado de Pernambuco.

fatos criminais extintos, mesmo quando não houve punição formal pelo Estado? A questão ganha relevância frente à estigmatização social decorrente da persistência dessas informações, sobretudo em plataformas online. A pesquisa se justifica pela necessidade de estabelecer diretrizes que harmonizem esses direitos fundamentais em um contexto de alta exposição digital. Utiliza-se uma abordagem qualitativa, baseada na revisão bibliográfica e na análise de jurisprudência nacional e internacional. A hipótese principal é que a aplicação de políticas públicas, associada a soluções tecnológicas, pode minimizar os efeitos da estigmatização social decorrente da permanência de registros criminais na internet. O estudo conclui que a adoção de medidas legislativas, educativas e tecnológicas é fundamental para garantir a dignidade dos indivíduos, ao mesmo tempo em que se preserva a transparência informacional em uma sociedade cada vez mais digitalizada.

Palavras-chave: direitos fundamentais; direito ao esquecimento; extinção da punibilidade; estigmatização social.

Abstract: *This article investigates the challenges and limitations related to the extinction of criminal liability and the right to be forgotten in the digital age. The objective is to analyze how permanent access to personal data influences the image of individuals who have not been criminally punished but remain exposed to social judgments. The central problem can be formulated as follows: is it legitimate and legally admissible to keep digital records of extinct criminal acts indefinitely, even when there has been no formal punishment by the State? The issue becomes relevant in view of the social stigmatization resulting from the persistence of this information, especially on online platforms. The research is justified by the need to establish guidelines that harmonize these fundamental rights in a context of heightened digital exposure. A qualitative approach is employed, based on a literature review and an analysis of national and international case law. The main hypothesis is that the implementation of public policies, combined with technological solutions, can mitigate the effects of social stigmatization resulting from the persistence of criminal records on the internet. The study concludes that adopting legislative, educational, and technological measures is essential to ensure the dignity of individuals while preserving informational transparency in an increasingly digitalized society.*

Keywords: *extinction of punishability; fundamental rights; right to be forgotten; social stigmatization.*

Sumário: Introdução; 1. Conceitos fundamentais; 1.1 Extinção da punibilidade; 1.2 Direito ao esquecimento; 2. O conflito entre direitos fundamentais; 3. Jurisprudência nacional e internacional; 3.1 Brasil; 3.2 União Europeia; 4. Impactos da era digital; Considerações Finais; Referências.

Introdução

O desenvolvimento tecnológico e a expansão do acesso à internet transformaram significativamente a forma como informações são geradas, armazenadas e disseminadas. Esse fenômeno trouxe inúmeras vantagens, mas também desafios relacionados à privacidade e à dignidade da pessoa humana, especialmente em contextos envolvendo o sistema de justiça criminal. A perpetuação de notícias criminais sobre pessoas em plataformas digitais cria uma situação em que, mesmo após a extinção da punibilidade, indivíduos continuam expostos a julgamentos sociais e enfrentam dificuldades em limpar sua imagem perante à sociedade.

A era contemporânea é marcada por uma verdadeira revolução digital, caracterizada pela convergência de tecnologias da informação, big data, algoritmos preditivos, redes sociais e computação em nuvem. Esses avanços permitiram o surgimento de uma sociedade hiperconectada, em que dados pessoais são produzidos e compartilhados em escala global e em tempo real. O fenômeno, por um lado, promove inclusão, acesso ao conhecimento e liberdade de expressão; por outro, aprofunda a vigilância, a exposição e a rotulação social, especialmente daqueles que foram alvo do sistema penal, ainda que não condenados[3].

O direito ao esquecimento, como decorrência da dignidade da pessoa humana, surge como um mecanismo necessário para mitigar os efeitos dessa exposição prolongada, ao buscar a remoção ou o bloqueio de informações que já teve sua relevância jurídica superada por instrumentos legais. No entanto, sua aplicação não é pacífica, em virtude do

[3] MATTOS, Sérgio Augusto Soares. *A revolução digital e os desafios da comunicação*. Cruz das Almas: UFRB, 2013. p. 112.

conflito potencial com o direito à informação e à liberdade de expressão, já que ambos ocupam igualmente a posição de direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro e internacional.

O objetivo deste artigo é examinar o conflito entre o direito ao esquecimento e o direito à informação, à luz do Estado Democrático de Direito, focando nas situações nas quais, mesmo com a extinção da punibilidade, o indivíduo continua sendo estigmatizado em razão da persistência de registros digitais, sobretudo quando se trata de infrações penais de menor gravidade, como nos casos de transação penal, suspensão condicional do processo ou acordo de não persecução penal.

A problemática consiste em buscar subsídios que permitam responder ao seguinte questionamento: é legítima e juridicamente admissível a permanência indefinidamente de registros digitais sobre fatos criminais extintos, mesmo quando não houve punição formal pelo Estado?

No que concerne aos aspectos metodológicos, a pesquisa adota uma abordagem qualitativa, utilizando revisão bibliográfica e análise de jurisprudência. São examinados casos relevantes no Brasil, como o da Chacina da Candelária, além de decisões internacionais, como a do Tribunal de Justiça da União Europeia no caso Google Inc. vs CNIL. O artigo também aborda a importância de legislações como a Lei Geral de Proteção de Dados, que estabelece direitos à anonimização, bloqueio e exclusão de dados pessoais. A partir da escolha do tema, das pesquisas bibliográficas, da análise doutrinária e jurisprudencial, buscou-se o auxílio da inteligência artificial para organização de sumário, revisão do texto quanto aos aspectos gramaticais e ortográficos, bem como para auxiliar na coesão e clareza das ideias expostas no trabalho, para melhor compreensão do assunto pelo leitor, mantendo-se, entretanto, a argumentação jurídica e as conclusões apresentadas sob a inteira responsabilidade dos autores.

A estrutura do trabalho está dividida em cinco partes. Primeiramente, são apresentados os conceitos de extinção da punibilidade e direito ao esquecimento. Em seguida, discute-se o conflito entre esses direitos fundamentais. A terceira seção analisa jurisprudências nacionais e internacionais relevantes. A quarta seção aborda os impactos da era digital, com foco na estigmatização das pessoas envolvidas no sistema de justiça criminal.

1 Conceitos fundamentais

1.1 Extinção da punibilidade

A extinção da punibilidade acontece face à ocorrência de um fato ou ato jurídico que impede o Estado de aplicar a sanção penal à pessoa autora do fato[4]. O art. 107 do Código Penal[5] traz um rol exemplificativo de causas de extinção da punibilidade, dentre as quais: a morte do agente, a anistia, a graça ou indulto, a retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso, a prescrição, a decadência ou perempção, a renúncia do direito de queixa ou o perdão aceito nos crimes de ação privada, a retratação do agente e o perdão judicial.

Em alguns desses casos, como na renúncia do direito de queixa ou o perdão aceito nos crimes de ação privada, o direito do Estado de exercer o *jus puniendi* pode ser interrompido ainda numa fase preliminar, perante a Polícia Judiciária. Noutros casos, pode ocorrer sem sequer se chegar à fase de instrução no Judiciário, como acontece com a transação penal, nas infrações de menor potencial ofensivo, com a suspensão condicional do processo, nas infrações penais com pena mínima igual ou inferior a 1 ano, e com acordo de não persecução penal, nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça, cuja pena mínima seja inferior a 4 anos.

Em julgamento recente do HC 185.913/DF[6], o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento relevante sobre a amplitude da aplicação do acordo de não persecução penal (ANPP). A Corte estabeleceu que o instituto possui natureza processual penal mista e retroativa, podendo ser aplicado a casos anteriores à vigência da Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime), desde que não haja trânsito em julgado. Essa decisão reforça o papel do ANPP como instrumento garantidor de justiça negociada, mitigando estigmas penais em casos de menor ofensividade, e demonstra

---

[4] DELMANTO, Celso et al. *Código Penal comentado*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 461.

[5] BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. *Código Penal*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del-2848compilado.htm. Acesso em: 12 fev. 2025.

[6] HC 185913, Relator(a): Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe 19-11-2024.

a importância de políticas de despenalização com vistas à redução do encarceramento e da rotulação social indevida.

A transação penal e a suspensão condicional do processo, previstas na Lei nº 9.099/95[7], são outras formas de extinção da punibilidade não prevista nos Código Penal. Elas merecem importância nesse trabalho, porque estão relacionados às infrações de menor e médio potencial ofensivo, em que muito remotamente a pessoa infratora sofrerá uma condenação, mas as repercussões sociais permanecerão. As infrações de menor e médio potencial ofensivo, a exemplo de ameaças, posse/porte ilegal de arma de fogo de uso permitido, crimes contra a honra, lesões corporais etc[8], a maior parte das ocorrências encaminhadas à Polícia Judiciária no dia-a-dia e acabam sendo noticiadas em rádios, sites e blogs locais, regionais e até nacionais.

O art. 89, § 5º, da Lei nº 9.099/95 determina que, se expirado o prazo da suspensão do processo sem que tenha havido sua revogação, o juiz deverá declarar extinta a punibilidade. No caso de transação penal, quando aplicada exclusivamente pena de multa, o pagamento integral leva à decretação da extinção da punibilidade, sendo que essa condenação não deverá constar dos registros criminais, conforme o art. 84, parágrafo único, da mesma lei. Embora essas circunstâncias impeçam a aplicação da pena pelo Estado, as notícias, matérias jornalísticas e demais informações sobre o fato podem persistir na rede mundial de computadores, gerando implicações sociais, especialmente diante da ampla capacidade de difusão de informações pela internet.

A distinção entre a extinção da punibilidade e o reconhecimento de inocência é essencial ao debate sobre a permanência de registros criminais indefinidamente no meio digital. Enquanto a extinção da punibilidade suprime o poder do Estado de aplicar a pena, ela não apaga o histórico

---

[7] BRASIL. Lei n.º 9.099, de 26 de setembro de 1995. *Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 27 set. 1995. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm. Acesso em: 22 fev. 2025.

[8] Deve-se ressaltar que, ainda que se trate de infrações de menor ou médio potencial ofensivo, quando envolverem violência doméstica e familiar contra a mulher, o tratamento processual será diferenciado, conforme o artigo 41 da Lei nº 11.340/2006, que veda a aplicação da Lei nº 9.099/95 nesses casos.

do fato e não confere ao indivíduo a possibilidade de provar o contrário, resultando em um dilema: como assegurar o direito ao esquecimento e impedir que o indivíduo seja rotulado como criminoso em uma era digital, na qual registros permanecem acessíveis indefinidamente? Este cenário torna-se um obstáculo à proteção do nome, da imagem, da intimidade, da vida privada e da dignidade do indivíduo que, embora juridicamente não possa mais ser punido, ainda enfrenta estigmas sociais e discriminação.

O princípio da presunção de inocência é uma garantia fundamental prevista no ordenamento jurídico brasileiro e em diversos instrumentos internacionais. Para Pacelli[9], esse princípio determina que o Estado deve seguir duas regras importantes ao lidar com a pessoa acusada. A primeira diz respeito ao tratamento: em nenhuma fase do processo ele pode sofrer restrições apenas pelo fato de estar sendo investigado ou julgado. A segunda regra envolve a prova: cabe à acusação provar tanto a existência do crime quanto sua autoria. Já a defesa, por sua vez, só precisa demonstrar se há alguma causa que exclua a ilicitude ou a culpabilidade da pessoa acusada, caso alegue essa hipótese.

No âmbito nacional, a Constituição Federal de 1988[10] prevê a presunção de inocência em seu art. 5º, inciso LVII, ao dispor que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". No entanto, mesmo com essas garantias, a prática revela que indivíduos continuam a sofrer impactos sociais, como rejeição em oportunidades de emprego e exclusão social, em virtude da permanência de registros criminais em plataformas digitais, em contrariedade à regra de tratamento. Essa situação evidencia a necessidade de políticas públicas e soluções legislativas que protejam a dignidade dos indivíduos e mitiguem os efeitos negativos de uma superexposição de informações.

No plano internacional, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789[11], em seu art. 9º, estabelece que toda pessoa acusa-

---

9 PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 39.

10 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12 fev. 2025.

11 FRANÇA. *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*. Embaixada da França no Brasil, [s.d.]. Disponível em: https://br.ambafrance.org/A-Declaracao-dos-Direitos-do-Homem-e-do-Cidadao. Acesso em: 12 fev. 2025.

da deve ser considerado inocente até que sua culpa seja comprovada. O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, adotado pelo Brasil por meio do Decreto nº 592/1992[12], reafirma em seu art. 14 o direito à presunção de inocência. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, promulgada pelo Decreto nº 678/1992[13], também assegura esse direito em seu art. 8º, item 2, estabelecendo que ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória.

Apesar do trabalho focar nas repercussões digitais de crimes de menor e médio potencial ofensivo, pela amplitude de opções em que pode ocorrer a extinção da punibilidade antes mesmo de um processo formal, o estudo também expõe e discute casos envolvendo crimes graves, em que mesmo ocorrendo a extinção da punibilidade ao final do processo, como no caso da Chacina da Candelária, a imagem da pessoa absolvida permanece indefinidamente associada ao fato, sujeita à exploração midiática.

Assim, a discussão sobre o direito ao esquecimento e a extinção da punibilidade, portanto, precisa passar por uma abordagem equilibrada, que leve em consideração não apenas o direito à informação e à memória coletiva, mas também a necessidade de preservação dos direitos inerentes à personalidade, à intimidade, à vida privada e à dignidade humana. Partindo do pressuposto de que não há direito fundamental absoluto[14], somente

---

[12] BRASIL. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. *Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos*. Brasília, DF: Presidência da República, 1992. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 12 fev. 2025.

[13] BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília, DF: Presidência da República, 1992. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 12 fev. 2025.

[14] No julgamento do Mandado de Segurança nº 23452/RJ, o Tribunal Pleno do STF decidiu que "Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas - e considerado o substrato ético que as informa - permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de

assim será possível harmonizar a proteção dos direitos fundamentais em uma sociedade marcada pelo fluxo constante de informações digitais.

1.2 Direito ao esquecimento

O direito ao esquecimento, diferentemente de uma tentativa de reescrever o passado, busca proteger o indivíduo contra a opressão de lembranças indesejadas de fatos antigos que não mais refletem sua realidade atual[15].

Schreiber[16] define esse direito como uma prerrogativa exercida por uma pessoa humana de se opor à persistência de determinadas lembranças públicas que, ao reforçarem aspectos de sua personalidade que já não correspondem à sua realidade atual, dificultam o pleno desenvolvimento de sua identidade perante a sociedade. Martins[17] complementa que a constante permanência dessas informações pode prejudicar o processo de autoconstrução do indivíduo, perpetuando uma imagem distorcida e inadequada sobre ele perante a sociedade.

O ordenamento jurídico brasileiro apresenta regramento legal nesse sentido, refletindo o direito ao esquecimento como uma consequência do direito à privacidade, à intimidade e à honra, garantidos pelo

---

um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros". (MS 23452, Relator(a): Celso De Mello, Tribunal Pleno, julgado em 16-09-1999, DJ 12-05-2000)

15 QUINELATO, João. Direito ao esquecimento: novos rumos à luz das decisões do Tribunal Europeu. *JOTA*, 15 nov. 2019. Disponível em: https://www.jota.info/artigos/direito-ao-esquecimento-novos-rumos-a-luz-das-decisoes-do-tribunal-europeu. Acesso em: 12 fev. 2025.

16 SCHREIBER, Anderson, Direito ao Esquecimento, In: SALOMÃO, Luiz Felipe; TARTUCE, Flávio (coord.), *Direito Civil Diálogos entre a Doutrina e a Jurisprudência*, 1. ed., São Paulo: Atlas, 2018, p. 70.

17 MARTINS, Guilherme Magalhães. O direito ao esquecimento como direito fundamental. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 3, p. 1–70, 2021. Disponível em: https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/527. Acesso em: 5 fev. 2025, p. 2.

artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal de 1988[18] e pelo artigo 21 do Código Civil de 2002[19]. Além disso, alguns doutrinadores[20] destacam que esse direito também decorre do princípio da dignidade da pessoa humana.

O artigo 202 da Lei de Execução Penal[21] determina que, após o cumprimento ou a extinção da pena, não constarão em documentos oficiais quaisquer referências à condenação, exceto em situações específicas previstas em lei. De forma semelhante, o artigo 748 do Código de Processo Penal[22] assegura que, para o reabilitado, condenações anteriores não serão mencionadas em certidões ou folhas de antecedentes, salvo quando requisitadas judicialmente. Por sua vez, o artigo 93 do Código Penal[23] complementa essa proteção, garantindo o sigilo sobre registros de processos e condenações após a extinção da pena ou pelo término da execução.

Esse suporte legal, no campo penal e processual penal, reforça a necessidade de proteger a privacidade e a dignidade humana, evitando que pessoas sejam marcadas por fatos passados cujos efeitos jurídicos já se esvaíram. Contudo, o direito ao esquecimento, compreendido pela doutrina como a prerrogativa do indivíduo de se opor à lembrança

---

18 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 17 fev. 2025.

19 BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 17 fev. 2025.

20 FERREIRA, K. R.; GOMES, C. P. de B. Direito ao Esquecimento: o conflito entre a garantia do acesso à informação e a proteção a dignidade da pessoa humana. *Revista Juris UniToledo*, *[S. l.]*, v. 5, n. 01, p. 149–162, 2023. Disponível em: https://wyden.periodicoscientificos.com.br/index.php/jurisunitoledo/article/view/178. Acesso em: 17 fev. 2025. p. 144.

21 BRASIL. Lei n.º 7.210, de 11 de julho de 1984. *Institui a Lei de Execução Penal*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 17 fev. 2025.

22 BRASIL. Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941. *Código de Processo Penal*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 17 fev. 2025.

23 BRASIL. *Código Penal*. Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 17 fev. 2025.

constante de fatos antigos que já não refletem a sua realidade atual[24], não está pacificado no ordenamento jurídico brasileiro.

Segundo a lição de Schreiber [25], existe uma corrente que privilegia o direito à informação, argumentando que a memória coletiva é essencial para a transparência social e que o direito ao esquecimento não possui previsão legal expressa no Brasil. Esse debate ganha relevância em casos emblemáticos, como o das biografias não autorizadas, analisados pelo STF[26].

Por outro lado, o autor ainda explica que a corrente favorável ao direito ao esquecimento defende que a dignidade e a privacidade da pessoa humana devem prevalecer sobre a exposição de fatos pretéritos. Nesse sentido, existem decisões judiciais emblemáticas, como o caso da Chacina da Candelária, em que o STJ reconheceu esse direito a um homem absolvido que foi exposto em rede nacional. Adicionalmente, o caso europeu Mario Costeja González, decidido pela Corte de Justiça da União Europeia, influenciou fortemente a aplicação do direito ao esquecimento em diversas jurisdições.

Também segundo o autor, há uma posição intermediária que sugere a necessidade de ponderação entre a liberdade de informação e o direito à privacidade, avaliando-se caso a caso a notoriedade da pessoa envolvida e a relevância histórica do fato, com o intuito de minimizar os impactos sobre ambos os direitos em conflito.

O Enunciado nº 531 aprovado durante a VI Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal afirma que "a tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento". Os constitucionalistas Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo

---

[24] SCHREIBER, Anderson, Direito ao Esquecimento. *Op. cit*., p. 70.

[25] SCHREIBER, Anderson. As três correntes do direito ao esquecimento: as posições que foram delineadas na audiência pública realizada pelo STF. *Jota*, 18 jun. 2017. Disponível em: https://www.jota.info/artigos/as-tres-correntes-do-direito-ao-esquecimento. Acesso em: 17 fev. 2025. np.

[26] Em 2025, o Plenário do Supremo Tribunal Federal julgou procedente por unanimidade a ADI 4815 e declarou inexigível a autorização prévia para a publicação de biografias. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=293336&ori=1. Acesso em: 20 fev. 2025.

Branco[27] defendem que uma pessoa que já cumpriu pena e que precisa reintegrar à sociedade precisa ser resguardado da exposição social dos fatos antigos que o levaram à prisão. Complementam defendendo que "se a pessoa deixou de atrair notoriedade, desaparecendo o interesse público em torno dela, merece ser deixada de lado, como desejar".

2 O CONFLITO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS

O embate entre o direito ao esquecimento e o direito à informação precisa ser discutido à luz do Estado Democrático de Direito e dos direitos fundamentais que o sustentam. Uma das principais características práticas desse modelo de Estado é o compromisso com a proteção dos direitos fundamentais, que incluem tanto a liberdade de informação quanto a dignidade da pessoa humana[28].

Em muitas localidades, especialmente nos interiores dos estados, é comum que pequenos blogs, sites, rádios e TVs locais divulguem informações sobre ocorrências criminais de pequena gravidade envolvendo pessoas da comunidade. No âmbito penal e processual, há diversos instrumentos que permitem que certos delitos não resultem numa condenação ou sequer num procedimento policial ou processo. Exemplos disso incluem ausência de condição de procedibilidade em crimes de ação penal pública condicionada à representação, o perdão aceito pelo ofendido em sede policial, a renúncia ao direito de queixa, a transação penal, a suspensão condicional do processo e o acordo de não persecução penal.

Esses mecanismos, previstos na legislação brasileira, ou obstam o início da persecução penal ou tem como objetivo evitar o encarceramento desnecessário e promover uma política criminal mais humanizada. Entretanto, mesmo que uma pessoa seja beneficiada por essas medidas,

---

[27] MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 347.

[28] CAMPAGNOLI, A. D. F. P. F.; NETTO MANDALOZZO, S. S. Uma análise do princípio contramajoritário como elemento do controle de constitucionalidade em um Estado Democrático de Direito. *Revista da AJURIS*, [S. l.], v. 41, n. 133, 2014. Disponível em: http://revistadaajuris.ajuris.org.br/index.php/REVAJURIS/article/view/220. Acesso em: 21 fev. 2025, p. 58.

as consequências negativas à sua imagem podem persistir no meio digital. Essa exposição prolongada pode comprometer sua personalidade perante a sociedade, sobretudo em pequenas cidades, se não houver uma ponderação adequada entre o direito à informação e o direito à dignidade humana, em sua vertente do direito ao esquecimento.

É comum na juventude momentos de imaturidade, em que os indivíduos se envolvam em pequenos delitos, mas com o passar do tempo vem a maturidade e a experiência, capaz de provocar a transformação da pessoa. A persistência infinita dessas informações na internet pode gerar barreiras significativas da pessoa exposta indevidamente, especialmente em situações como concorrer a uma vaga de emprego ou o ingresso em cargos públicos. Em áreas como a segurança pública e o sistema de justiça, por exemplo, a fase de sindicância de vida pregressa é criteriosa e pode ser impactada negativamente por registros antigos de ocorrências criminais divulgadas na mídia.

Além disso, a era digital propiciou uma releitura dos direitos fundamentais. Para Lima[29], o uso exponencial da internet tem propiciado a revelação massificada de dados pessoais, o que tem gerado problemas para compatibilizar a privacidade com os atuais contornos da sociedade da informação. Nesse sentido houve a necessidade de conferir proteção atual ao direito a privacidade, o que fez surgir o direito fundamental à proteção de dados e o direito a autodeterminação informacional.

O primeiro foi alçado ao status de direito fundamental graças a Emenda Constitucional nº 115, de 10 de fevereiro de 2022, que inseriu o inciso LXXIX ao artigo 5º. Segundo Sarlet[30], a proteção de dados diz respeito à segurança dos dados e ao controle sobre como eles são coletados, processados e armazenados. Já a autodeterminação informacional se

---

[29] LIMA, Erik Noleta Kirk Palma. Direito ao esquecimento: discussão europeia e sua repercussão no Brasil. *Revista de informação legislativa*, v. 50, n. 199, p. 271-283, 2013.

[30] SARLET, Ingo Wolfgang. Proteção de dados pessoais como direito fundamental na Constituição Federal Brasileira de 1988. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 14, n. 42, p. 179-218, jan./jun. 2020.

refere a autonomia geracional dos dados pessoais. Conforme Mendes[31], ela foca no controle individual que uma pessoa tem sobre suas próprias informações, permitindo-lhe ter conhecimento sobre a forma como se tem acesso aos seus dados pessoais, com quais objetivos e em quais circunstâncias.

Encontrar o equilíbrio consiste no desafio a ser enfrentando, ponderando-se entre o direito à memória coletiva e a necessidade de proteger a dignidade dos indivíduos. A ponderação de valores deve ser razoável e proporcional, evitando que pessoas sejam eternamente estigmatizadas por erros cometidos no passado, principalmente quando já superaram tais situações e buscam recomeçar suas vidas.

3 Jurisprudência nacional e internacional

3.1 Brasil

O caso Aida Curi foi inicialmente objeto de análise no Superior Tribunal de Justiça, mas foi reexaminado no Supremo Tribunal Federal, que consolidou sua interpretação por meio da Tese de Repercussão Geral 786[32]. A Corte Suprema estabeleceu que é incompatível com a Constituição a ideia de um direito ao esquecimento que impeça a divulgação de fatos verídicos e licitamente obtidos. .

No julgamento do REsp. 1.335.153[33], a 4ª Turma do STJ negou o direito de indenização aos familiares de Aída Curi, argumentando que

---

31 MENDES, Carlos Hélder Carvalho Furtado. *Malware do Estado e processo penal: a proteção de dados informáticos face à infiltração por software na investigação criminal*. 2018. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) - Escola de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2018.

32 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 1.010.606*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Tribunal Pleno, julgado em 11 fev. 2021. Processo eletrônico. Repercussão geral – mérito. Diário da Justiça Eletrônico, n. 096, divulgado em 19 maio 2021, publicado em 20 maio 2021. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755910773. Acesso em: 22 fev. 2025.

33 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.335.153/RJ*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Quarta Turma, julgado em 28 maio 2013.

o crime, por sua notoriedade histórica, não poderia ser retratado sem o uso do nome da vítima. Ela foi assassinada no dia 14 de julho de 1958, quando tinha apenas 18 anos. O fato marcou a vida das adolescentes daquela época e trouxe um alerta para os pais quanto ao controle dos filhos[34]. A história foi revivida a partir da exibição no programa Linha Direta do dia 29 de abril de 2004, ou seja, 46 anos depois do crime. Os familiares de Aída Curi alegaram que a veiculação reacendeu sentimentos de sofrimento, mas o STJ concluiu que o tempo transcorrido atenuou os efeitos sobre a honra e a dignidade da família. A Turma enfatizou que fatos históricos, como crimes de grande repercussão, fazem parte da memória coletiva e podem ser analisados para compreensão da evolução dos valores sociais e éticos.

O STF ao reexaminar o caso, durante o julgamento do RE 1.010.606, decidiu que a Constituição não permite a existência de um "direito ao esquecimento" que impeça a divulgação de fatos verdadeiros, obtidos de forma legal, apenas pelo fato de terem ocorrido há muito tempo. No entanto, a Corte enfatizou que, se houver exageros ou abusos no uso da liberdade de expressão e informação, cada caso deve ser analisado individualmente, levando em conta a proteção da honra, imagem, privacidade e personalidade das pessoas, além das regras específicas previstas nas leis penais e cíveis.

Outro caso em que em que o direito ao esquecimento no Brasil esteve em pauta foi no julgamento do REsp. 1.334.097[35], que trata da Chacina da Candelária. Um homem que foi absolvido das acusações de envolvimento no crime, ocorrido em 1993, pleiteou indenização após a veiculação de sua imagem e nome em um episódio do programa Linha Direta, da Rede Globo. O programa, assistido por milhões de telespec-

---

Diário da Justiça Eletrônico, 10 set. 2013. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201100574280&dt_publicacao=10/09/2013. Acesso em: 22 fev. 2025.

34 LAGE, Lana; NADER, Maria Beatriz. *Da legitimação à condenação social*. Nova história das mulheres. São Paulo: Contexto, p. 286-312, 2012. p. 294.

35 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.334.097/RJ*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Quarta Turma, julgado em 9 nov. 2021. Diário da Justiça Eletrônico, 1 fev. 2022. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201201449107&dt_publicacao=01/02/2022. Acesso em: 22 fev. 2025.

tadores, reavivou na comunidade onde ele residia a percepção de que ele era um assassino, mesmo após sua absolvição. A exposição trouxe consequências graves, forçando o homem a se mudar para proteger sua segurança e a de sua família[36].

Nesse julgamento, o STJ reconheceu que esse indivíduo possuía o direito ao esquecimento. A 4ª Turma concluiu que a emissora poderia ter exibido o programa sem mencionar o nome ou a imagem do absolvido, evitando, assim, qualquer violação à honra e ao direito à privacidade. O ministro relator, Luís Felipe Salomão[37], destacou que o relato dos fatos poderia ter sido feito sem a exposição direta do homem, já que a exibição reforçou a sua imagem de imputado, em vez de inocentado. A mesma decisão destacou que, se a lei garante aos condenados reabilitados o sigilo dos antecedentes, com maior razão aqueles que foram absolvidos não podem ser estigmatizados por informações superadas.

A relevância dos casos Aída Curi e Chacina da Candelária indica que a jurisprudência nacional tem se preocupado com o tema e o direito ao esquecimento vem ganhado ressonância no Tribunal da Cidadania. Levantamento realizado na base do Superior Tribunal de Justiça revela que, entre 2019 e 2024, a expressão "direito ao esquecimento" foi citada na ementa de 188 acórdãos, demonstrando a expressividade do tema[38].

Ainda que o presente estudo prime por casos envolvendo extinção da punibilidade sem condenação ou delitos de menor e médio potencial ofensivo, optou-se por incluir jurisprudência paradigmática como a do caso Aída Curi e da Chacina da Candelária por sua importância na construção doutrinária e jurisprudencial do direito ao esquecimento no Brasil.

A inclusão de tais precedentes, mesmo que tratem de crimes graves, visa ampliar a compreensão do fenômeno da rotulação digital e da tensão entre memória coletiva e dignidade individual, já que esses casos moldaram o entendimento jurídico contemporâneo, inclusive nos tribunais superiores.

---

[36] *Ibid.*, p. 58.

[37] *Ibid.*, p. 34.

[38] Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/. Acesso em: 02 jun. 2025.

3.2 União Europeia

O Tribunal de Justiça da União Europeia consolidou o direito ao esquecimento no caso Google Spain, determinando que mecanismos de busca removam links que direcionem a informações desatualizadas ou irrelevantes, quando solicitado por indivíduos[39].

Em 2014, a Corte de Justiça da União Europeia tomou uma decisão marcante no caso conhecido como Google Spain SL, Google Inc. v. Agencia Española de Protección de Datos, Mario Costeja González. Esse julgamento estabeleceu que a empresa é responsável pela exclusão de dados pessoais, justificando que o mecanismo de busca define tanto os objetivos quanto os meios de sua atividade. Dessa forma, ao processar informações pessoais nesse contexto, o Google deve ser considerado juridicamente responsável por esse tratamento, conforme determina o artigo 2º, alínea "d" da Diretiva 95/46/CE[40].

De acordo com Maldonado[41], após essa decisão judicial, o Google passou a divulgar estatísticas sobre os pedidos de remoção de dados feitos com base no mesmo fundamento. Além disso, a empresa também tornou públicas as informações sobre os casos em que concedeu a remoção de conteúdos seguindo seus próprios critérios. Esses dados podem ser facilmente acessados no *Transparency Report*[42]. A Google informa que suas políticas de conteúdo e produtos são aplicadas em todo o mundo, caso em que se alguém encontrar informações sobre si mesmo ou alguém que representa e desejar solicitar a remoção, pode verificar as políticas

---

[39] TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. *Acordão Google Spain SL, Google Inc./Agencia de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González* – Processo C-131/12, 13 de maio de 2014. Disponível em: http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=153853&pageIndex=0&doclang=pt&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=8125412. Acesso em: 22 fev. 2025.

[40] MALDONADO, Viviane Nóbrega. *Direito ao esquecimento*. São Paulo: Novo Século, 2017. Disponível em: https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/ObrasJuridicas/ii%207.pdf?d=6366804445561. Acesso em: 22 fev. 2025, p. 270.

[41] *Ibid.*, p. 271.

[42] Disponível em: https://www.google.com/transparencyreport/removals/europeprivacy/?hl=pt-BR. Acesso em: 22 fev. 2025.

de conteúdo pessoal para saber se seu caso se encaixa nos critérios estabelecidos[43].

O entendimento da Corte Europeia foi reforçado pelo Regulamento 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, intitulado de Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados[44]. O documento versa sobre a proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados. O artigo 17º do GDPR estabelece o direito ao apagamento de dados, permitindo que o titular solicite a remoção de suas informações pessoais quando estas deixarem de ser necessárias ou quando não houver mais interesses legítimos que justifiquem seu tratamento. Os considerandos 65 e 66 do regulamento complementam essa norma, assegurando que os titulares dos dados têm o direito de serem esquecidos, inclusive no ambiente por via eletrônica, sempre que sua conservação violar os direitos previstos no regulamento, incluindo a adoção de providências razoáveis, com aplicação de medidas técnicas, pelos responsáveis pelo tratamento de dados pessoais que o tenha tornado público.

Na União Europeia, o direito ao apagamento (direito a ser esquecido) foi tema de mais uma decisão relevante do Tribunal de Justiça da União Europeia em 2019, no caso Google Inc. vs Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL)[45]. A controvérsia envolveu o alcance territorial do dever de exclusão de hiperlinks de resultados de busca. O tribunal analisou um pedido de supressão de dados sensíveis apresentado

---

[43] Disponível em: https://support.google.com/websearch/troubleshooter/3111061?hl=pt-BR. Acesso em: 22 fev. 2025.

[44] UNIÃO EUROPEIA. *Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016. Relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados)*. Jornal Oficial da União Europeia, 2016. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2016/679/oj?locale=pt. Acesso em: 22 fev. 2025.

[45] UNIÃO EUROPEIA. *Tribunal de Justiça. Processo C-507/17: Google LLC vs. Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés (CNIL)*. Julgado em 24 de setembro de 2019. Disponível em: http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=218105&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=329422. Acesso em: 22 fev. 2025.

por um indivíduo, o qual resultou em uma notificação à Google por parte da CNIL, exigindo que a exclusão fosse aplicada em escala global.

No entanto, a Google limitou a remoção aos domínios correspondentes aos Estados-Membros da União Europeia. O caso foi encaminhado ao Tribunal de Justiça, que ponderou sobre a necessidade de proteção global dos dados em uma rede mundial sem fronteiras, mas concluiu que a legislação europeia não impõe a obrigação de exclusão global de dados, limitando a aplicação territorial do direito ao esquecimento aos países-membros.

Essa decisão destaca as tensões entre a proteção de dados pessoais e a liberdade de informação, refletindo os desafios regulatórios em uma era digital globalizada, em que, de lado, está a pessoa titular dos dados, normalmente pessoas em posições hipossuficientes, comparativamente às grandes corporações multinacionais, que ocupam a posição de responsável pelo tratamento de dados pessoais e que lucram com a divulgação dos dados.

4. Impactos da era digital

A era digital revolucionou a maneira como informações são produzidas, compartilhadas e armazenadas, influenciando a rotina da sociedade em sua totalidade[46]. Essa transformação potencializou os efeitos de estigmatização das pessoas sujeitas ao sistema de justiça criminal, cujas informações pessoais, mesmo após a extinção da punibilidade, permanecem acessíveis nos meios digitais. Essa exposição prolongada amplia desigualdades sociais e dificulta o processo de reintegração social.

O sistema penal, em sua origem, tinha como foco a retribuição imediata, ou seja, punir os responsáveis por delitos como forma de manutenção da ordem pública. Beccaria já defendia que o objetivo das penas não deveria ser o sofrimento, mas sim a prevenção de novos crimes, tanto

[46] PIMENTA, Marcelo Soares; CANABARRO, Diego Rafael (org.). *Governança digital*. Porto Alegre: UFRGS/CEGOV, 2014. Disponível em: https://lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/197238/001097969.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 22 fev. 2025. p. 9.

pela pessoa acusada quanto pela sociedade[47]. No entanto, sob a ótica da criminologia crítica, o sistema penal é compreendido como um mecanismo seletivo de controle social, que acentua desigualdades ao incidir com maior rigor sobre grupos vulneráveis. D'Elia Filho[48] observa que no Brasil, jovens negros e pobres das periferias são os principais alvos da criminalização. A partir dessa constatação, segundo a lição do autor, esses indivíduos frequentemente classificados como "indignos", sofrem estigmatização que se perpetua nos registros digitais.

Soares aponta que, em razão da ausência de uma política de segurança pública eficaz, marcada pela falta de reformas nas forças policiais e pela conivência com práticas abusivas, a violência estrutural se mantém[49]. O discurso do combate ao crime e às drogas legitima a repressão direcionada contra a juventude marginalizada, consolidando práticas seletivas de criminalização e potencializa exclusão desses indivíduos, cuja veiculação de nomes e imagens em meio digital, vinculando-os a notícias negativas, acentua cada vez mais o abismo entre o mundo do crime e inclusão social.

Daí decorre a estigmatização, consistente na exclusão social do indivíduo pela confusão entre o indivíduo com o fato delitivo por ele praticado. Esse processo é fruto da ausência de políticas públicas sociais estruturadas, perpassa pela violência estrutural decorrente da deficiência nas políticas de segurança pública e se acentua no momento em que informações sobre a pessoa se tornam públicas, seja por meio de registros de processos criminais, seja pela divulgação de notícias em blogs e redes sociais.

---

47 BECCARIA, C. *Dos delitos e das penas*. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: RT, 2010. Disponível em: https://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/17502/material/BECCARIA%2C%20C.%20Dos%20delitos%20e%20das%20penas.pdf. Acesso em: 22 fev. 2025. p. 52.

48 D'ELIA FILHO, O. Z. *Indignos de vida*: a forma jurídica da política de extermínio de inimigos na cidade do Rio de Janeiro. 2013. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Departamento de Ciência Política, Universidade Federal Fluminese, Niterói, 2013. Disponível em: https://dcp.uff.br/wp-content/uploads/sites/327/2020/10/Tese-de-2013-Orlando-Zaccone-D_Elia-Filho.pdf. Acesso em: 22 fev. 2024. p. 17.

49 SOARES, L. E. *Meu casaco de general*: 500 dias no front da segurança pública no Rio de Janeiro. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 267.

Nesse contexto, a era digital amplia a exposição desses indivíduos, mesmo quando as repercussões penais já se extinguiram. A permanência de registros em plataformas digitais reforça o rótulo de criminoso, dificultando o acesso ao mercado de trabalho, a serviços e a oportunidades educacionais. Rosen[50] destaca que o direito ao esquecimento busca resolver um desafio cada vez mais presente na era digital: a dificuldade de se desvincular do próprio passado na internet. Isso porque fotos, postagens e comentários são armazenados na nuvem, onde permanecem acessíveis indefinidamente, dificultando a exclusão definitiva dessas informações. A disponibilidade de tais informações ao público, sem qualquer restrição, acaba por servir de base para processos de seleção e recrutamento em várias organizações. Nesse contexto, uma pessoa envolvida numa ocorrência criminal, mesmo que tenha saído pela porta da frente da Delegacia, sem qualquer repercussão criminal posterior, ou tenha tido a extinção da punibilidade, poderá ser sumariamente excluída.

Essa gama de informações acessíveis ao público, sem qualquer restrição de acesso, é denominada pelos estudiosos de fontes abertas. Esse tipo de dado é conhecido como Inteligência de Fontes Abertas (*Open Source Intelligence – OSINT*) e consiste na coleta, seleção e uso de informações que possam contribuir para a produção de conhecimento. Essas informações podem ser obtidas por meio de jornais, revistas, livros, pesquisas acadêmicas e, principalmente, da internet[51].

O impacto do processo discriminatório é ainda mais expressivo em países como o Brasil, onde o sistema prisional é composto majoritariamente por pessoas pretas e pardas. Dados de 2023 indicam que 69,1% dos encarcerados são negros, de acordo com o Fórum Brasileiro de Segurança Pública[52].

---

[50] ROSEN, Jeffrey, *Symposium issue*; the right to be forgotten. Stanford Law Review Online. v.64:88, p.88, fev. 2012.

[51] BARRETO, Alessandro; CASELLI, Guilherme; WENDT, Emerson. *Investigação Digital em Fontes Abertas*. Rio de Janeiro, RJ: Brasport, 2017, p. 39.

[52] FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *18º Anuário brasileiro de segurança pública*. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2024. Disponível em: https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2024/07/anuario-2024.pd>. Acesso em: 23 fev. 2025, p. 26.

O Atlas da Violência de 2024[53] evidencia que a maioria dos sujeitos criminalizados por tráfico de drogas são homens jovens, de baixa escolaridade e oriundos de áreas periféricas. Esse cenário demonstra que o encarceramento em massa tem sido usado como ferramenta de controle social, em vez de promover a reintegração social. A exposição digital desse público sem qualquer mecanismo de controle à disposição do indivíduo acaba por acentuar as desigualdades sociais.

Para Becker[54], a exclusão social e a estigmatização decorrem de um processo de rotulação, em que a sociedade cria e aplica normas penais sobre determinados grupos. Esses indivíduos passam a ser vistos como "outsiders", e o desvio é definido pela aplicação das regras sociais a essas pessoas, não pela natureza do ato em si. No Brasil, essa dinâmica se manifesta nas abordagens policiais seletivas, que visam jovens negros e pobres, considerados potenciais criminosos apenas por sua condição social e territorial. Assim, esses grupos socialmente vulneráveis é que estão mais expostos a ter suas imagens expostas deliberadamente no meio digital.

Anitua[55] adverte que o próprio Estado contribui para a consolidação do estigma ao não oferecer políticas públicas efetivas. A rotulação conduz os indivíduos a internalizar o papel de delinquente, perpetuando um ciclo de exclusão social. Baratta[56] complementa essa análise ao afirmar que as medidas detentivas frequentemente consolidam a identidade desviante, afastando o caráter reeducativo das penas.

Frente à questão da rotulação, estigmatização e exclusão social das pessoas que tiveram seus nomes e imagens associadas a um fato criminal,

---

[53] CERQUEIRA, D.; BUENO, S. (coord.). *Atlas da violência 2024*. Brasília: Ipea; FBSP, 2024. 129p. Disponível em: https://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/14031. Acesso em: 22 set. 2024. p. 116.

[54] BECKER, H. S. *Outsiders:* estudos da sociologia do desvio. Trad. Luiza X. de Borges. 1ª ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. p. 22.

[55] ANITUA, G. I. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Tradução de Sérgio Laramão. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008. (Pensamento criminológico; 15) 944p. Disponível em: https://deusgarcia.wordpress.com/wp-content/uploads/2018/06/66-histc3b3ria-dos-pensamentos-criminolc3b3gicos-gabriel-ignacio-anitua.pdf. Acesso em: 22 set. 2024. p. 588-589.

[56] BARATTA, A. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2011. p. 90-91.

o direito ao esquecimento surge como uma ferramenta essencial para mitigar os efeitos negativos da exposição digital. A Lei nº 13.709/2018, intitulada de Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) representa um avanço na proteção dos dados pessoais. O art. 18, inc. IV, dessa lei prevê que o titular dos dados pessoais tem o direito de obter da entidade controladora, a qualquer momento e mediante requisição, a anonimização, o bloqueio ou a eliminação de dados que sejam desnecessários, excessivos ou que tenham sido tratados em desconformidade com as disposições da Lei.

Apesar desse avanço no ordenamento jurídico brasileiro, trazido pela Lei Geral de Proteção de Dados - que não chegou a prever expressamente o direito ao apagamento, assim como dispõe o Regulamento 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho -, o conflito entre privacidade e liberdade de informação continua a exigir soluções equilibradas. Da mesma forma, conforme Josino[57], a necessidade de formulação de uma "LGPD penal" se mostra de suma importância, especialmente no tocante ao tratamento de dados durante a persecução penal e o surgimento de novas modalidades criminosas decorrentes do avanço tecnológico. No caso Google Inc. vs Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL), o Tribunal de Justiça da União Europeia estabeleceu que a exclusão de links deve respeitar o alcance territorial da legislação europeia, demonstrando que o direito ao esquecimento é reconhecido, mas deve ser ponderado com as peculiaridades de cada jurisdição.

A implementação eficaz de políticas públicas voltadas à proteção dos direitos fundamentais na era digital reclama o desenvolvimento ações articuladas entre os poderes do Estado. No âmbito legislativo, cabe ao parlamento criação de normas que assegurem mecanismos de exclusão digital e anonimização de dados sensíveis, quando a exposição abusiva e indefinida viole a dignidade da pessoa humana. No Executivo, é essencial que órgãos da Educação fortaleçam o ensino sobre educação digital e direitos humanos, bem como que a Polícias civis, assim como secretarias de direitos humanos, promovam campanhas de conscientização sobre o

---

[57] JOSINO, Clarissa Nogueira. *Dados pessoais, segurança pública e investigação criminal: um panorama da proteção de dados e seus desafios regulatórios no Brasil*. 2021. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2021. Disponível em: https://repositorio.ufc.br/handle/riufc/58510. Acesso em: 22 fev. 2025.

direito à privacidade e ofereçam canais acessíveis de denúncia e orientação. Já o Judiciário deve consolidar entendimentos que harmonizem os direitos fundamentais em conflito, assegurando decisões proporcionalmente fundamentadas.

A Base Nacional Comum Curricular (BNCC), através da competência geral da Educação Básica, prevê que a necessidade de se aprender a usar as tecnologias digitais com consciência e responsabilidade, sabendo se comunicar, buscar e compartilhar informações, criar soluções e produzir conhecimento[58]. Educação digital, envolve, portanto, processos de ensino e aprendizagem mediados por diferentes tecnologias digitais, que podem ou não estar conectadas por redes de internet[59].

Portanto, num Estado Democrático de Direito, como o brasileiro, é imprescindível que se busque a harmonização entre direitos fundamentais na era digital. É certo que não há direito fundamental absoluto e, nessa medida, são necessárias políticas públicas capazes de promover a educação digital e a conscientização sobre privacidade, além de soluções tecnológicas como filtros de busca e mecanismos de exclusão. Esses artifícios precisam ser conhecidos e acessíveis pela população, sobretudo pelos grupos socialmente vulneráveis, os quais sofrem com estigmatização decorrente do processo de rotulação criminal, sendo imprescindíveis para mitigar os impactos da exposição excessiva no meio digital. Somente assim será possível assegurar a dignidade das pessoas estigmatizadas pelo sistema de justiça criminal e garantir o respeito aos seus direitos fundamentais.

Considerações finais

A relação entre a extinção da punibilidade e o direito ao esquecimento apresenta desafios significativos em uma sociedade marcada

---

[58] BRASIL. Base Nacional Comum Curricular. Brasília, DF: Ministério da Educação, 2017. Disponível em: https://basenacionalcomum.mec.gov.br/abase/#introducao. Acesso em: 3 jun. 2025.

[59] RAMOS, Ana Amélia Amorim; LIMA, Ana Lúcia Pereira de; FERREIRA, Célia Maria Pinto. A mediação pedagógica nos fóruns de discussão da formação online de professores. *Revista e–L@tina*, n. 10, 2022. Disponível em: https://repositorioaberto.uab.pt/bitstream/10400.2/9988/5/EaDeL_N.10.pdf. Acesso em: 3 jun. 2025. p. 5.

pela permanente circulação de informações digitais. Indivíduos que já cumpriram pena ou que foram beneficiados por medidas alternativas ao encarceramento, como a transação penal, a suspensão condicional do processo ou o acordo de não persecução penal, continuam a enfrentar estigmas sociais devido à permanência de registros acessíveis na internet. Isso se mostra ainda mais grande quando os indivíduos se desvencilham das consequências penais do fato em sede preliminar, na Polícia Judiciária, como ocorre em fatos levados ao conhecimento da Autoridade Policial que sequer existe tipicidade penal ou nos casos em que não foi implementada uma condição de procedibilidade para a deflagração do procedimento policial. Essa situação compromete suas chances de inclusão social, dificultando o acesso a oportunidades de trabalho, educação e serviços públicos.

O direito ao esquecimento surge como uma resposta necessária a esses desafios, ao proteger a dignidade da pessoa humana contra a perpetuação de lembranças desatualizadas e opressivas. No entanto, sua aplicação precisa ser cuidadosamente ponderada em relação ao direito à informação, que também desempenha um papel essencial em sociedades democráticas. O equilíbrio entre esses direitos requer uma análise criteriosa das circunstâncias de cada caso, garantindo que a transparência e a memória coletiva não sejam utilizadas como justificativas para a perpetuação de injustiças sociais.

A pesquisa demonstrou que, em âmbito nacional e internacional, há um esforço crescente para regulamentar o uso de informações pessoais sensíveis. No Brasil, a Lei Geral de Proteção de Dados constitui um marco importante, ao prever mecanismos como a anonimização e a exclusão de dados excessivos ou desnecessários, mas não avançou tanto quanto o Regulamento 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, que prevê o direito ao apagamento. No cenário internacional, decisões como a do Tribunal de Justiça da União Europeia no caso Google Inc. vs CNIL reforçam a necessidade de medidas equilibradas, reconhecendo que a proteção de dados pessoais deve respeitar os limites jurisdicionais.

Além das medidas legislativas, a educação digital e o desenvolvimento de soluções tecnológicas, como filtros de busca e mecanismos de exclusão de informações, são essenciais para reduzir os efeitos negativos da exposição digital. Políticas públicas que promovam a conscientização

sobre privacidade e direitos fundamentais também desempenham um papel crucial nesse processo.

Por fim, como resposta ao problema inicial desta pesquisa, consistente na existência de legitimidade para permanência indefinida de registros digitais sobre fatos criminais extintos, mesmo quando não houve punição formal pelo Estado, concluiu-se, portanto, que o enfrentamento do conflito entre o direito ao esquecimento e o direito à informação exige uma abordagem integrada, que combine soluções jurídicas, tecnológicas e sociais, de modo que assegure a dignidade das pessoas sujeitas ao sistema de justiça criminal, equilibrando os direitos fundamentais em uma sociedade cada vez mais digital e interconectada.

Referências

ANITUA, G. I. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Tradução de Sérgio Laramão. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008.

BARATTA, A. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2011.

BARRETO, Alessandro; CASELLI, Guilherme; WENDT, Emerson. *Investigação Digital em Fontes Abertas*. Rio de Janeiro, RJ: Brasport, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. *A nova interpretação constitucional:* ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BECCARIA, C. *Dos delitos e das penas.* Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: RT, 2010. Disponível em: https://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/17502/material/BECCARIA%2C%20C.%20Dos%20delitos%20e%20das%20penas.pdf. Acesso em: 22 fev. 2025.

BECKER, H. S. *Outsiders:* estudos da sociologia do desvio.Trad. Luiza X. de Borges. 1ª ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BRASIL. Base Nacional Comum Curricular. Brasília, DF: Ministério da Educação, 2017. Disponível em: https://basenacionalcomum.mec.gov.br/abase/#introducao. Acesso em: 3 jun. 2025.

CAMPAGNOLI, A. D. F. P. F.; NETTO MANDALOZZO, S. S. Uma análise do princípio contramajoritário como elemento do controle de constitucionalidade em um Estado Democrático de Direito. *Revista da AJURIS*, [S. l.], v. 41, n. 133,

2014. Disponível em: http://revistadaajuris.ajuris.org.br/index.php/REVAJURIS/article/view/220. Acesso em: 21 fev. 2025.

CERQUEIRA, D.; BUENO, S. (coord.). *Atlas da violência 2024*. Brasília: Ipea; FBSP, 2024. 129p. Disponível em: https://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/14031. Acesso em: 08 fev. 2025.

D'ELIA FILHO, O. Z. *Indignos de vida:* a forma jurídica da política de extermínio de inimigos na cidade do Rio de Janeiro. 2013. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Departamento de Ciência Política, Universidade Federal Fluminese, Niterói, 2013. Disponível em: https://dcp.uff.br/wp-content/uploads/sites/327/2020/10/Tese-de-2013-Orlando-Zaccone-D_Elia-Filho.pdf. Acesso em: 08 fev. 2025.

DELMANTO, Celso et al. *Código Penal comentado*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

FERREIRA, K. R.; GOMES, C. P. de B. DIREITO AO ESQUECIMENTO: o conflito entre a garantia do acesso à informação e a proteção a dignidade da pessoa humana. *Revista Juris UniToledo*, *[S. l.]*, v. 5, n. 01, p. 149–162, 2023. Disponível em: https://wyden.periodicoscientificos.com.br/index.php/jurisunitoledo/article/view/178. Acesso em: 17 fev. 2025.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *18º Anuário brasileiro de segurança pública*. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2024. Disponível em: https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2024/07/anuario-2024.pd>. Acesso em: 23 fev. 2025.

FRANÇA. *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*. Embaixada da França no Brasil, [s.d.]. Disponível em: https://br.ambafrance.org/A-Declaracao-dos-Direitos-do-Homem-e-do-Cidadao. Acesso em: 12 fev. 2025.

GRANDE SECÇÃO, Tribunal de Justiça da União Europeia, *Processo C-507/17*, Google LLC, sucessora da Google Inc. vs Commission nationale de l'informatique et des libertés, M. Szpunar (Adv. Geral), 24 de setembro 2019, para. 64. Disponível em: http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf;jsessionid=AEE-1F6D7060D43DB942C3D1294C74BDB?text=&docid=218105&pageIndex=0&-doclang=PT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=1796725. Acesso em: 08 fev. 2025.

JOSINO, Clarissa Nogueira. *Dados pessoais, segurança pública e investigação criminal: um panorama da proteção de dados e seus desafios regulatórios no Brasil*. 2021. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2021. Disponível em: https://repositorio.ufc.br/handle/riufc/58510. Acesso em: 22 fev. 2025.

LAGE, Lana; NADER, Maria Beatriz. *Da legitimação à condenação social*. Nova história das mulheres. São Paulo: Contexto, p. 286-312, 2012.

LIMA, Erik Noleta Kirk Palma. Direito ao esquecimento: discussão europeia e sua repercussão no Brasil. *Revista de informação legislativa*, v. 50, n. 199, p. 271-283, 2013. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/50/199/ril_v50_n199_p271. Acesso em: 22 fev. 2025.

MALDONADO, Viviane Nóbrega. *Direito ao esquecimento*. São Paulo: Novo Século, 2017. Disponível em: https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/ObrasJuridicas/ii%207.pdf?d=6366804445561. Acesso em: 22 fev. 2025.

MARTINS, Guilherme Magalhães. O direito ao esquecimento como direito fundamental. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 3, p. 1–70, 2021. Disponível em: https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/527. Acesso em: 5 fev. 2025.

MATTOS, Sérgio Augusto Soares. A revolução digital e os desafios da comunicação. Cruz das Almas: UFRB, 2013.

MENDES, Carlos Hélder Carvalho Furtado. *Malware do Estado e processo penal: a proteção de dados informáticos face à infiltração por software na investigação criminal*. 2018. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) - Escola de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2018. Disponível em: https://meriva.pucrs.br/dspace/handle/10923/15786. Acesso em: 22 fev. 2025.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

OST, François. *O tempo do direito*. Trad. Élcio Fernandes. Bauru: Edusc, 2005.

PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

PIMENTA, Marcelo Soares; CANABARRO, Diego Rafael (org.). *Governança digital*. Porto Alegre: UFRGS/CEGOV, 2014. Disponível em: https://lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/197238/001097969.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 22 fev. 2025.

QUINELATO, João. Direito ao esquecimento: novos rumos à luz das decisões do Tribunal Europeu. *JOTA*, 15 nov. 2019. Disponível em: https://www.jota.info/artigos/direito-ao-esquecimento-novos-rumos-a-luz-das-decisoes-do-tribunal-europeu. Acesso em: 12 fev. 2025.

RAMOS, Ana Amélia Amorim; LIMA, Ana Lúcia Pereira de; FERREIRA, Célia Maria Pinto. A mediação pedagógica nos fóruns de discussão da formação

online de professores. *Revista e–L@tina*, n. 10, 2022. Disponível em: https://repositorioaberto.uab.pt/bitstream/10400.2/9988/5/EaDeL_N.10.pdf. Acesso em: 3 jun. 2025. p. 5.

REGULAMENTO (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de abril de 2016 relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados). Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0679&from=PT. Acesso em: 08 de fevereiro de 2025.

ROSEN, Jeffrey, *Symposium issue*; the right to be forgotten. Stanford Law Review Online. v.64:88, p.88, fev. 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. Proteção de dados pessoais como direito fundamental na Constituição Federal Brasileira de 1988. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 14, n. 42, p. 179-218, jan./jun. 2020. Disponível em: https://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/18864/2/PROTEO_DE_DADOS_PESSOAIS_COMO_DIREITO_FUNDAMENTAL_NA_CONSTITUIO_FEDERAL_BRASILEIRA_DE_1988.pdf. Acesso em 22 fev. 2025. https://doi.org/10.30899/dfj.v14i42.875

SCHREIBER, Anderson. As três correntes do direito ao esquecimento: as posições que foram delineadas na audiência pública realizada pelo STF. Jota, 18 jun. 2017. Disponível em: https://www.jota.info/artigos/as-tres-correntes-do-direito-ao-esquecimento. Acesso em: 17 fev. 2025.

SCHREIBER, Anderson. Direito ao esquecimento e proteção de dados pessoais na Lei 13.709/2018. In: TEPEDINO, G.; FRAZÃO, A.; OLIVA, M.D. *Lei geral de proteção de dados pessoais e suas repercussões no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

SCHREIBER, Anderson, Direito ao Esquecimento, In: SALOMÃO, Luiz Felipe; TARTUCE, Flávio (coord.), *Direito Civil Diálogos entre a Doutrina e a Jurisprudência*, 1. ed., São Paulo: Atlas, 2018.

TARTUCE, Flávio (coord.). *Direito Civil Diálogos entre a Doutrina e a Jurisprudência*. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2018.

SOARES, L. E. *Meu casaco de general:* 500 dias no front da segurança pública no Rio de Janeiro. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. *Acordão Google Spain SL, Google Inc./Agencia de Protección de Datos* (AEPD), Mario Costeja González – Processo

C-131/12, 13 de maio de 2014. Disponível em: http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=153853&pageIndex=0&doclang=pt&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=8125412. Acesso em: 22 fev. 2025.

UNIÃO EUROPEIA. *Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016*. Relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados). Jornal Oficial da União Europeia, 2016. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2016/679/oj?locale=pt. Acesso em: 22 fev. 2025.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. *Processo C-507/17: Google LLC vs. Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés (CNIL)*. Julgado em 24 de setembro de 2019. Disponível em: http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=218105&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=329422. Acesso em: 22 fev. 2025.

Authorship information

Marcos Virginio Souto. Mestre em Direitos Fundamentais e Democracia pela UNIBRASIL. Delegado da Polícia Civil de Pernambuco. Professor do Curso de Direito do Centro Universitário Uninassau. Pós-graduado em Ciências Penais e Segurança Pública e em Direito Administrativo e Gestão Pública. Virginio.direito@gmail.com

Leonardo Max Pereira Monteiro. Mestre em Direitos Fundamentais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina - UNOESC. Pós Graduado em Direito e Processo Penal pela Faculdade de Tecnologia de Palmas (FTP). Graduado em Direito pelo Centro Universitário 7 de Setembro - UNI7. Delegado de Polícia Civil do Estado de Pernambuco. leomaxico@gmail.com

Additional information and author's declarations
(scientific integrity)

Conflict of interest declaration: the authors confirm that there are no conflicts of interest in conducting this research and writing this article.

Declaration of authorship: all and only researchers who comply with the authorship requirements of this article are listed as authors; all coauthors are fully responsible for this work in its entirety.

- *Marcos Virginio Souto*: conceptualization, methodology, data curation, investigation, writing – original draft, validation, writing – review and editing, final version approval.
- *Leonardo Max Pereira Monteiro*: conceptualization, methodology, data curation, investigation, writing – original draft, validation, writing – review and editing, final version approval.

Declaration of originality: the authors assure that the text here published has not been previously published in any other resource and that future republication will only take place with the express indication of the reference of this original publication; they also attest that there is no third party plagiarism or self-plagiarism.

AI Usage Statement: Generative artificial intelligence, specifically ChatGPT, was used for the organization and preliminary revision of the text, assisting with its structure, spelling correction, and clarity of writing.

Data Availability Statement: In compliance with open science policies, all data generated or analyzed during this study are included in this published article.

Editorial process dates (https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/about)

- Submission: 25/02/2025
- Desk review and plagiarism check: 20/03/2025
- Review 1: 27/04/2025
- Review 2: 07/05/2025
- Preliminary editorial decision: 28/05/2025
- Correction round return 1: 04/06/2025
- Preliminary editorial decision 2: 10/06/2025
- Correction round return 2: 25/06/2025
- Final editorial decision: 26/06/2025

Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Associated-editor: 2 (SR; FM)
- Reviewers: 2

How to cite (ABNT Brazil):

SOUTO, Marcos V.; MONTEIRO, Leonardo P. A extinção da punibilidade e o direito ao esquecimento. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 11, n. 2, e1174, mai./ago. 2025. https://doi.org/10.22197/rbdpp.v11i2.1174

License Creative Commons Attribution 4.0 International.

La carga de la prueba de las circunstancias de exención, atenuación o extinción de la responsabilidad penal en el Derecho español

The burden of the proof of defences in Spanish Law

Augusto Javier Mosquera Blanco[1]
Universidad da Coruña, A Coruña, España
augusto.mosquera@udc.es
http://orcid.org/0009-0004-1755-8614

Resumen: En el proceso penal resulta discutida la aplicación de la teoría de la carga de la prueba, a la luz de la presunción de inocencia. En particular, en el ámbito de las circunstancias de exención, atenuación o extinción de la responsabilidad criminal se debate si deben ser acreditadas por la defensa o refutadas por la acusación. El presente artículo pretende dar respuesta a esta cuestión: ¿qué parte procesal ha de asumir la carga de la prueba al respecto y con qué estándar probatorio? Tras una introducción a los aspectos debatidos, se analizará la posición de la doctrina y de la jurisprudencia españolas. Finalmente, se ofrecerá una toma de posición dentro del debate analizado.

Palabras clave: Presunción de inocencia; Carga de la prueba; Exención de la responsabilidad penal; Atenuantes; Extinción de la responsabilidad criminal.

Abstract: *In criminal proceedings, the application of the theory of the burden of proof is discussed, considering the presumption of innocence. In the circumstances of exemption, mitigation or extinction of criminal responsibility (defences), it is debated whether they should be proven by the defense or refuted by the prosecution. This article aims to address this issue: which party must assume the burden of the proof regarding these circumstances, and which standard of*

[1] Magistrado, Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 3 de Carballo, A Coruña. Doctorando en Derecho por la Universidade da Coruña, España.

the proof must be met? After an introduction to the aspects discussed, the position of Spanish doctrine and jurisprudence will be analyzed. Finally, a personal conclusion regarding the debate will be provided.

Keywords: *Presumption of innocence; Burden of the proof; Exemption of criminal; Responsibility; Mitigation causes; Extinction of the criminal responsibility.*

Sumario: Introducción. 1. La carga de la prueba en el proceso penal y presunción de inocencia. 1.1. Carga de la prueba y proceso penal. 1.2. Presunción de inocencia e *in dubio pro reo*. 2. Posiciones dentro de la doctrina española. 2.1. Tesis contrarias a la carga de la prueba de las circunstancias defensivas. 2.2. Tesis partidarias de la carga de la prueba de las circunstancias defensivas. 2.3. Posturas intermedias. 3. La evolución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español. 4. Toma de postura. 4.1. Sobre la carga de la prueba en el proceso penal. 4.2. Sobre la presunción de inocencia y circunstancias eximentes, atenuantes o extintivas. 4.3. Sobre el principio *in dubio pro reo* y el estándar probatorio de las circunstancias eximentes, atenuantes y extintivas. 5. Consideraciones finales. Bibliografía.

INTRODUCCIÓN

La aplicación de la norma penal viene precedida en el proceso por la determinación de los hechos probados como consecuencia de la prueba practicada en el juicio oral. La fijación del relato histórico resulta trascendental y determinante tanto para la condena por un determinado delito, como para la exclusión de la responsabilidad criminal, pues las bases fácticas que dan lugar a esta consecuencia jurídica deben constar en aquel.

En el primer caso, la decisión del tribunal se ve guiada por criterios como la presunción de inocencia o el principio *in dubio pro reo*, que desplazan la tradicional teoría de la carga de la prueba. Por el contrario, en el segundo supuesto, la aplicación de estas nociones ofrece mayores dudas. La carga de la prueba recobra así protagonismo a la hora de fijar quién debe alegar y probar la concurrencia de hechos que eximan, modifiquen o extingan la responsabilidad penal.

El objetivo de este artículo es analizar esta cuestión: ¿debe la defensa probar la concurrencia de las causas eximentes, atenuantes o extintivas, o es la acusación quien ha de asumir su refutación?, ¿abarca la presunción de inocencia tales circunstancias?, y, en su caso, ¿qué estándar de certeza es exigible para su proclamación como hecho probado? En síntesis, ¿quién ha de asumir la carga de la prueba de estas circunstancias, y qué estándar probatorio se requiere para su acreditación?

El debate presenta un calado dogmático innegable respecto de la concepción del proceso penal y de los derechos fundamentales por él afectados, y, al mismo tiempo, la polémica se encuentra muy presente en la labor cotidiana de los órganos jurisdiccionales. Tiene así un notable interés desde ambas perspectivas.

1. CARGA DE LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

1.1. Carga de la prueba y proceso penal

Según Nieva Fenoll[2] el concepto de *carga de la prueba* u *onus probandi* tiene su origen en el Derecho medieval. Dicha teoría obligaba a cada parte a introducir los hechos en el proceso que apoyasen su respectiva postura, lo que constituye la primera manifestación de esta doctrina, llamada carga de la prueba subjetiva o formal.

Esta concepción guardaba gran relación con el sistema de la prueba legal o tasada, en el que existían una serie de reglas estrictas acerca de qué clase y número de pruebas eran precisas para poder dar por acreditado cada hecho: la asignación a las partes del deber de introducir y probar ciertos hechos encajaba como una regla probatoria más. Así las cosas, la superación del sistema de prueba tasada supuso una evolución en la propia teoría.

---

[2] NIEVA FENOLL, Jordi. Carga de la prueba y estándares de prueba: dos reminiscencias del pasado. *Indret* número 3, 2020. DOI: https://doi.org/10.31009/indret.2020.i3.13 . Por su parte, ROSENBERG sitúa el origen de la distinción entre carga formal y material de la prueba en la obra de GLASER, fechada en 1883. ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*. Santiago de Chile: Ediciones Oleknik, 2017, p. 33.

En efecto, con la introducción del modelo de libre valoración de la prueba, perdió importancia quién introduce cada hecho en el proceso, y la carga de la prueba se centró en quién debe probar cada elemento fáctico, y, en su defecto, sufrir las consecuencias de la falta de prueba. Surge así la carga objetiva o material de la prueba o carga de averiguación[3]. Esta pasa a consistir en un mandato al juez o tribunal acerca de qué hechos puede dar por acreditados en casos de insuficiencia de prueba.

Siguiendo estas ideas, la doctrina tradicional[4] afirmó que al actor le incumbía introducir y probar los hechos constitutivos de su pretensión, y, al demandado, aquellos que obstasen a la estimación de esta. Dentro de esta última categoría podemos distinguir entre hechos impeditivos, modificativos, extintivos o excluyentes. Los primeros frustran la eficacia del hecho constitutivo desde el momento de su producción (por ejemplo, la nulidad del contrato); los segundos, alteran la cualidad o condición de la relación jurídica constitutiva (por ejemplo, la novación modificativa del contrato); los terceros, sin cuestionar la constitución de la relación jurídica litigiosa, extinguen su eficacia (por ejemplo, el pago); y, en último lugar, los hechos excluyentes privarían también de eficacia al hecho constitutivo, pero a causa de una situación fáctica ajena a la relación original (por ejemplo, el mero paso del tiempo que ocasiona la usucapión).

La anterior clasificación resulta trasladable al proceso penal. Los hechos constitutivos de la pretensión, que deberían ser acreditados por la acusación, se identificarían con el hecho típico y la participación en él del acusado, así como, en su caso, con las circunstancias agravantes. Los hechos impeditivos pasarían por negar tanto el hecho objeto de acusación o la participación del acusado, e incluirían también aquellos elementos fácticos relativos a la ausencia de tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad o punibilidad. Los hechos modificativos se corresponderían

---

[3] A juicio del autor citado, el sistema de libre valoración de la prueba permite concluir la superación de la carga de la prueba. En este, la valoración de la prueba debe concluir con un relato de hechos probados que razone y motive sus conclusiones con base en la prueba practicada, acogiendo la versión más probable, sin atender a una distribución previa de las cargas probatorias (NIEVA FENOLL, op. cit., 2020, 428-429).

[4] FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes. *Presunción de inocencia y carga de la prueba en el proceso penal*. Tesis (Doctorado en Derecho), Universidad de Alicante, Alicante, 2004, p. 83 y ss.

con las circunstancias atenuantes, y, los hechos extintivos atenderían a las causas de extinción de la responsabilidad criminal. Resulta problemática la incorporación al proceso penal de los hechos excluyentes, dada su concepción como *contraderechos* derivados de una titularidad, facultad o potestad que frustra la eficacia del hecho constitutivo, esquema que encaja difícilmente en el Derecho penal[5].

En atención a la doctrina tradicional de la carga de la prueba, los mencionados como hechos impeditivos, modificativos y extintivos deberían ser alegados y probados por la defensa.

Sin embargo, la aplicación de esta teoría al proceso penal resulta discutida por algunos autores. Por una parte, hay quien señala que la carga de la prueba guarda relación con el principio dispositivo, que es ajeno al proceso penal. En la misma línea, se apunta como argumento contrario a la vigencia de la carga de la prueba en el proceso penal el papel del Ministerio Fiscal que actúa sin ser titular de un derecho material y el principio de investigación de oficio[6]. Y, por último, y más importante, el papel protagónico de la presunción de inocencia cuestiona la traslación de la noción de carga hacia el acusado y desarticula la teoría explicada.

Para los defensores de la aplicabilidad de esta doctrina al proceso penal, la especial naturaleza de este no priva de utilidad y razón de ser a la carga de la prueba, que busca facilitar al juez criterios para resolver en caso de insuficiencia probatoria y así respetar la prohibición de las sentencias de *non liquet*[7].

A nuestro juicio, el debate planteado es de carácter semántico esencialmente. Por una parte, la presunción de inocencia no deja de guardar relación con la carga de la prueba, en la medida en que impone

---

[5] RAMÍREZ ORTIZ, José Luis. Cargas probatorias y circunstancias eximentes y atenuantes. El caso de las causas de inimputabilidad. *Revista Ítalo-española de Derecho procesal*, 2019 (disponible online: https://www.revistasmarcialpons.es/rivitsproc/article/view/cargas-probatorias-y-circunstancias-eximentes-y-atenuantes-el-ca/598; última visita 23.5.2025).

[6] VEGAS TORRES, Jaime. *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*. Madrid: La Ley, 1993, p. 204.

[7] ROSENBERG, op. cit., 2017, p. 44-46 .

esta a las acusaciones[8]. La peculiar naturaleza del Ministerio Fiscal como parte procesal, de la fase de instrucción, y la posibilidad de acordar prueba de oficio por el tribunal no permiten excluir la carga de la prueba como mecanismo racional propio del momento de valoración de la prueba. Todos ellos constituyen características del proceso penal configuradas legal y constitucionalmente para asegurar que este tenga la averiguación de la verdad material como una de sus metas esenciales. Sin duda, ello obliga a adaptar la noción de carga probatoria, pero, en modo alguno, permite descartar esta teoría, que debe analizarse desde la perspectiva de la presunción de inocencia.

1.2. Presunción de inocencia e *in dubio pro reo*

Como decimos, en el proceso penal la carga de la prueba se encuentra en íntima conexión con la presunción de inocencia, poliédrico concepto que a continuación abordaremos.

La presunción de inocencia se encuentra regulada en el artículo 24.2 de la Constitución Española de 1978, así como en el artículo 6.2 del Convenio para la protección de los Derechos Fundamentales y las Libertades Públicas de 1950 y el artículo 48.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Con anterioridad[9] a su proclamación

---

[8] Como indica GIMENO SENDRA, la presunción de inocencia supone "un reforzamiento de la carga de la prueba en las partes acusadoras, quienes han de probar en el juicio, los elementos constitutivos de la pretensión penal". GIMENO SENDRA, Vicente, DÍAZ MARTÍNEZ, Manuel, CALAZA LÓPEZ, Sonia. *Derecho procesal penal.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2021, p. 50.

[9] Al margen de la cita clásica de ULPIANO (Digesto libro 48, título 19, 5), el origen de la presunción de inocencia como hoy la conocemos se sitúa en la crítica de la Ilustración al proceso penal inquisitivo del Antiguo Régimen. Particularmente, BECCARIA, en su obra *Dei delitti e delle penne*, criticó especialmente la tortura (tormento) empleado generalmente como mecanismo de indagación del reo, y proclamó que no debía sufrir castigo ninguna persona antes de ser declarado culpable. Esta idea se identificaría hoy con la regla de tratamiento que impone la presunción de inocencia; la noción de presunción de inocencia como regla de juicio tiene antecedentes en el Derecho anglosajón (FERNÁNDEZ LÓPEZ, op. cit., 2004, p. 177-180) En este sentido, BENTHAM reflexionaba sobre las devastadoras consecuencias sociales de la condena al inocente (BENTHAM, Jeremy. *Tratado de*

constitucional, la doctrina aludía al principio *in dubio pro reo* como criterio de enjuiciamiento penal[10].

Sin embargo, el texto constitucional se limita a recoger la presunción de inocencia como derecho fundamental, de manera que han sido la jurisprudencia (especialmente la constitucional) [11] y la doctrina quienes han delimitado su contenido, que examinaremos de modo somero.

En primer lugar, debemos llamar la atención sobre la vertiente extraprocesal de la presunción de inocencia, que operaría al margen del proceso penal, tanto en otras relaciones con los poderes públicos[12], como con particulares[13]. En ellas, el derecho a la presunción de inocencia "constituye el derecho a recibir la consideración y el trato de no autor o no partícipe en hechos de carácter delictivo o análogos a éstos y determina

---

las pruebas judiciales. Granada: Editorial Comares, 2001, p. 330). Desde la perspectiva normativa, la primera proclamación formal de la presunción de inocencia se contiene en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

[10] FERRER BELTRÁN, Jordi. Uma concepção minimalista e garantista de presunção de inocência., *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, p. 151-152, jan./abr. 2018. DOI: https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i1.131; GUERRERO PALOMARES, Salvador. Análisis crítico de la doctrina de la separación entre la presunción de inocencia e in dubio pro reo. En FONTESTAD PORTALÉS, Leticia (dir.), y CARO CATALÁN, José Caro Catalán (coord.). *La globalización del Derecho Procesal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020,, p. 182.

[11] FERRER BELTRÁN, op. cit., 2018, p. 150-152.

[12] En especial, de acuerdo al artículo 4.1 de la Directiva 2016/343, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio, las autoridades públicas habrán de evitar referirse a la persona investigada o acusada como culpable en sus intervenciones, mientras no se haya probado la culpabilidad con arreglo a la ley. Al respecto, puede verse DE HOYOS SANCHO, Montserrat. *Efectos ad extra del derecho a la presunción de inocencia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, p. 157; y DE HOYOS Montserrat. Tomarse en serio la presunción de inocencia. Reflexiones al hilo de las manifestaciones inculpatorias realizadas por una autoridad pública. *Diario La Ley*, número 9850, 2021.

[13] En esta etiqueta incluye también a los medios de comunicación social, que deberían respetar la posición del sospechoso o investigado como inocente en sus informaciones.

por ende el derecho a que no se apliquen las consecuencias o los efectos jurídicos anudados a hechos de tal naturaleza"[14]

Por su parte, la vertiente procesal de la presunción de inocencia se concreta en diversas facetas. Primeramente, la presunción de inocencia se configura como un principio informador de todo el Derecho procesal penal, e impone el deber de interpretar sus previsiones de modo respetuoso con las reglas que analizamos[15].

Como regla de tratamiento, la presunción de inocencia obliga a la autoridad judicial a no considerar culpable al investigado durante la tramitación del proceso, de modo que no adopte decisiones o medidas que asuman la autoría criminal como base[16].

---

[14] STC 109/1986, de 24 de septiembre. Si bien el Tribunal Constitucional reconoció tempranamente esta noción como vemos, es innegable la influencia de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos a este respecto (SSTEDH Minelli contra Suiza, de 25 de marzo de 1983, Englert contra Alemania, de 25 de agosto de 1987, Sekania contra Austria, de 25 de agosto de 1993, y, más recientemente, Allen contra Reino Unido, de 12 de julio de 2013), como así ponen de manifiesto las SSTC 97/2020, de 21 de julio o 77/2023, de 20 de junio. GUERRERO PALOMARES, Salvador. ¿Cómo se configura la presunción de inocencia en la jurisprudencia del TEDH? *Revista General de Derecho procesal*, número 64, 2024, p. 37-46. Esta dimensión del derecho ha sido también vinculada por el Tribunal Constitucional con el derecho al honor, a cuya lesión ha reconducido demandas de amparo semejantes (STC 94/2024, de 2 de agosto).

[15] Así lo ha puesto de manifiesto la jurisprudencia constitucional ya tempranamente, afirmando que la presunción de inocencia "(s)in ser en sí misma de carácter procesal, es la norma que sirve de base a todo el procedimiento criminal y condiciona su estructura" (STC 56/1982, de 26 de julio); es también "uno de los principios cardinales del Derecho penal contemporáneo, en sus facetas sustantiva y formal" (STC 138/1992, de 13 de octubre), y actúa como "como límite de potestad legislativa y como criterio condicionador de las interpretaciones de las normas vigentes" (STC 109/1986 de 24 de octubre). Más recientemente, estas ideas se reiteran en la STC 80/2024, de 3 de junio.

[16] De modo sintético señalan las SSTC 25/2022, de 22 de febrero, o 97/2020, de 21 de julio, que "como regla de tratamiento, la presunción de inocencia impide tener por culpable a quien no ha sido declarado así tras un previo juicio justo". Este mandato cuestiona severamente la posibilidad de adoptar medidas cautelares que limiten los derechos del investigado e incluso supongan una anticipación de la condena. Especialmente gráfico es el caso de la prisión preventiva. La doctrina mayoritaria asume estas medidas como un mal menor necesario, al tiempo que postulan una aplicación restrictiva de estas (FERNÁNDEZ LÓPEZ, op. cit., 2003, p. 228-233).

Por lo que hace a las exigencias probatorias que impone la presunción de inocencia[17], para que esta pueda ser destruida es preciso que exista prueba suficiente del hecho criminal y de la autoría del investigado (*prueba de cargo*), que esta haya sido obtenida lícitamente y que haya sido practicada en el acto del juicio oral, con todas las garantías legales[18]. Finalmente, como regla de juicio, la presunción de inocencia establece un criterio relativo a la valoración de la prueba, de modo que si tras su práctica el tribunal tiene alguna duda, procede acoger la tesis más favorable para el acusado como hecho probado (*in dubio pro reo*)[19].

Surge aquí la polémica relación entre la presunción de inocencia y el principio *in dubio pro reo*. Si bien la jurisprudencia constitucional inicialmente consideró que el segundo formaba parte de la primera (STC 31/1981, de 28 de julio), la STC 44/1989 de 20 de febrero, sentó la doctrina que separó ambos conceptos. El derecho a la presunción de inocencia se vería lesionado cuando recae sentencia condenatoria sin que se haya practicado prueba de cargo válida, mientras que el *in dubio pro reo* supone un mandato a la autoridad judicial encargada de valorar la prueba efectivamente practicada. Si esta le permite alcanzar

---

[17] Algunos autores, como FERNÁNDEZ LÓPEZ o FERRER BELTRÁN, distinguen en este aspecto entre regla probatoria y regla de juicio. Por su parte, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional valora ambas ideas de modo unitario (STC 111/1999, de 8 de julio, FJ 2º).

[18] Esta construcción teórica arranca con las SSTC 31/1981, de 28 de julio, 103/1985, de 4 de octubre, 109/1986, de 24 de septiembre, y se mantiene hasta nuestros días, como podemos comprobar en la STC 72/2024, de 7 de mayo.

[19] Proclama la STC 94/2024, de 2 de agosto que la presunción de inocencia "como regla de juicio en el ámbito de la jurisdicción ordinaria se configura como un derecho del acusado a no sufrir una condena a menos que la culpabilidad haya quedado establecida más allá de toda duda razonable". La jurisprudencia constitucional vincula de modo decisivo esta obligación con la motivación de la sentencia condenatoria, ya que los órganos jurisdiccionales "han de exteriorizar razonadamente y de forma lógica los motivos que fundamentaron su convicción inculpatoria, más allá de toda duda razonable" (SSTC 129/1998, de 16 de junio, FJ 4, o 141/2001, de 18 de junio, FJ 6). Así, concluyen que "sin motivación se produce ya una vulneración del derecho a la presunción de inocencia" (STC 145/2005, de 6 de junio); al respecto, puede verse SÁNCHEZ TOMAS, José Miguel. La presunción de inocencia en la jurisprudencia constitucional. *Diario La Ley*, 9310, 2018.

el convencimiento acerca de la realidad y autoría del hecho criminal, la condena nunca supondrá lesión del derecho fundamental, pues la fuerza de convicción de la prueba es cuestión que incumbe al tribunal que la presenció en inmediación[20].

Esta concepción se ha mantenido hasta la actualidad[21]. Nace con un evidente afán pragmático a fin de acotar el ámbito del recurso de amparo[22], que no puede constituir una nueva instancia encaminada a la valoración de la prueba de cargo. La doctrina vincula también esta separación con una noción subjetiva y personal del razonamiento judicial, en el que prevalece la íntima convicción del tribunal, frente a su capacidad de motivación o a las razones objetivas que la sustentan[23]. Esta tendencia ha impregnado también la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de las Audiencias Provinciales al resolver recursos, tanto extraordinarios como ordinarios, contra sentencias condenatorias, alzaprimando el valor de la inmediación, por encima de la revisión objetiva de la prueba practicada[24].

Según esta doctrina, únicamente resultaría revisable en amparo o casación la vertiente normativa del *in dubio pro reo*, esto es, la condena judicial cuando la sentencia manifieste la existencia de dudas sobre la realidad o autoría del hecho, y pese a ellas, opte por la condena. Por el contrario, no es posible cuestionar la suficiencia de la prueba o su aptitud para desterrar cualquier duda sobre aquellos extremos (STS 678/2018, de 20 de diciembre, 53/2011, de 10 de febrero)[25].

---

20 GUERRERO PALOMARES, op. cit., 2020, p. 178.

21 Más recientemente, es reiterada por la STC 18/2021, de 15 de febrero (FJ 5).

22 DEL MORAL GARCÍA, Antonio. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y presunción de inocencia. En: RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás, y RODRÍGUEZ LÓPEZ, Fernando Carmelo (coord.). *"Compliance" y responsabilidad de las personas jurídicas.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2021, p. 43.

23 ALCÁCER GUIRAO, Rafael. Algunas dudas sobre la duda razonable. Prueba de descargo, estándares de prueba e in dubio pro reo. *Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología*, 23-09, 2021 (disponible online: http://criminet.ugr.es/recpc/23/recpc23-09.pdf; última visita 23.5.2025).

24 ALCÁCER GUIRAO, op. cit., 2021, p. 19-22.

25 GUERRERO PALOMARES, 2020, op. cit., p. 185.

2. POSICIONES DENTRO DE LA DOCTRINA ESPAÑOLA

Llegados a este punto, tras la exposición de los conceptos esenciales que hemos de valorar, debemos afrontar su aplicación a las causas de exención, atenuación y extinción de la responsabilidad criminal. En primer lugar, analizaremos las principales aportaciones de la doctrina al debate.

Encontramos dos tendencias contrapuestas sobre la cuestión. Un sector se posiciona a favor de la vigencia de la presunción de inocencia o el principio *in dubio pro reo*[26] en el ámbito de las circunstancias de exención, atenuación o extinción de la responsabilidad criminal; por el contrario, otra corriente postula que estas deben ser invocadas y acreditadas por la defensa. La polémica presenta innegable relación con la postura mantenida respecto a la vigencia de la carga de la prueba en el proceso penal.

2.1. Tesis contrarias a la carga de la prueba de las circunstancias defensivas

Adscrito a la primera corriente, y dentro de la doctrina tradicional, Gómez Orbaneja considera que el principio *in dubio pro reo* no puede limitarse a los hechos constitutivos de la infracción penal, pues ello es desvirtuarlo, incorporando nociones del proceso civil[27]. De este modo, postula el autor que en caso de duda sobre la concurrencia de otras circunstancias favorables al acusado, esta incertidumbre opere a su favor.

En la misma línea, Asencio Mellado considera que "la presunción de inocencia debe operar en los casos en que subsista duda acerca de la concurrencia de un hecho impeditivo o extintivo y en su base dictar una sentencia absolutoria" [28]. Como vemos, el autor se decanta por invocar

---

[26] Si bien hoy la distinción entre ambos conceptos es jurisprudencialmente pacífica, no siempre es aceptada doctrinalmente, y, algunas de las tesis que expondremos son previas a la separación conceptual de ambas nociones que instaura la STC 44/1989 de 20 de febrero.

[27] GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, y HERCE QUEMADA, Vicente. *Derecho procesal penal,* 10ª edición. Madrid: AGESA, 1981, p. 275 y ss.

[28] ASENCIO MELLADO, José María. *Prueba prohibida y preconstituida.* Madrid: Trevium, 1989, p. 47.

la presunción de inocencia, no exclusivamente el principio *in dubio pro reo*[29], lo que supone una garantía más robusta.

Por su parte, Gallardo Rueda afirma que "el principio in dubio pro reo significa que, en caso de duda, hay que preferir la impunidad de un culpable a la condena de un inocente. (...). Este principio debe cubrir tanto los hechos constituidos del delito, como la imputabilidad, la culpabilidad, las causas excluyentes de la responsabilidad y la punibilidad. Existiendo indeterminación o duda la consecuencia jurídica es la absolución, no la condena"[30].

También Vegas Torres postula que la duda debe beneficiar al acusado, "tanto si afecta a hechos constitutivos como si se refiere a hechos impeditivos o extintivos"[31]. Remacha el autor que esta es la corriente doctrinal mayoritaria.

A juicio de Fernández López, si bien debe tenerse en cuenta la diversa naturaleza de cada circunstancia (ya que la modificativa parte de asumir la existencia del hecho constitutivo), la duda sobre ellos frustra la posibilidad de alcanzar una certeza sobre la tesis acusatoria, más allá de toda duda razonable, "de acuerdo con ello, y aunque no siempre se constate la existencia de una versión plenamente alternativa, se plantea en estos casos, al menos, una disminución de la probabilidad con la que el órgano jurisdiccional puede afirmar que el acusado cometió los hechos tal y como sostiene la acusación, y ello debería tener un claro reflejo en la sentencia, motivado por la presencia de una razón suficiente para no considerar plenamente acreditada la culpabilidad. Si se acepta esta idea, la solución en estos casos no puede ser otra que la confirmación de la situación inicial de inocencia (y, en el caso de la duda acerca de hechos modificativos, la atenuación de la pena)"[32].

---

[29] Con todo, tampoco puede perderse de vista que la obra es coetánea a la STC 44/1989, de 20 de febrero, que sentó la separación entre ambas nociones.

[30] GALLARDO RUEDA, Alberto. El derecho a la presunción de inocencia. *Cuadernos de Política criminal*, 38, 1989, p. 318.

[31] VEGAS TORRES, op. cit., 1993, p. 206.

[32] FERNÁNDEZ LÓPEZ, op. cit., 2003, p. 306-308.

Más recientemente, Manjón-Cabeza Olmeda postula la aplicación del principio *in dubio pro reo* en relación con las excusas absolutorias y las causas de extinción de la responsabilidad criminal[33].

2.2. Tesis partidarias de la carga de la prueba de las circunstancias defensivas

Por el contrario, en línea con la tesis que postula la carga de la defensa de acreditar las causas de exención, atenuación o extinción encontramos a Fenech Navarro, quien afirma: "a las partes acusadoras incumbe probar los hechos constitutivos del delito, mientras que las partes acusadas tienen la carga de probar los hechos impeditivos o extintivos de la responsabilidad criminal"[34].

En el mismo sentido, podemos citar a Miranda Estrampes, quien partiendo del estudio de la carga de la prueba, defiende su aplicación al proceso penal, y afirma que "únicamente aquellas afirmaciones fácticas probadas positivamente pueden formar parte del supuesto fáctico de la sentencia"[35].

Por su parte, Luzón Cuesta recoge la doctrina jurisprudencial tradicional: "la presunción de inocencia, según la jurisprudencia, tampoco proyecta su ámbito de aplicación sobre la concurrencia de atenuantes o eximentes, de tal modo que las partes acusadoras se vean obligadas a acreditar que todas y cada una de ellas no han concurrido en el caso, ya que la prueba- de su existencia recae sobre el acusado, de acuerdo con los principios procedentes del Derecho procesal onus probandi incumbit qui dicit non ei qui negat y affirmanti non neganti incumbit probatio, negativa non sunt probanda"[36].

---

[33] MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli. *Las excusas absolutorias en Derecho español*. Valencia: Tirant-lo Blanch, 2014, p. 58-60.

[34] FENECH NAVARRO, Miguel. *El proceso penal,* 4ª edición. Madrid: AGESA, 1982, p. 117-118.

[35] MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*. Barcelona: JM Bosch Editor, 1997, p. 80.

[36] LUZÓN CUESTA, José María. *La presunción de inocencia ante la casación*. Madrid: Colex, 1991, p. 24-25.

En la misma línea, Ruiz Vadillo cita las SSTS de 9 de marzo de 1995 (ROJ 1388/1995, 7392/1995, y 11238/1995): "los hechos impeditivos o los que vienen a matizar o a afectar el contenido e integridad de la declaración de culpabilidad que resulta de las pruebas aportadas por la acusación sobre la existencia del hecho imputado y la participación en él del acusado -auténtico ámbito de la presunción de inocencia-, caen fuera de la citada presunción y, por ello, deben ser alegados y probados por el acusado que los invoque ya que, de otro modo, se rompería el equilibrio procesal de las partes sí, obligada la acusación a proar los hechos constitutivos del delito imputado, bastara, en cambio, con que el acusado alegara los hechos impeditivos o atenuatorios de su responsabilidad, sin resultar obligado, a su vez, a hacer prueba sobre ellos". El autor, citando a Díaz Palos (Discurso de ingreso en la Real Academia), afirma "que la presunción está limitada al hecho objetivo en sí; entendiendo por tal todos los elementos fácticos que integran la tipificación del delito y la participación del autor, pero no se extiende a los "juicios de valor" ni a los "*animi*" ni se proyecta sobre la culpabilidad entendida en el sentido propio del vocablo" [37].

2.3. Posturas intermedias

Más recientemente, podemos encontrar una suerte de tercera vía como la defendida por Cuerda Riezu, quien propone que sea la defensa quien haya de alegar la circunstancia eximente, supuesto en el que incumbirá a la acusación refutar probatoriamente tal posibilidad[38].

También representa un punto intermedio el postulado por Ramírez Ortiz. El autor descarta que pueda imponerse a la acusación la carga de acreditar siempre "en todo caso, no sólo la existencia del hecho típico sino también la ausencia de causas de justificación, de inimputabilidad,

---

[37] RUIZ VADILLO, Enrique. *El derecho penal sustantivo y el proceso penal garantías constitucionales básicas en la realización de la justicia*. Madrid: Colex, 1997, p. 125-126.

[38] CUERDA RIEZU, Antonio. La prueba de las eximentes en el proceso penal, ¿obligación de la defensa o de la acusación? *Indret 2/2014*, p. 10-11. Disponible online: https://indret.com/la-prueba-de-las-eximentes-en-el-proceso-penal-obligacion-de-la-defensa-o-de-la-acusacion; última visita: 23.5.2025.

de exculpación y de exclusión de la punibilidad", pues ello "haría prácticamente imposible la labor acusatoria". A su juicio, "una respuesta adecuada pasa por prestar atención a las circunstancias concurrentes en el caso concreto. Y así, si de las mismas resultara que el hecho típico puede considerarse prima facie como antijurídico, culpable y punible, surge en la defensa la necesidad de alegar y acreditar mínimamente los hechos que eximan o atenúen la responsabilidad penal. Por el contrario, si en atención a tales circunstancias existen razones para sospechar que el hecho típico pudiera no ser antijurídico, imputable o culpable sería carga acusatoria descartar la presencia de las correspondientes eximentes o atenuantes"[39].

3. LA EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL[40]

Entrando ya en el estudio de la jurisprudencia, el Tribunal Supremo ha venido sosteniendo de modo tradicional que las bases fácticas de las circunstancias eximentes, atenuantes o extintivas deben estar tan acreditadas como el hecho delictivo mismo, de modo que su prueba incumbe a quien las alegue. Este criterio puede verse en las SSTS 138/2002, de 8 de febrero, 369/2006, de 23 de marzo, 701/2008, de 29 de octubre, y también en la más reciente 38/2019, de 30 de enero. Señala Ramírez Ortiz[41] que esta postura comporta que dichas circunstancias han de ser probadas por la defensa, para lo que se exige un alto estándar probatorio (*como el hecho mismo*), lo que descarta la operatividad de la presunción de inocencia o el *in dubio pro reo*.

---

[39] RAMÍREZ ORTIZ, op. cit., 2019, p. 107.

[40] Las resoluciones citadas en este apartado han sido obtenidas mediante búsqueda en la aplicación oficial del Centro Nacional de Documentación Judicial (CENDOJ), empleando diversos criterios, como introducir en el buscador los términos exactos de la doctrina jurisprudencial objeto de comentario, o tomar como referencia aquellas en las que se citaba la STS 335/2017, de 11 de mayo, de la que a continuación hablaremos. Dentro de esta selección, se han incluido las que tratan de manera específica la cuestión que nos ocupa, priorizando el período iniciado por la antedicha sentencia.

[41] RAMÍREZ ORTIZ, op. cit., 2019, p. 96.

Ahora bien, esta postura clásica ha sido objeto de revisión recientemente. Dicho proceso comienza con la STS 639/2016, de 14 de julio. Si bien esta resolución no estimó el recurso de casación por no apreciar dudas acerca de la existencia de la circunstancia de exención, sí cuestionó *obiter dicta* la doctrina tradicional de la Sala:

> "(P)ara resolver este motivo hemos de discrepar en primer lugar de la doctrina citada por la sentencia dictada en apelación por el Tribunal Superior cuando dice que la carga probatoria en relación a eximentes o atenuantes compete a la parte que las alega. Añade que deben estar tan acreditadas como el hecho delictivo y que los déficits probatorios no deben resolverse a favor del reo, sino en favor de la plena responsabilidad penal. En definitiva, afirma que para las eximentes o atenuantes no rige en la presunción de inocencia ni el principio "in dubio pro reo". (...). Tal tesis, por más que puede invocar no poca jurisprudencia en su favor, es incompatible con la garantía constitucional que cita. (...). En el proceso penal la Constitución garantiza al acusado que no sufrirá ninguna consecuencia gravosa en caso de duda razonable sobre la veracidad de la afirmación de un hecho, sea este constitutivo, extintivo o modificativo de la responsabilidad. No ha de ser diverso el alcance de la garantía si de lo que se duda es de la participación causa de responsabilidad que si de lo que se duda es de la existencia de la enajenación de la que depende la inocencia del acusado".

Como vemos, la resolución cuestiona abiertamente la doctrina jurisprudencial previa, y reivindica la aplicación de la presunción de inocencia al ámbito de las circunstancias eximentes o atenuantes[42]. Sin embargo, esta exposición no constituyó argumento decisivo en la resolución del tribunal[43].

---

[42] Por su parte, la STS 802/2016, 26 de octubre, desestimó el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de instancia, que defendía la aplicación de la presunción de inocencia al supuesto de legítima defensa. Con todo, el argumento decisivo atendía a la imposibilidad de modificar el relato de hechos probados, de modo que no existía un pronunciamiento explícito sobre la cuestión que nos ocupa.

[43] En el mismo sentido, la STS 206/2017, de 28 de marzo, se hizo eco de la propuesta doctrinal contenida por la STS 639/2016, de 14 de julio, pero sin que esta inspirase su decisión respecto al recurso de casación.

La controversia se planteó en toda su plenitud en la STS 335/2017, de 11 de mayo. Dicha resolución estima el recurso de casación contra la sentencia de instancia, y cuenta con varios votos particulares, lo que permite constatar la existencia de un vivo debate sobre la cuestión que nos ocupa.

En síntesis, el recurrente fue condenado por la Sala penal de la Audiencia Nacional[44] como autor de un delito de enaltecimiento del terrorismo, a raíz de diversas publicaciones en la red social *Twitter* entre 2012 y 2013. El tribunal de instancia rechazó la eximente del artículo 20.1 del Código penal por anomalía o alteración psíquica, invocada por la defensa, con base en un historial de tratamiento psiquiátrico y un diagnóstico de trastorno paranoide y síndrome delirante que sí se declaran probados. Y lo hizo recordando la doctrina tradicional sobre la carga de la prueba de estas circunstancias de exención, que incumbe a la defensa, y examinando también el informe forense obrante en las actuaciones, de modo que concluyó que aquel cuadro clínico no tuvo incidencia en la comisión de los hechos.

El recurso de casación formulado, entre otras cosas, insistió en la aplicación de la exención de responsabilidad comentada, aludiendo especialmente a la presunción de inocencia o el principio *in dubio pro reo*.

La sentencia aborda esta alegación y enfrenta el debate en toda su magnitud. Para la mayoría de la Sala, la doctrina clásica, que exige una prueba del hecho eximente tan contundente como del hecho criminal, debe ser revisada. Sin embargo, la presunción de inocencia no puede abarcar las causas de inimputabilidad, puesto que la Constitución no sienta la presunción de incapacidad mental de los ciudadanos para entender la ilicitud de la conducta o adecuarse a tal juicio[45]. Por el contrario, la sentencia considera que el principio *in dubio pro reo* sí podría amparar, *en abstracto*, las pretensiones del recurso. Sin embargo, la Sala de instancia no mostró duda al respecto y dio respuesta de modo motivado a la cuestión,

---

[44] SAN, Sala Penal, Sección 3ª, 29/2016, de 21 de septiembre.

[45] "(L)a presunción de inocencia no alcanza a las causas excluyentes de la imputabilidad (...). No es posible. No hay una presunción constitucional de que todo ciudadano presenta déficits psíquicos que le convierten en inimputable penal en tanto y en cuanto no se haya practicado una prueba lícita realizada con todas las garantías en un proceso penal acreditativa de su normalidad mental".

valorando en profundidad el informe forense[46]. Pese a ello, la sentencia finalmente sí estima la existencia de una circunstancia atenuante analógica, con relación a la alteración psíquica, por lo que rebaja la pena impuesta[47].

Por su parte, el primer voto particular comienza con un extenso alegato en el que cuestiona la invocación de la carga de la prueba en el proceso penal, por ser contrario a la presunción de inocencia como derecho fundamental[48]. A continuación, defiende un canon de revisión

---

[46] "Desde el principio -in dubio-, la cuestión puede ser más discutible en abstracto. Partimos de la diferenciación entre presunción de inocencia e in dubio, diferenciación controvertida pero consagrada por el TC en doctrina acogida con alguna modulación por esta Sala. ¿Rige tal principio -in dubio-en materia de eximentes o de atenuantes? La doctrina clásica, machaconamente reiterada en numerosos pronunciamientos de esta Sala (las eximentes y atenuantes han de estar tan probadas como el hecho mismo: por todas y entre muchas SSTS 415/2016, de 18 de abril ó 489/2004, de 19 de abril)-merece probablemente una revisión ya anunciada en algún aislado precedente (vid. SSTS 639/2016, de 19 de julio ó 802/2016, de 26 de octubre). Pero aquí la cuestión es baladí. No es que la Sala haya dudado de la imputabilidad del acusado y en la duda haya optado por considerarlo imputable; es que en virtud del único informe médico forense largamente desarrollado y analizado llega a la conclusión de que está probada la falta de influjo de su padecimiento psíquico en los hechos y por tanto la irrelevancia de esas patologías".

[47] "Las consideraciones hechas hasta aquí no obstan a que constatemos que concurren claros y variados trastornos psíquicos que han afectado seriamente a la biografía del recurrente, con repercusiones negativas en su ámbito laboral, necesidad de bajas, sentimientos de hostilidad hacia su entorno laboral. Pueden ser desencadenantes de un enrarecimiento del carácter. Ha necesitado tratamiento intermitente. Esa realidad, reflejada en el hecho probado parcialmente, pero que podemos enriquecer en este punto con sus declaraciones y la información médica obrante en la causa (examinada solo en beneficio del recurrente) proporcionan base para una atenuante analógica del art. 21.7 CP. En esas circunstancias podemos descubrir una disminución de la culpabilidad".

[48] "(L)a garantía constitucional de presunción de inocencia no soporta una discriminación entre los hechos según favorezcan a una u otra parte. Cualquiera que sea el hecho sobre el que no se alcanza la certeza objetiva, si de él depende la condena (culpabilidad) o la absolución (no culpabilidad) del acusado, ha de constar con idéntica certeza objetiva es decir más allá de toda duda razonable. Y por ello, la inexistencia de cualquier hecho de los que dan lugar a la aplicación de una causa de exención, en la medida que es causa de debida absolución, ha de acreditarse con el mismo baremo con que se exige la prueba de la existencia del que da lugar a la estimación de culpabilidad" (...) "no se trata de partir de la hipótesis de que el acusado era inimputable, sino de que la regla general al respecto -la imputabilidad-ha sido cuestionada de tal manera

en casación riguroso que pueda llegar a contrastar la razonabilidad de la tesis de descargo[49]. Finalmente, censura el análisis de la sentencia de instancia sobre la existencia de una alteración psíquica, con duras críticas al informe forense, por lo que acaba postulando la nulidad de la sentencia y la remisión al tribunal de instancia para que motive nuevamente la cuestión de la imputabilidad.

Por su parte, el segundo de los votos particulares cuestiona la sentencia de la mayoría, ya que considera contradictorio juzgar motivada la resolución de instancia sobre la imputabilidad del recurrente, y, a continuación, apreciar una atenuante analógica. En su lugar, asumiendo también una concepción amplia del ámbito del control casacional sobre los hechos, el discrepante defiende la estimación principal del recurso y la absolución del acusado por la posible concurrencia de una anomalía o alteración psíquica[50].

A la vista de los distintos pareceres expuestos en la sentencia, es evidente la importancia e intensidad del debate propuesto. Si bien existe

---

que para afirmar aquella imputabilidad hace falta un resultado probatorio que confirme esa regla general en el caso que se alega excepcional. Y ello con resultado probatorio que justifique la certeza objetiva".

[49] "(S)uele decirse que no corresponde a este Tribunal seleccionar entre inferencias o conclusiones valorativas alternativas. Y que la de instancia debe ratificarse si es razonable. Incluso si lo fuere la alternativa. Sin embargo esa hipótesis resulta conceptualmente imposible desde la perspectiva de la garantía constitucional. Porque si la objeción a la inferencia establecida o la hipótesis alternativa a la imputación es razonable, también son razonables las dudas sobre la afirmación acusadora. Y entonces falta la suficiente certeza objetiva. El Tribunal, cualquiera que sea su convicción subjetiva, está en ese caso obligado constitucionalmente a dudar. Y es que, desde la perspectiva de la garantía constitucional de presunción de inocencia, no importa si el Tribunal dudó o no, sino si debió dudar. No es acorde a nuestra Constitución mantener una condena en el escenario en que se presentan con no menos objetividad la tesis de la imputación que la alternativa absolutoria".

[50] "Pues bien, tan cierto es que el Tribunal no dudó como que, en mi opinión, debía haber dudado, con la consecuencia de considerar que a mi juicio, debió haberse estimado la tesis principal del motivo primero del recurso -eximente completa-y anudado y complementado a ello, la quiebra del principio interpretativo de vulneración del principio non bis in idem. El recurrente debió haber sido absuelto del delito de enaltecimiento por concurrir la eximente de enajenación - art. 20-1° Cpenal -, o, si se quiere, más limitadamente por la duda razonable sobre su más que probable concurrencia".

cierto acuerdo en superar la concepción tradicional, que establecía un exigente canon probatorio para las causas de exención de responsabilidad penal, la discrepancia se centra en cuál ha de ser el nuevo régimen de prueba de estas circunstancias. El primer voto particular proclama la aplicación de la presunción de inocencia a estas, mientras que la sentencia mayoritaria alude a la distinción entre aquella y el principio *in dubio pro reo*, para defender que es este segundo criterio el que sí podría dar adecuada respuesta a la cuestión; el segundo voto disidente también parece inclinarse a esta línea, dada su referencia a la duda.

En los años posteriores, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha ido acogiendo paulatinamente esta nueva concepción, que apela al principio *in dubio pro reo*, no sin ciertos vaivenes.

En efecto, si bien son numerosas las resoluciones que han seguido invocando la tesis clásica[51], al mismo tiempo, ha surgido una nueva línea que aviva el debate abierto por la STS 335/2017, de 11 de mayo, y que propugna la superación de aquella[52]. Finalmente, en el año 2024, han predominado las resoluciones que han seguido este hilo argumental en torno al principio *in dubio pro reo*[53].

Es pronto para saber si esta nueva doctrina jurisprudencial se asentará de modo definitivo o si será uniformemente seguida por los órganos inferiores, pero es indudable que en el actual estado de cosas, comienza a resultar pacífica.

---

[51] SSTS 38/2019, de 30 de enero, 218/2019, de 26 de abril, 376/2019, de 23 de julio, 500/2019, de 24 de octubre, 363/2020, de 2 de julio, 559/2020, de 29 de octubre, 587/2020, de 6 de noviembre, 821/2021, de 27 de octubre, 967/2021, de 10 de diciembre. DEL MORAL GARCÍA señala que la doctrina clásica sigue siendo frecuentemente citada como argumento *a fortiori*, pues dispensa de mayores razonamientos de índole probatorio. Sin embargo, en la práctica cotidiana de los tribunales, su actuación se aleja de dicha teoría (DEL MORAL GARCÍA, op. cit., 2021, p. 65).

[52] SSTS 722/2020, de 30 de diciembre, 127/2021, de 12 de febrero, 204/2021, de 4 de marzo, 398/2021, de 10 de mayo, o 1001/2022, de 22 de diciembre. En especial, la STS 127/2021, de 12 de febrero, enriquece la cuestión, estableciendo que la posibilidad de aplicar el criterio *in dubio pro reo* a las circunstancias eximentes exige también ciertas garantías procesales; en particular, que la cuestión haya sido debidamente debatida durante el plenario.

[53] SSTS 77/2024, de 25 de enero, 291/2024, de 21 de marzo, o 434/2024, de 21 de mayo.

4. TOMA DE POSTURA

4.1. Sobre la carga de la prueba en el proceso penal

Llegados a este punto, es momento de esbozar alguna conclusión sobre el régimen de prueba de las circunstancias de exención, atenuación o extinción de la responsabilidad criminal.

Anteriormente, ya nos hemos pronunciado sobre la carga de la prueba en el proceso penal. A nuestro juicio, es incuestionable que esta no puede aplicarse con la misma rigidez que en los demás órdenes jurisdiccionales, y que la teoría debe interpretarse desde la perspectiva de la presunción de inocencia. Ahora bien, esta sigue ofreciendo toda su utilidad práctica tanto para entender el proceso, como para actuar dentro de él.

Entendemos las dudas que sugiere hablar de *carga* del acusado en el proceso penal, concepto que parece contradecir la garantía constitucional que supone la presunción de inocencia. Sin embargo, la contradicción no deja de ser aparente: la noción de carga está implícita en el derecho de defensa.

La presunción de inocencia comporta que sea la acusación quien haya de acreditar la realidad del hecho y la participación del encausado; y, según como se desempeñe en tal tarea, el acusado se verá naturalmente compelido o interesado en refutar aquella[54]. No cabe duda de que puede adoptar una actitud pasiva o silente, sin que pueda derivarse ninguna consecuencia negativa para él[55], pero la ausencia de una oposición material

---

[54] Este interés llevó ya a GLASER a hablar en 1883 de un *interés fáctico* en la alegación o prueba de ciertos hechos, lo que suponía *una carga de hecho*. AMBOS Kai. "Intime conviction" in Germany. Conceptual foundations, historical development and current meaning. *Quaestio facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, 2023, número 4. DOI: https://doi.org/10.33115/udg_bib/qf.i1.22839 . p. 186.

[55] A este respecto, se debate si el silencio del acusado puede constituir un indicio incriminatorio adicional que corrobore la prueba de cargo. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos indica que, si bien no se puede deducir la culpabilidad de este hecho, cuando la prueba de cargo resulte suficientemente seria, la decisión de no declarar permite inferir la ausencia de una explicación alternativa, y, en consecuencia, confirmar la tesis incriminatoria (STEDH de 8 de febrero de 1996, asunto *Murray vs Reino Unido*, parágrafo 51). Esta doctrina ha sido acogida por la jurisprudencia

libra de obstáculos a la tesis acusatoria para su triunfo. Evidentemente, esta habrá de venir respaldada por la prueba de cargo lícita y suficiente, pero, sin una defensa efectiva, ello será más sencillo. En suma, la defensa material y eficaz que dificulte la labor acusatoria supone para el sujeto pasivo del proceso una carga procesal.

De este modo, la afirmación de que la defensa tiene la carga de alegar o acreditar los hechos que supongan la exención, atenuación o extinción de la responsabilidad criminal no resulta *per se* contraria a las garantías constitucionales.

4.2. Sobre la presunción de inocencia y las circunstancias eximentes, atenuantes o extintivas

En este sentido, la presunción de inocencia no puede suponer que la acusación se vea obligada a ofrecer prueba negativa sobre aquellas. El fundamento de esta garantía tiene naturaleza axiológica: es preferible la absolución del culpable que la condena de un inocente[56].

Ahora bien, esta ponderación de corte ético no puede operar del mismo modo con todos los elementos del delito o sus circunstancias. Indudablemente, adquiere su pleno sentido cuando hablamos del hecho criminal o la participación del acusado. Pero, sentados estos, no es tan evidente la prioridad que deba darse cuando se cuestiona la imputabilidad, la antijuridicidad de la conducta, la atenuación de la pena o su extinción. En los primeros casos, se ven afectados elementos esenciales del delito, circundantes al núcleo de la acción típica. En las causas de atenuación se entremezclan causas de aminoración de ciertos elementos del delito, con otro tipo de factores. Finalmente, en último lugar, las causas de extinción son supuestos en que el legislador ha previsto la improcedencia de exigir la responsabilidad penal. Conforme avanza esta numeración, la vigencia de la regla valorativa expuesta se va debilitando hasta desaparecer completamente.

---

española, en la que podemos citar, a título de ejemplo las SSTS 947/2024, de 6 de noviembre, 885/2024, de 23 de octubre, o 54/2024, de 18 de enero.

[56] DEL MORAL GARCÍA, op. cit., 2021, p. 43.

En fin, no puede afirmarse que *cualquier hecho del que dependa la condena*[57] deba verse protegido por este derecho fundamental. Aplicada literalmente esta proclama, conduciría también a sentar una presunción de ilicitud probatoria cuando se suscite duda sobre la validez de los medios de prueba planteados por la acusación, dado que de la prueba sobre la regularidad del medio de prueba depende también la condena, algo que no puede cabalmente sostenerse.

Es preciso examinar la naturaleza de cada circunstancia para valorar si se ve o no amparada por la presunción de inocencia, o el principio *in dubio pro reo*. La inimputabilidad no atiende al mismo fundamento que la extinción de la responsabilidad criminal, las excusas absolutorias, o las causas de justificación, por ejemplo. Esta disparidad impide ofrecer un trato común a todas ellas desde la perspectiva del derecho fundamental.

La propia regulación legal de ciertas circunstancias de exención sugiere su exclusión del ámbito de la presunción de inocencia. En efecto, el legislador ha establecido una serie de condiciones rigurosas para que operen la legítima defensa (20.4º del Código penal[58] -en adelante, CP-) o el estado de necesidad (20.5º CP[59]), y, las causas de inimputabilidad

---

[57] Esta parecer ser la regla que viene a asumir el artículo 8.4.3º del Anteproyecto de Ley de enjuiciamiento criminal de 2020, según el cual: "cualquier duda razonable sobre los hechos debatidos que sean penalmente relevantes se resolverá en favor del acusado". El precepto sigue el ejemplo del artículo 530.3 del Codice di procedura penale italiano.

[58] Artículo 20. Están exentos de responsabilidad criminal: (...) 4.º El que obre en defensa de la persona o derechos propios o ajenos, siempre que concurran los requisitos siguientes: Primero. Agresión ilegítima. En caso de defensa de los bienes se reputará agresión ilegítima el ataque a los mismos que constituya delito y los ponga en grave peligro de deterioro o pérdida inminentes. En caso de defensa de la morada o sus dependencias, se reputará agresión ilegítima la entrada indebida en aquélla o éstas. Segundo. Necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla. Tercero. Falta de provocación suficiente por parte del defensor.

[59] Artículo 20. Están exentos de responsabilidad criminal: (...) 5º. El que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que concurran los siguientes requisitos: Primero. Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar. Segundo. Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto. Tercero. Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse.

requieren de un elemento biológico y otro psicológico que dé cuenta no solo de una afección, sino de su influencia en el hecho delictivo[60]. Del mismo modo, legalmente se gradúa la eficacia de la causa de exención o justificación: puede operar plenamente, si se dan todos sus requisitos, o constituir una eximente incompleta, si faltase alguno de ellos, con arreglo a los artículos 21.1ª CP[61] y 68 CP[62]; o quedar reducida a una simple atenuante analógica (21.7ª CP). Esta precisa regulación legal se compadece mal con la posibilidad de presumir estas circunstancias o atribuir la prueba de su ausencia a la acusación.

Por otra parte, dicha interpretación de la presunción de inocencia supondría exigir a la acusación la prueba de un hecho negativo, de suma dificultad, lo que condicionaría la eficacia del sistema penal[63]. Esta prueba diabólica tampoco es requerida para desvirtuar la tesis de descargo cuando esta se basa en una explicación alternativa de los hechos, por ejemplo, ofreciendo una coartada (*alibi*). Introducido este hecho por la defensa, es a ella a quien interesa su prueba.

4.3. Sobre el principio *in dubio pro reo* y el estándar probatorio de las circunstancias eximentes, atenuantes y extintivas

Llegados a este punto, debemos abordar el estándar probatorio[64] aplicable a las circunstancias eximentes, atenuantes o extintivas de la

---

60 RAMÍREZ ORTIZ, op. cit. 2019, p. 110.

61 Artículo 21: Son circunstancias atenuantes: 1.ª Las causas expresadas en el capítulo anterior, cuando no concurrieren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos.

62 Artículo 68: En los casos previstos en la circunstancia primera del artículo 21, los jueces o tribunales impondrán la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley, atendidos el número y la entidad de los requisitos que falten o concurran, y las circunstancias personales de su autor, sin perjuicio de la aplicación del artículo 66 del presente Código.

63 Naturalmente, esta última no puede ser la única meta en la labor de interpretación jurídica, ya que supondría orillar los derechos fundamentales, pero aquella tampoco puede perder de vista que si se configura un sistema ineficaz, este perderá su legitimidad social y acabará siendo sustituido. En otras palabras, una interpretación de la presunción de inocencia que no ponga el riesgo la funcionalidad del aparato penal es una salvaguarda de la propia garantía.

64 FERRER BELTRÁN define el estándar probatorio como aquel conjunto de "reglas que determinen el grado de probabilidad a partir del cual estamos

responsabilidad criminal, que, tradicionalmente, la jurisprudencia equiparaba al exigido a la acusación para acreditar la tesis de cargo. Sin embargo, con carácter general, de acuerdo con el principio *in dubio pro reo* (doctrinalmente distinto pero derivado de la presunción de inocencia) la defensa solamente ha de hacer nacer una duda razonable en el tribunal, no acreditar la existencia del hecho alternativo, más allá de aquella. Al hilo de este principio, la jurisprudencia del Tribunal Supremo está acometiendo una revisión de su doctrina, singularmente, en el ámbito de las causas de exención y las atenuantes derivadas de esta. Sin embargo, el fundamento y estructura de las diversas circunstancias eximentes, atenuantes o extintivas sugieren ciertas matizaciones.

Por una parte, nos hemos referido al carácter complejo de las circunstancias eximentes o atenuantes. El principio *in dubio pro reo* no puede convertirse en un salvoconducto para esquivar los requisitos legalmente configurados para su aplicación. Por ello, la tesis de exención o atenuación debe sugerir la posible concurrencia de todos los elementos de la circunstancia. En caso contrario, se estaría alterando de modo subrepticio el esquema de causas de exención o atenuación, cuidadosamente regulado por el legislador.

Por ejemplo, en el caso de la eximente del artículo 20.1ª CP, es preciso que la tesis defensiva se base tanto en el padecimiento (elemento biológico) como en su incidencia al tiempo de la comisión de los hechos (elemento psicológico), de modo que surja la posibilidad o la duda sobre la concurrencia de ambos. No parece aceptable que se aplique la eximente por la sola concurrencia de una patología cuya incidencia en los hechos carece del más mínimo sustento fáctico. Así, de la prueba practicada

---

dispuestos a dar por probada la hipótesis, es decir, que determinen qué grado de apoyo nos parece suficiente para aceptar como verdadera la hipótesis fáctica en cuestión"; FERRER BELTRÁN, Jordi. Prolegómenos para una teoría sobre los estándares de prueba: el test case de la responsabilidad del Estado por prisión preventiva errónea. En: PICÓ i JUNOY (dir.). *Aspectos críticos del Derecho procesal. Diálogos hispano-italianos en homenaje al profesor Angelo Dondi*. Barcelona: JM Bosch, 2023, p. 208. El mismo autor también ofrece un estudio general sobre los estándares de prueba del proceso penal español en FERRER BELTRÁN, Jordi. Los estándares de prueba en el proceso penal español. *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, número 15, 2007. Disponible online en https://www.uv.es/CEFD/15/ferrer.pdf (última visita 21.5.2025).

deben resultar motivos para dudar sobre la posible concurrencia de los dos elementos.

Debemos llamar la atención sobre la peculiaridad de esta duda. Frente a la esgrimida contra la tesis acusatoria, se trata de una duda sobre la posible concurrencia de un hecho positivo, que no es frecuente en términos estadísticos. Tal vez resulte más natural hablar de un estándar probatorio débil o flexible, identificado con la mera posibilidad, inferior a la probabilidad preponderante y a la certeza más allá de toda duda razonable. Pero dicha posibilidad debe darse de todos los elementos fácticos de la circunstancia.

Sin duda, el deber de ofrecer cierta prueba sobre todos estos elementos supone una dificultad para la defensa[65]. Ahora bien, en dicha tarea, el principio de investigación de oficio durante la fase de instrucción judicial cobra relevancia, puesto que la determinación de estas circunstancias también es uno de los objetivos de la investigación criminal (artículo 2 de la Ley de enjuiciamiento criminal)[66]. De este modo, el juez de instrucción viene obligado a indagar y recabar indicios sobre estas posibilidades favorables al investigado, de modo que este y su defensa puedan hacer valer su estrategia a lo largo del proceso (especialmente, el juicio oral), lo que atenúa la eventual carga asumida por estos.

Por otra parte, insistimos en que tampoco puede olvidarse la naturaleza de cada circunstancia[67]. Las causas de justificación o inimputabilidad afectan a elementos esenciales de la estructura del delito, de modo que la duda sobre ellas deba beneficiar de modo más intenso al acusado. Por el contrario, las circunstancias atenuantes

---

[65] Nos referimos al caso de que la tesis de exención, atenuación o extinción sea combatida por las acusaciones. Perfectamente, estas pueden introducir también estas circunstancias en sus calificaciones, lo que aliviaría las cargas probatorias de la defensa. En el caso del Ministerio público, sometido al principio de imparcialidad y legalidad (artículo 124 de la Constitución Española), es plausible que así suceda, cuando entienda que concurren dichas causas.

[66] RAMÍREZ ORTIZ, op. cit., 2019, p. 109.

[67] En sentido contrario, CARO CORIA defiende la aplicación de la presunción de inocencia tanto a circunstancias eximentes como atenuantes. CARO CORIA, Dino Carlos. La prueba en la individualización judicial de la pena. En: AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel (coord.). *Fundamentos de Derecho probatorio en materia penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 248 y 271.

no siempre atienden a este fundamento, sino que buscan, en ciertos supuestos, incentivar la realización de conductas posdelictivas (confesión o reparación del daño, 21.4ª y 21.5ª CP) o reparar la demora del procedimiento (dilaciones extraordinarias e indebidas, 21.6ª CP). En estos últimos casos resulta mucho más dudoso que pueda predicarse la misma solución para el caso de duda; por el contrario, al tratarse de una ventaja penológica, parece razonable exigir que estén debidamente acreditadas sus bases fácticas.

Lo mismo podría concluirse respecto de las causas de extinción de la responsabilidad criminal. Constatada la existencia del hecho criminal, ¿tiene sentido que la duda sobre el vencimiento del plazo de prescripción beneficie al autor en quien concurren todos los elementos del delito? A nuestro juicio, en este supuesto no puede apreciarse el fundamento axiológico de la presunción de inocencia o el principio *in dubio pro reo*. Por consiguiente, la ponderación sobre los riesgos derivados de la incertidumbre fáctica no puede resolverse del mismo modo. Es por ello por lo que en las causas de extinción sí debe mantenerse la postura tradicional que requería una cumplida prueba de su sustrato fáctico.

En suma, la presunción de inocencia no puede abarcar constitucionalmente los supuestos de exención, atenuación o extinción de la responsabilidad criminal. La garantía constitucional no nació pensando en estos supuestos y su aplicación extensiva, que obligaría en numerosos casos a una prueba negativa, podría cuestionar la eficacia del proceso penal. Por ello, es la defensa quien ha de asumir la carga de alegar y ofrecer un principio de prueba sobre la concurrencia de estas causas, sobre las que también se indagará de oficio durante la instrucción.

Ya en el juicio, el estándar de prueba aplicable debe atender prioritariamente al fundamento de la circunstancia invocada. De este modo, en las causas de exención o atenuación de la responsabilidad criminal que guarden relación con una anulación o merma de elementos estructurales del delito, conforme al principio *in dubio pro reo*, a la defensa le bastaría plantear una duda razonable sobre la concurrencia de la circunstancia en cuestión, pero esta debe extenderse a todos sus elementos, con arreglo al principio de legalidad. Dicha duda, al afectar a la concurrencia de un hecho positivo, encaja mejor con un estándar probatorio débil que se identifica con la mera posibilidad.

Por el contrario, en el caso de las restantes circunstancias atenuantes o en las causas de extinción de la responsabilidad criminal, por ser ajenas a los componentes del delito, no puede invocarse el principio *in dubio pro reo*, de manera que la defensa habrá de acreditar debidamente la causa invocada. El estándar probatorio para ello no puede verse satisfecho con la sugerencia de una duda razonable, sino que es preciso que la tesis propuesta se vea al menos como la más probable.

5. CONSIDERACIONES FINALES

A lo largo de este texto hemos intentado exponer el régimen de prueba de las circunstancias eximentes, atenuantes o extintivas de la responsabilidad criminal en el Derecho español, y, en especial, responder la cuestión acerca de a quién incumbe la carga de la prueba respecto de ellas, y con qué estándar probatorio, en atención al derecho a la presunción de inocencia y al principio *in dubio pro reo*.

A juicio de algún autor, estos últimos descartan la posible aplicación de la carga de la prueba en el proceso penal, opinión respecto de la que hemos expuesto nuestra discrepancia. Sin llegar a ser unánime, sí reúne más apoyo en la doctrina la tesis de que la presunción de inocencia es incompatible con que la carga de la prueba de las circunstancias eximentes o atenuantes sea asumida por la defensa. El sector minoritario cita como principal argumento en sentido contrario la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Tradicionalmente, esta venía proclamando que las bases fácticas de la exención de responsabilidad criminal debían estar tan acreditadas como el hecho mismo, transfiriendo la carga de esta prueba a la defensa. No obstante, la STS 335/2017, de 11 de mayo, marcó un hito en la superación de esta doctrina, si bien la riqueza argumental de los votos particulares mostró que el camino a seguir no estaba completamente claro. Paulatinamente, la jurisprudencia ha ido perfilando en los últimos años la aplicación del principio *in dubio pro reo* a la invocación de las causas de exención de responsabilidad criminal.

Con todo, a nuestro juicio, esta doctrina presenta aristas pendientes de pulir. Es preciso atender a la complejidad de las circunstancias eximentes

y atenuantes, para asegurar la vigencia de los requisitos con los que han sido reguladas. Igualmente, la diversa intensidad y eficacia de estas situaciones merecería una más detallada atención. En todo caso, es preciso valorar la naturaleza de cada una de ellas; particularmente, en el caso de las causas de extinción, y ciertas causas de atenuación de la responsabilidad penal, entendemos que no concurre el fundamento axiológico de la presunción de inocencia como regla de juicio, por lo que no compartimos que pueda aplicarse el principio *in dubio pro reo*. Por el contrario, para su acreditación se debe seguir exigiendo la cumplida prueba de sus bases fácticas.

De este modo, la cuestión analizada se encuentra lejos de estar completamente resuelta. El presente trabajo pretende contribuir a dicha evolución de este debate, ofreciendo un resumen del estado de la cuestión, y sugiriendo aspectos que precisan una mayor atención.

BIBLIOGRAFÍA

ALCÁCER GUIRAO, Rafael. Algunas dudas sobre la duda razonable. Prueba de descargo, estándares de prueba e in dubio pro reo. *Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología*, 23-09, 2021.Disponible online: http://criminet.ugr.es/recpc/23/recpc23-09.pdf; última visita 23.5.2025).

AMBOS, Kai; MALARINO Ezequiel (coord.). *Fundamentos de Derecho probatorio en materia penal.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.

AMBOS Kai. "Intime conviction" in Germany. Conceptual foundations, historical development and current meaning. *Quaestio facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, número 4, 2023. https://doi.org/10.33115/udg_bib/qf.i1.22839

ASENCIO MELLADO, José María. *Prueba prohibida y preconstituida.* Madrid: Trevium, 1989.

BENTHAM, Jeremy. *Tratado de las pruebas judiciales.* Granada: Editorial Comares, 2001.

BLOMSMA, Jeroen. *Mens rea and defences in European criminal law*. Tesis (Doctorado en Derecho) - Universidad de Maastricht, Maastricht, 2012. DOI: https://doi.org/10.26481/dis.20121011jb.

CASTAÑO ZULOAGA, Luis Ociel. La carga de la prueba en el proceso penal: la disyuntiva judicial entre la prevalencia de intereses sociales-institucionales o del justiciable. *Opinión Jurídica*, Medellín, Volumen 9, Número 18, Julio-Diciembre de, , p. 173-192, 2010.

CUERDA RIEZU, Antonio. La prueba de las eximentes en el proceso penal, ¿obligación de la defensa o de la acusación? *Indret* 2/2014. Disponible online: https://indret.com/la-prueba-de-las-eximentes-en-el-proceso-penal-obligacion-de-la-defensa-o-de-la-acusacion; última visita: 23.5.2025.

DE HOYOS SANCHO, Montserrat. *Efectos ad extra del derecho a la presunción de inocencia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.

DE HOYOS SANCHO, Montserrat. La presunción de inocencia en el Anteproyecto de Ley de enjuiciamiento criminal de noviembre de 2020. Algunas valoraciones y propuestas con ánimo constructivo. *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, número 63 Julio–Septiembre, p. 153-186, 2021.

DE HOYOS Montserrat. Tomarse en serio la presunción de inocencia. Reflexiones al hilo de las manifestaciones inculpatorias realizadas por una autoridad pública. *Diario La Ley*, número 9850, 2021.

DEL MORAL GARCÍA, Antonio. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y presunción de inocencia. En: RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás, y RODRÍGUEZ LÓPEZ, Fernando Carmelo (coord.). *"Compliance" y responsabilidad de las personas jurídicas.* , Valencia: Tirant lo Blanch, 2021, p. 31-72.

FENECH NAVARRO, Miguel. *El proceso penal,* 4ª edición. Madrid: AGESA, 1982.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes. *Presunción de inocencia y carga de la prueba en el proceso penal*. Tesis (Doctorado en Derecho) - Universidad de Alicante, Alicante, 2004.

FERRER BELTRÁN, Jordi. Prolegómenos para una teoría sobre los estándares de prueba: el test case de la responsabilidad del Estado por prisión preventiva errónea. En: PICÓ i JUNOY, Joan (dir.). *Aspectos críticos del Derecho procesal. Diálogos hispano-italianos en homenaje al profesor Angelo Dondi*. Barcelona: JM Bosch, 2023, p. 205-250.

FERRER BELTRÁN, Jordi. Uma concepção minimalista e garantista de presunção de inocência. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, p. 151-152, jan./abr. 2018. DOI: https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i1.131.

FERRER BELTRÁN, Jordi. Los estándares de prueba en el proceso penal español. *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, número 15, 2007. Disponible online en https://www.uv.es/CEFD/15/ferrer.pdf; última visita 21.5.2025.

FERRUA, Paolo. La prova nel proceso penale. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, p. 81-128, jan.-abr. 2018. https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i1.130 .

GALLARDO RUEDA, Alberto. El derecho a la presunción de inocencia. *Cuadernos de Política criminal*, 38, 1989.

GIMENO SENDRA, Vicente, DÍAZ MARTÍNEZ, Manuel, CALAZA LÓPEZ, Sonia. *Derecho procesal penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021.

GOMEZ, Elisabeth. *L'imputabilité en droit penal*. Tesis (Doctorado en Derecho) - Université de La Rochelle, La Rochelle, 2017.

GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, BARONA VILLAR, Silvia (dir.). *Proceso penal. Derecho procesal III*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2024.

GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, y HERCE QUEMADA, Vicente. *Derecho procesal penal,* 10ª edición. Madrid: AGESA, 1981.

GUERRERO PALOMARES, Salvador. ¿Cómo se configura la presunción de inocencia en la jurisprudencia del TEDH? *Revista General de Derecho procesal*, número 64, 2024.

GUERRERO PALOMARES, Salvador. Análisis crítico de la doctrina de la separación entre la presunción de inocencia e in dubio pro reo. En: FONTESTAD PORTALÉS, Leticia (dir.), y CARO CATALÁN, José Caro Catalán (coord.). *La globalización del Derecho Procesal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, p. 177-203.

HOCK LAI, Ho. Comparative Observations on the Burden of Proof for Criminal Defences. *International Commentary on Evidence*, Vol. 9: Iss. 2, Article 2, 2011.

LUZÓN CUESTA, José María. *La presunción de inocencia ante la casación*. Madrid: Colex, 1991,.

MANJÓN-CABEZA OLMEDIA, Araceli. *Las excusas absolutorias en Derecho español*. Valencia: Tirant-lo Blanch, , 2014.

MASCARELL NAVARRO, María José. La carga de la prueba y la presunción de inocencia. *Revista Justicia*, , número 3, p. 603-644, 1987.

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*. Barcelona: JM Bosch Editor, 1997.

MUYO BUSSAC, Pablo. La presunción de inocencia como regla de tratamiento. *Indret* número 3, 2024. https://doi.org/10.31009/indret.2024.i3.08 .

NIEVA FENOLL, Jordi. Carga de la prueba y estándares de prueba: dos reminiscencias del pasado. *Indret número 3*, 2020, https://doi.org/10.31009/indret.2020.i3.13 .

RAMÍREZ CARVAJAL, Diana, y MEROI, Andrea A.. La carga de la prueba, dinámicas contemporáneas. *Estudios de Derecho*, 77 (170), p. 227-248, 2020, https://doi.org/10.17533/udea.esde.v77n170a09

RAMÍREZ ORTIZ, José Luis. *Cargas probatorias y circunstancias eximentes y atenuantes. El caso de las causas de inimputabilidad.* Revista Ítalo-española de Derecho procesal, 2019. Disponible online: https://www.revistasmarcialpons.es/rivitsproc/article/view/cargas-probatorias-y-circunstancias-eximentes-y-atenuantes-el-ca/598; última visita 23.5.2025.

ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*. Santiago de Chile: Ediciones Oleknik, 2017.

RUIZ VADILLO, Enrique. *El derecho penal sustantivo y el proceso penal garantías constitucionales básicas en la realización de la justicia.* Madrid: Colex, 1997.

SÁNCHEZ TOMAS, José Miguel. La presunción de inocencia en la jurisprudencia constitucional. *Diario La Ley*, 9310, 2018.

SIERRA SOROCKINAS, David, y TORO TABORDA, Mariana. La flexibilización probatoria en el proceso penal: una fuente de injusticia epistémica. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto alegre, v. 9, n. 2, p. 949-978, mai.-ago. 2023. https://doi.org/10.22197/rbdpp.v9i2.79

VEGAS TORRES, Jaime. *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*. Madrid: La Ley, 1993.

Authorship information

Augusto Javier Mosquera Blanco. Magistrado, Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 3 de Carballo, A Coruña. Doctorando en Derecho por la Universidade da Coruña. augusto.mosquera@udc.es

Additional information and author's declarations
(scientific integrity)

Conflict of interest declaration: the author confirms that there are no conflicts of interest in conducting this research and writing this article.

Declaration of authorship: all and only researchers who comply with the authorship requirements of this article are listed as authors; all coauthors are fully responsible for this work in its entirety.

Declaration of originality: the author assures that the text here published has not been previously published in any other resource and that future republication will only take place with the express indication of the reference of this original publication; he also attests that there is no third party plagiarism or self-plagiarism.

Data Availability Statement: In compliance with open science policies, all data generated or analyzed during this study are included in this published article.

Editorial process dates (https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/about)

- Submission: 18/03/2025
- Desk review and plagiarism check: 06/04/2025
- Correction round return 1: 08/04/2025
- Review 1: 24/04/2025
- Review 2: 03/05/2025
- Preliminary editorial decision: 18/05/2025
- Correction round return 2: 26/05/2025
- Final editorial decision: 10/06/2025

Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Associated-editor: 2 (SR; FM)
- Reviewers: 2

How to cite (ABNT Brazil):

MOSQUERA BLANCO, Augusto J. La carga de la prueba de las circunstancias de exención, atenuación o extinción de la responsabilidad penal en el Derecho español. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 11, n. 2, e1194, mai./ago. 2025. https://doi.org/10.22197/rbdpp.v11i2.1194

License Creative Commons Attribution 4.0 International.

La contraddittoria natura della cognizione predibattimentale nel sistema processuale penale del 1930 e del 1988.

The contradictory nature of pre-trial cognition in the criminal procedural system of 1930 and 1988.

Mena Minafra[1]

Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli, Naples, Italia

mena.minafra@unicampania.it

https://orcid.org/0009-0001-1388-3960

Abstract: Individuare una sentenza di contenuto e oggetto di merito nella fase predibattimentale del 1930, deriva (va) dal fatto che al provvedimento estintivo si attribui(va) la natura di decisione sostanziale in ipotesi; ciò, anche rispetto all'art. 469 c.p.p. 1988. Diversi erano gli orientamenti sul tema. Una parte della dottrina, ad esempio sosteneva che la declaratoria di estinzione costituiva una decisione di merito poiché presumeva il riscontro dell'assenza di eventuali cause di proscioglimento *ex* art. 152, comma 2, c.p.p. 1930, sia in fatto sia in diritto. La teoria stabiliva una indiscutibile simmetria tra cognizione e dovere punitivo. Il provvedimento esaminato, per tale motivo, non prevedendo l'obbligo di punire, presupponeva - sia pure in ipotesi - che venisse individuato il reato commesso cui si riferisce la rilevanza penale estintiva. Questo orientamento, si riteneva supportato dal confronto di questa pronunzia con le delibere di improcedibilità e improseguibilità dell'azione. Si argomenta(va) sul punto che, mentre queste ultime sancivano l'inesistenza di un valido processo e, quindi, la mancanza di un dovere punitivo del giudice, la prima, elidendo questo stesso obbligo, ne presuppone(va) per ciò stesso l'esistenza, e, cioè, il riferimento logico ad un reato commesso. In altre parole, si affermava

[1] PhD in Law. Researcher at Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli, Italia.

che la declaratoria di estinzione si basasse su una esistenza ipotetica del reato e dunque della punibilità da parte del giudice. Viceversa, in adesione a condivisibile dottrina, sarà dimostrato che la decisione estintiva si connette (va) - anche nel codice del 1988 - all'esercizio di un potere di convincimento sui fatti, non solo ad una valutazione meramente ipotetica.

Parole chiave: predibattimento; punibilità; estinzione; ipotesi; convincimento.

Abstract: *Identifying a judgment of content and object of merit in the pre-trial phase of 1930, derives (was) from the fact that the extinction provision was attributed (was) the nature of a substantial decision in hypothesis; this, also with respect to art. 469 c.p.p. 1988. There were different orientations on the subject. A part of the doctrine, for example, maintained that the declaration of extinction constituted a decision of merit since it presumed the finding of the absence of any causes for acquittal pursuant to art. 152, paragraph 2, c.p.p. 1930, both in fact and in law. The theory established an indisputable symmetry between knowledge and punitive duty. The provision examined, for this reason, not providing for the obligation to punish, presupposed - even if hypothetically - that the crime committed to which the extinction criminal relevance refers was identified. This orientation was believed to be supported by the comparison of this pronouncement with the resolutions of inadmissibility and non-prosecutability of the action. It was argued on the point that, while the latter sanctioned the inexistence of a valid process and, therefore, the lack of a punitive duty of the judge, the former, by eliminating this same obligation, presupposed (presupposed) its existence, and, that is, the logical reference to a crime committed. In other words, it was stated that the declaration of extinction was based on a hypothetical existence of the crime and therefore of the punishability by the judge. Conversely, in compliance with a shared doctrine, it will be demonstrated that the extinction decision is connected (was) - also in the 1988 code - to the exercise of a power of persuasion on the facts, not only to a merely hypothetical evaluation.*

Keywords: *pre-trial; punishability; extinction; hypothesis; conviction.*

Sommario: 1. Introduzione. -2 . La natura del predibattimento nel codice di procedura penale del 1930. - 2.1 ... e le oscillanti interpretazioni della dottrina –3. La decisione sull'amnistia nel codice del 1930: pronunzia processuale su una ipotesi di reato oppure provvedimento di merito? - 4. Il valore dell'immediatezza *ex* art. 152

c.p.p. 1930. –5. La natura del proscioglimento predibattimentale nel codice del 1988. -5.1... e il rapporto con la particolare tenuità del fatto. -6. La non sovrapponibilità della immediata declaratoria *ex* art. 129 c.p.p. al proscioglimento anticipato sotto il profilo della regola di giudizio. – 7. – Conclusioni

1. Introduzione.

Gli antichi greci definivano l'espressione *Verità* non in termini positivi bensì di negazione: *a-letheia* è ciò che *non* si nasconde, si svela; così come pure si definiva il *dubbio*: *a-poria* è la strada che *non* è segnata in modo chiaro.

Il giudizio penale è funzione che cura il conflitto di situazioni soggettive protette; è *obbligazione di risultato* affidata alla giurisdizione mediante una generale razionalità aletica.

Epperò, l'incertezza degli esiti accertativi e decisionali ne indica lo statuto epistemologico: un ossimoro e una contraddizione irrisolvibile?

Ci si chiede, allora: di quale verità stiamo parlando? ... quale dubbio mette in crisi l'ipotesi ricostruttiva del fatto, offerta dalla pubblica accusa? ... E, dunque, nell'ambito dei proscioglimenti anticipati del processo, quale è il rapporto tra regole di giudizio e moduli di ragionamento della giurisdizione? Ciò, perché la logica della decisione è *scelta* del giudice almeno nei contesti critici e svolge un ruolo decisivo nell'ambito della metodologia dell'argomentazione giudiziale che si travasa nella motivazione generata dal contraddittorio, ossia, in un discorso.

Attraverso l'analisi del modello razionale discorsivo, pure se riallacciato in radice in questa indagine al prototipo della sentenza dibattimentale del 1930 e del 1988, si è posta l'indispensabile premessa per verificare, in ordine graduale, anche per differenza, anche le peculiarità del modello di razionalità monologico, cioè, probabilistico, la presenza esclusiva di quest'ultimo modello nelle ipotesi agganciate al predibattimento nel codice di procedura penale del 1930 e *ex* art. 129 c.p.p.1988 e, infine, la compresenza dei due modelli del giudizio – di razionalità discorsiva, mediante un canone logico-formale e monologico – nella sentenza di

non luogo a procedere e nella sentenza *ex* art. 469 c.p.p. 1988 in virtù, per queste ultime, del vincolo del giudice alle prospettive ricostruttive di parte intrecciatesi nel contraddittorio.

2. La natura del predibattimento nel codice di procedura penale del 1930.

Nell'ambito dei proscioglimenti anticipati, il legislatore del 1930 stabilì quelli tassativi sanciti dall'art. 421, comma 1, c.p.p.[2] - avente quale precedente normativo l'art. 589, comma 2, c.p.p. 1913 e ripreso dal comma 1 dell'art. 469 del 1988 - nel quale espressamente si annunciava che: «Salvo quanto è stabilito del capoverso dell'art. 152 c.p.p. 1930, se sussiste una causa che estingue il reato o per la quale l'azione penale non poteva essere iniziata o non può essere proseguita e se per accertarla non è necessario procedere al dibattimento, il giudice, in camera di consiglio, anche d'ufficio, pronuncia sentenza di proscioglimento, enunciandone la causa nel dispositivo. Con la stessa sentenza revoca i provvedimenti ordinati per il dibattimento, dispone la liberazione del prosciolto che sia detenuto o soggetto a libertà vincolata e ordina la cessazione delle pene accessorie e delle misure di sicurezza già provvisoriamente applicate». La disposizione permetteva al giudice di poter pervenire a pronunce di merito - come si dimostrerà successivamente anche in contrasto con la dottrina maggioritaria[3] - in una fase che precedeva l'istruttoria dibattimentale, testimoniando, così, il definitivo affermarsi delle esigenze di economia nel processo penale su cui si fonda il rapporto tra gli artt. 421 e 152 c.p.p. 1930[4].

Tuttavia, permanevano incertezze sull'ambito di applicazione della pronuncia estintiva nel predibattimento.

---

[2] Per una esaustiva illustrazione del tema, M. Menna, *Annotazioni in ordine al rapporto tra proscioglimento immediato e la sentenza predibattimentale*, in Arch. Pen., 1986, p. 54.

[3] Ancora M. Menna, in *Annotazioni in ordine al rapporto tra proscioglimento immediato e la sentenza predibattimentale*, cit., p. 101.

[4] In dottrina, per tutti, G. Bellavista, *Sulla teoria generale dei procedimenti anomali*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1956, p. 526.

In particolare, i dubbi investirono l'ammissibilità delle declaratorie di estinzione a seguito di sospensione condizionale della pena e di perdono giudiziale nella fase iniziale del giudizio. Da un lato, si rilevava che esse presupponevano una dichiarazione di colpevolezza e, pertanto, erano applicabili solo in sede dibattimentale, momento privilegiato per la valutazione della responsabilità assunta per la corrispondente disposizione sul reato estinto[5]; dall'altro lato, considerando che l'art. 421 c.p.p. 1930 non distingueva tra le cause estintive oggetto di sentenza anticipata, si reputava possibile la pronuncia di entrambi i provvedimenti nella fase del predibattimento[6].

Si sosteneva, inoltre, l'incompatibilità delle decisioni inerenti alla non imputabilità e all'insufficienza probatoria con la detta disposizione, poiché fondanti sulla valutazione di merito ritenuta impraticabile in fase di predibattimento.

Ancora. Diverse furono le ragioni per la dottrina relative alla non previsione nella suddetta fase del proscioglimento nel merito, ipotesi tutte aventi come presupposto l'interpretazione della relazione tra la sentenza predibattimentale e la declaratoria immediata di non punibilità[7]. Prendendo le mosse dall'art. 134 c.p.p. 1913, l'orientamento più pregnante era basato sul del rapporto di specialità tra la norma sulla decisione anticipata *ex* art. 421 c.p.p. e il comma 1 dell'art. 152 c.p.p., dal momento che restringeva l'efficacia delle cause liberatorie ivi descritte; ciò, faceva presupporre che era esclusa l'applicabilità della sentenza *ex* art. 152 cpv c.p.p. 1930 durante gli atti preliminari obbligando il collegio ad emanare una simile decisione nella fase successiva.

L'inoperatività di questa pronunzia, nella fase predibattimentale, derivava dalla modifica apportata all'art. 443 prog. prel. c.p.p. 1913

---

[5] Per una ricostruzione del tema, G. Dalia, *Il proscioglimento predibattimentale tra evoluzioni normative e orientamenti giurisprudenziali*, in *Proc. pen. giust.*, n. 6, 2022, p. 59.

[6] A. Santoro, *Manuale di diritto processuale penale*, ed. Torinese, Roma, 1954, p. 558.

[7] Cfr., M. Menna, *Annotazioni in ordine al rapporto tra proscioglimento immediato e la sentenza predibattimentale*, cit., p. 105. Volendo, per una ricostruzione storica sul tema, M. Minafra, *Proscioglimenti anticipati e modelli razionali di giudizio*, ed. Cacucci, Bari, 2024, p. 40.

nel quale, inizialmente, il legislatore autorizzava la Corte d'Assise a dichiarare l'estinzione, l'inammissibilità o l'improcedibilità dell'azione nel predibattimento; togliendole questo potere in base alla versione finale della norma, dunque, si osservava che il legislatore, avesse voluto restringere le ipotesi solo all'amnistia[8].

Lo scollegamento delle due norme, secondo la dottrina[9], dipendeva dalla distinzione delle formule di proscioglimento processuali da quelle di merito, osservando che queste ultime potevano essere pronunziate solo in dibattimento perché presupponevano sempre un approfondimento pubblico e ponderato delle risultanze del processo.

Altro argomento a fondamento della soluzione interpretativa di specialità, si ricavò dall'obbligo di disporre la fase orale quando le cause di non punibilità, *ex* art. 421 c.p.p. 1930, non erano sufficientemente accertate. In tal caso, si osservava che il giudice dovesse, a maggior ragione, instaurare il contraddittorio pieno per dichiarare l'innocenza dell'imputato[10].

Un ulteriore spunto di riflessione era agganciato al sistema d'impugnazione della declaratoria predibattimentale di non punibilità, avente quale effetto l'inoperatività del proscioglimento immediato con formula piena nella fase predibattimentale. Si presuppose, infatti, che il legislatore del 1930, vietando ogni gravame per motivi di merito, intendesse escludere ogni apprezzamento del giudice sul fatto negli atti preliminari al dibattimento.

Epperò, in contiguità a una parte della dottrina[11], queste ultime considerazioni non sono condivisibili giacché la radice storica della

---

[8] Finocchiaro-Aprile C., *Relazione sul progetto del nuovo codice di procedura penale presentata [...] alla Camera dei Deputati nella seduta del 28 novembre 1905* in *Commento al Codice di procedura penale,* L. Mortara, A. Stoppato, G. Vacca, A. Setti, R. De Notaristefani, S. Longhi (a cura di) *Parte Prima - Lavori preparatorii, Volume secondo [...]*, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1913.

[9] V. Foschini, *Predibattimento e fase della prelibazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 8, 1966, p. 38.

[10] G. Conso, *Vero e falso nei principi generali del processo penale italiano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 4, 1958, p. 302.

[11] In aderenza al pensiero di M. Menna, *Annotazioni in ordine al rapporto tra proscioglimento immediato e la sentenza predibattimentale*, cit., p. 100.

diversità tra formule, operata in ordine alla sentenza predibattimentale, va ricercata nel sistema delle impugnazioni, agganciato all'analisi dei contenuti assunti dall'art. 421 c.p.p. 1930, prima e dopo la riforma avutasi con la legge 18 giugno 1955 n. 517[12].

Invero, il legislatore del 1930 intese fondare la pronuncia *ex* art. 421 c.p.p. 1930 su di un ragionamento di puro diritto stabilendo, così, che contro la detta deliberazione potesse esprimersi solo la Corte di cassazione[13]. L'intento risulta tanto più evidente se si considera che la stessa distinzione tra cause di non punibilità - di cui alla norma sul proscioglimento anticipato - è stata ripresa, per il giudizio innanzi alla Suprema Corte dall'art. 539, comma 1 c.p.p. 1930 - che aggiunge alle ipotesi contemplate dall'art. 421 c.p.p. 1930, la fattispecie della mancanza della previsione penale del fatto -, dove la decisione è indiscutibilmente collegata ad una valutazione si di diritto ma che risulta comunque estesa al fatto.

Nel sistema originario del 1930, dunque, la cognizione predibattimentale non solo prescindeva da un iniziale accertamento, ma - similmente all'attività di giudizio di cui all' art. 539 c.p.p. 1930 - poteva cambiare il precedente convincimento sull'episodio materiale.

Negli atti preliminari al dibattimento, difatti, non trovavano spazio le decisioni con le formule «perché il fatto non sussiste, perché l'imputato non lo ha commesso» e «perché il fatto non costituisce reato» in quanto queste si presupponevano come già acquisite e, quindi, potevano prevedere una radicale modifica dell'interpretazione dell'evento storico.

Dopo la legge n. 517 del 1955, la logica dell'art. 421 c.p.p. 1930 mutò.Il legislatore, infatti, estese al proscioglimento anticipato il regime di impugnazione di una sentenza emanata in giudizio. In tal modo, non solo venne rivalutata la posizione predibattimentale dell'imputato, ma fu attribuito al giudice il potere di esaminare e di decidere in fatto la controversia.

Del resto, solo così è possibile giustificare l'introduzione dell'appello dell'organo d'accusa e dell'imputato rispetto alla pronunzia emessa nella fase preliminare al dibattimento.

---

[12] P. Nuvolone, *La riforma della procedura penale*, in *Arch. pen.*, n. 6, 1955, p. 371

[13] F. Carnelutti, *Giurisprudenza consolidata (ovvero della comodità del giudicare)*, in *Riv. dir. proc.*, n. 2, 1949, p. 41.

Venuta meno la ragione dell'originaria preclusione delle delibere pienamente liberatorie, dunque, venne recuperata la piena operatività dell'art. 152 c.p.p. 1930, che consentì l'applicazione, nell'accezione più lata, delle espressioni «perché il fatto non sussiste, perché l'imputato non ha commesso» e «perché il fatto non è preveduto legge come reato».

Appare, quindi, infondato l'assunto della dottrina[14], secondo cui il richiamo dell'art. 421 c.p.p. 1930 al capoverso - invece che al comma 1 - dell'art. 152 c.p.p. 1930 sarebbe indice della specialità della disposizione sulla pronunzia anticipata rispetto alla previsione del proscioglimento immediato e, dunque, della tassatività delle formule proscioglitive predibattimentali[15].

La salvezza contenuta nella suddetta ipotesi, viceversa, adatta alla fase generatrice del giudizio la disciplina del concorso di fattori estintivi con cause evidenti di innocenza, senza coinvolgere il principio di economia processuale e, pertanto, senza richiamare il comma 1 dell'art. 152 c.p.p. 1930, poiché l'elisione del reato nel processo penale limitava il potere del giudice nell'esaminare e decidere su ogni altra questione legata all'azione penale.

Questo principio seppur chiarito nell'art. 592 c.p.p. 1930 per quanto concerne l'amnistia, però è valido per tutte le altre ipotesi di estinzione, così come previsto agli artt. 89 e 402 c.p.p. 1930, che vietavano l'azione penale e la riapertura dell'istruzione, anche nei casi in cui sopravvenivano prove che rimettevano in discussione il provvedimento adottato.

In tali disposizioni normative, infatti, veniva tutelata la pregiudizialità e non l'immediatezza della decisione sul reato estinto, poiché in presenza della corrispondente causa di proscioglimento, impedivano l'azione più che l'accertamento che poteva risultare superfluo sia dopo la sospensione sia nella riaperta istruzione[16].

In merito all'estinzione del reato, poi, il cui effetto era quello di bloccare il procedimento per evitare ulteriori indagini, bisogna distinguere il divieto dell'esame daaltri termini sostanziali: mentre quest'ultima,

---

[14] M. La Rocca, *In tema di formule di proscioglimento*, Jovene, Napoli, 1971, p.6.

[15] In questa direzione, cfr. già M. Menna, *La motivazione del giudizio penale*, Jovene, Napoli, 2000, *passim*.

[16] M. Menna, *La motivazione del giudizio penale*, cit., *passim*.

storicamente, era sancita nell'art. 830 c.p.p. 1865, il primo era stato previsto solo nel 1913 all'art. 134 e prescritto nel comma 1 dell'art. 152 c.p.p. 1930.

Ne consegue, in questa prospettiva, che il capoverso dell'art. 152 c.p.p. 1930 derogava alla pregiudizialità e non all'immediatezza della decisione, poiché, *in primis*, teneva conto delle situazioni più favorevoli all'imputato e, poi, non alterava le caratteristiche del metodo di accertamento delle cause estintive.

Per cui, il grado di certezza chiesto dal legislatore, per quanto riguarda la prova dell'innocenza dell'imputato, non puntava a proteggere l'*exitus processus* a scapito del principio del *favor rei*, ma tendeva a circoscrivere l'eccezionale deroga al carattere pregiudiziale della declaratoria di estinzione.

Ancora. Non si può ricondurre al capoverso dell'art. 152 c.p.p. 1930 la limitazione del giudizio di merito cui l'imputato aspiri nella circostanza in cui le prove sulla sua innocenza non sono ancora certe o raccolte perché, in queste ipotesi la decisione sul reato estinto - che impediva ed impedisce il proseguimento delle indagini - è l'effetto rispettivamente della preclusione di ogni ulteriore accertamento sancito dal comma 1 della citata disposizione e della pregiudizialità tipica delle pronunce estintive, già prevista dall'ordinamento del 1865.

In conclusione, anche il collegamento dell'art. 421 c.p.p. 1930 al comma 2 dell'art. 152 c.p.p. 1930, non risolveva un problema di immediatezza, ma si limitava a introdurre nel predibattimento il potere del giudice di decidere non più sulle questioni di merito inerenti alla fattispecie estintiva, ma su quelle riguardanti il proscioglimento con una formula piena.

2.1... E LE OSCILLANTI INTERPRETAZIONI DELLA DOTTRINA.

In dottrina, diverse sono state le posizioni circa la natura del giudizio predibattimentale del 1930.

Prendendo le mosse dall'orientamento[17] riguardante i poteri decisori del collegio nella suddetta fase, essi erano ritenuti limitati rispetto

[17] G. Lozzi, *I limiti cronologici della fase predibattimentale,* Giuffrè, Milano, 1963, p. 50.

alle prerogative del presidente, tanto da creare ragioni di dubbio nella definizione delle forme di giudizio e di decisione per il dibattimento.

Epperò, nella fase predibattimentale del 1930 il giudice, pure in presenza di cause estintive, era obbligato a verificare se sussistevano evidenti elementi di innocenza dell'imputato in virtù dell'art. 152, comma 2, c.p.p. espressamente fatto salvo dall'art. 421 c.p.p.

L'affermazione della dottrina[18], dunque, secondo cui il capoverso dell'art. 152 c.p.p. 1930 finiva «con far acquisire, entro certi limiti, valore di accertamento di merito ad una valutazione processuale»[19], appare e appariva in contraddizione con l'altra secondo cui le formule *ex* art. 421 c.p.p. 1930, tranne quella estintiva, avevano valenza meramente processuale.

Allo stesso modo è dubbia la conseguente idea per cui nell'ipotesi in cui il presidente del collegio, pur riscontrando la manifesta innocenza dell'imputato, doveva emettere il decreto di citazione per verificare in dibattimento il convincimento sull'*an* della controversia maturato nella fase precedente[20].

Quella operatività andava affermata in relazione all'emanabilità anche in predibattimento della sentenza *ex* art.152, comma 1, c.p.p. 1930, che non era esclusa nello stadio considerato dal presunto - ed invece inesistente - rapporto di specialità con la pronunzia *ex* art.421 c.p.p. 1930.

Dal punto di vista sistematico, quindi, non era legittima la conclusione secondo cui la dichiarazione di innocenza dovesse essere rinviata dalla fase istruttoria al dibattimento per due ragioni.

Innanzitutto, il rimando del proscioglimento allo stadio dibattimentale era previsto solo per i casi *ex* art. 421 c.p.p. 1930 non ancora sufficientemente accertati e non posti in relazione con le cause *ex* art. 152 c.p.p. 1930.

Non era possibile, inoltre, sostenere la necessità di rinviare la declaratoria di innocenza dagli atti preliminari al dibattimento con il pretesto che solo in tale fase fosse possibile trattare la causa in contraddittorio, in quanto la legge 18 giugno 1955 n. 517, prevedendo

---

18 G. Conso, *Vero e falso nei principi generali del processo penale italiano*, cit., p. 45.

19 Sul tema, E. Gianzi, *Estinzione del reato e proscioglimento nel merito,* in *Riv. it. dir. proc. pen.,* n. 8, 1961, p. 995.

20 G. Conso, *Vero e falso nei principi generali del processo penale italiano*, cit., p. 85.

l'obbligo dell'audizione delle parti prima dell'assoluzione anticipata, aveva introdotto la partecipazione paritetica e contrapposta delle parti anche al procedimento camerale *ex* art. 421 c.p.p. 1930, come nell'attuale 469 c.p.p.

In ulteriore contrasto con la tesi che restringeva i poteri del giudizio predibattimentale, si affermava che nel 1930 il giudice doveva lasciare proseguire il processo invece di dichiarare estinto il reato, nel caso in cui dal controllo preliminareemergeva una nuova configurazione del fatto a cui non si adattava più la causa estintiva ipotizzata in riferimento al reato in precedenza con-testato[21]. Anche questa interpretazione contraddirebbe l'asserzione secondo cui, la verifica dell'utilità del dibattimento aveva carattere processuale poiché il mutamento del *nomen iuris* - assunto come ostacolo alla declaratoria anticipata di estinzione del reato - presupponeva un esame delle questioni connesse all'azione[22].

Ancora. Sembrano discutibili le teorie contrarie alla valutazione predibattimentale dell'organo della lite se confrontate con la tesi del tempo secondo la quale sussisteva l'obbligo di motivare la non applicazione dell'art. 152 c.p.p. 1930, nell'eventualità in cui si dichiarava l'amnistia nella fase preliminare del giudizio d'appello.

Si osserva, in accordo con una parte della dottrina[23], che questa motivazione era dovuta, in quanto l'analisi del merito della controversia era essenziale.

Altre peculiarità, inoltre, emergono ancora una volta nell'ambito delle impugnazioni.

Particolare contraddizione c'è tra coloro che sostenevano che, in pendenza del gravame promosso dalla pubblica accusa avverso sentenze di proscioglimento pieno, l'amnistia poteva essere pronunciata solo se fosse stato preliminarmente accertato che i motivi di ricorso non erano

---

[21] L'orientamento è richiamato da M. Menna, *Annotazioni in ordine al rapporto tra proscioglimento immediato e la sentenza predibattimentale*, cit., p. 104

[22] Questa tesi era già accolta dalla giurisprudenza inerente al codice di procedura penale del 1913. In tale senso, Cass. 12 luglio 1919, in *Riv. pen*., 1919, p. 289. L'orientamento è mutato dopo l'entrata in vigore del codice del 1930: Cass., 17 dicembre 1966, n. 83, in *Riv. pen*., 1968, p. 89.

[23] Ancora, M. Menna, *Annotazioni in ordine al rapporto tra proscioglimento immediato e la sentenza predibattimentale*, cit., p. 103.

manifestamente infondati e quanti affermavano la esclusività processuale della valutazione predibattimentale anche in appello e in cassazione[24].

In adesione alla giurisprudenza del tempo[25], si ritiene valida la tesi favorevole[26] al vaglio preliminare dei motivi di impugnazione laddove essa sosteneva che, nell'ipotesi di una declaratoria sull'estinzione del reato si violava l'art. 152 c.p.p. 1930, indipendentemente dall'esame delle doglianze dell'accusa si sacrificava, ingiustamente, il diritto dell'imputato alla conferma del provvedimento più favorevole del contenuto della decisione e, quindi, dell'oggetto della controversa.

Sulla base di questo ragionamento, tale ipotesi suggerisce una valutazione che, considerata la precedente dichiarazione di merito, induceva il giudice *ad quem* a rivalutare il provvedimento e, conseguentemente, l'oggetto della controversia.

Infine, il carattere meramente formale della cognizione anticipata appariva ed appare discutibile se, anche in presenza di causa estintiva, si sostiene la legittimità della richiesta del pubblico ministero di procedere alla fase dibattimentale per tentare di ottenere ivi una contestazione suppletiva; l'accoglimento dell'istanza in sede predibattimentale, infatti, presuppone un giudizio sul merito della sussistenza delle circostanze da contestare successivamente.

Un'altra spiegazione, risiede nelle dubbie teorie contrarie alla valutazione istruttoria dell'oggetto della questione, se confrontate con la tesi secondo la quale sussiste l'obbligo di giustificare la mancata applicazione dell'art. 152 c.p.p. 1930 nel caso in cui l'amnistia era fosse dichiarata nella fase preliminare del giudizio di appello. Se questa motivazione era dovuta, infatti, lo era in quanto si presupponeva come momento essenziale anche di questo giudizio l'analisi del merito della controversia.

Pertanto, si ribadisce, che appare infondato l'assunto della dottrina tradizionale secondo cui il richiamo dell'art. 421 c.p.p. al capoverso, invece che al comma 1 dell'art. 152 c.p.p., era indice della specialità

---

[24] Per una ricostruzione degli orientamenti, G. Leone, *Trattato di diritto processuale penale,* Utet, Torino, 1956.

[25] Cass., 22 aprile 1960, n. 847, in *Riv. pen*., 1961, p. 393.

[26] M. Menna, *Annotazioni in ordine al rapporto tra proscioglimento immediato e la sentenza predibattimentale*, cit., p. 104.

della norma sulla sentenza anticipata rispetto alla generale previsione del proscioglimento immediato e, quindi, della tassatività delle formule assolutorie predibattimentali[27].

Infondatezza, si vedrà, concretizzatasi anche nel rapporto tra gli artt. 469 e 129 c.p.p.

3. La decisione sull'amnistia nel codice del 1930: pronunzia processuale su una ipotesi di reato oppure provvedimento di merito?

La necessità di individuare una sentenza sul merito nella fase predibattimentale nel sistema del 1930, deriva (va) dal fatto che il provvedimento estintivo veniva ritenuto dotato di natura decisione sostanziale; ciò, anche rispetto all'art. 469 c.p.p. 1988.

Diversi erano gli orientamenti sul tema[28].

Una parte della dottrina sosteneva che la declaratoria di estinzione costituiva una decisione di merito poiché presumeva il mancato riscontro di eventuali cause di proscioglimento *ex* art. 152, comma 2, c.p.p. 1930, sia in fatto sia in diritto[29].

La teoria stabiliva una indiscutibile simmetria tra cognizione e dovere punitivo.

Per questo motivo il provvedimento esaminato, non prevedendo l'obbligo di punire, presupponeva - sia pure in ipotesi - che venisse individuato il reato commesso cui si riferisce la rilevanza penale estintiva.

Tale orientamento, si riteneva supportato dal confronto di questa pronunzia con le delibere di improcedibilità e improseguibilità dell'azione.

---

[27] L'effetto di arrestare immediatamente il procedimento per impedire ulteriori indagini di merito va distinto da quello di vietare l'esame e la decisione di altri temi sostanziali; ciò, era già sancito, storicamente, dagli artt. 830 ss. c.p.p. 1865, previsto per la prima volta nel 1913 dall'art. 134 e prescritto dall'art. 152, comma 1, c.p.p. 1930.

[28] A. Presutti, *Proscioglimento istruttorio per amnistia e diritto al giudizio nel merito*, in *Riv. it. dir. proc*., n. 5, 1977

[29] F. Cordero, *La decisione sul reato estinto*, in *Riv. It. dir. proc. pen*., 1962, id., *Contributo allo studio dell'amnistia nel processo,* Giuffrè, Milano, 1957, p. 4.

Si afferma (va) sul punto, che mentre queste ultime sancivano l'inesistenza di un valido processo e, quindi, la mancanza di un dovere punitivo del giudice, la prima, elidendo questo stesso obbligo, ne presuppone (va) per ciò stesso l'esistenza, e, cioè, il riferimento logico ad un reato commesso.

In altre parole, si riteneva che la declaratoria di estinzione si basasse su una esistenza ipotetica del reato e dunque della punibilità da parte del giudice.

Viceversa, in adesione a condivisibile dottrina[30], la decisione estintiva si connette (va) - anche nel codice del 1988 - all'esercizio di un potere di convincimento sui fatti, non solo ad una valutazione meramente ipotetica.

A conferma di questa idea, si osserva che il legislatore non escluderebbe la verifica degli elementi di fatto scaturenti dall'analisi dell'ipotesi criminosa.

Gli artt. 421, comma 1, e 591, comma 3, c.p.p. 1930, difatti, dispongono la prosecuzione del processo e non la immediata declaratoria di non punibilità quando la causa estintiva non sia ancora accertata, e, dunque, sia necessario continuare le indagini di fatto.

Altra parte della dottrina difendeva, invece, la neutralità processuale della sentenza di estinzione ritenendo che essa incideva solo sulla punibilità in astratto. Si pensava che tale pronuncia recidesse il giudizio sulla colpevolezza su un fatto sostanziale non accertato da giudice[31].

L'orientamento, in definitiva, critica il collegamento stabilito dalla tesi contraria tra fatto sostanziale e valutazione giurisdizionale, affermando che il potere punitivo dello Stato esiste (va) indipendentemente dall'obbligo di iniziare il processo e che, quindi, l'estinzione del reato era (è) un prodotto di ordine sostanziale non accertato dal giudice.

Secondo questi studiosi, la causa estintiva produrrebbe due effetti: uno esterno al processo che elimina la rilevanza penale di un

---

30 M. Menna, *Annotazioni in ordine al rapporto tra proscioglimento immediato e la sentenza predibattimentale*, cit., p. 104.

31 G. De Luca, *Contributo allo studio dei limiti soggettivi della cosa giudicata*, Giuffrè, Milano, 1959, p. 164; G. Conso, *L'art. 152 c.p.p. e le questioni di legittimità costituzionale: rapporti di priorità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n.1, 1958, p. 189.

fatto (presumibilmente) realmente commesso e l'altro nell'ambito del procedimento in cui si prevede l'immediata applicazione dell'ipotesi dell'art. 152, comma 1, c.p.p. 1930, con il conseguente divieto di accertare in maniera significativa l'esistenza storica della fattispecie criminosa e la relativa estinzione.

Epperò, sembrerebbe che l'argomento fondamentale a favore del carattere processuale della decisione sull'estinzione del reato - cioè il collegamento di questa deliberazione solo alla punibilità in astratto - non era incompatibile con la qualità di merito della pronunzia estintiva.

Quest'ultima, in ogni caso, verte sul fatto per cui si agisce.

La controversia sostanziale, infatti, può essere risolta positivamente sia per l'inesistenza del fatto ritenuto reato, sia per l'inconsistenza penale dello stesso.

In tal modo ci si rende conto che un semplice esame *in iure* si aggancia non solo ad una sentenza di estinzione ma anche ad una pronuncia di assoluzione «perché il fatto non è previsto dalla legge come reato»: se ciò è esatto, non si giustifica l'attribuzione della natura di merito a quest'ultima decisione e non a quella di estinzione.Per lo stesso motivo non convince la tesi a sostegno della neutralità della dichiarazione sul reato estinto, orientamento secondo cui la pronunzia si fonderebbe sull'accertamento della causa estinta e non sulla verifica della caducazione del reato sotto il profilo sostanziale.

Un ulteriore indirizzo dottrinario considerava le cause estintive - la mancanza di querela, di istanza, di richiesta o di autorizzazione- fattori di improcedibilità di natura processuale. Si reputava, in definitiva, che esse non avessero alcuna rilevanza sostanziale anche se impedivano solo l'accertamento del reato e l'eventuale irrogazione della pena[32].

La tesi prende le mosse dall'art. 152, comma 2, c.p.p. 1930 che si riterrebbe essere fonte del carattere processuale della sentenza estintiva in quanto, nel contrapporre le declaratorie di innocenza, la detta disposizione evidenzia la differenza di natura tra due tipi di decisione.

L'art. 479 c.p.p. 1930, secondo questa teoria, parrebbe supportare questa idea poiché, attraverso la designazione della sentenza estintiva tra

[32] Tesi sostenuta da A. Pagliaro, *Profili dogmatici delle c. d. cause di estinzione de reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1967, p. 472.

quelle «di non doversi procedere», la metterebbe in contrapposizione ai proscioglimenti con formula assolutoria.

L'orientamento è altresì avvalorato dal contenuto degli artt. 152, comma 1, e 592 c.p.p. 1930, nei quali, prevedendo l'affermazione rispettivamente immediata e pregiudiziale delle cause di estinzione, si indicherebbe che il provvedimento estintivo trova applicazione anche nelle ipotesi in cui manca l'aspetto penale sul fatto[33].

Il fulcro del ragionamento per cui la preclusione dei fattori estintivi avrebbe significato processuale, risiederebbe nel fatto che la preclusione da essi prodotta ai sensi degli artt. 152 e 592 c.p.p. 1930 riguarderebbe comportamenti processuali. A sostegno dell'assunto si asserisce che se «si trattasse di fattispecie preclusiva sostanziale, dovrebbe essere possibile rinvenire fuori dal processo l'effetto preclusivo medesimo»[34].

Epperò, si osserva che l'intervento delle cause di cui agli artt. 150 e ss c.p., non influisce sull'obbligo di risarcimento e, pertanto, l'apparente rilevanza significativa dei fattori di estinzione, in realtà, indicherebbe una minore riflessione sulla loro determinata azione.

Quanto all'argomento desunto dall'art. 152 c.p.p., va affermato che al comma 2, l'alternativa non si pone tra decisione processuale e sentenza di merito, poiché la disposizione prevede una deroga al carattere pregiudiziale del provvedimento di estinzione, onde affermare il diritto dell'imputato al proscioglimento pieno.

È evidente, allora, che il legislatore determina la priorità del proscioglimento pieno in considerazione del vantaggio che ne trae l'imputato.

Un'altra riflessione di questi studiosi[35] riguarda la distinzione di cui all'art. 479 c.p.p. 1930, tra pronunzie «di non doversi procedere» e di «assoluzione»; ma il contrasto con la natura storica dell'alternativa è evidente, in quanto in origine si ricollegava al tipo di motivazione - in fatto o in diritto - dei proscioglimenti.

---

[33] A. Pagliaro, *op. e loc. ult. cit.*, p. 475.

[34] A. Pagliaro, *op. e loc. ult. cit.*, p. 476.

[35] A. Pagliaro, *op. e loc. ult. cit.*, p. 477.

Va sottolineato inoltre, che nel caso appena descritto, l'immediatezza della sentenza non incide sul carattere sostanziale del tema decisorio e, quindi, nemmeno sull'esistenza del fatto penale eliso, bensì solo sul grado del relativo convincimento.

Ulteriore considerazione concerne la convinzione che il provvedimento estintivo previsto all'art. 592 c.p.p. 1930 sia neutrale; la tesi non è condivisibile, poiché l'accennata disposizione, stabilendo la pregiudizialità della pronunzia di amnistia rispetto alle restanti ipotesi di proscioglimento, toglie al giudice il potere di esaminare e decidere ogni altra questione connessa all'azione. La sentenza prevista dall'art. 592 c.p.p. 1930, infatti, non preclude lo sviluppo e la decisione dei punti controversi del rapporto sostanziale attraverso cui si identifichi la causa di elisione del reato.

L'altra analisi secondo cui la natura dell'estinzione è processuale, poiché non influisce sul risarcimento del danno, nasce dall'errata convinzione secondo la quale il suddetto risarcimento ha valenza penale perché le cause *ex* art. 150 c.p. non possono influire su una conseguenza giuridica civile come il suddetto obbligo.

La dimostrazione della tesi parrebbe supportata dalla declaratoria dei fattori di estinzione che non ha autorità di giudicato nei giudizi civili ed amministrativi di cui agli artt. 27 e 28 c.p.p. 1930 e legittima la conclusione secondo cui il fenomeno, così sancito, ha mero significato endoprocessuale.

Al contrario, la circostanza si spiega considerando che, nell'ipotesi, l'accertamento del fatto, della legittimità e della responsabilità - a differenza dei casi in cui l'efficacia della sentenza penale è vincolante negli altri rami della giurisdizione - non è completo e pertanto non giustifica la particolare rilevanza della pronuncia definitiva nei procedimenti di altre giurisdizioni.

Le argomentazioni espresse a confutazione delle tesi opposte, evidenziano, pertanto, che la decisione estintiva è pronunciamento di merito perché contiene l'esame e la decisione degli aspetti concreti della controversia.

A questa conclusione si perviene collegando sistematicamente anche gli artt. 421, comma 2, 591, comma 3, e 592 c.p.p. 1930. Queste norme dimostrano che le ragioni interpretative della natura sostanziale della declaratoria delle cause *ex* art. 150 c.p.p., non risiedono né in un

aprioristico giudizio sulla punibilità in astratto, né nella presupposizione ipotetica del fatto da punire.

Le citate disposizioni, infatti, prescrivono la soluzione di quelle questioni della vicenda storica che consentono di ricostruire il fenomeno estintivo delle conseguenze penali, anche se, nella corrispondente declaratoria, la situazione di merito non avviene, anzi, non deve essere definitiva in tutti i suoi dettagli ai sensi degli artt. 152, comma 1, e 592 c.p.p. 1930.

Ne consegue che la pronunzia estintiva non contiene esclusivamente la verifica negativa delle cause pienamente assolutorie *ex* art. 152, comma 2, c.p.p. 1930, ma anche la valutazione e la risoluzione in positivo degli aspetti della lite utili all'applicazione della causa estintiva.

In questo senso, il giudizio non si preclude - come nel caso di difetto dei presupposti di procedibilità - ma è finalizzato soltanto ad una pronunzia che, pur essendo immediata e preliminare - limitatamente alle ipotesi di amnistia - è anch'essa fondata, come le altre di merito, su prove e norme.

Ciò, d'altra parte, contrasta con le osservazioni della dottrina[36] che esclude ogni valutazione di merito dalla fase predibattimentale. Come si è ampiamente dimostrato, le stesse decisioni anticipate di improcedibilità e improseguibilità, infatti, pur conservando la loro natura procedurale, contengono analisi sostanziali della controversia, poiché differiscono da altro tipo di pronuncia proscioglitiva solo per quanto riguarda l'oggetto.

Quest'ultimo, nelle prime ipotesi attiene alla valida instaurazione del procedimento; negli altri casi, invece, riguarda questioni connesse all'azione. Epperò, ai distinti tempi di decisione non corrispondono differenti contenuti di analisi sostanziale[37].

Infatti, il giudice valuta la sussistenza delle condizioni dell'azione in relazione alle tipologie di reato cui quelle si collegano. Sicché il riconoscimento delle corrispondenti cause ostative si fonda su considerazioni di merito.

In questa ipotesi, si verte non solo sul diritto ma anche sul fatto, così come afferma l'art. 421 c.p.p. 1930, il quale prevede un ipotetico e

---

[36] F. Cordero, *Contributo allo studio dell'amnistia nel processo*, cit., p. 9.

[37] Letteralmente, M. Menna, *Annotazioni in ordine al rapporto tra proscioglimento immediato e la sentenza predibattimentale*, cit., p. 105.

successivo accertamento dibattimentale sia delle cause estintive sia di quelle di improseguibilità e improcedibilità.

Ebbene, se in relazione al giudizio sul reato estinto la prosecuzione delle indagini ha lo scopo di definire l'episodio storico imputato, anche la previsione di un'ulteriore attività probatoria volta a verificare la sussistenza di cause ostative al procedimento può spiegarsi solo collegando la decisione corrispondente ad una valutazione fattuale.

Da un punto di vista teorico, è essenziale rammentare che i giudici hanno il divieto di ragionamenti astratti. Si afferma, infatti, in maniera indiscutibile, che l'organo decidente procede con un esame di merito anche nel caso in cui giudichi su elementi decisionali non intrinseci al fatto imputato - anche se ad esso con- nessi - quali la qualità del reo[38].

Di conseguenza, il potere del collegio resta integro nel valutare tutti i tipi di declaratoria che differiscono nella natura solo per il *thema decidendum* assunto a base del proscioglimento di non punibilità.

4 . Il valore della tempistività della pronuncia *ex* art. 152 c.p.p. 1930

La non condivisione della tesi convenzionale sulla natura del proscioglimento anticipato offre la possibilità di verificare gli spazi applicativi della decisione *ex* art. 152 c.p.p. 1930 nel predibattimento.

Il confronto tra il provvedimento *ex* art. 421 c.p.p. 1930 e la dichiarazione immediata di non punibilità si inserisce, preliminarmente, nel più generale rapporto tra quest'ultima sentenza e i provvedimenti di assoluzione delle varie fasi del processo; è d'uopo, dunque, prendere le mosse dall'esame del valore dell'immediatezza nel giudizio di proscioglimento.

---

[38] G. Leone, in *Trattato di diritto processuale penale*, Utet, Torino, 1956,afferma espressamente che lsentenza *ex* art. 17 c.p.p. investe in merito, sia pure per escludere in radice la valida presenza dell'azione penale. F. Cordero, poi, in *Contributo allo studio dell'amnistia nel processo, cit*., p. 78, riconosce che - quanto al tipo di pronuncia - non esiste differenza tra la sentenza cosiddetta di merito e quella di impromovibilità ed improseguibilità dell'azione, rilevando a tal fine l'identica natura dei due rispettivi giudicati.

Dopo aver sostenuto con coerenza, per anni, l'importanza della rilevante disciplina delineata dall'art. 152 c.p.p. 1930, la dottrina ne ha progressivamente sminuito la portata in relazione alla accelerazione della liberazione dell'imputato dal processo[39].

Così, da un lato, è stata ridotta la funzione di garanzia dei diritti dell'imputato, dall'altro è stato messo in discussione il significato stesso di economia processuale.

Quanto al primo aspetto, il congelamento delle attività istruttorie di cui all'art. 152, comma 2, c.p.p. 1930, è stato interpretato come una limitazione al principio del *favor rei*, perché risolve il conflitto tra la formula estintiva e quelle più favorevoli alla declaratoria di non punibilità più evidente e non di quella più vantaggiosa. Sarebbe, invece, consentita, in assenza del comma 2, la valutazione negativa di tutte le ipotesi di assoluzione piena, nel rispetto del generale favore dell'ordinamento verso tali decisioni ed il connesso diritto dell'imputato ad una piena tutela del giudizio nel merito.

Ciò trovava conferma, secondo la dottrina[40], nell'esistenza del potere di proseguire la raccolta delle prove per dichiarare «che il fatto non sussiste, che l'imputato non lo ha commesso o che il fatto non costituisce reato,» - invece dell'obbligo di prosciogliere immediatamente - quando sussisteva agli atti un difettodi imputabilità o di non punibilità ai sensi dell'art. 649 c.p.p. 1930.

Per quanto riguarda la rilevanza cronologica della decisione *ex* art. 152 c.p.p. 1930, la stessa tesi ne sminuiva anche la portata in tutte le fasi del giudizio rispetto alle tipiche sentenze di assoluzione nelle singole fasi processuali.

Secondo questo orientamento, nell'istruzione, l'art. 152 c.p.p. 1930, non spostava il momento della pronunzia, stante l'insopprimibilità degli obblighi di contestazione del fatto, del deposito in cancelleria dei documenti e degli atti e di attesa di requisitoria del pubblico ministero; e ciò, anche quando andava osservato che l'art. 299, comma 1, c.p.p. 1930, vietava lo svolgimento di accertamenti superflui.

---

39 G. Lozzi, *Favor rei e processo penale*, cit., p. 78.

40 E. Fassone, *La declaratoria immediata delle cause di non punibilità*, Giuffrè, Milano, 1972, p. 89.

Nella fase predibattimentale, la stessa opinione riteneva che l'art. 421 c.p.p. 1930, non si riferisse a questioni di immediatezza, né era collegato ad una distinta disciplina dell'assoluzione. Si affermava, infatti, che la norma risolvesse automaticamente gli obblighi della richiesta del pubblico ministero, dell'interrogatorio dell'imputato e lo svolgimento di ulteriori indagini.

Nella sentenza dell'accennata fase, dunque, venivano individuate le caratteristiche della decisione che si considerava sostitutiva di quella *ex* art. 152 c.p.p. 1930. Si precisava, altresì, che, rispetto al compito di precludere ulteriori indagini, così come previsto dal provvedimento *ex* art. 421 c.p.p. 1930, l'art. 152 c.p.p.1930, se ne differenziava solo dal punto di vista nominale.

La soluzione sarebbe suggerita dal fatto che in fase predibattimentale erano consentite solo limitate attività probatorie e che il rinvio al dibattimento per l'accertamento delle cause di assoluzione ancora incerte, non si riferiva a problemi di immediatezza, ma piuttosto a questioni di soppressione o meno di questioni processuali successive al formarsi di un compiuto giudizio di merito.

In dibattimento, poi, si è ritenuto che l'improcedibilità *ex* art. 152 c.p.p. 1930, fosse indipendente dall'attività probatoria, perché il riconoscimento delle condizioni per la decisione di assoluzione rendeva inutili ulteriori accertamenti. Anche in questo caso si affermava che l'assoluzione immediata non anticipava l'esito processuale rispetto alla tendenza tipica *ex* art. 479, c.p.p. 1930, tenuto conto che l'art. 150 c.p. stabiliva per ciascuna pronuncia dibattimentale le conclusioni orali delle parti, tanto più necessarie quando l'organo di accusa e la parte civile avevano interesse contrario alla delibera assolutoria.

Tale orientamento, per i gradi di impugnazione, limitava l'influenza cronologica dell'art. 152 c.p.p. 1930 perché affermava che non potessero essere pretermesse né la relazione necessaria a rendere consapevoli gli altri componenti del collegio della sussistenza delle cause di non punibilità né la discussione: in entrambi i momenti era prescritto il ricorso obbligatorio in Corte di cassazione rispettivamente all'art. 150 c.p., nonché agli artt. 518, 531 e 536 c.p.p. 1930; in altre parole, il ricorso era ammesso qualora la causa di non punibilità venisse immediatamente dichiarata.

Nel procedimento di rinvio, infine, si osservava che venissero riprodotte situazioni pregresse, mentre in fase di revisione, l'art. 565 c.p.p. 1930, imponendo la rinnovazione dell'udienza, si reputava che rendesse temporalmente ininfluente la disciplina del proscioglimento immediato.

Contro le accennate osservazioni, si sostiene, sempre in aggancio a parte della citata dottrina, che siffatta esegesi dell'art. 152 c.p.p. 1930 - derivante anche dal collegamento sistematico con quelle disposizioni del codice che prevedevano forme anticipate di cessazione della soggezione processuale dell'imputato - conferisse all'istituto un'influenza cronologica sul procedimento e lo vedesse come un'autentica - anche se incompleta - manifestazione di *favor rei*. Il presupposto per la pronuncia di non punibilità, era infatti rappresentato dal mero riconoscimento della sussistenza dei motivi di non punibilità, come previsto dal comma 1 dell'art. 152 c.p.p. 1930.

Si tratta, pertanto, di un semplice processo di identificazione, non paragonabile alla valutazione definitiva, che prevedeva, invece, la verifica dettagliata e il controllo della prova raccolta isolatamente nel corso delle indagini.

Se ne deduce che senza la previsione di un'immediata decisione di non dover procedere, l'esistenza di ragioni a supporto di un'assoluzione nel merito andava ulteriormente approfondita e verificata attraverso ulteriori e puntuali sforzi probatori.

Il confronto tra il comma 1 e 2 dell'art. 152 c.p.p. 1930 conferma che il carattere probatorio della prova era utilizzato in relazione a cause pienamente assolutorie solo nel capoverso della norma, nell'ipotesi che queste concorressero con i fatti estinti.

Pertanto, in base al comma 1, stessa disposizione, non era necessario provare l'innocenza dell'imputato quando le stesse ragioni di proscioglimento si affermassero isolatamente o a preferenza di altre fattispecie liberatorie.

Del resto, la stessa tesi, qui criticata, ammette che l'art. 152 c.p.p. 1930, stabilisse la prevalenza del proscioglimento più evidente, non di quello più vantaggioso, e che, quindi, nel caso in cui, in assenza di cause estintive, l'innocenza fosse ancora discutibile, sacrificasse il diritto dell'imputato ad un successivo giudizio negativo con le forme più favorevoli.

Tuttavia, fermo restando che l'indagine di merito era unica, anche quando serviva ad esaminare e decidere sulle diverse situazioni di proscioglimento, nell'ipotesi considerata, non si fermava solo l'accertamento delle cause della piena assoluzione, ma si impediva anche il pieno riscontro in fatto e in diritto di tutti gli altri fattori di non punibilità.

Ora, in relazione al riconoscimento delle ragioni estintive, tale effetto era previsto innanzitutto dall'art.152, comma 1, c.p.p. 1930, al quale solo a tal fine si collegava il suo capoverso.

Se, allora, il grado di certezza richiesto per decidere immediatamente sul reato estinto fosse stato così esiguo, non sarebbe occorsa maggiore certezza per affermare casi di punibilità equiparati all'estinzione del diritto dalla generale previsione sul proscioglimento immediato.

Pertanto, in opposizione alla prospettiva che trascura il significato dell'immediatezza del giudizio di proscioglimento, la declaratoria immediata di non punibilità aveva lo scopo di interrompere la valutazione delle prove nelle diverse fasi del processo.

Il significato dell'art. 152 c.p.p. 1930 era accresciuto dal fatto che la prosecuzione delle indagini, anziché congelarle, poteva potenzialmente portare a un esito diverso a causa della mancanza di chiarezza sulle questioni di merito. Il detto prosieguo delle indagini, attribuendo all'istruttore l'obbligo di compiere tutti e solo quegli atti che sulla base degli eventi raccolti apparissero necessari all'accertamento della verità, individuava la possibilità che si formasse una convinzione già all'inizio dell'istruttoria.

Questa interpretazione era supportata dalla responsabilità del giudice di considerare tutte le prove disponibili per confermare o respingere il giudizio iniziale. Ebbene, il riconoscimento di una delle cause di non punibilità previste dall'art. 152 c.p.p. 1930, poteva formarsi sulla base di alcuni elementi raccolti fin dall'ini- zio dell'indagine, in ossequio al *favor rei*; invece era vietata la verifica del giudizio così maturato attraverso la successiva attività probatoria.

Ma la decisione immediata di non doversi procedere incideva indubbiamente sui tempi processuali anche nelle fasi in cui il provvedimento veniva adottato a seguito di una mera valutazione degli atti, cioè nei preliminari di primo grado, nella fase antecedente al dibattimento in appello, durante tutto il giudizio di seconde cure - quando si disconoscevano le attività di cui all' art. 520 c.p.p. 1930 - e in Cassazione.

In questi segmenti procedimentali, l'art. 152 c.p.p. 1930, evitava la necessità di accertamento probatorio nelle fasi successive nel caso in cui ciò si rendesse necessario per confermare cause di non punibilità solo riconosciute: si precludeva, così, rispettivamente il dibattimento di prima istanza, quello rinnovato di secondo grado e quello seguente del giudizio di rinvio, anche se, in tale ultimo caso, limitatamente alle formule che la Corte di cassazione non poteva pronunciare in sede di normale annullamento.

Né vale l'obiezione avanzata dalla dottrina per spiegare il rapporto tra artt. 421 e 152 c.p.p. 1930, secondo cui il valore dell'immediatezza si realizzava in riferimento alle sentenze di assoluzione delle fasi processuali isolatamente considerate[41].

La dichiarazione manca di elementi normativi sufficienti.

In primo e secondo grado questa correlazione era stabilita tra predibattimento e dibattimento dall'art. 421 c.p.p. 1930, laddove la norma, in mancanza di elementi sufficienti ad accertare l'estinzione o il difetto di condizioni di procedibilità - allo stato comunque riconosciuti - rinviava il proscioglimento alla fase posteriore.

In appello la stessa combinazione tra l'udienza di mera valutazione e lo stadio probatorio seguente era prevista - questa volta in ordine a tutte le forme di proscioglimento - dagli artt. 520 e 522, comma 4, c.p.p. 1930.

In Cassazione, infine, l'analoga relazione con il giudizio di rinvio si argomentava - sia pure a contrario - con gli artt. 538 ultimo comma e 539, n. 9, c.p.p. 1930. Queste ultime disposizioni prevedevano la trasmissione degli atti al giudice di merito - rispettivamente - nell'ipotesi in cui fosse necessario assumere nuove prove diverse dalle esibizioni dei documenti e in tutti i casi nei quali un ulteriore giudizio non fosse superfluo, quindi, anche nell'evidenza in cui un accertamento supplementare fosse indispensabile per prosciogliere l'imputato.

Nelle fasi processuali qui riferite, perciò, il proscioglimento immediato mostrava la sua incidenza temporale sul procedimento, nel legittimo confronto con le sentenze di assoluzione dei periodi successivi a quello in cui era stata emessa la dichiarazione qui richiamata.

---

41 E. Fassone, *La declaratoria immediata delle cause di non punibilità,* cit., p. 78.

In questa prospettiva, non ha più senso dedurre l'irrilevanza cronologica della sentenza *ex* art.152 c.p.p. 1930 dall'includibilità degli incombenti processuali che precedevano le pronunzie assolutorie a cui quella decisione si correlava, perché - anche ammessa la rilevanza di siffatte scansioni del procedimento ai fini del perfezionamento della fattispecie assolutoria qui riferita - l'influenza di questo provvedimento sui tempi del processo, si misurava in relazione all'attività probatoria in corso da svolgere.

Da un punto di vista sistematico, poi, va valutata la rilevanza dell'art. 152 c.p.p. 1930, nell'ambito delle liberatorie operanti in situazioni di valutazione incompleta.

All'insieme di questi provvedimenti appartenevano l'assoluzione preliminare e la sentenza *ex* art. 421 c.p.p. 1930, che presentavano un accertamento non definitivo, in quanto le prove su cui si fondavano non venivano rinvenute nel corso del dibattimento. A ciò si aggiungeva la sospensione del procedimento prevista dagli artt. 83 e 89 c.p.p. 1930, nei casi in cui sussisteva semplice dubbio rispettivamente sull'identità personale e sulla morte dell'imputato.

Tali disposizioni evidenziano, in maniera decisiva, che la conclusione o l'interruzione del procedimento a favore dell'imputato non si basava necessariamente sull'alternativa ricostruttiva completa rispetto a quella cui si riannodava la condanna certa e definitiva, perché il riconoscimento di corrispondenti cause liberatorie poteva derivare da prove non controllate.

In questa prospettiva, l'immediatezza *ex* art. 152 c.p.p. 1930 riacquistava tutta la sua forza perché rappresentava il livello minimo di accertamento richiesto dal legislatore a tutela del *favor rei*.

Bisogna ricordare, infatti, che tale principio valeva non solo ai fini del trattamento dell'imputato nella decisione di merito, ma anche per fissare il limite della sottomissione di quest'ultimo al processo; quindi dall'art. 152 c.p.p. 1930 lo stesso valore era attuato nell'ultimo senso dal comma 1 - in quanto questo bloccava l'ulteriore svolgimento del procedimento - nell'altro senso dal comma 2 - perché questo sostituiva alla decisione estintiva la piena assoluzione nel merito.

5. La natura del proscioglimento predibattimentale nel codice del 1988.

Nel sistema processuale del 1988, la sentenza predibattimentale di proscioglimento dell'imputato, prevista dall'art. 469 c.p.p., rinvia all'ontologia della sequenza procedimentale della fase del giudizio ordinario, nel cui ambito il legislatore intende far approdare solo le questioni che richiedono realmente gli approfondimenti necessari al dibattimento.

Alla base della disciplina vi è la necessità di razionalizzare il processo, attuando i noti principi di economia e di congruenza, che permettono di evitare di svolgere ulteriori attività, il cui espletamento, in effetti, non porterebbe a risultati diversi, *rebus sic stantibus*, da quelli che si otterrebbero, comunque, con l'interruzione della procedura in un momento anteriore.

Ma il principio di economia processuale non è assoluto.

Esso non prevale su altri principi o diritti delle parti garantiti nel sistema; infatti, quel valore viene meno di fronte alla volontà dell'imputato di aspirare ad un risultato maggiormente soddisfacente attraverso l'esercizio del diritto al dibattimento.

Ciò traspare in modo netto dall'attuale disciplina del proscioglimento *ex* art. 469 c.p.p. nella parte in cui è prevista l'interlocuzione adesiva o ostativa, coerentemente con l'art. 111 comma 5 Cost., nonché con l'art. 6, § 2, C.e.d.u., del pubblico ministero e dell'imputato (e dal 2015 della persona offesa nell'ipotesi del comma 1-*bis, infra*).

Epperò, non si tratta di una novità del sistema processuale del 1988; esso, come abbiamo visto in precedenza, è un principio coniato nell'abrogato codice di rito per l'art. 421 c.p.p., dopo la riforma introdotta dalla legge 18 giugno 1955 n. 517, che disciplinava il dovere del giudice di sentire le parti, di acquisirne il consenso espresso - o constatarne la mancata opposizione - prima di procedere alla pronuncia della sentenza. Verosimilmente, quindi, l'imputato poteva e può opporsi ad una decisione, comunque vantaggiosa, ove è certo di poter dimostrare in dibattimento una (sia pur non evidente) causa di proscioglimento diversa.

Il modello di razionalità monologico della decisione (art. 292 c.p.p.), di cui in questa sede si tralascia l'approfondimento[42] e la connessa regola di giudizio della immediata declaratoria di cause di non punibilità, sono la premessa chiarificatrice del rapporto tra il potere decisorio agganciato alla pronunzia e l'interferente decisione *ex* art. 469 c.p.p. che alla luce di un ipotetico nesso di specialità sembrerebbe escludere l'operatività dell'art. 129 c.p.p.

Nello specifico, in dottrina e giurisprudenza[43], l'orientamento prevalente è fermo su due punti.

Con il primo, si ritiene che l'emanazione della declaratoria *ex* art. 129, comma 2, c.p.p., imponga l'apertura del dibattimento perché, la pronunzia *ex* art.469 c.p.p., riallacciandosi a formule esclusivamente processuali, impedirebbe la cognizione di merito prima dell'apertura della pubblica udienza.

Con l'altro, si afferma che la sentenza *ex* art. 469 c.p.p. esclude l'operatività in predibattimento del proscioglimento *ex* art. 129, comma 1, c.p.p. - in analogia alla norma di cui all'art. 421 del 1930, in una visione contraria alla nostra[44] - in quanto si presume speciale rispetto a quest'ultima.

Epperò, le tesi non sono condivisibili, poiché la sentenza *ex* art. 469 c.p.p., seppur ritenuta, secondo quanto ribadito dalle Sezioni Unite nel 2022 con sentenza n. 3512 di natura prettamente procedurale (cioè, senza alcuna valutazione di merito), è istituto pensato con evidenti finalità deflattive, soprattutto alla luce di istanze di riforma che intendono individuare ulteriori momenti di controllo del procedimento penale.

Quanto alla prima asserzione, si è chiarito in precedenza in rapporto all'aggancio delle ipotesi *ex* artt. 421 e 152, comma 2, c.p.p.

---

[42] In argomento, ampiamente, volendo, M. Minafra, *Proscioglimenti anticipati e modelli razionali di giudizio*, cit., p. 45.

[43] In argomento, A. Nappi, *Guida al codice di procedura penale*, Giuffrè, Milano, 1996.

[44] Cfr., Finocchiaro-Aprile C., *Relazione sul progetto del nuovo codice di procedura penale presentata [...] alla Camera dei Deputati nella seduta del 28 novembre 1905* in *Commento al Codice di procedura penale,* L. Mortara, A. Stoppato, G. Vacca, A. Setti, R. De Notaristefani, S. Longhi (a cura di) *Parte Prima - Lavori preparatorii, Volume secondo [...],* cit., p. 85.

1930, che la sentenza anticipata di proscioglimento per estinzione del reato, in quanto legata ad un concreto esame della colpevolezza dell'imputato risultante dagli elementi offerti in tale fase, cioè secondo lo stato degli atti - apprezzabile anche in relazione al richiesto esame delle non necessità degli accertamenti dibattimentali - è una pronuncia di merito, per cui non si comprendono le ragioni per le quali non sia possibile utilizzare la decisione *ex* art.129, comma 2, c.p.p., nella fase degli atti preliminari, fase anche detta, secondo un'accezione metonimica, predibattimento.

Leggendo l'accennata disposizione, si può scorgere, inoltre, che il legislatore non si è discostato dalla espressione «se per accertarlo non è necessario procedere al dibattimento» prevista all'art. 421 c.p.p. 1930.

Nihil sub sole novum, dunque.

5..1... E IL RAPPORTO CON LA PARTICOLARE TENUITÀ DEL FATTO.

La convinzione che la sentenza anticipata di proscioglimento *ex* art. 469 c.p.p., ha natura non di merito ma processuale, è altresì smentita, *de facto*, dall'intervento del legislatore del 2015.

In attuazione della legge 28 aprile 2014 n.67, con il d. lgs. 16 marzo 2015 n.28, infatti, per delineare una causa di non punibilità rispondente alla concezione gradualistica del reato ed ai principi di sussidiarietà e di proporzionalità del diritto penale, è stato introdotto nel Codice penale l'art.131-*bis* c.p. ed al medesimo si sono correlate una serie di modifiche in sede processuale, tra cui quella prevista all'art. 469 c.p.p. dove è stato aggiunto il comma 1-*bis*, in cui è sancita la possibilità della pronuncia di una sentenza di non doversi procedere per esclusione della punibilità dell'imputato per particolare tenuità del fatto.

Fermi i contenuti della disposizione ai quali si rinvia, per la dottrina[45], la disposizione *ex* art. 131-*bis* c.p., in fase predibattimentale è di difficile applicazione, poiché il giudice ha una conoscenza limitata degli atti basata solo sul fascicolo del dibattimento ancora in una forma embrionale.

[45] G. Garuti, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto: profili processuali*, in *Proc. pen. giust*., n. 6, 2015, *passim*.

Per poter disporre di più elementi, afferma l'orientamento, «dovrebbe esserci una significativa collaborazione tra le parti -imputato e pubblico ministero -, che possono opporsi alla declaratoria di improcedibilità, per non rinunciare alla verifica dibattimentale - che, a norma dell'art. 431, comma 2, c.p.p., decidano di far transitare nel dibattimento una parte considerevole degli atti di indagine».

Inoltre, si afferma, che la tesi è supportata anche dal fatto che in questa fase non è possibile utilizzare il meccanismo di assunzione anticipata della prova previsto dall'art. 467 c.p.p.

Si ritiene, altresì, che anche per la persona offesa la tutela riconosciuta appare ridotta poiché quest'ultima, non solo deve essere sentita esclusivamente se compare fisicamente, previa notificazione dell'avviso dell'udienza in camera di consiglio, come previsto dall'art. 127 c.p.p., ma non ha il diritto di opporsi alla decisione del giudice, a differenza dell'imputato, che può farlo ai sensi dell'art. 469, comma 1, c.p.p.

In altre parole, per quanto riguarda la declaratoria di non punibilità per particolare tenuità del fatto, lo scorcio predibattimentale - generalmente esauribile in una sola udienza - sembra avere una veste residuale, di nicchia, atteso che potrebbe risultare non poco problematico l'intervento del giudice che in questa fase si trova di fronte ad un fascicolo vuoto, o quasi.

Epperò, la tesi non si condivide sia per quanto concerne la struttura dello stadio predibattimentale, poiché, come detto, funzionale alla riduzione dei tempi del processo, sia per quanto riguarda il peso del contraddittorio. L'ago della bilancia, infatti, dipende dall'atteggiamento del giudice rispetto al possibile accertamento della responsabilità dell'imputato e alla decisione finale.

In rapporto a quest'ultima affermazione, si chiarisce che la pronunzia *ex* art. 469, comma 1-*bis,* c.p.p., fonda su un giudizio concreto di fatto e di diritto sulla colpevolezza.

La non punibilità si trova in una posizione di pregiudizialità-dipendenza rispetto all'accertamento del fatto tipico e colpevole che deve essere inevitabilmente accertato e non certo sostituito metafisicamente da un mero giudizio ipotetico di colpevolezza.

La pronuncia di merito, contenente le risultanze *ex* art. 131-*bis* c.p., non potrà avere la stessa prospettazione della declaratoria prevista per l'estinzione del reato o per l'*abolitio criminis*. Del resto, la suddetta

disposizione risulta estranea ad una logica di improcedibilità o, comunque, di condizione per procedere; né si può forzare la lettera della norma per esigenze di deflazione e snellimento del carico penale, affinché si eviti la celebrazione del processo quando non sia necessario.

Il codice di rito, infatti, non si spinge in una definizione processuale della categoria della «non punibilità per particolare tenuità del fatto», mancando il richiamo anche tra le ipotesi *ex* art. 129 c.p.p.

La particolare tenuità dell'offesa, dunque, è un fatto, ovvero una qualità oggettiva dell'accadimento naturalistico i cui parametri sono legati ad elementi concreti, cioè fattuali. L'esistenza di un'area di fatti non meritevoli di punizione, in quanto in concreto minimamente offensivi, è emulsionata dal giudice al quale è affidata la selezione storica secondo una fattispecie aperta rivisitata ad hoc dal legislatore. Ne consegue che fatti-reati atipici potranno essere sussunti nell'alveo di nuove fattispecie meritevoli di essere particolarmente tenue e, in ultimo, non punibili.

L'ampia discrezionalità del giudice si attesta in una sorta di criterio di meritevolezza, temperata esclusivamente dagli indici-criteri di primo intervento e quelli di nuova introduzione, volti a definire la tenuità dell'offesa e la non abitualità del comportamento, segmenti tali da azzerare il precetto penale e non far giungere alla sanzione prevista per legge.

Il meccanismo azionabile dal giudice procedente, quindi, sarà quello del diritto penale minimo, in ossequio alla efficienza sistematica del procedimento penale. Al contempo, anche la giurisprudenza di legittimità88, ha osservato che il giudizio sulla tenuità richiede una valutazione complessa e congiunta di tutte le peculiarità della fattispecie concreta che tenga conto della modalità della condotta, del grado di colpevolezza da esse desumibile e dell'entità del danno e del pericolo. Nella fase predibattimentale, allora, l'emanazione della pronuncia di una «sentenza di non doversi procedere» per esclusione della punibilità dell'imputato per particolare tenuità del fatto, può avvenire quando nel fascicolo del dibatti- mento, che è a disposizione del giudice predibattimentale, si trovano atti idonei a consentire l'accertamento del commesso reato; e, ciò, oltre agli altri profili fattuali relativi alla non abitualità della condotta che vanno accertati per dichiarare la nuova causa di non punibilità.

In questa ipotesi, anche se manca l'espressione «se per accertarlo non è necessario procedere al dibattimento» di cui al comma 1 stessa

disposizione, la decisione è allo stato degli atti, in aggancio agli inesistenti poteri divinatori attribuiti al giudice rispetto alla proiezione della condanna in dibattimento e, cioè, sugli atti istruttori futuri offerti dalle parti o assunti d' ufficio *ex* artt. 506-507 c.p.p.

Viceversa, se mancano atti sufficientemente convincenti ai fini dell'accertamento positivo di responsabilità, non vi sarà riscontro concreto sulla commissione del reato da parte dall'imputato, anche se non si potrà mai prescindere dal giudizio sugli altri elementi fattuali sulla non abitualità della condotta.

In quest'ultimo caso, la verifica sulla colpevolezza operata dal giudice in sede deliberativa, potrà vertere esclusivamente su un'ipotesi di reato, strutturante solo un giudizio di diritto preceduto da un contraddittorio eristico-argomentativo sull'applicazione astratta della norma penale.

Il circolo ermeneutico, allora, che prima in contraddittorio e poi in sede deliberante si dovrà stabilire, riguarderà non il fatto concreto e la norma penale, ma il fatto in ipotesi e la fattispecie normativa.

Il contraddittorio prodromico al giudizio di diritto assumerà, quindi, come riferimento, non solo la lettura e la comprensione dell'evidenza normativa, ma, nei casi di dubbio interpretativo - esclusivamente quantitativo - l'art. 530, comma 2, c.p.p., dove è previsto che l'epilogo favorevole per l'imputato è annunciato quando, con evidenza, manca, è insufficiente o è contraddittoria la prova che «il fatto sussiste, che l'imputato lo ha commesso, che il fatto costituisce reato o che il reato è stato commesso da persona non imputabile».

6. La non sovrapponibilità della immediata declaratoria *ex* art. 129 c.p.p. al proscioglimento anticipato sotto il profilo della regola di giudizio.

Va chiarito che non vi può essere rapporto di specialità tra l'art. 469 c.p.p. e l'art. 129, comma 1, c.p.p., giacché, contrariamente a quanto ritenuto alla dottrina e alla giurisprudenza prevalenti, diverse sono le regole di giudizio e i moduli di razionalità utilizzati dal giudice per le pronunce, nonostante sia identico lo scopo di anticipare la decisione finale.

A tal proposito, in riferimento alla delibera *ex* art. 469 c.p.p. è indispensabile considerare l'assenza di qualsiasi menzione ufficiosa della

sentenza mentre è richiesta la valutazione del giudice circa l'inutilità degli accertamenti dibattimentali.

Entrambi i profili palesano che l'organo giudicante, nelle situazioni di proscioglimento anticipato *ex* art. 469 c.p.p., non ragiona monologicamente[46] ma attraverso le risultanze del contraddittorio come nel caso della pronunzia *ex* art. 425 c.p.p.

Pertanto, in tali ipotesi proscioglitive, il giudice è chiamato a formulare una prognosi probatoria - così come avviene nei casi previsti dagli artt. 455 e 441, comma 5, c.p.p. - per stabilire se, nel caso in cui si riproducessero nel contraddittorio le stesse tesi ricavabili dallo stato degli atti, fosse possibile pronunziare, anche in dibattimento, la delibera proscioglitiva con le medesime formule ipotizzate per il predibattimento.

Viceversa, la valutazione dell'utilità del contraddittorio è assente nell'ottica della pronunzia *ex* art. 129 c.p.p. perché il ragionamento del giudice rispetto alla decisione è monologico, proteiforme e di tipo probabilistico agganciato alla regola di giudizio dell'immediata pronuncia. In questo caso, è il giudicante che determina le regole inferenziali, in quanto, anche d'ufficio - e quindi lontano dalla logica della maturazione della decisione in contraddittorio come si realizza ai sensi dell'art. 425 c.p.p. o dell'art. 469 c.p.p. - se rileva una causa di non punibilità può - deve - prosciogliere, indipendentemente dalle prospettazioni di parte.

È evidente, allora, che l'approccio alla argomentazione decisionale delle due pronunzie è diverso e nessun legame di specialità può configurarsi tra le stesse, poiché sono disciplinate da norme che hanno una diversa ratio rispetto al dubbio non-assiologico.

In altre parole, per la decisione *ex* art. 469 c.p.p. il giudice è attento al contraddittorio euristico e nei documenti offertigli cerca di individuare le versioni elaborabili dalle parti.

Nei casi *ex* art. 129 c.p.p., invece, la giurisdizione, attraverso il modulo della razionalità applicata, cioè monologico, riscostruisce oggettivamente gli elementi su cui basare la pronunzia, prescindendo completamente dall'interpretazione dei possibili sviluppi argomentativi dell'attività della parte, comunque giudicati allo stato degli atti; e, ciò, in

[46] Ancora, volendo, M. Minafra, *Proscioglimenti anticipati e modelli razionali di giudizio,* cit., p. 89.

ogni stato e grado del processo, significando che la pronuncia *ex* art. 129 c.p.p. è applicabile anche per il predibattimento.

Peraltro, abbiamo visto che, anche ai sensi del comma 1-*bis* dell'art. 469 c.p.p. si anima un contraddittorio eristico, poiché è espressamente previsto nella disposizione. Ad assumere significato è la locuzione «anche» riferita alla parola «audizione», contenuta nel secondo periodo dell'art. 469, comma 1-*bis*, c.p.p. Ai fini del provvedimento di proscioglimento predibattimentale *ex* art. 131- *bis* c.p., infatti, è necessario sentire oltre all'imputato e al pubblico ministero, come stabilito nel comma 1, anche la persona offesa, se compare. Non è invece richiesto l'ulteriore requisito della mancata opposizione delle parti, non essendoci all'interno della disposizione un espresso richiamo in tal senso: c'è un contraddittorio tra due posizioni diverse che sollevano il giudice dal compito di ricostruire autonomamente anche le massime di esperienza, cioè di introdursi in una prospettiva investigativa autonoma per quanto riguarda l'allargamento della conoscenza delle informazioni rispetto a quanto hanno fatto le parti.

Ne consegue che tale contraddittorio, di natura eristica, impone al giudice di svolgere solo attività deduttive. Egli, cioè, può scartare una delle prospettive offerte dalle parti, oppure eliminarle entrambe, poiché potrebbe ritenere che sussista il dubbio quantitativo, ai sensi dell'art. 530, comma 2, c.p.p.

L'organo giudicante, inoltre, potrebbe fare anche solo il controllo falsificante, stabilendo l'inconciliabilità logica di una o di entrambe le prospettive delle parti con delle altre evidenze esistenti agli atti, cioè nel fascicolo del dibattimento.

È tangibile, allora, la diversità di cognizione degli artt. 469, comma 1-*bis* e 129 c.p.p. rispetto al dubbio non-assiologico.

In merito alle questioni assiologiche, invece, il giudice, in via analogica, può esaltare il permanere del dubbio della loro risoluzione.

In altri termini, il dubbio qualitativo può coesistere con quello quantitativo riferendosi comunque ai presupposti di fatto della norma. Questo significa che sussisterà sempre l'esigenza di confrontarsi con i limiti tipici della fattispecie su cui il giudice ragiona in termini di evidenza e con atteggiamento solo logico- formale rispetto al contraddittorio. Accanto a ciò, può sorgere la necessità di confrontarsi con le questioni più squisitamente valutative riconducibili alle clausole elastiche delle norme.

Anche il profilo elastico di una regola normativa, se si applica rispetto a un caso in cui vi è una concordanza di tutti i consociati sul significato e sulla risoluzione della corrispondente questione assiologica, ridiventa un limite tipico, giacché il giudice ritorna a decidere in termini di evidenza, avendone un riferimento e, quindi, senza dover esercitare la discrezionalità tipica del ragionamento probabilistico.

Questo avviene poiché ogni clausola elastica ha un nucleo inderogabile forte di casi che risponde a un significato condiviso da tutti i consociati.

Quella situazione, allora, ritorna ad essere tipica e il giudice può ragionare su di essa in termini esclusivamente logico-formali.

Posta la dissociabilità tra i limiti tipici dei dubbi quantitativi ed i profili elastici dei dubbi assiologici, resta confermata la diversità di *ratio* tra l'art. 129 c.p.p., dove anche i dubbi quantitativi e i limiti tipici si affrontano sempre in termini discrezionali con ragionamento probabilistico, e l'art. 469 c.p.p., in cui i suddetti limiti e i dubbi quantitativi non assiologici si analizzano rispetto al contraddittorio con atteggiamento logico-formale. il residuare di dubbi assiologici riannodabili alle versioni di parte impone l'affiancamento, per quelle incertezze, del ragionamento probabilistico a quello logico-formale.

Alla luce di ciò, si può sostenere che il comma 1 dell'art. 129 c.p.p. introduce altre formule di merito autonome rispetto a quelle - di merito - *ex* art. 469 c.p.p.[47], giacché il giudice, sia pure in maniera probabilistica, può prosciogliere già in predibattimento.

Ai sensi dell'art. 129, comma 1, c.p.p., infatti, il giudice del predibattimento può prosciogliere l'imputato «perché il fatto non sussiste, non l'ha commesso, il fatto non costituisce reato, il fatto non è previsto dalla legge come reato».

---

[47] Cass., Sez. un., 19 dicembre 2001, n. 3027. Inoltre, non può essere esteso il contenuto del comma 1, art. 469 c.p.p. anche al giudizio di appello e pertanto la sentenza predibattimentale di proscioglimento non può essere pronunciata dal Giudice di secondo grado, poiché l'art. 601 c.p.p. disciplina autonomamente lo stato degli atti preliminari a tale giudizio rispetto a quello del giudizio di primo grado, senza richiamare indebitamente proprio l'art. 469 del codice di rito. Si richiamano sul punto, le recenti Cass., sentenze nn. 14699 del 2022 e 51562 del 2023.

Tra le stesse declaratorie, inoltre, non vi è rapporto di eccezionalità perché i due tipi di valutazione a cui vi si ricollegano non si escludono a vicenda in termini di mappa concettuale o di argomenti affrontati.

7. Conclusioni.

La motivazione, in relazione all'obbligo costituzionalmente sancito dell'art. 111 comma 6 Cost., è ritenuta dal sottostrato storico e dal suo valore giuridico e politico riguardante l'efficacia della stessa, essenza di garanzia, stella polare per il comportamento del legislatore e, pertanto, della giurisdizione, nella sua funzione decisionale, che ha il compito di renderla visibile alle parti e controllabile sia dagli organi giudiziari di livello superiore sia dall'opinione pubblica. Al nostro modello di processo, infatti, va riconosciuta la funzione cognitiva e lo scopo di accertare la verità in merito ai fatti oggetto dell'imputazione.

Se non vi si individuassero le suddette finalità non avrebbe senso parlare di criteri inferenziali, connessioni probatorie, contraddittorio o relazioni tra prove e ragionamento giudiziale o fra prove e decisione.

E siffatte funzioni permeano e ispirano, in particolar modo, il modello di razionalità del giudice della decisione.

La logica, infatti, che presiede alla elaborazione della metodologia del controllo e delle pronunce, offrendo i parametri o i modelli per la formazione razionale della decisione, occupa un posto preminente nella fenomenologia del processo.

Un passo della Retorica di Aristotele recitava: non deve il giudice sentenziar sempre dalle cose necessarie, ma dalle verisimili ancora [...] non basta confutare un argomento perché non è necessario ma si deve confutarlo perché non è verosimile[48].

Ebbene, attraverso l'individuazione delle tecniche di controllo della razionalità della decisione che incidono sui suddetti criteri rispetto alla sentenza predibattimentale del 1930 e del 1988, si è dimostrato in

[48] C. A. Viano, *La logica di Aristotele*, ed. Taylor,Torino, 1955, *passim*; G. Weltring, *Das semeion in der Aristotelischen, Stoischen und Skeptischen Philosophie*, ed. Hauptmann, Bonn, 1910, p. 45.

adesione a condivisibile dottrina[49], che la decisione estintiva si connette (va) - anche nel codice del 1988 - all'esercizio di un potere di convincimento sui fatti, non solo ad una valutazione meramente ipotetica.

Bibliografia

BELLAVISTA G., *Sulla teoria generale dei procedimenti anomali*, in *Riv. dir. proc. pen*., 1956.

CAPPITTA A. M., *La declaratoria immediata delle cause di non punibilità*, Giuffrè, Milano, 2010

CECANESE G., *Le regole di giudizio tra archiviazione e proscioglimento*, E.S.I., Napoli, 2012.

CONSO G., *L'art. 152 c.p.p. e le questioni di legittimità costituzionale: rapporti di priorità*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., n.1, 1958.

CONSO G., *Vero e falso nei principi generali del processo penale italiano*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., n. 4, 1958.

CORDERO F., *Contributo allo studio dell'amnistia nel processo*, Giuffrè, Milano, 1957.

CORDERO F., *La decisione sul reato estinto*, in *Riv. It. dir. proc. pen*., 1962.

DALIA G., *Il proscioglimento predibattimentale tra evoluzioni normative e orientamenti giurisprudenziali*, in *Proc. pen. giust*., n. 6, 2022.

DANIELE M., *Proscioglimento, Diritto processuale penale, Enciclopedia del diritto*, Annali, vol. II, tomo I, Milano, 2008,

DE LUCA G., *Contributo allo studio dei limiti soggettivi della cosa giudicata*, Giuffrè, Milano, 1959.

FALATO F., *Immediata declaratoria e processo penale,* Cedam, Padova, 2010.

FASSONE E. *La generalizzazione del diritto di rinunzia all'amnistia e i suoi riflessi sulla costruzione giuridica dell'istituto*, in *Giur. cost*. 1971

FASSONE E., *La declaratoria immediata delle cause di non punibilità*, Giuffrè, Milano, 1972.

[49] M. Menna, *Annotazioni in ordine al rapporto tra proscioglimento immediato e la sentenza predibattimentale*, cit., *passim*.

FINOCCHIARO-APRILE C., *Relazione sul progetto del nuovo codice di procedura penale presentata [...] alla Camera dei Deputati nella seduta del 28 novembre 1905* in *Commento al Codice di procedura penale,* L. Mortara, A. Stoppato, G. Vacca, A. Setti, R. De Notaristefani, S. Longhi (a cura di) *Parte Prima - Lavori preparatorii, Volume secondo [...]*, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1913.

FOSCHINI V., *Predibattimento e fase della prelibazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., n. 8, 1966.

GARUTI G., *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto: profili processuali*, in *Proc. pen. giust*., n. 6, 2015.

GIANZI E., *Estinzione del reato e proscioglimento nel merito*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., n. 8, 1961.

LA ROCCA M., *In tema di formule di proscioglimento*, Jovene, Napoli, 1971.

LEONE G., *Trattato di diritto processuale penale*, Utet, Torino, 1956.

LOZZI G., *Favor rei e processo penale*, ed. Luogo, Milano, 1968.

LOZZI G., *I limiti cronologici della fase predibattimentale*, Giuffrè, Milano, 1963.

MARANDOLA A.A., *Declaratoria immediata di cause di non punibilità (obbligo di),* in *Enc. Giur.,* vol. X, ed. Treccani, Roma, 2002.

MARZADURI E., Sub *art. 129*, in *Comm. Nuovo c.p.p.* Chiavario, II, Torino 1990.

MENNA M., *Annotazioni in ordine al rapporto tra proscioglimento immediato e la sentenza predibattimentale*, in *Arch. pen*., 1986.

MENNA M., *La motivazione del giudizio penale*, Jovene, Napoli, 2000.

MINAFRA M., *Proscioglimenti anticipati e modelli razionali di giudizio*, ed. Cacucci, Bari, 2024.

MORELLI F. B., *Le formule di proscioglimento. Uno studio introduttivo,* Giappichelli, Torino, 2010.

NAPPI A., *Guida al codice di procedura penale*, Giuffrè, Milano, 1996.

NUVOLONE P., *La riforma della procedura penale*, in *Arch. pen*., n. 6, 1955.

PAGLIARO A., *Profili dogmatici delle c. d. cause di estinzione de reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1967.

PRESUTTI A., *Proscioglimento istruttorio per amnistia e diritto al giudizio nel merito*, in *Riv. it. dir. proc*., n. 5, 1977.

RUGGERI S., *Decisione in ipotesi, estinzione del reato e tutela dell'innocenza. Riflessioni acroniche su accertamento giudizio e giudicato*, in *Leg. pen.*, 2021.

SANTORO A., *Manuale di diritto processuale penale*, ed. Torinese, Roma, 1954.

VIANO C. A., *La logica di Aristotele*, ed. Taylor, Torino, 1955.

WELTRING G., *Das semeion in der Aristotelischen, Stoischen und Skeptischen Philosophie*, ed. Hauptmann, Bonn, 1910.

Authorship information

Mena Minafra. PhD in Law. Researcher at Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli, Italia. mena.minafra@unicampania.it

Additional information and author's declarations *(scientific integrity)*

Conflict of interest declaration: the author confirms that there are no conflicts of interest in conducting this research and writing this article.

Declaration of authorship: all and only researchers who comply with the authorship requirements of this article are listed as authors; all coauthors are fully responsible for this work in its entirety.

Declaration of originality: the author assures that the text here published has not been previously published in any other resource and that future republication will only take place with the express indication of the reference of this original publication; she also attests that there is no third party plagiarism or self-plagiarism.

Data Availability Statement: In compliance with open science policies, all data generated or analyzed during this study are included in this published article.

Editorial process dates (https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/about)

- Submission: 23/03/2025
- Desk review and plagiarism check: 30/03/2025
- Review 1: 17/04/2025
- Review 2: 07/05/2025
- Preliminary editorial decision: 18/05/2025
- Correction round return 1: 12/06/2025
- Preliminary editorial decision 2: 16/06/2025
- Correction round return 2: 17/06/2025
- Final editorial decision: 17/06/2025

Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Associated-editor: 2 (SR; FM)
- Reviewers: 2

How to cite (ABNT Brazil):

MINAFRA, Mena. La contraddittoria natura della cognizione predibattimentale nel sistema processuale penale del 1930 e del 1988. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 11, n. 2, e1206, mai./ago. 2025. https://doi.org/10.22197/rbdpp.v11i2.1206

License Creative Commons Attribution 4.0 International.

L'accertamento che non c'è: prescrizione del reato e irragionevole durata delle indagini

The missing fact-finding: statute of limitation of crime and unreasonable duration of preliminary investigations

Elisea Malino[1]

Università degli Studi di Messina – Messina, Italia

elisea.malino@unime.it

https://orcid.org/0009-0000-9828-2170

Riassunto: Il presente contributo analizza il problema della dichiarazione di archiviazione per prescrizione di reato. Prendendo le mosse dai delicati rapporti esistenti tra la prescrizione e il principio di ragionevole durata delle indagini, si cercheranno di individuare gli effetti del lento scorrere del tempo sulla tutela riconosciuta ad alcuni interessi, apparentemente in contrasto tra loro. Se, infatti, l'istituto della prescrizione consente al diritto all'oblio dell'accusato di prendere forma, la sua operatività può al contempo pregiudicare alcune garanzie attribuite alla persona offesa. Quest'ultima, infatti, grazie alle influenze sovranazionali e internazionali, è oggi titolare di molteplici poteri e facoltà, il cui esercizio rischia però di essere frustrato da una scorretta e impropria gestione delle notizie di reato e dei tempi di durata delle indagini. Data la frequenza con la quale si manifesta il fenomeno preso in considerazione, l'obiettivo di questa breve analisi è quello di individuare le cause che determinano il concretizzarsi di tale situazione patologica, così da verificare l'adeguatezza degli strumenti di cui attualmente dispongono i privati che abbiano un interesse a che l'accertamento investigativo sia condotto in maniera tempestiva.

Parole chiave: accertamento; prescrizione; ragionevole durata; indagini preliminari; archiviazione; persona offesa.

[1] Assegnista di ricerca in diritto processuale penale presso l'Università degli Studi di Messina; Dottoranda di ricerca in scienze giuridiche; Avvocato presso il Foro di Messina.

Abstract: *This paper analyses the problems arising from the dismissal of cases on the grounds of statutes of limitations. Starting from the delicate relationship between the statute of limitations and the principle of the reasonable length of investigations, this study aims at identifying the effects of the gradual passage of time on certain fundamental rights that conflict with one another. We shall point out that while the expiration of the statute of limitations can facilitate the establishment of the accused's right to be forgotten, it simultaneously undermines the rights of the injured party. This is due to the fact that the latter, thanks to supranational and international case-law, holds multiple rights that are frustrated by the improper and inadequate management of notitiae criminis and by the long duration of investigations. Given the frequency of this phenomenon, the present study aims to explore its causes, with a view to assessing the efficacy of recently introduced "anti-stasis" remedies in overcoming the obstacles that lead to the expiration of the statute of limitations.*

Keywords: *fact-finding; statute of limitations of the crime; reasonable duration; preliminary investigation; dismissal; protection of victim.*

Sommario: 1. Premessa; 2. Due istituti alle dipendenze del tempo: la prescrizione del reato e la ragionevole durata del processo; 3. Ragionevolezza della durata delle indagini preliminari e irragionevolezza delle archiviazioni per prescrizione: i primi sintomi della *mala gestio* degli affari penali; 4. Dietro i provvedimenti di archiviazione per prescrizione: più che un accertamento completo un accertamento inesistente; 5. Vittime del reato e vittime della archiviazione per prescrizione; 5.1. Il diritto della persona offesa alla ragionevole durata delle indagini e la violazione del suo *right to court* ad opera della prescrizione; 5.2. Tempi ragionevoli *versus* tempi celeri: quando il tempo delle indagini diviene uno strumento di tutela; 6. Conclusioni; Bibliografia.

1. Premessa

Cancellare con un colpo di spugna l'accertamento penale precedentemente condotto, sacrificando le risorse umane e materiali a questo fine impiegate, rappresenta il prezzo che uno Stato di diritto deve essere disposto a pagare per garantire il rispetto di un diritto fondamentale

qual è quello all'oblio[2]. Il decorso del tempo quando è tale da far maturare i termini di prescrizione, vanifica, infatti, l'intervento processuale penale[3],

---

[2] Il diritto all'oblio, inteso come estrinsecazione personalistica dell'istituto della prescrizione e, quindi, come diritto della persona a non essere esposto per tutta la vita al rischio di una sanzione penale o al processo e, conseguentemente, al rischio della condanna e della sua esecuzione, trova dei richiami nella giurisprudenza costituzionale e nella dottrina. Nello specifico, la coincidenza tra tempo della prescrizione e tempo dell'oblio è stata affermata nella sentenza Corte cost. sent. 11 febbraio 2013, n. 23, nonché in Corte cost., sent. 19 maggio 2014, n. 143; Corte cost., sent. 14 gennaio 2015, n. 45; Corte cost., sent. 22 novembre 2017, n. 265; Corte cost., sent. 10 aprile 2018 n. 115, Corte cost., sent. 18 aprile 2018, n. 112; Corte cost., sent. 18 novembre 2020, n. 278. Inoltre, tale riferimento era altresì contenuto nella Relazione ministeriale sul progetto del codice Zanardelli che parlava di «oblio dei fatti e delle persone, che fa venire meno lo stesso interesse sociale di reprimere». Sul punto cfr. MONGILLO, Vincenzo. *Il doppio volto della prescrizione penale*, in AA.VV., *Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale*, Cedam, Milano, 2023, p. 338. Tra gli autori che insistono su questa coincidenza di posizioni si veda VIGANO', Francesco. *Riflessioni* de lege lata *e* ferenda *su prescrizione e tutela della ragionevole durata del processo*, in *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, 2013, pp. 26-27. Ancora, tale collegamento si evince dalle parole di DONINI, Massimo. *Lettura critica di Corte costituzionale 115/2018. La determinatezza* ante applicationem *e il vincolo costituzionale ala prescrizione sostanziale come controlimiti ala regola Taricco*, in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*, 11 luglio 2018, https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/upload/8210-donini2018b.pdf, p. 10, il quale afferma che la prescrizione «deve essere considerata un istituto sostanziale, che il legislatore può modulare attraverso un ragionevole bilanciamento tra il diritto all'oblio e l'interesse a perseguire i reati fino a quando l'allarme sociale indotto dal reato non sia venuto meno». Riconduce il diritto all'oblio ai diritti fondamentali dell'individuo SIRACUSA, Licia. *Oblio e memoria del reato nel sistema penale*, Giappichelli, Torino, 2022, p. 75 e già in tal senso GIUNTA, Fausto; MICHELETTI, Dario. Tempori cedere. *Prescrizione del reato e funzione della pena nello scenario della ragionevole durata del processo*, Giappichelli, Torino, 2003, p. 46, i quali peraltro estendono la copertura costituzionale di tale diritto affermando che la prescrizione trovi il proprio naturale fondamento «non solo, com'è ovvio, in virtù dell'art. 2 Cost., che assicura – anche al reo – la tutela dei "diritti inviolabili dell'uomo", tra i quali va annoverato, innanzitutto, il *diritto alla vita* (...), che viene appunto salvaguardato dalla delimitazione temporale del potere punitivo, ma anche in forza di quel reticolato di norme costituzionali che impongono allo Stato (il quale per questa ragione viene definito *sociale*) compiti positivi».

[3] La situazione prospettata si riferisce nello specifico all'ipotesi in cui la prescrizione intervenga dopo la conclusione del giudizio di primo grado e, quindi, dopo la pronuncia di una sentenza che prenda posizione sulla responsabilità penale del soggetto accusato. A rigore, in effetti, solo in questo caso si ha

sostituendo la cognizione realizzata con una *tabula rasa* che estingue una entità, il reato, che potrebbe non essere mai esistita e che, quantomeno nella dimensione processuale, potrebbe non aver mai preso forma[4]. Quando

---

la prova che vi sia stato un "accertamento previo" con il quale la prescrizione dovrà fare i conti. D'altronde, affinché sia pronunciata una sentenza di proscioglimento per estinzione del reato al termine del dibattimento o nel corso di un giudizio impugnatorio non solo deve esservi stato un accertamento, ma questo deve essersi orientato nel senso dell'esistenza del reato. Qualora concorresse una delle formule più favorevoli richiamate dal secondo comma dell'art. 129 c.p.p., l'epilogo decisorio non potrebbe che essere diverso, dovendosi dare prevalenza ad una formula assolutoria. (Cfr. su questo delicato tema MORELLI, Francesco, *Le formule di proscioglimento. Radici storiche e funzioni attuali*, Giappichelli, Torino, 2014, in particolare, p. 348). Tuttavia, essendo legata a dinamiche temporali, la prescrizione può cadere pressocché in qualunque momento dell'*iter* procedimentale e potrebbe dunque confrontarsi con un substrato cognitivo diverso da quello restituito dal giudizio di primo grado. In questi casi, i problemi che si pongono sono ovviamente diversi poiché è diverso il tipo di accertamento sul quale si inserirà tale causa estintiva. Ciò avviene in particolare nella ipotesi presa in considerazione dal presente studio, la quale, pur costituendo un caso limite, merita comunque attenzione per la frequenza con la quale si verifica e per le diverse problematiche che pone: quello cioè dell'intervento della prescrizione nel corso delle indagini. Nello specifico, come si vedrà, le ipotesi prese in considerazione risultano peculiari e differiscono dalla situazione appena descritta in quanto si caratterizzano per l'inattività degli organi deputati al compimento dell'accertamento investigativo. I termini del ragionamento prospettato sono quindi destinati a mutare profondamente, in quanto, a prescindere dalla necessità o meno di effettuare un accertamento che consenta di escludere la possibile applicazione delle formule proscioglitive di cui all'art. 129 cpv., nei casi presi in considerazione tale valutazione non è neppure resa possibile, in quanto mancano gli elementi sulla scorta dei quali condurre un giudizio di tal tipo, il che conferma come il *modus operandi* della prescrizione in queste specifiche situazioni sia diverso rispetto a quello riscontrato nel corso del processo.

[4] La questione risulta intimamente connessa al tema della presunzione di innocenza e al tipo di giudizio sotteso alla dichiarazione di estinzione di un reato. Per quanto riguarda il primo profilo, in questa sede sembra opportuno evidenziare la problematicità concernente l'idea stessa della estensione del concetto di accertamento alla dimensione processuale. Invero, secondo il prof. Falzea, per accertamento dovrebbe intendersi il percorso che consente di superare un iniziale stato di incertezza per giungere ad una situazione di certezza. (Cfr. FALZEA, Angelo. *Accertamento*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. I, 1958). Tuttavia, proprio quest'idea non può essere ritenuta compatibile con l'operatività della presunzione di innocenza che, sul piano conoscitivo, ribalta la prospettiva enunciata in quanto impone di avere come punto di partenza, non già una situazione di incertezza, ma, al contrario, una certezza:

si verifica una situazione siffatta, l'ingerenza del tempo sull'accertamento penale si manifesta nella sua forma di estrinsecazione più eclatante, bloccandone la prosecuzione e invalidandone i risultati.

Tuttavia, l'esistenza di tale legame non è certo una novità: è indubbio che la stessa qualità della cognizione risenta della distanza che sul piano temporale separa il fatto potenzialmente munito di rilevanza penale dal suo procedimento[5]. Per queste ragioni, sebbene l'esistenza

---

l'innocenza del soggetto accusato, la quale, in quanto presunta, può eventualmente essere superata solo per il tramite di una sentenza. Già questa breve riflessione impone di procedere con cautela nell'utilizzo di questo termine, che viene perlopiù inteso in senso atecnico, come atto o complesso di atti volti a verificare, a conoscere l'esistenza, la natura, le modalità di un determinato fatto. Sotto il secondo profilo, quello relativo alla verifica in ordine all'esistenza o meno del reato prescritto, sembra necessario richiamare le parole di MORELLI, Francesco. *Le formule di proscioglimento*, cit., p. 336, il quale sintetizza la teoria dei giudizi ipotetici affermando che «poiché "la logica vorrebbe che non si dichiarasse l'estinzione di ciò che si ignora se sia mai esistito", la via per guadagnare un repentino approdo alla decisione, in questo come in altri casi, è quello di ritenere sussistente il reato solo "in ipotesi"». Questo ragionamento in astratto parrebbe costituire «una simulazione necessaria, poiché la declaratoria d'estinzione del reato ha ad oggetto proprio quest'ultimo, e null'altro: poiché non si sa se esista lo si suppone, per concludere che comunque non potrebbe più sortire effetti sul piano penale». Tuttavia, come opportunamente evidenzia lo stesso autore, tale ricostruzione pare non tenere conto della situazione poc'anzi richiamata e «solennemente pretesa dalla Costituzione fino alla condanna definitiva, ossia l'innocenza dell'imputato». Pertanto, l'unico possibile oggetto del fenomeno estintivo non può che essere costituito da un «fatto integrante gli estremi di un reato punibile». Sottolinea l'esistenza di un giudizio di merito, anche a fronte di una sentenza che dichiara la prescrizione del reato o l'improcedibilità ai sensi dell'art. 344 *bis* c.p.p. RUGGERI, Stefano. *Decisione in ipotesi, estinzione del reato e tutela dell'innocenza. Riflessioni su accertamento giudizio e giudicato*, in *lalegislazionepenale.eu*, 22 aprile 2021; Id., *Norma, giudizio, giudicato. Una riflessione sulla tutela penale alla luce del* ne bis in idem *nell'era dell'interlegalità*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2023, pp. 1-30. Il tema meriterebbe maggiore approfondimento, tuttavia, per il momento, sembrerebbe potersi ammettere che, sebbene queste ricostruzioni siano ineccepibili sul piano teorico, sul piano pratico potrebbero avere effetti perversi specialmente rispetto al modo in cui viene concepita la prescrizione e allo stigma sociale che accompagna l'accusato "prescritto", il quale, soprattutto alla luce di questo rafforzamento della cognizione sottesa alla prescrizione, potrebbe essere visto come un soggetto colpevole "sfuggito" alla pena grazie al decorso del tempo.

[5] Tra i due elementi considerati esiste, quindi, un rapporto di proporzionalità inversa, che fa sì che ad una maggiore ampiezza dell'arco temporale che

di uno iato tra i due momenti presi in considerazione sia inevitabile e, al contempo, auspicabile – data la sua capacità di rendere possibile l'utilizzo di un approccio più razionale e riflessivo rispetto all'esperienza criminosa sottoposta al vaglio della autorità giurisdizionale –, un eccessivo slittamento in avanti, al pari di un'eccessiva espansione, del tempo nel quale si realizzano le attività volte ad accertare l'*an* e il *quomodo* di un reato può pregiudicarne l'esito, frustrando il perseguimento del fine ultimo del procedimento oltreché il diritto di difesa del soggetto accusato[6].

Ebbene, da queste brevi considerazioni emerge in termini inequivoci l'importanza del tempo nel e dell'accertamento penale e l'esigenza di un contingentamento dei termini di durata di quest'ultimo, i quali non dovrebbero coincidere con quelli previsti per la prescrizione.

---

intercorre tra il *tempus* del delitto e quello del processo corrisponda un maggiore rischio di dispersione di elementi utili ai fini dell'accertamento e, quindi, una minore qualità dello stesso. D'altronde, è evidente che maggiore sia il tempo trascorso dal momento in cui si ritiene si siano verificati i fatti oggetto di accertamento, maggiori saranno i "non ricordo" pronunciati dai soggetti ai quali viene richiesto di descrivere talune vicende avvenute in un'epoca distante da quella presente.

[6] In questo senso, in effetti, si è espressa altresì la Corte europea dei diritti dell'uomo che ha riconosciuto espressamente la capacità del passare del tempo di intaccare inevitabilmente la quantità e la qualità delle prove disponibili. Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, 2 marzo 2007, *Talpis c. Italia*, ric. n. 41237/14. A ben vedere, più ci si allontana dal *tempus commissi delicti* più sarà difficile reperire fonti di prova e/o garantire la genuinità degli elementi già raccolti, con evidenti ripercussioni negative sul diritto di difendersi provando. Un apprezzabile ritardo nella conduzione della fase investigativa o nello svolgimento del dibattimento pregiudica l'individuazione e l'acquisizione di una prova, soprattutto di quelle a difesa, e rischia altresì di rendere meno efficaci oralità, immediatezza e contraddittorio, principi che favoriscono anche il raggiungimento di una migliore qualità dell'accertamento penale. Cfr. sui pregiudizi in termini di diritto di difendersi provando e, per questa via, sulle prove, LAVARINI, Barbara. *La ragionevole durata del processo come garanzia soggettiva*, in *lalegislazionepenale.eu*, 31 dicembre 2019, https://www.lalegislazionepenale.eu/wp-content/uploads/2019/12/LavariniLP_Interventi-e-relazioni-1.pdf, p. 10, che sul punto richiama CURTOTTI, Donatella. *La "durata ragionevole" del processo penale è anche un problema di norme*, in *Diritto penale e processo*, 1999, p. 1032; BUZZELLI, Silvia. *Processo penale (ragionevole durata del) (voce)*, in *Enciclopedia del diritto*, Ann. III, 2010, p. 1020, la quale ribadisce i risvolti dell'eccessivo protrarsi dei tempi processuali sul metodo dialettico che dovrebbe governare il diritto delle prove.

Diversamente, il rischio che si corre è quello di realizzare uno spreco cospicuo di risorse e di alimentare la sfiducia che la collettività nutre nei confronti della giustizia penale e del modo in cui è esercitata la funzione giurisdizionale[7].

Tuttavia, talvolta, a dover essere messo in discussione è lo stesso antecedente logico di questa affermazione. Invero, perché si possa concretizzare il rischio paventato – quello cioè dello spreco delle risorse impiegate per la creazione di un sostrato cognitivo che viene coperto sotto il manto della prescrizione[8] – è condizione preliminare lo svolgimento di attività volte ad accertare le dinamiche con le quali si sono verificati i fatti descritti nella notizia di reato. Molto spesso, invece, la prescrizione non ha nulla da coprire se non una profonda e grave inerzia delle autorità competenti, che assistono inerti allo scorrere del tempo.

Sintomo di questa grave patologia che attualmente affligge l'ordinamento italiano sono i decreti e le ordinanze con i quali viene disposta l'archiviazione per prescrizione. Il più delle volte, infatti, questi provvedimenti si limitano a prendere atto dell'inutile decorso del tempo, costituendo il diretto risultato di una inattività degli organi inquirenti che si è protratta per diversi mesi, se non addirittura anni. In tutti questi casi, pertanto, i costi che l'ordinamento affronta non si misurano nelle risorse umane e materiali inutilmente impiegate, posto che nei casi descritti esse potrebbero essere nulle o comunque minime. Le ricadute più gravi

---

[7] CORETTI, Giulia. *La ragionevole durata delle indagini ala luce della riforma Cartabia:* nihil sub *(itálico)* sole novum, in *Archivio penale*, n. 2, 2022, https://archiviopenale.it/File/DownloadArticolo?codice=f03ed698-96f9-4346-bd35-1fc4da21a06b&idarticolo=36397, p. 4 evidenzia come negli ultimi anni la fiducia della popolazione nei confronti dei magistrati e, quindi, della giustizia sia calata drasticamente, anche in considerazione dell'irragionevole durata dei processi. D'altronde, che sul punto giochi un ruolo determinante la prescrizione è indubbio, essendo spesso concepita come una patente di impunità riconosciuta a soggetti che, sul versante della giustizia mediatica, sono spesso considerati come presunti colpevoli.

[8] Sul punto cfr. MORELLI, Francesco Bartolo. *Prescrizione e tempo del processo: non si tratta di entità fungibili*, in *forumcostituzionale*.it, 22 febbraio 2019, https://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2019/02/morelli.pdf, p. 1, che evidenzia come la non punibilità conseguente alla dichiarazione della prescrizione determini una certa insofferenza oltreché uno «spreco di risorse», un'«attività convulsa», incapace di addivenire ad alcun accertamento.

riguardano, piuttosto, alcuni diritti fondamentali degli individui a vario titolo interessati dalla vicenda penalmente rilevante, ai quali potrebbe essere precluso l'esercizio di poteri e facoltà direttamente connessi alla presunzione di innocenza e alla ragionevole durata del processo e il godimento di diritti di "nuova elaborazione", come quelli sanciti dalla giurisprudenza di Strasburgo, tra i quali devono annoverarsi l'interesse della vittima allo svolgimento di indagini celeri, tempestive, complete ed effettive e lo stesso *right to court*, da intendersi più propriamente come "*right to trial*", cioè come diritto al giudizio.

La rilevanza dei valori in gioco e che risultano variamente pregiudicati dall'emissione di un'ordinanza o di un decreto che dispone l'archiviazione ai sensi dell'art. 411 c.p.p. impone di interrogarsi sugli scenari che si celano dietro questa disfunzione della giustizia penale, così da verificare l'esistenza di strumenti atti a evitare la concretizzazione della situazione delineata e da testarne l'effettività. D'altro canto, ragionevole durata, prescrizione e indagini preliminari di recente sono stati posti sotto l'attenta lente di ingrandimento del legislatore[9], che si è preoccupato di dare risposte agli *input* provenienti dalle Corti europee di Lussemburgo e di Strasburgo intervenendo in alcuni segmenti nei quali molto spesso si registravano tempi che, pur essendo morti sotto il profilo delle attività procedimentali, consentivano e consentono ancora oggi alla prescrizione di prendere vita.

2. Due istituti alle dipendenze del tempo: la prescrizione del reato e la ragionevole durata del processo

Già da queste riflessioni emerge come prescrizione del reato e ragionevole durata del processo costituiscano entità estremamente complicate e magmatiche, che appaiono a prima vista come due calderoni

[9] Ci si riferisce in particolare al D. Lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, adottato in attuazione della Legge-delega 27 settembre 2021, n. 134, sul quale è successivamente intervenuto il c.d. Correttivo Cartabia, ossia il D. Lgs. 19 marzo 2024, n. 31.

distinti, al cui interno si mischiano però valori in parte comuni e in parte profondamente dissimili tra loro[10].

[10] In questo senso si è già detto del legame esistente tra la prescrizione e il diritto all'oblio variamente inteso, che è stato legato a molteplici valori di rilevanza costituzionale. La prescrizione, a ben vedere, oltre a trovare la propria giustificazione in considerazioni orientate al perseguimento della finalità di prevenzione generale, risponderebbe anche all'esigenza di garantire l'effettività del fine rieducativo della pena, che verrebbe meno nell'ipotesi in cui la sanzione penale venisse eseguita diversi anni dopo la commissione del reato. La persona da rieducare, in questo caso, potrebbe essere profondamente diversa rispetto a quella che ha commesso il reato e ciò vanificherebbe l'efficacia stessa della pena. La prescrizione, quindi, ha una indubbia e predominante vocazione personalistica poiché appunto si preoccupa di tutelare l'individuo che è accusato e che potrebbe poi diventare imputato. Cfr. FIANDACA Giovanni; MUSCO, Enzo. *Diritto penale. Parte generale*, 8ª ed., Zanichelli, Bologna, 2023, p. 839. Ed infatti come ricorda PASCUCCI, Nicola. *Durata ed efficienza dei procedimenti penali italiani. Riflessioni e proposte alla luce delle risultanze numeriche*, in questa rivista, v. 6, n. 3, set.-dez. 2020, https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/438/278, pp. 1445 e ss., questa riflessione era già stata condotta da Cesare Beccaria nel 1764, il quale faceva riferimento al «potere del reo di divenire migliore» con il passare del tempo. Cfr. BECCARIA, Cesare. *Dei delitti e delle pene* (1764), edizione a cura di BURGIO, Alberto, 6° ed., Feltrinelli, Milano, 1998, p. 89. Peraltro, oltre ad essere funzionale al perseguimento della finalità rieducativa della pena, la prescrizione garantisce altresì il rispetto della dimensione umana della pena, in quanto, come ricorda MORELLI, Francesco Bartolo. *Prescrizione e tempo del processo*, cit., «una punizione che intervenga a distanza di moltissimi anni dal fatto di reato perde la sua, pur necessaria, dimensione umana. Essa indiscutibilmente frantuma porzioni di vita ben maggiori rispetto a quella che l'ordinamento penale può pretendere di aggredire con la sanzione».

Tale vocazione personalistica, peraltro, può essere rintracciata pure in alcune ricostruzioni del canone della ragionevole durata. Invero, anche quest'ultimo è stato considerato funzionale a tutelare l'accusato «"dal rischio di restare troppo a lungo nell'incertezza della propria sorte", e in particolare, quanto all'accusato nel processo penale, dal rischio di restare troppo a lungo sotto il peso di un'accusa, sul presupposto che tale condizione – a prescindere dai più o meno fausti esiti processuali – sia *di per sé* fonte di sofferenza individuale» (così LAVARINI, Barbara. *La ragionevole durata del processo come garanzia* soggettiva, cit., p. 2, che sul punto richiama Corte europea dei diritti dell'uomo, 30 novembre 1969, *Stögmuller c. Austria*, par. 5). Tuttavia, accanto a questa accezione soggettiva, esiste una concezione oggettiva di tale principio, che viene inteso come «criterio informatore» del giusto processo, in quanto è strumentale alla implementazione delle garanzie difensive riconosciute dagli artt. 111 Cost. e 6 Cedu. Sulle differenze tra l'approccio adottato dalla Costituzione italiana all'art. 111 e dalla Convenzione europea dei diritti

Eppure, oggi più che mai sembra impossibile parlare dell'una escludendo qualsiasi riferimento all'altra, specie se si considera che entrambe sono legate da un unico *fil rouge* costituito dall'inesorabile scorrere del tempo e dalla sua rilevanza ai fini della operatività dei meccanismi ad esse sottese. L'alone di mistero che circonda il significato più profondo del diritto all'oblio e di quello alla ragionevole durata non può però essere d'ostacolo ad una indagine volta a chiarire i rapporti tra essi esistenti e ciò anche in considerazione del fatto che sono molteplici gli istituti processuali nei quali risultano entrambi coinvolti. Tra questi rientra certamente l'archiviazione per estinzione del reato che, nell'accertare il decorso del termine di prescrizione, dà conto altresì della durata irragionevole della fase investigativa, divenendo esempio emblematico delle criticità derivanti dalla loro commistione. La prassi fornisce dunque una prova dell'esistenza di un rapporto tra ragionevole durata e prescrizione, che non possono essere pensati come monadi nettamente distinte tra loro e ciò neppure se si accedesse a quell'idea in base alla quale, mentre la prescrizione opera sul piano sostanziale, la ragionevole durata interessa esclusivamente quello processuale[11]. D'altronde, è dato acclarato che la materia penale vanifichi la tradizionale distinzione tra le due branche del diritto, che in questo specifico contesto risultano intimamente e indissolubilmente legate, non potendo esistere l'una al di fuori dell'altra[12]. La prescrizione, in particolare, condensa in sé questo tratto della giustizia penale, caratterizzandosi per un certo

dell'uomo all'art. 6 cfr., tra i tanti, BARGI, Alfredo. *La ragionevole durata del processo*, in GAITO, A. (a cura di), *I principi europei del processo penale*, Dike, Roma, p. 383 ss.

[11] Quanto detto è peraltro confermato dal fato che la prescrizione, al di là delle sue tradizionali giustificazioni sostanzialistiche, è stata in larga misura piegata alle esigenze del processo e all'esigenza di garantirne la ragionevole durata. Cfr. sul punto la successiva nota 16.

[12] V. sul punto le riflessioni condotte da PADOVANI, Tullio. *Il crepuscolo della legalità nel processo penale. Riflessioni antistoriche sulle dimensioni processuali della legalità penale*, in *L'indice penale*, anno II, n. 1, gennaio-aprile 1999, p. 527, il quale evidenziava che il diritto penale sostanziale e quello processuale «non appartengono ad una sequenza, ma ad un insieme; sono, per così dire, due facce della stessa medaglia, rappresentata dal sistema punitivo, di cui costituiscono poli didattici indisgiungibili».

ibridismo che si ripercuote inoltre sulla sua essenza garantistica[13]. Al di là dei necessari incasellamenti formali, dai quali in certe occasioni non si è potuto prescindere in ragione delle differenze che connotano il regime delle norme giuridiche riconducibili al diritto penale piuttosto che a quello processuale[14], pare condivisibile l'approccio di chi riconduce la prescrizione all'esigenza di tutelare tanto il diritto di non essere esposto per tutta la vita alla possibilità di subire una sanzione penale quanto quello ad essere liberati dal processo penale[15], il che conferisce maggiore rilievo alle esigenze di tutela che soggiacciono a questo istituto, che è per l'appunto irrinunciabile[16]. A ben vedere, in effetti, sostenere che la

---

[13] Secondo Carrara, infatti, tale istituto «sotto un aspetto sembra legge di forma, e sotto altro legge di sostanza». Cit. CARRARA, Francesco. *Programma del corso di diritto criminale*, V ed., Lucca, 1887, II, p. 267. Afferma la natura "proteiforme" della prescrizione anche PECCIOLI, Annamaria. *La prescrizione del reato. Un istituto dall'incorreggibile polimorfismo*, Giappichelli, Torino, 2019.

[14] Il riferimento è alla *querelle* del caso Taricco, che ha condotto al riconoscimento della natura sostanziale dell'istituto della prescrizione, così da consentire la soggezione delle relative disposizioni ai principi sanciti dell'art. 2 c.p. Cfr. Corte costituzionale, sent. 31 maggio 2018, n. 115, con la quale i giudici italiani hanno affermato che «la prescrizione deve essere considerata un istituto sostanziale, che il legislatore può modulare attraverso un ragionevole bilanciamento tra il diritto all'oblio e l'interesse a perseguire i reati fino a quando l'allarme sociale indotto dal reato non sia venuto meno (potendosene anche escludere l'applicazione per delitti di estrema gravità), ma sempre nel rispetto di tale premessa costituzionale inderogabile» (cit. considerato in diritto, § 10). Ripercorre la vicenda Taricco, *ex multis*, CUPELLI, Cristina. *L'epilogo del caso Taricco: l'attivazione "indiretta" dei controlimiti e gli scenari del diritto penale europeo*, in *criminaljusticenetwork.eu*, 31 dicembre 2018, https://www.criminaljusticenetwork.eu/it/post/lepilogo-del-caso-taricco-lattivazione-indiretta-dei-controlimiti-e-gli-scenari-del-diritto-penale-europeo.

[15] SIRACUSA, Licia. *Oblio e memoria del reato nel sistema penale*, cit., p. 75. Peraltro, secondo alcuni autori la proiezione processualistica del diritto all'oblio costituisce un elemento complementare rispetto alla concezione sostanzialistica della prescrizione, funzionale alla sua effettiva tutela. Cfr. GIUNTA, Fausto; MICHELETTI, Dario. Tempori cedere, cit., pp. 47-48, che, riprendendo AIMONETTO, Maria Gabriella. *La ragionevole durata del processo penale*, Torino, 1997, p. 1, rintracciano il fondamento costituzionale del diritto all'oblio anche nell'art. 111 Cost., che, consacrando il principio della ragionevole durata, sarebbe «esso stesso espressione del diritto all'oblio quale garanzia della persona».

[16] In questo senso depongono le parole di NEGRI, Daniele. *Il dito della irretroattività sfavorevole e la luna della garanzia giurisdizionale: la posta in gioco dopo la*

prescrizione miri esclusivamente ad evitare che la minaccia della pena incomba sul capo dell'accusato *sine die* significherebbe dimenticare che la sanzione penale non interviene *ex abrupto*, passando piuttosto per un procedimento che ha esso stesso carattere largamente sanzionatorio e che dunque, al pari del rischio di esecuzione di una pena, non può incombere sul soggetto per un tempo indeterminato. In altri termini, accedere all'idea di carneluttiana memoria per la quale il processo è la prima pena a cui va incontro chiunque indossi le vesti dell'accusato, a prescindere dall'esito dell'accertamento concernente la sua responsabilità[17], rende superflua la dicotomia richiamata e conferma l'idea della prescrizione come di un istituto che mira a contenere l'eccessiva espansione cronologica dell'esperienza procedimentale.

Tuttavia, sebbene non tutti condividano questo assunto, sostenendo che la «proiezione processuale sarebbe il frutto di un vero e proprio mutamento genetico» dell'istituto[18], pare opportuno adottare

---

sentenza Corte di Giustizia UE, Taricco, in *Archivio penale*, 2016, n. 2, il quale afferma che l'assenza di prescrizione rischierebbe di scardinare ogni punto fermo della vita tanto del reo, quanto dell'imputato. In particolare, secondo l'autore, «è in primo luogo il periodo dell'umana esistenza tra il fatto di reato e l'avvio dell'attività di perseguimento penale a richiedere protezione dallo *ius puniendi* che rischia spesso di cadere in qualunque momento nella vita del singolo, non solo tenendolo così perennemente sotto scacco, ma, poiché gli sfugge la catena d'impulso dell'iniziativa penale, lasciandolo altresì sguarnito a distanza di tempo dall'episodio criminoso dei mezzi idonei a difendere la propria posizione iniziale di soggetto libero e presunto innocente».

17 A questo proposito sono emblematiche le parole di DE CARO, Agostino. *Tempo, punizione e processo: le indubbie connessioni tra la ragion d'essere della prescrizione e la durata ragionevole del processo. La prospettiva dell'improcedibilità dell'azione*, in *sistemapenale.it*, 22 luglio 2020, https://www.sistemapenale.it/it/articolo/de-caro-tempo-punizione-processo-prescrizione-ragionevole-durata, il quale mette in luce che per l'innocente l'unico tempo che conta sia proprio quello del processo.

18 Così VIGANO', Francesco. *Riflessioni* de lege lata *e* ferenda *su prescrizione e tutela della ragionevole durata del processo*, cit., p. 26 ss., che a questo proposito parla di vera e propria eterogenesi dei fini; nonché GIOSTRA, Glauco. *Il problema della prescrizione penale: aspetti processuali,* in *Giurisprudenza italiana*, 2005, p. 2221; PULITANO', Domenico. *Il dibattito sulla prescrizione. Argomenti strumentali e ragioni di giustizia,* in *Sistema. penale,* 26 febbraio 2020, https://www.sistemapenale.it/pdf_contenuti/1582657613_pulitano-2020a-riforma-prescrizione-bonafede-argomenti-strumentali-e-ragioni-di-giustizia.pdf, p. 5.

una soluzione di compromesso e affermare che in questo caso interessi sostanziali e processuali si combinino e che, dunque, prescrizione e ragionevole durata, pur non risultando perfettamente sovrapponibili, non possano nemmeno essere ritenuti «sideralmente distanti»[19], avendo alcuni punti in comune sul piano delle esigenze tutelate.

La natura ibrida dei valori tutelati dalla causa estintiva del reato considerata e l'importanza ricoperta dal procedimento nella sua ricostruzione conferiscono ai rapporti tra i due istituti una specifica geometria, in base alla quale la prescrizione finisce per rappresentare la sanzione che interviene in caso di violazione del principio costituzionale sancito dall'art. 111 Cost. comma 2[20]. In altri termini, poiché sancisce

---

[19] Cit. DE CARO, Agostino. *Tempo, punizione e processo*, cit., par. 4.2.

[20] Cit. MAZZA, Oliviero. *La riforma dei due orologi: la prescrizione fra miti populisti e realtà costituzionale*, in *sistemapenale.it*, 21 gennaio 2020, https://www.sistemapenale.it/it/opinioni/mazza-prescrizione-riforma-dei-due-orologi-populismo-costituzione, par. 1, il quale peraltro afferma che, come tutte le sanzioni, la prescrizione agisce tanto sul piano della prevenzione speciale quanto su quello della prevenzione generale, intese in prospettiva processualistica. In particolare, essa agisce sul primo profilo «bloccando il singolo processo di durata irragionevole», mentre sul secondo interviene «come deterrente per l'eccessiva durata dei processi, come stimolo potentissimo al contenimento dei tempi delle attività processuali». Ed infatti, neppure i detrattori della prescrizione, secondo l'autore, possono negare che «i giudici e i pubblici ministeri lavorino più celermente quando sul loro tavolo corrono le lancette dell'orologio della prescrizione. Quando, invece, questo orologio è bloccato, come accade attualmente per effetto della riforma Bonafede, i tempi del processo sono inevitabilmente destinati a dilatarsi». In termini tendenzialmente analoghi, PISANI, Nicola. *Riflessioni sul rapporto tra prescrizione del reato e ragionevole durata del processo*, in *DisCrimen*, 4 luglio 2020, https://discrimen.it/wp-content/uploads/Pisani-Riflessioni-sul-rapporto.pdf, pp. 4-5, il quale sostiene che «gli argomenti che depongono per l'impossibilità di "sganciare" la prescrizione del reato dalla ragionevole durata del processo sono troppi e troppo forti» e che la «prescrizione del reato tuteli la "declinazione soggettiva" del principio della ragionevole durata del processo, funzionale alla tutela dei "diritti umani". In giurisprudenza tale approccio parrebbe peraltro sostenuto dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 143 del 28 maggio 2014. Contrario a questa ricostruzione del rapporto esistente tra prescrizione e ragionevole durata è MONGILLO, Vincenzo. *Il doppio volto della prescrizione penale*, cit., p. 332, il quale ritiene che quella delineata sia una mera ambizione che nei fatti però non trova alcun riscontro. Anzi, secondo l'autore «la nostra storia dovrebbe [...] averci insegnato che le prescrizioni seriali e i tempi ciclopi della giustizia sono mali che tendono

il fallimento dell'ordinamento nel garantire il rispetto del canone della ragionevole durata, la prescrizione produce i propri effetti quando ricorre una situazione patologica: quando cioè la durata risulti evidentemente irragionevole, in quanto così lunga da far perdere interesse nella cognizione del reato.

3. Ragionevolezza della durata delle indagini preliminari e irragionevolezza delle archiviazioni per prescrizione: i primi sintomi della *mala gestio* degli affari penali

Se, dunque, la prescrizione non è in sé e per sé capace di garantire la durata ragionevole, costituendo piuttosto la sanzione che interviene nei casi limite, non vi può essere alcun dubbio rispetto al fatto che il tempo dell'oblio, inteso come tempo della memoria – ovvero, se visto allo specchio, come tempo della memoria perduta –, e quello del processo non dovrebbero coincidere. La perfetta sovrapposizione tra il tempo del reato, *rectius* della prescrizione, e quello del processo, *rectius* del procedimento, è indicativa di un malfunzionamento del sistema e potrebbe essere foriera di vere e proprie distorsioni degli istituti di cui si discute: per un verso, se ne tradirebbe la *ratio*[21], per altro si rischierebbe di alimentare la già cronica estensione temporale dei procedimenti penali. La prescrizione, difatti, dovrebbe tutt'al più limitarsi a tracciare il perimetro all'interno

---

a sommarsi piuttosto che a escludersi a vicenda». Negano l'esistenza di un nesso coessenziale e diretto tra i due istituti anche altre autorevoli voci della dottrina italiana come GIOSTRA, Glauco. *Prima lezione sulla giustizia penale*, Roma-Bari, 2020, p. 81; FERRUA, Paolo. *Improcedibilità e ragionevole durata del processo*, in *Penale. Diritto e procedura*, 22 gennaio 2022, https://www.penaledp.it/improcedibilita-e-ragionevole-durata-del-processo/, pp. 4-5, il quale ritiene che l'idea in base alla quale la prescrizione serva ad assicurare la ragionevole durata del processo sia frutto di un equivoco che ha alimentato la convinzione di introdurre una prescrizione processuale; NAPPI, Aniello. *Prescrizione e ragionevole durata del processo*, in *Giustizia insieme*, 23 marzo 2020, https://www.giustiziainsieme.it/it/processo-penale/896-prescrizione-e-ragionevole-durata-del-processo-di-nello-nappi.

[21] Sul punto si rinvia alla nota 7. Ribadisce che i tempi della punibilità e quelli del processo possiedono «ragioni differenti, tutelano garanzie individuali differenti e riguardano esigenze differenti», MORELLI, Francesco Bartolo. *Prescrizione e tempo del processo*, cit., p. 4.

del quale dovrebbero poi essere contenuti i tempi del procedimento, che, per essere ragionevoli, dovrebbero essere inferiori[22].

E però non può che constatarsi che sempre più spesso la distanza che sul versante teorico separa le due dimensioni temporali, sul piano concreto si accorcia sempre di più, fino addirittura ad azzerarsi e a determinare una perfetta corrispondenza tra i termini di prescrizione di un reato e quelli di durata di un procedimento.

Quando ciò accade, si concretizza una situazione patologica, che appalesa l'esistenza di un quadro altamente problematico: quello della gestione dei tempi della giustizia penale e del contemperamento delle diverse istanze che vengono in rilievo. Sintomo di questa grave patologia che sembra affliggere l'amministrazione della giustizia latamente intesa sono certamente i provvedimenti – nella forma dei decreti, ma anche delle ordinanze – con i quali i giudici per le indagini preliminari dispongono l'archiviazione di un procedimento a causa dell'avvenuta estinzione del reato per prescrizione[23]. Si tratta, come si può intuire, di una delle forme di manifestazione più gravi delle attuali deficienze che si riscontrano nella gestione degli affari penali, la quale peraltro risulta non priva di ricadute tanto sul piano sistematico quanto in termini di tutela dei diritti fondamentali degli individui a vario titolo coinvolti nel procedimento.

Nell'ipotesi considerata, la fase delle indagini preliminari, da momento che non dovrebbe né contare né pesare[24], si trasforma nel segmento che più conta e più pesa[25], se non addirittura nell'unico momento nel quale si esaurisce l'intera esperienza procedimentale.

---

[22] DE CARO, Agostino. *Tempo, punizione e processo*, cit. L'autore chiarisce questo concetto affermando che se «fissare un tempo massimo per la punizione indica il perimetro temporale entro il quale il processo deve concludersi, a prescindere da quando è iniziato, prevalendo il diritto all'oblio, stabilire i tempi certi del processo assicura i diritti fondamentali dell'imputato all'interno del perimetro stesso». «La prescrizione impedisce al processo di durare un tempo biblico, opponendosi almeno agli irragionevoli eccessi».

[23] Art. 411 c. 1 c.p.p.

[24] NOBILI, Massimo. *Diritti per la fase che "non conta e non pesa"*, in ID., *Scenari e trasformazioni del processo penale*, p. 35.

[25] In questo senso si vedano le emblematiche riflessioni condotte da MARZADURI, Enrico, *Il declino del paradigma accusatorio ed il ritorno all'istruzione*

La situazione prospettata, è vero, non dovrebbe scandalizzare: si tratta, d'altronde, della conseguenza fisiologica di uno degli epiloghi delle indagini preliminari, quello della archiviazione, che inevitabilmente conduce l'accertamento investigativo precedentemente condotto su un binario morto, mettendovi un punto, seppure non fermo[26]. Tuttavia, ormai da diversi anni, i decreti e le ordinanze archiviative suscitano un profondo senso di insofferenza, per non dire di vera e propria sofferenza, non solo nei soggetti che evidentemente avrebbero tutto l'interesse a che l'azione penale venisse esercitata[27], ma, più in generale, nell'intera comunità, che percepisce quei provvedimenti come un fallimento della giustizia penale[28]. Questi sentimenti, a ben vedere, più che alla tipologia del

sommaria, in *lalegislazionepenale.eu*, 3 agosto 2023, https://www.lalegislazionepenale.eu/il-declino-del-paradigma-accusatorio-ed-il-ritorno-allistruzione-sommaria-enrico-marzaduri/.

[26] A questo proposito pare opportuno ricordare la possibilità di riaprire le indagini preliminari anche in seguito ad archiviazione, previa autorizzazione del giudice per le indagini preliminari ai sensi dell'art. 414 c.p.p. Recentemente, peraltro, la Corte di Cassazione è stata chiamata a pronunciarsi rispetto alla possibilità di esercitare l'azione penale con riferimento ad una notizia di reato archiviata, per la quale non era stata né richiesta né concessa la riapertura delle indagini. In questa occasione la Corte ha ribadito gli effetti del difetto di autorizzazione alla riapertura delle indagini, che si sostanziano nella inutilizzabilità degli atti di indagine eventualmente compiuti dopo il provvedimento di archiviazione e nella impossibilità di esercitare l'azione penale per lo *stesso* fatto di reato da parte del medesimo ufficio. V. Cass. Pen., Sez. Unite, 24 giugno 2010, 33885, che viene ripresa da Cass. Pen., sez. III, 7 febbraio 2025, n. 5014. Peraltro, il caso di specie è emblematico ai fini della riflessione che si sta conducendo perché anche in questo caso la Corte di Cassazione ha dovuto accertare l'intervento della prescrizione prima della sentenza di primo grado per il reato di lesioni aggravate.

[27] Il riferimento è ovviamente alla persona offesa. Infatti, senza anticipare quanto si dirà *infra*, per il momento basta pensare al fatto che l'esercizio del potere più importante riconosciuto a tale soggetto, quello di costituirsi parte civile nell'instaurando processo penale, divenendo una parte a tutti gli effetti, è subordinato all'avvio della fase processuale e, quindi, all'esercizio dell'azione penale. In questo senso Corte costituzionale, sent. 3 aprile 1996, n. 98, nella quale i giudici affermarono che la costituzione di parte civile costituisce la «principale e più significativa delle facoltà accordate dalla legge alla persona offesa dal reato».

[28] Questo perché nella popolazione è diffusa l'idea per la quale la prescrizione di fatto garantisca l'impunità, il che, peraltro, è stato lo *slogan* talvolta utilizzato dal legislatore per promuovere interventi atti ad aumentare il consenso degli elettori. Cfr. MORELLI, Francesco Bartolo. *La prescrizione del reato, i*

provvedimento adottato, risultano legati alle motivazioni che sorreggono le determinazioni del pubblico ministero e le decisioni del giudice per le indagini preliminari che accoglie la richiesta, poiché entrambe, anziché fondarsi su un apprezzamento del compendio raccolto nel corso delle indagini, si basano, come anticipato, sulla constatazione dell'avvenuto decorso del tempo, un tempo durante il quale talvolta non è stata compiuta nessuna attività suscettibile di essere valutata.

Invero, quando ci si confronta con il problema delle archiviazioni per prescrizione, che diventano rilevanti in considerazione della elevata frequenza con la quale vengono disposte[29], lo scenario che si pone dinanzi allo studioso è particolarmente intricato, poiché tale fenomeno mette sul tavolo questioni che riguardano non solo ragionevole durata delle indagini e diritto all'oblio, ma anche altri valori fondamentali come il diritto di accesso ad un giudice penale da parte della persona offesa e la presunzione di innocenza dell'indagato, che in questo contesto viene in rilievo anche sotto il profilo del riconoscimento (o meno) del diritto di rinunciare alla prescrizione nella fase investigativa[30].

---

tempi del processo, l'autorità senza tempo, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n. 3, 2019, p. 1609, il quale riteneva che la riforma che sarebbe entrata in vigore il 1° gennaio 2020 vedeva il proscioglimento per prescrizione «un fallimento per l'amministrazione della giustizia». Sul punto si veda anche GATTA, Gian Luigi, *Sulla riforma della prescrizione del reato, bloccata dopo il giudizio di primo grado*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2018, p. 2354, che, prendendo in considerazione l'ipotesi in cui la prescrizione intervenisse in seguito o comunque durante la messa in moto dell'autorità giudiziaria, anche dopo una sentenza di primo grado, attribuiva ad essa «il sapore amaro della ingiustizia e dell'impunità».

[29] Seppure in calo, la percentuale delle prescrizioni maturate nel corso delle indagini preliminari è comunque significativa. Secondo i dati riportati dal Ministero della Giustizia, *Analisi statistica dell'istituto della prescrizione in Italia*, 7 maggio 2016, essa era pari al 60% nel 2014, riducendosi quasi della metà nel biennio 2020-2021, durante il quale è arrivata al 37% e 31,5%. Cfr. Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2022 del Primo Presidente della Corte di Cassazione Pietro Curzio, 26 gennaio 2023, disponibile su cortedicassazione.it, p. 57. Per un'indagine specifica sui tempi delle indagini si veda lo studio svolto da VALENTINI, Cristina. *Riforme, statistiche e altri demoni*, in *Archivio penale*, n. 3, 2021, https://archiviopenale.it/File/DownloadArticolo?codice=bf39d27d-2fbd-4681-8819-8a02e643d60c&idarticolo=33251.

[30] La questione è stata recentemente affrontata dalla Corte costituzionale e dalla Corte di cassazione, che in queste occasioni sono state costrette a

confrontarsi con il problema della motivazione dei provvedimenti con i quali viene disposta l'archiviazione per prescrizione. Il caso in seno al quale è stata sollevata la questione di legittimità costituzionale è particolarmente rilevante non solo per la vicenda in sé, ma anche rispetto alle riflessioni che si stanno conducendo, in quanto dimostra la natura perversa e lesiva degli effetti prodotti dai decreti e dalle ordinanze che dichiarano l'estinzione del reato. Nel corso di un procedimento che vedeva un magistrato nella qualità di persona offesa del reato di calunnia, quest'ultimo era venuto a conoscenza dell'avvenuta archiviazione di un procedimento nel quale egli figurava come indagato. In seguito ad alcune denunce di un imprenditore – le stesse che erano pervenute alla stampa e che avevano determinato il magistrato a sporgere denuncia per calunnia –, erano state avviate delle indagini per traffico di influenze illecite e corruzione in atti giudiziari, per le quali poi il pubblico ministero aveva richiesto l'archiviazione a causa del decorso del termine di prescrizione. Il *dominus* delle indagini, però, pur constatando l'estinzione del reato, affermava che vi erano elementi «documentali, captativi e dichiarativi» in grado di dare riscontro alle parole dell'imprenditore e li indicava puntualmente. La gravità della situazione derivava dal fatto che il giudice per le indagini preliminari, aderendo acriticamente alla prospettazione del pubblico ministero, consentiva a queste dichiarazioni di trapelare nel provvedimento archiviativo, nei confronti del quale il magistrato tentava di esperire un reclamo, rivendicando il proprio diritto a rinunciare alla prescrizione, in modo da poter dimostrare la propria innocenza. Tale diritto, tuttavia, che è previsto per l'imputato, non è riconosciuto nei confronti dell'indagato e tale constatazione ha condotto il giudice del reclamo a sollevare questione di legittimità dell'art. 411 comma 1 *bis* c.p.p. «nella parte in cui non prevede che, anche in caso di richiesta di archiviazione per intervenuta prescrizione, il pubblico ministero debba darne avviso alla persona sottoposta alle indagini e alla persona offesa, estendendo a tale ipotesi la medesima disciplina prevista per il caso di archiviazione disposta per particolare tenuità del fatto, anche sotto il profilo della nullità del decreto di archiviazione emesso in mancanza del predetto avviso e della sua reclamabilità dinanzi al Tribunale in composizione monocratica». La Corte costituzionale, in questa occasione, con un ragionamento «perfettamente concatenato e geometricamente costruito come un sillogismo» (cit. CAZZANIGA, Martina. *Teoria e prassi della presunzione di non colpevolezza: la Corte costituzionale tra divieto di rinuncia alla prescrizione per l'indagato e neutralità delle indagini preliminari*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n. 3, 2024, p. 1212) dichiarò infondata la questione, partendo però da un presupposto che non è del tutto sostenibile. Secondo i giudici delle leggi, infatti, la semplice iscrizione di una notizia di reato e lo svolgimento di indagini costituiscono attività neutre, che non fanno emergere le medesime esigenze di tutela determinate dall'esercizio dell'azione penale e dalla conseguente formulazione di una imputazione. Tale neutralità, pertanto, dovrebbe essere tale da riflettersi sul provvedimento che dispone l'archiviazione, il quale, non dovendo contenere valutazioni sulla colpevolezza dell'indagato, gode di un certo livello di imparzialità. La stessa Corte, in quella occasione,

Come si può notare e come era stato anticipato già all'inizio, si tratta di principi che trovano la loro giustificazione in logiche valoriali profondamente diverse e che risultano però legati da un minimo comune denominatore: il tempo, che con il suo decorso influisce sulla loro operatività ora consentendola ora frustrandola.

Proprio le diversità ontologiche e assiologiche che caratterizzano tali principi impongono di procedere con cautela separando le diverse problematiche messe in campo dai provvedimenti di archiviazione per prescrizione, al fine di evitare di ricercare nel contesto sbagliato le soluzioni a determinati problemi e di assimilare questioni che in realtà, pur intersecandosi sul piano pratico, si muovono su piani distinti.

Gli interventi registrati in questa materia, in effetti, dimostrano quanto sia complicato contemperare le diverse esigenze che vengono in

---

non ha potuto fare a meno di notare che il caso sottoposto alla sua attenzione si connotasse per una anomalia in quanto dal testo della richiesta emergeva la volontà del pubblico ministero di richiedere il rinvio a giudizio del soggetto accusato, possibilità che però era stata preclusa in ragione del decorso del termine di prescrizione del reato. (In realtà una cospicua parte della dottrina critica questo presupposto in quanto dalla prassi risulta evidente che, più che un'eccezione, casi come quello di cui si discute costituiscono la regola. Cfr. MANDOLA, Antonella. *Prescrizione non rinunciabile in sede d'archiviazione: discutibile argomentazione conduce ad una dubbia conclusione*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n. 2, 2024, p. 281; DE ROBBIO, Costantino. *In caso di richiesta di archiviazione per prescrizione l'indagato deve chiedere al giudice un provvedimento che attesti l'infondatezza della notizia di reato*, in *Cassazione penale*, n. 7-8, 2024, p. 2135 ss.; TRAPELLA, Francesco. *Distorsioni sul diritto "di difendersi provando" dell'indagato, archiviazione e presunzione di non colpevolezza*, in *Processo penale e giustizia*, n. 5, 2024, p. 1189 ss. In effetti, non pare sostenibile la concezione della archiviazione come evento neutro e innocuo, in quanto tale esito del procedimento investigativo, se in alcuni casi attesta l'impossibilità di formulare un'accusa in grado di essere sostenuta in giudizio, in altri cela invece un'accusa mascherata; eppure, impossibile da sostenere per l'intervenuto decorso della prescrizione). Maturata questa consapevolezza, i giudici costituzionali si rivolsero dunque alla giurisprudenza di legittimità, esortandola ad individuare una soluzione adeguata a casi come quello sottoposto alla sua attenzione. La sollecitazione è stata accolta recentemente dalla Corte di Cassazione, la quale nella sentenza Cass. Pen., sez. VI, 6 novembre 2024, n. 1276, ha escluso la possibilità di rivolgersi alla Suprema Corte per rilevare l'abnormità dei decreti di archiviazione e ha individuato lo strumento idoneo a tutelare la presunzione di innocenza nell'art. 115 *bis* c.p.p., inserito nel codice di rito al fine di dare attuazione agli artt. 4 e 10 della Direttiva 2016/343/UE, con il D. Lgs. 8 novembre 2021, n. 188.

rilievo e raggiungere risultati concretamente apprezzabili: all'allungamento dei tempi di prescrizione di talune fattispecie[31], ad esempio, non corrisponde necessariamente un incremento delle probabilità di ottenere un accertamento definitivo, posto che anche in casi di questo tipo non mancano le pronunce dichiarative della prescrizione[32].

Certo, alla luce della inedita combinazione tra la prescrizione sostanziale e quella processuale, operante nei giudizi di impugnazione, realizzata dalla riforma Cartabia attraverso l'introduzione dell'art. 344 *bis* c.p.p., cadere sotto la scure della prescrizione sostanziale dovrebbe risultare più difficile, trattandosi di un istituto che adesso dovrebbe ricomprendere sotto il proprio ombrello operativo solo la fase che va dalle investigazioni alla chiusura del dibattimento[33]. Eppure, guardando questo istituto sotto la specifica lente della problematica presa in esame – lo spirare dei termini di prescrizione nel corso delle indagini preliminari –,

---

[31] Si pensi ad esempio ai reati di pedofilia e a quelli ambientali per i quali rispettivamente nel 2012, con la legge n. 172, e nel 2015, con la legge n. 68, si è proceduto al raddoppio dei termini di prescrizione.

[32] Prevedere un termine prescrizionale più ampio può risultare un *boomerang* per l'ordinamento, in quanto, sebbene in astratto l'incombere della prescrizione possa contribuire a contenere i tempi del processo (così ROSSI, Nello. *Riformare "insieme" la disciplina della prescrizione e dell'appello del pm*, in *Questione giustizia*, 2005, https://www.questionegiustizia.it/doc/rossi-prescrizione-5-05-questione_giustizia.pdf, p. 13), in concreto lo spostamento in avanti del *dies ad quem* della prescrizione può costituire un alibi per ulteriori rallentamenti. Tale circostanza è dimostrata, secondo MONGILLO, Vincenzo. *Il doppio volto della prescrizione penale*, cit., pp. 332-333, dal microcosmo del procedimento agli enti, dove il decorso della prescrizione si interrompe con la contestazione della imputazione, in cui in alcuni casi il giudizio definitivo della Cassazione è intervenuto a 16 anni di distanza dall'iscrizione del procedimento e a venti dal momento in cui si sono verificati i fatti contesati.

[33] Critici su questo istituto e sulle scelte terminologiche connesse *ex multis* RUGGERI, Stefano. *Azione e inazione*, in AA.VV., *Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale*, Cedam. Padova, 2023; FERRUA, Paolo. *Improcedibilità e ragionevole durata del processo*, in *penaledp.it*, 24 gennaio 2022; ID., *Improcedibilità e ragionevole durata del processo: uno stupefacente caso di evaporazione del processo*, in *Processo penale e* giustizia, n. 1, 2022, p. 262 ss.; NEGRI, Daniele. *Dell'improcedibilità temporale. Pregi e difetti*, in *Sistema penale*, n. 2, 2022, p. 52; PULITANO', Domenico. *Riforma della prescrizione. Giochi linguistici e sostanza normativa*, in *sistemapenale.it*, 19 luglio 2021, https://www.sistemapenale.it/pdf_contenuti/1626701182_pulitano-2021d-riforma-prescrizione-giochi-linguistici-sostanza-normativa.pdf.

si comprendono immediatamente i limiti dell'intervento realizzato, che per un verso sembra dimenticare il tipo di provvedimenti con i quali viene dichiarata, con maggiore frequenza, l'estinzione dei reati (quelli di archiviazione appunto)[34] e, per altro, pare non aver tenuto in debita considerazione i risvolti operativi connessi al blocco della prescrizione all'esito del giudizio di primo grado[35]. A questo riguardo occorrerebbe intendersi: se l'obiettivo perseguito mediante questa interpolazione normativa fosse stato quello di rispondere alle voci che si alzavano dalla popolazione, che vedeva e continua a vedere nella prescrizione la causa di tutti i mali della giustizia penale italiana[36], allora il legislatore ben avrebbe potuto ritenersi soddisfatto, avendo espunto o quantomeno limitato i momenti procedimentali nei quali opera la famigerata prescrizione; al contrario, se il fine ultimo del legislatore fosse stato quello di imprimere una accelerazione all'intero procedimento, anche senza guardare la *law*

---

[34] In questo senso TRAPELLA, Francesco. *Note in tema di prescrizione e di efficienza del processo (a proposito di «Riforme, statistiche e altri demoni»)*, in *Archivio penale*, n. 1, 2022, https://archiviopenale.it/File/DownloadArticolo?codice=bfdccf36-386a-406d-8dee-fff17a6ef289&idarticolo=33280, p. 14, il quale, al netto dei dati acquisiti negli ultimi anni, rilevava che «le prescrizioni dopo la sentenza di primo grado restano una parte minoritaria – per quanto senz'altro importante – del problema, segno che la patologia si manifesta già in un momento antecedente». Si veda altresì CHINNICI, Daniela. *Prescrizione e ragionevole durata del processo*, in *Archivio penale*, n. 1, 2020, https://archiviopenale.it/File/DownloadArticolo?codice=f38dc6b7-97e5-4b7f-85c0-349116913959&idarticolo=22812, p. 6, in occasione di una critica serrata alle innovazioni apportate in materia di prescrizione con la L. 3 del 2019, evidenziava infatti che «ben il 60% delle prescrizioni – da dati ufficiali del Ministero – si matura nelle indagini preliminari». Tale dato risulta rilevante poiché dà prova non solo della elevata frequenza con la quale vengono adottati provvedimenti di archiviazione per intervenuta prescrizione del reato, ma anche delle possibili cause, alle quali in questo caso non possono certamente ricondursi comportamenti dilatori della difesa. A questo proposito, la stessa autrice ribadisce che i difensori non potrebbe porre in essere pratiche dilatorie o artifizi per far maturare questi termini, ben potendo essere «ignari di procedimenti iscritti a carico di loro clienti, per di più, non di rado, solo futuribili».

[35] Ai sensi del primo inciso dell'art. 161 *bis* c.p.p., introdotto dall'art. 2, comma 1, lettera c), della L. 27 settembre 2021, n. 134: «il corso della prescrizione del reato *cessa definitivamente* con la pronunzia della sentenza di primo grado».

[36] La prescrizione è dai più considerata quale «catalizzatore e valvola di sfogo della frustrazione collettiva». Così, MONGILLO, Vincenzo. *Il doppio volto della prescrizione penale*, cit., p. 306.

in action, dovremmo oggi constatare l'esito fallimentare della novella del 2022, che impone di ricercare in ben altri lidi le soluzioni al problema della eccessiva durata delle indagini preliminari[37].

Per quel che qui ci interessa, in effetti, aver imposto un *timer* ai giudizi d'appello e di Cassazione, anziché risolvere il problema, potrebbe averlo accentuato, in quanto la consapevolezza di avere "più tempo" potrebbe postergare lo svolgimento delle attività investigative, dando priorità a quei reati muniti di una data di scadenza più ravvicinata, e, in generale, potrebbe creare l'effetto perverso di fomentare una dilatazione ancora più irragionevole del giudizio di primo grado. Peraltro, proprio la combinazione tra il nuovo ambito applicativo della prescrizione sostanziale e i "nuovi" criteri di priorità[38] potrebbe aggravare ulteriormente la

---

[37] L'intervento sui giudizi di impugnazione realizzato nel 2022 non ha risolto le questioni poste dalla riforma avvenuta nel 2019, che ha per l'appunto inserito un "blocco" della prescrizione dopo la sentenza di primo grado, blocco che è stato mantenuto fermo dalla riforma Cartabia. E però, proprio a fronte di tale interruzione, LOSAPPIO, Giuseppe. *Il congedo della prescrizione nel processo penale*. Tempus fu(g)it, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 7-8, 2019, https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/upload/3616-losappio2019a.pdf, p. 39, rileva che «il problema della prescrizione non si potrà risolvere agendo sulla disciplina della stessa prescrizione fintanto che l'istituto agirà come un farmaco *off label* sulla lunghezza dei giudizi». Anche in questo caso, anziché risolvere il vero problema delle lungaggini processuali, il legislatore ha praticato «l'italica arte di scrutare il dito anziché la luna», in quanto ha preferito intervenire per l'ennesima volta sulla prescrizione e sulle politiche di estinzione dei reati, anziché sulla «indecorosa e incomparabile lunghezza dei processi». In questi termini si esprimeva MONGILLO, Vincenzo. *Il doppio volto della prescrizione penale*, cit., p. 307.

[38] Si tratta in realtà di un istituto già conosciuto dalle procure della Repubblica italiane, formalizzato dalla Riforma Cartabia. Tra le più risalenti vi sono ad esempio la circolare "Piero-Conti", emanata dal Presidente della Corte di Appello e dal Procuratore Generale di Torino l'8 marzo 1989; nonché le circolari "Zagrebelsky", emanata dal Procuratore di Torino il 16 novembre 1990, e "Maddalena", sempre del Procuratore di Torino, ma risalente al 10 gennaio 2007. Cfr. RUSSO, Lucia, *I criteri di priorità nella trattazione degli affari penali: confini applicativi ed esercizio dei poteri di vigilanza*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2016, https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/upload/RUSSOLUCIA_2016a.pdf, p. 4 ss.; MONACO, Giuseppe. *Riforma della giustizia penale e criteri di priorità nell'esercizio dell'azione*, in *federalismi.it*, 2022, https://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=46930&content=&content_author=, p. 24 ss.

situazione, postergando il momento di presa in carico di una notizia di reato e favorendo l'*inutile* decorso del termine di prescrizione[39].

L'archiviazione per prescrizione, pertanto, costituisce solo la punta dell'*iceberg* dei problemi concernenti il rapporto tra il tempo e le indagini, celando in profondità questioni ancora più complesse, che coinvolgono istituti tra loro eterogenei volti a tutelare esigenze diverse, come accade per il principio di ragionevole durata del procedimento e la prescrizione, che, pur parlando la stessa lingua, hanno origini e finalità in parte divergenti.

4. Dietro i provvedimenti di archiviazione per prescrizione: più che un accertamento completo un accertamento inesistente

Alla luce delle considerazioni precedentemente svolte sorge l'esigenza di assumere un approccio più pratico e di rivolgere lo sguardo alle aule di giustizia e alle dinamiche che caratterizzano talune attività,

[39] Sulla diabolica combinazione tra la prescrizione, i criteri di priorità e le disfunzioni dell'ordinamento, che, combinandosi tra loro, potrebbero impedire alle notizie non prioritarie di essere prese in considerazione dal pubblico ministero subendo gli effetti di una depenalizzazione processuale si veda, con specifico riferimento alle ricadute in tema di tutela della persona offesa, ORLANDO, Claudio. *Azione penale e tutela della persona offesa*, in *lalegislazionepenale.eu*, 19 giugno 2024, https://www.lalegislazionepenale.eu/wp-content/uploads/2024/06/C.-Orlando-Azione-penale-e-tutela-della-persona-offesa-2.pdf. Gli effetti prospettati deriverebbero da una semplice costatazione: poiché il flusso delle notizie di reato "prioritarie" potrebbe essere tendenzialmente continuo, quelle sprovviste di tale caratteristica potrebbero non essere mai prese in considerazione, tantomeno in maniera tempestiva, subendo così i contraccolpi della prescrizione. Di diverso avviso è VIRGA, Veronica. *Obbligatorietà flessibile e criteri di priorità*, in *lalegislazionepenale.eu*, 19 giugno 2024, https://www.lalegislazionepenale.eu/wp-content/uploads/2024/06/LP-Obbligatorieta-flessibile-e-criteri-di-priorita-Veronica-Virga.pdf, la quale afferma che «ben lontani dall'intento di realizzare "deflazioni improprie", i criteri di priorità possono non solo contribuire a calibrare lo sforzo cognitivo del dibattimento, ma anche essere in grado di operare come *bypass* capaci di cucire su ciascuna notizia di reato il percorso più adatto a realizzare, all'interno del sistema penale, una forma di "pluralismo giudiziario statuale"». Sul tema si rinvia inoltre a FERRUA, Paolo. *I criteri di priorità nell'esercizio dell'azione penale*, in *Cassazione penale*, 2020.

così da individuare i fattori che accorciano la distanza in astratto esistente tra i tempi della prescrizione e quelli delle indagini.

In questo senso fanno certamente scuola i casi *Arnoldi contro Italia* e *Petrella contro Italia* giudicati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo rispettivamente nel 2017 e nel 2021. Tali pronunce appaiono in questa sede rilevanti nella parte concernente la descrizione del fatto, in quanto danno conto di una situazione non inusuale per la giustizia italiana, che non sembra essere mutata drasticamente negli ultimi anni. In entrambi i casi si è assistito allo spirare del termine della prescrizione del reato nel corso delle indagini preliminari, circostanza questa che ha determinato importanti ricadute sulle vittime dei reati oggetto di accertamento, precludendo alle stesse la possibilità di costituirsi come parti civili. Dall'apprensione della notizia di reato alla pronuncia del provvedimento conclusivo della fase investigativa sono trascorsi rispettivamente otto e sei anni, durante i quali si è registrata l'inerzia degli uffici della pubblica accusa, che, secondo quanto ammesso dallo stesso Governo italiano nel procedimento *Petrella*, non erano stati capaci di attivarsi[40]. Peraltro, mentre nel caso più risalente la stessa Corte europea dei diritti dell'uomo ha dato conto di alcune, seppur irrisorie, attività investigative condotte dal pubblico ministero[41], nella descrizione della vicenda *Petrella* non vi è alcun riferimento ad atti d'indagine. Tale constatazione radica il sospetto che in quel caso gli organi inquirenti siano stati completamente inerti e che non abbiano condotto alcun accertamento nell'arco temporale compreso tra il momento del deferimento del procedimento alla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Salerno – datato 10 settembre 2001 – e il giorno della richiesta di archiviazione per intervenuta prescrizione del reato denunciato – risalente al 9 novembre 2006.

---

[40] Cfr. GRISONICH, Elisa. *Il dirompente incedere delle garanzie processuale della vittima nella giurisprudenza di Strasburgo: il caso Petrella c. Italia, tra ragionevole durata del procedimento, diritto di accesso al Giudice e rimedio effettivo*, in sistemapenale.it, 7 aprile 2021, https://www.sistemapenale.it/it/scheda/corte-edu-sentenza-petrella-garanzie-vittima-reato.

[41] Cfr. par. 10 Corte europea dei diritti dell'uomo, *Arnoldi c*. Italia, cit., nel quale si fa riferimento allo svolgimento di un interrogatorio degli indagati in data 20 settembre 1999, durante il quale però gli indagati decisero di non rispondere.

Come si può intuire, posta anche la natura dei reati denunciati (falso ideologico in atto pubblico nel primo caso e diffamazione a mezzo stampa nel secondo), le lungaggini riscontrate, nulla hanno a che vedere con la complessità del fatto o con le difficoltà insite nello svolgimento delle relative indagini, essendo piuttosto il risultato di un comportamento statico della procura.

Queste vicende, nella loro drammatica semplicità, dimostrano che, contrariamente a quanto potrebbe apparire *prima facie*, alle origini del problema oggetto del presente studio non risiedono esigenze legate alla completezza ed esaustività della cognizione investigativa. Molto spesso, infatti, lo spirare dei termini di prescrizione durante la fase preliminare del procedimento non dipende dalla conduzione di un maggior numero di attività e, quindi, dal raggiungimento di una migliore e più approfondita cognizione investigativa, quanto piuttosto dall'inattività delle autorità inquirenti, che non di rado accumulano significativi ritardi nella gestione di una notizia di reato.

In effetti, lo scenario descritto sembra costituire una anomalia, specie se si considera il salto in avanti condotto dal Codice del 1988. Preoccupandosi del problema delle indagini *sine die* che aveva caratterizzato il sistema previgente, esso aveva posto un freno al "gigantismo" della fase preliminare ponendovi dei vincoli temporali[42]. Al fine di imprimere una accelerazione al procedimento e di rispettare il canone della ragionevole

[42] Per far fronte alle conseguenze di un sistema che vedeva il pubblico ministero affiancato da un giudice, a sua volta in grado di condurre un'attività istruttoria, nel 1982 il tessuto normativo del Codice Rocco era stato arricchito dall'art. 392 *bis* c.p.p. Tale norma imponeva al pubblico ministero di assumere determinazioni sull'azione penale entro un anno dall'iscrizione del procedimento nel registro generale degli affari penali. Tuttavia, le conseguenze dell'inosservanza di tale termine non erano significative, in quanto era semplicemente prevista la possibilità per l'imputato di azionare un meccanismo di controllo, che eventualmente avrebbe trasformato il rito da sommario a formale. V. CORDERO, Franco. *Procedura penale*, 9° ed., Giuffrè, Milano, 1987, p. 643. Non a caso, dopo aver analizzato tale disciplina VICOLI, Daniele. *La "ragionevole durata" delle indagini*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 4, arriva alla conclusione che nella vigenza del codice del 1930 all'imputato non fosse offerto alcuno strumento di tutela e ciò soprattutto in considerazione del fatto che anche l'attivazione del meccanismo di cui all'art. 392 *bis* c.p.p. avrebbe dato inizio ad una attività, quella formale, che, seppur garantita dalla presenza dell'organo giurisdizionale, comunque si caratterizza per i suoi tempi potenzialmente illimitati.

durata sancito dall'art. 6 par. 1 Cedu[43], si era optato per la previsione di un sistema volto a imporre precisi termini di durata alle indagini preliminari e a limitare il meccanismo delle proroghe, il che su un piano ipotetico avrebbe dovuto arginare il rischio di indagini eccessivamente lunghe e quindi tali da coincidere con i tempi della prescrizione, notoriamente più ampi.

Seppur sottoposto ad una «legislazione labirintica e sconfinata» in ragione delle numerose modifiche apportate nel corso degli anni[44], il quadro normativo di riferimento (contenuto negli artt. 405-407 c.p.p.) mantiene ancora oggi intatta la sua matrice originaria, di cui vi è traccia anche nelle più recenti novelle legislative intervenute in questa materia, che confermano peraltro il superamento dell'ipotetico contrasto tra l'esigenza di completezza e la necessità di porre dei limiti all'attività investigativa del pubblico ministero[45]. Ad oggi, pertanto, le indagini preliminari dovrebbero avere una durata limitata, comunque non superiore a due anni, neanche nei casi particolarmente delicati, una durata che, dunque, quantomeno sulla carta, è destinata a non coincidere con il tempo necessario a prescrivere il reato, il quale, ai sensi dell'art. 157 c.p., non può comunque essere inferiore a sei anni per i delitti e a quattro per le contravvenzioni.

Stando così le cose, diviene allora spontaneo chiedersi come sia possibile arrivare a constatare l'intervento della prescrizione nella fase investigativa, posto che, da un'analisi dei dati che riguardano l'arco temporale compreso tra il 2014 e il 2020, l'ufficio che ha dichiarato il maggior numero di prescrizioni è proprio quello gip[46].

---

[43] VICOLI, Daniele. *La "ragionevole durata" delle indagini*, cit., valorizza il nesso di funzionalità esistente tra la previsione dei termini di durata delle indagini preliminari e le esigenze di accelerazione dei tempi processuali.

[44] *Ivi*, p. 1, che a questo proposito riporta alcuni degli interventi normativi più significativi intervenuti tra l'entrata in vigore del codice del 1988 e il 2012, che raggiungono numeri a due cifre.

[45] Franco Cordero aveva mosso aspre critiche rispetto alla introduzione di termini di indagini, affermando che le soluzioni adottate dal legislatore fossero nate «da un garantismo bigotto», di cui i codificatori avrebbero dovuto disfarsi, in quanto rispondente a «ideologie pseudogarantistiche in voga». Cit. CORDERO, Franco. *Procedura penale*, 9ª ed., Giuffrè, Milano 2012, pp. 811-812.

[46] Così TRAPELLA, Francesco. *Note in tema di prescrizione e di efficienza del processo (a proposito di «Riforme, statistiche e altri demoni»)*, cit.

Ebbene, il confronto con queste informazioni rende necessaria una precisazione, che deve essere tenuta ben presente quando si leggono statistiche di tal tipo e si cerca di attribuire a queste cifre il ruolo di indicatori dei malfunzionamenti della giustizia penale. Invero, sebbene tale affermazione possa apparire scontata, occorre tenere a mente che, per quanto il legislatore si sia sforzato di fissare i termini per la conclusione delle indagini preliminari e di contingentare il c.d. periodo di riflessione[47] ad esse successivo, vi sono in realtà delle zone grigie, che, non rientrando formalmente in questa fase, sfuggono ai vincoli temporali imposti dagli artt. 405 ss. c.p.p., favorendo quella sovrapposizione tra tempi della prescrizione e tempi delle investigazioni prospettata all'inizio. Basti pensare al lasso temporale intercorrente tra il *tempus commissi delicti* (*dies a quo* della prescrizione) e l'iscrizione del nome dell'indagato nel registro delle notizie di reato (*dies a quo* dei termini di conclusione delle indagini), che potrebbe essere più o meno apprezzabile in considerazione della natura del reato e delle fisiologiche difficoltà insite nella sua scoperta[48]: tale periodo, pur non

[47] Questa espressione viene utilizzata per indicare il periodo compreso tra la conclusione delle indagini e l'assunzione, da parte del pubblico ministero, delle determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale. In altri termini, si fa riferimento a quell'arco temporale durante il quale il titolare dell'azione può riflettere e valutare l'alternativa tra azione e inazione. Sul punto si tornerà *infra*.

[48] Ci si riferisce in particolare ai casi di reati procedibili d'ufficio. Per i reati procedibili a querela il discorso è parzialmente diverso, in quanto il decorso di un termine superiore a quello previsto ai fini della ricevibilità della querela, prima ancora di porre problemi in termini di prescrizione del reato, determina l'improcedibilità stessa dell'azione per assenza di una sua condizione. In questi ultimi casi, pertanto, dovrebbe sussistere un ulteriore incentivo rispetto alla comunicazione tempestiva della notizia di reato da parte dell'interessato nei confronti delle autorità giudiziarie, essendo condizione necessaria per il valido esercizio dell'azione. In generale, CORETTI, Giulia. *La ragionevole durata delle indagini alla luce della riforma Cartabia*, cit., p. 13, ricorda che «stabilire il momento dell'iscrizione è però un'attività delicata e complessa, in quanto il percorso di emersione della notizia di reato non è lineare, ma frutto di una sedimentazione successiva, e l'acquisizione progressiva di elementi di prova comporta che l'iscrizione della notizia possa avvenire solo in un momento posteriore». Nella stessa direzione si pone MONGILLO, Vincenzo. *Il doppio volto della prescrizione penale*, cit., p. 332, che prende peraltro in considerazione una situazione limite: quella cioè in cui la stessa apprensione della *notitia criminis* si realizzi in prossimità della scadenza del termine di prescrizione. È chiaro che questa eventualità è del tutto possibile e non può

rilevando ai fini del computo dei termini di cui all'art. 405 c.p.p., di fatto interferisce con la durata effettiva del primo segmento procedimentale o, meglio, con il suo *dies ad quem*, che, essendo spostato in avanti, può finire per coincidere con quello della prescrizione, dando corpo a quella sovrapposizione che in astratto parrebbe irrealizzabile. Come si può intuire, quella delineata costituisce una eventualità difficilmente controllabile dal legislatore, il quale, non potendo gestire le tempistiche dell'attività di scoperta di una notizia di reato, a fronte di reati che si caratterizzano per la loro capacità di rimanere occulti, in casi come questi può intervenire esclusivamente sul fronte della prescrizione, raddoppiandone la durata[49].

Tuttavia, a fronte di fenomeni difficilmente imbrigliabili, che per loro natura non possono essere contingentati in uno specifico arco di tempo, ve ne sono molti altri che, invece, ben potrebbero essere cadenzati da parte del legislatore, e che, ciononostante, sono sprovvisti di specifiche prescrizioni in questo senso.

Il riferimento è, in particolare, alle due attività prodromiche all'avvio formale della fase investigativa: la comunicazione della notizia di reato da parte della polizia giudiziaria nei confronti del pubblico ministero e la relativa iscrizione nell'apposito registro. A ben vedere, nonostante l'astratta possibilità di controllare il tempestivo svolgimento di tali attività formalizzandone le tempistiche, il legislatore ha preferito la via della generalità, ricorrendo ad espressioni volutamente vaghe come "senza

essere guardata in maniera eccessivamente critica; tuttavia, si tratta di casi davvero peculiari, che continuano a rappresentare l'eccezione e non la regola e che pertanto non possono da soli giustificare il numero così tanto elevato di prescrizioni accertate nel corso delle indagini preliminari.

[49] L'obiettivo che persegue il legislatore in questi casi è quello di evitare che le difficoltà connaturate alla scoperta o alla emersione di talune notizie di reato possano ripercuotersi sulla possibilità stessa di condurre un accertamento penale. In questo senso basti pensare al delitto di tortura o a quello di frode in processo penale e depistaggio nell'ipotesi aggravata di cui al comma 3 dell'art. 375 c.p., per i quali il legislatore ha previsto il raddoppio dei termini di prescrizione in ragione della natura dei reati stessi, che spesso sono avvolti da un velo di omertà che ne rendono difficile la scoperta. Si veda in commento a tale previsione INSOLERA, Gaetano. *Punire il depistaggio. Prime incomplete riflessioni: la situazione è disperata e seria*, in *Parola alla difesa*, 2016, che definisce tali opzioni normative come «clausole di stile», in quel momento realizzate in attesa di una riforma della prescrizione che di lì a breve sarebbe arrivata.

ritardo" – rintracciabile nel testo dell'art. 347 c.p.p. dedicato all'obbligo della polizia giudiziaria di riferire la notizia di reato – e "immediatamente" – avverbio contenuto nell'art. 335 c.p.p. che si riferisce all'iscrizione della *notitia criminis* da parte del pubblico ministero nell'apposito registro. Tale scelta, per la verità, non era affatto obbligata[50], essendo piuttosto il risultato di rivendicazioni degli operatori di polizia, i quali richiedevano il riconoscimento di una propria autonomia operativa e la creazione di condizioni funzionali a garantire una maggiore elasticità ed efficienza del loro operato[51]. Eppure, nonostante i pregi di questo approccio, che

---

[50] A questo proposito è utile ripercorrere velocemente l'*excursus* normativo che ha portato all'attuale formulazione dell'art. 347 c.p.p. Invero, l'espressione "senza ritardo" era utilizzata anche nel Codice del 1930, precisamente nell'art. 2, che per questa via attribuiva un ampio margine di discrezionalità alla polizia giudiziaria rispetto alla scelta del momento della trasmissione della notizia di reato all'autorità giudiziaria. Per far fronte ai problemi che un assetto di tal tipo aveva determinato, specie in considerazione del rapporto nel quale confluivano le attività, lunghe e complesse, condotte nella preistruzione, il codice del 1988 aveva sostituito il rapporto con l'attuale informativa, il cui contenuto avrebbe dovuto essere meramente descrittivo, e aveva previsto un limite temporale entro il quale effettuare la trasmissione della notizia di reato. Tale rigido limite cronologico, di quarantotto ore, risultava funzionale alla riduzione del contenuto della comunicazione pervenuta al pubblico ministero e all'assunzione, nel più breve tempo possibile, della direzione e del controllo dell'attività investigativa da parte del procuratore, ma soprattutto favoriva una rigida scansione temporale che evitava lo slittamento dell'inizio della fase procedimentale vera e propria. Questo sistema, però, non fu accolto con favore e nel 1992, con il D.L. 8 giugno 1992, convertito in L. 7 agosto 1992, n. 356, venne modificato, introducendo la clausola "senza ritardo" e confinando l'ambito operativo del limite cronologico a talune specifiche ipotesi, attualmente disciplinate dai commi 2 *bis* e 3 dell'art. 347 c.p.p. Cfr. sul punto PAULESU, Pier Paolo. *Sub art. 347 c.p.p.*, in GIARDA, Angelo; SPANGHER, Giorgio. *Codice di procedura penale commentato*, 6ª ed, Wolters Kluer, 2023, p. 1662-1665.

[51] L'autonomia rivendicata dagli operatori riguardava ovviamente il profilo temporale e si riconduceva alle oggettive difficoltà connesse all'accertamento di taluni delitti particolarmente complessi. Cfr. BRESCIANI, Luca. *Sub art. 347 c.p.p.*, in *Commentario Chiavario-II agg.*, p. 127. Tale argomentazione, per la verità, risulta solo in parte sostenibile in quanto sembra partire da un presupposto impreciso che vuole attribuire alla polizia giudiziaria il compito di accertare la notizia di reato, come se ad essa competesse poi una qualche valutazione o una funzione di filtro rispetto alle *notitiae criminis* da trasmettere al pubblico ministero competente. In realtà, una ricostruzione siffatta parrebbe non tenere conto del regime di obbligatorietà dell'azione penale e dei suoi

nasceva come reazione alla prassi di trasmissioni burocratiche delle notizie di reato[52], non possono oggi essere trascurati i suoi risvolti negativi, che si apprezzano proprio sul terreno del controllo della durata effettiva delle indagini. Invero, l'impianto restituito dalla novella del 1992, che è intervenuta sull'art. 347 c.p.p. eliminando il riferimento al termine ordinario di quarantotto ore per la trasmissione dell'informativa da parte della polizia giudiziaria, oltre ad agevolare e legittimare la creazione di un arco temporale, talvolta anche apprezzabile, che sfugge al controllo del pubblico ministero, ha, per quello che qui interessa, aperto le porte al pericolo di surrettizi ampliamenti delle indagini preliminari. Si è creata così una vera e propria zona d'ombra che risulta pericolosa tanto nell'ipotesi in cui sia riempita da un accertamento investigativo condotto in maniera autonoma dalla polizia giudiziaria[53], quanto nel caso

---

fisiologici corollari. Invero, sebbene possa apparire eccessiva quella lettura che vede proprio nella polizia giudiziaria il primo destinatario dell'obbligo sancito dall'art. 112 Cost. (vedi CHIAVARIO, Mari., *Appunti sulla problematica dell'«azione» nel processo penale italiano: incertezze prospettive limiti*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Anno XIX, n. 3, settembre 1975, p. 905), deve comunque tenersi conto del legame esistente tra le attività dei protagonisti della fase preliminare, che conferisce all'attività disciplinata dall'art. 347 c.p.p. il significato di presupposto logico imprescindibile per l'effettiva praticabilità del canone sancito dalla Costituzione. Pertanto, pur non volendosi negare l'esigenza di una previa verifica sulla notizia di reato da parte della polizia giudiziaria, pare opportuno evidenziare che tale verifica non si debba tradurre in un vaglio o in una selezione, che a rigore dovrebbe competere in via esclusiva al pubblico ministero.

52 Secondo quanto affermato da PAULESU, Pier Paolo. *Sub art. 347 c.p.p.*, cit., che sul punto riprende FRIGO, Giuseppe. *Sub art. 4 d.l. 8 giugno 1992, n. 306*, in AA.VV., *Le misure antimafia*, 1, Suppl. A Lex 24, 7 agosto 1992, p. 9, il sistema delineato dal Codice del 1988, che prevedeva il termine di quarantotto ore ai fini della trasmissione della notizia di reato, aveva finito per determinare in capo alla polizia giudiziaria una sensazione di vero e proprio disagio e demotivazione, in quanto, essendo sprovvista del tempo necessario per effettuare gli adeguati accertamenti sulla *notitia criminis* a lei pervenuta, era costretta a deresponsabilizzarsi, trasferendo automaticamente ogni notizia al pubblico ministero.

53 Qualora ciò accadesse, un passaggio procedimentale, che a rigore dovrebbe sostanziarsi in un frammento leggero dell'*iter* volto all'avvio del procedimento penale, potrebbe appesantirsi eccessivamente, con il rischio di dare vita ad una preistruzione particolarmente complessa, ricca di attività i cui risultati confluirebbero nell'informativa. In questo modo, tale atto costituirebbe il

diametralmente opposto, quando cioè si registra una grave e incontrollata inerzia da parte degli agenti[54]. Proprio in quest'ultima ipotesi le clausole utilizzate dal legislatore danno il via libera per la creazione di spazi procedimentali nei quali è ben possibile accumulare ritardi, che, pur non rilevando ai fini del computo della durata complessiva delle indagini, certamente contribuiranno a far maturare i termini della prescrizione durante questa fase.

Accanto a questi esempi di dolosa indeterminatezza delle disposizioni, vi sono poi delle situazioni ancora più problematiche, frutto dell'utilizzo fraudolento di taluni meccanismi procedimentali che, approfittando della scarsa regolamentazione esistente e dell'assenza di adeguati sistemi di controllo, consentono di tardare il più possibile il *dies a quo* del termine di durata delle indagini e permettono così lo svolgimento di un'attività che, pur essendo sostanzialmente investigativa, formalmente non rientra in quella contingentata dagli artt. 405 ss. c.p.p.

In effetti, tra le pratiche di competenza del *dominus* delle indagini preliminari ve n'è una che ancora oggi appare imperscrutabile e sulla quale neppure i recenti studi statistici sono riusciti a fare luce[55]: l'iscrizione delle *notitiae criminis* nel c.d. modello 45. All'interno di questo registro

---

sostrato conoscitivo sulla scorta del quale il pubblico ministero condurrebbe le successive attività di indagine, inesorabilmente influenzate dai risultati e dalle interpretazioni offerte dalla polizia giudiziaria.

54 La Corte di Cassazione, in realtà, è intervenuta sul punto ravvisando in capo agli agenti di polizia giudiziaria il reato di omessa denuncia da parte del pubblico ufficiale, in un caso in cui una notizia di reato concernente un tentato omicidio fu trasmessa al pubblico ministero più di un mese dopo dal momento in cui era pervenuta agli agenti. Secondo i giudici, infatti, sebbene le espressioni utilizzate dal legislatore non impongano termini precisi e determinati, esse comunque «indicano attività da compiere in un margine ristretto di tempo, e cioè non appena possibile». Così Cass. Pen., sez. I, 19 marzo 2007, *Orlandi*, Ced. 236501.

55 Ad essere ignote, nello specifico, sono le modalità di definizione dei procedimenti iscritti a mod. 45. Non è chiaro, dunque, quante di queste querele, informative, comunicazioni trasmigrino nel mod. 21 e quante invece restino a tempo indeterminato nel mod. 45 per poi essere autoarchiviate dalle Procure. Cfr. VALENTINI, Cristina. *Riforme, statistiche e altri demoni*, cit., p. 8. In altri termini, mentre sono noti i dati in entrata, non si conoscono quelli in uscita, i quali però ai fini del nostro studio sono invece rilevanti per quello che si dirà a breve.

dovrebbero confluire gli atti che solo apparentemente contengono notizie di reato e che, mancando di un certo livello di specificazione rispetto al "fatto" descritto, non possono essere iscritti nei modelli di cui all'art. 335 c.p.p. (modello 21 e 44)[56]. Ciò che contraddistingue le *notitiae criminis* ricomprese in questo modello è il procedimento (o, meglio, l'assenza di un procedimento) di archiviazione, che viene disposta direttamente dal pubblico ministero[57].

---

[56] Tale registro è stato oggetto di numerose circolari intervenute nel 1989, 1990, 2011, 2016 e 2017. In particolare, nella circolare n. 533 del 18 ottobre 1989 emanata dal Ministero di (Grazie e) Giustizia, c.d. circolare Vassalli, si precisava che «in esso verranno iscritti, con l'indicazione della data e del contenuto, tutti gli atti ed informative che non debbano essere iscritti nei registri delle notizie di reato relativi a persone note o ignote: tutti gli atti ed informative, cioè, del tutto privi di rilevanza penale (esposti, o ricorsi in materia civile o amministrativa; esposti privi di senso, ovvero di contenuto abnorme o assurdo; atti riguardanti eventi accidentali, ecc.)». Cfr. TONINI, Paolo. *Manuale di procedura penale*, Milano, 2007, p. 443. Il modello è poi stato concretamente inserito con il regolamento per l'esecuzione del codice di procedura penale (D.M. 334 del 1989, art. 2) e trova il suo fondamento normativo nell'art. 109 disp. att. c.p.p. che, con il riferimento al termine "eventuale" ha aperto le porte a un sistema di tal tipo. La norma, infatti, impone alla segreteria della procura della Repubblica di sottoporre gli «atti che possono contenere notizie di reato» al procuratore «per l'*eventuale* iscrizione nel registro delle notizie di reato». Cfr. SOTTANI, Sergio. *Il controllo giudiziale sulle pseudo notizie di reato*, in *Archivio penale*, n. 3, 2021, p. 1. Tra gli esempi, può essere utile quello effettuato dalla circolare del 21 aprile 2011, che annovera tra le non notizie di reato «gli esposti generici contro personalità dello Stato o magistrati». Si veda sul punto anche CARCHIETTI, Antonio. *Fascicoli iscritti* ex *art. 11 del codice di procedura penale: appunti in materia di indagini*, in *Sistema penale*, n. 4, 2020, pp. 21-22.

[57] La circolare del Ministero della Giustizia dell'11 novembre 2016 parla di "potere di cestinazione". Si tratta tuttavia di un sistema particolarmente problematico in ragione delle frizioni che pone rispetto al principio di obbligatorietà dell'azione penale. Non a caso, nel corso del tempo, quasi in attuazione di una «giurisprudenza difensiva», tesa a districare gli intricati rapporti esistenti tra il meccanismo dell'auto-archiviazione e l'obbligatorietà dell'azione penale, vi sono stati diversi arresti giurisprudenziali volti a restringere l'autonomia del pubblico ministero nella gestione delle pseudo-notizie e ad allargare le maglie del controllo del giudice. Cfr. SOTTANI, Sergio. *Il controllo giudiziale sulle pseudo notizie di reato*, cit. Emblematica in questo senso è stata la Circolare Pignatone adottata dalla Procura della Repubblica di Roma, il 2 ottobre 2017, che ha poi ispirato il legislatore della riforma del 2022 sul piano della definizione del contenuto minimo della notizia di reato. Prendendo in considerazione l'ipotesi in cui sia necessario compiere degli accertamenti al

Il registro 45, però, si presenta oggi come un vaso di Pandora: una volta sollevato il coperchio, la realtà che si presenta dinanzi agli occhi dello studioso è molto diversa da quella immaginata, in quanto, accanto alle narrazioni fantasiose tradizionalmente ricondotte al concetto di "pseudo-notizia di reato", ve ne sono anche altre che ben avrebbero potuto essere iscritte *ab initio* nei registri di cui all'art. 335 c.p.p., nei quali probabilmente trasmigreranno solo in un momento successivo. Ed infatti, come si è detto poc'anzi, tra le possibili sorti delle denunce, informative o comunicazioni inizialmente iscritte nel registro 45, vi è anche il successivo passaggio al modello 21. Ebbene, quando tale spostamento si realizza ed è preceduto dal compimento di atti investigativi, astrattamente legittimati dalla necessità di vagliare la natura della notizia, si assiste, di fatto, ad una elusione della disciplina dei termini di durata delle indagini che così risultano significativamente più ampi[58].

In ogni caso, a prescindere dal compimento o meno di verifiche sulla *notitia criminis* iscritta nel modello 45, il sistema delineato dà prova dell'esistenza di un altro segmento procedimentale, quello concernente appunto l'iscrizione di una notizia di reato, che contribuisce alla collocazione del *dies ad quem* del periodo prescrizionale nel terreno delle indagini preliminari. In questo arco temporale, infatti, mentre le lancette dell'orologio che misura il tempo del procedimento rimarranno

---

fine di verificare l'effettiva natura dell'informazione giunta alla procura, è stata fatta una distinzione e si è ammesso che i riscontri volti a verificare la riconducibilità della vicenda narrata ad una notizia di reato, non costituendo dei veri e propri atti di indagine, consentono l'operatività del meccanismo dell'auto-archiviazione. Cfr. VALENTINI, Cristina. *La completezza delle indagini, tra obbligo costituzionale e (costanti) elusioni della prassi*, in *Archivio penale*, n. 3, 2019, https://archiviopenale.it/File/DownloadArticolo?codice=1084b0d9-d7a3-4d5b-b323-c2263eeb108f&idarticolo=19686, p. 14.

58 Sul punto si veda l'*obiter dictum* di Cass. Pen., sez. III, sent. 12 dicembre 2018, n. 55511. Come evidenzia VALENTINI, Cristina. *La completezza delle indagini*, cit., p. 12, per quanto la situazione descritta possa sembrare una mera «eventualità teoricamente ipotizzabile, ma concretamente impraticata, un *divertissement* riservato a puntigliosi osservatori di occasionali patologie della vicenda procedimentale o a puristi della procedura», in realtà non è così. Anzi, tale pratica risponde all'ideale diffuso in base al quale le indagini costituiscono «un luogo in cui il pubblico ministero sostanzialmente trova spazi in cui, sol che lo voglia, può muoversi *legibus solutus*».

ferme, quelle della prescrizione continueranno a girare e così il relativo *timer*, seppur più lungo, sarà destinato a scadere prima[59].

5. Vittime del reato e vittime della archiviazione per prescrizione

5.1. Il diritto della persona offesa alla ragionevole durata delle indagini e la violazione del suo right to court *ad opera della prescrizione*

La dichiarazione di estinzione di un reato contenuta all'interno di un provvedimento di archiviazione miete numerose vittime: l'ordinamento,

---

[59] Questo scenario, peraltro, non sembra essere scongiurato dai recenti interventi realizzati in materia di retrodatazione della notizia. Nonostante i meriti degli artt. 335 *ter* c.p.p. e ss., che hanno fatto sì che l'iscrizione della notizia di reato non fosse più un'«operazione mistica e intensa» nella quale nessuno, a parte il pubblico ministero, avrebbe potuto «mettervi naso per controllarlo» (così VALENTINI, Cristina. The untouchables*: la fase delle indagini preliminari, l'ufficio del pubblico ministero e i loro misteri*, in *Archivio penale*, n. 2, 2022, https://archiviopenale.it/File/DownloadArticolo?codice=1525296a-4fcd-495f-88df-896ec7c1583d&idarticolo=36404, p. 10), è bene ricordare che il nuovo rimedio si muove su un terreno diverso da quello oggetto della presente analisi e non incide sull'eventuale maturazione della prescrizione. Peraltro, anche al netto del nuovo sistema di controlli sulla iscrizione di una notizia di reato, comunque tale attività continua ad essere «discrezionale – non arbitraria – nel *quomodo* nonché sull'*ubi* (ovvero sulle scelte del registro)». Cit. SCARPINO, Daniele. *Le innovazioni apportate dalla riforma Cartabia in tema di iscrizione della* notitia criminis, in *penaledp.it*, 26 luglio 2023, https://www.penaledp.it/le-innovazioni-apportate-dalla-riforma-cartabia-in-tema-di-iscrizione-della-notitia-criminis/, p. 3. Sulla portata degli interventi realizzati sugli artt. 335 c.p.p. e ss. e, indirettamente, sul mod. 45, si rinvia, *ex multis*, a VALENTINI, Cristina. *Grandi speranze: una possibilità di riforma della riforma*, in *Archivio penale*, n. 3, 2022, https://archiviopenale.it/File/DownloadArticolo?codice=11b57c19-6c33-4da2-9e38-29d80f9b895c&idarticolo=38439, p. 3; MORSELLI, Carlo. *Emendabile l'iscrizione tardiva con la retrodatazione, insindacabile/non sanzionabile l'erronea iscrizione indiziaria (art. 335* quater *Cpp). Rimedi*, in *Archivio penale*, n. 2, 2023, https://archiviopenale.it/File/DownloadArticolo?codice=538513d3-fb55-4289-9594-cfa2e68b3bd4&idarticolo=42599, p. 17; GIALUZ, Mitja. *Per un processo penale più efficiente e giusto. Guida alla lettura della riforma Cartabia (profili processuali)*, in *sistemapenale.it*, 2 novembre 2022, https://www.sistemapenale.it/pdf_contenuti/1667394561_gialuz-riforma-cartabia-nuova-vers.pdf, p. 39.

costretto a fare i conti con lo spreco di risorse causato da un accertamento azzerato – sempre che esso sia stato condotto –; l'accusato, che in base al tenore e al lessico utilizzato dal giudice può essere pregiudicato sotto il profilo della tutela della presunzione di innocenza; ma, soprattutto, la persona offesa, che si vede preclusa ogni *chance* di ottenere una decisione di un giudice penale sull'offesa causata dal reato che la riguarda.

D'altronde, per quanto sia radicata l'idea del processo penale come pena anticipata e sebbene i costi connessi alla celebrazione di un giudizio "giusto" siano elevati, il processo rappresenta un momento essenziale nel quale le garanzie della persona trovano la loro massima espressione, specie se ci si pone nella prospettiva di coloro i quali prima dell'avvio della tutela giurisdizionale ricoprono un ruolo meramente marginale[60]. In effetti, se l'operatività della prescrizione è funzionale alla tutela dell'accusato, benché in certi casi possa avere effetti perversi anche nei suoi confronti, tale convenienza non si rintraccia nella persona offesa, la quale si limita a subire inerme il dispiegamento degli effetti del diritto all'oblio[61] (che è un diritto appunto dell'indagato) e a pagare il prezzo dell'inerzia e dell'inefficienza delle autorità inquirenti.

Per comprendere la portata delle conseguenze negative prodotte da tali specifici provvedimenti di archiviazione nei confronti della vittima è certamente utile la casistica analizzata dalla Corte europea dei diritti

---

[60] Tra questi rientra certamente la persona offesa: invero, sebbene il codice del 1988 abbia valorizzato considerevolmente il ruolo dell'offeso, soprattutto nella fase investigativa, non può comunque negarsi che questa abbia pochi poteri propulsivi. La distinzione "all'italiana" tra persona offesa e parte civile indebolisce la posizione complessiva in cui viene a trovarsi tale soggetto, che continua ancora oggi a godere di diritti e poteri processuali solo in seguito alla costituzione di parte civile. Cfr. BELLUTA, Hervè. *Quale ruolo per la vittima nel processo penale italiano?*, in questa rivista, vol. 5, n. 1, p. 85; DI CHIARA, Giuseppe. *Parte civile (voce)*, in *Digesto discipline penalistiche*, IX, Torino, 1995, p. 238 ss.

[61] In tutti questi casi, in effetti, neppure l'istituto dell'opposizione alla richiesta di archiviazione soccorre in aiuto della vittima, non essendovi molti argomenti spendibili per superare un argomento che si basa sull'evidenza oggettiva del decorso del tempo della prescrizione. Sulle potenzialità di tale istituto si rinvia a FONTI, Rossella. *L'opposizione della persona offesa alla richiesta di archiviazione*, in *Archivio penale*, n. 2, 2013.

dell'uomo, la quale continua a riscontrare violazioni degli artt. 6, 2, 3 della Convenzione ad opera dello Stato italiano.

Partendo dalle vicende giurisprudenziali già menzionate, *Arnoldi contro Italia*[62] e *Petrella contro Italia*[63], è possibile constatare il primo pregiudizio subito dalla persona offesa ad opera delle ordinanze disposte ai sensi dell'art. 411 c.p.p., il cui rilievo non è tuttavia scontato. Invero, se è indubbio che in tali casi si assiste ad una violazione del diritto alla ragionevole durata e se è parimenti indiscussa la valenza oggettiva e soggettiva di tale canone, lo stesso livello di certezza non può dirsi esistente con riferimento alla platea di soggetti che ne sono titolari, specie nella fase investigativa. Sciogliere questo nodo diviene pertanto fondamentale, in quanto consente di comprendere se l'inerzia delle autorità determini una lesione giuridicamente apprezzabile anche nei confronti della persona offesa o se non sia piuttosto un fenomeno che, per quanto deprecabile, appaia comunque sprovvisto di autonoma rilevanza.

La partita, che negli ultimi anni ha visto come protagoniste indiscusse la Corte costituzionale e la Corte Edu, si è giocata su un campo ben specifico: quello della legge Pinto e, quindi, del riconoscimento di un ristoro economico (anche) per la persona offesa che lamenta una lesione del diritto alla ragionevole durata del processo. In particolare, a venire in rilievo è l'art. 2 comma 2 *bis* della legge Pinto (L. n. 89 del 24 marzo 2001), in base al quale il processo penale si considera iniziato con l'assunzione della qualità di parte civile. Attraverso questa previsione, che ratifica l'approccio formalistico adottato dall'ordinamento italiano e confermato dalla Corte costituzionale[64], si esclude dal raggio di operatività dell'equa riparazione

---

[62] Corte europea dei diritti dell'uomo, 7 dicembre 2017, *Arnoldi contro Italia*, ric. n. 35637/04.

[63] Corte europea dei diritti dell'uomo, 18 marzo 2021, *Petrella contro Italia*, ric. n. 24340/07.

[64] Secondo la Corte costituzionale è fondamentale tenere ferme le qualifiche formali, che risultano dunque irrinunciabili (cfr Corte costituzionale, sent. 4 novembre 2020, n. 249). Sul punto si registra una profonda divergenza rispetto all'approccio adottato dalla Corte di Strasburgo che è stato puntualmente rilevato da FALATO, Fabiana. *Recenti tendenze della Corte europea per estenderei il rapporto tempo-processo alle indagini preliminari e alla persona offesa*, in *Archivio penale*, n. 1, 2021, https://archiviopenale.it/File/DownloadArticolo?codice=7f7fb7ae-1520-4953-9aab-db115f9e4f94&idarticolo=27113;

la fase investigativa e, ancora una volta, si ricollega il riconoscimento di talune garanzie procedimentali al possesso di una qualifica formale, la cui acquisizione è però subordinata alla previa attivazione da parte delle autorità[65]. Il *modus operandi* italiano è stato però sottoposto al vaglio dei giudici di Strasburgo, che hanno condannato l'Italia e hanno riconosciuto il diritto alla ragionevole durata e, quindi, il diritto al ristoro previsto dalla legge del 2001, anche alla *costituenda*, seppur non ancora costituita, parte civile. La Corte europea ha quindi superato il consolidato orientamento della Corte di Cassazione[66] che escludeva che la persona offesa non (o non ancora) costituita parte civile potesse ritenersi vittima della violazione del termine ragionevole per il periodo anteriore alla costituzione e che, dunque, quest'ultima potesse chiedere un risarcimento per i danni subiti a causa della durata del procedimento. Nella sentenza *Arnoldi contro Italia*, infatti, si sancì un primo importante passo in avanti rispetto all'emancipazione della tutela della persona offesa dal suo *status* formale e si riconobbero gli effetti pregiudizievoli della prescrizione e della irragionevole durata delle indagini penali anche sul diritto di carattere civilistico al risarcimento del danno causato dal reato. La vittima che aveva manifestato la volontà di rivendicare le proprie pretese risarcitorie nell'ambito del procedimento penale e che si vedeva preclusa questa via a causa di una condotta inerte delle autorità veniva equiparata alla parte civile, sebbene tale equiparazione non fosse automatica[67].

CASSIBBA, Fabio. *Durata irragionevole delle indagini e archiviazione*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n. 3, 2021.

[65] A questo proposito pare utile rammentare che la costituzione di parte civile è comunque subordinata al previo esercizio dell'azione penale da parte del pubblico ministero. L'art. 79 c.p.p. prevede un *dies a quo* per la costituzione di parte civile, la quale può avvenire "per" l'udienza preliminare ed è quindi preclusa nel caso in cui tale momento procedimentale non abbia luogo a causa dell'intervento della prescrizione. Il fatto che il più rilevante dei diritti riconosciuti alla vittima risulti subordinato alla previa attivazione della pubblica accusa, oltre a sminuirne la portata, genera un vero e proprio paradosso, perché impedisce alla persona offesa di rivendicare alcuna violazione.

[66] In particolare, vengono richiamati: Cass. Pen., 30 gennaio 2003, n. 1405; Id., 19 settembre 2003, n. 13889; Id., 24 luglio 2003, n. 11480; Id., 3 aprile 2012, n. 5294; Sez. Unite, 24 settembre 2013, n. 19663; Id., 27 aprile 2016; n. 8291.

[67] Invero, l'attivazione di tale anticipazione della tutela era subordinata al previo esercizio, nel corso delle indagini, di quei diritti che, secondo la lettura

Tale decisione dimostra la consapevolezza dell'ordinamento Cedu degli effetti delle archiviazioni per prescrizione, le cui ricadute sulla vittima risultano particolarmente gravi. Una siffatta consapevolezza, però, non sembra aver attecchito sui giudici nazionali, i quali, anche in seguito alla condanna subita nel 2017, hanno continuato ad escludere l'esistenza di un diritto alla ragionevole durata delle indagini in capo alla persona offesa[68]. La situazione non pare peraltro essere mutata neppure in seguito alla celebre decisione *Petrella contro Italia*, nella quale i giudici europei posero l'accento sull'assenza di uno strumento interno atto a garantire la tutela del diritto alla ragionevole durata delle indagini[69] e sul riconoscimento di un *right to court* in capo alla vittima[70].

---

offerta dai giudici europei, appaiono funzionali alla futura costituzione nel processo penale. La Corte giunge ad affermare che «nel diritto italiano la posizione della parte lesa che, in attesa di potersi costituire parte civile, ha esercitato almeno uno di tali diritti e facoltà nel procedimento penale, non differisce, in sostanza, per quanto riguarda l'applicabilità dell'articolo 6, da quella della parte civile». Così, Corte europea dei diritti dell'uomo, *Arnoldi contro Italia*, cit., par. 40. Tale impostazione, che certamente ha rappresentato un passo in avanti nel percorso volto al rafforzamento della tutela riconosciuta alla persona offesa, ha il limite di risentire di quell'antico retaggio culturale che riconduce la presenza dell'offeso del reato nel processo penale alle sole pretese civilistiche, tant'è che il diritto alla ragionevole durata viene in questo caso ancorato allo svolgimento dei diritti finalizzati al futuro esercizio dell'azione civile nel processo penale e viene fatto discendere dal *civil limb* dell'art. 6 Cedu.

68 Cfr. Corte costituzionale, sent. 4 novembre 2020, n. 249, con nota di LA ROCCA, Elvira Nadia. *Le due vie per il ristoro economico dell'offesa dal reato che escludono l'equa riparazione per irragionevole durata delle indagini preliminari (Corte cost., n. 249 del 2020)*, in *Diritti Comparati. Comparare i diritti fondamentali in Europa*, 17 dicembre 2020, https://www.dirittocomparati.it/le-due-vie-per-il-ristoro-economico-delloffeso-dal-reato-che-escludono-le-qua-riparazione-per-irragionevole-durata-delle-indagini-preliminari-cort-e-cost-n-249-del-2020/?print-posts=pdf.

69 In tema ALOISI, Martina. *Durata irragionevole delle indagini, prescrizione del reato e diritto di accedere al giudice*, in *Processo penale e giustizia*, 2021; MARANDOLA, Angela. *Persona offesa e durata irragionevole delle indagini tra Corte costituzionale e Corte edu*, in *penaledp.it*, 13 aprile 2021, https://www.penaledp.it/persona-offesa-e-durata-irragionevole-delle-indagini-tra-corte-costituzionale-e-corte-edu/.

70 Sul diritto alla giurisdizione si veda CHIAVARIO, Mario. *Il "diritto al processo" delle vittime di reati*, in *Rivista di diritto processuale*, 2001, p. 945 ss.; GIALUZ, Mitjia. *Il diritto alla giurisdizione dell'imputato e della vittima tra spinte europee*

In effetti, la scadenza del termine di prescrizione prima dell'esercizio dell'azione penale, oltre a decretare l'irragionevolezza della durata della fase investigativa, determina uno sbarramento rispetto all'accesso della vittima al giudice penale. Tuttavia, per molto tempo, l'astratta percorribilità del sentiero civilistico ha portato tanto la giurisprudenza italiana, quanto quella di Strasburgo, a sminuire l'entità della lesione cagionata dalla situazione descritta e, quindi, ad escludere non solo la sussistenza di un danno in capo alla vittima, ma, più a monte, l'esistenza stessa di un diritto suscettibile di violazioni. Con la sentenza *Petrella contro Italia* si segna invece un punto di rottura rispetto a tale approccio e si riconosce l'esistenza di un «diritto del danneggiato ad ottenere una decisione intorno alla propria pretesa in sede penale e non altrove»[71]. Secondo i giudici, l'impossibilità di costituirsi parte civile, quando è riconducibile «al comportamento negligente delle autorità», integra una lesione dell'equità processuale poiché priva «il ricorrente dell'esame delle sue richieste di carattere civile nell'ambito del procedimento che aveva scelto di esperire e che era a sua disposizione nell'ordinamento giuridico», con ulteriori importanti conseguenze sui costi connessi all'eventuale riproposizione della domanda in sede civile e sull'accertamento della responsabilità civile, che «potrebbe risultare estremamente difficile dopo così tanto tempo»[72].

Per quanto il risultato cui è giunta la Corte in questa pronuncia sia stato da più parti criticato e sollevi dubbi rispetto alla coerenza

---

e carenze dell'ordinamento italiano, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n. 1, 2019, p. 94 ss.

71 Cit. AGOSTINO, Lorenzo. *Il diritto al risarcimento tra presunzione di innocenza e tutela del danneggiato: spunti dalla giurisprudenza interna e sovranazionale*, in *lalegislazionepenale.eu*, 28 febbraio 2022, https://www.lalegislazionepenale.eu/il-diritto-al-risarcimento-tra-presunzione-di-innocenza-e-tutela-del-danneggiato-spunti-dalla-giurisprudenza-interna-e-sovranazionale-lorenzo-agostino/, p. 15. Lo scenario preso in considerazione riguarda una porzione specifica del più ampio problema relativo alle sorti della domanda civile incardinata (o che si vorrebbe incardinare) dinanzi ad un giudice penale in caso di dichiarazioni di estinzione del reato. In particolare, la questione che qui interessa riguarda l'ipotesi in cui ad essere pregiudicata sia, più a monte, la possibilità stessa di percorrere la via prescelta, che subisce appunto lo sbarramento della archiviazione per prescrizione.

72 Cit. *Petrella contro Italia*, cit., par. 53.

della motivazione[73], rispetto al tema oggetto della presente indagine appare comunque significativo, in quanto conferma la portata lesiva dei provvedimenti che dispongono l'archiviazione per prescrizione e i costi connessi alla durata irragionevole delle indagini preliminari, costi che la vittima talvolta è costretta a sopportare passivamente, senza avere a sua disposizione un arsenale adeguato a consentirle, se non di evitare, quanto meno di sanare le conseguenze negative dagli stessi prodotte. Garantire lo svolgimento delle prime fasi del procedimento entro un tempo ragionevole e, quindi, diverso da quello della prescrizione, non rileva solo *ex se* ma risulta altresì funzionale al riconoscimento di altri diritti, come quello della vittima all'accesso ad un giudice penale.

In questa prospettiva, il tempo, che fino ad ora era stato perlopiù considerato come oggetto di tutela, muta quindi il proprio ruolo e diviene lo strumento attraverso il quale assicurare la protezione di altri valori, tra i quali rientrano taluni diritti, per così dire di "nuova generazione", che contribuiscono a formare lo statuto della vittima nel procedimento penale.

5.2. Tempi ragionevoli versus tempi celeri: quando il tempo delle indagini diviene uno strumento di tutela

Sulla scorta delle considerazioni svolte, sembrerebbe potersi riconoscere anche in capo alla vittima un interesse alla ragionevolezza del tempo delle indagini.

---

[73] L'approdo ermeneutico raggiunto dalla Corte europea, in effetti, non è il riflesso di un orientamento granitico, anzi, secondo il giudice Sabato, i colleghi avrebbero travisato il significato di alcune sentenze (nello specifico il riferimento è al caso Corte europea dei diritti dell'uomo, 7 novembre 2000, *Anagnostopolus contro Grecia*) e avrebbero tratto da questi precedenti delle conclusioni errate, che non tengono conto delle differenze e delle peculiarità che caratterizzano gli ordinamenti coinvolti. V. *dissenting opinion* del giudice Sabato. Infatti, secondo GRISONICH, Elisa. *Il dirompente incedere delle garanzie processuali della vittima*, cit., i disallineamenti interpretativi tra la pronuncia relativa al caso *Petrella* e la giurisprudenza esistente in materia avrebbero dovuto condurre la Corte a chiarire meglio la propria posizione. Cfr. anche BUFFON, Chiara. *Simmetrie tra diritti della persona offesa: equo processo e risarcimento del danno davanti alla Corte di Strasburgo*, in *Questione giustizia*, 1° giugno 2021, https://www.questionegiustizia.it/articolo/simmetrie-tra-diritti-della-persona-offesa-equo-processo-e-risarcimento-del-danno-davanti-alla-corte-di-strasburgo.

Talvolta, però, l'aspettativa alla ragionevolezza della durata delle indagini viene sostituita da una vera e propria ricerca di celerità, il cui perseguimento impone di seguire un ritmo più serrato nello svolgimento dell'accertamento investigativo, che dovrebbe essere consegnato in tempi più rapidi. In questi casi la dichiarazione dell'estinzione del reato per prescrizione nella fase preliminare acquisisce un'accezione ancora più negativa, poiché ratifica un fallimento che si è già consumato, i cui effetti investono valori ben più rilevanti rispetto a quelli prospettati nella giurisprudenza europea appena richiamata. Al ricorrere di specifiche situazioni, pertanto, la durata dismette i panni della ragionevolezza per vestire quelli della celerità, considerata il mezzo attraverso il quale tutelare valori fondamentali della persona[74].

Nello specifico, a fronte della denuncia di reati che intaccano i c.d. *core rights*[75], ossia quei valori che costituiscono il nucleo duro e inviolabile della persona, tra i quali deve certamente farsi rientrare il diritto alla vita e quello al rispetto della dignità umana, il tempo si carica di compiti ulteriori e diviene un fattore decisivo nell'ottica di assicurare una protezione effettiva alla vittima[76]. Quando si verificano tali situazioni,

---

[74] In termini analoghi ORLANDO, Claudio. *Azione penale e tutela della persona offesa*, cit., p. 12; PRESSACCO, Luca. *Azione penale privata e violenza domestica*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2023, pp. 1246-1247, che rintracciano l'essenza degli obblighi positivi elaborati dalla Corte di Strasburgo «nel dovere delle autorità nazionali di intervenire prontamente in funzione di tutela dei diritti fondamentali della persona».

[75] Ci si riferisce in particolare ai diritti tutelati dagli artt. 2, 3, 4, 8 Cedu. V. *ex multis* PARLATO, Lucia. *Effettività delle indagini ed "equità processuale"*, in CHINNICI, Daniela, GAITO, Alfredo. *Regole europee e processo penale*, Cedam, Milano, 2018, p. 106; SCALIA, Valeria. *Una proposta di ricostruzione degli obblighi positivi di tutela penale nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. L'esempio degli obblighi di protezione del diritto alla vita (I Parte)*, in *Archivio penale*, 2020, https://archiviopenale.it/File/DownloadArticolo?codice=725bf77f-0203-49ea-9ad7-a0d98a950559&idarticolo=25990, p. 38, che utilizza proprio questa espressione.

[76] Di fronte alla lesione di diritti individuali del rango di diritti fondamentali, il sistema di protezione prospettato dalla Cedu non si arresta al piano del diritto sostanziale, ma richiede adeguati meccanismi che siano in grado di garantire l'accertamento, sin dalla fase investigativa, della lamentata lesione. Nella prospettiva adottata dalla Corte, affinché le disposizioni penali non rimangano lettera morta è necessario che l'ordinamento sia munito di strumenti in grado di assicurarne la corretta ed effettiva applicazione. Non basta,

il malfunzionamento della fase investigativa[77] produce effetti che si riverberano a cascata sull'intero *iter* procedimentale, incrementandone la durata[78] e vanificando l'utilità degli strumenti che il codice di rito mette a disposizione della vittima. In questo senso basti pensare all'incidente cautelare che, risultando praticabile anche in quei casi in cui vi è il rischio della commissione di ulteriori reati, può costituire un valido mezzo di tutela per la persona offesa. Le potenzialità delle misure cautelari, però, potrebbero essere vanificate dall'inerzia delle autorità inquirenti, poiché la loro attivazione presuppone la conoscenza di elementi che solo un accertamento investigativo completo e tempestivo può fornire. D'altronde, sebbene da più parti sia stata criticata la commistione tra le finalità delle indagini e quelle degli strumenti disciplinati dagli artt. 272 ss. c.p.p.[79], non può comunque negarsi l'esistenza di un forte legame

---

dunque, l'astensione e la prevenzione da parte dell'ordinamento di condotte che possano pregiudicare questi diritti: perché la loro tutela sia effettiva, è necessario il coinvolgimento dell'amministrazione della giustizia e, quindi, lo svolgimento di attività investigative adeguate a far emergere l'esistenza di un'offesa e a prevenire la commissione di ulteriori. In questo modo peraltro secondo VIGANO', Francesco. *Diritto penale sostanziale e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2007, p. 42, si assiste ad un ribaltamento della prospettiva tradizionale che vedeva questi diritti come limiti al potere punitivo).

77 Cfr. VALENTINI, Cristina. *La completezza delle indagini, tra obbligo costituzionale e (costanti) elusioni della prassi*, cit., p. 1, la quale ritiene che la fase investigativa funzioni «poco e male».

78 Recentemente, ad esempio, è stato sottoposto all'attenzione della Corte europea dei diritti dell'uomo un caso nel quale la prescrizione è intervenuta in appello, ipotesi ora sterilizzata dall'art. 344 *bis* c.p.p. La situazione verificatasi in quella occasione risulta però rilevante ai fini del presente studio in quanto uno dei fattori che hanno contribuito alla verificazione di questo scenario è stato rinvenuto proprio nella eccessiva durata della fase preliminare. Quest'ultima, infatti, si è protratta per quasi quattro anni, il che ha consentito alla prescrizione di operare. Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, 13 febbraio 2025, *P.P. contro Italia*, ric. n. 64066/19, par. 50 in cui la Corte ha condannato l'Italia a causa della durata delle indagini, che non sono risultate tempestive. Secondo i giudici di Strasburgo, dunque, la gestione temporale delle investigazioni è un fattore determinante anche quando non conduce direttamente alla prescrizione.

79 Cfr. ad esempio, MASTRANGELO, Gennaro. *La responsabilità civile del pubblico ministero per omessa attività d'indagine e morte della persona offesa. Gli argomenti della giurisprudenza civile, le scansioni del processo penale e le conseguenze del*

tra di essi. Le ipotesi a cui ci si riferisce, si connotano infatti per la loro capacità di inserirsi all'interno di una progressione criminosa, che solo l'attivazione delle risorse messe in campo dall'avvio del procedimento penale può arrestare. Non è un caso, in effetti, che le vicende sottoposte all'attenzione della Corte europea abbiano riguardato casi di violenza domestica, che molto spesso in una fase iniziale si manifesta mediante lesioni più lievi, destinate ad aggravarsi con lo scorrere "inutilizzato" del tempo. A fronte di queste peculiari situazioni, lo svolgimento di indagini celeri, complete, trasparenti ed effettive costituisce dunque la prima forma di tutela che l'ordinamento deve prestare a chi lamenta la lesione di taluni diritti fondamentali[80], essendo peraltro funzionale all'attivazione di altri rimedi, che rimangono nella esclusiva disponibilità delle autorità inquirenti. Proprio su questo piano la stessa Corte europea dei diritti dell'uomo ha

nuovo art. 362, c. 1 ter*, c.p.p.*, in *sistemapenale.it*, 30 settembre 2021, https://www.sistemapenale.it/pdf_contenuti/1633000010_mastrangelo-2021a-responsabilita-civile-pubblico-ministero-morte-persona-offesa.pdf, il quale, commentando alcune pronunce in materia di responsabilità civile dei magistrati, criticò la commistione creata dai giudici di legittimità tra istituti processuali che si muovono su piani diversi: quello cautelare e quello investigativo. Secondo l'autore, impedire la commissione di un reato diverso e ulteriore rispetto a quello per il quale si procede non è un fine perseguibile attraverso i singoli atti investigativi, in quanto la protezione della vittima passa inevitabilmente per interventi sul piano cautelare, gli unici astrattamente idonei ad impedire la progressione criminosa.

[80] Secondo la Corte europea, dai c.d. *core rights* discendono obblighi positivi e negativi, sostanziali e procedimentali, tra i quali rientra quello di svolgere investigazioni effettiva. Lo sforzo che in questi casi si richiede agli Stati è significativo: in capo a questi ultimi incombe il dovere di predisporre ogni misura necessaria per assicurare una protezione concreta e non meramente formale, il che può richiedere interventi combinati, di natura tecnico-amministrativa, ma anche legislativa e giudiziaria. Cfr. MONTAGNA, Mariangela. *Necessità e completezza delle indagini*, in GAITO, Alfredo, *I principi europei del processo* penale, Dike, Roma, 2016, p. 345; Id., *I diritti minimi della vittima*, in GAITO, Alfredo. *I principi europei del processo* penale, Dike, Roma, 2016, p. 328. Sugli obblighi procedimentali la giurisprudenza è vastissima, si rinvia in questa sede a Corte europea dei diritti dell'uomo, 9 giugno 2009, *Opuz contro Turchia*, ric. n. 33401/02; Id., 14 marzo 2002, *Paul e Audrey Edwards contro Regno Unito*, ric. 46477/99; id., 7 ottobre 2021, *Zoletic e altri contro Azebaijan*, ric., n. 20116/12; id., 26 ottobre 2021, *A.P. contro Moldava*, ric. n. 41086/12; id., 21 settembre 2021, *Carter contro Russia*, ric. n. 20914/07; id., 19 novembre 2024, *Vieru c. Repubblica di Moldavia*, ric. n. 17106/18.

valorizzato la disciplina italiana in materia cautelare, trattandosi di un sistema che astrattamente risulta idoneo a proteggere la vittima dal rischio di future aggressioni[81]. Tuttavia, l'attivazione dell'incidente cautelare presuppone il compimento di attività investigative che siano tali da far emergere gravi indizi di colpevolezza nei confronti dell'indagato, nonché uno dei pericoli cautelari tipizzati. Come si può intuire, si tratta di valutazioni che possono essere condotte solo alla luce di un accertamento investigativo completo e tempestivo, tale da far emergere nel più breve tempo possibile l'esistenza di un siffatto rischio per la persona offesa[82].

In questo contesto, vanno dunque valorizzate le innovazioni apportate nel 2019 con la legge n. 69, con la quale il legislatore si è mostrato consapevole dell'importanza di un intervento investigativo tempestivo, in grado di far emergere immediatamente la sussistenza dei presupposti necessari per un eventuale intervento cautelare. Con questa novella normativa, a ben vedere, il nomoteta ha inciso su alcuni dei momenti procedimentali durante i quali, secondo la ricostruzione effettuata, si registrano alcuni ritardi da parte delle autorità, come ad esempio la trasmissione della notizia di reato, che in caso di delitti di violenza domestica o di genere deve essere effettuata oralmente e immediatamente, e l'audizione della persona offesa o del denunciante o querelante, che deve avvenire entro il termine di tre giorni dall'iscrizione della notizia di reato, sebbene anche in questo caso non siano previste

---

[81] Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, 16 giugno 2022, *De Giorgi contro Italia*, ric. n. 23735/19, par. 71, in cui viene ribadita l'importanza delle misure cautelari per una adeguata tutela della vittima. I giudici di Strasburgo, proprio con riferimento al quadro normativo italiano in materia di misure cautelari applicabili in caso di violenza domestica, hanno affermato: «*d'um point de vue général le cadre juridique italien était propre à assurer une protection contre des actes de violence pouvant être commis par des particuliers dans une affaire donnée*».

[82] Non a caso, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha condannato l'Italia per l'attivazione tardiva del rimedio cautelare, riscontrando una violazione dell'art. 3 Cedu e la mancanza di diligenza da parte delle autorità nazionali nel periodo compreso tra il 19 gennaio 2007 e il 21 ottobre 2008, durante il quale non è stata adottata alcuna misura e, più a monte, «non è stata effettuata una valutazione immediata e proattiva del rischio di recidiva della violenza commessa contro la ricorrente». Cit. Corte europea dei diritti dell'uomo, 7 luglio 2022, *M.S. contro Italia*, ric. n. 32715/19, par. 125

specifiche sanzioni in caso di ritardi, potendo questi essere giustificati da esigenze investigative oltre che di protezione di minori[83].

Gli effetti dei ritardi accumulati nelle prime battute delle indagini, ai quali la normativa richiamata ha cercato di porre un freno, danno dunque prova dell'importanza ricoperta da una corretta gestione del tempo delle indagini, il quale, se eccessivamente lungo, espone la vittima a gravi pregiudizi[84], dovuti alla capacità del dato temporale

---

[83] Art. 362 comma 1 *ter* c.p.p. così come modificato dalla L. 19 luglio 2019, n. 69. In ogni caso, questa normativa prevede delle cadenze rispetto al compimento di attività che prima risultavano interamente ed esclusivamente rimesse alla disponibilità delle autorità inquirenti. Sullo statuto processuale delle vittime dei delitti riconducibili al c.d. Codice Rosso si veda PAGLIONICO, Fabrizia. *La tutela delle vittime da codice rosso tra celerità procedimentale e obblighi informativi*, in *Sistema penale*, n. 9, 2020, pp. 145-170.

[84] Ciò è confermato dai drammatici eventi che si sono verificati all'apice dell'*escalatation* di violenze che hanno caratterizzato il caso *Talpis contro Italia*. Sul punto, si è registrata una grave inerzia delle autorità, le quali hanno sentito la persona offesa dopo sette mesi dal momento in cui quest'ultima aveva sporto denuncia e non hanno mai adottato provvedimenti cautelari nei confronti dell'accusato, che è poi stato condannato per l'omicidio del figlio e il tentato omicidio della compagna, la quale molti anni prima aveva già allertato le autorità. In questo caso, secondo i giudici europei, l'ordinamento italiano ha violato gli obblighi convenzionali procedimentali, in quanto il ritardo e l'insufficienza del suo intervento hanno contribuito alla verificazione di questi eventi infausti. Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, 2 marzo 2017, *Talpis contro Italia*, ric. n. 41237/14, in commento, NARDONE, Valentina. *La sentenza* Talpis c. Italia*: si arricchisce la giurisprudenza di Strasburgo sui casi di violenza domestica*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2017, https://www.rivistaoidu.net/wp-content/uploads/2021/12/2_paragrafo_2_ITA_e_CEDU_2_2017.pdf, pp. 301-307. Vicende simili sono state riscontrate anche nel caso deciso con la sentenza Corte europea dei diritti dell'uomo, 7 aprile 2022, *Landi contro Italia*, ric. n. 10929/19, in cui è stata riscontrata la violazione dell'art. 2 Cedu in ragione della mancata adozione di misure preventive da parte dell'autorità, in quanto tale circostanza ha consentito il tentato omicidio della ricorrente da parte del compagno e l'omicidio del loro figlio. Per una panoramica sulle pronunce citate che hanno interessato l'Italia Cfr. BELCASTRO, Chiara. *La Corte EDU si pronuncia nuovamente sugli obblighi positivi nei casi di violenza domestica. Le sentenze Landi, De Giorgi e MS contro Italia a confronto*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2022, https://www.rivistaoidu.net/wp-content/uploads/2022/10/1_ITA_CEDU_4_2022.pdf, pp. 1024-1034.

di ripercuotersi sulla tutela apprestata a diritti fondamentali, come quello alla vita[85].

6. Conclusioni

Dalle riflessioni condotte fino a questo momento emerge un quadro fortemente problematico e frastagliato che si inserisce nella più ampia tematica del rapporto tra tempo e indagini preliminari.

In questa specifica fase, infatti, il tempo assume rilevanza sotto molteplici aspetti e per una vasta pletora di soggetti: esso influenza la qualità dell'accertamento investigativo e, talvolta, preclude l'avvio stesso di quello dibattimentale, ma soprattutto impedisce agli individui a vario titolo coinvolti nella vicenda munita di rilevanza penale di godere di alcuni diritti fondamentali. Ciò che è emerso dall'analisi di alcune vicende giurisprudenziali, è l'idea in base alla quale il tempo delle indagini è una risorsa di cui le autorità dispongono e che deve essere messa al servizio dei cittadini, in particolare dell'offeso, il quale, si ribadisce, non riceve alcun vantaggio, né diretto né indiretto, dall'eccessivo protrarsi della fase investigativa. Il costo dei provvedimenti di archiviazione per prescrizione, adesso è chiaro, è elevatissimo e, se in alcuni casi risulta accettabile, in altri non lo è affatto. Peraltro, il fenomeno preso in considerazione, evidenzia la necessità di ricercare altrove eventuali soluzioni, trattandosi di una problematica che non può trovare rimedio in una diversa disciplina della prescrizione e dei meccanismi di sospensione o interruzione della stessa. Tale circostanza è infatti dimostrata dalla scarsa capacità risolutiva di quelle proposte che, separando il piano della prescrizione da quello della ragionevole durata, propongono di far cessare il decorso del termine della causa estintiva nel momento in cui viene esercitata l'azione penale[86]: le

[85] L'importanza del "tempo" delle indagini è stata recentemente ribadita anche nella sentenza Corte europea dei diritti dell'uomo, 16 giugno 2022, *De Giorgi contro Italia*, par. 87-88, nella quale i giudici hanno ricordato che il semplice trascorrere del tempo può danneggiare le indagini e comprometterne le possibilità di successo, data la sua intrinseca capacità erodere la quantità e la qualità degli elementi di prova a disposizione.

[86] Tale assetto, a ben vedere, discenderebbe dall'idea in base alla quale l'azione cristallizza il tempo della memoria, che smette di scorrere nel momento in

situazioni descritte, nelle quali la scadenza del termine di prescrizione avviene ancora prima della scelta del pubblico ministero sull'alternativa tra azione e inazione, vanificano l'utilità pratica di soluzioni siffatte e confermano l'erroneità dell'approccio attualmente praticato.

Ad aggravare ulteriormente la situazione prospettata è la posizione in cui si trovano tanto l'accusato quanto l'offeso, i quali sono spettatori passivi del fluire del tempo, la cui gestione è interamente affidata alle autorità inquirenti. Tale atteggiamento di estrema fiducia nei confronti degli organi investigativi dovrebbe in effetti fare i conti con le attuali difficoltà cui vanno incontro i protagonisti di questa fase, questi ultimi, a ben vedere, potrebbero ritardare il compimento di alcune attività non per negligenza o noncuranza, ma perché sommersi da informazioni astrattamente riconducibili a notizie di reato che ostacolano la loro attivazione tempestiva.

Il legislatore italiano, è parso consapevole di tale condizione, così come del fatto che talune norme, creando delle zone grigie, legittimavano situazioni di *impasse* che i privati non potevano superare, anche se ne fossero venuti a conoscenza. Per questa via, si è intervenuti sulla iscrizione della notizia di reato, adesso soggetta a retrodatazione, ma, soprattutto, sono stati previsti rimedi anti-stasi, volti cioè a contrastare l'eventuale inerzia del pubblico ministero. Invero, prima della riforma del 2022, si era cercato di contingentare il c.d. periodo di riflessione, riconoscendo un arco temporale durante il quale il titolare dell'azione penale avrebbe dovuto assumere le proprie determinazioni. Tuttavia, una delle obiezioni rivolte a tale istituto, originariamente disciplinato dal comma 3 *bis* dell'art. 407 c.p.p., riguardava l'assenza di conseguenze nel caso in cui questo termine fosse spirato inutilmente[87]. In questo modo, infatti, si creava un altro segmento procedimentale privo di un contingentamento cronologico,

---

cui viene meno dell'inerzia della potestà punitiva. PISANI, Nicola. *Riflessioni sul rapporto tra prescrizione del reato e ragionevole durata del processo*, cit.

87 Cfr. BORGIA, Gianluca. *L'"ordine di determinazione coatta" all'esito delle indagini nella prospettiva dei soggetti a vario titolo coinvolti: potenzialità e limiti di un congegno inedito*, in *lalegislazionepenale.eu*, 9 aprile 2024, https://www.lalegislazionepenale.eu/lordine-di-determinazione-coatta-allesito-delle-indagini-nella-prospettiva-dei-soggetti-a-vario-titolo-coinvolti-potenzialita-e-limiti-di-un-congegno-inedito-gia/, p. 2, il quale afferma che l'impostazione promossa dal codice del 1988, che promuoveva una scansione temporale

che contribuiva al lento protrarsi della fase delle indagini preliminari e alla maturazione dei termini di prescrizione prima dell'esercizio dell'azione. La riforma del 2022 ha fatto proprie queste criticità e ha cercato di superarle intervenendo sulla disciplina del periodo di riflessione[88], del quale è stata rafforzata la perentorietà. Invero, alla luce del nuovo quadro normativo, qualora il pubblico ministero non assuma alcuna determinazione entro il termine previsto e non abbia neppure richiesto una proroga dello stesso, egli va incontro ad una c.d. «*discovery* patologica obbligatoria»[89], che opererà nei confronti dell'indagato e della persona offesa che abbia dichiarato di voler essere informata della conclusione delle indagini, i quali avranno accesso al fascicolo delle indagini preliminari e potranno prenderne visione ed estrarne copia. La conoscibilità di tale documentazione non è ovviamente fine a se stessa, al contrario, essa risulta funzionale all'attivazione di una finestra di giurisdizione utilizzabile dai privati per chiedere al giudice per le indagini preliminari di ordinare al pubblico ministero di attivarsi e di assumere le determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale[90].

---

anche per le richieste del pubblico ministero «ha ben presto assunto i connotati di un mero auspicio».

88 Il comma 3 *bis* dell'art. 407 c.p.p. è stato abrogato ed è stato introdotto un nuovo art. 407 *bis* c.p.p. rubricato «inizio dell'azione penale. Forme e termini», in base al quale «1. Il pubblico ministero, quando non deve richiedere l'archiviazione, esercita l'azione penale, formulando l'imputazione, nei casi previsti nei titoli II, III, IV, V e V- bis del libro VI ovvero con richiesta di rinvio a giudizio. 2. Il pubblico ministero esercita l'azione penale o richiede l'archiviazione entro tre mesi dalla scadenza del termine di cui all'articolo 405, comma 2, o, se ha disposto la notifica dell'avviso della conclusione delle indagini preliminari, entro tre mesi dalla scadenza dei termini di cui all'articolo 415 *bis*, commi 3 e 4. Il termine è di nove mesi nei casi di cui all'articolo 407, comma 2».

89 Così GIALUZ, Mitja. *Per un processo penale più efficiente e giusto*, cit., p. 47. Sul tema v. anche CABIALE, Andrea. *Le rinnovate dinamiche dell'attività investigativa: iscrizione della notizia di reato, tempi delle indagini e rimedi 'anti-stasi'*, in *lalegislazioenpenale.eu*, 3 dicembre 2023, https://www.lalegislazionepenale.eu/le-rinnovate-dinamiche-dellattivita-investigativa-iscrizione-della-notizia-di-reato-tempi-delle-indagini-e-rimedi-anti-stasi-andrea-cabiale/, p. 35 ss.

90 Sulle potenzialità operative di questo istituto rispetto alla tutela della persona offesa si veda ORLANDO, Claudio. *Azione penale e tutela della persona offesa*, cit., p. 20. Diversamente, evidenzia le possibili disparità cui potrebbero

Attraverso l'espediente richiamato, si è creato un meccanismo che certamente risulta utile e che deve essere salutato con favore anche in considerazione delle rigide scansioni temporali nelle quali si esplica. Tuttavia, consentire ai privati coinvolti in un fatto oggetto di accertamento investigativo di sollecitare l'attivazione del magistrato requirente solo a valle, quando cioè le indagini dovrebbero essere state già espletate ed essersi concluse, potrebbe essere un'opzione non del tutto funzionale alla risoluzione delle problematiche prospettate fino ad ora. In altri termini, l'art. 415 *ter* c.p.p. non risolve e, probabilmente, non mirava neppure a risolvere la questione relativa alla scadenza del termine della prescrizione prima dell'esercizio dell'azione penale, che rimane un problema conosciuto e tendenzialmente ignorato.

Peraltro, vi è da chiedersi cosa accadrebbe se il pubblico ministero venisse sollecitato ad intervenire in un momento in cui, pur non essendo ancora spirato il periodo di prescrizione, ci si trovasse già alle porte

---

andare i soggetti accusati a seconda della presenza o meno di una vittima interessata all'avvio del processo BORGIA, Gianluca. *L'"ordine di determinazione coatta" all'esito delle indagini nella prospettiva dei soggetti a vario titolo coinvolti*, cit., p. 10 ss. Secondo il quale, poiché «il protrarsi dello stallo non gioca in nessun caso a suo favore, ma anzi riduce progressivamente la possibilità di ottenere una decisione in ambito penale», è evidente che l'offeso «sarà verosimilmente molto più propenso ad accettare i rischi di un "condizionamento" in negativo della pubblica accusa per il fatto di essere stata "pungolata"», circostanza questa che chiaramente non vale per l'accusato.

Peraltro, il complicato meccanismo delineato, che risulta descritto dall'art. 415 *ter* c.p.p., prevede altresì il coinvolgimento del procuratore generale, al quale viene comunicato l'avviso di deposito degli atti di indagine, così da consentirgli di esercitare il potere di avocazione delle indagini o di ordinare al magistrato titolare dell'indagine di attivarsi. Quest'ultimo, a ben vedere, costituisce una replica del potere riconosciuto al giudice, che, non a caso, ha destato alcune critiche. In particolare, GIALUZ, Mitja. *Osservazioni sui correttivi alla riforma Cartabia tra rettifiche condivisibili, qualche occasione perduta e alcune sbavature*, in *sistemapenale.it*, 29 gennaio 2024, https://www.sistemapenale.it/it/scheda/gialuz-osservazioni-sui-correttivi-alla-riforma-cartabia-tra-rettifiche-condivisibili-qualche-occasione-perduta-e-alcune-sbavature, si è chiesto «che senso (avesse) mantenere in capo al procuratore generale il potere di intimare al pubblico ministero di attivarsi; si è infatti conservato il potere di avocazione ed è quello il rimedio di cui dispone; una volta chiamato in causa per rimediare alla stasi il giudice per le indagini preliminari – in linea con quanto previsto dalla legge-delega – non pare abbia molto senso mantenere anche l'iniziativa del procuratore generale».

del suo *dies ad quem*. In particolare, qualora vi fosse la consapevolezza dell'imminente maturazione di tale causa estintiva, quale sarebbe l'esito della prognosi di condanna condotta dal magistrato «primo giudice delle indagini preliminari»[91]? A rigore, in un caso come quello considerato, l'imminente scadere del termine di prescrizione dovrebbe condurre la prognosi di condanna ad un esito negativo e finirebbe così per integrare il parametro di cui all'art. 408 c.p.p.

Se tale interpretazione venisse avallata, come sembra stia accadendo[92], non solo i rimedi menzionati avrebbero scarsa rilevanza, potendosi tradurre in un *boomerang*, ma la frequenza delle archiviazioni per (imminente) prescrizione potrebbe aumentare. Certo, si froderebbero facilmente le etichette, poiché in questi casi le archiviazioni sarebbero disposte in considerazione dell'impossibilità di effettuare una ragionevole previsione di condanna ai sensi dell'art. 408 c.p.p. e non per l'intervento della prescrizione, ma comunque tali provvedimenti rientrerebbero di fatto nell'area operativa della problematica considerata, aumentando a dismisura la portata applicativa della prescrizione nella fase delle indagini preliminari.

---

[91] Espressione utilizzata dal CSM in *Parere C.S.M.*, 19/PP/2020 D.d.l. AC n. 2435, delibera 29 luglio 2021, allegato 4, 3, in *www.csm.it* e severamente criticata da MARZADURI, Enrico. *La riforma Cartabia e la ricerca di efficaci filtri predibattimentali: effetti deflativi e riflessi sugli equilibri complessivi del processo penale*, in *lalegislazionepenale.eu*, 25 gennaio 2022, https://www.lalegislazionepenale.eu/wp-content/uploads/2022/01/Marzaduri-interventi-e-relazioni.pdf.

[92] Lo scenario descritto è tutt'altro che remoto, come dimostra una recente pronuncia della Corte di Cassazione, nella quale è stato affrontato, seppur incidentalmente, il rilievo della prescrizione nell'ambito della ragionevole previsione di condanna richiesta al pubblico ministero e, poi, al giudice per le indagini preliminari, ai sensi dell'art. 408 c.p.p. Superando i motivi di ricorso addotti dal ricorrente, secondo il quale la prescrizione dovrebbe determinare l'archiviazione solo quando è già maturata e non quando risulta meramente pronosticata, la Corte ha ritenuto del tutto legittimo il provvedimento impugnato, affermando che «la coordinata lettura del comma 1 dell'art. 408 cod. proc. pen. E del comma 1 dell'art. 411 cod. proc. pen. Rende pale che il criterio della "ragionevole previsione di condanna" debba guidare anche la valutazione giudiziale nelle ipotesi in cui il reato sia estinto o possa – per l'appunto, secondo "ragionevole previsione" – esserlo a breve, proprio in relazione all'imminente maturare della prescrizione». Cit. Cass. pen., sez. V, 14 gennaio 2025, n. 5516.

In conclusione, si è forse finalmente in grado di individuare i limiti degli interventi realizzati e, più in generale, dell'approccio con il quale fino a questo momento è stato affrontato il delicato problema dei provvedimenti di archiviazione per prescrizione. L'eccessivo ancoraggio all'idea del pubblico ministero quale unico ed esclusivo titolare dell'accertamento investigativo ha fatto sì che il legislatore sentisse di avere le mani legate e intervenisse solo nei momenti che precedono o seguono l'assunzione della direzione delle attività investigative. Anche i meccanismi da ultimi delineati, che per un verso rappresentano dei passi in avanti, per altro continuano a subire gli effetti di questo retaggio culturale e si limitano a introdurre un potere di sollecitazione dell'operato del pubblico ministero, senza intaccare il vero cuore del problema, che continua ad essere costituito non tanto dai ritardi o dalle lungaggini nell'accertamento investigativo, quanto piuttosto dal fatto che talvolta la prescrizione non è altro che la traduzione di un accertamento che non c'è.

Bibliografia

AGOSTINO, Lorenzo. Il diritto al risarcimento tra presunzione di innocenza e tutela del danneggiato: spunti dalla giurisprudenza interna e sovranazionale. *lalegislazionepenale.eu*, 28 febbraio 2022, https://www.lalegislazionepenale.eu/il-diritto-al-risarcimento-tra-presunzione-di-innocenza-e-tutela-del-danneggiato-spunti-dalla-giurisprudenza-interna-e-sovranazionale-lorenzo-agostino/

ALOISI, Martina. Durata irragionevole delle indagini, prescrizione del reato e diritto di accedere al giudice. *Processo penale e giustizia*, 2021, pp. 1241-1246

AIMONETTO, Maria Gabriella. La ragionevole durata del processo penale. Torino: Giappichelli, 1997

BELLUTA, Hervè. Quale ruolo per la vittima nel processo penale italiano? *Revista Brasileira de Direito Processual Penale*, vol. 5, n. 1, pp. 73-93

BARGI, Alfredo. La ragionevole durata del processo. In: GAITO, A., (org.), *I principi europei del processo penale*. Roma: Dike, 2016, pp. 383-401

BECCARIA, Cesare. Dei delitti e delle pene (1764), edizione a cura di BURGIO, Alberto, 6° ed. Milano: Feltrinelli, 1998

BELCASTRO, Chiara. La Corte EDU si pronuncia nuovamente sugli obblighi positivi nei casi di violenza domestica. Le sentenze Landi, De Giorgi e MS contro Italia a confronto. *Ordine internazionale e diritti umani*, 2022, pp. 1024-1034, https://www.rivistaoidu.net/wp-content/uploads/2022/10/1_ITA_CEDU_4_2022.pdf

BORGIA, Gianluca. L'"ordine di determinazione coatta" all'esito delle indagini nella prospettiva dei soggetti a vario titolo coinvolti: potenzialità e limiti di un congegno inedito. *lalegislazionepenale.eu*, 9 aprile 2024, https://www.lalegislazionepenale.eu/lordine-di-determinazione-coatta-allesito-delle-indagini-nella-prospettiva-dei-soggetti-a-vario-titolo-coinvolti-potenzialita-e-limiti-di-un-congegno-inedito-gia/

BRESCIANI, Luca. *Sub* art. 347 c.p.p. In: *Commentario Chiavario-II agg.*, p. 127 ss.

BUFFON, Chiara. Simmetrie tra diritti della persona offesa: équo processo e risarcimento del danno davanti alla Corte di Strasburgo. *Questione giustizia*, 1° giugno 2021, https://www.questionegiustizia.it/articolo/simmetrie-tra-diritti-della-persona-offesa-equo-processo-e-risarcimento-del-danno-davanti-alla-corte-di-strasburgo

BUZZELLI, Silvia. Processo penale (ragionevole durata del) (voce). *Enciclopedia del diritto*, ann. III, 2010. pp. 1017-1029

CABIALE, Andrea. Le rinnovate dinamiche dell'attività investigativa: iscrizione della notizia di reato, tempi delle indagini e rimedi 'anti-stasi'. *lalegislazioenpenale.eu*, 3 dicembre 2023, https://www.lalegislazionepenale.eu/le-rinnovate-dinamiche-dellattivita-investigativa-iscrizione-della-notizia-di-reato-tempi-delle-indagini-e-rimedi-anti-stasi-andrea-cabiale/

CASSIBBA, Fabio. Durata irragionevole delle indagini e archiviazione. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n. 3, 2021, pp. 1141-1144

CARCHIETTI, Antonio. Fascicoli iscritti *ex* art. 11 del codice di procedura penale: appunti in materia di indagini. *Sistema penale*, n. 4, 2020, pp. 19-39

CARRARA, Francesco. Programma del corso di diritto criminale, V ed. Lucca: Il Mulino,1887

CAZZANIGA, Martina. Teoria e prassi della presunzione di non colpevolezza: la Corte costituzionale tra divieto di rinuncia alla prescrizione per l'indagato e neutralità delle indagini preliminari. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n. 3, 2024, pp. 1209-1219

CHIAVARIO, Mario. Il "diritto al processo" delle vittime di reati. *Rivista di diritto processuale*, 2001, p. 945 ss.

CHINNICI, Daniela. Prescrizione e ragionevole durata del processo. *Archivio penale*, n. 1, 2020, https://archiviopenale.it/File/DownloadArticolo?codice=f38dc6b7-97e5-4b7f-85c0-349116913959&idarticolo=22812

CORDERO, Franco. Procedura penale, 9° ed. Milano: Giuffrè, 1987

CORDERO, Franco. Procedura penale, 9ª ed. Milano: Giuffrè, 2012

CORETTI, Giulia, La ragionevole durata delle indagini ala luce della riforma Cartabia*: nihil sub (itálico) sole novum*. *Archivio penale*, n. 2, 2022, https://archiviopenale.it/File/DownloadArticolo?codice=f03ed698-96f9-4346-bd35-1fc4da21a06b&idarticolo=36397

CUPELLI, Cristina. L'epilogo del caso Taricco: l'attivazione "indiretta" dei controlimiti e gli scenari del diritto penale europeo. In *criminaljusticenetwork.eu*, 31 dicembre 2018, https://www.criminaljusticenetwork.eu/it/post/lepilogo-del-caso-taricco-lattivazione-indiretta-dei-controlimiti-e-gli-scenari-del-diritto-penale-europeo

CURTOTTI, Donatella. La "durata ragionevole" del processo penale è anche un problema di norme. *Diritto penale e processo*, 1999, pp. 1028-1034

DE CARO, Agostino. Tempo, punizione e processo: le indubbie connessioni tra la ragion d'essere della prescrizione e la durata ragionevole del processo. La prospettiva dell'improcedibilità dell'azione. *sistemapenale.it*, 22 luglio 2020, https://www.sistemapenale.it/it/articolo/de-caro-tempo-punizione-processo-prescrizione-ragionevole-durata

DE ROBBIO, Costantino. In caso di richiesta di archiviazione per prescrizione l'indagato deve chiedere al giudice un provvedimento che attesti l'infondatezza della notizia di reato. *Cassazione penale*, n. 7-8, 2024, pp. 2125-2135

DI CHIARA, Giuseppe. Parte civile (voce). In: *Digesto discipline penalistiche*, IX, Torino, 1995, pp. 238 ss.

DONINI, Massimo. Lettura critica di Corte costituzionale 115/2018. La determinatezza ante applicationem e il vincolo costituzionale ala prescrizione sostanziale come controlimiti ala regola Taricco. *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*, 11 luglio 2018, https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/upload/8210-donini2018b.pdf

FALATO, Fabiana. Recenti tendenze della Corte europea per estenderei l rapporto tempo-processo alle indagini preliminari e ala persona offesa. *Archivio penale*, n. 1, 2021, https://archiviopenale.it/File/DownloadArticolo?codice=7f7fb7ae-1520-4953-9aab-db115f9e4f94&idarticolo=27113

FASSONE, Elvio. La nuova legge sui termini di prescrizione, il diritto transitorio e i processi pendenti in primo grado. *Rivista italiana di diritto e procedura penale,* 2007, pp. 1192-1205

FERRUA, Paolo. Improcedibilità e ragionevole durata del processo. *penaledp.it*, 24 gennaio 2022, https://www.penaledp.it/improcedibilita-e-ragionevole-durata-del-processo/

FERRUA, Paolo. Improcedibilità e ragionevole durata del processo: uno stupefacente caso di evaporazione del processo. *Processo penale e giustizia*, n. 1, 2022, pp. 256-272

FIANDACA Giovanni – MUSCO, Enzo. Diritto penale. Parte generale. 8ª ed., Zanichelli, Bologna

FONTI, Rossella. L'opposizione della persona offesa alla richiesta di archiviazione. *Archivio penale*, n. 2, 2013

GATTA, Gian Luigi. Sulla riforma della prescrizione del reato, bloccata dopo il giudizio di primo grado. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2018, pp. 2345-2358

GIALUZ, Mitjia. Il diritto alla giurisdizione dell'imputato e della vittima tra spinte europee e carenze dell'ordinamento italiano. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n. 1, 2019, pp. 75-100

GIALUZ, Mitja, Per un processo penale più efficiente e giusto. Guida alla lettura della riforma Cartabia (profili processuali). *sistemapenale.it*, 2 novembre 2022, https://www.sistemapenale.it/pdf_contenuti/1667394561_gialuz-riforma-cartabia-nuova-vers.pdf

GIALUZ, Mitja. Osservazioni sui correttivi alla riforma Cartabia tra rettifiche condivisibili, qualche occasione perduta e alcune sbavature. *sistemapenale.it*, 29 gennaio 2024, https://www.sistemapenale.it/it/scheda/gialuz-osservazioni-sui-correttivi-alla-riforma-cartabia-tra-rettifiche-condivisibili-qualche-occasione-perduta-e-alcune-sbavature

GIOSTRA, Glauco. Il problema della prescrizione penale: aspetti processuali. *Giurisprudenza italiana*, n. 11, 2005, pp. 2221-2224

GIOSTRA, Glauco. Prima lezione sulla giustizia penale. Roma-Bari: Editori Laterza, 2020

GIUNTA, Fausto. MICHELETTI, Dario, Tempori cedere. Prescrizione del reato e funzione della pena nello scenario della ragionevole durata del processo. Torino: Giappichelli, 2003

GRISONICH, Elisa. Il dirompente incedere delle garanzie processuale della vittima nella giurisprudenza di Strasburgo: il caso Petrella c. Italia, tra ragionevole durata del procedimento, diritto di accesso al Giudice e rimedio effettivo. In: *sistemapenale.it*, 7 aprile 2021, https://www.sistemapenale.it/it/scheda/corte-edu-sentenza-petrella-garanzie-vittima-reato

INSOLERA, Gaetano. Punire il depistaggio. Prime incomplete riflessioni: la situazione è disperata e seria. *Parola alla difesa*, 2016

LA ROCCA, Elvira Nadia. Le due vie per il ristoro economico dell'offesa dal reato che escludono l'equa riparazione per irragionevole durata delle indagini preliminari (Corte cost., n. 249 del 2020). *Diritti Comparati. Comparare i diritti fondamentali in Europa*, 17 dicembre 2020, https://www.dirittocomparati.it/le-due-vie-per-il-ristoro-economico-delloffeso-dal-reato-che-escludono-lequa-riparazione-per-irragionevole-durata-delle-indagini-preliminari-corte-cost-n-249-del-2020/?print-posts=pdf

LAVARINI, Barbara. La ragionevole durata del processo come garanzia soggettiva. *lalegislazionepenale.eu*, 31 dicembre 2019, https://www.lalegislazionepenale.eu/wp-content/uploads/2019/12/LavariniLP_Interventi-e-relazioni-1.pdf

LOSAPPIO, Giuseppe. Il congedo della prescrizione nel processo penale. *Tempus fu(g)it*. *Diritto penale contemporaneo*, n. 7-8, 2019, pp. 5-65, https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/upload/3616-losappio2019a.pdf

MANDOLA, Antonella. Prescrizione non rinunciabile in sede d'archiviazione: discutibile argomentazione conduce ad una dubbia conclusione. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n. 2, 2024, p. 281 ss.

MARANDOLA, Angela. Persona offesa e durata irragionevole delle indagini tra Corte costituzionale e Corte edu. *penaledp.it*, 13 aprile 2021, https://www.penaledp.it/persona-offesa-e-durata-irragionevole-delle-indagini-tra-corte-costituzionale-e-corte-edu/

MARZADURI, Enrico. La riforma Cartabia e la ricerca di efficaci filtri predibattimentali: effetti deflativi e riflessi sugli equilibri complessivi del processo penale. *lalegislazionepenale.eu*, 25 gennaio 2022, https://www.lalegislazionepenale.eu/wp-content/uploads/2022/01/Marzaduri-interventi-e-relazioni.pdf

MARZADURI, Enrico. Il declino del paradigma accusatorio ed il ritorno all'istruzione sommaria. *lalegislazionepenale.eu*, 3 agosto 2023, https://www.lalegislazionepenale.eu/il-declino-del-paradigma-accusatorio-ed-il-ritorno-allistruzione-sommaria-enrico-marzaduri/

MASTRANGELO, Gennaro. La responsabilità civile del pubblico ministero per omessa attività d'indagine e morte della persona offesa. Gli argomenti della giurisprudenza civile, le scansioni del processo penale e le conseguenze del nuovo art. 362, c. 1 *ter*, c.p.p. *sistemapenale.it*, 30 settembre 2021, https://www.sistemapenale.it/pdf_contenuti/1633000010_mastrangelo-2021a-responsabilita-civile-pubblico-ministero-morte-persona-offesa.pdf

MAZZA, Oliviero. La riforma dei due orologi: la prescrizione fra miti populisti e realtà costituzionale. *sistemapenale.it*, 21 gennaio 2020, https://www.sistemapenale.it/it/opinioni/mazza-prescrizione-riforma-dei-due-orologi-populismo-costituzione

MONACO, Giuseppe. Riforma della giustizia penale e criteri di priorità nell'esercizio dell'azione. *federalismi.it*, 2022, https://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=46930&content=&content_author=

MONGILLO, Vincenzo. Il doppio volto della prescrizione penale. In: AA.VV. Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale. Milano: Cedam, 2023

MONTAGNA, Mariangela. Necessità e completezza delle indagini. In: GAITO, Alfredo. I principi europei del processo penale. Roma: Dike, 2016, pp. 345-363

MONTAGNA, Mariangela. I diritti minimi della vittima. GAITO, Alfredo. I principi europei del processo penale. Roma: Dike, 2016, pp. 299-325

MORELLI, Francesco Bartolo. Le formule di proscioglimento. Radici storiche e funzioni attuali. Torino: Giappichelli, 2014

MORELLI, Francesco Bartolo. Prescrizione e tempo del processo: non si tratta di entità fungibili. *forumcostituzionale*.it, 22 febbraio 2019, https://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2019/02/morelli.pdf

MORELLI, Francesco Bartolo. La prescrizione del reato, i tempi del processo, l'autorità senza tempo. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n. 3, 2019, pp. 1599-1611

MORSELLI, Carlo. Emendabile l'iscrizione tardiva con la retrodatazione, insindacabile/non sanzionabile l'erronea iscrizione indiziaria (art. 335 *quater* Cpp). Rimedi. *Archivio penale*, n. 2, 2023, https://archiviopenale.it/File/DownloadArticolo?codice=538513d3-fb55-4289-9594-cfa2e68b3bd4&idarticolo=42599

NAPPI, Aniello. Prescrizione e ragionevole durata del processo. *Giustizia insieme*, 23 marzo 2020, https://www.giustiziainsieme.it/it/processo-penale/896-prescrizione-e-ragionevole-durata-del-processo-di-nello-nappi

NARDONE, Valentina. La sentenza *Talpis c. Italia*: si arricchisce la giurisprudenza di Strasburgo sui casi di violenza domestica. *Ordine internazionale e diritti umani*, 2017, pp. 301-307, https://www.rivistaoidu.net/wp-content/uploads/2021/12/2_paragrafo_2_ITA_e_CEDU_2_2017.pdf

NEGRI, Daniele. Il dito della irretroattività sfavorevole e la luna della garanzia giurisdizionale: la posta in gioco dopo la sentenza Corte di Giustizia UE, Taricco. *Archivio penale*, 2016, n. 2, pp. 645-653

NEGRI, Daniele. Dell'improcedibilità temporale. Pregi e difetti. *Sistema penale*, n. 2, 2022, pp. 51-63

NOBILI, Massimo, Scenari e trasformazioni del processo penale. Milano: Cedam, 1998

ORLANDO, Claudio. Azione penale e tutela della persona offesa. *lalegislazionepenale.eu*, 19 giugno 2024, https://www.lalegislazionepenale.eu/wp-content/uploads/2024/06/C.-Orlando-Azione-penale-e-tutela-della-persona-offesa-2.pdf

PADOVANI, Tullio. Il crepuscolo della legalità nel processo penale. Riflessioni antistoriche sulle dimensioni processuali della legalità penale. *L'indice penale*, anno II, n. 1, gennaio-aprile 1999, pp. 527-543

PARLATO, Lucia. Effettività delle indagini ed "equità processuale". In: CHINNICI, Daniela, GAITO, Alfredo. Regole europee e processo penale. Milano: Cedam, 2018

PASUCCI, Nicola. Durata ed efficienza dei procedimenti penali italiani. Riflessioni e proposte alla luce delle risultanze numeriche. In *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 6, n. 3, set.-dez. 2020, pp. 1445 e ss., https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/438/278

PECCIOLI, Annamaria. La prescrizione del reato. Un istituto dall'incorreggibile polimorfismo. Torino: Giappichelli, 2019

PISANI, Nicola. Riflessioni sul rapporto tra prescrizione del reato e ragionevole durata del processo. *DisCrimen*, 4 luglio 2020, https://discrimen.it/wp-content/uploads/Pisani-Riflessioni-sul-rapporto.pdf

PRESSACCO, Luca. Azione penale privata e violenza domestica. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2023, pp. 1246-1250

PULITANO', Domenico. Il dibattito sulla prescrizione. Argomenti strumentali e ragioni di giustizia. *Sistema penale,* 26 febbraio 2020, https://www.sistemapenale.it/pdf_contenuti/1582657613_pulitano-2020a-riforma-prescrizione-bonafede-argomenti-strumentali-e-ragioni-di-giustizia.pdf

PULITANO', Domenico. Riforma della prescrizione. Giochi linguistici e sostanza normativa. *sistemapenale.it*, 19 luglio 2021, https://www.sistemapenale.it/pdf_contenuti/1626701182_pulitano-2021d-riforma-prescrizione-giochi-linguistici-sostanza-normativa.pdf

ROSSI, Nello. Riformare "insieme" la disciplina della prescrizione e dell'appello del pm. *Questione giustizia*, 2005, https://www.questionegiustizia.it/doc/rossi-prescrizione-5-05-questione_giustizia.pdf

RUGGERI, Stefano. Decisione in ipotesi, estinzione del reato e tutela dell'innocenza. Riflessioni su accertamento giudizio e giudicato. *lalegislazionepenale.eu*, 22 aprile 2021

RUGGERI, Stefano. Norma, giudizio, giudicato. Una riflessione sulla tutela penale alla luce *del ne bis in idem* nell'era dell'interlegalità. *Ordine internazionale e diritti umani*, 2023, pp. 1-30

RUGGERI, Stefano. Azione e inazione. In: AA.VV. Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale. Padova: Cedam, 2023, pp. 627-691

RUSSO, Lucia. I criteri di priorità nella trattazione degli affari penali: confini applicativi ed esercizio dei poteri di vigilanza. *Diritto penale contemporaneo*, 2016, https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/upload/RUSSOLUCIA_2016a.pdf

SCALIA, Valeria. Una proposta di ricostruzione degli obblighi positivi di tutela penale nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. L'esempio degli obblighi di protezione del diritto alla vita (I Parte). *Archivio penale*, 2020, https://archiviopenale.it/File/DownloadArticolo?codice=725bf77f-0203-49ea-9ad7-a0d98a950559&idarticolo=25990

SCARPINO, Daniele. Le innovazioni apportate dalla riforma Cartabia in tema di iscrizione della *notitia criminis*. *penaledp.it*, 26 luglio 2023, https://www.penaledp.it/le-innovazioni-apportate-dalla-riforma-cartabia-in-tema-di-iscrizione-della-notitia-criminis/

SIRACUSA, Licia. Oblio e memoria del reato nel sistema penale. Torino: Giappichelli, 2022

SOTTANI, Sergio. Il controllo giudiziale sulle pseudo notizie di reato. In *Archivio penale*, n. 3, 2021

TONINI, Paolo. Manuale di procedura penale. Milano: Giuffrè, 2007

TRAPELLA, Francesco. Note in tema di prescrizione e di efficienza del processo (a proposito di «Riforme, statistiche e altri demoni»). *Archivio penale*, n. 1, 2022,

https://archiviopenale.it/File/DownloadArticolo?codice=bfdccf36-386a-406d-8dee-fff17a6ef289&idarticolo=33280

TRAPELLA, Francesco. Distorsioni sul diritto "di difendersi provando" dell'indagato, archiviazione e presunzione di non colpevolezza. *Processo penale e giustizia*, n. 5, 2024, p. 1189 ss.

VALENTINI, Cristina. Riforme, statistiche e altri demoni. *Archivio penale*, n. 3, 2021, https://archiviopenale.it/File/DownloadArticolo?codice=bf39d27d-2fbd-4681-8819-8a02e643d60c&idarticolo=33251

VALENTINI, Cristina. La completezza delle indagini, tra obbligo costituzionale e (costanti) elusioni della prassi. *Archivio penale*, n. 3, 2019, https://archiviopenale.it/File/DownloadArticolo?codice=1084b0d9-d7a3-4d5b-b323-c2263eeb108f&idarticolo=19686

VALENTINI, Cristina. Grandi speranze: una possibilità di riforma della riforma. *Archivio penale*, n. 3, 2022, https://archiviopenale.it/File/DownloadArticolo?codice=11b57c19-6c33-4da2-9e38-29d80f9b895c&idarticolo=38439

VALENTINI, Cristina. *The untouchables*: la fase delle indagini preliminari, l'ufficio del pubblico ministero e i loro misteri. *Archivio penale*, n. 2, 2022, https://archiviopenale.it/File/DownloadArticolo?codice=1525296a-4fcd-495f-88df-896ec7c1583d&idarticolo=36404

VICOLI, Daniele. La "ragionevole durata" delle indagini. Torino: Giappichelli, 2012

VIGANO', Francesco. Riflessioni *de lege lata e ferenda* su prescrizione e tutela della ragionevole durata del processo. *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, 2013, pp. 18-42

VIRGA, Veronica. Obbligatorietà flessibile e criteri di priorità. *lalegislazionepenale.eu*, 19 giugno 2024, https://www.lalegislazionepenale.eu/wp-content/uploads/2024/06/LP-Obbligatorieta-flessibile-e-criteri-di-priorita-Veronica-Virga.pdf

ZAGREBELSKY, Vladimiro. Una «filosofia» dell'organizzazione del lavoro per la trattazione degli affari penali. *Cassazione penale*, 1989, p. 1615 ss.

Authorship information

Elisea Malino. Assegnista di ricerca in diritto processuale penale presso l'Università degli Studi di Messina; Dottoranda di ricerca in scienze giuridiche; Avvocato presso il Foro di Messina, Italia. elisea.malino@unime.it

Additional information and author's declarations *(scientific integrity)*

Conflict of interest declaration: the author confirms that there are no conflicts of interest in conducting this research and writing this article.

Declaration of authorship: all and only researchers who comply with the authorship requirements of this article are listed as authors; all coauthors are fully responsible for this work in its entirety.

Declaration of originality: the author assures that the text here published has not been previously published in any other resource and that future republication will only take place with the express indication of the reference of this original publication; she also attests that there is no third party plagiarism or self-plagiarism.

Data Availability Statement: In compliance with open science policies, all data generated or analyzed during this study are included in this published article.

Editorial process dates (https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/about)

- Submission: 06/04/2025
- Desk review and plagiarism check: 10/04/2025
- Review 1: 29/04/2025
- Review 2: 07/05/2025
- Review 3: 13/05/2025
- Preliminary editorial decision: 27/05/2025
- Correction round return: 09/06/2025
- Final editorial decision: 10/06/2025

Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Associated-editor: 2 (SR; FM)
- Reviewers: 3

How to cite (ABNT Brazil):

MALINO, Elisea. L'accertamento che non c'è: prescrizione del reato e irragionevole durata delle indagini. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 11, n. 2, e1214, mai./ago. 2025. https://doi.org/10.22197/rbdpp.v11i2.1214

License Creative Commons Attribution 4.0 International.

Presunzione di innocenza, accertamento penale e dimensione temporale: dalla prescrizione del reato all'improcedibilità processuale

Presumption of innocence, fact-finding, and chronological dimension of criminal justice: from statute of limitations to case dismissal

Antonella Falcone[1]

Università degli Studi di Messina, Messina, Italia

antonella.falcone@unime.it

http://orcid.org/0000-0002-1505-1041

Resumo: Il presente studio si propone di indagare il rapporto tra l'accertamento penale e la presunzione di innocenza nell'ordinamento giuridico italiano, con particolare attenzione agli effetti prodotti dalla prescrizione penale. Istituto posto al crocevia tra il diritto sostanziale e processuale, la prescrizione è stata oggetto di numerosi interventi riformatori, l'ultimo dei quali ha introdotto, nel 2022, l'art. 344-*bis* C.p.p. Tale disposizione prevede l'improseguibilità dell'azione penale al superamento di specifici termini nei giudizi di impugnazione. Questo meccanismo, che affianca alla prescrizione sostanziale una forma di improcedibilità processuale, impone una riflessione approfondita circa le sue ricadute sul diritto dell'imputato a essere considerato non colpevole fino alla pronuncia di una condanna definitiva. In particolare, si tratta di comprendere se e in che misura la sostituzione della prescrizione sostanziale con un istituto di natura strettamente processuale, giustificata dall'obiettivo di garantire la ragionevole durata del processo, possa incidere sulle garanzie fondamentali dell'imputato.

[1] Assegnista di Ricerca in Diritto Processuale Penale presso l'Università degli Studi di Messina, dove ha conseguito un Dottorato di Ricerca con lode e menzione di *Doctor Europaeus*. Svolge attività didattica e di ricerca in ambito nazionale e internazionale. Membro del Comitato Redazionale della rivista *La Legislazione Penale* e di *Etica e diritto* partecipa a progetti di ricerca nazionali e internazionali sulla giustizia penale e la tutela dei diritti fondamentali e delle garanzie partecipative nella giustizia penale.

Palavras-Chave: accertamento penale; improcedibilità processuale; presunzione d'innocenza.

Abstract: *The aim of this study is to examine the relationship between criminal fact-finding and the presumption of innocence in the Italian legal system, with particular attention to the effects of the statute of limitations. Situated at the crossroads of substantive and procedural law, this one has been the subject of numerous reformative interventions, the most recent of which, in 2022, introduced article 344-bis of CCP. This provision provides for the dismissal of the case if certain time limits are exceeded in the appeal proceedings. This new mechanism, which adds a form of procedural feature to the substantive statute of limitations, calls for in-depth analysis on its implications for the defendant's right to be presumed innocent until a final conviction is pronounced. In particular, it is necessary to understand whether and to what extent the replacement of the substantive statute of limitations by a purely procedural instrument, justified by the objective of ensuring a reasonable duration of the trial, may adversely affect the fundamental guarantees of the accused.*

Keywords: *criminal fact-finding; dismissal of the case; presumption of innocence.*

Sumário: 1. Introduzione; 2. Prescrizione penale, ragionevole durata del processo e presunzione di innocenza. Alcune premesse concettuali; 2.1. La prescrizione penale tra idolo polemico, enigma giuridico e necessità sistemica. Questioni ancora aperte; 2.2. All'origine della prescrizione penale: l'eterno pendolarismo tra la natura sostanziale e la dimensione processuale dell'istituto; 2.3. Il tempo del processo penale: tra efficienza, giusto processo e diritti fondamentali; 3. L'improcedibilità cronologica e i suoi principali risvolti sul principio della presunzione di innocenza; 3.1. Processo penale senza fine o fine del processo penale? Il difficile bilanciamento tra durata, accertamento e presunzione di innocenza; 3.2. Improcedibilità temporale e art. 129 C.p.p. Il conflitto tra le cause di estinzione del reato e il diritto a un giudizio di merito; 3.3. Conseguenze della declaratoria di improcedibilità: statuizioni civili e confisca; 4. Considerazioni conclusive; Bibliografia.

1. Introduzione

Il concetto di tempo esprime tradizionalmente un'esigenza di ordine che si contrappone alla spontanea tendenza della realtà al disordine. Applicata allo specifico contesto della giustizia penale, siffatta constatazione sottolinea il ruolo fondamentale di questo elemento nell'accertamento dei reati, per l'esigenza di incardinare questa attività entro precisi limiti temporali. Eppure, tale entità, lungi dal rappresentare un mero parametro che regola il procedimento penale, definendone la durata e ottimizzando l'uso delle risorse umane ed economiche impiegate, assume un significato valoriale più profondo. La sua portata si estende infatti fino al punto da influenzare la tutela di diritti fondamentali, condizionando al contempo la percezione della giustizia penale da parte dei soggetti coinvolti a vario titolo nel processo e della collettività nel suo complesso.

Un tema che fra tutti meglio evidenzia l'interazione tra l'aspetto "fisicista" e quello culturale del tempo è rappresentato dalla prescrizione penale[2]. I termini fissati per l'estinzione del reato e dell'azione penale[3] (o del processo[4] o del procedimento[5]) per decorso temporale sono il riflesso di una cultura giuridica in continua trasformazione, costantemente impegnata a bilanciare garanzie fondamentali, quali la rieducazione dell'individuo penalmente responsabile e la presunzione di innocenza, con le esigenze di controllo sociale e di prevenzione del crimine.

---

[2] In questo contributo, con tale espressione ci si riferisce all'istituto in generale senza distinguere, se non laddove strettamente necessario, la prescrizione del reato da quella dell'azione o del procedimento o del processo.

[3] A favore dell'uso di questa declinazione della prescrizione, cfr. UBERTIS, Giulio. Prescrizione del reato e prescrizione dell'azione penale. In: Aa.Vv, *Tempi irragionevoli della giustizia penale. Alla ricerca di una effettiva speditezza processuale*. Milano: Giuffrè, p. 43 ss., 2013.

[4] Così GIOSTRA, Glauco. La prescrizione degli atti processuali. In: Aa.Vv., *Per una giustizia penale più sollecita: ostacoli e rimedi ragionevoli*. Milano: Giuffrè, p. 82, 2006.

[5] Espressione impiegata da GREVI, Vittorio. Prescrizione del reato ed effettività del processo tra sistema delle impugnazioni e prospettive di riforma. In: Aa.Vv., *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena, in ricordo di Adolfo Beria di Argentine*. Milano: Giuffrè, p. 189, 2002, per indicare l'effetto estintivo anteriore al promovimento dell'azione penale.

È entro tale cornice concettuale che ci proponiamo di approfondire, attraverso la peculiare prospettiva della disciplina italiana, la relazione intercorrente tra l'accertamento penale e la garanzia di cui all'art. 27, comma 2, Cost. e all'art. 6, comma 2, Cedu, che più di altri soffre la mannaia del tempo[6]. Ed infatti, l'accusato che, presunto innocente, dovesse trovarsi dinanzi ad un procedimento potenzialmente infinito subirebbe una lesione, poiché il processo, a prescindere dalla portata delle misure che incidono direttamente sui suoi diritti e libertà individuali, rappresenta di per sé un'afflizione che condiziona profondamente la sua vita e le sue prospettive esistenziali. E così, senza argini normativi volti a contenere il potere coercitivo statale, rischierebbe di rimanere indefinitamente soggetto ad un giudizio e privato della certezza di una conclusione definitiva[7]. In questo scenario, ignorare l'impatto del tempo sulla punizione e sull'accertamento penale significherebbe, di fatto, introdurre un principio di presunta colpevolezza.

Più specificamente, l'occasione per tornare a riflettere sugli effetti erosivi del passaggio del tempo sulla presunzione costituzionale

---

[6] «Non vi è dubbio che la presunzione d'innocenza sia principio madre del processo penale moderno e patrimonio universalmente condiviso della cultura giuridica, espressivo di valori politici, ideologici e morali che saldano insieme le diverse radici dei sistemi di tradizione continentale e di matrice anglosassone». Così VIGONI, Daniela. La fisionomia tridimensionale della presunzione d'innocenza: profili di sviluppo della disciplina codicistica. *Processo penale e giustizia*, n. 1, p. 229, 2023. La presunzione di innocenza è definita da ILLUMINATI, Giulio. *La presunzione d'innocenza dell'imputato*. Bologna: Zannichelli, p. 5 ss., 1979, come «il cardine dell'ordinamento processuale moderno», poiché da essa discendono le principali garanzie poste a tutela dell'imputato e, in senso più ampio, della correttezza dell'intero accertamento giudiziario. L'Autore rileva altresì una significativa dissonanza tra il valore giuridico del principio e la percezione che ne ha l'opinione pubblica, spesso incline ad anticipare giudizi di colpevolezza ben prima della sentenza definitiva. In argomento, fra i molti, PAULESU, Pier Paolo. *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*. Torino: Giappichelli, 2009.

[7] In questo senso v. MORELLI, Francesco Bartolo. La prescrizione del reato, i tempi del processo, l'autorità senza tempo. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, p. 1604 ss., 2019 il quale precisa che «intesa nel suo significato minimo, la presunzione costituzionale mai potrebbe tollerare che un innocente venga sottoposto ad un processo vessatorio fuori da ogni proporzione: se il processo è dichiaratamente ed ingiustificatamente pena, l'innocente scompare dall'equazione».

è rappresentata dal complesso meccanismo che opera nell'ordinamento giuridico italiano in cui alla prescrizione del reato si affianca quella che la dottrina ha definito «improcedibilità *ratione temporis*»[8]. Siffatti istituti operano nel complesso secondo un sistema ridisegnato di recente dal legislatore italiano. In particolare, il d.lgs 150/2022 (c.d. Riforma Cartabia), evitando di intervenire direttamente sulla disciplina del Codice penale, ha introdotto il nuovo istituto dell'«improcedibilità dell'azione penale» per eccessiva durata della fase impugnatoria (art. 344-*bis* C.p.p.), con ciò prevedendo l'impossibilità di proseguire, per l'appunto, l'azione penale, che si attiva automaticamente al superamento di termini tassativi fissati per i giudizi di impugnazione, ovvero due anni per l'appello e un anno per la Cassazione. Ispirata in parte agli *speedy trial time limits* del sistema giudiziario statunitense, la combinazione di queste figure, una sostanziale e l'altra processuale, prevede un doppio regime temporale. Fino alla sentenza di primo grado la prescrizione si comporta come causa estintiva del reato. Nei giudizi di impugnazione[9], invece, viene sostituita da una prescrizione che impone di non procedere una volta scaduti i limiti prestabiliti, così privando il giudice di seconde cure o di legittimità del potere di avanzare nell'accertamento dei fatti contestati e nel controllo sulla correttezza della decisione emessa nei gradi precedenti[10]. Come è stato efficacemente evidenziato, a un certo

---

[8] Così SCALFATI, Adolfo. L'improcedibilità *ratione temporis*: una mina nel sistema. *Processo penale e giustizia*, n. 3, p. 804 ss., 2022; parimenti DEL COCO, Rosita. La perenzione del processo *ratione temporis*. *Processo penale e giustizia,* n. 4, p. 821 ss., 2022. MAZZA, Oliviero. Fenomenologia dell'improcedibilità cronologica. *Penale diritto e procedura*, p. 1 ss., 2022.

[9] L'art. 344-*bis* C.p.p. non si applica al procedimento cautelare, al procedimento di esecuzione, ai rimedi impugnatori straordinari e al procedimento di prevenzione. Le disposizioni dell'art. 344-*bis* C.p.p. non riguardano, inoltre, i procedimenti per i delitti puniti con l'ergastolo, anche come effetto dell'applicazione di circostanze aggravanti (comma 9). La declaratoria di improcedibilità non ha luogo quando l'imputato (non quindi il suo difensore, non potendo operare in tal caso l'estensione di cui all'art. 99, comma 1, C.p.p.) chiede che il "processo" prosegua (comma 7).

[10] Per un'esaustiva sintesi dell'istituto in esame, v. ORLANDO, Claudio. Prescrizione processuale e *ne bis in idem*: l'efficacia preclusiva del giudicato alla prova del tempo. *Ordine internazionale e diritti umani*, p. 121, 2023. Secondo MAZZA, Oliviero. L'enigma della prescrizione, fra improcedibilità e nuove proposte di riforma. *Sistema penale*, p. 6, 2022, «nel sistema costituzionale

punto, troncando l'attività accertativa realizzata fino a quel momento, la prescrizione sostanziale svanisce lasciando spazio a quella processuale al fine di rafforzare l'equità procedimentale intesa nella sua dimensione di ragionevole durata[11].

La previsione di questo mutamento di stato ha riacceso un dibattito mai realmente sopito attorno ad una tematica articolata quale è quella rappresentata dal legame intercorrente tra la prescrizione penale e il diritto di cui all'art. 111, comma 2, Cost. e all'art. 6, comma 1, Cedu.

Ebbene, oltre alle perplessità terminologiche (è corretto parlare di improcedibilità dell'azione penale nei gradi di giudizio successivi al primo?[12]), diversi sono i profili che rendono problematico il rapporto

---

statunitense, il *right to a speedy trial* viene concepito, anzitutto, come il diritto alla rapida apertura del processo, tutelato dalla procedura di *dismissal* in caso di *preaccusation delay*».

[11] BALBI, Giuliano. Il decorso del tempo tra prescrizione ed improcedibilità. *La Legislazione penale*, p. 2 ss., 2022. Inoltre, FERRUA, Paolo. Improcedibilità e ragionevole durata del processo. *Rivista penale diritto e procedura*, p. 2, 24 gennaio 2022, si chiede come è «possibile che si sia scelta la prescrizione sostanziale in primo grado e quella processuale in sede di impugnazione» ovvero «quale vantaggio offriva dopo il primo grado la improcedibilità rispetto alla prescrizione sostanziale».

[12] A tal proposito v. RUGGERI, Stefano. Azione e inazione. In: CASTRONUOVO, Donato-DONINI, Massimo-MANCUSO, Enrico Maria-VARRASO, Gianluca. *Riforma Cartabia: la nuova giustizia penale*. Milano: Cedam, p. 677, 2023, evidenzia che la cosiddetta prescrizione processuale non può essere ricondotta all'azione penale, considerando che l'improcedibilità introdotta dall'art. 344-*bis* C.p.p. opera anche nei casi in cui il giudizio di impugnazione sia stato avviato da soggetti diversi dal pubblico ministero. Per l'Autore è giuridicamente impossibile che la parte civile possa mantenere in vita l'azione penale impugnando una sentenza ormai divenuta definitiva per le parti principali, così come sarebbe paradossale che l'imputato stesso, impugnando, possa esercitare o far rivivere l'azione penale contro sé stesso. Così anche NEGRI, Daniele. Dell'improcedibilità temporale. Pregi e difetti. *Sistema penale*, n. 2, p. 52, 21 febbraio 2022, secondo il quale l'improcedibilità in parola non implica alcuna condizione legata all'esercizio o al proseguimento dell'azione penale. Al contrario, il decorso del termine massimo per la fase di impugnazione impone al giudice la chiusura immediata del processo, indipendentemente dalla sua regolarità fino a quel momento. In questo contesto, il tempo diventa l'unico fattore causale che determina il divieto di proseguire l'attività processuale, facendo emergere come sia il processo, e non l'azione penale, a dover essere interrotto con una pronuncia in rito. Anche altri autori, tra cui FERRUA, Paolo. Improcedibilità e ragionevole durata del processo,

del meccanismo appena descritto anzitutto con i precetti costituzionali[13] relativi all'azione penale[14] e all'uguaglianza tra imputati. Senza sottovalutare la rilevanza di siffatte e altre criticità[15], questo scritto si sofferma tuttavia sulla compatibilità del sistema appena delineato con la presunzione di innocenza, «prima e fondamentale garanzia che il procedimento assicura

---

cit.; ID., Improcedibilità e ragionevole durata del processo: uno stupefacente caso di evaporazione del processo. *Processo penale e giustizia*, n. 1, p. 262 ss., 2022 e PULITANÒ, Domenico. Riforma della prescrizione. Giochi linguistici e sostanza normativa. *Sistema penale*, 19 luglio 2021, hanno criticato l'art. 344-*bis* C.p.p., evidenziando che il riferimento impreciso all'azione penale può generare confusione interpretativa. Tutto ciò dimostra che l'esegesi delle disposizioni non può basarsi esclusivamente sul dato letterale, spesso impreciso, ma deve considerare il quadro normativo complessivo per definire correttamente il concetto di azione penale.

13 In seguito all'introduzione dell'art. 344-*bis* C.p.p. nel nostro ordinamento, il dibattito sulla sua legittimità costituzionale ha visto posizioni contrastanti. Da un lato, alcuni hanno negato che il nuovo istituto trovi fondamento nella Costituzione, ritenendolo anzi in contrasto con alcuni suoi principi fondamentali; dall'altro, vi è chi, con un'interpretazione altrettanto decisa, ha individuato nelle disposizioni costituzionali un naturale fondamento per l'art. 344-*bis* C.p.p. Così, in special modo, PULVIRENTI, Antonino. L'improcedibilità dell'azione penale: la *ratio*, la normativa vigente e il suo (probabile) *de profundis*. *La Legislazione penale*, p. 30, 23 febbraio 2024.

14 Secondo FERRUA, Paolo. Improcedibilità e ragionevole durata del processo. *Cassazione penale*, v. 62, n. 2, 2022, p. 444, «Il precetto più vistosamente contraddetto dall'improcedibilità è l'art. 112 Cost.», la cui disposizione di obbligatorietà dell'azione penale, essendo «espressa come regola», sarebbe «insuscettibile di bilanciamento con il principio della ragionevole durata». Analogamente, DANIELE, Marcello. Improcedibilità dell'azione penale e reazioni applicative. *Rivista di diritto processuale,* p. 863, 2022.

15 Co me rilevato da SPANGHER, Giorgio. Questioni in tema di sistema bifasico (prescrizione/improcedibilità). *Diritto penale e processo*, n. 11, p. 1444, 2021, le lacune emerse sono diverse: «operatività o meno per l'appello della sentenza di non luogo e dell'appello della parte civile per gli interessi civili; operatività per gli appelli delle decisioni del giudice onorario; mancata indicazione degli effetti delle proroghe sulle misure cautelari; operatività o meno del *ne bis in idem*; mancata individuazione del termine in caso di conversione in appello nonché in caso di annullamento con rinvio solo per la determinazione della pena; mancato termine complessivo in caso di annullamento con rinvio in appello; incertezza sull'operatività per i rimedi straordinari ed in caso di annullamento di una declaratoria di inammissibilità; le implicazioni sulla responsabilità degli enti».

al cittadino»[16], elemento imprescindibile per l'assicurazione del *fair trial*[17], nonché postulato fondamentale della scienza processuale e di tutte le altre garanzie[18]. Ed infatti, la previsione costituzionale che sancisce la presunzione di non colpevolezza costituisce una prescrizione e non una mera proposizione descrittiva: per questo motivo, essa riveste un ruolo cruciale nel delineare i limiti entro cui il legislatore può modellare le regole processuali e l'interprete sviluppare soluzioni ermeneutiche. Tale principio impone dunque che ogni costruzione normativa e interpretativa sia orientata alla tutela dell'innocente, anche a costo, come osservava già Francesco Carrara, che dalle «protezioni dell'innocenza» possano talvolta trarre beneficio anche i «colpevoli»[19].

Ebbene, prima di verificare se l'improseguibilità processuale, sostituendo la prescrizione sostanziale nei giudizi di impugnazione, in nome della ragionevole durata del processo, comprometta o meno il diritto dell'imputato a essere considerato non colpevole fino a una condanna definitiva[20], è utile soffermarsi sull'istituto della prescrizione

---

16 LUCCHINI, Luigi. *Elementi di procedura penale*. Firenze: Barbera, p. 15, 1899.

17 SAYERS, Debbie. Article 48 (Criminal Law). In: Aa.Vv., *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*. Oxford-Portland: Nomos, 2014, p. 1304.

18 CARRARA, Francesco. *Opuscoli di diritto criminale*. Lucca: Tip. Giusti, V, 1874.

19 Queste emblematiche parole sono richiamate da PASTA, Alessandro. Lo scopo del processo e la tutela dell'innocente: la presunzione di non colpevolezza. *Archivio penale*, n. 1, p. 1, 2018.

20 A riguardo risulta senz'altro utile ai fini di questo studio il contributo di PASCUCCI, Nicola. Il *dies ad quem* della presunzione di innocenza in caso di condanna: "accertamento legale della colpevolezza" e "definitività della sentenza" tra atti sopranazionali e costituzione italiana. *La Legislazione penale*, p. 1-34, 15 dicembre 2023, nel tracciare il differente atteggiarsi della presunzione tra istanze domestiche, internazionali e sovranazionali. Mentre le fonti europee (art. 6, comma 2 della Cedu, art. 48, comma 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'UE e direttiva 2016/343/UE) riferiscono espressamente di "presunzione d'innocenza", l'art. 27, comma 2, Cost. utilizza una formula più sfumata («l'imputato non è considerato colpevole»), ma individua con maggiore chiarezza il termine della presunzione nella condanna definitiva. Al contrario, le fonti sovranazionali si limitano a un più generico «accertamento legale della responsabilità». Nonostante alcune aperture giurisprudenziali della Corte di Strasburgo verso una lettura più flessibile, l'interpretazione costituzionalmente corretta impone di ritenere che la presunzione di innocenza resti operante fino al passaggio in giudicato della sentenza.

globalmente inteso e sul modo in cui il principio sancito dall'art. 27, comma 2, Cost. ha trovato applicazione nel processo penale fino alla riforma introdotta con il d.lgs. n. 150 del 2022. Nell'analizzare i principali riflessi che il meccanismo voluto dalla Riforma Cartabia produce sul principio della presunzione di non colpevolezza, si guarderà con attenzione ai profili ritenuti più problematici. Tra questi spiccano il conflitto tra l'improseguibilità e il diritto a un giudizio di merito; le conseguenze della declaratoria di estinzione del processo sulle statuizioni civili e sugli standard probatori differenziati tra processo penale e processo civile, in relazione al rinvio disposto *ex* art. 344-*bis* C.p.p., nonché gli effetti della stessa decisione sulle statuizioni ablatorie. Si tratta di aspetti che, pur a fronte dell'estinzione del processo penale, rischiano infatti di far apparire l'imputato, formalmente non colpevole, come sostanzialmente non innocente nei giudizi successivi e connessi imposti dall'ordinamento.

2. Prescrizione penale, ragionevole durata del processo e presunzione di innocenza. Alcune premesse concettuali

Per affrontare adeguatamente la complessità della tematica in esame, risulta senz'altro utile predisporre un adeguato quadro teorico introduttivo, capace di orientare le riflessioni che seguiranno nella seconda parte del contributo. In questa prospettiva, si rende necessario adottare un approccio metodologico ampio e integrato, che valorizzi la relazione osmotica tra diritto penale sostanziale e processuale, quale chiave di lettura privilegiata per cogliere le implicazioni più significative della disciplina vigente.

A riguardo, è difficile negare che la prescrizione penale, scandendo i tempi della punibilità, finisca per influire in un certo qual modo sulle tempiste del processo e viceversa, con ripercussioni di non poco conto sulla concreta attuazione della presunzione di innocenza. L'ampiezza di questa reciproca interazione e l'equilibrio tra i due termini della relazione costituiscono da sempre oggetto di un acceso dibattito che vede contrapporsi legislatore e dottrina, come pure diverse voci all'interno della stessa comunità accademica, senza tuttavia approdare a soluzioni univoche, a causa della difficoltà di superare quelle radicate

posizioni ideologico-culturali che incidono significativamente sugli "equilibrismi politici"[21].

La prescrizione del reato e l'improcedibilità per decorso temporale non possono dunque che essere analizzate congiuntamente. Pur essendo distinte nella teoria, nel concreto svolgersi dell'accertamento si sovrappongono e si intrecciano inevitabilmente, parlando un linguaggio comune in uno o più momenti del cammino accertativo. È dunque l'esame della loro capacità di coesistere all'interno di un sistema attualmente "ibrido" che permette di afferrare pienamente gli effetti del trascorrere del tempo sulla concreta opportunità e sulla possibilità di esercitare oggi lo *ius puniendi* nel pieno rispetto di diritti e garanzie fondamentali, prima fra tutti la presunzione di innocenza[22]. D'altro canto, la coesistenza di questi due istituti riflette le principali modalità con cui il parametro cronologico incide sulla giustizia penale[23]. Nella disciplina concernente il reato, con molta approssimazione, si possono, ad esempio, annoverare le ricadute sulla determinazione della pena e sull'efficacia della risposta sanzionatoria e, più in generale, sulla punibilità del reato[24]. Il tempo è poi l'elemento

---

21 Basti pensare che l'improcedibilità, introdotta dalla riforma del processo penale del 2022, rappresenta un compromesso mirato a ottenere il consenso dei pentastellati, contrari alla prescrizione sostanziale, che è causa di estinzione del reato. Cfr. FERRUA, Paolo. Improcedibilità e ragionevole durata del processo, cit., p. 1 ss.

22 Per BALBI, Giuliano. Il decorso del tempo tra prescrizione ed improcedibilità, cit., p. 2, gli istituti «Anche se in fasi differenti, giocano infatti "sullo stesso tavolo", perché non possono che rispondere alla medesima razionalità di sistema e al medesimo quadro di principi fondamentali».

23 Che nel diritto il tempo non sia un semplice dato cronologico è un'evidenza più che consolidata. Esso non solo scandisce l'esistenza degli individui, ma condiziona profondamente le loro situazioni giuridiche in molteplici modi: può determinarne la nascita, tracciarne i limiti, comprimerne l'efficacia, estinguerle o renderne necessario il ristoro. In argomento, fra tutti, FALZEA, Angelo. *Capacità. Efficacia giuridica. Fatto giuridico. Manifestazione*. Milano: Giuffrè, 1999.

24 Non si possono trascurare aspetti come la successione delle leggi penali e l'eventuale rilevanza, ai fini della risposta al fatto di reato, di fatti antecedenti o successivi alla sua commissione. Su questo profilo, cfr. TOSCANO, Giuseppe. *Post crimen patratum*. Contributo ad uno studio sistematico sulle ipotesi di ravvedimento postdelittuoso. Milano: Giappichelli, 2022. Inoltre, come ricorda il prof. Pulitanò «C'è un tempo della norma, il tempo nel quale la previa norma precettiva richiede osservanza, e può realizzarsi l'inosservanza. C'è un tempo per possibili reazioni all'inosservanza (reale o ipotizzata)». PULITANÒ,

che scandisce l'intero procedimento penale, poiché regola e organizza il percorso accertativo che conduce al giudizio sulla responsabilità penale[25]. Dopo la sentenza definitiva, diventa parte integrante della pena definendone durata ed attuazione.

A ciò si aggiunga che tra gli profili più rilevanti del tempo vi è senza dubbio la funzione di custode della memoria storico-giuridica, che si realizza attraverso l'intreccio inesorabile tra passato e presente, il quale fornisce un punto di riferimento stabile nel continuo mutare delle norme e della giurisprudenza[26]. Eppure, questo fattore può rivelare un aspetto

---

Domenico. Il diritto penale e il tempo. Tempi della norma, del giudizio, della pena. *Quaderno di storia del penale e della giustizia*. *Il tempo. Riflessioni interdisciplinari per un dibattito contemporaneo su giustizia, diritto di punire e pena*, n. 4, p. 67, 2022. L'Autore rammenta più specificamente che il concetto di tempo è strettamente correlato al principio di legalità che stabilisce l'applicazione delle leggi solo per il futuro, escludendo la retroattività *in malam partem* e ammettendola solo se favorevole all'imputato. La dimensione temporale influisce inoltre sulla legittimità del diritto penale, giustificato sia in ottica retributiva (*quia peccatum est*) sia in chiave preventiva (*ne peccetur*). Le teorie della pena, pertanto, si concentrano sul passato o sul futuro. Infine, il compiersi della giustizia penale si svolge nel contesto temporale storico, con il *law enforcement* che può operare a distanza variabile dal reato. Così PULITANÒ, Domenico. La giustizia penale e il tempo. *Sistema penale*, n. 12, p. 5, 2019. Per una recente ed efficace ricostruzione di questi aspetti, cfr. SIRACUSA, Licia. *Oblio e memoria del reato nel sistema penale*. Torino: Giappichelli, p. 12 ss., 2022.

[25] Ad esempio, la dimensione cronologica rileva rispetto alla successione della norma processuale e, più in generale, in relazione alla durata delle singole fasi procedimentali, come quella investigativa, ivi compresi i termini perentori e ordinatori e le eventuali sospensioni, nonché ai limiti imposti dalla legge per la conclusione del procedimento. Sul tema, *ex multis*, si veda TRINTI, Giorgia. Principio del *tempus regit actum* nel processo penale ed incidenza sulle garanzie dell'imputato. Possibili prospettive di mitigazione. *Diritto penale contemporaneo,* n. 9, p. 15 ss., 2017.

[26] E infatti, il procedimento penale, sviluppandosi attraverso l'indagine, il giudizio e l'esecuzione, si configura come una ricostruzione attuale di accadimenti passati ma con una proiezione futura. Esso fotografa una storia in continuo divenire che "imbriglia" nelle sue maglie diversi individui i cui diritti, ma anche le cui aspettative, timori e speranze subiscono inevitabilmente l'influenza del corso temporale. Una pena che sarebbe stata equa se inflitta tempestivamente rischia, se tardiva, di trasformarsi in un'indebita enfatizzazione della sanzione. Come si è osservato, infatti, «la troppo tarda pena è un inutile esempio, ed il lungo tempo ricopre in un'oscura notte colla memoria del fatto la chiarezza delle prove». Cfr., fra i molti, PAGANO, Francesco Mario. *Giustizia criminale e libertà civile*. Roma: Editori riuniti, 2000, p. 101.

meno rassicurante. In alcune circostanze, esso ci mette infatti di fronte alla sua continua mutevolezza e all'instabilità delle situazioni che da esso sono travolte, proprio come insegna il principio eracliteo del *pánta rheî*. Si presenta, in altri termini, come un elemento capace di elidere il passato o di separarlo dal presente, impedendone la produzione degli effetti. Questa particolare dimensione si riflette nella prescrizione penale, la quale, da un lato, si innerva con il diritto all'oblio[27] e, dall'altro, si pone in contrasto con la necessità di perseguire l'accertamento del reato e di preservare la memoria processuale. Se, per un verso, la prescrizione consente di recidere il legame tra passato e presente, evitando che un accertamento infinito condizioni la vita di chi, presunto non colpevole, è sottoposto a giudizio, dall'altro l'istituto in esame deve confrontarsi con l'interesse pubblico alla memoria veicolata dal processo. Peraltro, non esiste un metodo certo per stabilire con esattezza quanto tempo sia necessario e sufficiente perché si verifichi spontaneamente la dimenticanza. Si tratta infatti di valutazioni astratte e ipotetiche, che possono essere espresse solo in termini di verosimiglianza e approssimazione.

Il principio della presunzione di innocenza si inserisce in questo precario equilibrio, rafforzando l'idea che né il ricordo del reato né il tempo processuale possano prolungarsi oltre un limite ragionevole senza finire per compromettere i diritti fondamentali della persona.

---

[27] Così, in particolare, Corte cost., 14 febbraio 2013, n. 23; Corte cost., 28 maggio 2014, n. 143. In argomento, cfr. SIRACUSA, Licia. *Oblio e memoria del reato nel sistema penale*, cit., la quale precisa (p. 8) che «La prescrizione conforma la repressione penale alle ragioni del fluire del tempo dell'oblio e, così facendo, asseconda il comune senso di giustizia, in virtù del quale un diritto penale temporalmente implacabile appare inaccettabile e disumano». Interpreta la prescrizione come una garanzia a tutela dell'individuo NEGRI, Daniele. Il dito della irretroattività sfavorevole e la luna della garanzia giurisdizionale: la posta in gioco dopo la sentenza Corte di Giustizia UE, Taricco. *Archivio penale*, p. 645 ss., 2016. Tale punto di vista è avvalorato dalla giurisprudenza costituzionale che ha alternativamente ricondotto la prescrizione al diritto all'oblio per chi ha commesso il reato o al diritto di difesa, compromesso dalla dispersione delle prove nel tempo (cfr. Corte cost., 14 gennaio 2015, n. 45; Corte cost. 23 ottobre 2006, n. 393). Esamina il problema della prescrizione dalla prospettiva della dimenticanza del reato GIUNTA, Fausto. Tempo della prescrizione e tempo del processo. Logiche sostanziali, intersezioni processuali, prospettive di riforma. *Critica del diritto*, p. 175 ss., 2003.

2.1 La prescrizione penale tra idolo polemico, enigma giuridico e necessità sistemica. Questioni ancora aperte

Come anticipato, prima di immergerci nell'analisi dei rilevanti profili di legittimità della normativa in esame con il principio di cui all'art. 27, comma 2, Cost., occorre soffermarsi brevemente sull'articolato fenomeno della prescrizione penale per tratteggiarne le caratteristiche e accennare alle principali questioni irrisolte nell'ordinamento giuridico italiano, specie quelle relative alla natura dell'istituto. D'altro canto, le persistenti incertezze che gravitano attorno a questo problematico strumento hanno rappresentato, negli anni, uno dei principali fattori propulsivi delle numerose riforme che si sono susseguite, e che hanno cercato di porre un rimedio agli effetti pregiudizievoli del passaggio temporale sulla giustizia penale.

Sennonché disquisire di questo argomento reca con sé un senso di smarrimento in ragione della vastità di contributi che si sono succeduti, tutti caratterizzati da una straordinaria diversità di prospettive[28] su ciò che negli anni è assurto ad un vero e proprio «idolo polemico»[29].

---

[28] Per un approccio generale al tema in oggetto, restano basilari i lavori di SILVANI, Simona. *Il giudizio del tempo. Uno studio sulla prescrizione del reato*. Bologna: Il Mulino, 2009; GIUNTA, Fausto. Prescrizione del reato e tempi della giustizia. In: Aa.Vv., *Accertamento del fatto, alternative al processo, alternative nel processo*. Milano: Giuffrè, p. 197 ss., 2007; VINCIGUERRA, Sergio. A proposito del rapporto fra prescrizione c.d. del reato e la ragionevole durata del processo. In: Aa.Vv., *Per una giustizia penale più sollecita: ostacoli e rimedi ragionevoli*, cit., p. 93 ss.; ORLANDI, Renzo. Intervento alla Tavola rotonda: Le impugnazioni tra speditezza e garanzia. In: Aa.Vv, *Per una giustizia penale più sollecita: ostacoli e rimedi ragionevoli*, cit., p. 345 ss.; PULITANÒ, Domenico. Tempi del processo e diritto penale sostanziale. In: Aa.Vv., *Per una giustizia penale più sollecita: ostacoli e rimedi ragionevoli*, cit., p. 29 ss.; NAPPI, Aniello. Poteri delle parti e prescrizione del reato. In: Aa.Vv., *Per una giustizia penale più sollecita: ostacoli e rimedi ragionevoli*, cit., p. 105 ss.; GIUNTA, Fausto; MICHELETTI, Dario. Tempori Cedere. *Prescrizione del reato e funzioni della pena nello scenario della ragionevole durata del processo*. Milano: Giappichelli, 2003. Al 1986 risale la voce «prescrizione» dell'*Enciclopedia del Diritto*, di PISA, Paolo. Prescrizione (dir. pen.). *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXV, p. 78 ss., Milano, 1986.

[29] GIUNTA, Fausto. Oltre l'avversione imprescrittibile per la prescrizione penale. *La Giustizia penale*, p. 186 s., 2015.

Con il suo scorrere, il potere obliante del tempo inevitabilmente si confronta con i molteplici significati che assume sia sul piano sostanziale che processuale. Tutto questo spiega perché la prescrizione penale sia spesso definita un vero e proprio «enigma giuridico»[30]. L'incertezza interpretativa scaturisce essenzialmente da due aspetti fondamentali che, ai fini della nostra analisi, richiamiamo qui di seguito brevemente. Non può trascurarsi di considerare la complessità che scaturisce dall'inquadramento della natura dello strumento prescrittivo, da un lato, e la difficoltà di delineare con precisione il confine tra la rinuncia dello Stato a perseguire l'illecito penale e l'esigenza di garantire la conclusione del procedimento in un intervallo ragionevole, dall'altro. La dottrina, del resto, si divide nettamente su questo ultimo profilo. C'è chi sostiene che il rapporto tra prescrizione e ragionevole durata del processo sia scindibile, rispondendo la prima ad esigenze sostanziali legate ai diritti costituzionali della persona, in particolare la dignità, considerando il periodo che va dalla commissione del reato fino al termine ultimo stabilito dall'ordinamento per emettere una condanna definitiva[31]. Per converso, diverse, sebbene minoritarie, sono le opinioni di coloro i quali li legano in un'endiadi indissolubile[32].

---

[30] Cfr. MAZZA, Oliviero. L'enigma della prescrizione, fra improcedibilità e nuove proposte di riforma, cit., p. 1. L'Autore ricorda che il tema è affrontato diversamente nell'esperienze giuridiche europee. Secondo quanto è previsto in Germania, dall'art. 78 b, comma 3, C.p., in Svizzera, dall'art. 97, comma 3, C.p., la prescrizione non opera dopo la sentenza di prima grado; mentre in Spagna non opera dopo l'esercizio della azione penale, a norma dell'art. 132, comma 2, C.p. Per un inquadramento dell'istituto in Spagna, cfr. BACHMAIER WINTER, Lorena. Statute of limitations in Spain. Analysis and further challenges. *Diritto penale contemporaneo online*, n. 4, pp. 1-16, 2021.

[31] Per MORELLI, Francesco Bartolo. La prescrizione del reato, i tempi del processo, l'autorità senza tempo, cit., p.1608, ad esempio, il fatto che questo arco temporale includa la durata del processo è irrilevante ai fini della tutela dei diritti soggettivi garantiti dall'oblio, indipendentemente dall'eventuale attivazione dello Stato nella conclusione del giudizio. Allo stesso modo, cfr. i proff. Ubertis e Pulitanò, che si rifanno al contenimento temporale dello *ius puniendi* e alle concrete evenienze del processo penale. V. UBERTIS, Giulio. Prescrizione del reato e prescrizione dell'azione penale. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, p. 1021, 2010; PULITANÒ, Domenico, Il nodo della prescrizione. *Diritto penale contemporaneo,* n. 1, p. 24 ss., 2015.

[32] È la prospettiva adottata, ad esempio, da VIGANÒ, Francesco. Riflessioni *de lege lata* e *fedenda* su prescrizione e tutela della ragionevole durata del

Inoltre, non si possono ignorare le numerose dispute definitorie alimentate in gran parte dal controverso presupposto secondo cui l'estinzione di un reato risulterebbe concettualmente illogica in assenza di una sentenza irrevocabile di condanna che ne accerti giuridicamente l'esistenza. E così, sulla scorta di questa premessa, alcuni autori sostengono con assoluta convinzione che, sebbene la terminologia chiara del Codice penale si riferisca all'estinzione della responsabilità penale, il reato non possa essere considerato prescritto prima della sentenza definitiva che ne abbia riconosciuto la giuridica sussistenza, in linea con il precetto della presunzione di innocenza[33]. In tale circostanza, ciò che può tuttalpiù venir meno è unicamente l'azione penale, intesa come una mera ipotesi di illecito cristallizzata nell'imputazione da accertare[34].

Analoghe perplessità, come vedremo, emergono con particolare intensità anche in relazione al nuovo istituto dell'improcedibilità, che ha introdotto la prescrizione di tipo processuale.

2.2 All'origine della prescrizione penale: l'eterno pendolarismo tra la natura sostanziale e la dimensione processuale dell'istituto

Nel diritto vi sono istituti concettualmente complessi che periodicamente riaffiorano da uno stato di quiescenza e diventano *humus* fertile per un acceso dibattito ideologico. Uno di questi è senza dubbio la

processo. *Diritto penale contemporaneo,* n. 3, p. 20, 2013. Analogamente, DE CARO, Agostino. Tempo, punizione e processo: le indubbie connessioni tra la ragion d'essere della prescrizione e la durata ragionevole del processo. La prospettiva dell'improcedibilità dell'azione. *Sistema penale*, p. 1 ss., 22 luglio 2020.

[33] A riguardo, si rammenta che, secondo un'interpretazione avanzata in dottrina, l'art. 129 C.p.p. ha l'obiettivo di limitare al minimo l'impegno processuale quando sia chiara l'applicabilità di cause estintive del reato. In tal modo, si accetta il rischio di dichiarare l'estinzione del reato anche in casi in cui la responsabilità sia ancora in fase di accertamento, con la possibilità che il reato non esista effettivamente. Così si esprime PULITANÒ, Domenico. La moralità della prescrizione per decorso del tempo. *Discrimen*, p. 5, 2018.

[34] Questa idea del reato si rinviene già in PAGLIARO, Antonio. *Presupposti della connessione*. In: Aa.Vv., *Connessione di procedimenti e conflitti di competenza*. Milano: Giuffrè, p. 18, 1976.

prescrizione penale, per la "vanificazione" dei procedimenti in atto, in alcuni casi anche a forte impatto emotivo, che da essa consegue[35].

È un dato di fatto che la disciplina della prescrizione introduca elementi di distorsione nel sistema, criticità che né le riforme succedutesi,

[35] A riprova di ciò, basterebbe ricordare alcuni dei più significativi episodi di cronaca giudiziaria nella storia della Repubblica italiana. Ad esempio, il timore che molti processi avviati dal pool di "Mani Pulite" potessero essere vanificati per prescrizione aveva generato nell'opinione pubblica un profondo senso di sfiducia verso questo istituto. Significativamente, tra il 2004 e il 2013, oltre un milione e mezzo di procedimenti penali si estinse per prescrizione. A riguardo, BALBI, Giuliano. Il decorso del tempo tra prescrizione ed improcedibilità, cit., p. 7, si chiede se il tempo avesse davvero cancellato dalla memoria collettiva vicende come la scuola Diaz, Tangentopoli, il caso Eternit o i numerosi intrecci tra mafia e politica. Ancor prima, come ricorda SIRACUSA, Licia, *Oblio e memoria del reato nel sistema penale*, cit., p. 7, nel 1998, Giorgio Marinucci, sulle pagine de *Il Sole 24 Ore*, denunciava gli effetti dirompenti della prescrizione sulla tutela di beni giuridici fondamentali, definendola una «bomba a orologeria da disinnescare». MARINUCCI, Giorgio. Bomba ad orologeria da disinnescare. *Il sole 24 Ore*, 12 marzo 1998. Pochi mesi dopo, nell'editoriale di apertura del terzo fascicolo di Diritto penale e processo, anche Giovanni Conso sottolineava che la frequente maturazione della prescrizione durante il processo lasciava le vittime dei reati prive di un'adeguata tutela, compromettendo ingiustamente le loro legittime richieste di giustizia. CONSO, Giovanni. Non dimenticarsi delle vittime specie difronte al rischio prescrizione. *Diritto penale e processo*, v. 4, n. 3, pp. 269-270, 1998. Non deve pertanto sorprendere che queste istanze, in special modo quelle che mirano a dare voce alle persone offese, siano ancora attuali e, anzi, abbiano trovato nuovo slancio grazie alla giurisprudenza internazionale. Cfr., in tal senso, Corte Edu, 7 luglio 2022, ric. n. 32715/19, *M.S. c. Italia* in cui la Corte di Strasburgo ha condannato l'Italia per violazione dell'art. 3 Cedu, denunciando l'inefficacia delle indagini quando le autorità giudiziarie mancano di diligenza e tempestività, determinando, come conseguenza, una quasi totale impunità del presunto autore del reato (un marito violento nel caso di specie) a causa della prescrizione. Ciò è reso possibile dal mantenimento di un sistema in cui i meccanismi prescrizionali, propri dell'ordinamento nazionale, restano strettamente connessi all'azione giudiziaria, anche dopo l'avvio del procedimento penale. Questa inerzia da parte dell'autorità giudiziaria si rivela dunque incompatibile con il quadro normativo di riferimento, minando la tutela effettiva delle vittime. Dello stesso tenore, cfr. Corte Edu, 13 febbraio 2025, ric. n. 64066/19 di *P.P. c. Italia*.

a cominciare dalla legge *ex Cirielli*[36] o dalla *riforma Orlando*[37] fino alla *riforma Cartabia*, passando per quella promossa dal Ministro *Bonafede*[38], sono riuscite a risolvere completamente[39].

A ben vedere, le più significative tensioni definitorie legate all'istituto in esame affondano le loro radici in un passato più remoto. L'analisi storica risulta allora centrale per ricostruire i momenti che hanno inciso sulla sua trasformazione, segnata da un continuo oscillare tra il profilo sostanziale e quello processuale. Tale prospettiva permette innanzitutto di esaminare le differenze essenziali tra i due inquadramenti e di valutare quanto sia ancora produttivo mantenerne la distinzione. Dal punto di vista del nostro studio, questo percorso consente di mettere a confronto la struttura della prescrizione e dell'improcedibilità, evidenziandone le possibili discrepanze o elementi di continuità sul piano valoriale. Inoltre, offre l'opportunità di determinare quale interpretazione di questi istituti garantisca una tutela più efficace alla presunzione di innocenza.

E così, volgendo anzitutto lo sguardo all'epoca delle codificazioni ottocentesche[40], basterebbe ricordare che sotto la vigenza del Codice Zanardelli la prescrizione era strettamente legata all'esercizio dell'azione

---

[36] Cfr. l. 5 dicembre 2005 n. 251. La riforma interveniva sull'art. 157 C.p. facendo coincidere il tempo della prescrizione con il massimo edittale, stabilendo comunque un minimo di 6 anni per i delitti e 4 anni per le contravvenzioni, e abolendo i sei scaglioni precedentemente previsti. Un significativo abbassamento complessivo dei termini di prescrizione derivava poi dalla revisione dell'art. 161 comma 2, C.p. riguardante l'interruzione della prescrizione. In base alla nuova disposizione, il tempo-base poteva essere esteso al massimo di un quarto, invece della metà come stabilito in precedenza.

[37] L. 23 giugno 2017 n. 103. La riforma c.d. Orlando, interpolando l'articolo 159, commi 2 e 3, segnò l'inclusione di due cause di sospensione della prescrizione, ciascuna della durata massima di un anno e sei mesi, applicabili nei casi di condanna in primo e secondo grado. Questo cambiamento rappresenta un significativo punto di svolta, in quanto per la prima volta introduce una dimensione processuale all'interno della prescrizione.

[38] La riforma introdotta con la l. n. 3 del 2019 (c.d. Bonafede) aveva circoscritto gli effetti della prescrizione al solo primo grado di giudizio.

[39] Per una sintesi delle principali critiche alle precedenti riforme, cfr. BALBI, Giuliano. Il decorso del tempo tra prescrizione ed improcedibilità, cit., p. 8 ss.

[40] È il pensiero illuminista che riconosce nella codificazione della prescrizione un ruolo di garanzia fondamentale, strettamente legato al principio di legalità, ovvero volto a limitare non solo le modalità, ma anche i tempi di

penale, come stabilito dall'art. 91, secondo cui l'intervento della stessa, salvo eccezioni di legge, l'avrebbe estinta. Questo principio si inseriva in un contesto normativo in cui, in ambito civile, l'istituto in oggetto aveva una natura spiccatamente sostanziale. L'art. 2105 del C.c. del 1865 la definiva infatti come un mezzo per acquisire un diritto o estinguere un'obbligazione con il decorso del tempo. Le norme successive stabilivano i termini di prescrizione per le diverse azioni, conferendole il valore di un diritto correlato alla pretesa esercitata. Questa impostazione rifletteva la visione dogmatica dell'epoca, influenzata dalla scuola postpandettistica tedesca, che attribuiva all'azione una dimensione per lo più processuale.

È con il Codice Rocco che la prospettiva cambia radicalmente, mutando l'impianto teorico alla base. Ispirandosi alla dottrina processual-civilistica dell'epoca, che distingueva l'azione civile dalla pretesa giuridica, si stabilì che l'estinzione riguardasse il reato e non l'azione penale, la quale rimaneva sempre esercitabile. Tuttavia, questa assimilazione tra diritto civile e diritto penale, basata su un parallelo tra contratto e reato, risulta poco convincente. A differenza del contratto, che esiste indipendentemente dalla sua esecuzione, il reato necessita di un giudice per essere accertato. Di conseguenza, l'azione penale, soprattutto se obbligatoria e irretrattabile, non è un semplice strumento per far valere un diritto, ma il mezzo attraverso il quale si attiva l'operato dell'autorità giudiziaria finalizzato all'accertamento dell'esistenza del reato.

La base sostanziale della prescrizione, introdotta dal Codice del 1930, si è consolidata ed è giunta fino ai giorni nostri. Eppure, il concetto stesso di azione penale è cambiato, complice senz'altro una visione specifica della stessa nella Costituzione, rendendo indispensabile un riesame critico delle logiche che hanno condotto all'inquadramento attuale dell'istituto. In tal senso, due sono gli interrogativi sui quali riflettere. Il primo attiene alla compatibilità o meno dello strumento prescrittivo con l'assetto costituzionale; il secondo guarda alla opportunità di inquadrarlo

accertamento del reato, sottraendoli all'arbitrio del potere. SILVANI, Simona. *Il giudizio del tempo. Uno studio sulla prescrizione del reato*, cit., p. 16 ss.

entro la cornice valoriale della ragionevole durata, fine ultimo, questo, che ha trainato la Riforma Cartabia[41].

Quanto al primo aspetto, è indiscusso che la prescrizione penale sia compatibile con il quadro delineato dalla Carta fondamentale. Vi è tuttavia da chiedersi se essa rappresenti un rimedio costituzionalmente imposto, per esempio dallo stesso art. 27 Cost., comma 2, Cost., a prescindere dal disvalore sotteso alla norma incriminatrice o dalla complessità dell'accertamento penale richiesto. Come è noto, non lo è per i reati gravi, dove l'allarme sociale persiste e l'oblio non è giustificato, al punto da legittimamente chiedersi se possa intravedersi una cedevolezza della presunzione costituzionale. Inoltre, il decorso temporale non sempre riflette inerzia, specialmente quando l'azione penale è stata esercitata e il giudice è già stato coinvolto nel giudizio. In linea con queste precisazioni, è stato efficacemente affermato che «se non c'è inerzia, non ci può essere alcun "diritto" all'oblio, con l'ovvia conseguenza che, una volta rimossa la "inazione", il "diritto" è al processo e non alla prescrizione»[42]. A ciò si aggiunga che il diritto è ad un processo dalla durata comunque ragionevole che possa garantire il pieno spiegamento degli effetti della presunzione di non colpevolezza.

Ebbene, come abbiamo visto, nel nostro ordinamento, la prescrizione risponde al problema di bilanciare la scelta tra punire o non punire, nel rispetto dei principi costituzionali del diritto penale sostanziale, che certo non esclude un principio dalla apicale portata quale quello prescritto all'art. 27, comma 2 della Cost. Anche la Corte costituzionale ne ha confermato in più occasioni siffatta natura[43]. Sebbene abbia effetti anche sul processo, garantendo la ragionevole durata, per i giudici della legge la sua *ratio* si fonda su due principi, ovvero il venir meno dell'allarme sociale per il decorso del tempo e il diritto all'oblio per reati non particolarmente gravi[44]. L'illecito si prescrive, dunque,

---

[41] La ricostruzione storica sinteticamente richiamata si deve a MACCHIA, Alberto. Prescrizione, Taricco e dintorni: spunti a margine di un sistema da riformare. *Questione giustizia*, n. 1, p. 11 ss., 2017.

[42] Così MACCHIA, Alberto. Prescrizione, Taricco e dintorni, cit., p. 12 ss., 2017.

[43] *Ex multis*, Corte cost., ord. n. 24 del 1° febbraio 2017.

[44] «Sebbene possa proiettarsi anche sul piano processuale – concorrendo, in specie, a realizzare la garanzia della durata ragionevole del processo [...] – la

allorché sia raggiunta una soglia temporale sufficiente «a decretare, in via presuntiva, il disinteresse sociale per la repressione del fatto commesso»[45]. A tali conclusioni si è peraltro giunti interrogandosi sulle questioni complesse che la "processualizzazione" della prescrizione potrebbe sollevare, in particolare per le garanzie legate all'irretroattività *in peius* delle modifiche normative sul suo regime[46]. Un aspetto, quest'ultimo, che risulta particolarmente delicato, specie alla luce della pronuncia della Corte di Giustizia dell'Unione Europea nel noto caso Taricco[47], che limita l'irretroattività solo ai reati e alle pene.

Eppure, non può tacersi che, più di recente, la qualificazione della prescrizione penale ha subito una inversione di rotta importante, passando da una concezione principalmente sostanzialistica a una processualistica. Ciò si può attribuire in larga misura agli sviluppi giurisprudenziali, in particolare alle decisioni della stessa Corte costituzionale, che hanno aperto la strada a un cambiamento profondo nella considerazione del fenomeno prescrittivo. Se le sentenze sul regime transitorio della legge "*ex Cirielli*" hanno progressivamente saldato l'istituto ai principi fondamentali del diritto penale, culminando nella sua "costituzionalizzazione" con il caso Taricco, alcune decisioni della Consulta sulla sospensione della prescrizione durante l'emergenza Covid-19 hanno segnato un'inversione

prescrizione costituisce, nell'attuale configurazione, un istituto di natura sostanziale [...]», la cui *ratio* si collega preminentemente, da un lato, all'«interesse generale di non più perseguire i reati rispetto ai quali il lungo tempo decorso dopo la loro commissione abbia fatto venir meno, o notevolmente attenuato [...] l'allarme della coscienza comune» [...]; dall'altro, «al "diritto all'oblio" dei cittadini, quando il reato non sia così grave da escludere tale tutela». Corte cost., sentt. n. 143 del 28 maggio 2014 e n. 45 del 25 marzo 2015.

45 Corte cost., sent. 143 del 2014.

46 DE CARO, Agostino, cit., p. 6 ss., non condivide l'approccio di chi attribuisce alla prescrizione una natura prevalentemente sostanziale sulla scorta dell'art. 25, comma 2, Cost. poiché non sussiste antinomia tra l'applicazione del divieto di irretroattività sfavorevole e una visione processuale della prescrizione penale. Sul punto, cfr. anche UBERTIS, Giulio. Prescrizione del reato e prescrizione dell'azione penale, cit., p. 1018 s. Del resto, precisa l'Autore, la giurisprudenza della Corte Edu sembra tendere a riconoscere tale garanzia anche oltre i confini del diritto penale sostanziale.

47 Corte di giust., 8 settembre 2015, C-105/14.

di tendenza[48]. L'orientamento elaborato durante la pandemia ha favorito la commistione tra la natura sostanziale della prescrizione e l'esigenza di garantire l'efficacia dell'azione penale. Tale cambiamento ha promosso l'innesto dell'articolo 344-*bis* nel C.p.p.[49], il quale, a sua volta, ha contribuito a unire la prescrizione sostanziale al procedimento penale, creando una sorta di «processualizzazione indiretta» dell'istituto[50].

Alla luce di quanto fin qui sinteticamente ripercorso, risulta difficile contestare l'assunto per il quale, anche considerando la prescrizione esclusivamente come un istituto di natura sostanziale, elementi di carattere processuale ne influenzano in ogni caso la disciplina. A riprova di ciò si pensi alle cause di interruzione e sospensione, alla rinunziabilità della prescrizione e alla regola dell'art. 129 comma 2, C.p.p. che disciplinano, attraverso il ricorso a norme di tipo processuale, l'istituto in oggetto. A ben considerare, il concetto stesso di punizione, a cui l'estinzione del reato si lega indissolubilmente, presuppone un accertamento dei suoi

---

[48] V. Corte cost., 18 novembre 2020 (dep. 23 dicembre 2020), n. 278; Corte cost. In argomento GATTA, Gian Luigi. Emergenza Covid e sospensione della prescrizione del reato: la Consulta fa leva sull'art. 159 c.p. per escludere la violazione del principio di irretroattività ribadendo al contempo la natura sostanziale della prescrizione, coperta dalla garanzia dell'art. 25, co. 2 Cost. *Sistema penale*, pp. 1-15, 26 dicembre 2020.

[49] Eppure, la prescrizione processuale, prima di essere recepita dalla riforma 'Cartabia', era stata pensata da alcuni disegni di legge, tutti decaduti, presentati nella XV e XVI legislatura. FERRUA, Paolo. Improcedibilità e ragionevole durata del processo, cit., p. 3, ripercorre sinteticamente le tappe e fornisce un accurato elenco. Si ricordano «il ddl S/878 del 26 luglio 2006, d'iniziativa dei senatori Brutti, Finocchiaro ed altri («Abrogazione della legge 5 dicembre 2005, n. 251, e disposizioni in materia di prescrizione del reato»); il ddl S/260 del 20 giugno 2001, d'iniziativa dei senatori Fassone, Ayala ed altri («Nuova disciplina della prescrizione del reato»); il ddl S/2699 del 22 gennaio 2004, d'iniziativa dei senatori Fassone, Ayala ed altri («Disposizioni in materia di prescrizione del reato alla luce del principio di "ragionevole durata" del processo»); il ddl S/1880 del 12 novembre 2009, d'iniziativa dei senatori Gasparri, Quagliarello ed altri («Misure per la tutela del cittadino contro la durata indeterminata dei processi, in attuazione dell'articolo 111 della Costituzione e dell'articolo 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali»); e, ancora, il ddl delega presentato al Ministro della Giustizia il 19 dicembre 2007 dalla Commissione di studio per la riforma del codice di procedura penale presieduta dal prof. Giuseppe Riccio».

[50] SIRACUSA, Licia. *Oblio e memoria del reato nel sistema penale*, cit., p. 12.

presupposti e l'applicazione di una sanzione, tutte circostanze dalla evidente dimensione procedimentale che inevitabilmente incidono sui tempi del processo. Inoltre, sin dalla sua fase iniziale, in cui si configura come mera ipotesi di illecito contenuta nella *notitia criminis*, il reato esiste e si sviluppa in stretta connessione con il procedimento e la sua durata[51]. È in ogni caso opportuno chiarire che ancorché il processo sia un passaggio imprescindibile per l'applicazione della pena, poiché nessuno può subire una limitazione della propria libertà senza un accertamento definitivo del reato e della sua responsabilità in sede giudiziaria, ciò non significa necessariamente che, sul piano teorico, procedibilità e punibilità siano concetti sempre perfettamente coincidenti[52].

Ad ogni modo, al di là delle distinzioni teoriche tra estinzione del reato per decorso del tempo come istituto sostanziale o processuale, la questione centrale è individuare la disciplina più coerente con i principi costituzionali[53]. Da un lato, la presunzione di innocenza sancita dall'art. 27,

---

[51] A riguardo, il professore Mazza, sostiene che «Per comprendere la reale dimensione del sistema penale, complessivamente inteso, occorre accedere a nuovo concetto di perseguibilità del reato che fonde in sé tanto la punibilità in astratto (aspetto sostanziale) quanto la punibilità in concreto (aspetto processuale), la quale poggia inevitabilmente sulla procedibilità (e perseguibilità) dell'azione». Cfr. MAZZA, Oliviero. L'enigma della prescrizione, fra improcedibilità e nuove proposte di riforma, cit., p. 3.

[52] Sulla scorta di tali osservazioni si sostiene che, sebbene il processo sia il mezzo attraverso cui il diritto penale realizza la sua funzione punitiva, non si può ridurre a un unico livello la dimensione sostanziale e quella processuale. Così, GIULIANI, Ubaldo. *Il problema giuridico delle condizioni di punibilità*. Padova: Cedam, Padova, p. 196, 1966. Pur essendo interconnessi nella pratica, restano distinti sul piano teorico. Il diritto penale produrrebbe effetti indipendentemente dal processo, sia nella sua funzione precettiva e preventiva, sia nella rilevanza giuridica dei fatti di reato, che mantengono la loro impugnabilità anche prima dell'accertamento giudiziario. Cfr. PAGLIARO, Antonio. Profili dogmatici delle cause di estinzione del reato. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, p. 888, 1967.

[53] Per Spangher, si è in presenza di un istituto ibrido, al pari di altri già previsti dal codice di rito, anche se in questo caso «l'ibridismo è molto più ampio, la prescrizione è una cosa, ha un suo statuto, mentre qui la prescrizione temporale cessa con la sentenza, non è neanche più sospesa, non se ne può parlare più. L'ibridismo è quindi dato dal fatto che all'interno del codice vengono inseriti due meccanismi diversi, cioè: prima il tempo corre in un certo modo (n.d.r. secondo la prescrizione) e poi corre in un altro (n.d.r. per

comma 2, Cost.; dall'altro, il diritto a un processo di durata ragionevole, garantito dall'art. 111 Cost. A ben vedere, la recente scelta legislativa di introdurre l'art. 344-*bis* C.p.p. dimostra, almeno apparentemente, una particolare attenzione al principio della ragionevole durata del processo nell'insieme dei valori costituzionali. Il fine non è tanto e solo quello di assicurare un esito al percorso giudiziario intrapreso, ma soprattutto quello di proteggere il presunto innocente dagli effetti negativi che il processo penale può avere sulla sua vita personale, incidendo sui suoi rapporti sociali, sull'attività lavorativa e sulle relazioni affettive, a causa della inevitabile natura gravosa dello stesso[54]. Un impatto che, nell'era della comunicazione digitale, risulta enormemente amplificato dalla rapidità, dalla diffusione capillare e dalla pervasività degli strumenti tecnologici, i quali hanno potenziato il rischio di pregiudizio per i diritti fondamentali.

2.3 Il tempo del processo penale: tra efficienza, giusto processo e diritti fondamentali

Come è emerso dall'analisi fin qui svolta, il tempo incide in modo diverso sullo sviluppo del procedimento penale ed è altrettanto evidente che tale progressivo avanzamento richiede di essere organizzato secondo precise cadenze temporali. Tutto ciò veicola una visione della giustizia penale orientata alla efficiente gestione cronologica dell'accertamento che certo non rappresenta un'assoluta novità della nostra epoca[55]. Negli ultimi anni, infatti, la riflessione penalistica attorno al fattore tempo, come pure a quello spaziale, ha conosciuto un'accelerazione significativa, favorita dalla stretta interazione tra il progresso tecnologico, i cui sofisticati strumenti

---

l'improcedibilità)». SPANGHER, Giorgio. L'improcedibilità secondo Giorgio Spangher. *Giurisprudenza penale web*, 1° ottobre 2021.

[54] Così NEGRI, Daniele. Dell'improcedibilità temporale, cit., p. 55.

[55] Ricorda Manzini che la prescrizione penale ha origine nelle ingiunzioni romane di natura processuale, volte a evitare processi eccessivamente lunghi. Inizialmente, furono stabiliti limiti temporali per le varie fasi del procedimento. Tuttavia, con il progressivo allungarsi dei giudizi d'accusa, i magistrati imposero un termine massimo per l'esercizio dell'azione da parte dell'accusatore. Questa prassi divenne legge sotto Costantino, che fissò il termine a un anno, poi esteso a due anni. Così MANZINI, Vincenzo. *Trattato di diritto penale italiano secondo il codice del 1930*. Torino: Utet, v. III, p. 420 ss., 1934.

hanno ridefinito il "cronòtopo"[56] processuale, e la crescente centralità dell'efficienza, ormai elevata a «valore in sé» della giustizia penale[57]. L'introduzione dell'improcedibilità *ex* art. 344-*bis* C.p.p., in ragione della ragionevole durata, si colloca proprio in questa traiettoria: pur formalmente distinta dalla prescrizione del reato, ne condivide la funzione di porre un limite alla durata del perseguimento penale, rispondendo al contempo alla crescente esigenza di una giustizia 3.0, per l'appunto, più tempestiva, efficiente ed avanzata. All'interno di questo contesto, il concetto di tempo, oggi incalzato dai ritmi della tecnologia, pesando in vari modi sulle dinamiche processuali dell'accertamento penale[58], muta di significato. Questa metamorfosi esige allora una riflessione sul come assicurare l'operatività di procedimenti "digitalmente evoluti", pur rispettando il giusto processo. La necessità di un'effettiva speditezza processuale non può rispondere solamente a criteri di funzionalità economica, ma deve rappresentare un principio cardine della materia penale in linea con l'art. 111, comma 2, Cost.

Ora, se si assume che un intervento da parte delle autorità giudiziarie corretto implichi una certa prontezza, la durata ragionevole assurge al ruolo di meta-valore, in cui si salda il rispetto di un novero di diritti fondamentali, alcuni dei quali integrano il giusto processo, quali la presunzione di innocenza (art. 27, comma 2, Cost.)[59] e il diritto di difesa

---

[56] Secondo il dizionario della Treccani, il termine cronòtopo, introdotto da H. Minkowski (1908), indica lo «spazio a quattro dimensioni (le tre coordinate spaziali più il tempo) che si immagina nella teoria della relatività con l'intento di mettere in luce il legame tra le misure spaziali e temporali». https://www.treccani.it/vocabolario/cronotopo/. In senso figurato, esso indica l'unità spazio-temporale della narrazione, concetto sviluppato da SEGRE, Cesare. *I segni e la critica fra strutturalismo e semiologia*. Torino: Einaudi, 1968.

[57] In questo senso, cfr. SIRACUSANO, Fabrizio. Produttività, efficienza ed efficacia della giustizia penale: l'insidiosa logica economica della "Riforma Cartabia". *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n. 1, p. 159 ss., 2023.

[58] Emblematica a riguardo è l'ultima opera di GARAPON, Antoine. *La despazializzazione della giustizia*. Milano: Mimesis Edizioni, 2021.

[59] Già per Carmignani un eccessivo decorrere del tempo determinava la dispersione dei «mezzi di prova, o della reità dell'accusato a danno del suo accusatore o della sua innocenza a suo danno». Così, CARMIGNANI, Giovanni. *Elementi di diritto criminale*. Milano: Carlo Brigola, 1882, p. 243.

(art. 24 Cost.)[60], nonchè la funzione rieducativa della pena (art. 27, comma 3, Cost.). Essa si lega inoltre ai principi di legalità e determinatezza della sanzione penale (art. 25 Cost.), nonché ai criteri di ragionevolezza e proporzionalità (art. 3 Cost.), al fine di garantire un sistema di giustizia penale complessivamente equo.

Ad esempio, un intervallo di tempo eccessivamente lungo tra la commissione del reato e il giudizio può compromettere la posizione dell'imputato, soprattutto in relazione alla possibilità di esercitare pienamente il diritto di difendersi provando nel rispetto della parità delle armi[61]. D'altro canto, se il procedimento penale si protrae oltre limiti ragionevoli, la punizione perde il suo scopo, diventando un atto di forza inutile oltre che dannoso e la stessa sanzione penale smarrisce il suo senso. Anche il giusto processo e i principi che ne discendono ne escono compromessi: e così il ritardo nell'accertamento della responsabilità non solo alimenta incertezza giuridica, ma mina la fiducia nell'intero "sistema giustizia". Per l'imputato presunto innocente, il vero tormento è il tempo stesso del procedimento, un limbo che prolunga ingiustamente la sua angoscia. In quest'ottica, la priorità non è solo la tutela della persona dalla condanna, ma il conseguimento, quanto prima possibile, di una decisione stabile sulla propria responsabilità penale. Il diritto all'oblio si

---

[60] Filangieri notava come non vi sia «niente di più difficile che difendersi da un'accusa quando questa è di anni posteriore al delitto». FILANGIERI, Gaetano. *La Scienza della legislazione*. Milano: Giovanni Silvestri, v. III, p. 256, 1817.

[61] È stato sostenuto che «Il diritto alla ragionevole durata del processo implica, quale corollario indefettibile, il diritto a che il processo stesso prenda avvio in un tempo tale da non pregiudicare l'esercizio effettivo del diritto inviolabile di difesa». Così, MAZZA, Oliviero. La riforma dei due orologi: la prescrizione fra miti populisti e realtà costituzionale. *Sistema penale*, p. 3, 21 gennaio 2020. Di uguale avviso è GIOSTRA, Glauco. Un giusto equilibrio dei tempi, sfida per la nuova prescrizione. *Sistema penale*, p. 1, 13 gennaio 2020, il quale afferma che «il procedimento penale ha una ragionevole durata quando perviene al suo epilogo fisiologico nel tempo necessario», e non quando non arriva a nessun risultato nel minor tempo possibile. Sul tema, di contrario avviso, CASSIBBA, Salvatore Fabio. Prescrizione processuale e tempi morti: una proposta davvero inattuale? *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, n. 2, p. 491, 2024 per il quale «che la prescrizione possa fungere da "sprone" per accelerare taluni processi è conclusione reversibile: può anche rivelarsi la "peggior nemica" della ragionevole durata del processo, inducendo a procrastinare l'udienza quando il termine sia lungi dal maturare».

lega così all'esigenza di un giudizio tempestivo. Siffatto ragionamento, può cogliersi appieno solo postulando che il procedimento penale non rappresenti uno strumento per contrastare la criminalità, ma un percorso finalizzato all'accertamento dei fatti illeciti nel rispetto dei diritti e delle garanzie fondamentali della persona.

Il tempo dell'accertamento, dunque, è strettamente legato al processo stesso[62]. In altre parole, la dimensione cronologica della punizione non guarda solo al risultato finale, ovvero alla sanzione finale, ma comprende inevitabilmente anche l'arco temporale necessario per arrivare alla comminazione della stessa[63].

---

[62] «Fino ad oggi la prescrizione ha costituito, nella prassi applicativa, la sanzione per la violazione del principio costituzionale di ragionevole durata del processo». Così MAZZA, Oliviero. La riforma dei due orologi, cit., p. 4. E ciò per il semplice fatto che l'accertamento del fatto di reato che è presupposto per l'applicazione della pena non può realizzarsi al di fuori del processo. In tal senso, di recente, RUGGERI, Stefano. Decisione in ipotesi, estinzione del reato e tutela dell'innocenza. Riflessioni acroniche su accertamento giudizio e giudicato. *La Legislazione penale*, p. 14, 22 aprile 2021.

[63] Dell'opposto avviso, fra i tanti, è MACCHIA, Alberto. *Prescrizione, Taricco e dintorni: spunti a margine di un sistema da riformare*, cit., p. 12 ss. L'autore sostiene che la prescrizione che si verifica dopo l'avvio dell'azione penale non può essere considerata un meccanismo volto a garantire la durata ragionevole del processo. Questo perché la sua funzione principale è evitare che il reato cada nell'oblio, mantenendo viva la possibilità di un accertamento giudiziario. Di conseguenza, la ragionevole durata del processo deve essere tutelata indipendentemente dalla prescrizione, e non come un suo effetto indiretto. Se così non fosse, quest'ultima dovrebbe essere ricondotta a un istituto puramente processuale, ovvero ad uno strumento che pone limiti temporali all'azione giudiziaria per ragioni di efficienza e garanzie procedimentali. Sempre entro questa prospettiva, egli afferma che non esistono soluzioni intermedie: o la prescrizione rimane un istituto sostanziale, con effetti sul reato stesso, oppure deve essere completamente "processualizzata", regolando solo i tempi del procedimento. Pertanto, una volta superato il primo grado di giudizio, l'interesse principale dovrebbe essere quello di garantire una conclusione certamente equa e tempestiva del procedimento, evitando tuttavia che esso diventi uno strumento di potere o di condizionamento estraneo alla sua funzione originaria. Parimenti CASSIBBA, Fabio Salvatore. Prescrizione processuale e tempi morti: una proposta davvero inattuale?, cit., p. 492, secondo il quale va tenuto in conto che l'estinzione del reato può frustrare l'obiettivo di un processo celebrato entro tempi ragionevoli, specie in presenza di ostacoli oggettivi come la necessità di eseguire una rogatoria internazionale verso uno Stato non collaborativo. Ugualmente, una sentenza, sia di condanna che di assoluzione, relativa a un reato non prescritto può comunque giungere al

È proprio a partire da questa conclusione valoriale che la seconda parte di questo studio sarà dedicata all'analisi delle insidie insite nell'istituto dell'improcedibilità processuale: un meccanismo che, incidendo direttamente sulla durata del processo, agisce altresì sulla sua capacità o meno di produrre un accertamento compiuto, con evidenti ricadute sulla funzione della giurisdizione penale e sui corollari fondamentali che gravitano attorno ad essa, tra cui la presunzione di innocenza, della quale si esamineranno aspetti fino a questo momento emersi in filigrana.

Ciò che nello specifico va chiarito è in che modo, e con quali implicazioni, la prescrizione e l'improcedibilità si riflettano su tale presunzione, se si considera che la cessazione della vicenda penale, ad un certo punto, rappresenta proprio il presupposto logico per garantire la salvaguardia della non colpevolezza dell'imputato, sottraendolo ad un accertamento potenzialmente illimitato.

3. L'improcedibilità cronologica e i suoi principali risvolti sul principio della presunzione di innocenza

3.1 Processo penale senza fine o fine del processo penale? Il difficile bilanciamento tra durata, accertamento e presunzione di innocenza

Giunti a questo punto del nostro percorso, ci si deve interrogare se la decisione con cui l'ordinamento rinuncia alla procedibilità dell'azione penale, quantomeno nei termini in cui è stata concepita dal legislatore, rappresenti davvero un rimedio indispensabile per tutelare il diritto del presunto innocente a un processo equo e dalla durata ragionevole, o se la soluzione di cui all'art. 344-*bis* C.p.p. non sia, al contrario, sproporzionata e inadeguata rispetto agli scopi di rango costituzionale che intende perseguire.

termine di un processo la cui durata risulti per la verità irragionevole. Per giunta, nella prassi applicativa, ammonisce l'Autore, l'istituto della prescrizione viene talvolta utilizzato per finalità deflative del sistema penale, attraverso margini di discrezionalità difficilmente compatibili con il principio di obbligatorietà dell'azione penale sancito dall'art. 112 Cost.

A tal fine, sarà necessario considerare la presunzione di innocenza nella sua duplice proiezione: da un lato, nel suo profilo endoprocedimentale, ossia come garanzia che opera all'interno del processo penale, regolando *in primis* i poteri e la posizione dell'imputato; dall'altro, nella sua proiezione esoprocedimentale, che si manifesta al di fuori del processo strettamente inteso, con ciò vietando che, con una mera decisione di rito, si finisca per attribuire indirettamente una responsabilità penale a soggetti non condannati con sentenza definitiva. Questa distinzione, emersa con chiarezza nella giurisprudenza della Corte Edu[64], è fondamentale per comprendere come istituti apparentemente neutri, alla stregua di quello di cui qui si disquisisce, possano produrre effetti che travalicano il confine di un processo che pure è giunto al suo epilogo, incidendo sia sulla percezione pubblica della colpevolezza dell'imputato sia sulle sorti dello stesso in procedimenti extrapenali, spesso collegati a quello penale per espressa imposizione del legislatore. Tutto ciò premesso comporta la graduale messa a fuoco vuoi del carattere della declaratoria di cui all'art. 344-*bis* C.p.p. vuoi dei costi legati alla perdita di valore dell'accertamento in fase di impugnazione quale conseguenza dell'improseguibilità a decidere nel merito della colpevolezza.

Ora, l'ordinamento giuridico, trascorso un certo lasso di tempo, annulla l'efficacia del singolo procedimento, compromettendo il perseguimento di obiettivi di rilievo costituzionale quali l'accertamento della responsabilità e l'irrogazione delle relative sanzioni. Senza contare che l'attività cognitiva svolta fino a quel momento viene di fatto vanificata, con una significativa dispersione di energie processuali e risorse pubbliche, un ulteriore profilo di criticità, particolarmente rilevante se si considera

---

[64] Sul punto BARTOLI, Laura. La presunzione d'innocenza nel suo "secondo significato": un ambiguo aggiornamento dalla Corte e.d.u. *AIC, Osservatorio costituzionale*. p. 263 ss., 6 maggio 2025, la quale ricorda che a partire dagli anni '80 la Corte Edu ha progressivamente esteso l'ambito di applicazione dell'art. 6, comma 2, Cedu, riconoscendo che la presunzione di innocenza può avere effetti anche oltre la fine del processo penale. Sebbene il testo convenzionale sembri riferirsi solo all'accusato, la giurisprudenza ha ritenuto che provvedimenti successivi o collegati al processo, come confische o dichiarazioni riconducibili ad autorità giudiziarie, amministrative e politiche, non possano presupporre una colpevolezza non accertata legalmente, pena la violazione del principio *in dubio pro reo*. Si è affermta così una portata ultrattiva della presunzione di innocenza.

la presunzione di innocenza nelle due dimensioni pocanzi menzionate, riguarda la disciplina eccezionale riservata ad alcune specifiche tipologie di reato. Tale deroga, infatti, introduce un trattamento differenziato che incide sull'equilibrio tra efficienza processuale e garanzie dell'imputato, ponendo al contempo interrogativi anche sotto il profilo dell'eguaglianza e della coerenza sistemica. Il quarto comma dell'art. 344-*bis* C.p.p. attribuisce al giudice dell'impugnazione il potere discrezionale di concedere proroghe, anche illimitate[65]. In questa ultima ipotesi persiste, sebbene sotto il controllo dell'autorità giudiziaria, il rischio del ritorno al sistema degli "eterni giudicabili": proprio quel sistema che la nuova improcedibilità mirava a superare, ma che la riforma Cartabia non è riuscita, per limiti politici e morali, a rimuovere del tutto dall'ordinamento. Dinanzi alla minaccia di un giudizio potenzialmente indeterminato, il presunto innocente difficilmente rinuncerà alla prescrizione, facoltà accordata dal comma 7 dello stesso articolo. Se invece volesse optare per una rinuncia potrebbe però correre il rischio di una sentenza di condanna pronunciata per la prima volta[66].

---

[65] I commi 4 e 5 dell'art. 344-*bis* C.p.p. disciplinano la possibilità di proroga dei termini e le modalità di impugnazione dell'ordinanza che la dispone. In particolare, i termini massimi dei giudizi di impugnazione non sono rigidi, ma possono essere prorogati dal giudice secondo l'art. 344-*bis*, comma 4 c.p.p., in base a tre categorie: 1) casi ordinari: è possibile una sola proroga per grado, fino a un anno in appello e sei mesi in Cassazione; delitti aggravati *ex* art. 416-*bis*, comma 1 C.p.: sono ammesse più proroghe, purché il totale non superi tre anni in appello e un anno e sei mesi in cassazione; 3) delitti di particolare gravità (individuati per tipo e pena edittale) rispetto ai quali non vi è alcun limite massimo alle proroghe, che possono essere disposte anche oltre le soglie precedenti.

[66] La questione, a ben vedere, riveste una rilevanza centrale se sol si considera che la dottrina ha da tempo chiarito come il diritto ad essere giudicati entro un termine ragionevole non possa essere concepito quale contropartita o limite di altre garanzie fondamentali. Al contrario, esso si configura come una garanzia autonoma, destinata a operare in armonia con gli altri principi cardine del giusto processo, e non in contrapposizione ad essi. In questo senso, cfr. TRECHSEL, Stefan. *Human rights in criminal proceedings*, Oxford: Oxford University press, p. 136 ss., 2005. Analoghi profili di lesività del principio del *favor rei* e della presunzione di innocenza dell'imputato assolto in primo grado sono stati messi in luce da LA ROCCA, Elvira Nadia. La delega per la riforma: genesi e principi. In: MARANDOLA, Antonella. *"Riforma Cartabia" e rito penale. La legge delega tra impegni europei e scelte valoriali*. Milano: Cedam,

È interessante notare che la situazione che si viene a creare si pone peraltro in palese frizione con quanto statuito dalla Corte costituzionale in materia di principio di legalità, in grado di rafforzare, a sua volta, la presunzione di non colpevolezza. Secondo i giudici della Consulta, infatti, condizione di legittimità di una disciplina è la sua conformità alla legalità, che si sostanzia nella «predeterminazione per legge del termine entro il quale sarà possibile l'accertamento del processo con la predeterminazione carattere di definitività, della responsabilità penale»[67].

In sintesi, i richiami operati alla normativa derogatoria hanno dimostrato che il meccanismo introdotto dalla Riforma Cartabia all'art. 344-*bis* C.p.p. finisce per compromettere l'obiettivo di tutelare l'imputato dal rischio di un processo infinito e di una persecuzione penale senza termine. Considerando il legame imprescindibile – come già evidenziato – tra la ragionevole durata del processo e la presunzione di innocenza, dal momento che la prima rappresenta condizione essenziale per la piena attuazione della seconda, non si può ignorare come le modifiche introdotte nel codice di procedura penale incidano in maniera rilevante sul principio sancito dall'art. 27, comma 2, della Costituzione.

3.2 Improcedibilità temporale e art. 129 C.p.p. Il conflitto tra le cause di estinzione del reato e il diritto a un giudizio di merito

Il quesito che, a questo punto, si impone alla nostra attenzione riguarda la natura della declaratoria di improcedibilità per superamento dei termini massimi di durata del processo: essa, cioè, costituisce una pronuncia meramente processuale, del tutto avulsa da ogni valutazione sul fatto oggetto di contestazione, oppure, anche in questa peculiare

pp. 10 e 11, 2022, nella sua analisi critica della disciplina dell'istituto, mostra come il sistema attuale, pur a fronte di un'assoluzione, consenta la sopravvivenza di effetti pregiudizievoli per la presunzione di innocenza in assenza di una condanna definitiva.

67 Corte cost., 6 luglio 202, n. 140. Il principio, si rinviene anche in Corte cost., 31 maggio 2018, n. 115: «un istituto che incide sulla punibilità della persona, riconnettendo al decorso del tempo l'effetto di impedire l'applicazione della pena, nel nostro ordinamento giuridico rientra nell'alveo costituzionale del principio di legalità penale sostanziale enunciato dall'art. 25, comma 2, Cost.».

ipotesi, è possibile intravedere un contenuto sostanziale, sia pure in forma implicita? In stretta connessione con questo interrogativo, ne sorge un altro, tutt'altro che marginale: come deve essere qualificata la posizione dell'imputato nel caso in cui il giudizio d'impugnazione venga dichiarato improcedibile? In altri termini, quali sono gli effetti di tale provvedimento sulla presunzione di innocenza, se si ammette che il giudizio si interrompe senza una definizione nel merito?

Per rispondere proficuamente a tali quesiti, è utile evocare sinteticamente il vivace confronto che ha animato la dottrina in materia. E così, sulla scorta delle riflessioni di Franco Cordero, parte dell'Accademia ritiene che la declaratoria di improcedibilità per superamento dei termini massimi nei giudizi d'impugnazione impedisca al giudice di giungere a una pronuncia di merito, determinando una sorta di *absolutio ab instantia*. Abbracciando una siffatta prospettiva, il giudice sarebbe vincolato a un dovere di astensione da ogni valutazione sostanziale, potendo unicamente emettere una sentenza di non doversi procedere[68]. Con una sentenza di tale tenore, l'imputato va incontro, di fatto, ad una sorta di "sospensione" processuale[69]: non risulta condannato, ma neppure definitivamente

---

[68] Fra le tante emblematiche, in tal senso, sono le parole di Paolo Ferrua, secondo cui «se si chiude la porta del processo [...] non si può aprire quella del merito»: l'improcedibilità segnerebbe così un'"evaporazione del processo", dove la funzione cognitiva cede il passo a un principio di efficienza, finendo per vanificare l'intera sequenza procedimentale. FERRUA, Paolo. Improcedibilità e ragionevole durata del processo: uno stupefacente caso di evaporazione del processo, cit., p. 262 ss.

[69] L'improcedibilità *ratione temporis* viene dichiarata tramite una sentenza di non doversi procedere, che, secondo il codice di procedura penale, rientra tra le pronunce proscioglitive. Ciò si lega del resto alla capacità della decisione *de qua* di integrare il *ne bis in idem*. Giova ricordare a tal proposito che l'art. 649 C.p.p. stabilisce che il divieto di un secondo giudizio per lo stesso fatto e la stessa persona si applica dopo l'emanazione di una sentenza o di un decreto penale che siano diventati irrevocabili. Quindi, non c'è dubbio che questa regola si estenda anche alla declaratoria di improcedibilità ex art. 344-*bis* cpp, sicché anche questa pronuncia impedisce un nuovo processo per lo stesso fatto. Pur ipotizzando per assurdo che la nuova formula di improcedibilità non equivalga a un proscioglimento vero e proprio, il semplice fatto che i termini processuali siano scaduti non cancella il fatto che il processo sia comunque iniziato e possa essere arrivato fino alle fasi di gravame. Sul punto cfr. ORLANDO, Claudio. Prescrizione processuale e ne bis in idem: l'efficacia preclusiva del giudicato alla prova del tempo, cit., p. 124. Si v. pure FERRUA,

assolto nel merito, ancorché si siano già celebrati uno o più gradi di giudizio. Questo limbo giuridico, privo di una definizione inequivoca della posizione dell'imputato, può produrre effetti estrinseci di rilievo, talvolta assimilabili a quelli derivanti da una condanna, pur in assenza di una formale affermazione di responsabilità penale in tal senso.

Un altro filone dottrinale, invece, propone una lettura più attenuata imperniata sul principio di non regressione: l'improcedibilità temporale rappresenterebbe, cioè, una causa sopravvenuta di estinzione del potere di procedere limitata alla sola fase d'impugnazione, senza intaccare la validità degli atti compiuti nei gradi precedenti[70]. Insistendo su questa logica ermeneutica, la declaratoria *ex* art. 344-*bis* C.p.p. comporterebbe il passaggio in giudicato della sentenza impugnata, con effetti potenzialmente favorevoli in caso di pronuncia assolutoria. Nondimeno, questa impostazione finirebbe per sollevare perplessità quando l'improcedibilità segue una sentenza di condanna oggetto di gravame: e il diritto dell'imputato di chiedere la prosecuzione del giudizio, al fine di ottenere una decisione che dichiari la propria innocenza, si tradurrebbe in un sacrifico della ragionevole durata del processo. L'accusato si troverebbe, in sostanza, di fronte a un vero e proprio dilemma processuale: da un lato, accettare la condanna impugnata come definitiva a causa dell'improcedibilità; dall'altro, esercitare il diritto a una piena difesa nel merito, rinunciando

---

Paolo. Improcedibilità e ragionevole durata del processo: uno stupefacente caso di evaporazione del processo. *Processo penale e giustizia*, p. 272, 2022; PROCACCINO, Angela. I *bis in idem* tra diritti individuali e discrezionalità dell'apparato. Il doppio processo come pena. Milano: Cedam, p. 15 ss., 2022; SPANGHER, Giorgio. L'improcedibilità per superamento dei termini di durata massima nel giudizio di impugnazione, cit., p. 5.

[70] Di questo avviso è NEGRI, Daniele. Dell'improcedibilità temporale. Pregi e difetti, cit., p. 60, secondo cui «L'evento cronologico decreta che la procedura ha esaurito il suo corso, è giunta ad uno stadio insuperabile, ma non inficia in alcun modo la validità della sequenza pregressa». Muovendo da tale premessa, il professore Negri avanza una diversa lettura del fenomeno in esame, sostenendo che non sarebbe corretto, né logicamente giustificabile, escludere a priori la possibilità per il giudice di pronunciarsi sul merito, qualora ne ricorrano i presupposti, per applicare ad esempio la clausola di proscioglimento immediato prevista dall'art. 129, comma 1, C.p.p., e ciò, in particolare, valorizzando gli atti validamente compiuti nelle fasi precedenti e non interessate dall'improcedibilità.

però alla protezione temporale che la disciplina di cui all'art. 344-*bis* C.p.p. intende espressamente garantire.

Ad ogni modo, va segnalato che per alcuni la pronuncia di improseguibilità, lungi dal rappresentare una decisione meramente processuale, implica inevitabilmente profili di merito. Come osservato da Antonio Pagliaro[71], procedibilità e merito sono concetti intimamente connessi: in molti casi, infatti, l'obbligo di procedere richiede una preliminare valutazione sulla rilevanza penale del fatto. È pertanto illogico escludere ogni giudizio sostanziale, ad esempio, in presenza di un'*abolitio criminis*. L'improcedibilità *ratione temporis ex* art. 344-*bis* c.p.p. rivelerebbe allora una natura costitutiva, poiché il giudice, prima di pronunciarsi, non può sottrarsi alla verifica e dell'esistenza della norma incriminatrice e dell'inquadramento giuridico del fatto. Di conseguenza, queste valutazioni risultano inevitabilmente legate, seppur in misura variabile, ai profili di merito della causa[72].

Chiarita la natura processuale dell'improcedibilità e ammessa la possibilità che anche in tale declaratoria possa ravvisarsi un, seppur limitato, scrutinio di merito, si aprono nuovi interrogativi su profili di grande rilevanza, strettamente connessi al principio della presunzione di innocenza che, evidenziando ancora una volta le tensioni tra esigenze di efficienza processuale e tutela dei diritti fondamentali dell'imputato, si pongono al crocevia tra diritto sostanziale e diritto processuale. In questo composito scenario riemerge il persistente conflitto tra le cause di estinzione del reato e il diritto dell'imputato a ottenere una decisione di merito, un tema a lungo oggetto di approfonditi dibattiti dottrinali. Tale tensione si ripropone oggi con nuova attualità, alla luce delle difficoltà di coordinamento tra la declaratoria di improcedibilità prevista dall'art. 344-*bis* c.p.p. e l'obbligo di immediata pronuncia assolutoria sancito dall'art. 129 c.p.p.[73]. Una disposizione, quest'ultima, che riveste una funzione duplice: da un lato, mira alla massima semplificazione del

---

[71] V. PAGLIARO, Antonio. Profili dogmatici delle c.d. cause di estinzione del reato, cit., p. 486 ss.

[72] Così RUGGERI, Stefano. Norma, giudizio, giudicato. Una riflessione sulla tutela penale alla luce del *ne bis in idem* nell'era dell'interlegalità, cit., p. 7 ss.

[73] Par. 4.2.

processo; dall'altro, garantisce la tutela dell'innocenza dell'imputato attraverso l'immediato riconoscimento delle evidenti cause di assoluzione e proscioglimento.

Come è stato precisato fin dall'inizio, il sistema dell'improseguibilità *ratione temporis* prevede che il processo si arresti in fase impugnatoria, pur senza che il reato venga formalmente dichiarato estinto[74]. Ciò avviene indipendentemente dall'esito delle precedenti decisioni di merito, anche in caso di giudizio di rinvio. Sicché, un aspetto strettamente connesso alla tematica in esame concerne il rapporto tra l'improcedibilità, sovente, ancorché impropriamente, ricondotta alla sfera dell'azione penale, e l'art. 129 C.p.p.[75], il quale, legandosi alle riflessioni condotte pocanzi, apre uno spazio di riflessione peculiare e si proietta nella più ampia e accesa controversia dottrinale sulla relazione tra immediata declaratoria di non punibilità e presunzione di innocenza.

La questione, appena accennata, non si pone tanto in relazione alle cause di estinzione dell'illecito penale sopravvenute nel corso del giudizio di impugnazione, come la morte dell'imputato o la remissione di querela, le quali devono essere dichiarate immediatamente e potrebbero prevalere sulla declaratoria di improcedibilità. Piuttosto, la complicazione emerge con riguardo ai casi di evidenza della prova previsti dal comma 2

---

[74] «A differenza della prescrizione sostanziale, che si risolve in una causa di non punibilità per estinzione del reato, l'improcedibilità si limita a troncare il processo, senza affrontare il tema della punibilità; l'ipotetico reato non si estingue, ma il giudice è destituito del potere di decidere nel merito [...]». Così FERRUA, Paolo. Improcedibilità e ragionevole durata del processo, cit., p.12, secondo il quale ancora«[...]la regola applicabile è quella del *tempus regit actum*, tipica di ogni disposizione processuale; allo stesso modo in cui il *tempus commissi delicti* è la regola per ogni disposizione sostanziale, salva la retroattività della norma più favorevole sopravvenuta».

[75] *Ex* art. 129 C.p.p.: 1. «In ogni stato e grado del processo, il giudice, il quale riconosce che il fatto non sussiste o che l'imputato non lo ha commesso o che il fatto non costituisce reato o non è previsto dalla legge come reato ovvero che il reato è estinto o che manca una condizione di procedibilità, lo dichiara di ufficio con sentenza. 2. Quando ricorre una causa di estinzione del reato ma dagli atti risulta evidente che il fatto non sussiste o che l'imputato non lo ha commesso o che il fatto non costituisce reato o non è previsto dalla legge come reato, il giudice pronuncia sentenza di assoluzione o di non luogo a procedere con la formula prescritta».

dello stesso articolo[76]. Come è ben noto, la disciplina della prescrizione impone al giudice, anche in presenza di una causa estintiva, di pronunciare sentenza di assoluzione o di non luogo a procedere ogniqualvolta dagli atti emerga con evidenza che il fatto non sussiste, che l'imputato non lo ha commesso, che non costituisce reato o non è previsto dalla legge come reato. Tale previsione normativa consente, nei casi in cui la prova dell'innocenza risulti manifesta, di preferire l'accertamento giudiziale nel merito, evitando così che la causa estintiva precluda il riconoscimento dell'estraneità dell'imputato rispetto all'illecito contestato.

Tuttavia, nel regime dell'improcedibilità introdotto dall'art. 344-*bis* C.p.p., tale possibilità non è prevista: il giudice non può pertanto estendere analogicamente la previsione dell'art. 129, comma 2, C.p.p., poiché la norma riguarda espressamente l'estinzione del reato, non anche l'improcedibilità del processo. Ne consegue una situazione ambigua: se non è consentito assolvere l'imputato perché innocente, e al contempo si impedisce il completamento dell'accertamento per improcedibilità – salvo che l'imputato rinunci esplicitamente a tale declaratoria, scommettendo così sulla possibilità di ottenere una piena assoluzione –, ci si chiede se ciò non finisca per far comunque gravare sullo stesso un'ombra di colpevolezza, proprio in contrasto con la presunzione d'innocenza sancita dall'art. 27, comma 2, Cost. e dall'art. 6, comma 2, Cedu, così come interpretato dalla sua Corte che ne valorizza il profilo esoprocessuale. Se non vi è più spazio per l'accertamento nel merito, né la possibilità di dichiarare la non punibilità per evidenza dell'innocenza, l'eventuale sentenza di condanna intervenuta in primo grado rimarrebbe sospesa nel suo valore negativo, senza essere né confermata né superata.

Il legislatore ha dunque mostrato scarsa sensibilità alla *ratio* sottesa alla disposizione garantista, trascurando il valore delle risultanze processuali già acquisite e, dunque, il riconoscimento del *favor rei*. Di fatti, ad esempio, chi risulta innocente non dovrebbe subire un peggioramento della propria posizione per cause a lui non imputabili, né essere costretto a sollecitare la prosecuzione del processo per ottenere un giudicato

[76] FORTE, Corinna. Prescrizione del reato e improcedibilità dell'azione penale: questioni operative. *Sistema penale*, p. 23, 21 gennaio 2025.

definitivo che attesti la propria estraneità ai fatti contestati[77], con ciò compromettendo il valore della presunzione costituzionale.

Ora, sul controverso tema abbozzato, la dottrina, già in parte su richiamata, ha espresso posizioni contrastanti, legate essenzialmente alla diversa interpretazione che si attribuisce alla decisione di non doversi procedere: se intesa come pronuncia di mero rito oppure come un giudizio che interessa in ogni caso il merito. Risulta quindi opportuno approfondire le opinioni già emerse dallo specifico angolo prospettico della logica invalsa nell'immediata declaratoria di non punibilità.

In via del tutto approssimativa, va detto che la soluzione più garantista si muove a favore dell'applicazione in via prioritaria dell'art. 129, comma 2, C.p.p., prevedendo il proscioglimento nel merito, anche in caso di violazione del termine di cui all'art. 344-*bis* C.p.p., escludendo così la responsabilità dell'imputato e annullando eventuali decisioni civili a suo danno. Per converso, la dichiarazione di improcedibilità comporterebbe un annullamento con rinvio, rinviando la decisione sul risarcimento da danni da reato alla giurisdizione civile, che potrebbe rivedere le prove raccolte nel processo penale, ma sulla scorta di standard probatori diversi, propri del rito civile[78].

Secondo alcuni, l'art. 129, comma 2, C.p.p., in virtù della logica che lo contraddistingue, dovrebbe essere applicato anche nel caso di concorso

---

[77] È di questo avviso, tra gli altri, FORTE, Corinna. Prescrizione del reato e improcedibilità dell'azione penale: questioni operative., cit., p. 23. Parimenti, per CASSIBBA, Fabio Salvatore. Prescrizione processuale e tempi morti: una proposta davvero inattuale?, cit., p. 500 è essenziale evitare che l'improcedibilità comporti effetti pregiudizievoli per l'imputato, in particolare quando questi abbia già ottenuto una decisione a lui favorevole, che verrebbe ingiustamente travolta da una causa processuale sopravvenuta. Diversamente, si verificherebbe il paradosso di far ricadere sull'imputato le conseguenze negative del ritardo processuale addebitabile allo Stato. Lo stesso Autore in generale sostiene che la regola per cui il giudice deve arrestarsi dinanzi all'improcedibilità non esclude, in ogni caso, la possibilità, se ne ricorrano i presupposti maturati prima, di pronunciare una decisione più favorevole, come un proscioglimento *ex* art. 129 C.p.p., o, nelle indagini, un'archiviazione.

[78] FORTE, Corinna. Prescrizione del reato e improcedibilità dell'azione penale: questioni operative., cit., p. 23.

tra cause di proscioglimento nel merito e sopravvenuta improcedibilità[79]. Altri, per converso, ritengono che l'art. 129 C.p.p. non si applichi a siffatte ipotesi di concorso, poiché manca una copertura normativa in tal senso[80]. Il comma 2, infatti, prevede sì il proscioglimento nel merito in caso di estinzione del reato, ma l'improcedibilità, essendo di natura processuale, precluderebbe una decisione di tipo sostanziale, con ciò postulando un parallelismo con la declaratoria di inammissibilità. Ancora una volta, secondo questa corrente, l'improcedibilità prevarrebbe dunque su ogni altra causa di proscioglimento, impedendo l'applicazione dell'art. 129, comma 2, C.p.p. Accogliendo una tale soluzione, tuttavia, qualora l'improseguibilità processuale intervenisse in pendenza dell'impugnazione del pubblico ministero avverso un'assoluzione, quest'ultima verrebbe sostituita da una sentenza di non doversi procedere, meno favorevole per l'imputato, realizzandosi così un'inaccettabile *reformatio in peius* determinata dall'avvento del decorso del tempo[81]. Inoltre, una simile conseguenza si verifica quando l'imputato è stato assolto in un grado di giudizio precedente e l'impugnazione del pubblico ministero dà inizio ad uno nuovo grado, nel corso del quale interviene il limite cronologico stabilito dall'art. 344-*bis* C.p.p. Per quanto il legislatore non abbia previsto una soluzione *ad hoc*, sarebbe opportuno consentire anche in questa

---

[79] Sostiene questa tesi NAPPI, Aniello, Appunti sulla disciplina dell'improcedibilità per irragionevole durata del giudizio di impugnazione. *Questione giustizia*, n. 4, p. 177, 9 dicembre 2021. In senso contrario, SPANGHER, Giorgio. Improcedibilità: alla ricerca di una possibile nomofilachia. *Rivista penale diritto e processo*, p. 1, 31 gennaio 2022.

[80] In particolare, si sottolinea che l'art.129, comma 2, C.p.p. affronta il caso del concorso tra una causa estintiva del reato e un possibile proscioglimento nel merito, stabilendo che «se dagli atti risulta evidente che il fatto non sussiste, che l'imputato non lo ha commesso, che il fatto non costituisce reato o non è previsto dalla legge come reato, il giudice pronuncia sentenza di assoluzione o di non luogo a procedere con la formula prescritta». In questo senso, v. FERRUA, Paolo. Improcedibilità e ragionevole durata del processo, cit., p. 12.

[81] A ben vedere, questa impostazione fa perno sulla distinzione tra improcedibilità e cause di estinzione del reato: mentre l'estinzione non interrompe il processo e permette una sentenza nel merito, l'improcedibilità blocca il procedimento, impedendo qualsiasi esame del merito e limitandosi alla dichiarazione di non doversi procedere, salvo rinuncia dell'imputato alla causa estintiva. Vi è da chiedersi, però, quanto questa ipotesi sia statisticamente ricorrente.

evenienza l'applicazione dell'art. 129, comma 2, C.p.p., permettendo l'assoluzione nel merito quando l'infondatezza dell'accusa è già stata accertata in primo grado[82].

Rispetto a queste circostanze, c'è chi sostiene, con buona ragione, che, ancorché si versi nell'ipotesi di improseguibilità per eccessiva durata del procedimento, dovrebbe prevalere una pronuncia più favorevole emessa allo stato degli atti, se ovviamente sono chiari i presupposti per l'assoluzione. In questo caso, il giudice dovrebbe, cioè, optare per la formula liberatoria, senza che l'impossibilità di proseguire il processo impugnatorio ostacoli tale decisione[83]. Nel solco tracciato da questo orientamento, l'improcedibilità per decorso del tempo non limiterebbe dunque la capacità del giudice di conoscere il merito, ma determinerebbe soltanto l'impossibilità di proseguire il giudizio, senza impedire che

---

[82] Ad avviso di CASSIBBA, Fabio Salvatore, Prescrizione processuale e tempi morti: una proposta davvero inattuale?, cit., p. 500, quanto agli effetti della pronuncia liberatoria già intervenuta, il legislatore potrebbe rafforzare la tutela della presunzione di innocenza stabilendo che essa non possa essere sostituita da una declaratoria d'improcedibilità sopraggiunta. (Tuttavia, siffatta soluzione non appare imposta dall'art. 27, comma 2, Cost., nella misura in cui la presunzione di innocenza risulterebbe adeguatamente tutelata dalla possibilità, per l'imputato, di rinunciare all'improcedibilità per superamento dei termini di fase. In tal senso si è espresso CASIRAGHI, Roberta. L'improcedibilità dell'azione penale per superamento dei termini di fase. In: CASTRONUOVO, Donato-DONINI, Massimo-MANCUSO, Enrico Maria-VARRASO, Gianluca. *Riforma Cartabia*, cit., p. 379, secondo cui la rinunciabilità della causa estintiva garantisce il rispetto del principio costituzionale). Al contrario, sempre nell'ottica del professore Cassibba, la condanna deve essere necessariamente travolta se l'improcedibilità matura in grado successivo, salvo che l'imputato vi rinunci, giacché solo il giudicato, e non una condizione processuale transitoria, può produrre effetti penali definitivi. In senso opposto, cfr. AMODIO, Ennio. La cultura della speditezza processuale nella riforma Cartabia. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, n. 1, p. 20, 2022 il quale «ravvisa nella sua rinunciabilità la tutela della presunzione d'innocenza, ritenendo che la sentenza di condanna resterebbe valida ed efficace».

[83] MAZZA, Oliviero. Fenomenologia dell'improcedibilità cronologica, cit., p. 14. Rammentiamo che, nell'opinione del prof. Pagliaro, le cause di estinzione del reato sono da inscriversi nelle situazioni d'improcedibilità sopravvenuta, dato che queste, secondo il Maestro, «comprenderebbero significative porzioni di accertamento di merito». Sul tema cfr. RUGGERI, Stefano. Norma, giudizio, giudicato. Una riflessione sulla tutela penale alla luce del *ne bis in idem* nell'era dell'interlegalità. *Ordine internazionale e diritti umani (Speciale),* p. 7 ss., 2023.

l'autorità giudicante possa prendere atto dell'esistenza di una causa di proscioglimento nel merito, come un'assoluzione già intervenuta nel grado precedente, che risulti prevalente. Una conclusione, questa, alla quale è difficile non aderire nell'ottica di valorizzazione della presunzione di innocenza

3.3 Conseguenze della declaratoria di improcedibilità: statuizioni civili e confisca

Ulteriori profili critici, che è opportuno richiamare, sia pure brevemente, per offrire un quadro completo, riguardano le ricadute della declaratoria di improcedibilità sia sulle statuizioni civili sia sugli effetti delle misure ablatorie, in particolare la confisca. Questioni tanto più rilevanti se si considera la portata ultrattiva della presunzione di innocenza, così come forgiata dalla consolidata giurisprudenza Cedu, che continua a proiettare i suoi effetti anche dopo l'estinzione del reato e del processo penale. In special modo, la permanenza di effetti patrimoniali sfavorevoli, in assenza di una condanna definitiva né di un'assoluzione, solleva dubbi non secondari sul piano delle garanzie, imponendo una riflessione attenta sul delicato equilibrio tra esigenze di effettività della giustizia e tutela dei diritti fondamentali. Temi che, pur collocandosi su piani differenti, convergono nel mostrare come l'improcedibilità, per la sua natura fluida ed ambigua che lascia il destinatario in una sorta di limbo, non colpevole ma neanche estraneo ai fatti, non sia priva di ripercussioni sistemiche profonde.

Con riferimento al primo argomento introdotto, il comma 1-*bis* dell'art. 578 C.p.p., come modificato dalla riforma Cartabia, disciplina l'ipotesi in cui sia stata pronunciata, nei confronti dell'imputato, sentenza di condanna (anche generica) alle restituzioni o al risarcimento del danno in favore della parte civile, nonché in ogni caso di impugnazione della sentenza anche per gli interessi civili. In tal caso, qualora sia impossibile procedere per superamento dei termini massimi di durata del giudizio di impugnazione per mancata definizione del giudizio di appello entro due anni e in Cassazione entro un anno, il giudice del gravame rinvia, previo vaglio sull'ammissibilità della domanda, al giudice civile per la prosecuzione o alla sezione civile competente nello stesso grado, che

decide sulle questioni civili utilizzando le prove acquisite nel processo penale e quelle eventualmente acquisite nel procedimento civile.

Ora, è innegabile che la *ratio* dell'enunciato di cui all'art. 578, comma 1-*bis* C.p.p., il quale ricalca pressoché la formulazione dell'art. 622 C.p.p., rinviando al giudice civile la decisione sugli interessi civili, inibisce *apertis verbis* a quello penale la prosecuzione del giudizio di impugnazione, anche solo per pronunciarsi sulla responsabilità da danno da reato. La soluzione adottata con la disposizione in esame potrebbe essere letta come una scelta coerente con il principio della presunzione di innocenza, garantito dall'art. 6, comma 2, Cedu, tramite l'interposizione dell'art. 117 Cost. e, sul piano interno, dall'art. 27, comma 2 Cost, almeno secondo l'opinione della Corte costituzionale, espressa in una sentenza del 2021, riferita al comma 1 dell'art. 578 C.p.p., ma comunque sovrapponibile all'ipotesi in esame[84]. Come chiarito dalla giurisprudenza della stessa Corte europea dei diritti dell'uomo, infatti, richiamata dalla Consulta, la presunzione di innocenza impone che: «non possano essere adottati, in procedimenti successivi a quello penale conclusosi con esito diverso dalla condanna, provvedimenti che presuppongano un giudizio (espresso o implicito) di colpevolezza della persona in relazione al reato contestatole»[85].

---

[84] Corte cost., 30 luglio 2021, n. 182. *Foro it*., n. 1, p. 2949, 2021, con nota di DE MARZO, Giuseppe. Innesto della pretesa civilistica nel processo penale, prescrizione e presunzione di innocenza, con ulteriori ampio riferimenti bibliografici e giurisprudenziali, anche sovranazionali, a cui rinviamo.

[85] *Ex multis*, *Allen c. Regno Unito*, cit. Nella sua *dissenting opinion* a tale sentenza, il giudice De Gaetano muove un'accusa significativa alla maggioranza, ritenuta pilatesca per aver evitato di affrontare con chiarezza le implicazioni del secondo significato dell'art. 6, comma 2, Cedu, ovvero la sua portata extrapenale. Secondo De Gaetano, la Corte avrebbe dovuto cogliere l'occasione per definire con maggiore precisione i limiti entro cui una statuizione non penale ma collegata ai medesimi fatti (come un giudizio civile o amministrativo) possa riferirsi alla condotta dell'imputato senza violare la presunzione di innocenza. La decisone *de qua* veniva infatti pronunciata con l'idea di fare chiarezza in una materia che fino al 2024 si era mostrata altalenante. La Corte Edu aveva già nel tempo elaborato un criterio di compatibilità tra provvedimenti post-processuali e la presunzione d'innocenza, distinguendo due ipotesi. La prima concerneva le decisioni penali definitive (assoluzioni), che non ammettono cioè alcun dubbio residuo, per cui ogni successiva misura o affermazione che presupponga una colpevolezza (anche implicita) violerebbe automaticamente l'art. 6, comma 2, Cedu. La seconda, si riferiva ai provvedimenti che chiudono il processo senza decidere nel merito (es. prescrizione,

Sicché questo orientamento non può di certo escludere dal campo d'azione l'ipotesi in cui al giudice civile si approda in seguito ad una improseguibilità per *tempori cedere*. Siffatto orientamento è stato ripreso ed ulteriormente approfondito nel 2024 dai giudici di Strasburgo nella nota decisione *Nealon e Hallam c. Regno Unito*, in cui si è scolpito a chiare lettere il fine di proteggere l'assolto e il prosciolto, in quanto «innocenti agli occhi della legge», il cui trattamento loro riservato deve rifletterne la condizione[86]. A tal risultato, si è pervenuti esaminando la tutela della presunzione d'innocenza in relazione ai diversi tipi di provvedimenti che chiudono un processo penale: in particolare, l'interruzione del procedimento, anche per mancanza di prove, non deve ricevere, ad avviso della Corte, una protezione minore rispetto a una sentenza definitiva di assoluzione, evidenziando che una tutela maggiore sarebbe giustificata proprio quando non è stata accertata alcuna responsabilità. Pur riconoscendo che gli ordinamenti attribuiscono significati diversi ai provvedimenti, la Corte afferma che questa distinzione non può giustificare un trattamento diversificato nella salvaguardia della presunzione d'innocenza, che deve rimanere inviolata in assenza di una condanna legale.

Nondimeno, rimane aperta la questione controversa riguardante le regole di assunzione e valutazione delle prove a cui il giudice civile dovrebbe attenersi in caso di prosecuzione del giudizio civile dopo la declaratoria di improcedibilità[87]. Questa circostanza può rappresentare

---

improcedibilità): questi possono ammettere un margine di incertezza, purché non comportino conseguenze sanzionatorie per l'imputato prosciolto e non contengano un'affermazione esplicita o sostanziale di colpevolezza. In questi casi, la Corte ben aveva tollerato che il provvedimento lasciasse trasparire un dubbio non risolto (il c.d. "stato di sospetto"), a patto che non si traducesse in effetti punitivi o stigmatizzanti. Questo bilanciamento, tra incertezza procedurale e garanzie individuali ha costituito, e in parte continua ad esserlo, uno dei capisaldi della giurisprudenza convenzionale in tema di *in dubio pro reo*. Sul punto, si rinvia a BARTOLI, Laura. La presunzione d'innocenza nel suo "secondo significato": un ambiguo aggiornamento dalla Corte e.d.u., cit., p. 265.

86 Corte Edu, 11 giugno 2024, ric. nn. 32483/19 e 35049/19, *Nealon e Hallam c. Regno Unito*.

87 A tal proposito, in alcune delle Sezioni Unite civili, è stato chiarito che il giudice civile, nel valutare una domanda esercitata nuovamente nella propria sede, deve applicare le regole processuali e probatorie proprie del giudizio

un rischio per la presunzione in esame, giacché il giudice civile, valutando sulla scorta della regola del "più probabile che non", potrebbe basare il suo convincimento su elementi liberamente apprezzabili che, nel processo penale, non sarebbero stati ritenuti sufficienti per una condanna, generando così un giudizio di colpevolezza "indiretta" anche senza una pronuncia sulla responsabilità penale. Si pensi in particolare alla circostanza in cui la declaratoria che pone fine al processo impugnatorio sia successiva ad una sentenza condannatoria in primo grado: il pericolo non risiede tanto nel dichiarare la colpevolezza di una persona non condannata, quanto nel riconoscere, seppur in modo implicito, che nel processo penale sia rimasto un fondato dubbio capace di suscitare una certa attrazione nell'autorità giudiziaria chiamata a sciogliere il dubbio sul danno aquiliano[88].

Queste preoccupanti osservazioni non trovano tuttavia un pieno e completo riscontro rassicurante nella giurisprudenza Edu. Il collegio, infatti, nella su richiamata causa, si è espresso nel senso che i provvedimenti emessi in processi successivi a quello penale, indipendentemente dal tipo di procedimento e dalla decisione che ha chiuso la vicenda penale, determinerebbero una ingerenza dell'art. 6, comma 2, Cedu qualora la statuizione o le motivazioni equivalessero all'attribuzione di una responsabilità penale al prosciolto. All'affermazione di principio si accompagnano tuttavia una cautela e una precisazione.

---

civile e non quelle del processo penale. Inoltre, al giudice civile è consentito riesaminare i fatti emersi nel procedimento penale e basare il proprio convincimento anche su prove "atipiche", purché queste forniscano elementi di giudizio sufficienti e non siano smentite da un confronto critico con le altre risultanze del processo. V., tra le diverse, Cass. civ., sez. un., 26 gennaio 2011, n. 1768, Rv. 616366.

88 Anche se, si è detto (v. nota 88), non ogni riferimento a uno «stato di sospetto» viola automaticamente la presunzione di innocenza secondo la giurisprudenza europea. In un primo momento, infatti, la Corte Edu ha chiarito che l'ingerenza si verifica solo quando l'autorità giudiziaria si spinge oltre, formulando affermazioni che equivalgano, nella sostanza, a una dichiarazione di colpevolezza, pur in assenza di una condanna definitiva. Tra le tante pronunce, cfr. Corte Edu, 25 agosto 1987, ric. n. 9912/82, *Lutz c. Germania*. Successivamente (Corte Edu, 25 agosto 1993, ric. n. 13126/87, *Sekanina c. Austria*), i giudici hanno precisato che «L'espressione di sospetti relativi all'innocenza dell'accusato è concepibile se il processo penale non si è concluso con una decisione sul merito dell'accusa. Tuttavia, basarsi su tali sospetti non è più ammissibile dal momento in cui l'assoluzione è definitiva».

Le pronunce delle autorità nazionali, ha spiegato la Grande camera, non possono essere isolate dal contesto: devono essere invece valutate anche in base al compito che la legge interna ha assegnato; inoltre, devono essere lette "globalmente", in un'ottica di pesi e contrappesi. I giudici hanno pure precisato che «attribuire responsabilità penale» significa riflettere l'opinione secondo la quale l'imputato è responsabile di un fatto penalmente rilevante secondo lo standard di prova richiesto per una condanna penale, cosa che equivale ad insinuare che il processo penale si sarebbe dovuto concludere diversamente. Fuori da questi confini, ha concluso la Corte, è ben possibile statuire sugli stessi fatti considerati dall'imputazione penale, pur ad altri fini: in questo senso, la presunzione d'innocenza non preclude infatti l'esame della stessa vicenda storica, né esclude la responsabilità della stessa persona ai sensi di leggi e standard di prova diversi da quelli penali (§ 169)[89]. Il nodo cruciale resta comunque stabilire se il legislatore nazionale possa liberamente scegliere le soglie di prova da applicare in sede extrapenale[90], oppure se alcune di queste

[89] *Nealon e Hallam c. Regno Unito* ha fissato un metodo uniforme per valutare le possibili violazioni della presunzione d'innocenza, ma senza definire con precisione quali trasgressioni siano rilevanti. L'interpretazione più rigorosa è però quella della minoranza dei giudici deliberanti, la quale sostiene che, in assenza di una condanna penale, la presunzione di innocenza diventi una garanzia *iuris et de iure* di non responsabilità: i fatti non potrebbero più essere messi in discussione in procedimenti successivi. Solo una condanna penale può infatti superare questa presunzione, escludendo ogni possibile riapertura del caso. Questa visione implicherebbe un'estrema coerenza tra sistemi nazionali e l'obbligo di riconoscere come definitiva ogni decisione penale, riportando di fatto a un unico processo in cui si stabilisce una verità "assoluta", cui nessuno potrebbe più sottrarsi.

[90] Interessanti spunti critici, per affrontare proficuamente i quesiti posti, potrebbero provenire dalla giurisprudenza di Cassazione italiana, seppur in materia di immediata applicabilità all'art. 573, comma 1-*bis*, C.p.p. Alcune sezioni della Suprema Corte hanno sottolineato che il nuovo procedimento previsto dall'art. 573, comma 1-*bis*, c.p.p., non arreca alcun pregiudizio reale alla parte civile che impugna. Questo perché nella fase preliminare di ammissibilità del ricorso, il giudice penale utilizza gli stessi criteri valutativi validi prima della "riforma Cartabia"; nella fase successiva, il giudizio segue le regole che avrebbero dovuto guidare il giudice penale nel valutare la sola impugnazione agli effetti civili. Inoltre, si è consolidato che il giudice penale, quando si pronuncia su questioni civili, applica lo standard della "probabilità prevalente" e non quello più rigoroso dell'"oltre ogni ragionevole dubbio" (Sez. 2, n. 11808/2022, *Restaino*). Se il giudizio viene rinviato al giudice

siano vietate perché, di fatto, implicano un giudizio di colpevolezza simile a quello penale, violando così la presunzione di innocenza[91].

In perfetta continuità tematica con quanto fin qui analiticamente tratteggiato e osservato si pone la questione delle sorti della confisca e del sequestro nei casi in cui l'azione penale divenga improcedibile per decorso dei termini massimi del giudizio di impugnazione o il reato venga dichiarato estinto per prescrizione o amnistia. Più specificamente, gli articoli 578-*bis* e 578-*ter* C.p.p. regolano, rispettivamente, la possibilità di decidere sulla confisca «in casi particolari» prevista dall'art. 240-*bis*, 1 comma, C.p., nei casi di estinzione del reato per prescrizione o amnistia, e la disciplina della confisca e del sequestro nell'ipotesi in cui l'azione penale diventi improcedibile per il superamento dei termini massimi di durata del giudizio di impugnazione[92].

Mentre l'art. 578-*bis* C.p.p. richiede una previa verifica della responsabilità dell'imputato per le confische «in casi particolari»[93], l'art. 578-*ter* C.p.p. introduce un meccanismo automatico di trasmissione

---

civile ai sensi dell'art. 622 c.p.p., si applicano le regole e le prove del processo civile, poiché l'accertamento riguarda elementi dell'illecito civile, senza entrare nel merito della responsabilità penale.

91 Il quesito ha estrema rilevanza pratica come dimostrano alcune sentenze che hanno adottato un'interpretazione molto rigorosa: in particolare, un provvedimento italiano è stato censurato perché ha usato il criterio dell'"oltre ogni ragionevole dubbio" per ricostruire un reato ormai estinto per prescrizione, fondando su tale accertamento la confisca di beni di presunta provenienza illecita. Corte Edu., sez. I, 19 dicembre 2024, ricc. nn. 47284/16 e 84604/17, *Episcopo e Bassani c. Italia*, §§ 131 ss.

92 In argomento, fra i molti, BRICCHETTI, Renato. Il punto sull'improcedibilità nei giudizi di impugnazione. *Sistema penale*, p. 1 ss., 5 luglio 2023.

93 Rispetto a questa disposizione le Sezioni Unite della Corte di cassazione, nella sentenza 29 settembre 2022 (dep. 31 gennaio 2023), n. 4145, si sono pronunciate per la legittimità della confisca (per equivalente) senza condanna, selettivamente recepito, tra le garanzie offerte dalla CEDU, solo quelle dell'art. 7 – relative al principio di legalità e alla riserva di legge in materia penale – trascurando del tutto quelle connesse all'art. 6, comma 2, Cedu. Cfr. BOLIS, Samuel. La silenziosa espansione della confisca per equivalente senza condanna: le Sezioni Unite non considerano la presunzione di innocenza in relazione all'art. 578 *bis* c.p.p. *Sistema penale*, n. 2, p. 74 ss., 2024. Al contrario, si v. un altro filone giurisprudenziale per il quale il giudicato penale di assoluzione o proscioglimento preclude l'uso degli stessi fatti come presupposti indiziari in altri contesti, riaffermando così la centralità della presunzione di innocenza

degli atti al pubblico ministero per l'eventuale attivazione di misure di prevenzione, privo di qualsivoglia accertamento in tal senso[94]. Il comma 1 dell'art. 578-*ter* C.p.p. prevede infatti che, dal momento della declaratoria *ex* art. 344-*bis* C.p.p., il giudice d'Appello e di Cassazione debbano disporre comunque la confisca nei casi in cui la legge la dispone obbligatoriamente anche in assenza di condanna[95]. Negli altri casi, in cui la confisca era stata disposta a seguito di pronuncia condannatoria, il giudice deve invece ordinare, con apposita ordinanza, la trasmissione degli atti al Procuratore della Repubblica competente o al Procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo, affinché valutino l'applicazione delle misure di prevenzione patrimoniali previste dal Codice antimafia (d.lgs. n. 159/2011)[96]. In mancanza di tale misura entro il termine previsto, il Procuratore dovrà dichiarare la cessazione dell'efficacia del sequestro e disporre la restituzione dei beni all'avente diritto.

---

quale fondamento imprescindibile di ogni intervento limitativo dei diritti individuali, anche in ambito preventivo. Cass., sez. VI, 31 maggio 2023, n. 23923.

94 In argomento, v. LA ROCCA, Elvira Nadia. Improcedibilità e confisca. *Diritto penale e processo*, pp. 211-214, 2023; SPANGHER, Giorgio. Improcedibilità *ex* art. 344-*bis* c.p.p. e adeguamenti normativi in tema di interessi civili e confisca. In: ID., *La Riforma Cartabia. Codice penale – Codice di procedura penale – Giustizia riparativa.* Pisa: Pacini editore, pp. 210-213, 2022. MORELLI, Francesco Bartolo. *Il volto oscuro della prevenzione patrimoniale. Studio sui profili critici della confisca*. Napoli: Jovene Editore, 2022. V. altresì. APRILE, Ercole. Gli effetti della improcedibilità dell'azione penale sulle statuizioni civili, sulla confisca e sull'azione per l'accertamento della responsabilità degli enti. *Foro it*., v. 147. n. 3, pp. 1827-8213, 2022. Sul tema, più ampiamente, LAVARINI, Barbara. Improcedibilità "cronologica" e confisca. In: BARGIS, Marta-BELLUTA, Hervè, *L'ennesima riforma delle impugnazioni fra aspettative deluse e profili controversi.* Torino: Gappichelli, p. 85 ss. 2023; CAPRIO, Antonia. I rapporti tra confisca e improcedibilità dell'azione penale. *Diritto penale processo*, n. 2, p. 272 ss., 2024, PULVIRENTI, Antonino. L'improcedibilità dell'azione penale: la *ratio*, la normativa vigente e il suo (probabile) *de profundis*, cit., p. 28 ss.

95 Come, ad esempio, per le ipotesi previste dagli artt. 240, secondo comma, 452-*quaterdecies*, 474-*bis*, 518-*quaterdecies*, 518-*duodevicies*, 633-*bis* e 722 c.p., oltre a varie leggi speciali.

96 Ad es. artt. 240, 1 comma, 240-*bis*, 270-*bis*, 4 comma, 270-*septies*, 322-*ter*, 416-*bis*, 7 comma, 446, 452-*undecies*, 452-*quaterdecies*, 4 comma, 466-*bis*, 493-*ter*, secondo e terzo comma, 493-*quater*, 2 comma, 518-*duodevicies*, secondo comma, 544-*sexies*, 586-*bis*, 6 comma, 600-*septies*, 603-*bis*. 2, 640-*quater*, 644, 6 comma, 648-*quater*, 733, 2 comma, C.p., a cui si aggiungono numerosi casi previsti da leggi speciali.

Il trasferimento automatico degli atti per l'eventuale applicazione delle misure di prevenzione patrimoniali, in assenza di una valutazione discrezionale del giudice sull'esistenza del *fumus boni iuris*, configura un'evidente frizione con la garanzia in esame[97].

La soluzione adottata dal legislatore mira a bilanciare, da un lato, l'improcedibilità dell'azione penale, che comporta la cessazione del potere punitivo del giudice e, dall'altro, l'esigenza di conservare gli effetti delle misure ablatorie già disposte. Più specificamente, si consente che la confisca prevista in sede penale possa "sopravvivere" sotto forma di misura di prevenzione patrimoniale, affidando al pubblico ministero il compito di attivare, entro 90 giorni, il relativo procedimento davanti al giudice competente. Si realizza così una forma di continuità nella tutela patrimoniale, pur a fronte del venir meno del giudizio penale.

Orbene, siffatta logica alla base dell'intervento riformatore, seppur animata da meritevoli intenti, non solo risulta poco lineare rispetto al più coerente meccanismo dell'art. 578-*bis* C.p.p., ma soprattutto solleva perplessità di non poco conto sulla scelta di innescare automaticamente un procedimento di prevenzione, pur in assenza di una pronuncia che attesti nel merito la responsabilità penale. Questa *ratio*, che impone un passaggio netto dal procedimento penale, divenuto improcedibile, ad una procedura amministrativa in cui è oscura l'effettività di principi e diritti, fra tutti quello di difesa, provoca dubbi in merito al rispetto del principio di legalità e, in specie, della presunzione di innocenza, così rendendo di palmare evidenza che l'esigenza di conservare gli effetti patrimoniali delle misure ablative compromette le garanzie dell'imputato[98].

---

[97] BONTEMPELLI, Manfredi. L'art. 578-*ter* c.p.p. e la natura dell'improcedibilità *ex* art. 344-*bis* c.p.p. *Archivio della nuova procedura penale*, n. 6, p. 576 ss., 2022, sostiene, al contrario, che il giudice penale è tenuto a verificare che l'azione patrimoniale possa essere coltivata utilmente nel procedimento di prevenzione, dopo l'improcedibilità dell'azione penale, con ciò facendo salvo l'*in dubio pro reo*.

[98] Una tale operazione legislativa è stata in ogni caso possibile postulando una certa natura della declaratoria di improseguibilità. In particolare, come si evince dalla Relazione illustrativa aggiornata al testo definitivo del D.Lgs. n. 150/2022, in maniera del tutto opinabile, si sottolinea che, per comprendere appieno la portata applicativa della disciplina sui rapporti tra l'improcedibilità sopravvenuta e la confisca, è necessario partire dal dato sistemico secondo cui la dichiarazione ex art. 344-*bis* C.p.p., avendo carattere

L'assenza di una condanna definitiva che, ciononostante giustifichi la confisca, dovrebbe considerarsi di per sé in insanabile contrasto con il principio cardine dell'*in dubio pro reo*. In tali ipotesi, infatti, si finisce per attribuire effetti sostanzialmente sanzionatori a un provvedimento privo del necessario fondamento in un accertamento definitivo di colpevolezza, a maggior ragione se, come fa la legge italiana, si aderisce alla tesi per cui la declaratoria di improseguibilità *ratione temporis* ha natura meramente processuale. A dire il vero, questa censurabile scelta, sottolinea una contraddizione sistematica. Il legislatore sostiene che l'improcedibilità per decorrenza dei termini nei giudizi di impugnazione sia una causa esclusivamente processuale, cioè che non incide sul merito, ma solo sulla possibilità di proseguire il processo. Tuttavia, se a un atto meramente processuale si fanno seguire effetti sostanziali tipici di una condanna, come la confisca, si crea una contraddizione logica e giuridica: ovvero, si nega il merito per non poter proseguire il giudizio, ma lo si assume implicitamente per applicare una misura di carattere sostanzialmente punitivo.

Nella materia *de qua*, la Corte di Strasburgo ha più volte affermato che qualsiasi misura, anche patrimoniale, che presupponga una valutazione di colpevolezza, pur in assenza di una esplicita condanna, rappresenta una violazione del diritto alla presunzione di innocenza, svuotando di efficacia

esclusivamente processuale, impedisce di proseguire nell'accertamento del merito. Di conseguenza, essa preclude la possibilità di pervenire a una condanna definitiva e travolge gli effetti della pronuncia precedentemente emessa. Nel confronto con la disciplina delineata dall'art. 578-*bis* C.p.p., la stessa Relazione illustrativa sottolinea in modo netto che tale norma non può essere estesa ai casi di improcedibilità per superamento dei termini del giudizio di impugnazione. E ribadisce che la ragione risiede nella diversa natura giuridica dei due istituti: mentre la prescrizione estingue il reato incidendo sul merito, l'improcedibilità costituisce un ostacolo esclusivamente processuale che impedisce qualsiasi prosecuzione del giudizio, anche al solo fine di accertare la responsabilità dell'imputato. Ne consegue che non è legittimo assimilare una causa processuale impediente a una causa estintiva del reato, che invece rileva sul piano sostanziale. Secondo PULVIRENTI, Antonino, L'improcedibilità dell'azione penale: la *ratio*, la normativa vigente e il suo (probabile) *de profundis*, cit., p. 30 «tali problemi non emergono se la misura di prevenzione sia già stata disposta prima della dichiarazione di improcedibilità, grazie all'autonomia dell'azione di prevenzione rispetto a quella penale».

la sua tutela sostanziale e processuale[99]. Cionondimeno, come è noto, la giurisprudenza della Cedu non esclude, in via di principio, la possibilità di una confisca avente natura sanzionatoria anche in assenza di una condanna formale. Eppure, essa subordina la legittimità di tale intervento all'esistenza di un accertamento sostanziale della responsabilità penale, idoneo a garantire il rispetto delle garanzie fondamentali dell'imputato e, in particolare, della presunzione di innocenza sancita dall'art. 6, comma 2, Cedu. Secondo la Corte Edu, questo accertamento deve risultare sufficientemente chiaro e motivato da consentire sia all'imputato che ai terzi in buona fede di partecipare pienamente al procedimento, esercitando in modo effettivo i propri diritti di difesa. Evenienza, questa, che, in teoria difetterebbe, ancora una volta, in una sentenza dal carattere meramente procedurale, a meno di non ammettere che la stessa non riguardi comunque i *meritae causae*.

4. Considerazione conclusive

Prescrizione penale, ragionevole durata del processo e presunzione di innocenza sono tre pilastri della giustizia penale che si influenzano reciprocamente. L'istituto esaminato in questo studio tutela il diritto a non essere perseguito per un tempo indeterminato, mentre la ragionevole durata garantisce che il processo non diventi una pena di per sé e la

[99] È principio consolidato nella giurisprudenza della Corte Edu che, una volta intervenuto un proscioglimento definitivo, anche se fondato sul dubbio ai sensi dell'art. 6, comma 2 Cedu, ogni autorità, giudiziaria o amministrativa, è tenuta a rispettarne l'esito e ad astenersi dall'esprimere dubbi o affermazioni che, direttamente o indirettamente, implichino una nuova valutazione di colpevolezza. Tale vincolo si estende anche alle decisioni rese in procedimenti diversi, come quelli di prevenzione, laddove si rischi di utilizzare fatti esclusi in sede penale come base per qualificare l'interessato come pericoloso. Nella vicenda *Minelli c. Svizzera*, ad esempio, la Corte Edu ha ritenuto violata la presunzione di innocenza poiché, nonostante l'imputato fosse stato prosciolto per prescrizione, gli era stato imposto il pagamento di parte delle spese processuali basandosi su una valutazione prognostica di colpevolezza. La Corte ha censurato sia il linguaggio utilizzato nel provvedimento nazionale, che suggeriva una colpevolezza non accertata, sia il carico economico imposto, considerato una sanzione indiretta fondata sul sospetto. Corte Edu, 25 marzo 1983, ric. n. 8660/79, *Minelli c. Svizzera*, § 38.

presunzione di innocenza impedisce che la mera pendenza del giudizio produca effetti pregiudizievoli sul soggetto coinvolto prima, ma anche dopo, che una sentenza definitiva sulla responsabilità penale sia stata rilasciata.

Da come è emerso fino a questo momento, la prescrizione si staglia alla stregua di uno strumento contraddistinto da una forte ambivalenza che deriva dall'intreccio di almeno due dimensioni temporali, una oggettiva e l'altra soggettiva[100], e due dimensioni giuridiche, una sostanziale e l'altra processuale. Come abbiamo avuto modo di appurare, a seconda del punto di vista adottato e del contesto storico di riferimento, la prescrizione può essere inoltre vista sia come un ostacolo alla repressione dei reati e alla tutela delle vittime, sia come una soluzione per limitare la durata eccessiva dei procedimenti[101].

In questo scenario, resta fondamentale l'osservazione empirica della realtà ordinamentale nel suo complesso, ovvero un'indagine sul sistema giuridico nella sua concreta operatività, inteso come fatto normativo in grado di ridefinire gli istituti secondo le esigenze contingenti. E così, ci si avvede che a rendere il quadro ancora più complesso concorrono oggi diversi fattori, tra cui il sovraccarico dei tribunali, l'inefficienza del sistema giudiziario e la difficoltà di approvare interventi di depenalizzazione. In ragione di ciò, la prescrizione penale ha subito una profonda trasformazione: da strumento volto a garantire un equilibrio nella punibilità è mutata nel

---

[100] Questa doppia anima richiama il tempo oggettivo, di Newtoniana memoria, scorre in modo uniforme e misurabile, scandito da eventi storici e dal ticchettio degli orologi e dal volgere delle pagine dei calendari. Siffatta dualità evoca poi l'idea del tempo soggettivo, che rifacendosi alla teoria della relatività di Einstein, veicola l'idea di un ritmo irregolare, mutevole e frammentato, spesso distorto dai ricordi e dalla percezione individuale. È quel tempo interiore che permette a Simone Weil nei suoi *Quaderni* di scrivere che «il rapporto tra il tempo e me è il tessuto della mia vita» e che «la contemplazione del tempo è la chiave della vita umana».

[101] Echeggiano significativamente le parole tratte dalla poesia Il Tempo di Henry Jackson van Dyke nella quale si legge che il tempo «è troppo lento per chi aspetta, troppo veloce per chi teme, troppo lungo per chi si affligge, troppo breve per chi gioisce». Questo estratto, solo apparentemente lontano dall'esperienza della giustizia penale, in realtà riesce a cogliere con precisione le prospettive dei diversi soggetti direttamente o indirettamente coinvolti nel procedimento penale restituendoci una visione dello stesso quale luogo in cui si agitano emozioni contrastanti e non come semplice contesto in cui ci si scontra per far valere le proprie ragioni giuridiche e probatorie.

simbolo delle disfunzioni del sistema giudiziario, fino a essere percepita come un ingiusto meccanismo di impunità[102].

L'obiettivo finale di questa trattazione è dunque quello di stimolare future riflessioni sulla tensione di fondo che attraversa attualmente l'istituto: da un lato, non può negarsi la necessità di riconoscere al decorso del tempo un potere estintivo sulle vicende penali che trovano nel processo il luogo di risoluzione privilegiato, principio tuttora considerato imprescindibile; dall'altro, va segnalata l'urgenza di garantire un sistema di giustizia penale che nel suo esplicarsi realmente efficace ed equo e che risponda alle esigenze di una giustizia che si confronta sempre di più con una società complessa.

Quanto alla prescrizione e all'improcedibilità, sulla cui relazione ci siamo per lo più concentrati in questa indagine, esse sembrano destinate ad intrecciarsi inevitabilmente. La loro differenza è più di natura cronologica che funzionale, con la seconda che costituisce una naturale estensione della prima. Cosicché oggi capita che quando un processo si conclude, la causa principale, secondo le statistiche, è la prescrizione sostanziale. Se, invece, il processo prosegue, ciò dipende dal tempo aggiuntivo fornito dalla prescrizione processuale, che subentra alla prima, permettendo così il prosieguo del procedimento. A fronte delle diverse perplessità che inficiano il meccanismo ibrido di più recente conio, ma pur sempre in continuità con questo approccio voluto dalla riforma Cartabia, una

[102] La disciplina originaria della prescrizione, intesa come istituto di diritto sostanziale, rappresentava un'espressione coerente di un ordinamento ancora non eccessivamente complesso. In quel contesto, la prescrizione operava come causa estintiva solo in situazioni eccezionali. A completare il quadro contribuiva, come già ricordato, il ricorso periodico all'amnistia. Di conseguenza, la funzione garantistica della prescrizione poteva affermarsi senza eccessivi contraccolpi. Così GIUNTA, Fausto. la prescrizione deflattiva. una rivisitazione. *Discrimen*, p. 4 ss., 26 settembre 2022. L'Autore mette conto di ricordare che con l'aumento dell'inflazione penale e l'impossibilità pratica di ricorrere all'amnistia, si è rovesciata la prospettiva iniziale. Sono aumentati gli eventi processuali che, sotto forma di sospensione e interruzione, influenzano la prescrizione, ritardandone il compimento. Di conseguenza, il concetto di tempo ha acquisito un significato «convenzionale». Infine, il prof. Giunta valorizza l'esigenza di ridurre il numero dei processi "in entrata", al fine di compensare la necessità di un meccanismo prescrittivo per quelli «in uscita». In questo si esprime positivamente sui criteri di priorità dell'azione penale, di recente approvazione (art. 1, comma 9, lett. i, l. 134 del 2021).

soluzione *de iure condendo* potrebbe consistere nell'unificazione delle discipline, quella processuale e quella sostanziale, indipendentemente dalla denominazione utilizzata. Tale approccio, riconoscendo un nucleo valoriale comune, consentirebbe di bilanciare la pretesa dello Stato a disporre di un tempo adeguato all'accertamento dei reati e la legittima aspettativa dell'individuo di vedere concluso il procedimento quando la durata diventa eccessiva e irragionevole. Sulla scorta di queste valutazioni, si potrebbe inoltre stabilire un limite massimo di tempo, che inizi a decorrere dalla commissione del reato, non derogabile, per giungere alla punizione, con l'obiettivo di affrontare anche i casi in cui la scoperta del reato avviene dopo un lungo intervallo temporale. Infine, si potrebbero fissare tempi precisi per la durata di ciascuna fase del procedimento, al fine di garantire un andamento regolare e prevedibile, in linea con il principio di legalità[103]. La combinazione di queste soluzioni potrebbe costituire, ad avviso di chi scrive, una risposta efficace al complesso problema del rapporto tra lo scorrere del tempo, la punizione e l'accertamento penale, alla ricerca di un equilibrio che meglio garantisca la presunzione di innocenza e, anzi, eviti che l'imputato si trovi costretto a scegliere tra la garanzia di un procedimento ragionevolmente breve e la possibilità di ottenere una pronuncia che ne certifichi l'innocenza. Tutto ciò premesso, e alla luce del rilievo attribuito alla presunzione di innocenza nelle sue due dimensioni, intrinseca ed estrinseca, qualsiasi futuro intervento normativo non potrà prescindere dalle criticità emerse in relazione all'attuale configurazione dell'istituto dell'improcedibilità. Le distorsioni evidenziate impongono, infatti, una riflessione volta a garantire che l'efficienza processuale non

[103] Di contrario avviso è CASSIBBA, Fabio Salvatore. Prescrizione processuale e tempi morti: una proposta davvero inattuale?, cit., p. 492, secondo cui non è possibile risolvere il problema della ragionevole durata del processo attraverso un'aprioristica predeterminazione della durata del procedimento, o di una sua fase o grado. Secondo il professore, un simile approccio finirebbe per tradurre in norma rigida la giurisprudenza consolidata della Corte di Strasburgo sull'art. 6, comma 1, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, che, invece, non ha mai inteso vincolare il processo a termini fissi e predeterminati. Ad avviso dello stesso, appare quindi preferibile svincolare tanto la durata del processo quanto l'obiettivo della sua ragionevolezza dai meccanismi e dai condizionamenti della prescrizione del reato, orientando eventuali riforme verso il miglioramento del funzionamento fisiologico del sistema giudiziario, come pure della sospensione e dell'interruzione.

comprometta le fondamenta dello Stato di diritto, e che il processo penale continui a costituire il luogo imprescindibile dell'accertamento, senza che vi siano surrettizie deviazioni o elusioni che ne svuotino il significato costituzionale e garantista.

Bibliografia

AMODIO, Ennio. La cultura della speditezza processuale nella riforma Cartabia. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, n. 1, pp. 7-24, 2022.

APRILE, Ercole. Gli effetti della improcedibilità dell'azione penale sulle statuizioni civili, sulla confisca e sull'azione per l'accertamento della responsabilità degli enti. *Foro it*., Roma, v. 147. n. 3, pp. 1827-8213, 2022.

BACHMAIER WINTER, Lorena. Statute of limitations in Spain. Analysis and further challenges. *Diritto penale contemporaneo online*, Milano, n. 4, pp. 1-16, 2021.

BALBI, Giuliano. Il decorso del tempo tra prescrizione ed improcedibilità. *La Legislazione penale*, Torino, pp. 1-36, 13 settembre 2022. Disponibile in: https://www.lalegislazionepenale.eu/wp-content/uploads/2022/09/Balbi.pdf. Accesso il: 5 feb. 2025.

BARTOLI, Laura. La presunzione d'innocenza nel suo "secondo significato": un ambiguo aggiornamento dalla Corte e.d.u. *AIC, Osservatorio costituzionale*, Roma, pp. 259-281, 6 maggio 2025.

BOLIS, Samuel. La silenziosa espansione della confisca per equivalente senza condanna: le Sezioni Unite non considerano la presunzione di innocenza in relazione all'art. 578 bis c.p.p. *Sistema penale*, Milano, n. 2, pp. 73-91, 2024.

BONTEMPELLI, Manfredi. L'art. 578-*ter* c.p.p. e la natura dell'improcedibilità *ex* art. 344-*bis* c.p.p. *Archivio della nuova procedura penale*, Milano, n. 6, pp. 576-578, 2022.

BRICCHETTI, Renato. Il punto sull'improcedibilità nei giudizi di impugnazione. *Sistema penale*, p. 1 ss., 5 luglio 2023. Disponibile in: https://www.sistemapenale.it/it/scheda/bricchetti-il-punto-sullimprocedibilita-nei-giudizi-di-impugnazione. Accesso il: 29 maggio 2025.

CAPRIO, Antonia. I rapporti tra confisca e improcedibilità dell'azione penale. *Diritto penale processo*, Milano, n. 2, pp. 272-278, 2024.

CARMIGNANI, Giovanni. *Elementi di diritto criminale*. Milano: Carlo Brigola,1882.

CARRARA, Francesco. *Opuscoli di diritto criminale*. Lucca: Tip. Giusti, v. V, 1874.

CASIRAGHI, Roberta. L'improcedibilità dell'azione penale per superamento dei termini di fase. In: CASTRONUOVO, Donato- DONINI, Massimo-MANCUSO, Enrico Maria-VARRASO, Gianluca. *Riforma Cartabia: la nuova giustizia penale*. Milano: Cedam, pp. 358- 393, 2023.

CASSIBBA, Fabio Salvatore. Prescrizione processuale e tempi morti: una proposta davvero inattuale? *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, n. 2, pp. 491-510, 2024.

CONSO, Giovanni. Non dimenticarsi delle vittime specie difronte al rischio prescrizione. *Diritto penale e proc*esso, Milano, v. 4, n. 3, pp. 269-270, 1998.

DANIELE, Marcello. Improcedibilità dell'impugnazione penale e reazioni applicative. *Rivista di diritto processuale*, Milano, v. 77, nº 3, pp. 858-880, 2022.

DE CARO, Agostino. Tempo, punizione e processo: le indubbie connessioni tra la ragion d'essere della prescrizione e la durata ragionevole del processo. La prospettiva dell'improcedibilità dell'azione. *Sistema penale*, Milano, pp. 1-11, 22 luglio 2020. Disponibile in: https://www.sistemapenale.it/it/articolo/de-caro-tempo-punizione-processo-prescrizione-ragionevole-durata. Accesso il: 8 mar. 2025.

DE MARZO, Giuseppe. Innesto della pretesa civilistica nel processo penale, prescrizione e presunzione di innocenza, con ulteriori ampio riferimenti bibliografici e giurisprudenziali, anche sovranazionali. *Foro it*., Roma, n. 1, p. 2949, 2021.

DEL COCO, Rosita. La perenzione del processo *ratione temporis*. *Processo penale giustizia*, Torino, n. 4, pp. 821-827, 2022.

FALZEA, Angelo. *Capacità*. *Efficacia giuridica*. *Fatto giuridico*. *Manifestazione*. Milano: Giuffrè, 1999.

FERRUA, Paolo. Improcedibilità e ragionevole durata del processo. *Rivista penale diritto e procedura*, Milano, pp. 1-21, 24 gennaio 2022. Disponibile in: https://www.penaledp.it/improcedibilita-e-ragionevole-durata-del-processo/?print-posts=pdf. Accesso il: 3 feb. 2025.

FERRUA, Paolo. Improcedibilità e ragionevole durata del processo. *Cassazione penale*, Milano, v. 62, nº. 2, pp. 441-456, 2022.

FERRUA, Paolo. Improcedibilità e ragionevole durata del processo: uno stupefacente caso di evaporazione del processo. *Processo penale e giustizia*, Torino, n. 1, p. 256-272, 2022.

FILANGIERI, Gaetano. *La Scienza della legislazione*. Milano: Giovanni Silvestri, v. III, 1817.

FORTE, Corinna. Prescrizione del reato e improcedibilità dell'azione penale: questioni operative. *Sistema penale*, Milano, pp. 1-27, 21 gennaio 2025. Disponibile in: https://www.sistemapenale.it/it/scheda/forte-prescrizione-del-reato-e-improcedibilita-dellazione-penale-questioni-operative?out=print. Accesso il: 25 mar. 2025.

GATTA, Gian Luigi. Emergenza Covid e sospensione della prescrizione del reato: la Consulta fa leva sull'art. 159 c.p. per escludere la violazione del principio di irretroattività ribadendo al contempo la natura sostanziale della prescrizione, coperta dalla garanzia dell'art. 25, co. 2 Cost. *Sistema penale*, Milano, pp. 1-15, 26 dicembre 2020. Disponibile in: https://www.sistemapenale.it/it/sentenza/corte-costituzionale-sentenza-278-del-2020-sospensione-prescrizione-art-83-dl-83-2020-irretroattivita-commento-gian-luigi-gatta. Accesso il: 5 apr. 2025.

GARAPON, Antoine. *La despazializzazione della giustizia*. Milano: Mimesis Edizioni, 2021.

GIOSTRA, Glauco. Un giusto equilibrio dei tempi, sfida per la nuova prescrizione. *Sistema penale*, 13 gennaio 2020. Disponibile in: https://www.sistemapenale.it/it/opinioni/giostra-giusto-equilibrio-riforma-prescrizione. Accesso il: 30 mar. 2025.

GIOSTRA, Glauco. La prescrizione degli atti processuali. In: Aa.Vv., *Per una giustizia penale più sollecita: ostacoli e rimedi ragionevoli*. Milano: Giuffrè, pp. 79-92, 2006.

GIULIANI, Ubaldo. *Il problema giuridico delle condizioni di punibilità*. Padova: Cedam, 1966.

GIUNTA, Fausto. la prescrizione deflattiva. una rivisitazione. *Discrimen*, Pisa, pp. 1-9, 26 settembre 2022. Disponibile in: https://discrimen.it/wp-content/uploads/Giunta-La-prescrizione-deflattiva.pdf. Accesso il: 6 mar. 2025.

GIUNTA, Fausto. Oltre l'avversione imprescrittibile per la prescrizione penale. *La Giustizia penale*, Roma, v. 2, n. 3, pp. 186-189, 2015.

GIUNTA, Fausto. Prescrizione del reato e tempi della giustizia. In: Aa.Vv., *Accertamento del fatto, alternative al processo, alternative nel processo*. Milano: Giuffrè, pp. 197-233, 2007.

GIUNTA, Fausto; MICHELETTI, Dario. Tempori Cedere. *Prescrizione del reato e funzioni della pena nello scenario della ragionevole durata del processo*. Milano: Giappichelli, 2003.

GIUNTA, Fausto. Tempo della prescrizione e tempo del processo. Logiche sostanziali, intersezioni processuali, prospettive di riforma. *Critica del diritto*, Roma, pp. 175-184 ss., 2003.

GREVI, Vittorio. Prescrizione del reato ed effettività del processo tra sistema delle impugnazioni e prospettive di riforma. In: Aa.Vv., *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena, in ricordo di Adolfo Beria di Argentine*. Milano: Giuffrè, pp. 189-225, 2002.

ILLUMINATI, Giulio. La presunzione d'innocenza dell'imputato. Bologna: Zannichelli, 1979.

MACCHIA, Alberto. Prescrizione, Taricco e dintorni: spunti a margine di un sistema da riformare. *Questione giustizia*, Roma, n. 1, pp. 9-13 ss., 2017. Disponibile in: https://www.questionegiustizia.it/rivista/articolo/prescrizione_taricco-e-dintorni_spunti-a-margine-di-un-sistema-da-riformare_412.php. Accesso il: 9 feb. 2025.

LA ROCCA, Elvira Nadia. La delega per la riforma: genesi e principi. In: MARANDOLA, Antonella. *"Riforma Cartabia" e rito penale. La legge delega tra impegni europei e scelte valoriali*. Milano: Cedam, pp. 1-35, 2022.

LA ROCCA, Elvira Nadia. Improcedibilità e confisca. *Diritto penale e processo*, Milano, pp. 211-214, 2023.

LAVARINI, Barbara. Improcedibilità "cronologica" e confisca. In: BARGIS, Marta-BELLUTA, Hervè, *L'ennesima riforma delle impugnazioni fra aspettative deluse e profili controversi*. Torino: Gappichelli, pp. 85-126, 2022.

LUCCHINI, Luigi. *Elementi di procedura penale*. Firenze: Barbera, 1899.

MANZINI, Vincenzo. *Trattato di diritto penale italiano secondo il codice del 1930*. Torino: Utet, v. III, 1934.

MARINUCCI, Giorgio. Bomba ad orologeria da disinnescare. *Il sole 24 Ore*, 12 marzo 1998.

MARZADURI, Enrico. Presunzione d'innocenza e tutela della libertà personale dell'imputato nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. In: Aa.Vv., *I princìpi europei del processo penale*. Roma: Dike, pp. 169-190, 2016.

MAZZA, Oliviero. Fenomenologia dell'improcedibilità cronologica. *Penale diritto e procedura*, Milano, pp. 1-18, 23 febbraio 2022. Disponibile in: https://www.google.com/search?client=safari&rls=en&q=MAZZA%2C+Oliviero.+Fenomenologia+-dell%E2%80%99improcedibilit%C3%A0+cronologica.+Penale+diritto+e+proce-

dura%2C+Milano%2C+pp.+1-18%2C+2022.&ie=UTF-8&oe=UTF-8. Accesso il: 7 feb. 2025.

MAZZA, Oliviero. L'enigma della prescrizione, fra improcedibilità e nuove proposte di riforma. *Sistema penale*, Milano, pp. 1-9, 14 maggio 2023. Disponibile in: https://www.sistemapenale.it/pdf_contenuti/1684099967_mazza-prescrizione.pdf. Accesso il: 4 mar. 2025.

MAZZA, Oliviero. La riforma dei due orologi, la prescrizione fra miti populisti e realtà costituzionale. *Sistema penale*, Milano, 21 gennaio 2020. Disponibile in: https://www.sistemapenale.it/it/articolo/mazza-lenigma-della-prescrizione-fra-improcedibilita-e-nuove-proposte-di-riforma. Accesso il: 25 mar. 2025.

MORELLI, Francesco Bartolo. La prescrizione del reato, i tempi del processo, l'autorità senza tempo. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Milano, pp. 1599- 1611, 2019.

MORELLI, Francesco Bartolo. *Il volto oscuro della prevenzione patrimoniale. Studio sui profili critici della confisca*. Napoli: Jovene Editore, 2022.

NAPPI, Aniello, Appunti sulla disciplina dell'improcedibilità per irragionevole durata del giudizio di impugnazione. *Questione giustizia*, Roma, n. 4, pp. 176-180, 9 dicembre 2021. Disponibile in: https://www.questionegiustizia.it/data/rivista/articoli/998/4-2021_qg_nappi.pdf. Accesso il: 3 mar. 2025.

NAPPI, Aniello. Poteri delle parti e prescrizione del reato. In: Aa.Vv., *Per una giustizia penale più sollecita: ostacoli e rimedi ragionevoli*. Milano: Giuffrè, pp. 105-118, 2006.

NEGRI, Daniele. Dell'improcedibilità temporale. Pregi e difetti. *Sistema pen*ale, Milano, n. 2, pp. 51-63, 21 febbraio 2022. Disponibile in: https://sistemapenale.it/pdf_contenuti/1645393666_negri-2022a-improcedibilita-temporale-riforma-cartabia.pdf. Accesso il: 5 mar. 2025.

NEGRI, Daniele. Il dito della irretroattività sfavorevole e la luna della garanzia giurisdizionale: la posta in gioco dopo la sentenza Corte di Giustizia UE, Taricco. *Archivio penale*, Pisa, pp. 645-653, 2016.

ORLANDI, Renzo. Intervento alla Tavola rotonda: Le impugnazioni tra speditezza e garanzia. In: Aa.Vv, *Per una giustizia penale più sollecita: ostacoli e rimedi ragionevoli*. Milano: Giuffrè, pp. 327-390, 2006.

ORLANDO, Claudio. Prescrizione processuale e *ne bis in idem*: l'efficacia preclusiva del giudicato alla prova del tempo. *Ordine internazionale e diritti umani*, (*Speciale*),

Roma, pp. 119-132, 2023. Disponibile in: https://www.rivistaoidu.net/wp-content/uploads/2023/08/Speciale-Ne-bis-in-Idem-impaginato.pdf. Accesso il: 2 feb. 2025.

PAGANO, Francesco Mario. *Giustizia criminale e libertà civile*. Roma: Editori riuniti, 2000.

PAGLIARO, Antonio. Presupposti della connessione. In: Aa.Vv., *Connessione di procedimenti e conflitti di competenza*. Milano: Giuffrè, pp. 18 ss., 1976.

PAGLIARO Antonio. Profili dogmatici delle cause di estinzione del reato. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, p. 888, 1967.

PASCUCCI, Nicola. Il *dies ad quem* della presunzione di innocenza in caso di condanna: "accertamento legale della colpevolezza" e "definitività della sentenza" tra atti sopranazionali e costituzione italiana. *La Legislazione penale*, Torino, p. 1-34, 15 dicembre 2023. Disponibile in: https://www.lalegislazionepenale.eu/il-dies-ad-quem-della-presunzione-di-innocenza-in-caso-di-condanna-accertamento-legale-della-colpevolezza-e-definitivita-della-sentenza-tra-atti-sopranazionali-e-c/. Accesso il: 30 maggio 2025.

PASTA, Alessandro. Lo scopo del processo e la tutela dell'innocente: la presunzione di non colpevolezza. *Archivio penale*, Pisa, n. 1, pp. 1-53, 2018. Disponibile in: https://archiviopenale.it/lo-scopo-del-processo-e-la-tutela-dellinnocente-la-presunzione-di-non-colpevolezza/articoli/15307. Accesso il: 28 maggio 2025.

PAULESU, Pier Paolo. La presunzione di non colpevolezza dell'imputato. Torino: Giappichelli, 2009.

PISA, Paolo. Prescrizione (dir. pen.). *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXV, p. 78 ss., Milano, 1986.

PROCACCINO, Angela. *I* bis in idem *tra diritti individuali e discrezionalità dell'apparato. Il doppio processo come pena*. Milano: Cedam, 2022.

PULITANÒ, Domenico. Riforma della prescrizione. Giochi linguistici e sostanza normativa. *Sistema penale*, Milano, pp. 1-9, 19 luglio 2021. Disponibile in: https://sistemapenale.it/pdf_contenuti/1626701182_pulitano-2021d-riforma-prescrizione-giochi-linguistici-sostanza-normativa.pdf. Accesso il: 2 apr. 2025.

PULITANÒ, Domenico. Il diritto penale e il tempo. Tempi della norma, del giudizio, della pena. *Quaderno di storia del penale e della giustizia. Il tempo. Riflessioni interdisciplinari per un dibattito contemporaneo su giustizia, diritto di punire e pena*, Pisa, n. 4, pp. 67-87, 2022.

PULITANÒ, Domenico. La giustizia penale e il tempo. *Sistema penale*, Milano, n. 12, pp. 5-21, 2019. Disponibile in: https://www.sistemapenale.it/pdf_contenuti/1575233172_pulitano-2019a-giustizia-penale-tempo-prescrizione.pdf. Accesso il: 3 apr. 2025.

PULITANÒ, Domenico. La moralità della prescrizione per decorso del tempo. *Discrimen*, Pisa, pp. 1-17, 2018. Disponibile in: https://discrimen.it/la-moralita-della-prescrizione-per-decorso-del-tempo/. Accesso il: 2 apr. 2025.

PULITANÒ, Domenico, Il nodo della prescrizione. *Diritto penale contemporaneo*, Milano, n. 1, pp. 20-30 ss., 2015. Disponibile in: https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/foto/3260DPC_Trim_1_2015.pdf#page=26&view=Fit. Accesso il: 18 feb. 2025.

PULITANÒ, Domenico. Tempi del processo e diritto penale sostanziale. In: Aa.Vv., *Per una giustizia penale più sollecita: ostacoli e rimedi ragionevoli*. Milano: Giuffrè, pp. 29-54, 2006.

PULVIRENTI, Antonino. L'improcedibilità dell'azione penale: la *ratio*, la normativa vigente e il suo (probabile) *de profundis*. *La Legislazione penale*, Torino, pp. 1-40, 23 febbraio 2024. Disponibile in: https://www.lalegislazionepenale.eu/wp-content/uploads/2024/02/Pulvirenti-LP.pdf. Accesso il: 28 mar. 2025.

RUGGERI, Stefano. Decisione in ipotesi, estinzione del reato e tutela dell'innocenza. Riflessioni acroniche su accertamento giudizio e giudicato. *La Legislazione penale*, Torino, pp. 1-53, 22 aprile 2021. Disponibile in: https://www.lalegislazionepenale.eu/wp-content/uploads/2021/04/Ruggeri-bozze-16-4-21.pdf. Accesso il: 23 mar. 2025.

RUGGERI, Stefano. Azione e inazione. In: CASTRONUOVO, Donato- DONINI, Massimo-MANCUSO, Enrico Maria-VARRASO, Gianluca. *Riforma Cartabia: la nuova giustizia penale*. Milano: Cedam, pp. 627-690, 2023.

RUGGERI, Stefano. Norma, giudizio, giudicato. Una riflessione sulla tutela penale alla luce del ne bis in idem nell'era dell'interlegalità. *Ordine internazionale e diritti umani (Speciale)*, Roma, pp. 1-30, 2023. Disponibile in: https://www.rivistaoidu.net/wp-content/uploads/2023/08/Speciale-Ne-bis-in-Idem-impaginato.pdf. Accesso il. 25 mar. 2025.

SAYERS, Debbie. Article 48 (Criminal Law). In: Aa.Vv., *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*. Oxford-Portland: Nomos, pp. 1413-1472, 2014.

SEGRE, Cesare. *I segni e la critica fra strutturalismo e semiologia*. Torino: Einaudi, 1968.

SILVANI, Simona. *Il giudizio del tempo.* Uno studio sulla prescrizione del reato. Bologna: Il Mulino, 2009.

SIRACUSA, Licia. *Oblio e memoria del reato nel sistema penale*. Torino: Giappichelli, 2022.

SIRACUSANO, Fabrizio. Produttività, efficienza ed efficacia della giustizia penale: l'insidiosa logica economica della "Riforma Cartabia". *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Milano, n. 1, pp. 159-186, 2023.

SCALFATI, Adolfo. L'improcedibilità *ratione temporis*: una mina nel sistema. *Processo penale e giustizia*, Milano, n. 3, pp. 804-809, 2022.

SPANGHER, Giorgio. L'improcedibilità secondo Giorgio Spangher. Giurosprudenza penale web. 21 ottobre 2021. Disponibile in: https://www.giurisprudenzapenale.com/2021/10/01/limprocedibilita-secondo-giorgio-spangher/. Accesso il: 22 marzo 2025.

SPANGHER, Giorgio. Questioni in tema di sistema bifasico (prescrizione/improcedibilità). *Diritto penale e processo,* n. 11, pp. 1444 ss., 2021.

SPANGHER, Giorgio. Improcedibilità: alla ricerca di una possibile nomofilachia. *Rivista penale diritto e processo*, Milano, pp. 1-5, 31 gennaio 2022.

SPANGHER, Giorgio. Improcedibilità *ex* art. 344-b*is* c.p.p. e adeguamenti normativi in tema di interessi civili e confisca. In: ID., L*a Riforma Cartabia. Codice penale – Codice di procedura penale – Giustizia riparativa*. Pisa: Pacini editore, pp. 210-213, 2022.

TOSCANO, Giuseppe. Post crimen patratum. Contributo ad uno studio sistematico sulle ipotesi di ravvedimento postdelittuoso. Milano: Giappichelli, 2022.

TRECHSEL, Stephen. *Human rights in criminal proceedings*, Oxford: Oxford University press, 2005.

TRINTI, Giorgia. Principio del *tempus regit actum* nel processo penale ed incidenza sulle garanzie dell'imputato. Possibili prospettive di mitigazione. *Diritto penale contemporan*eo, Milano, n. 9, pp. 15-42, 2017. Disponibile in: https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/upload/8915-trinti917.pdf. Accesso il: 27 feb. 2025.

UBERTIS, Giulio. Prescrizione del reato e prescrizione dell'azione penale. In: Aa.Vv, *Tempi irragionevoli della giustizia penale. Alla ricerca di una effettiva speditezza processuale*. Milano: Giuffrè, pp. 41-65, 2013.

UBERTIS, Giulio. Prescrizione del reato e prescrizione dell'azione penale. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Milano, pp. 1016-1033, 2010.

VIGANÒ, Francesco. Riflessioni *de lege lata* e *fedenda* su prescrizione e tutela della ragionevole durata del processo. *Diritto penale contemporaneo,* Milano, n. 3, pp. 18-42, 2013. Disponibile in: https://dpc-rivista-trimestrale.criminaljusticenetwork.eu/pdf/DPC_Trim_3_2013-24-48.pdf. Accesso il: 7 mar. 2025.

VIGONI, Daniela. La fisionomia tridimensionale della presunzione d'innocenza: profili di sviluppo della disciplina codicistica. *Processo penale e giustizia*, Milano, n. 1, pp. 229-253, 2023.

VINCIGUERRA, Sergio. A proposito del rapporto fra prescrizione c.d. del reato e la ragionevole durata del processo: In: Aa.Vv., *Per una giustizia penale più sollecita: ostacoli e rimedi ragionevoli*. Milano: Giuffrè, pp. 93-104, 2006.

Authorship information

Antonella Falcone. Assegnista di Ricerca in Diritto Processuale Penale presso l'Università degli Studi di Messina, dove ha conseguito un Dottorato di Ricerca con lode e menzione di Doctor Europaeus. Svolge attività didattica e di ricerca in ambito nazionale e internazionale. Membro del Comitato Redazionale della rivista La Legislazione Penale e di Etica e diritto partecipa a progetti di ricerca nazionali e internazionali sulla giustizia penale e la tutela dei diritti fondamentali e delle garanzie partecipative nella giustizia penale. antonella.falcone@unime.it

Additional information and author's declarations
(scientific integrity)

Conflict of interest declaration: the author confirms that there are no conflicts of interest in conducting this research and writing this article.

Declaration of authorship: all and only researchers who comply with the authorship requirements of this article are listed as authors; all coauthors are fully responsible for this work in its entirety.

Declaration of originality: the author assures that the text here published has not been previously published in any other resource and that future republication will only take place with the express indication of the reference of this original publication; she also attests that there is no third party plagiarism or self-plagiarism.

Data Availability Statement: In compliance with open science policies, all data generated or analyzed during this study are included in this published article.

Editorial process dates (https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/about)

- Submission: 06/04/2025
- Desk review and plagiarism check: 10/04/2025
- Review 1: 23/04/2025
- Review 2: 23/04/2025
- Preliminary editorial decision: 27/05/2025
- Correction round return: 16/06/2025
- Final editorial decision: 17/06/2025

Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Associated-editor: 2 (SR; FM)
- Reviewers: 2

How to cite (ABNT Brazil):

FALCONE, Antonella. Presunzione di innocenza, accertamento penale e dimensione temporale: dalla prescrizione del reato all'improcedibilità processuale. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 11, n. 2, e1215, mai./ago. 2025. https://doi.org/10.22197/rbdpp.v11i2.1215

License Creative Commons Attribution 4.0 International.

Il tempo nella tipicita'. La misura dell'attualita' dell'offesa

The time into the crime typicity. The measure of the actuality of the offence

Gaetano Stea[1]

Università degli Studi di Bergamo, Bergamo, Italia
gaetano.stea@unibg.it
https://orcid.org/0009-0006-2399-3086

Abstract: Il tempo è un fattore che riflette un aspetto della realtà che, come ogni altro, deve trovare collocazione nella struttura articolata del *gesamter Rechtszustand*. L'istituto della «prescrizione del reato» è quell'elemento della fattispecie complessa che cattura una parte dell'immagine del tempo dell'offesa, poiché assegna rilevanza giuridica al semplice decorso temporale *post factum* con effetti estintivi del disvalore che si proietta oltre la soglia di lesività del tipo criminoso. Il tempo ha valore nella realtà, così non può essere giuridicamente ignorato e la scelta normativa è quella di attribuirgli la capacità di estinguere l'offesa al bene giuridico, secondo termini predeterminati e commisurati in astratto sull'intensità dell'allarme sociale che il fatto ipotizzato suscita nel tessuto democratico. La prescrizione, dunque, è strumentale alla regolazione della persistenza dell'offesa *post factum patratum*, agendo similmente alle dinamiche della discrezionalità politico-criminale che sostengono le scelte *una tantum* di abolizione (totale o parziale) del crimine.

[1] Dottore di ricerca in diritto penale, ricercatore *senior* (RTDB) di diritto penale nell'Università degli Studi di Bergamo, abilitato professore associato GIUR-14/A, già professore a contratto di diritto penale nell'Università del Salento e nell'Università degli Studi di Bari, docente di diritto penale nelle Scuole di specializzazione per le professioni legali di Lecce, Catanzaro, Perugia e Teramo, nonché docente titolare di diritto penale dell'ambiente (corso extracurriculare) nell'Accademia Nazionale della Guardia di Finanza di Bergamo (a partire dall'a.a. 2021/2022). Avvocato cassazionista.

Parole-chiave: prescrizione; reato; attualità; tempo; offesa; estinzione.

Abstract: *Time is a factor that reflects an aspect of reality which must find its place in the structure of the gesamter Rechtszustand, like every other aspect. The «statute of limitations» is that element of the complex case which captures a part of the image of the time of the offence, because it assigns legal relevance to the simple temporal course post factum with extinguishing effects of the depreciation that projects itself beyond the crime offense threshold. Time has a value in reality, so it cannot be legally ignored and the normative choice is to attribute to it the ability to extinguish the offense to the juridical good, according to predetermined terms, and in an abstract way, according to the intensity of the social alarm that the assumed event raises in democratic society. Therefore, the limitation is instrumental to the regulation of the persistence of the offense post factum patratum, thus acting similarly to the dynamics of political-criminal discretion that support one-off choices of abolition (total or partial) of crime.*

Keywords: *statute of limitations; crime; actuality; time; offence; extinction.*

Sommario: Introduzione; 1. Alle origini della prescrizione come *causa di estinzione del reato*. La teoria subiettiva della norma penale di Arturo Rocco: il reato come origine del rapporto giuridico punitivo ed il tempo come sua estinzione; 2. Un breve sguardo comparatistico: la prescrizione nei sistemi spagnolo, tedesco e inglese; 3. L'offesa nel reato. Piani estimatorio e temporale (statico e dinamico) del disvalore; 4. La gravità dell'offesa è l'indice dell'interesse collettivo alla punizione. La natura sostanziale della prescrizione nella lettura della Corte costituzionale; 4.1 Eccezioni alla correlazione tra pena e tempo prescrittivo: dimensione personalistica da tutelare (diritto all'oblio) e profili prettamente processuali dell'accertamento del reato; 4.1.1 L'improprio connubio tra tempo della prescrizione e ragionevole durata del processo. Annotazioni sull'eterogeneità funzionale del decorso temporale (sostanziale e processuale); 4.2. Cenni sulla dosimetria ragionevole del tempo prescrizionale; 5. Il significato del tempo nella prescrizione. *Nullum crimen sine præsente iniuria.* La prescrizione è l'indice convenzionale dell'attualità del disvalore del fatto in una società democratica; Considerazioni finali; Bibliografia

Introduzione

Il reato non è il fatto storico, ma il riflesso di quella realtà nell'«intero complesso normativo» (*gesamter Rechtszustand*) così come descritto in ogni suo elemento per un'applicazione in un numero indeterminato di casi. È un'immagine che corrisponde ad una nozione in senso normativo o giuridico, comprendente ogni fattore o coefficiente (positivo o negativo) utile a descrivere gli aspetti fattuali (naturali e umani) necessari ad identificare il fatto punibile, ovvero un complesso di proposizioni prescrittive, anche solo modificative ed estintive. Ogni fattore o elemento astratto cattura un aspetto della realtà che, combinandosi con gli altri profili del fatto assorbiti da altrettanti fattori descrittivi, compone l'immagine del fatto storico che ha rilevanza penale, ovvero quel fatto umano vissuto perfettamente corrispondente al *gesamter Rechtszustand*, a cui consegue la pena. È una lettura chiaramente funzionalistica che si spinge oltre il mero dato positivo di qualificazione formale del fatto concreto, fino a ricomprendere tutte le norme strumentali rispetto all'applicazione della pena.

La riflessione giuridica deve essere sempre supportata da argomentazioni rigorosamente fondate sul dato positivo: che spesso nascono da obiezioni a un'interpretazione dominante, tese a sostituirla con una lettura nuova[2]. Ogni riflessione trae con sé una visione diversa e talora eterodossa dell'ordinamento tutto. Un'argomentazione sciolta (*absoluta*) da qualsiasi pre-comprensione, è puramente immaginaria.

La tesi che si intende qui esporre trae spunto dall'indicazione positiva della prescrizione come «*causa di estinzione del reato*», la cui *ratio* andrà brevemente tracciata[3].

---

[2] MANZINI, Vincenzo, Trattato di diritto penale italiano, III, Torino, Utet, 1981, 530, nota 5, dopo aver indicato tutte le interpretazioni elaborate dalla dottrina sul fondamento della prescrizione, afferma che «fatta eccezione per le teorie manifestamente fantastiche o insufficienti, c'è del vero e del falso in tutte le altre, come suole accadere di ogni teoria politico-penale».

[3] L'attuale disciplina italiana consente di distinguere due aspetti della prescrizione del reato: sostanziale quello del tempo ordinario (art. 157-158 c.p.), relativo al diritto di punire; e processuale quello del regime di sospensione e interruzione (art. 159-161 c.p.), relativo alle vicende processuali del concreto esercizio dell'azione penale, almeno fino alla decisione di primo grado

1. Alle origini della prescrizione come *causa di estinzione del reato*. La teoria subiettiva della norma penale di Arturo Rocco: il reato come origine del rapporto giuridico punitivo ed il tempo come sua estinzione.

Il principio ispiratore della giustizia fascista era incompatibile con qualsiasi ostacolo ideale o deroga all'applicazione della pena come conseguenza del reato; tuttavia, si tenne conto di quella che il Guardasigilli definì «una legge inesorabile di natura (...) l'azione corroditrice del tempo», che impedisce di sottrarre alla sua influenza estintiva il rapporto giuridico-penale di natura squisitamente pubblicistica[4]. Tale aspetto introduce alla significativa innovazione apportata dalla novella rispetto al Codice Zanardelli (1889), collocando la prescrizione tra le cause di estinzione del reato e non dell'azione penale, in virtù di una diversa e forse nuova concezione scientifica sostanziale del crimine. Non si tratta, dunque, di una semplice modifica lessicale, ma di una precisa volontà di garantire maggior coerenza sistematica, «riunendo in un unico titolo tutti quegli istituti in grado di incidere negativamente sul *jus puniendi*, e di costruire un sistema aderente alle più recenti acquisizioni dogmatiche relative al concetto di azione penale e di potestà punitiva, nonché alla nozione di reato e ai suoi rapporti con la punibilità»[5]. Tale concezione scientifica ha per base la stessa struttura del reato[6]. Nella Relazione al Re, Rocco,

(art.161-*bis* c.p.). Una distinzione suggerita dall'eterogeneità dei fini del tempo della prescrizione rispetto al tempo ragionevole di durata del processo, evidenziata dall'istituto dell'improcedibilità di cui all'art.344-*bis* c.p.p., che «scandisce i tempi delle singole impugnazioni a pena dell'improcedibilità dell'azione» (MORELLI, Francesco, L'improcedibilità per decorso del tempo fa evaporare le impugnazioni ordinarie, *Discrimen*, 29 luglio 2021).

[4] *Relazione del Ministro Guardasigilli Rocco sul progetto definitivo di un nuovo codice penale*, in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, Vol. V, parte I, Roma, 1929, p. 206

[5] SILVANI, Silvia, Lineamenti per una storia della prescrizione penale. Dall'Ottocento al codice Rocco, in Materiali per una storia della cultura giuridica, 2, 2003, p.456

[6] JANNITTI PIROMALLO, Alfredo Il nuovo codice penale italiano nel progetto preliminare, Milano, 1928, pp.135, 136, nella sintesi della nuova concezione scientifica sostanziale, riferisce che «lo Stato stabilisce legislativamente che in alcuni casi non si debba applicare la pena per un fatto, che, salvo la valutazione di motivi personali, implica normalmente responsabilità penale,

muovendo dalla concezione del reato come fatto giuridico produttivo di pena, giungeva a ritenere che la causa che interviene ad estinguere l'«efficienza giuridica penale del fatto» (ovvero la sua capacità di dar luogo ad una sanzione) determinerà, per il medesimo, la perdita della qualifica di reato – quantunque esso sopravviva come fatto giuridico per altre conseguenze di diritto e come fatto storico: si produce, pertanto, l'estinzione del reato quando viene a cessare la possibilità, per lo Stato, di realizzare la propria pretesa punitiva[7]. Tale ragione era stata significata anche nella Relazione del 1929, laddove il Ministro Guardasigilli, nell'argomentare la modifica dell'espressione relativa alle cause estintive aveva precisato che le stesse «non investono né l'azione penale, né la condanna, la quale, anche dopo l'estinzione della pena inflitta continua a produrre normalmente i suoi effetti non solo civili, ma anche penali», ma, di contro, riguardano «il diritto di punire dello Stato, la sua pretesa giuridica all'applicazione della legge penale e della pena; insomma se esse si riferiscono al rapporto giuridico punitivo nascente dal reato, e non già al rapporto giuridico processuale nascente dal promovimento dell'azione penale, la esigenza di una rettificazione della terminologia adottata dal Codice del 1889 appare pienamente manifesta»[8].

Da ciò, è chiaro che la *ratio* ispiratrice della modifica lessicale si fondava sull'esigenza di sottolineare la natura sostanziale del rapporto giuridico tra Stato e reo nascente dal reato, o meglio la sua appartenenza al diritto penale materiale, piuttosto che a quello processuale, utilizzando,

---

perché considera, nel momento formativo della legge, il concorso di talune circostanze oggettive e soggettive d'interesse assolutamente o prevalentemente collettivo, riconoscendo ad esse appunto, in via di eccezione, la forza di far venir meno un quid essenziale giuridicamente al mantenimento della pretesa punitiva. La concezione adottata dal codice vigente [Zanardelli], che riferisce la estinzione della pretesa punitiva all'azione penale, tien conto della impossibilità di far luogo alla persecuzione penale, che è, invece, soltanto una conseguenza dell'estinzione del reato. E tale deviazione concettuale, à, poi, notevoli ripercussioni pratiche sugli effetti della estinzione, le quali portano, naturalmente, ad erronee interferenze di diritto sostantivo e processuale».

7 *Relazione a S.M. il Re del Ministro Guardasigilli Rocco presentata nell'udienza del 19 ottobre 1930 per l'approvazione del testo definitivo del codice penale*, Roma, 1930, IX, p. 32

8 *Relazione del Ministro Guardasigilli Rocco sul progetto definitivo di un nuovo codice penale*, cit., p. 198

a ben guardare, una locuzione infelice: si fa intendere, con l'espressione *causa di estinzione del reato*, che la stessa causa incida sul reato e non, come indicato nella stessa Relazione, sul rapporto giuridico punitivo nascente dal reato[9]. Il riferimento al diritto di punire è un espresso richiamo alla teoria introdotta in Italia da Arturo Rocco sulla cd. subiettivizzazione della norma penale che parte dalla determinazione tecnico-giuridica del concetto di diritto di punire come diritto subiettivo, correlato al rapporto giuridico penale che si instaura tra Stato e reo.

In breve, nel diritto subiettivo di punire vanno distinti due momenti: (1) il momento della *facultas agendi*, consistente nel *Strafgewalt* (potere politico penale) che regolato da norme giuridiche si converte in una facoltà di volere e di agire per il raggiungimento di un fine che vede come soggetto lo Stato e come oggetto il reo che subisce l'afflizione della pena, nei limiti della dignità della persona[10]; (2) il momento della pretesa giuridica, ovvero dell'applicazione della pena che è la conseguenza giuridica dell'azione umana contraria al precetto penale. La relazione tra questi due

---

[9] Si tratta di una precisa presa di posizione del legislatore penale del '30 rispetto al dibattito sulla natura delle cause di estinzione e, in particolare, della prescrizione, utilizzando, forse impropriamente, la teoria della subiettivizzazione della norma penale.

[10] ROCCO, Arturo, Sul concetto di diritto subiettivo di punire, Prato, 1904, pp.15,16, dopo aver descritto il diritto di punire nello sviluppo storico come signoria di fatto sul reo ed annientamento del colpevole, distingue un diverso atteggiamento del sistema punitivo «affermatasi nel diritto positivo la dignità di persona, la qualità cioè di soggetto giuridico di ogni uomo come tale, né derivata non l'impossibilità di un diritto di punire, ma solo l'esigenza che esso debba rispettarne la personalità (abolizione delle pene corporali, dell'infamia, della fuorgiudica, della morte civile, della pena capitale): non potendo la persona, cui giuridicamente si riconosce il valore di fine, assumere invece nelle mani dello Stato, il valore di mezzo e, per essere oggetto di un diritto, perdere la sua qualità di soggetto». Arturo Rocco qui richiama PESSINA, Enrico, Elementi di diritto penale, Napoli, 1882, I, p.333 il quale riconosce l'esigenza che la pena non debba «colpire di menomazione la personalità umana. Imperocchè se con la pena si negasse il diritto di personalità nel delinquente, si negherebbe pure il suo debito giuridico di soggiacere alla pena, dacchè il diritto di personalità rappresenta l'attitudine incancellabile dell'uomo ad essere subietto, non pure di diritti, ma altresì di obblighi giuridici. La pena che giungesse a negare la personalità umana negherebbe se stessa come istituto giuridico e si trasformerebbe in un atto di forza maggiore della società sull'individuo».

momenti si traduce nel rapporto giuridico punitivo (*Strafrechtsverhültniss*) che non riposa sul solo interesse dello Stato a punire, ma anche su quello del reo e, come ogni altro rapporto giuridico, nasce, si modifica, si estingue, in virtù di fatti giuridici penali.

Ora, tornando al dato positivo, il Ministro Guardasigilli, per giustificare la nuova espressione lessicale, argomentava, come accennato, che, «nell'atto in cui si estingue il diritto soggettivo dello Stato all'applicazione della legge penale, inevitabilmente dalla causa estintiva rimane travolto, in confronto del soggetto, a cui questa si riferisce, lo stesso reato, quale entità giuridica, venendo a mancare quel rapporto di diritto, che si costituisce tra il reo e lo Stato, e che forma oggetto della pretesa punitiva»[11]. In altri termini, il decorso del tempo travolge, nella prospettiva del legislatore, lo stesso reato quale entità giuridica, in conseguenza della caducazione del rapporto giuridico punitivo tra Stato e reo, sotto il profilo del momento della pretesa giuridica[12].

Il rapporto giuridico punitivo (*Strafrechtsverhültniss*) ispira la teoretica oggetto di questo contributo, intendendo anche qui il reato come entità giuridica o, meglio, come complesso normativo (*gesamter Rechtszustand*), la cui tipicità oggettiva, che descrive l'offesa al bene giuridico, è dunque soggetta alla corruzione del tempo. In tal modo, si abbandona l'idea di un'offesa penale nei confronti dello Stato, di chiara matrice autoritaria-totalitaria, traghettando il supporto storico espresso dal dato positivo verso una concezione più evoluta di offesa diretta ad un interesse sociale espresso dal tessuto democratico.

---

[11] *Relazione del Ministro Guardasigilli Rocco sul progetto definitivo di un nuovo codice penale*, cit., p. 199

[12] Nella *Relazione a S.M. il Re del Ministro Guardasigilli Rocco*, cit., n.76, il Ministro Rocco è ancora più chiaro, affermando che «Il Codice non considera punto il reato come una mera entità giuridica. Il reato è certamente un fatto storico, ma è pure un fatto giuridico, in quanto è produttivo di quella conseguenza giuridica che è la pena. Ora, se interviene una causa che estingue l'efficienza giuridica penale del fatto, questo cessa di essere "reato", e però bene si dice che il reato, come tale, è estinto, quantunque il fatto sopravviva come fatto giuridico per altre conseguenze di diritto (civili, ecc.), e come fatto materiale o, se si preferisce, "storico". L'estinzione del reato, pertanto, si ha quando viene a cessare la possibilità di realizzare la pretesa punitiva dello Stato...».

2. Un breve sguardo comparatistico: la prescrizione nei sistemi spagnolo, tedesco e inglese.

Nessuna società, in nessuna epoca, ha ignorato il significato del tempo sul crimine, distinguendosi, invece, per la relativa regolamentazione, la sua natura, i suoi effetti e le *rationes* poste a fondamento dell'utilità della prescrizione, semmai ciclicamente alternandosi una maggiore o minore tolleranza verso l'impunità conseguente al solo *tempori cedere*. Non è possibile, in questa sede, un'analitica panoramica comparata della disciplina della prescrizione, potendosi accennare ai tratti essenziali, nei limiti imposti dal contributo, di quella spagnola, tedesca (*civil law*) ed inglese (*common law*)[13].

Nel sistema spagnolo[14], la prescrizione del reato è del tutto svincolata «dall'orologio dell'oblio del reato», assumendo rilievo sul piano ante-processuale[15], poiché l'esercizio dell'azione penale interrompe il *tempus praescriptionis* permanentemente, salva l'ipotesi di sospensione del processo o questo non si concluda con una sentenza di condanna. Pertanto, a ben guardare, l'interruzione della prescrizione del reato, in virtù dell'esercizio dell'azione penale, determina una «sospensione» *erga omnes* del tempo della prescrizione fino alla definizione di condanna, con possibilità di riattivazione in caso di paralisi del processo o di assoluzione dell'imputato. Attraverso, dunque, il meccanismo della riattivazione endoprocessuale, la prescrizione regola anche la durata ragionevole del processo, seppur mancando strumenti che garantiscano l'accelerazione

---

[13] Per una analisi comparata ampia, SILVANI, Silvia, Il giudizio del tempo. Uno studio della prescrizione del reato, Bologna, 2009. Interessante sulla giurisprudenza europea in tema di prescrizione del reato e rapporto con il processo, CAIANIELLO, Michele, Processo penale e prescrizione nel quadro della giurisprudenza europea. Dialogo tra sistemi o conflitto identitario?. *Revista Brasileira De Direito Processual Penal*, *3*(3), 2017, pp. 967-1006. https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i3.99

[14] La disciplina della *prescripciòn del delicto* è contenuta nel *Codigo Pènal* Título VII: *De la extinción de la responsabilidad criminal y sus efectos*, Capitulo I: *De las causas que extinguen la responsabilidad criminal*, artt.131, 132

[15] SIRACUSA, Licia, Oblio e memoria del reato nel sistema penale, Torino, Giappichelli, 2022, p.177

dell'*iter* processuale[16]. Il *dies a quo* è posto al momento del compimento (consumazione) del reato, salvo non si tratti di reati di durata, nel qual caso il *tempus* prescrizionale decorre «*en los casos de delito continuado, delito permanente, así como en las infracciones que exijan habitualidad, (...), respectivamente, desde el día en que se realizó la última infracción, desde que se eliminó la situación ilícita o desde que cesó la conducta*»[17]. In ordine alla natura – sostanziale o processuale – della prescrizione spagnola, a prescindere dalla collocazione della relativa disciplina nel codice penale tra *las causas que extinguen la responsabilidad criminal*, la dottrina maggioritaria, unitamente alla giurisprudenza, è concorde nel definire il *tempus praescriptionis* come «causa di estinzione della punibilità», che, tuttavia, non incide sulla struttura del reato (men che meno sulla colpevolezza, come potrebbe indurre a ritenere la qualificazione normativa), limitandosi ad impedire l'applicazione delle conseguenze punitive. La *ratio* è concordemente individuata nel venir meno della necessità della pena, in quanto il decorso del tempo funge da naturale strumento di risocializzazione del reo, oltre a sacrificare la finalità di prevenzione generale della punizione[18].

In Germania[19], la prescrizione del reato esclude «*die Ahndung der Tat und die Anordnung von Maßnahmen aus*» e, pertanto, il tempo prescrizionale, una volta maturato, non consente di procedere contro una persona per un determinato fatto[20]. L'interferenza del processo è

---

[16] La mancanza di strumenti di accelerazione dell'*iter* processuale non esclude un'indebita dilatazione della durata dei processi, sul punto, REY GONZALES, Carlos, La prescripciòn de la infracciòn penal en nel Còdigo de 1995, Madrid, Marcial Pons, 1999, pp.61 ss.

[17] In tali termini riformato dalla Ley Organica 4/2023, del 27 aprile, pubblicata il 28 aprile 2023 ed entrata in vigore il successivo 29 aprile.

[18] Fra i tanti, MORILLAS CUEVA, Lorenzo, Acerca de la prescripciòn de los delictos y de las penas, Granada, Granada University Press, 1980, pp.22 ss. Per un'analisi approfondita anche delle tesi processualistiche minoritarie, SIRACUSA, Licia, Oblio e memoria del reato nel sistema penale, cit., pp.187 ss.

[19] La prescrizione del reato (*Verfolgungsverjährung*) è collocata nello *Strafgesetzbuch* (StGB) ai §§ 78-78c.

[20] Per utili riferimenti bibliografici e giurisprudenziali, HELFER, Margareth, La prescrizione del reato: quali rapporti tra Diritto e Tempo in Germania, in Austria e, di recente in Italia? Disponibile in: https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/upload/9477-helfer1117.pdf. Più recente, nella dottrina

regolata dagli istituti della sospensione e dell'interruzione posti a presidio dell'interesse dello Stato all'accertamento delle responsabilità del reo ed alla conseguente punizione. In breve, i casi di sospensione sono strettamente obiettivi e riguardano situazioni extra processuali indipendenti dall'attività giudiziaria, che ostacolano la regolare continuazione del procedimento penale. È prevista, altresì, un'ipotesi di sospensione *sui generis* permanente (o dilazione del *dies ad quem*) del *tempus praescriptionis* dal terzo comma del § 78b StGB, secondo cui, «se prima del decorso del termine di prescrizione è intervenuta una sentenza di primo grado, il termine di prescrizione decorre non prima del momento in cui il processo si conclude con sentenza definitiva». Pertanto, le fasi di appello e di legittimità sono escluse dal computo della prescrizione. I casi che interrompono la prescrizione sono tassativamente elencati nel § 78c StGB. Dopo ciascuna interruzione, la prescrizione ricomincia a decorrere nuovamente sin dall'inizio. Il reato è tuttavia al più tardi prescritto quando dal *dies a quo* sia trascorso il doppio del termine ordinario di prescrizione previsto al § 78 StGB, fatta salva la regola di cui al § 78b StGB. Per quanto riguarda il suo inquadramento giuridico, l'orientamento maggioritario, soprattutto in giurisprudenza, propende per la natura processuale, ravvisando le *rationes*, da un lato, nell'economia e nell'efficienza processuale (*Verfahrensökonomie*) e, dall'altro, nell'incidenza del decorso del tempo sull'efficace possibilità di un serio accertamento probatorio del fatto (*Beweisvergänglichkeit*). La prescrizione, dunque, rappresenterebbe un ostacolo alla prosecuzione del processo, ovvero una causa d'improcedibilità sopravvenuta (*Verfolgungshindernis*), restando inalterato il disvalore del fatto. Di contro, la natura sostanziale della prescrizione è una lettura assolutamente minoritaria: il *tempus praescriptionis* sarebbe una causa di esclusione del reato (*Unrechtsaufhebungsgrund*), facendo venir meno il diritto di punire dello Stato per la sopravvenuta liceità penale del fatto realizzato. Altra parte della dottrina, pur condividendo il fondamento (*Grund*) sostanziale della prescrizione poiché legato alle finalità punitive, sostiene la natura strettamente processuale della prescrizione qualificandola come causa di esclusione della perseguibilità del fatto.

---

tedesca, GREGER, Anette, LOHSE, Kai, VALERIUS, Brian, WEINGARTEN, Jochen, Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar, §§ 69-79c StBG, 6, Berlino, De Gruyter, 2024.

I sistemi di *common law* non conoscono la prescrizione così come definita nei Paesi di diritto continentale[21]. Ed invero, il diritto inglese contempla un limite temporale (*time limit*) riferito all'esercizio del potere di proporre l'azione in giudizio, ponendo come fulcro dell'intero sistema penale l'esigenza di garantire la ragionevole durata del processo (*due process of law*). Non dissimilmente, tuttavia, dai sistemi di *civil law*, i *time limits* si distinguono in base alla categoria di *offence* ed ai criteri di competenza processuale (dettati dal *Magistrates' Court Act* del 1980). Così, i *summary offences* sono di gravità inferiore e di competenza del giudice monocratico, mentre gli *indictable offences* sono puniti con una pena detentiva superiore a tre mesi e la relativa cognizione è affidata alle *Magistrate's Courts* oppure alla *Crown Court* (integrate dal *jury*). Il *time limit* dei *summary offences* è fissato in sei mesi dalla consumazione del reato, a meno che la legge non stabilisca termini diversi per specifici reati[22]. Nell'ipotesi di *indictable offences*, non sono previsti limiti temporali alla *prosecution*. La centralità delle finalità del tempo ragionevole del processo è stigmatizzata dalla *staleness doctrine*: nell'ipotesi di *indictable offence*, come detto, non soggetto ad un *time limit*, tuttavia, il *Crown Prosecution Service* valuta la concreta possibilità di perseguire il reo, in relazione all'affidabilità probatoria dell'accusa e alla persistenza di *public interest criteria* all'esercizio dell'azione penale.

Una brevissima considerazione. A prescindere dalle differenti regolamentazioni che orientano la qualificazione della natura – sostanziale o processuale – del tempo prescrizionale, non è possibile smentire che la misura dell'interesse pubblico alla persecuzione o all'accertamento del reato è commisurata alla gravità dell'offesa al bene giuridico – che altro non è che l'interesse sociale tutelato: così, in Spagna ove l'art.131 c.p. es. fissa i termini di prescrizione in base ad un sistema di fasce di gravità dei *delictos*,

---

[21] Fondamentale, HOCHMAYR, Gudrun, A Comparative Analysis of Statutes of Limitation, Die Verjährung als Herausforderung für die grenzüberschreitende Zusammenarbeit in Strafsachen, 2021, pp. 708 ss.

[22] Ad esempio, è prevista l'estensione del *time limit* per il *Benefit Fraud* in virtù di quanto previsto dal *Social Security Fraud Act* del 2001 (art. 17), oppure per gli *Animal cruelty offences* ai sensi del *Animal Welfare Act* del 2006 (*Section* 31) o, ancora, per alcuni *Building offences* dal *Climate Change and Sustainable Energy Act* del 2006 (art. 13).

fatta salva l'imprescrittibilità dei crimini contro l'umanità, il genocidio, i crimini di guerra ed i reati in materia di terrorismo; così anche in Germania ove i termini necessari a prescrivere sono proporzionati alla gravità del reato (§ 78, co. 2, 3, 4 StGB), anche qui fatta salva l'imprescrittibilità del *Mord* (omicidio doloso aggravato), il genocidio, i crimini contro l'umanità ed i crimini di guerra; così, persino, nonostante la notevole distinzione di disciplina, nel sistema inglese in cui l'imprescrittibilità dei crimini più gravi (*indictable offences*) è mitigata solo dalla verifica in concreto dell'effettiva *sostenibilità* dell'accusa in un *due process* e, soprattutto, alla verifica della persistenza di un *public interest*. Pertanto, in ogni Stato di diritto, il nesso tra tempo e offesa è ineludibile.

3. L'offesa nel reato. Piani estimatorio e temporale (statico e dinamico) del disvalore.

L'offensività della condotta umana è un carattere fondamentale della responsabilità penale, ormai di rango costituzionale, nel senso che non è più limitata a parametro di valutazione della sussistenza del fatto di reato, nel momento di accertamento e di applicazione, ma anche come criterio di sindacabilità della legittimità costituzionale delle norme penali, con alcuni limiti[23]. L'offensività o necessaria lesività (unitamente

[23] Nella sterminata bibliografia tra i più significativi, ai fini del presente contributo, CATERINI, Mario. Reato impossibile offensività. Un'indagine critica, Napoli, ETS, 2004; DONINI, Massimo, Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei. Disponibile in: https://dpc-rivista-trimestrale.criminaljusticenetwork.eu/pdf/DPC_Trim_4-2013-10-49.pdf. Accesso il 15 marzo 2025; DONINI, Massimo, "Danno" e "offesa" nella tutela penale dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell'"offense" di Joel Feinberg, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, pp. 1546 ss., pp. 1552 ss.; MANES, Vittorio, Il principio di offensività tra codificazione e previsione costituzionale, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, pp. 147 ss.; MANES, Vittorio, Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza, Torino, Giappichelli, 2005, pp. XVI-329; ROMANO, Mario, La legittimazione delle norme penali: ancora su limiti e validità della teoria del bene giuridico, *Criminalia*, 2011, pp. 33 ss.; STEA, Gaetano, I principi di diritto penale nella giurisdizione europea, Pisa, Pisa University Press, 2014, pp. 135 ss.; STEA, Gaetano, L'offensività come criterio di proporzione dell'opzione penale, *Arch. Pen.*, 2013, 3, pp. 775 ss.

al principio di materialità) fissa gli estremi contenutistici all'utilizzo della sanzione penale ed alla tipizzazione delle fattispecie solo in relazione a fatti esteriori connotati da un disvalore sociale particolarmente significativo, tale da poter giustificare la risocializzazione del reo solo con l'applicazione della sanzione afflittiva (pena). Tale principio individua come meritevoli di tutela penale soltanto interessi socialmente rilevanti ed individuabili nella sola Costituzione[24]. La giurisprudenza costituzionale ha da tempo precisato che la necessaria lesività, astrattamente, costituisce un limite all'attività del legislatore e, concretamente, determina un onere per il giudice che, «nel momento applicativo, deve accertare, in concreto, se il comportamento posto in essere lede effettivamente l'interesse tutelato dalla norma»[25], al fine di «impedire una arbitraria ed illegittima dilatazione della sfera dei fatti da ricondurre al modello legale»[26].

Nella prospettiva di approfondimento di questo contributo, è necessario appuntare l'attenzione sull'offesa che «è la concretizzazione, l'essenza, del principio di offensività»[27], mentre il bene giuridico ne è il necessario supporto. In breve, l'offesa al bene giuridico può declinarsi in diverse tecniche di tutela e, dunque, consistere in una lesione, ovvero un nocumento effettivo del bene tutelato, oppure in una messa in pericolo, che si realizza in un nocumento potenziale del bene, che, dunque, viene solo

---

[24] La *ratio* della relazione offesa-bene giuridico di rilevanza costituzionale nella lezione bricoliana, v. CANESTRARI, Stefano, CORNACCHIA, Luigi, DE SIMONE, Giulio, Manuale di diritto penale. Parte generale, II Ed., Bologna, Il Mulino, 2017, pp. 236 ss.; DONINI, Massimo, *L'eredità di Bricola e il costituzionalismo penale come metodo. Radici nazionali e sviluppi sovranazionali*. Disponibile in: https://dpc-rivista-trimestrale.criminaljusticenetwork.eu/pdf/DPC_Trim_2_2012-55-78.pdf Per voci di dissenso, v. MARINUCCI, Giorgio, DOLCINI, Emilio, Costituzione e politica dei beni giuridici, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, pp. 345 ss.; DE FRANCESCO, Giovannangelo, Programmi di tutela e ruolo dell'intervento penale, Torino, Giappichelli, 2004, pp. 47 ss.

[25] Corte cost. 21 novembre 2000, n.519. Tutte le decisioni della Corte costituzionale citate nel contributo sono disponibili in: https://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do

[26] Per un'ampia rassegna, NEPPI MODONA, Guido, Il lungo cammino del principio di offensività, in Studi in onore di M. Gallo, Torino, Giappichelli, 2004, pp. 89 ss.

[27] MANTOVANI, Ferrando, FLORA, Giovanni, Diritto penale. Parte generale, Padova, XII Ed., Cedam, 2023, p. 186

minacciato. L'offesa non è una categoria formale, piuttosto «conformante», nel senso che ha la capacità di far assumere al fatto storico rilevanza penale e, secondo la concezione realistica, rendere effettivamente tipico il *factum patratum*: ciò significa che il requisito dell'offesa non viene considerato necessariamente insito in un fatto che riproduca le note descrittive proprie di una figura criminosa, ma esprime l'esigenza che tale fatto, oltre a possedere i connotati formali tipici, si presenti, anche, nel caso concreto, e non unicamente in astratto, carico di significato in forza del quale è assunto come fattispecie produttiva di conseguenze giuridiche.

L'offesa conformante il fatto storico ha due dimensioni, oggettiva e soggettiva. Ai fini della discussione qui tracciata, va appuntata l'attenzione sulla sola dimensione oggettiva, in cui si fondono due componenti, l'una, *obiettiva*, l'altra, *subiettiva*: la prima riguarda solo i tratti dell'elemento oggettivo del fatto illecito (l'evento-offesa e le modalità offensive della condotta, il nesso di rischio tra condotta e risultato); l'altra, che già anticipa la causalità perché adatta la condotta causante, accoglie nell'alveo dell'offesa la posizione (oggettiva) del dolo e la misura (oggettiva) della colpa, così concorrendo a delineare i tratti essenziali del fatto tipico[28]. Sulla scorta di tali considerazioni, appena tracciate, non vi è dubbio che quando si indaga sull'offesa al bene giuridico, si è all'interno della tipicità, poiché l'indagine sulla tipicità pone l'interrogativo sulla conformità, non solo, del fatto al tipo descritto nella fattispecie (tipicità formale), ma anche della sua carica lesiva (danno o pericolo) del bene giuridico tutelato (tipicità sostanziale). Come detto, per identificare l'illecito penale è necessario che l'intero fatto storico, comprensivo della sua carica di offesa, corrisponda perfettamente al fenotipo ipotizzato nel modello legale, poiché la sua rilevanza è condizionata anche al ravvisarsi di «un effettivo contrasto tra il significato assunto dalla vicenda ed i valori della collettività»[29]. L'apprezzamento "realistico" concernente la dimensione del disvalore creato dall'avvenimento umano occupa un proprio e distinto spazio di accertamento. Pertanto, l'offesa oggettiva è un fattore che appartiene

---

[28] CANESTRARI, Stefano, CORNACCHIA, Luigi, DE SIMONE, Giulio, Manuale di diritto penale, cit., p. 644

[29] FALCINELLI, Daniela, L'attualità dell'offesa. Desistenza volontaria e generi del disvalore penale, Torino, Giappichelli, 2009, p. 67

all'elemento della tipicità, da accertare processualmente al pari di ogni altro aspetto del fatto concreto, poiché l'offesa cattura il «disvalore del fatto» che è, come noto, il parametro di proporzione della pena.

Il disvalore del fatto è un'entità graduabile, dipendente dalla relazione offesa-bene giuridico, che considera una maggiore o minore intensità dell'incidenza lesiva o pericolosa del comportamento umano sulla tutela dell'interesse sociale protetto e, quindi, utile parametro dosimetrico della pena in astratto.

Tuttavia, il disvalore non si proietta solo su un piano *estimatorio*, ma necessariamente anche su uno *temporale*. Questa dimensione dell'offesa appartiene alla struttura della fattispecie complessa, non solo, rispetto alla descrizione del fatto incriminato, in cui, alcune volte, la durata dell'offesa coglie un'immagine della realtà caratterizzata dall'estensione spaziale della carica lesiva (si pensi ai c.d. reati di durata[30]), spostando in avanti il *tempus consummati delicti*, ma soprattutto rispetto alla sua *attualità* nel momento di accertamento del reato.

La prescrizione è proprio la misura temporale predeterminata della persistenza dell'offesa nel fisiologico dinamismo sociale, che decorre dal *tempus consummati delicti*.

4. La gravità dell'offesa è l'indice dell'interesse collettivo alla punizione. La natura sostanziale della prescrizione nella lettura della Corte costituzionale.

Nella giurisprudenza della Corte costituzionale non vi sono dubbi sulla natura sostanziale e certamente penale della prescrizione del reato[31], così attirandola nell'alveo garantistico dell'art.25, co.2, Cost., in quanto il decorso del tempo non si limita ad estinguere l'azione penale, ma elimina la punibilità in sé e per sé, nel senso che costituisce «una causa di rinuncia totale dello Stato alla potestà punitiva»[32]. Tale effetto,

---

[30] La permanenza è un attributo che informa nella realtà il comportamento vietato legato al concetto di consumazione, fintantoché esprime il disvalore tipico del fatto vissuto.

[31] *Ex multis*, Corte cost. 31 maggio 2018, n.115

[32] Corte cost. 23 novembre 2006, n.393

peraltro, esprime l'«interesse generale di non più perseguire i reati rispetto ai quali il lungo tempo decorso dopo la loro commissione abbia fatto venir meno, o notevolmente attenuato, insieme al loro ricordo, l'allarme della coscienza comune, ed altresì reso difficile, a volte, l'acquisizione del materiale probatorio»[33]. Pertanto, le norme sulla prescrizione dei reati, ove più favorevoli al reo, rispetto a quelle vigenti al momento della commissione del fatto, devono conformarsi, in linea generale, al principio previsto dall'art.2, co.4, c.p.

Va segnalato un dato linguistico significante. Nelle prime pronunce in cui la Consulta ha declinato la *ratio* della prescrizione penale[34], si distingue l'effetto attenuativo del tempo, da un lato, sul ricordo (o memoria) del fatto e, dall'altro, sull'allarme sociale originato dallo stesso, da cui emergerebbero due significati distinti, tuttavia connessi l'uno, rispetto all'altro. La *ratio* fondante il *tempori cedere* non è legata solo alla memoria sociale del fatto di reato, ma si radica anche sull'allarme sociale che si riconnette alla perdita di memoria del fatto. Efficacemente è stato spiegato che «il rapporto fra allarme sociale e ricordo sociale – la cui cessazione dà luogo alla prescrizione – è quello intercorrente fra due cerchi concentrici, dei quali il secondo possiede un'estensione comunque maggiore del primo», posto che «tutti i casi rispetto ai quali si riscontra, *rectius* si può riscontrare, (un) allarme sociale sono anche ipotesi in relazione alle quali è dato rilevare un ricordo sociale del reato; mentre non vale la reciproca»[35]. E così, è certamente possibile conservare, a distanza di molti anni, la memoria di reati anche molto gravi realizzati in passato, senza che, peraltro, se ne avverta il pericolo di un'eventuale reiterazione; ciò perché, ad esempio, è venuto meno il retroterra storico-sociale della loro commissione[36].

---

[33] Corte cost. 16 dicembre 1971, n.202

[34] Corte cost. 16 dicembre 1971, cit.; Corte cost. 19 marzo 1983, n.68

[35] MANTOVANI, Marco, La prescrizione della pena. Spunti comparatistici per la rimeditazione di un istituto negletto, Torino, 2008, pp.82, 83

[36] Così MANTOVANI, Marco, La prescrizione della pena, cit., p.83 riporta, a titolo esemplificativo, il ricordo dei gravissimi fatti delittuosi commessi nel nostro Paese, a scopo di terrorismo, fra gli anni '70 e '80 del secolo scorso, di cui, tuttavia, non se ne potrà più avvertire il relativo allarme sociale, stante il venir meno delle condizioni politico-culturali entro le cui coordinate questi avevano avuto luogo.

Nella giurisprudenza successiva[37], la Corte costituzionale ha sistematicamente individuato la *ratio* della prescrizione nell'affievolimento del solo «allarme della coscienza comune», addirittura, interlineando, nel richiamo dei precedenti, l'espressione «insieme al loro ricordo», così esprimendo l'intenzione di dare una lettura diversa rispetto al passato, facendo coincidere il nesso fondativo del tempo estintivo non con la memoria del fatto, ma solo con l'allarme sociale *post factum patratum*[38].

Ora, il *quantum* prescrizionale è tradizionalmente correlato alla gravità dell'offesa in astratto, poiché ancorato «al livello quantitativo della sanzione, indice del suo maggiore o minor disvalore nella coscienza sociale»[39], come indicato dalla regola imposta dall'art.157 c.p. e, di recente, ripresa, anche a livello sovranazionale, espressamente dall'art.11 della direttiva 2024/1203/UE sulla «*tutela penale dell'ambiente, che sostituisce le direttive 2008/99/CE e 2009/123/CE*».

4.1 Eccezioni alla correlazione tra pena e tempo prescrittivo: dimensione personalistica da tutelare (diritto all'oblio) e profili prettamente processuali dell'accertamento del reato.

Se questa è, dunque, la regola di stima del tempo necessario a prescrivere, al legislatore non è inibito introdurvi delle deroghe, non potendo in essa scorgersi un «momento necessario di attuazione - o di salvaguardia - dei principi costituzionali»[40], così ammettendosi la possibilità di stabilire termini di prescrizione più lunghi di quelli ordinari in rapporto a determinate ipotesi criminose, tenuto conto di alcune

---

[37] Corte cost. 28 luglio 1999, n.373 (ord.); Corte cost. 23 novembre 2006, cit.; Corte cost. 28 marzo 2008, n.72; Corte cost. 1 agosto 2008, n.324; Corte cost. 20 novembre 2008, n.384

[38] Gli ultimi provvedimenti normativi in tema di prescrizione testimoniamo come il richiamo a tale concetto rappresenti il fondamento delle modifiche al volto della prescrizione così come emerge dalla Relazione del Ministro della Giustizia sull'amministrazione della Giustizia per l'anno 2019, in cui, come sarà approfondito nell'ultima parte, si fa riferimento al fatto che una riforma dell'istituto prescrizionale rappresenta una priorità «al fine di incrementare il grado di fiducia e sicurezza dei cittadini nel servizio giustizia».

[39] Corte cost. 28 maggio 2014, n.143

[40] Corte cost. 30 dicembre 1998, n. 455

coordinate: (1) le specifiche caratteristiche degli illeciti considerati; (2) la ponderazione complessiva degli interessi coinvolti; (3) il particolare allarme sociale generato da alcuni tipi di reato che «comporti una "resistenza all'oblio" nella coscienza comune più che proporzionale all'energia della risposta sanzionatoria»[41]; (4) la speciale complessità delle indagini richieste per il loro accertamento e dalla laboriosità della verifica dell'ipotesi accusatoria in sede processuale, tenuto conto anche dell'esercizio del diritto di difesa che determina un fisiologico allungamento dei tempi necessari per pervenire alla sentenza definitiva.

La *ratio* della prescrizione è così legata «sia all'affievolimento progressivo dell'interesse della comunità alla punizione del comportamento penalmente illecito, valutato, quanto ai tempi necessari, dal legislatore, secondo scelte di politica criminale legate alla gravità dei reati, sia al "diritto all'oblio" dei cittadini, quando il reato non sia così grave da escludere tale tutela»[42], con la possibilità di selezionare termini diversi in luogo di quelli ordinari nel rispetto dei principi di uguaglianza e ragionevolezza secondo le coordinate sopra indicate[43].

Alcune osservazioni. In *primis*, l'accento è chiaramente posto sulla gravità dell'offesa che è l'indice dell'interesse collettivo alla punizione, tale da condizionare l'aspetto personalistico della dimensione temporale: il diritto soggettivo all'oblio, infatti, è garantito dal tempo estintivo stimato sulla base dell'offesa al bene giuridico, purchè «non sia così grave da escludere tale tutela»[44]. Insomma, è possibile eliminare la tutela dell'oblio

---

41 Corte cost. 28 maggio 2014, cit.

42 Corte cost. 14 febbraio 2013, n. 23

43 AMBROSETTI, Enrico Mario, Prescrizione del reato, *Dig. Disc. Pen., Agg. X*, Torino, Utet, 2018, p.518, il quale osserva l'importanza della decisione n.143 del 2014 della Consulta, sotto due profili: «da un lato, essa conferma che un intervento legislativo limitato ad un aumento del termine prescrizionale per singole fattispecie può rivelarsi in contrasto con i principi di eguaglianza e di ragionevolezza; dall'altro, essa pone l'accento sul fatto che una riforma generale dell'istituto – nel fissare nuovi termini prescrizionali – dovrà fare riferimento non solo alla gravità dei reati e al conseguente allarme sociale, ma anche ai diversi ma non meno importanti fattori rappresentati dalla speciale complessità delle indagini richieste per l'accertamento di determinate categorie di reati e dalla relativa laboriosità della verifica dell'ipotesi accusatoria in sede processuale».

44 Corte cost. 31 maggio 2018, cit.

in base alla valutazione dell'estrema gravità dell'offesa, in quanto questa componente personalistica – che interferisce con la regola dosimetrica del tempo della prescrizione – è sussidiaria rispetto all'offesa espressa dal fatto criminoso. In altri termini, l'eccezione di tutela del diritto all'oblio conferma la regola dosimetrica del *quantum* prescrizionale in proporzione all'intensità dell'offesa al bene tutelato.

In secondo luogo, ammettere la possibilità per il legislatore di discostarsi dalla regola dosimetrica del tempo prescrizionale attingendo, come detto, alle specifiche caratteristiche degli illeciti, o alla ponderazione complessiva degli interessi coinvolti, o al particolare allarme sociale generato da alcuni tipi di reato, evidenzia, da un lato, un'errata valutazione *a monte* della gravità dell'offesa espressa nella misura sanzionatoria e, dall'altro, il riemergere costante dell'intolleranza *populistica* all'«impunità d'un malvagio»[45], indice particolare di inefficienza del sistema statale di garanzia della sicurezza sociale.

4.1.1 L'improprio connubio tra tempo della prescrizione e ragionevole durata del processo. Annotazioni sull'eterogeneità funzionale del decorso temporale (sostanziale e processuale).

La deroga al criterio dosimetrico dell'offesa per garantire il compimento delle indagini dell'accusa o le prerogative difensive dell'accusato proietta impropriamente il tempo della prescrizione sul piano processuale. Si tratta di un aspetto che merita una riflessione più puntuale, seppur nei limiti di questo contributo.

È stato attentamente osservato che «negli ultimi anni [la prescrizione] ha finito per perseguire, in modo surrettizio e prioritario» oltre «alla durata ragionevole del processo», anche il «contenimento del sovraccarico giudiziario attraverso la selezione, ad opera del pubblico ministero, dei fatti bisognosi di pena», che sono «due autentiche patologie del sistema»[46].

---

[45] MORI, Francesco, Teorica del codice penale toscano, Firenze, 1854, p.119.

[46] GIUNTA, Fausto, La prescrizione del reato: ossia la causa estintiva che visse due volte*, Criminalia,* 2017, p. 380

Appare difficilmente superabile la lucida considerazione per cui «la prescrizione non è uno strumento idoneo ad assicurare (come vorrebbe il principio iscritto nell'art. 111 Cost.) la ragionevole durata del processo penale: arriva quando il tempo ragionevole è già scaduto»[47]. Il tempo della prescrizione va certamente distinto da quello ragionevole del giudizio almeno per due ragioni.

In primo luogo, il tempo prescrizionale, come detto, è commisurato alla gravità dell'offesa e, addirittura, l'estrema gravità consente di escludere ogni possibilità estintiva al decorso temporale (ad esempio, i crimini puniti con la pena dell'ergastolo sono imprescrittibili). Di contro, l'estrema gravità del reato non sempre corrisponde ad una maggiore complessità del giudizio e, comunque, il diritto alla ragionevole durata del processo non ammette alcuna deroga, imponendo, di contro, una maggiore celerità dell'accertamento delle responsabilità di imputati di crimini di rilevante allarme sociale per ristabilire celermente la fiducia collettiva nella vigenza della norma violata[48]. In secondo luogo, il tempo della prescrizione e quello del processo sono posti su due piani paralleli che, considerata la loro eterogeneità funzionale, non sono sovrapponibili, come certamente evidenziato dall'ultima riforma che ha introdotto una disciplina propria di durata ragionevole delle fasi di impugnazione (art.344-*bis* c.p.p.), facendo cessare il decorso della prescrizione al momento della pronunzia della sentenza di primo grado.

4.2. Cenni sulla dosimetria ragionevole del tempo prescrizionale.

Tornando alle riflessioni sul criterio di stima del tempo prescrizionale, infine, appare sempre più evidente, come accennato, che la gravità del reato corrisponda all'allarme sociale, così giustificandosi il superamento del parametro di spiegazione razionale della memoria sociale del fatto – un tempo costantemente indicato dalla Consulta – e ponendosi

---

47 PULITANO', Domenico, La moralità della prescrizione per decorso del tempo, *Criminalia,* 2017, p. 420

48 Sulla prescrizione come prodotto dell'ineffettività del processo, AMBROSETTI, Enrico Mario, Abolitio criminis e modifica della fattispecie, Padova, Cedam, 2004, p.3

nella logica emergenziale della società contemporanea, alludendo al senso di insicurezza e di tensione sociale collegati alla realizzazione di episodi criminosi[49].

Il criterio quantitativo intrinseco alla stima dell'offesa vincola la valutazione politica del legislatore al principio di proporzione, così ammettendo il sindacato di ragionevolezza[50] della Corte costituzionale *ex* art.3 Cost.

Non solo, una stima di proporzionalità dell'offesa *intrinseca*, ma anche una valutazione di proporzionalità *estrinseca* (a sua volta, distinta tra l'aspetto *intra delictum* e quello *inter delicta*). Ed invero, la correlazione tra pena e prescrizione impone il vaglio di proporzione anche in relazione alla gravità della fattispecie[51], così attraendo i criteri di controllo di adeguatezza elaborati in relazione al sindacato di legalità costituzionale del rapporto reato-pena che, in ossequio a quanto stabilito dall'art.157 c.p., interessano anche il nesso pena-prescrizione.

---

[49] Per una critica al riferimento all'allarme sociale come unico fondamento giustificativo della prescrizione in considerazione del suo dipendere da fattori emozionali, cfr. EUSEBI, Luciano, Nemmeno la Corte di Giustizia dell'Unione Europea può erigere il giudice a legislatore. Disponibile in: https://dpc-rivista-trimestrale.criminaljusticenetwork.eu/pdf/eusebi_2_15.pdf, 10 dicembre 2015. Esclude la riconducibilità della sicurezza ad una categoria di bene giuridico in grado di esercitare una funzione critica, PULITANO', Domenico, Sicurezza e diritto penale, *Riv. it. dir. proc. pen.* 2009, pp. 552 ss.

[50] Sul tema della ragionevolezza, nella letteratura penalistica, in particolare, DODARO, Giandomenico, Uguaglianza e diritto penale. Uno studio sulla giurisprudenza costituzionale, Milano, Giuffrè, 2012; MANES, Vittorio, I recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività e ragionevolezza. Disponibile in: https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/upload/Manes%20off% 20rag.pdf; PULITANO', Domenico, Ragionevolezza e diritto penale, Napoli, ETS, 2012; DI GIOVINE, Ombretta, Il sindacato di ragionevolezza della Corte costituzionale in un caso facile, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, pp. 100 ss.; DI GIOVINE, Ombretta, Sul c.d. principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale in materia penale. A proposito del rifiuto totale di prestare il servizio militare, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, pp. 159 ss.

[51] Il principio di proporzione tra pena e reato ha radici storiche millenarie, cfr. PLATONE, Le Leggi, IX, 875b, in REALE, Giovanni (a cura di), Tutti gli scritti, Milano, Bompiani, 2000, p. 1649. Ampiamente, per un efficace affresco storico, CATERINI, Mario, La proporzione nella dosimetria della pena da criterio di legiferazione a canone ermeneutico, cit., pp.49 ss.

Sul punto, in breve, è indiscutibile che la proporzione dell'offesa (in astratto) è *convenzionale*, poiché non esiste alcun canone ontologico che possa ragguagliare l'eterogeneità di pena e reato, senza utilizzare criteri valoriali, ovviamente con riferimento alla fase di determinazione della cornice edittale[52], con la conseguenza che la relativa stima si traduce in una mera valutazione *politica* difficilmente controllabile se non invadendo le prerogative del legislatore democratico[53]. Tuttavia, a ben guardare, il criterio assiologico di determinazione della cornice edittale è individuabile *a posteriori*, osservando il sistema penale in cui si colloca il nuovo intervento di politica criminale e così trovando i parametri di comparazione in norme preesistenti alla novella[54].

Pena e reato, infatti, sono posti su due piani distinti: se il nesso pena-reato è meramente convenzionale e, dunque, difficilmente dotato di proporzionalità ontologica, quello tra reati può essere informato ad una proporzionalità interna, frutto di una costruzione razionale e coerente dei rapporti tra le diverse fattispecie. In altri termini, se è inverosimile valutare ontologicamente la gravità del reato, è certamente possibile individuare il criterio di proporzionalità razionale del sistema penale attraverso la comparazione delle fattispecie: se due diverse fattispecie sono sanzionate con la stessa pena, nell'apprezzamento discrezionale del legislatore dovrebbero possedere medesimo disvalore. Qui si potrebbe evidenziare l'incoerenza, ovvero potrebbe accadere che la scelta di politica

---

[52] Sulla commisurazione della pena, la bibliografia è ampia, tra gli scritti più significativi, cfr. BRICOLA, Franco, La discrezionalità nel diritto penale. Nozione e aspetti costituzionali, Milano, Giuffrè, 1965, pp. 73 ss. e 323 ss.; DOLCINI, Emilio, La commisurazione della pena. La pena detentiva, Padova, Cedam, 1968; NUVOLONE, Pietro, Il ruolo del giudice nell'applicazione della pena, in Trent'anni di diritto e procedura penale, II, Padova, Cedam, 1969, pp. 1558 ss.

[53] Nella letteratura tedesca sulla commisurazione della pena (*Strafzumessung*) ed i limiti edittali (*Strafrahmen*), volti a comprendere come la cornice edittale possa influenzare la quantificazione proporzionata della pena da applicare, cfr. *ex multis*, SCHOTT, Tilmann, Gesetzliche Strafrahmen und ihre tatrichterliche Handhabung, Baden Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2004

[54] STEA, Gaetano, L'offensività come criterio di proporzione dell'opzione penale, cit., p.23

penale del legislatore entri in collisione con la necessaria proporzione[55]. In tali ipotesi di tecnica legislativa, dunque, si evidenziano delle incoerenze sistematiche, appuntando il giudizio di proporzione non all'interno della singola incriminazione, bensì in riferimento alla possibile disparità sanzionatoria tra fattispecie affini, con identica *ratio incriminandi*. Per questa via, è evidente che il principio di proporzione ha valenza solo *negativa*, nel senso che tale principio è capace di individuare quale «non» è la corretta proporzione, ovvero di svelare le *sproporzioni*, alcune volte anche lampanti, nel sistema delle relazioni tra fattispecie, attraverso il metro dell'eguaglianza in connubio con l'offensività[56].

Tale quadro di spiegazione ermeneutica del rapporto reato-pena corrisponde alla giurisprudenza della Corte costituzionale. La Consulta, infatti, in diverse occasioni, si è interessata della proporzione delle pene, ancorandola, in diverse pronunce,al principio di uguaglianza *ex* art.3, co. 1, Cost. che «esige che la pena sia proporzionata al disvalore del fatto illecito commesso»[57], al fine di garantire sia la funzione di difesa sociale, sia quella di tutela degli individui, in relazione al teologismo rieducativo *ex* art.27, co.3, Cost.[58].

Alla proporzione-ragionevolezza *intra delictum*, i giudici delle leggi aggiungono, come ipotizzato, l'ulteriore parametro di controllo *inter delicta*

---

[55] In questi termini, CATERINI, Mario, La proporzione nella dosimetria della pena da criterio di legiferazione a canone ermeneutico, cit., p.60, riporta i seguenti esempi: due reati che offendono lo stesso bene giuridico con modalità analoghe, sanzionati con pene differenti; oppure due reati aventi ad oggetto sempre lo stesso interesse, ma con modalità distinte, le une palesemente e obiettivamente più gravi delle altre, sanzionati, comunque, con la medesima pena o, addirittura, invertendo i disvalori, il primo con una sanzione meno severa del secondo.

[56] CATTANEO, Mario Alessandro, Pena diritto e dignità umana: saggio sulla filosofia del diritto penale, Torino, Giappichelli, 1990, p. 104

[57] Corte cost., 18 luglio 1989, n. 409, secondo cui «il principio di uguaglianza (...) esige che la pena sia proporzionata al disvalore del fatto illecito commesso, in modo che il sistema sanzionatorio adempia, nel contempo, alla funzione di difesa sociale ed a quella di tutela delle posizioni individuali», e si è precisato che «le valutazioni all'uopo necessarie rientrano nell'ambito del potere discrezionale del legislatore, il cui esercizio può essere censurato (...) soltanto nei casi in cui non sia stato rispettato il limite della ragionevolezza».

[58] Per tutte, Corte cost. 12 luglio 1995, n. 313; Corte cost. 28 luglio 1993, n. 343

di ragionevolezza dei rapporti dosimetrici tra le pene di più fattispecie ritenute omogenee, affini o con identica *ratio*. Occorre, pertanto, il ricorso al *tertium comparationis* secondo un'argomentazione triadica di confronto della fattispecie incriminatrice con altre omogenee[59]. La Corte, dunque, ritiene possibile intervenire sulla dosimetria della pena legata ad una certa fattispecie, a condizione che la disposizione impugnata preveda una condotta sostanzialmente identica e stabilisca una pena più grave rispetto al *tertium comparationis*, altrimenti la scelta resta affidata alla discrezionalità del legislatore[60]. In altre decisioni, la Corte ha massimizzato il sindacato

---

[59] Fra le tante, Corte cost. 30 luglio 1981, n. 162; Corte cost. 26 novembre 2004, n. 364; Corte cost., ord. 21 aprile 2006, n. 170; Corte cost., ord. 13 giugno 2006, n. 229; Corte cost., 2 febbraio 2007, n. 22, *Giur. cost*., 2007, 1, p. 151, con nota di BRUNELLI, David, La Corte costituzionale "vorrebbe ma non può" sulla entità delle pene: qualche apertura verso un controllo più incisivo della discrezionalità legislativa?, pp. 181 ss.; Corte cost., 14 novembre 1997, n. 329, *Foro it*., 1998, I, 26, con nota di FIANDACA, Giovanni, Altro passo avanti della Consulta nella rabberciatura dei reati contro la religione, pp. 26 ss.; Corte cost., 25 luglio 2001, n. 287; Corte cost., 9 luglio 2002, n. 327; Corte cost., 29 aprile 2005, n. 168; Corte cost. 23 novembre 2006, n. 394.

[60] Restando alle decisioni di accoglimento, ulteriori puntualizzazioni sul principio di proporzione sono state condotte nella sentenza n. 391 del 1994, dichiarativa dell'illegittimità costituzionale del minimo edittale previsto per la fattispecie di oltraggio (art. 341 c.p.): la decisione, infatti, pur confermato «il principio secondo cui appartiene alla discrezionalità del legislatore la determinazione della quantità e qualità della sanzione penale» e ribadito che «non spetta (...) alla Corte rimodulare le scelte punitive effettuate dal legislatore, né stabilire quantificazioni sanzionatorie», richiama nondimeno il proprio compito di «verificare che l'uso della discrezionalità legislativa in materia rispetti il limite della ragionevolezza», e «di valutare la rispondenza della previsione contestata (...) segnatamente al principio di proporzionalità» (decisivo, nel caso di specie, per rilevare la irragionevole sproporzione del minimo edittale e i casi più lievi di oltraggio, anche in base al raffronto con il reato di ingiuria, previsto all'art. 594 c.p.). Ancora, Corte cost. 23 marzo 2016, n. 56, che dichiara l'incostituzionalità dell'art. 181, co.1-*bis*, d.lgs. 42/2004, là dove è comminata una pena più o meno rigorosa, a seconda che la violazione incida su beni sottoposti a vincolo provvedimentale o su beni sottoposti a vincolo legale, afferma, fra l'altro, come la regolamentazione delle due fattispecie abbia subito, nell'arco di pochi anni, modifiche altalenanti, essendo state colpite dapprima più severamente le violazioni incidenti su beni vincolati per legge, poi entrambe allo stesso modo, e da ultimo più severamente le violazioni incidenti su beni vincolati in via provvedimentale: «si è dunque in presenza di una legislazione ondivaga, non giustificata né da sopravvenienze fattuali né dal

sulla pena applicando il principio di proporzionalità, in relazione al solo art.27, co.3, Cost., in casi in cui la punizione comminata dal legislatore fosse manifestamente sproporzionata «non tanto in rapporto alle pene previste per altre figure di reato, quanto piuttosto in rapporto – direttamente – alla gravità delle condotte abbracciate dalla fattispecie astratta, senza che sia più necessaria l'evocazione di alcuno specifico *tertium comparationis* da parte del rimettente»[61].

In conclusione, l'offesa al bene giuridico tutelato è il criterio di stima della ragionevolezza/proporzionalità della pena e, *mutatis mutandis*, in virtù della regola dosimetrica espressa dall'art.157 c.p., del tempo prescrizionale, derogabile in eccesso per esigenze probatorie da bilanciare, pur sempre, con la dimensione temporale dell'identità personale (diritto all'oblio)[62] che, tuttavia, si badi, può essere totalmente neutralizzata nell'ipotesi di crimini di «estrema gravità»[63], essendo, come detto, sussidiaria rispetto alla valutazione di particolare allarme sociale che il crimine ipotizzato esprime nel tessuto sociale.

---

mutare degli indirizzi culturali di fondo della normativa in materia; e già questo è sintomo di irragionevolezza della disciplina attuale. Tale irragionevolezza è resa poi manifesta dalla rilevantissima disparità tanto nella configurazione dei reati (nell'un caso delitto, nell'altro, contravvenzione), quanto nel trattamento sanzionatorio, in relazione sia alla entità della pena che alla disciplina delle cause di non punibilità ed estinzione del reato». Va segnalata anche Corte cost. 10 novembre 2016, n. 236, che dichiara l'incostituzionalità dell'art. 567, co. 2, c.p., nella parte in cui punisce l'alterazione di stato mediante falso con la pena della reclusione da cinque a quindici anni, anziché con quella - contemplata dal primo comma del medesimo articolo per l'omologo reato di alterazione di stato mediante sostituzione di neonato - della reclusione da tre a dieci anni. Di recente, Corte cost. 22 marzo 2024, n.46, § 3.3 (*Considerato in diritto*).

61 Corte cost. 10 maggio 2019, n.112, § 8.1.3 (*Considerato in diritto*). Per un'ampia disamina dell'orientamento costituzionale sul sindacato di proporzionalità della pena, VIGANO', Francesco, La proporzionalità nella giurisprudenza recente della Corte costituzionale: un primo bilancio. Disponibile in: https://www.sistemapenale.it/it/articolo/vigano-la-proporzionalita-nella-giurisprudenza-recente-della-corte-costituzionale-un-primo-bilancio. Da ultimo, Corte cost. 4 febbraio 2025, n.7.

62 Corte cost. 28 maggio 2014, n.143

63 *Ex multis*, Corte cost. 31 maggio 2018, cit.

5. Il significato del tempo nella prescrizione. *Nullum crimen sine præsente iniuria*.

Si è detto che il disvalore del fatto umano deve permanere fino all'accertamento definitivo dell'illecito. È un dato ricavabile da un serie di principi che reggono la materia penale (e, in particolare, da quelli che regolano la disciplina intertemporale) quello per cui il disvalore del comportamento umano contrario ad una fattispecie incriminatrice deve resistere all'evoluzione della società, essendo necessario che la valutazione sociale di offensività del fatto rimanga sostanzialmente inalterata fino alla declaratoria irrevocabile. Non si tratta solo di una stima empirica *post factum patratum*, effettuata dal giudice nel momento di verifica della conformità del fatto concreto al *gesamter Rechtszustand*, certamente già vigente al *tempus consummati delicti*, ma anche, del pari, inalterato (*rectius*, in vigore) nel momento della dichiarazione definitiva di responsabilità, in applicazione del principio del *favor rei* e di stretta legalità[64].

Una valutazione in concreto rispetto ad una fattispecie punitiva complessa descritta in astratto dal legislatore per l'applicazione ad un numero indefinito di situazioni, per cui la permanenza dell'attualità dell'offesa al bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice[65] è una caratteristica fisiologica nel dinamismo normativo.

Nullum crimen sine præsente iniuria. La valutazione di offensività si evolve al pari della fisionomia sociale che, nel campo giuridico (penale), si traduce nell'avvicendarsi delle norme di comportamento in una società democratica e se è vero che l'offensività riguarda l'«intero complesso normativo» (*gesamter Rechtszustand*), allora, è incontestabile che tale

---

[64] Utile BARTOLI, Roberto, Vendetta, amnistia, riconciliazione e punizione tra memoria e oblio, *Dir. Pen. Contem.-Riv. Trim.*, 4, 2018, p. 217, secondo cui «la dimensione giuridica punitiva necessita di una razionalità preliminare imprescindibile, potremmo dire *esistenziale*, costituita dalla circostanza che fatto storico e "senso disvaloriale" del fatto non possono che coincidere temporalmente, come ben espresso dal principio (se non addirittura dal diritto) assoluto e inderogabile della irretroattività della legge penale sfavorevole».

[65] Qui intesa come *attuale* al momento della dichiarazione definitiva di responsabilità. Sull'attualità dell'offesa come indice di consumazione del fatto e come elemento descrittivo relativo ad alcuni istituti, FALCINELLI, Daniela, L'attualità dell'offesa. Desistenza volontaria e genesi del disvalore penale, cit., *passim*

imprescindibile caratteristica deve resistere alla fisiologica evoluzione delle valutazioni sociali fino al definitivo accertamento della responsabilità in un processo pubblico[66].

Ora, la prescrizione assegna rilevanza giuridica al semplice decorso temporale *post factum* con effetti estintivi di quell'offesa che si resiste oltre la soglia di lesività sufficiente a consumare la fattispecie incriminatrice, punto centrale (o cuore) del *gesamter Rechtszustand*.

Guardando alla disciplina codicistica, il tempo prescrizionale ha inizio sul confine ultimo del crimine (art.158 c.p.), proprio laddove il fatto concreto raggiunge la soglia di offesa al bene giuridico tutelato ritenuta non tollerabile oltre dal legislatore. Il *tempus consummati delicti* corrisponde alla cessazione della condotta tipica dell'offesa in concreto che appartiene al fatto storico, conforme al livello di offesa in astratto descritto nella fattispecie incriminatrice. Tale offesa in astratto, comunque, permane anche oltre la consumazione, poiché necessariamente connaturata alla descrizione di ogni fattore strumentale all'afflizione punitiva *post factum*[67]. Così, la prescrizione è l'indice convenzionale

---

[66] È una considerazione che si desume dalle dinamiche della discrezionalità politico-criminale, con particolare riguardo alle scelte di abolizione (totale o parziale) del crimine che sono dettate dalla decisione del legislatore democratico di non ritenere più meritevole o bisognosa di repressione criminale una classe di fatti in precedenza inclusi nel catalogo dei reati. Così, MARINUCCI, Giorgio, DOLCINI Emilio, Manuale di diritto penale. Parte generale, Milano, Giuffrè, 2018, p.125. Nello stesso senso, CANESTRARI, Stefano, CORNACCHIA, Luigi, DE SIMONE, Giulio, Manuale di diritto penale. Parte generale, cit., p.169, i quali espressamente affermano che «quando (...) il legislatore ritenga (...) di dover destituire un determinato fatto di rilevanza penale abrogandolo, ciò normalmente sottintende una valutazione di inoffensività del fatto». Dalla giurisprudenza costituzionale emerge lo stretto nesso di persistenza della valutazione di disvalore del fatto in astratto e politica criminale, da ultimo, Corte cost. 27 febbraio 2019, n.25, ha ribadito che «[a]l pari della creazione delle norme, e delle norme penali in specie, anche la loro abrogazione – totale o parziale – non può, infatti, dipendere, nel disegno costituzionale, da regole giurisprudenziali, ma soltanto da un atto di volontà del legislatore (*eius est abrogare cuius est condere*)». In tal senso, pur con qualche distinzione, Cass., SS.UU, 23-06-2016, n. 26259

[67] Corte cost. 5 novembre 2012, n.251, secondo cui «il principio di offensività è chiamato ad operare non solo rispetto alla fattispecie base e alle circostanze, ma anche rispetto a tutti gli istituti che incidono sulla individualizzazione della pena e sulla sua determinazione finale. Se così non fosse, la rilevanza

dell'attualità del disvalore del fatto nella società democratica: la distanza temporale dalla consumazione del fatto tipico descritto dalla fattispecie incriminatrice è la misura inversamente proporzionale dell'interesse sociale (che corrisponde alla persistenza dell'offesa) alla tutela del bene giuridico leso dal *factum patratum*.

Un dato positivo che conferma l'ipotesi descrittiva dell'istituto in parola è l'equivalenza tra pena e *tempori cedere* di cui all'art.157 c.p: pena e prescrizione, infatti, si pongono sulla stessa frequenza, poiché la misura (massima) della prima determina il *quantum* della seconda, con l'ovvia considerazione che il legislatore regola la pena edittale (e, quindi, il tempo prescrizionale) sul disvalore in astratto del fatto di reato descritto nella norma incriminatrice, parametrato su criteri di proporzionalità intrinseca (*intra delictum*) ed estrinseca (*inter delicta*).

Si è detto che la proporzione dell'offesa (in astratto) è *convenzionale*, poiché non esiste alcun canone empirico che possa ragguagliare l'eterogeneità di pena e reato, senza utilizzare criteri valoriali, ovviamente con riferimento alla fase di determinazione della cornice edittale, con la conseguenza che la relativa determinazione si traduce in una mera valutazione *politica* difficilmente controllabile se non invadendo le prerogative del legislatore democratico. Così, anche il tempo della prescrizione, come visto, partecipa della scelta *politica* di stima del *quantum* equivalente della pena e, pertanto, riguarda l'offesa in astratto al bene giuridico, non le conseguenze dannose o pericolose (in concreto) per la vittima derivanti dal comportamento criminale.

Conforto a tale considerazione si ricava, ad esempio, dall'espressa previsione codicistica di rilevanza dell'illecito (seppur) prescritto ai fini risarcitori *ex* art.198 c.p. Ovvero nelle ipotesi in cui il legislatore richiama la condotta dell'agente sulle conseguenze (dannose o pericolose) del reato, così distinguendole dall'offesa al bene giuridico tutelato, di volta in volta. In altri termini, l'equivalenza tra misura della pena edittale e misura del tempo della prescrizione (art.157 c.p.) impone di

---

dell'offensività della fattispecie base potrebbe risultare "neutralizzata" da un processo di individualizzazione prevalentemente orientato sulla colpevolezza e sulla pericolosità». Negli stessi termini, più di recente, Corte cost. 21 giugno 2017, n.205; in precedenza, Corte cost. 18 aprile 2014, n.105; Corte cost. 18 dicembre 2014, n.283 (ord.).

considerare la comunanza alla pena ed alla prescrizione della medesima valutazione del legislatore sulla gravità dell'offesa in astratto al bene giuridico, con la possibilità di scindere l'illiceità penale (e relativi effetti), da quella civile (ed i suoi effetti), perché, appunto, l'offesa al bene giuridico può venire meno pur persistendo il danno cagionato dal comportamento dell'agente.

La prescrizione, dunque, è elemento del *gesamter Rechtszustand*, poiché assegna rilievo giuridico ad un fenomeno temporale che già esiste nella realtà ed è considerato dallo stesso legislatore, con valutazione eminentemente politica, nel momento di descrizione degli altri elementi che vanno a comporre la fattispecie incriminatrice.

In tal modo, il tempo entra nella tipicità, in quella parte che esprime l'offesa, descrivendo la misura massima predeterminata della necessaria persistenza dell'offesa sociale nel momento della punizione irrevocabile. Allo spirare di tale misura, il fatto della realtà non ha più la possibilità di specchiarsi integralmente nella fattispecie complessa, essendo venuto meno l'aspetto imprescindibile dell'*attualità* dell'offesa sociale: insomma, il fatto non è meritevole di pena, alla stregua del canone per cui l'offesa ha un fondamento assiologico della permanenza dell'esigenza di punibilità.

In altri termini, ascrivendo, da un lato, la dimensione temporale all'offensività (in astratto), che ha una funzione di delimitazione dell'area del penalmente rilevante, legittimando l'incriminazione di fatti lesivi di beni giuridici tutelati, e considerando, dall'altro, che il tempo prescrizionale non si stima sul disvalore in concreto del fatto (art.157 c.p.), allora, appare chiaro che il decorso temporale assume una rilevanza che spiega i suoi effetti sul fatto in sè (offesa oggettiva) in relazione alla fattispecie astratta (giudizio di sussunzione), catturando quell'aspetto empirico temporale della realtà che è l'*attualità* dell'offesa realizzata.

Porre, dunque, il tempo prescrizionale nell'alveo dell'accertamento del fatto di reato e, in particolare, come aspetto della tipicità sostanziale, poiché capace di corrompere la stessa fondatezza del carattere lesivo della condotta tipica (l'offesa, appunto), appare coerente con la natura sostanziale della prescrizione, con il tradizionale gradualismo nell'accertamento della sussistenza degli elementi del reato, così imponendo la dichiarazione di estinzione, prima di verificare l'antigiuridicità e la

colpevolezza. Non da ultimo, giustifica il dato positivo che la prescrizione è causa di estinzione del reato, inteso, dunque, in senso sostanziale, come offesa ad un bene giuridico di rilevanza costituzionale[68].

Considerazioni finali

La poliedrica composizione del *gesamter Rechtszustand*, consistente, come detto, in un intreccio di fattori diversi finalizzati all'afflizione punitiva, è resa unitaria dal disvalore, inteso come offesa (lesione o messa in pericolo) del bene giuridico, che deve permanere fino all'accertamento definitivo dell'effettiva sussunzione del fatto concreto nella fattispecie complessa.

Anche il tempo è un fattore che riflette un aspetto della realtà che, come ogni altro, deve trovare collocazione nella struttura articolata del *gesamter Rechtszustand*. L'istituto della «prescrizione del reato» è quell'elemento della fattispecie complessa che cattura una parte dell'immagine del tempo dell'offesa, poiché assegna rilevanza giuridica al semplice decorso temporale *post factum* con effetti estintivi del disvalore che si proietta oltre la soglia di lesività del tipo criminoso. È un tempo esterno al fatto concreto, ma interno al *gesamter Rechtszustand* e, comunque, proporzionato alla gravità dell'offesa al bene giuridico tutelato, con la forza di «elimina[re] ogni essenza di reato dal fatto»[69], così ancorandosi storicamente alla *voluntas legislatoris* che ha ravvisato nella prescrizione un'ulteriore *causa estintiva* (proprio) *del reato*.

Si è visto che il tempo prescrizionale ha inizio sul confine ultimo del crimine (art.158 c.p.), lì dove il fatto concreto si conforma alla fattispecie incriminatrice raggiungendo la soglia di offesa al bene giuridico tutelato ritenuta non tollerabile oltre dal legislatore. Il *tempus consummati delicti* corrisponde alla cessazione della condotta tipica

---

[68] BRICOLA, Franco, Teoria generale del reato (voce), *Noviss. Dig. It*., Torino, Utet, 1973, XIX, pp. 7 ss.

[69] CRIVELLARI, Giulio, Il codice penale per il Regno d'Italia, Torino, Unione Tipografico Editrice, 1898, p.568 cita quanto sostenuto nel corso del dibattito alla Camera del 4 giugno 1888 dall'on. Simeoni, in risposta all'affermazione dell'on. Spirito

dell'offesa in concreto che appartiene al fatto storico, conforme al livello di offesa in astratto descritto nella fattispecie. Tale offesa in astratto, comunque, permane anche oltre la consumazione, poiché necessariamente connaturata alla descrizione di ogni norma strumentale all'afflizione punitiva *post factum*[70]. Così, la prescrizione è l'indice convenzionale dell'attualità del disvalore del fatto nella società democratica: la distanza temporale dalla consumazione del fatto tipico descritto dalla norma incriminatrice è la misura inversamente proporzionale dell'interesse sociale (che corrisponde alla persistenza dell'offesa) alla tutela del bene giuridico leso dal *factum patratum*.

Pena e prescrizione, dunque, si pongono sulla stessa frequenza, poiché la misura (massima) della prima determina il *quantum* della seconda, secondo il criterio dettato dall'art.157 c.p., con l'ovvia considerazione che il legislatore regola la pena edittale (e, quindi, il tempo prescrizionale) sul disvalore in astratto del fatto di reato descritto nella norma incriminatrice, parametrato, di regola, su criteri di proporzionalità intrinseca (*intra delictum*) ed estrinseca (*inter delicta*).

Insomma, il tempo ha valore nella realtà, non può essere giuridicamente ignorato e la scelta normativa è quella di attribuirgli la capacità di estinguere l'offesa al bene giuridico, secondo termini predeterminati e commisurati in astratto sull'intensità dell'allarme sociale che il fatto ipotizzato suscita nel tessuto democratico.

La prescrizione, dunque, è strumentale alla regolazione della persistenza dell'offesa *post factum patratum*, agendo similmente alle dinamiche della discrezionalità politico-criminale che sostengono le scelte *una tantum* di abolizione (totale o parziale) del crimine, dettate dalla decisione del legislatore democratico di non ritenere più meritevole

---

[70] Corte cost. 5 novembre 2012, n.251, secondo cui «il principio di offensività è chiamato ad operare non solo rispetto alla fattispecie base e alle circostanze, ma anche rispetto a tutti gli istituti che incidono sulla individualizzazione della pena e sulla sua determinazione finale. Se così non fosse, la rilevanza dell'offensività della fattispecie base potrebbe risultare "neutralizzata" da un processo di individualizzazione prevalentemente orientato sulla colpevolezza e sulla pericolosità». Negli stessi termini, da ultimo, Corte cost. 21 giugno 2017, n.205; in precedenza, Corte cost. 18 aprile 2014, n.105; Corte cost. 18 dicembre 2014, n.283 (ord.).

o bisognosa di repressione una classe di fatti in precedenza inclusi nel catalogo dei reati.

Un'ultima annotazione.

L'*iter* di accertamento della fattispecie complessa e, dunque, della responsabilità per il fatto criminoso ha anch'esso un'estensione temporale – da definire come «termine» – che può essere *in toto* o in parte sovrapponibile a quella del *tempus praescriptionis*, così assumendo la medesima natura *cronologica*. Tuttavia, il *termine* non è un fattore descrittivo di un elemento del *gesamter Rechtszustand*, come il *tempus*; non ha natura sostanziale, ma processuale; non è proporzionato all'offesa, ma stimato sulla garanzia di efficienza dell'apparato giudiziario nell'assicurare l'interesse democratico a perseguire i crimini.

L'eterogeneità evidente tra *tempus* e *termine* porta con sé la necessità di una differente disciplina che non può non tener conto dell'indubbia interferenza tra la misura dell'attualità dell'offesa e quella della ragionevole durata del processo.

Il dato positivo vigente è un ibrido compromesso *politico*.

Il regime della prescrizione del reato consente di distinguere i due aspetti reciprocamente interferenti, almeno fino «alla pronunzia della sentenza di primo grado» (art.161-*bis* c.p.)[71]: sostanziale quello del tempo ordinario (art. 157-158 c.p.), relativo al diritto di punire; e processuale quello del regime di sospensione e interruzione (art. 159-161 c.p.), relativo alle vicende processuali del concreto esercizio dell'azione penale[72]. Una distinzione suggerita dalla diversità dei fini del tempo della prescrizione rispetto al tempo ragionevole di durata del processo[73], ancor più evidenziata dall'introduzione della disciplina dell'improcedibilità di cui all'art. 344-*bis* c.p.p.

---

[71] Similmente a quanto previsto nel sistema tedesco (§ 78b StGB), cfr. *supra* § 2.

[72] DONINI, Massimo, *Le sentenze Taricco come giurisdizione di lotta. Tra disapplicazioni "punitive" della prescrizione e stupefacenti amnesie tributarie*. Disponibile in: https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/d/5952-le-sentenze-taricco-come-giurisdizione-di-lotta

[73] Una netta conferma di tale lettura è fornita da Corte cost. 23 dicembre 2020, n.278

Si tratta di un corretto compromesso *politico*, che, in sicura discontinuità rispetto al passato, offre la possibilità di una soluzione coerente con i principi che si intrecciano nel regime della prescrizione e conferma, in particolare, il fondamento di supporto alla tesi descritta in questo contributo, ovvero che il *tempus* è un aspetto della tipicità. L'ideale sarebbe stato far cessare il corso della prescrizione del reato con l'esercizio dell'azione penale (anziché dalla pubblicazione della sentenza di primo grado, come indicato dall'art.161-*bis* c.p.)[74] e, da quel giorno, come oggi previsto dall'art.344-*bis* c.p.p. solo per le impugnazioni, far decorrere un termine, per fasi processuali, che determinerebbe, ove superato, l'improcedibilità dell'azione penale.

Si potrebbe obiettare che l'improcedibilità dell'azione penale per decorso del termine potrebbe intervenire allorquando il *tempus praescriptionis* non è ancora maturato, ovvero allorquando l'attualità dell'offesa non è sfumata nel tessuto sociale.

L'obiezione è suggestiva, ma non convincente per due ragioni. *In primis*, non è possibile ignorare il dato positivo (art.161-*bis* c.p.) che segna il *dies ad quem* del *tempus*, così fotografando (o cristallizzando) l'attualità dell'offesa in un'immagine che andrà a comporre la fattispecie complessa. *In secundis*, bisognerebbe ridefinire lo scopo del *tempus* rendendolo analogo al *termine*. Il punto è, come già detto, che il *tempus* «non è uno strumento idoneo ad assicurare (come vorrebbe il principio iscritto nell'art. 111 Cost.) la ragionevole durata del processo penale: arriva quando il tempo ragionevole è già scaduto»[75]. Del resto, è noto che «i reati che si prescrivono non sono quelli che attraggono il circuito mediatico: quelli non si prescrivono mai»[76]. Si pensi, ad esempio, all'associazione mafiosa che si prescrive in non meno di quarant'anni, oppure l'omicidio stradale che si prescrive (in media) dopo oltre vent'anni, o ancora, l'omicidio volontario non aggravato non è più perseguibile dopo trent'anni ed il furto in abitazione dopo vent'anni. Potrebbe ritenersi ragionevole la durata

---

[74] Al pari di quanto previsto nel sistema spagnolo, cfr. *supra* § 2.

[75] PULITANO', Domenico, La moralità della prescrizione per decorso del tempo, cit., p. 420

[76] BRICCHETTI, Renato, Poche parole, ma schiette sul falso mito della prescrizione "ammazza processo" (e altro ancora), *Discrimen*, 17 febbraio 2020

del processo che superasse tali tempi? ma può ritenersi ragionevole un processo per truffa, minaccia, falso che superi i sette anni e mezzo? Eppure sono proprio questi ultimi reati *minori* che, di regola, si prescrivono, quelli che non richiedono particolari indagini, come, del resto, dimostrato dai dati statistici giudiziari.

Ove si volesse abbandonare la soluzione *politica* di compromesso da ultimo adottata, tralasciando il termine processuale di improcedibilità e mantenendo solo quello sostanziale di prescrizione, sarebbe certamente più utile introdurre un criterio compensativo di attenuazione della misura della pena in proporzione al decorso del *tempus*, così valorizzando, non solo, il rapporto tempo-offesa, ma anche quello tempo-identità personale, che, poi, trasfigura nella stessa finalità della punizione che dovrebbe orientare la prospettiva dell'intero sistema penale.

Bibliografia

AMBROSETTI, Enrico Mario, Prescrizione del reato, *Dig. Disc. Pen., Agg. X*, Torino, Utet, 2018, p.518

AMBROSETTI, Enrico Mario, Abolitio criminis e modifica della fattispecie, Padova, Cedam, 2004

AMBROSETTI, Enrico Mario, MEZZETTI, Enrico, RONCO, Mauro, Diritto penale dell'impresa, Milano, Giuffrè, 2016

BARTOLI, Roberto, Vendetta, amnistia, riconciliazione e punizione tra memoria e oblio, *Dir. Pen. Contem.-Riv. Trim.*, 4, 2018, p. 217

BRICCHETTI, Renato, Poche parole, ma schiette sul falso mito della prescrizione "ammazza processo" (e altro ancora), *Discrimen*, 17 febbraio 2020

BRICOLA, Franco, La discrezionalità nel diritto penale. Nozione e aspetti costituzionali, Milano, Giuffrè, 1965

BRICOLA, Franco, Teoria generale del reato (voce), *Noviss. Dig. It.*, Torino, Utet, 1973, XIX, pp. 7 ss.

CAIANIELLO, Michele, Processo penale e prescrizione nel quadro della giurisprudenza europea. Dialogo tra sistemi o conflitto identitario?. *Revista Brasileira De Direito Processual Penal*, *3*(3), 2017, pp. 967-1006. https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i3.99

CANESTRARI, Stefano, CORNACCHIA, Luigi, DE SIMONE, Giulio, Manuale di diritto penale. Parte generale, II Ed., Bologna, Il Mulino, 2017

CATERINI, Mario, Reato impossibile offensività. Un'indagine critica, Napoli, ETS, 2004

CATTANEO, Mario Alessandro, Pena diritto e dignità umana: saggio sulla filosofia del diritto penale, Torino, Giappichelli, 1990

COCCO, Giovanni, «Fallimento», nota introduttiva agli artt.223-235, in PALAZZO, Francesco, PALIERO, Carlo Enrico (a cura di), Commentario breve alle leggi penali complementari, Padova, p.1156

CRIVELLARI, Giulio, Il codice penale per il Regno d'Italia, Torino, Unione Tipografico Editrice, 1898

DE FRANCESCO, Giovannangelo, Programmi di tutela e ruolo dell'intervento penale, Torino, Giappichelli, 2004

DI GIOVINE, Ombretta, Il sindacato di ragionevolezza della Corte costituzionale in un caso facile, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, pp. 100 ss.

DI GIOVINE, Ombretta, Sul c.d. principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale in materia penale. A proposito del rifiuto totale di prestare il servizio militare, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, pp. 159 ss.

DODARO, Giandomenico, Uguaglianza e diritto penale. Uno studio sulla giurisprudenza costituzionale, Milano, Giuffrè, 2012

DOLCINI, Emilio, La commisurazione della pena. La pena detentiva, Padova, Cedam, 1968

DONINI, Massimo, "Danno" e "offesa" nella tutela penale dei sentimenti. Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell'"offense" di Joel Feinberg, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, pp. 1546 ss., pp. 1552 ss.

DONINI, Massimo, Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei. Disponibile in: https://dpc-rivista-trimestrale.criminaljusticenetwork.eu/pdf/DPC_Trim_4-2013-10-49.pdf. Accesso il 15 marzo 2025

DONINI, Massimo, L'eredità di Bricola e il costituzionalismo penale come metodo. Radici nazionali e sviluppi sovranazionali. Disponibile in: https://dpc-rivista-trimestrale.criminaljusticenetwork.eu/pdf/DPC_Trim_2_2012-55-78.pdf

DONINI, Massimo, Per uno statuto costituzionale dei reati fallimentari. Le vie d'uscita da una condizione di perenne «specialità», Jus – Rivista di scienze giuridiche, 2011, p.53

EUSEBI, Luciano, Nemmeno la Corte di Giustizia dell'Unione Europea può erigere il giudice a legislatore. Disponibile in: https://dpc-rivista-trimestrale.criminaljusticenetwork.eu/pdf/eusebi_2_15.pdf, 10 dicembre 2015

FALCINELLI, Daniela, L'attualità dell'offesa. Desistenza volontaria e generi del disvalore penale, Torino, Giappichelli, 2009

FERRUA, Paolo, I criteri di priorità nell'esercizio dell'azione penale, *Discrimen*, 4 novembre 2019

FIANDACA, Giovanni, Perdita di legittimazione del diritto penale ?, *Rivit. dir. proc. pen.*, 1994, p.26

GIUNTA, Fausto, La prescrizione del reato: ossia la causa estintiva che visse due volte*, Criminalia,* 2017, p. 380

GIUNTA, Fausto, MICHELETTI, Dario, Tempori cedere. Prescrizione del reato e funzione della pena nello scenario della ragionevole durata del processo, Torino, Giappichelli, 2003

GREGER, Anette, LOHSE, Kai, VALERIUS, Brian, WEINGARTEN, Jochen, Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar, §§ 69-79c StBG, 6, Berlino, De Gruyter, 2024

HELFER, Margareth, La prescrizione del reato: quali rapporti tra Diritto e Tempo in Germania, in Austria e, di recente in Italia? Disponibile in: https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/upload/9477-helfer1117.pdf

HOCHMAYR, Gudrun, A Comparative Analysis of Statutes of Limitation, Die Verjährung als Herausforderung für die grenzüberschreitende Zusammenarbeit in Strafsachen, 2021, pp. 708 ss.

JANNITTI PIROMALLO, Alfredo, Il nuovo codice penale italiano nel progetto preliminare, Milano, 1928

MANES, Vittorio, I recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività e ragionevolezza. Disponibile in: https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/upload/Manes%20off%20rag.pdf

MANES, Vittorio, Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza, Torino, Giappichelli, 2005

MANES, Vittorio, Il principio di offensività tra codificazione e previsione costituzionale, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, pp. 147 ss.

MANTOVANI, Ferrando, FLORA, Giovanni, Diritto penale. Parte generale, Padova, XII Ed., Cedam, 2023

MANTOVANI, Marco, La prescrizione della pena. Spunti comparatistici per la rimeditazione di un istituto negletto, Torino, 2008

MANZINI, Vincenzo, Trattato di diritto penale italiano, III, Torino, Utet, 1981

MARINUCCI, Giorgio, DOLCINI Emilio, Manuale di diritto penale. Parte generale, Milano, Giuffrè, 2018

MARINUCCI, Giorgio, DOLCINI, Emilio, Costituzione e politica dei beni giuridici, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, pp. 345 ss.

MORELLI, Francesco, La prescrizione del reato, i tempi del processo, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, pp.

MORELLI, Francesco, L'improcedibilità per decorso del tempo fa evaporare le impugnazioni ordinarie, *Discrimen*, 29 luglio 2021

MORI, Francesco, Teorica del codice penale toscano, Firenze, 1854

MORILLAS CUEVA, Lorenzo, Acerca de la prescripciòn de los delictos y de las penas, Granada, Granada University Press, 1980, pp.22 ss.

NEPPI MODONA, Guido, Il lungo cammino del principio di offensività, in Studi in onore di M. Gallo, Torino, Giappichelli, 2004

NUVOLONE, Pietro, Il ruolo del giudice nell'applicazione della pena, in Trent'anni di diritto e procedura penale, II, Padova, Cedam, 1969

PALIERO, Carlo Enrico, Il principio di effettività nel diritto penale, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, pp. 508 ss.

PESSINA, Enrico, Elementi di diritto penale, Napoli, 1882

PISANI, Nicola, Crisi di impresa e diritto penale, Bologna, Il Mulino, 2018

PULITANO', Domenico, La moralità della prescrizione per decorso del tempo, *Criminalia,* 2017, p. 420

PULITANO', Domenico, Ragionevolezza e diritto penale, Napoli, ETS

PULITANO', Domenico, Sicurezza e diritto penale, *Riv. it. dir. proc. pen.* , 2009, pp. 552 ss.

REY GONZALES, Carlos, La prescripciòn de la infracciòn penal en nel Còdigo de 1995, Madrid, Marcial Pons, 1999, pp.61 ss.

ROCCO, Arturo, Sul concetto di diritto subiettivo di punire, Prato, 1904

ROMANO, Mario, La legittimazione delle norme penali: ancora su limiti e validità della teoria del bene giuridico, *Criminalia*, 2011, pp. 33 ss.

SACK, Fritz, Selektion, Selektionsmechsnismen, in Aa.Vv., Kleines Kriminologisches Worterbuch, Heidelberg, UTB für Wissenschaft, 1985

SCHOTT, Tilmann, Gesetzliche Strafrahmen und ihre tatrichterliche Handhabung, Baden Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2004

SILVANI, Silvia, Lineamenti per una storia della prescrizione penale. Dall'Ottocento al codice Rocco, in Materiali per una storia della cultura giuridica, 2, 2003, p.456

SILVANI, Silvia, Il giudizio del tempo. Uno studio della prescrizione del reato, Bologna, 2009

SIRACUSA, Licia, Oblio e memoria del reato nel sistema penale, Torino, Giappichelli, 2022

STEA, Gaetano, I principi di diritto penale nella giurisdizione europea, Pisa, Pisa University Press, 2014

STEA, Gaetano, L'offensività come criterio di proporzione dell'opzione penale, *Arch. Pen.*, 2013, 3, pp. 775 ss.

STEA, Gaetano, L'ultima prescrizione. Storia, fondamento e disciplina della prescrizione del reato, Padova, Cedam, 2020

STEA, Gaetano, Bancarotta. Contributo all'analisi del reato tra teoria e prassi, Milano, Giuffrè, 2022

VALENTINI, Vico, Diritto penale intertemporale, Milano, Giuffrè, 2012

VIGANO', Francesco, La proporzionalità nella giurisprudenza recente della Corte costituzionale: un primo bilancio. Disponibile in: https://www.sistemapenale.it/it/ articolo/vigano-la-proporzionalita-nella-giurisprudenza-recente-della-corte-costituzionale-un-primo-bilancio

VIGANO', Francesco, La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale, Torino, Giappichelli, 2021.

Authorship information

Gaetano Stea. Dottore di ricerca in diritto penale, ricercatore *senior* (RTD-B) di diritto penale nell'Università degli Studi di Bergamo, abilitato professore associato GIUR-14/A, già professore a contratto di diritto penale nell'Università del Salento e nell'Università degli Studi di Bari, docente di diritto penale nelle Scuole di specializzazione per le professioni legali di Lecce, Catanzaro, Perugia e Teramo, nonché docente titolare di diritto penale dell'ambiente (corso extracurriculare) nell'Accademia Nazionale della Guardia di Finanza di Bergamo (a partire dall'a.a. 2021/2022). Avvocato cassazionista. gaetano.stea@unibg.it

Additional information and author's declarations (*scientific integrity*)

Conflict of interest declaration: the author confirms that there are no conflicts of interest in conducting this research and writing this article.

Declaration of authorship: all and only researchers who comply with the authorship requirements of this article are listed as authors; all coauthors are fully responsible for this work in its entirety.

Declaration of originality: the author assures that the text here published has not been previously published in any other resource and that future republication will only take place with the express indication of the reference of this original publication; she also attests that there is no third party plagiarism or self-plagiarism.

Data Availability Statement: In compliance with open science policies, all data generated or analyzed during this study are included in this published article.

Editorial process dates (https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/about)

- Submission: 15/04/2025
- Desk review and plagiarism check: 15/04/2025
- Review 1: 17/04/2025
- Review 2: 24/04/2025
- Preliminary editorial decision: 27/05/2025
- Correction round return: 02/06/2025
- Final editorial decision: 10/06/2025

Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Associated-editor: 2 (SR; FM)
- Reviewers: 2

How to cite (ABNT Brazil):

STEA, Gaetano. Il tempo nella tipicita'. La misura dell'attualita' dell'offesa. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 11, n. 2, e1223, mai./ago. 2025. https://doi.org/10.22197/rbdpp.v11i2.1223

License Creative Commons Attribution 4.0 International.

Fundamentos de Direito Processual Penal

Fundamentals of criminal procedure

Aplicación de la "doctrina Murray" en Costa Rica: ¿ejercicio válido de comparación o degradación del derecho al silencio del acusado?

Application of the "Murray doctrine" in Costa Rica: valid exercise of comparison or degradation of the accused's right to silence?

Juan Carlos Morales Jiménez[1]

Universidad Hispanoamericana, San José, Costa Rica

juan.morales0244@uhispano.ac.cr

https://orcid.org/0000-0001-9301-6201

Resumen: ¿Es posible en un sistema jurídico penal como el costarricense utilizar el silencio del acusado como un insumo probatorio o argumentativo para fundamentar su culpabilidad? Esta es la interrogante que se procura contestar en este artículo. La problematización ha surgido desde que, en el voto 57-2024 del Tribunal Penal de Apelación Especializado en Delincuencia Organizada de San José, se aplicó como un elemento relevante para anular una sentencia absolutoria dictada en un caso de lavado de activos, la "doctrina Murray", desarrollada jurisprudencialmente por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos a partir de la sentencia del caso *Murray contra el Reino Unido* de 1996.

Palabras clave: Derecho al silencio; autoincriminación; debido proceso; comparación; argumentación.

Abstract: *Is it possible in a criminal legal system like Costa Rica's to use the accused's silence as an evidentiary or argumentative input to substantiate their guilt? This is the question this article seeks to answer. The issue has arisen since,*

[1] Doctor en derecho y magíster en criminología por la Universidad Estatal a Distancia de Costa Rica; máster en Sociología Jurídico Penal por Universidad de Barcelona; especialista en Justicia Constitucional por la Universidad de Pisa; diplomado en el nuevo Derecho Público del siglo XXI y la protección multinivel de Derechos Humanos por la Universidad para la Paz - Universidad de Heidelberg; y, licenciado en Derecho por la Universidad de Costa Rica.

in ruling 57-2024 of the San José Criminal Court of Appeals Specialized in Organized Crime, the "Murray doctrine," jurisprudentially developed by the European Court of Human Rights from the 1996 judgment in the case of Murray v. United Kingdom, was applied as a relevant element to annul an acquittal handed down in a money laundering case.

Keywords: *Right to silence; self-incrimination; due process; comparison; argumentation.*

Sumario: Introducción; 1. Marco teórico sobre el derecho al silencio y la garantía de no autoincriminación del acusado; 2. Examen del caso *Murray contra el Reino Unido* y de la línea jurisprudencial seguida por el TEDH hasta llegar al caso *Zschüschen contra Bélgica*; 3. En términos generales, ¿se pueden importar las reglas o los estándares del TEDH para el contexto costarricense?; 4. Entonces, ¿es aplicable en Costa Rica la "doctrina Murray" para interpretar el silencio del acusado como un indicio probatorio en su contra?; 5. Y si se emplea desde el punto de vista argumentativo y no probatorio, ¿sería aplicable la "doctrina Murray" en Costa Rica?; Conclusiones; Referencias.

Introducción

En Costa Rica se ha privilegiado la conceptualización del derecho al silencio del acusado dentro de un proceso penal como un aspecto nuclear de la legalidad en sentido estricto, del debido proceso, del derecho de defensa y de la presunción de inocencia, además de que se encuentra íntimamente ligado a la garantía de no autoincriminación. A pesar de lo anterior, en el voto 57-2024, el Tribunal Penal de Apelación Especializado en Delincuencia Organizada de San José (TPAEDO de ahora en adelante) refirió, como uno de los puntos para anular una sentencia absolutoria dentro de un proceso por el delito de legitimación de capitales, lo siguiente: "Aunque es una obligación del Ministerio Público acreditar los hechos acusados con prueba válida y lícita, el imputado no está exento a dar [sic] una explicación plausible y racional sobre el origen de su dinero, sin que ello implica [sic] una vulneración al principio de autoincriminación o una inversión de la carga de la prueba. Es la llamada doctrina o regla Murray,

la que fue expuesta por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso Zschüschev [sic] c. Bélgica, de 2 de mayo de 2017". (Considerando II, resolución del segundo motivo).

Pues bien, frente a la utilización novedosa –al menos en Costa Rica– y muy particular de la "regla Murray" por parte de un tribunal de apelación penal para anular una sentencia absolutoria, ineludiblemente ha surgido la interrogante de si este tipo de posturas cuya raigambre procede de líneas jurisprudenciales desarrolladas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH a partir de ahora), son aplicables realmente en un sistema jurídico penal como el costarricense.

Con base en el problema formulado en el párrafo anterior, este artículo se ha planteado como primer objetivo analizar si la posición asumida por el TPAEDO es congruente con el marco teórico y normativo básico que regula esta materia; mientras que, como segundo objetivo se ha propuesto explicar el origen de esta doctrina, su desarrollo jurisprudencial y su contexto, con el fin de evaluar si efectivamente es aplicable en Costa Rica como un ejercicio de comparación jurídica o si por el contrario apareja una degradación del derecho al silencio del acusado.

Para el cumplimiento de los propósitos de este artículo se incorporará una referencia al método del derecho comparado y concretamente a sus procesos de macrocomparación y de microcomparación para, de ese modo, obtener más herramientas de ponderación en torno a si las características de los casos Murray, Zschüschen y otros relacionados, realmente resultan comparables con las regulaciones existentes en el entorno costarricense.

En igual sentido y valorando que el TPAEDO hizo referencia en su sentencia a que en la utilización de la "doctrina Murray" hay elementos no solo de índole probatorio sino argumentativo, en esta breve disertación se examinará la posición del derecho al silencio del inculpado en estos dos ámbitos con la intención de sopesar si es viable exigirle explicaciones razonables o basadas en el sentido común al imputado.

No se omite señalar que, desde un punto de vista metodológico, este artículo se sustenta en un enfoque cualitativo que toma como unidades de estudio a normas, jurisprudencia y coyunturas temporales, aunado a que su tipología es una no experimental basada en análisis exploratorios y correlacionales.

1. Marco teórico sobre el derecho al silencio y la garantía de no autoincriminación del acusado.

En el ámbito del saber penal la persona a la que se le enjuicia por la comisión de un delito está cubierta por el principio de legalidad, el debido proceso, el derecho de defensa, la presunción de inocencia y como derivaciones de esta última, por el derecho al silencio y el privilegio o garantía de la no autoincriminación. Esto significa que el imputado no está obligado a probar su inocencia, así como tampoco puede ser compelido a declarar durante el proceso, por el contrario, es al ente acusador al que le compete cimentar su culpabilidad y al tribunal declararla según el elenco probatorio válidamente admitido.

Precisamente en relación con la antedicha presunción de inocencia y sus derivados, lo que debe ponderarse como criterio fundamental, siguiendo para ello la postura de Gascón Abellán[2], es que esta defiende un valor ideológico innegable, que es evitar la condena de inocentes.

El fundamento del derecho al silencio, así como de las otras garantías conferidas al acusado en un proceso penal, estriba –tal como lo sugirió Asencio Gallego[3]– en que el acusado es la parte pasiva del proceso y al verse enfrentado a la eventual imposición de una pena tiene que ser dotado de una protección constitucional de rango superior.

Sobre este mismo punto y en concreto sobre el derecho al silencio, Mendoza Perdomo[4] refirió que: "El silencio como garantía de defensa material no significa más que un derecho a la libertad del ciudadano de elegir no refutar la persecución penal en contra y por ello no puede ser utilizado por el Estado como una forma de asunción de responsabilidad o de admisión tácita de la ocurrencia de los hechos" (p. 91).

---

2 GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho:* bases argumentales de la prueba. Madrid: Marcial Pons, 2010.

3 ASENCIO GALLEGO, José María. El derecho al silencio del imputado. *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales*, n. 9, 2017. https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/RDMCP/article/view/29680

4 MENDOZA PERDOMO, Juan Francisco. Alcances procesales del enjuiciamiento de las organizaciones criminales: una revisión desde los principios del proceso. *Novum Jus*, v. 11, n. 1, 73-102, 2017. https://doi.org/10.14718/NovumJus.2017.11.1.3

No debe pasarse por alto que, aunque están vinculados, el derecho al silencio y la garantía de no autoincriminación no son lo mismo, pues el primero se manifiesta en la posibilidad de elegir no declarar durante el proceso sin que esa negativa se interprete como un ocultamiento de la realidad o una aceptación de hechos. Por su parte, la segunda significa que la persona encausada no está obligada a colaborar con la justicia si esto le perjudica y que solo las declaraciones ofrecidas de forma voluntaria e informada pueden ser valoradas.

Para mayor abundamiento en relación con la garantía de no autoincriminación, Rodrigues Lino de Carvalho[5] añadió que esta se manifiesta en que nadie está obligado a revelarse, incriminarse o descubrirse ante quienes le juzgan y que su fundamento reside en la salvaguarda de la integridad mental y física del acusado.

El derecho al silencio y la garantía de no autoincriminación también han encontrado sostén en una serie de instrumentos de derecho internacional, verbigracia, el artículo 11.1. de la Declaración Universal de Derechos Humanos[6], el ordinal 14.3.g. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[7], los artículos 8.2.g. y 8.3. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)[8], el numeral XXVI de la Declaración

---

[5] RODRIGUES LINO DE CARVALHO, Heloisa. Fundamento central do direito à não autoincriminação. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 4, n. 2, 731-65, 2018. https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i2.134.

[6] 11.1. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.

[7] 14.3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) g. A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable.

[8] 8.2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) g. Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable (...) 8.3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

Americana de los Derechos y Deberes del Hombre[9] y el artículo 6.2. del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)[10].

Del mismo modo, el derecho al silencio y la garantía de no autoincriminarse han sido desarrollados a nivel regional por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en diversos casos y entre los que se pueden poner en la palestra están *Castillo Petruzzi y otros vs. Perú* (sentencia del 30 de mayo de 1999), *De la Cruz Flores vs. Perú* (sentencia del 1 de setiembre de 2010) y *Tzompaxtle Tecpile y otros vs. México* (sentencia del 7 de noviembre de 2022).

En el primero de estos casos, *Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*, la Corte IDH recordó que la declaración de un inculpado solo es válida si se hace sin ningún tipo de coacción porque precisamente el derecho al silencio es una manifestación del estado de inocencia. Aquí, pese a que en la instrucción del proceso militar especial que dio origen a la demanda contra Perú se exhortó a los acusados a decir la verdad, ello ni fue una amenaza ni fue una coacción para obligarlos a rendir juramento o a prometer decir la verdad, de modo que a ese respecto no se les conculcó el derecho al silencio.

En el caso *De la Cruz Flores vs. Perú* lo que se determinó fue que no se podía justificar un aumento en la pena de la acusada en el proceso doméstico por haber negado la comisión de los hechos y haber asumido, supuestamente, una actitud obstruccionista, pues la persona acusada no está obligada a colaborar con quienes le juzgan. Por el contrario, sustentar la convicción de culpabilidad o derivar consecuencias negativas para la persona procesada exclusiva o preferentemente a partir de su silencio o de su negativa a declarar, era violatorio del derecho a un juicio justo.

Por su parte, en el caso *Tzompaxtle Tecpile y otros vs. México*, la Corte IDH recalcó que a las personas imputadas se les deben garantizar las condiciones adecuadas para que decidan libremente si quieren declarar o no dentro de un proceso penal, por ende, el derecho al silencio no debe limitarse mediante coacciones que instrumentalicen la posición de los inculpados.

---

[9] XXVI. Se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable (...)

[10] 6.2. Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada.

La trascendencia de traer a colación los precedentes de la Corte IDH se manifiesta en que por tratarse del tribunal regional a cuya competencia contenciosa está sometida Costa Rica desde 1980, su jurisprudencia tiene un carácter de fuente sistémica y, por consiguiente, forma parte del elenco de recursos con el que se nutre diariamente el ordenamiento jurídico interno, pero sobre esto se ahondará más adelante.

Ahora bien, desde el punto de vista de la normativa doméstica, en Costa Rica el derecho al silencio y la garantía de no autoincriminación están reconocidos a partir de la conjunción de los artículos 36 y 39 de la Constitución Política[11], los cuales fueron operacionalizados en el quehacer penal por los numerales 82.e., 92 y 343 del Código Procesal Penal[12].

---

[11] Artículo 36.- En materia penal nadie está obligado a declarar contra sí mismo, ni contra su cónyuge, ascendientes, descendientes o parientes colaterales hasta el tercer grado inclusive de consanguinidad o afinidad.

Artículo 39.- A nadie se hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta, sancionados por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente, previa oportunidad concedida al indiciado para ejercitar su defensa y mediante la necesaria demostración de culpabilidad (...)

[12] Artículo 82.- Derechos del imputado. La policía judicial, el Ministerio Público y los jueces, según corresponda, harán saber al imputado, de manera inmediata y comprensible, que tiene los siguientes derechos: (...) e. Abstenerse de declarar y si acepta hacerlo, de que su defensor esté presente en el momento de rendir su declaración y en otras diligencias en las cuales se requiera su presencia.

Artículo 92.- Advertencias preliminares. Al comenzar a recibirse la declaración, el funcionario que la reciba comunicará, detalladamente, al imputado el hecho que se le atribuye, su calificación jurídica y un resumen del contenido de la prueba existente. También, se pondrán a su disposición las actuaciones reunidas hasta ese momento. Antes de comenzar la declaración, se le advertirá que puede abstenerse de declarar sobre los hechos, sin que su silencio le perjudique o en nada le afecte y que, si declara, su dicho podrá ser tomado en consideración aun en su contra (...)

Artículo 343.- Declaración del imputado. Después de la apertura de la audiencia o de resueltos los incidentes, se recibirá declaración al imputado, explicándole, de ser necesario, con palabras claras y sencillas el hecho que se le imputa, con la advertencia de que podrá abstenerse de declarar, sin que su silencio le perjudique o le afecte en nada y que el juicio continuará aunque él no declare. Podrá manifestar cuanto tenga por conveniente, y luego será interrogado por el fiscal, el querellante, las partes civiles, la defensa y los miembros del tribunal, en ese orden. Si incurre en contradicciones respecto de declaraciones anteriores, las que se le harán notar, quien preside podrá ordenar la lectura de aquellas, siempre que se hayan observado en su recepción las

La temática atinente al derecho al silencio y a la garantía de no autoincriminación también ha sido abordada desde vieja data por la Sala Constitucional costarricense (por ejemplo, en los votos 1739-1992 y 7498-1998) y por otros altos tribunales penales (a saber, el Tribunal de Casación Penal de San José en el voto 309-1996 y el Tribunal Penal de Apelación Penal II Circuito Judicial de San José en el voto 159-2016), destacándose siempre que la persona imputada no está obligada a declarar, ni, de ninguna manera, a colaborar con la justicia si esto es en su perjuicio.

De esta manera, tanto desde la concepción normativa como de la posición jurisprudencial que se ha asumido a lo largo del tiempo en Costa Rica lo que se puede extraer es que el derecho al silencio del encausado y como derivación de este, la garantía de no autoincriminación, tienen un carácter secuencial y neutro, primero porque se mantienen en cada una de las etapas del proceso y segundo porque no deben interpretarse en sentido afirmativo ni negativo en cuanto a los hechos investigados, mucho menos como indicios de culpabilidad.

A pesar de lo antes mencionado y de la línea normativa y jurisprudencial que se ha seguido históricamente, el TPAEDO, en el voto 57-2024, aplicó la denominada "doctrina Murray" como uno de los argumentos para anular la sentencia en un caso puesto en su conocimiento en el que el Tribunal de Juicio de Guápiles había absuelto a un individuo a quien se le había atribuido, *grosso* modo, legitimar capitales provenientes del narcotráfico introduciéndolos en los vaivenes propios del comercio de teléfonos celulares y de vehículos, así como utilizándolos para adquirir bienes y hacer movimientos bancarios.

En el voto antes aludido el TPAEDO esgrimió, entre otras cosas, que el imputado no estaba exento de dar una explicación plausible y razonable sobre el origen de sus ingresos, con lo cual abrió un nuevo derrotero para la discusión de si es absoluto el derecho al silencio, de si se puede usar como indicio para corroborar las pruebas de cargo o de si se

reglas previstas en este Código. La declaración en juicio prevalece sobre las anteriores, salvo que no dé ninguna explicación razonable sobre la existencia de esas contradicciones. Durante el transcurso del juicio, las partes y el tribunal podrán formularle preguntas destinadas a aclarar sus manifestaciones.

puede utilizar como parte de un razonamiento lógico para fundamentar una sentencia condenatoria. Pues bien, la respuesta a estos cuestionamientos tomará forma en los siguientes acápites.

2. Examen del caso *Murray contra el Reino Unido* y de la línea jurisprudencial seguida por el TEDH hasta llegar al caso *Zschüschen contra Bélgica*.

A manera de aclaración, si bien en la sentencia 57-2024 del TPAEDO se asoció la "doctrina Murray" con lo resuelto por el TEDH en el caso *Zschüschen contra Bélgica* de 2017, su nacimiento –y de ahí su nombre– está vinculado al caso *Murray contra el Reino Unido* de 1996, de modo que es a este al que se tiene que hacer principal alusión.

John Murray fue detenido por la policía de Irlanda del Norte el 7 de enero de 1990 –junto con otras siete personas– por encontrarse en una vivienda en la que tenían retenido ilícitamente a un individuo, por lo que fue procesado por los supuestos delitos de conspiración para asesinar, privación de libertad y pertenencia a una organización proscrita[13], sin embargo, únicamente resultó condenado por la privación de libertad y recibió una pena de ocho años de prisión.

Para el momento en el que Murray fue detenido, en Irlanda del Norte estaba vigente una norma denominada "Orden de prueba penal", la cual es indispensable para la comprensión de lo que ocurrió en ese proceso judicial y en las ulteriores etapas, ya que en sus artículos 3, 4 y 6 contenía disposiciones relacionadas con el silencio del acusado y sus posibles consecuencias.

En el artículo 3, la "Orden" establecía –entre otras cosas– que cuando a una persona se le atribuía un delito (antes o después de ser acusado oficialmente) y no mencionaba hechos en su defensa cuando esto se podía esperar razonablemente, el tribunal o el jurado podían obtener deducciones de ello[14].

---

[13] Ejército Republicano Irlandés, el IRA por sus siglas en inglés.

[14] Artículo 3.- Cuando, en cualquier proceso contra una persona por un delito, se presenta prueba de que el acusado: (a) en cualquier momento antes de que fuera acusado del delito, al ser interrogado por un agente de policía tratando

En similar sentido, el artículo 4 indicaba, *plus minusve* que, si durante el juicio el acusado llamado a declarar se negaba a prestar juramento o habiéndolo hecho se negaba a contestar preguntas, entonces ello le permitía al tribunal o al jurado que, al momento de determinar su culpabilidad, pudieran deducir de esa negativa las inferencias que considerasen apropiadas[15].

---

de descubrir si o por quién se ha cometido un delito, no mencionó cualquier hecho invocado en su defensa en aquellos actos; o (b) al ser acusado del delito o informado oficialmente que podría ser procesado por él, no mencionó tal hecho, siendo un hecho que en las circunstancias existentes en el momento en que se podría razonablemente esperar que el acusado mencionara cuando fuese interrogado, acusado o informado, según el caso, se aplicará el párrafo (2). (2) Cuando se aplique este párrafo: (a) el tribunal, al determinar si se debe someter o no el acusado al juicio o si hay un caso al que responder, (b) un juez, al decidir si concede una solicitud presentada por el acusado en virtud del artículo 5 de la Orden de Justicia Penal de 1988 (solicitud de desestimación del cargo cuando un caso de fraude ha sido transferido de un tribunal de magistrados al Tribunal de la Corona en virtud del artículo 3 de esa Orden), y (c) el tribunal o el jurado, para determinar si el acusado es culpable del delito imputado, puede (i) obtener las inferencias del fallo que sean apropiadas; (ii) sobre la base de tales inferencias considerar que el fallo corrobora o puede corroborar cualquier prueba aportada contra el acusado en relación con la cual el fallo sea relevante. (3) Sujeto a las instrucciones del tribunal, las pruebas que tiendan a establecer la omisión pueden practicarse antes o después de la prueba tendiente a establecer el hecho que se alega que el acusado supuestamente no ha mencionado. (Traducción libre realizada por el autor a partir del texto incluido en la sentencia del 8 de febrero de 1996).

[15] Artículo 4.- El acusado será llamado a declarar en juicio cuando: (1) En el juicio de cualquier persona (que no sea un niño) por un delito, los párrafos (2) a (7) se aplicarán a menos que (a) no se discuta la culpabilidad del acusado, o (b) al tribunal le parezca que la condición física o mental del acusado hace indeseable que se le pida que preste testimonio; pero el párrafo (2) no se aplica si, antes de que se solicite cualquier prueba para la defensa, el acusado o su abogado o un procurador que lo represente informa al tribunal que el acusado testificará. (2) Antes de que se solicite cualquier prueba para la defensa, el tribunal (a) informará al acusado que será llamado por el tribunal a declarar en su propia defensa, y (b) le dirá en lenguaje común cuál será el efecto de este artículo si (i) cuando así se le solicite, se niega a prestar juramento; (ii) habiendo prestado juramento, sin causa justificada, se niega a responder cualquier pregunta; y acto seguido el tribunal citará al acusado a declarar. (3) Si el acusado (a) después de haber sido llamado por el tribunal a prestar testimonio de conformidad con este artículo, o después de que él o su abogado o procurador que lo representa haya informado al tribunal que prestará testimonio, se niega a prestar juramento, o (b) habiendo prestado juramento,

En lo tocante al artículo 6 de la "Orden", este apuntaba a que cuando una persona era arrestada en un lugar al momento de la comisión de un delito, la policía podía invitarle a explicar su presencia allí y si el inculpado se negaba a hacerlo, en un futuro juicio el tribunal o el jurado podían tratar esa negativa como si fuese equivalente a la corroboración de las pruebas que se hubieren presentado en su contra, eso sí, siempre y cuando la policía hubiese advertido a esa persona sobre las consecuencias de su silencio[16].

---

sin buena causa se niega a responder a cualquier pregunta, se aplica el párrafo (4). (4) El tribunal o el jurado, al determinar si el acusado es culpable del delito imputado, podrá (a) deducir de la negativa las inferencias que parezcan apropiadas; (b) sobre la base de tales inferencias, tratar la negativa como un equivalente de una corroboración de cualquier prueba presentada contra el acusado en relación con la cual la negativa sea importante. (5) Este artículo no obliga al acusado a declarar en su propio nombre y, en consecuencia, no será culpable de desacato al tribunal por negarse a prestar juramento. (Traducción libre realizada por el autor a partir del texto incluido en la sentencia del 8 de febrero de 1996).

[16] Artículo 6.- Inferencias derivadas de la omisión o la negativa de dar cuenta de la presencia en un lugar en particular: (1) Cuando (a) una persona arrestada por un agente de policía fue encontrada por él en un lugar o aproximadamente en el momento en que se alega que se cometió el delito por el cual fue arrestado, y (b) el agente de policía cree razonablemente que la presencia de la persona en ese lugar y en ese momento puede ser atribuible a su participación en la comisión del delito, y (c) el agente de policía informa a la persona que así lo cree y le solicita que rinda cuentas de esa presencia, y (d) la persona falla o se niega a hacerlo, entonces, si en cualquier procedimiento contra la persona por el delito se presentan pruebas de esos hechos, se aplica el párrafo (2). (2) Cuando se aplique este párrafo (a) el tribunal, al determinar si debe enviar al acusado a juicio o si hay un caso que responder, y (b) el tribunal o el jurado, al determinar si el acusado es culpable del delito imputado, podrá (i) deducir las inferencias que parezcan apropiadas de la omisión o la negativa; (ii) sobre la base de dichas inferencias, tratar la omisión o la negativa como equivalente a una corroboración de cualquier prueba presentada contra el acusado en relación con la cual la omisión o la negativa es material. 3) Los párrafos (1) y (2) no se aplican a menos que el agente le haya dicho al acusado en lenguaje común al realizar la solicitud mencionada en el párrafo (1) (c) cuál sería el efecto de este artículo si no lo hiciera o se negara a hacerlo. (4) Este artículo no impide sacar ninguna inferencia de la falta o negativa de una persona a dar cuenta de su presencia en un lugar que pueda deducirse adecuadamente de este artículo. (Traducción libre realizada por el autor a partir del texto incluido en la sentencia del 8 de febrero de 1996).

Entonces, tanto al momento de la detención de Murray como para cuando se efectuó el juicio en el que resultó condenado, la legislación de Irlanda del Norte establecía de manera expresa las consecuencias si la persona acusada no explicaba aquellas circunstancias que eran esperables razonablemente para su defensa puesto que, según el caso, era posible que el tribunal o el jurado extrajesen inferencias de ese silencio para corroborar las pruebas de cargo.

Con base en este panorama lo que se demostró fue que cuando se arrestó a Murray, los policías le advirtieron que, aunque no estaba obligado, si no mencionaba hechos en su defensa el tribunal podía usar esa omisión como un apoyo a cualquier prueba relevante en su contra. Advertido de lo anterior, Murray decidió guardar silencio.

Luego, en el juicio, el juez le indicó a Murray que, si se negaba a prestar juramento o si después de hacerlo no contestaba a los interrogatorios, ese silencio se podía tomar en cuenta en su contra, sin embargo, Murray igualmente decidió guardar silencio durante todo el juicio y al final fue absuelto por varios cargos, aunque como ya se indicó antes, se le condenó por complicidad en una privación de libertad.

Dentro de la argumentación del juez de primera instancia para condenar a Murray, este señaló que, si bien el no haber declarado o no haber justificado su presencia en la casa en la que se le detuvo no eran indicativos *per se* de su culpabilidad, la intención de los artículos 4 y 6 de la "Orden de prueba penal" era permitir que el tribunal aplicara el sentido común ordinario al momento de deducir conclusiones contra un acusado y que así lo hizo.

Frente a la condena, Murray concurrió ante el Tribunal de Apelación de Irlanda del Norte, empero, este órgano rechazó el recurso y reforzó la tesis de que las pruebas de cargo habían sustanciado un caso "formidable" en su contra y que, por tanto, era razonablemente exigible una respuesta del acusado, de modo que al no haberse ofrecido esa respuesta ni durante la investigación ni en el juicio, era inevitable que el juez extrajera inferencias muy fuertes en su contra.

Posteriormente, Murray acudió al sistema regional de derechos humanos señalando que en su proceso se le había privado del derecho al silencio (entre otros reclamos) y que eso era contrario al artículo 6 del CEDH. Dentro de sus alegaciones, Murray mencionó que el derecho

al silencio ante el interrogatorio policial y la garantía de no declarar contra sí mismo en el juicio eran postulados absolutos y que no se podían interpretar en su contra sin que esto supusiera una inversión de la carga de la prueba y de la presunción de inocencia.

El gobierno británico desdeñó la tesis de Murray al replicar que la legislación interna no invertía la carga de la prueba, ya que le seguía correspondiendo al Estado la demostración de la culpabilidad y en ese marco la "Orden de prueba penal" solamente confería un poder discrecional al juez para extraer deducciones del silencio del acusado en supuestos específicamente definidos y respaldados en el sentido común.

Tomando en cuenta las posiciones de las partes, en sentencia del 8 de febrero de 1996, el TEDH determinó que el derecho al silencio no era absoluto porque podían presentarse situaciones en las que se exigía razonablemente una explicación por parte del inculpado para considerarla frente a las pruebas aportadas por la acusación; además, si bien era cierto que existía diversa normativa internacional que reconocía el derecho al silencio y el privilegio de la no autoincriminación, esta era omisa respecto a la posibilidad de obtener inferencias de la negativa al imputado a refutar pruebas consistentes en su contra.

Sobre el caso en concreto el TEDH confirmó que, aunque no se podía condenar a nadie por el solo hecho de guardar silencio, a Murray se le habían hecho las correspondientes advertencias sobre los efectos jurídicos de guardar silencio y la acusación en su contra había sido sostenida sólidamente, por tanto, las pruebas de cargo demandaban una explicación por parte del inculpado que solo este estaba en condiciones de dar.

En conclusión, el TEDH rechazó el reclamó de Murray porque estimó que no se le condenó solo por no haber declarado, sino que existía prueba robusta en su contra, que la legislación interna dejaba abierta la posibilidad del juez de aplicar inferencias en este tipo de casos, que la normativa internacional era omisa al respecto y que no se desplazó la carga de la prueba al punto de vulnerar la presunción de inocencia.

La posición que sostuvo el TEDH en el caso de Murray ha sido puntualizada con algunos bemoles en diferentes sentencias. En *Condron contra el Reino Unido* (2 de mayo del 2000) el TEDH consideró que sí se vulneró el artículo 6 del CEDH y que el caso no era igual al de Murray porque el jurado extrajo inferencias incriminatorias del silencio de los

acusados ante la policía sin haber sido debidamente instruido respecto a si eso se debió a una recomendación legal o a una falta de conocimiento de los inculpados.

En *Averill contra el Reino Unido* (6 de junio del 2000) el acusado guardó silencio ante la policía y declaró en el juicio, sin embargo, el juez de instancia estableció que la acusación era sólida y extrajo inferencias de culpabilidad en su contra por haberse mantenido en silencio durante el interrogatorio policial. El TEDH reafirmó aquí la "regla Murray".

En *Heaney y McGuinness contra Irlanda* (21 de diciembre del 2000) los acusados fueron procesados por un atentado con bomba. Ante la policía se abstuvieron de declarar y en el juicio se les condenó, derivándose de su silencio una carga adversa porque la normativa contra el terrorismo instituía la obligación del inculpado de proporcionar la información que tuviera so pena de utilizar el silencio en contra. En este caso el TEDH encontró que la ley aplicada por Irlanda imponía una coerción indebida, por lo que sí se violó el artículo 6 del CEDH y el caso no era igual al de Murray.

En *Beckles contra el Reino Unido* (8 de octubre del 2002) el juez de instancia no le advirtió adecuadamente al jurado que, si estaban convencidos de que el silencio de Beckles en la etapa de investigación policial se debió a un consejo legal, no debían sacar inferencias incriminatorias automáticas, cosa que finalmente hicieron, por lo que el TEDH sí encontró una violación al artículo 6 del CEDH.

Por su parte, en el caso *Zschüschen contra Bélgica* (2 de mayo de 2017) –que fue citado concretamente por el TPAEDO– al acusado se le condenó por lavado de activos en virtud de que había abierto una cuenta en Bélgica y a pesar de no tener ingresos declarados o conocidos en ese país, había depositado €75.000 en dos meses. Zschüschen alegó que había sido sentenciado en virtud de que no había explicado el origen de sus ingresos, por lo que se invirtieron la carga de la prueba y la presunción de inocencia.

En el caso Zschüschen el TEDH afirmó que el demandante no había sido obligado a declarar y que tampoco había sido condenado solo por el hecho de no explicar sus ingresos, por el contrario, dijo que había un cúmulo de pruebas en su contra y que su negativa a responder preguntas solamente permitió corroborar que no había un origen lícito de esos capitales, ya que si el dinero hubiese tenido origen legal, no habría sido difícil probarlo, por lo que la razonabilidad y el sentido común

demandaban una explicación del acusado. Además, se determinó que la condena era acorde con las previsiones contenidas en el Convenio del Consejo de Europa relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y comiso de los productos del delito y a la financiación del terrorismo.

No puede perderse de vista que la sentencia del caso *Zschüschen contra Bélgica* data del 2017, por lo que para ese momento ya estaba vigente la Directiva 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo de Europa. Según esta directiva, los Estados podían mantener en sus legislaciones la posibilidad de extraer inferencias del silencio del acusado siempre que no se vulnerase el derecho a un juicio justo, se informase previamente al inculpado, no se le coaccionase y se pudiesen evaluar los motivos de ese silencio.

3. En términos generales, ¿se pueden importar las reglas o los estándares del TEDH para el contexto costarricense?

Lo primero que debe establecerse es que, si bien lo usual es que los tribunales ordinarios de un determinado país se nutran principalmente de fuentes sistémicas, es decir, de las que pertenecen a su propio entorno jurídico (tal como lo haría un tribunal penal costarricense que para resolver un asunto puesto en su conocimiento utiliza un estándar fijado por la Corte IDH), nada impide que puedan utilizar recursos extrasistémicos.

Precisamente esas herramientas o fuentes de fuera del sistema fueron conceptualizadas por Groppi y Lecis Cocco-Ortu[17] como aquellas que son "externas al contexto jurídico de referencia" (p. 30), sin embargo, el que sean externas no es un obstáculo para que se utilicen por los tribunales domésticos porque más bien permiten ampliar y complementar las posibilidades interpretativas del propio ordenamiento, así como fomentar una pluralidad de criterios jurídicos.

En este mismo sentido, no debe olvidarse que metodologías como el diálogo o la influencia a nivel de derecho comparado, que son las que

[17] GROPPI, Tania y LECIS COCCO-ORTU, Ana María. El uso de precedentes extrasistémicos en el diálogo entre la Corte Interamericana y el Tribunal europeo de Derechos Humanos: una investigación empírica. *Iuris Dictio*, n. 21, 29-47, 2018.

facilitan la utilización de fuentes extrasistémicas, han producido lo que Cárdenas Velásquez[18] definió como un proceso de internacionalización del derecho constitucional y de constitucionalización del derecho internacional, lo cual, a su vez, ha redundado en la construcción de un *ius constitucionale commune* aplicable en diferentes marcos.

En relación con lo desarrollado en el párrafo precedente y siguiendo la línea de Gutteridge[19], si bien la regla general es que los juristas decidan con base en las disposiciones normativas internas, si el entuerto no está del todo claro o si se necesita robustecer un argumento, por lo general se busca un complemento jurisprudencial o doctrinal y es en este proceso en el que acudir a las referencias extrasistémicas puede convertirse en una manera de vigorizar determinadas tesis.

A pesar de lo ya explicado, acudir a fuentes extrasistémicas tampoco debe ser un proceso automático o irrestricto, de previo se debe efectuar un examen de lo que Pegoraro[20] llamó "macrocomparación" y "microcomparación" (pp. 23-24). En cuanto a la primera, esta explora de forma general las experiencias y diversidades de diferentes países o regiones para clasificar los ordenamientos jurídicos en familias, grupos o sistemas; la segunda, por su parte, es la que abarca el análisis de conceptos, procedimientos, funciones, instituciones, obligaciones o potestades, o sea, es la que examina cosas concretas.

La trascendencia de realizar un análisis *ex ante* de macrocomparación y de microcomparación para posteriormente utilizar un recurso extrasistémico en la resolución de un caso doméstico, estriba en la validación de que por su tronco común y por ser aplicables reglas similares se están revisando aspectos que sí son comparables. Caso contrario se podrían provocar antinomias o polémicas innecesarias.

Por estas razones, la respuesta que se debe ofrecer ante la pregunta que titula este parágrafo es que sí es posible importar los estándares

---

[18] CÁRDENAS VELÁSQUEZ, Byron. *El control de las normas internas en la jurisprudencia del Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos:* especial consideración de su aplicación en España y Nicaragua. Barcelona: J.M. Bosch, 2018.

[19] GUTTERIDGE, Harold. *El derecho comparado*. Santiago: Olejnik, 2018.

[20] PEGORARO, Lucio. El método en el Derecho Constitucional: la perspectiva desde el Derecho Comparado. *Revista de estudios políticos*, n. 112, 9-26, 2001.

del TEDH a Costa Rica, en el entendido de que no se trata ni de una obligación ni de una necesidad, así como tampoco puede ser un proceso ligero o carente de contenido como bien lo explicó Vivas Barrera[21]. A pesar de lo anterior y siguiendo la propuesta de Ragone[22] (2018), sí se puede aprovechar este proceso como una herramienta para reforzar un razonamiento jurídico o para sustentar una forma de interpretar determinados escenarios jurídicos, claro, siempre que sean comparables.

Así las cosas, aunque en definitiva sí es posible que los jueces costarricenses utilicen fuentes extrasistémicas, la duda que emerge en el contexto dentro del cual se enmarca este artículo es si era necesario para el TPAEDO aplicar la "regla Murray" en el voto 57-2024 y aunque en los siguientes apartados se ensayará una respuesta más completa, por ahora se puede afirmar que no lo era, pues hubo aspectos más concluyentes y mucho menos polémicos que hubiesen bastado para anular la sentencia absolutoria, por ejemplo los relacionados con una inadecuada fundamentación probatoria intelectiva por parte del tribunal de instancia.

4. Entonces, ¿es aplicable en Costa Rica la "doctrina Murray" para interpretar el silencio del acusado como un indicio probatorio en su contra?

Una vez en este punto se debe reiterar que en Costa Rica sí pueden ser aplicables criterios provenientes de fuentes extrasistémicas, no obstante, el proceso de incorporación de los estándares externos para complementar o reforzar decisiones sobre casos domésticos no puede ser irreflexivo, ya que de previo debe realizarse una evaluación de si las circunstancias son susceptibles de una macrocomparación y de una microcomparación.

---

[21] VIVAS BARRERA, Tania Giovanna. Corte Constitucional de Colombia: Tres décadas de un juez constitucional en constante diálogo judicial transnacional. *Novum Jus*, v. 17, n. 3, 431-454, 2023. https://doi.org/10.14718/NovumJus.2023.17.3.15

[22] RAGONE, Sabrina. *Desafíos de la función judicial:* un acercamiento desde el Derecho Público Comparado. Santiago: Olejnik, 2018.

4.1. Análisis de macrocomparación.

Una primera observación que debe hacerse es que el sistema jurídico imperante en el Reino Unido es –y era para el momento en que se procesó a Murray– el *"common law"* y si bien este presenta algunas diferencias con el sistema jurídico continental que predomina en Costa Rica y en América Latina en general, tales distancias se han acortado a partir de la existencia de un *corpus iuris* universal de derechos humanos y del funcionamiento de las cortes regionales que se han preocupado por facilitar los procesos de inclusión, pluralismo, control de convencionalidad y protección multinivel.

Sobre el acercamiento entre estos diferentes sistemas jurídicos Pizzorusso[23] señaló que las diferencias entre el *"civil law"* y el *"common law"* se han acortado gradualmente debido a "un mayor conocimiento recíproco" (p. 213) y a que en los sistemas de *"civil law"* –como el costarricense– se ha difundido en mayor medida el control de convencionalidad y de constitucionalidad de las leyes, lo que en cierta forma implica una recuperación de un derecho mucho más jurisprudencial.

En relación con el papel de las cortes regionales no puede pasarse por alto el hecho de que el Reino Unido forma parte del Consejo de Europa y que, por ende, está sometido a la jurisdicción del TEDH, lo que significa que a pesar de que su sistema jurídico es diferente al de los países con tradición romano-germánica, igualmente le son aplicables las reglas contenidas en el CEDH y esto es importante porque ese instrumento de derecho internacional, en su núcleo, es análogo a la CADH.

El hecho de que el CEDH y la CADH sean instrumentos tan similares y que compaginen con otras declaraciones y convenios como los citados en el primer apartado de este artículo, permite derivar que los preceptos que contienen son altamente compatibles entre sí; a la sazón, si se parte de la premisa de que dentro de estos cuerpos normativos supranacionales se comprenden estándares de protección de derechos humanos lo que se puede deducir es que aquello que resuelvan los tribunales regionales que emplean estos instrumentos sí puede superar el examen de macrocomparación.

---

[23] PIZZORUSSO, Alessandro. *Curso de Derecho Comparado*. Santiago: Olejnik, 2020.

Como complemento de lo anterior, actualmente se ha convertido en un proceso común que la Corte IDH y el TEDH se citen mutuamente en sus resoluciones, lo que evidencia un proceso interactivo de diálogo que a su vez confirma la viabilidad del examen de macrocomparación.

En síntesis, aunque la "doctrina Murray" se contextualice originalmente en un sistema de *"common law"*, el hecho de que el TEDH la haya desarrollado y matizado para aplicarla en los márgenes de sus competencias, sí permite completar el análisis de macrocomparación.

4.2. Análisis de microcomparación.

Cabe señalar que aunque la aplicación de la "doctrina Murray" en Costa Rica sí podría superar el examen de macrocomparación, no puede decirse lo mismo con el de microcomparación. Mientras que en Europa sí había previsiones legales específicas respecto al valor que se le podía dar al silencio del acusado en determinados casos, tal fenómeno no se repite en Costa Rica.

Como se explicó en puntos anteriores de este artículo, la "Orden de prueba penal" bajo la cual se juzgó a Murray era muy clara al establecer que en ciertas circunstancias el tribunal o el jurado podían conferirle valor incriminatorio al silencio del inculpado, siempre y cuando este hubiese sido previamente advertido de las consecuencias de su negativa a declarar y las pruebas en su contra fueran sólidas, en otras palabras, esta ley autorizaba que se pudieran obtener inferencias a partir del silencio y que incluso estas deducciones podían utilizarse para verificar las pruebas de cargo, es decir, como un plus de culpabilidad.

Tomando como punto de partida la existencia de una previsión legal y la supuesta falta de certeza declarativa en las normas internacionales, el TEDH admitió en el caso Murray –y como consecuencia de ello también en el caso Zschüschen– que el derecho al silencio en esos supuestos no era absoluto porque podía haber momentos en los que las condiciones de un determinado caso exigían desde la razonabilidad y el sentido común, una explicación por parte del acusado, pero esas circunstancias no pueden ser extrapoladas a Costa Rica.

La existencia de una previsión legal fue fundamental tanto en el caso Murray como en Zschüschen, pero en Costa Rica no hay paralelismo

viable, es más, la regulación normativa costarricense es muy concreta al establecer que nadie está obligado a declarar contra sí mismo, que la carga de la prueba le corresponde al ente acusador y que cuando una persona acusada decide abstenerse de declarar en cualquier de las etapas del proceso, su silencio no le puede perjudicar ni afectar en nada.

A pesar de que en los anteriores párrafos se ha hecho principal acotación al caso Murray por ser el primero y más emblemático, destacándose la inviabilidad de su microcomparación, no puede pasarse por alto que el TPAEDO al que recurrió para complementar su argumentación en el voto 57-2024 fue al caso Zschüschen, en tanto su origen fue una condena por lavado de activos. Sin embargo, aunque fácticamente los casos comparten características, no hay microcomparación posible en términos normativos.

La afirmación vertida en el párrafo anterior se sustenta en que, aún cuando Bélgica es un país para el cual el derecho al silencio del acusado constituye una piedra angular del debido proceso, su ordenamiento –en especial los artículos 505 y 505 bis del Código Penal– está permeado por la jurisprudencia del TEDH y por instrumentos ya citados como el Convenio del Consejo de Europa relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y comiso de los productos del delito y a la financiación del terrorismo y la Directiva 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo de Europa.

Entonces, cuando la legislación costarricense alude a que el silencio del acusado no le puede perjudicar ni afectar en nada, excluye de tajo la posibilidad de que se puedan derivar consecuencias de él, con indiferencia de si se trata de deducciones para corroborar la culpabilidad o para confirmar la inocencia. Por tanto, el silencio como garantía en Costa Rica no puede ser valorado, simplemente es lo que es, silencio.

Dentro del tejido de análisis no puede omitirse un aspecto controversial, ya que la propia Corte IDH en el caso *De la Cruz Flores vs. Perú* –haciendo eco de la posición del TEDH– señaló que no puede sustentarse la culpabilidad de una persona ni extraer consecuencias negativas, de forma exclusiva o preferente, a partir de su silencio, lo que genera la duda de si ese silencio podría tener un valor residual o complementario, pero la respuesta en Costa Rica debe ser un no.

El silencio del acusado no puede tener un valor suplementario ni residual en el sistema penal costarricense porque iría en contra del

ordenamiento interno y si bien es cierto que el control de convencionalidad obliga a considerar siempre las sentencias de la Corte IDH, la Sala Constitucional en el voto 12801-2013 concluyó que las resoluciones de esta entidad regional tienen carácter vinculante siempre y cuando no se traspase el margen de apreciación nacional y se verifique que las circunstancias jurídicas y fácticas son equivalentes, que es precisamente lo que en el marco de este artículo se ha llamado microcomparación[24].

Otro aspecto que se debe tener en cuenta para el ejercicio de microcomparación es el que involucra cuestionarse si la tipología delictiva, el barullo social del suceso juzgado o la existencia de organizaciones criminales, justifica que se pueda aplicar la "doctrina Murray" en Costa Rica, pero la respuesta sigue siendo que no, pues como ya se indicó, en este país no existen previsiones en ese sentido.

4.3. Otras consideraciones respecto al derecho al silencio en Costa Rica.

No puede negarse que en Costa Rica tampoco es extraño que en los últimos años se esté tratando de flexibilizar el derecho al silencio del procesado y por eso es por lo que en diferentes ocasiones se han tramitado proyectos en la Asamblea Legislativa relacionados con la toma de medidas más rigurosas para afrontar las diferentes manifestaciones del crimen organizado y con ello modificar algunas de esas garantías otrora pétreas.

Así, por ejemplo, se han enarbolado sendas propuestas para la implementación de un modelo extinción de dominio[25] sobre bienes cuya procedencia es dudosa y se les ha tratado de revestir de una naturaleza administrativa para justificar la inversión de la carga de la prueba y obligar al encausado –no en sede penal, sino en contenciosa administrativa– a explicar el origen de sus recursos, que es algo muy similar en el fondo

[24] Según el artículo 13 de la Ley de Jurisdicción Constitucional, los pronunciamientos de la Sala Constitucional costarricense son vinculantes *erga omnes*, salvo para sí misma.

[25] Aunque finalmente no fueron aprobados, en la Asamblea Legislativa de Costa Rica se tramitaron los proyectos 18.964 (Ley de extinción de dominio) y 19.571 (Ley especial de extinción de dominio).

a lo que se aplicó en el caso *Zschüschen contra Bélgica* y a lo que hizo el TPAEDO en la sentencia 57-2024.

Lo cierto es que a pesar de que se les ha revestido de carácter administrativo, estos proyectos de extinción de dominio o de capitales emergentes como también se les ha llamado[26], han tenido un trasfondo penal y la intención de llevarlos al ámbito contencioso administrativo más que un aspecto práctico o de eficiencia, lo que busca es esquivar garantías penales, es decir, se trata al final de un fraude de etiquetas.

Realmente lo que debe considerarse en este punto es que la garantía de no autoincriminación y el derecho al silencio tienen connotaciones amplias que no deberían limitarse solo al ámbito penal. En ese sentido Escobar Veas[27] explicó que "Por el contrario, el estándar mínimo de protección de este derecho consistiría en garantizar que una persona, independiente de su estatus y del procedimiento de que se trate, no sea obligada a suministrar información que pudiera incriminarla penalmente" (p. 64).

Con base en lo que se ha venido acotando, evidentemente llama la atención que el TPAEDO haya aplicado la "doctrina Murray" y más concretamente los preceptos del caso Zschüschen en un proceso penal por un delito de legitimación de capitales, así como que haya afirmado que aunque es una obligación del Ministerio Público confirmar los hechos acusados, el imputado no está liberado de dar una explicación plausible y racional sobre el origen de su dinero. Esta situación, a la luz de lo expuesto en este artículo, se ha alejado del *"test"* de microcomparación

---

[26] Para el momento de elaboración de este artículo se encontraba en la corriente legislativa costarricense el proyecto de ley 22.834, denominado "Reforma a la ley 8754, ley contra la delincuencia organizada, para fortalecer la función de la jurisdicción contenciosa administrativa", cuya principal apuesta es permitir que el Ministerio Público solicite –de previo a la interposición de cualquier denuncia– al Juzgado Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda el dictado de una medida cautelar anticipada para asegurar, secuestrar, conservar o verificar bienes y productos financieros de personas cuyo capital se haya incrementado sin causa lícita aparente.

[27] ESCOBAR VEAS, Javier. Aplicación del derecho a no autoincriminarse en procedimientos administrativos sancionatorios: Análisis comparado de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional chileno. *Revista de Derecho Administrativo Económico*, n. 34, 39-68, 2021. https://doi.org/10.7764/redae.34.2

y ha vulnerado la concepción del derecho al silencio y los alcances de la garantía de no autoincriminación que se aplican en Costa Rica.

En este mismo orden de ideas, el análisis del TPAEDO no se conformó con aplicar la "regla Murray" a pesar de la concepción dominante del derecho al silencio en el sistema costarricense, sino que incluso, rompiendo el régimen de interpretación restrictiva contemplado en el artículo 2 del Código Procesal Penal[28], argumentó que las regulaciones incorporadas en los artículos 20 y 21.h. de la Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, actividades conexas, legitimación de capitales y financiamiento al terrorismo (número 8204)[29], permitían ampliar el marco de interpretación del silencio para exigir una respuesta plausible del imputado.

En relación con lo mencionado en el párrafo anterior, las regulaciones de los artículos 20 y 21.h. de la ley 8204 establecen mecanismos de control que deben implementar las entidades financieras que operan en Costa Rica, pero no pueden interpretarse estas pautas en función de la flexibilización del derecho al silencio dentro de un proceso penal sin que ello implique una ampliación injustificada de la esfera de intervención punitiva del Estado.

Interpretar que las reglas antes referidas de la ley 8204 se pueden equiparar con las previsiones legales utilizadas para juzgar a John Murray en Irlanda del Norte o a Steve Mitchell Zschüschen en Bélgica, apareja un detrimento en las garantías del inculpado, más aún, implica la degradación

---

[28] Artículo 2.- Regla de interpretación. Deberán interpretarse restrictivamente las disposiciones legales que coarten la libertad personal o limiten el ejercicio de un poder o derecho conferido a los sujetos del proceso. En esta materia, se prohíben la interpretación extensiva y la analogía mientras no favorezcan la libertad del imputado ni el ejercicio de una facultad conferida a quienes intervienen en el procedimiento.

[29] Artículo 20.- Toda institución financiera deberá registrar, en un formulario diseñado por el órgano de supervisión y fiscalización competente, el ingreso o egreso de las transacciones, en moneda nacional o extranjera, iguales o superiores a los diez mil dólares moneda de los Estados Unidos de América (US $10.000,00) o su equivalente en colones. Las transacciones indicadas en el párrafo anterior incluyen las transferencias desde el exterior o hacia él.

Artículo 21.- Los formularios referidos en el artículo anterior deberán contener, respecto de cada transacción, por lo menos los siguientes datos: (...) h. El origen de la transacción.

de un derecho de raigambre convencional y constitucional, pues en ninguna parte de los artículos 20 y 21.h. de la aludida ley se indica que si el imputado no explica adecuadamente en un proceso penal el origen de sus recursos, se deducirá que estos tienen proveniencia ilícita o que se pueda usar ese silencio como un aspecto para verificar la culpabilidad penal.

Por consiguiente, deducir del silencio del acusado un indicio de su propia culpabilidad no es más que invertir la lógica de este derecho, sortear el privilegio de la no autoincriminación y darles una finalidad incompatible con el ordenamiento jurídico costarricense mediante una interpretación extensiva *in malam partem*.

Ni siquiera tratándose de delitos de legitimación de capitales o afines, existe en Costa Rica algún canon penal que implique que a la persona inculpada se le deba advertir que si no declara o no contesta preguntas, su silencio se interpretará como una confirmación de las pruebas en su contra, así como tampoco existe norma alguna que le otorgue la facultad a un tribunal penal para interpretar el silencio del acusado como un indicio en su contra, independientemente de que sea tratado como preferente o residual.

En resumen, la "doctrina Murray" no puede superar la prueba de microcomparación y en virtud de ello se debe concluir que no es viable su aplicación en Costa Rica; ergo, la decisión del TPAEDO, al menos en cuanto a la utilización de la regla que es objeto de análisis, trasgrede el principio de interpretación restrictiva y de prohibición de analogías en detrimento del encausado.

Un último punto por acotar y solo a manera de complemento es que si bien es cierto que el derecho al silencio tiene las connotaciones supra explicadas en Costa Rica, ciertamente existen regulaciones en las que se premia al endilgado que decide declarar o aceptar su culpabilidad, verbigracia, el criterio de oportunidad[30], el procedimiento abreviado[31] o el

[30] Regulado en el artículo 22.b. del Código Procesal Penal. Se puede prescindir de la persecución penal contra aquel imputado que colabore con la investigación o brinde información para probar la participación de otros imputados con una participación más reprochable.

[31] El artículo 374 del Código Procesal Penal permite reducir hasta en un tercio el mínimo de la pena prevista en el tipo penal al imputado que admita el hecho que se le atribuye.

perdón judicial[32]. Por tener un tratamiento diferenciado, estos institutos no serán examinados en este artículo.

5. Y si se emplea desde el punto de vista argumentativo y no probatorio, ¿sería aplicable la "doctrina Murray" en Costa Rica?

No, al menos en el sistema costarricense no sería aplicable esta doctrina ni siquiera desde un punto de vista argumentativo porque tal cual está construido el ordenamiento penal, el silencio del acusado no puede ser valorado para perjudicarle o afectarle en nada. El silencio, entonces, constituiría un insumo irrelevante en cuanto a lo argumentativo, esto con independencia de que se estuviese utilizando un razonamiento deductivo o uno inductivo.

En cuanto al razonamiento de tipo deductivo, que a grandes rasgos se puede conceptualizar como aquel en el que de una serie de premisas se deriva una conclusión, lo que puede señalarse como elemento diferenciador es que, si se aceptan como válidas las premisas, entonces –como lo apuntó Atienza Rodríguez[33]– debe aceptarse necesariamente la conclusión.

Siempre sobre este punto, para aplicar el razonamiento deductivo en el ámbito jurídico se ha admitido que la premisa mayor es la norma que contempla el supuesto fáctico prohibido, que la premisa menor es el hecho materializado por una persona y que la conclusión sería la sentencia absolutoria o condenatoria.

En el ámbito del razonamiento deductivo jurídico, si se puede realizar el juicio de subsunción entre la premisa menor y la mayor, entonces el resultado será una sentencia condenatoria; en otras palabras, si se corrobora que el cuadro fáctico se cristalizó, que se puede adecuar a la norma y que la responsabilidad del individuo se puede afirmar, lo que

---

[32] El artículo 93.12. del Código Penal permite extinguir la pena al imputado que diere información para descubrir delitos relacionados con tráfico de drogas y a sus autores.

[33] ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel. *Las razones del Derecho:* teorías de la argumentación jurídica. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.

procede es aplicar la consecuencia jurídica (sanción), por tanto, el silencio del imputado no agregaría nada a este proceso de subsunción.

Si no se estuviera utilizando un razonamiento deductivo sino uno inductivo, lo que debe recordarse es que el que se aplica en el ámbito jurídico es el de reconstrucción de la premisa menor a partir de las pruebas y que este lo que permite de acuerdo con la aplicación de las reglas de la sana crítica racional y de la valoración probatoria en el sentido procesal, es la obtención de conclusiones muy probables o altamente plausibles.

En el mismo orden y siempre en el ámbito del razonamiento inductivo, si durante el ejercicio de evaluación y valoración probatoria desde la óptica de la sana crítica se logra determinar que las pruebas son unívocas, consistentes y coherentes en contra del acusado, su silencio no tendría por qué jugar ningún papel en la confirmación de la premisa menor y mucho menos en la corroboración de su culpabilidad.

Se puede reafirmar lo anterior cuestionándose si un hecho se podría tener por probado o al menos por epistémicamente justificado a partir del silencio del acusado, aspecto que debe ser rechazado porque, tal como se puede inferir de lo explicado por Ferrer Beltrán[34], ello no superaría el umbral racional de suficiencia probatoria.

Del mismo modo, carecería de sentido otorgarle al silencio del acusado un valor indiciario o de prueba indirecta de culpabilidad, ya que en el ámbito jurídico penal se entiende que un indicio es un hecho cierto y probado del que se puede inferir lógicamente otro hecho mediante un nexo causal lógico y razonable, aspectos que no se pueden derivar de una garantía ligada a la presunción de inocencia para crear una cadena probatoria incriminatoria.

Por otro lado, si lo que sucediese fuera que las pruebas en contra de una persona resultan ser anfibológicas y no permiten arribar con claridad a una conclusión de culpabilidad, no podría el tribunal en modo alguno valerse del silencio del imputado para procurar utilizarlo como una autoincriminación o como un indicio adicional a los elementos de cargo, pues esto más bien aparejaría una contradicción a la sana crítica, a las

[34] FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba sin convicción:* estándares de prueba y debido proceso. Madrid: Marcial Pons, 2021.

reglas procesales de valoración de la prueba, al principio de objetividad e imparcialidad judicial y a la presunción de inocencia.

En concordancia con lo antes mencionado, si un tribunal costarricense pretendiese utilizar el silencio del acusado como una premisa adicional, como un indicio o como una prueba indirecta para así obtener una conclusión de culpabilidad de un sujeto en virtud de que los demás razonamientos derivados del análisis de prueba son débiles o variopintos, estaría incurriendo en una falacia de razón irrelevante, la cual, según Díaz Villafaña[35], aparejaría presentar un elemento a favor de una pretensión cuando no es directamente relevante para comprobarla.

Desde este mismo punto de vista puede afirmarse que si un tribunal procurase utilizar el silencio del acusado como un argumento *stricto sensu* para arribar o fortalecer una conclusión de culpabilidad, también podría estar incurriendo en una falacia de conclusión inatingente, la cual fue catalogada por González Castro y Montero Montero[36] (2012) como aquella en la que se utiliza un razonamiento que carece de conexión con la conclusión, verbigracia, vincular el silencio del acusado con su autoría delictiva no sería una derivación lógica.

Igualmente, resultaría contrario a las reglas de la sana crítica racional que un tribunal de alzada corrija al *a quo* por no haber utilizado la "regla Murray" al decidir sobre un caso en particular de legitimación de capitales, ya que, como se ha venido explicando, mal haría un tribunal de primera instancia en aplicar esta doctrina sin que existan previsiones legales realmente equivalentes a las que le dieron origen.

En este sentido, la forma en la que el TPAEDO utilizó la "doctrina Murray" como uno de sus argumentos para anular la sentencia absolutoria de primera instancia porque supuestamente adolecía de una fundamentación incompleta, más bien constituye un vicio en el razonamiento por carecer de secuencia lógica y porque extendió los alcances de un recurso extrasistémico sin que existan previsiones que lo permitan.

---

[35] DÍAZ VILLAFAÑA, Martha. Derecho y argumentación. En SOCORRO, Juan Carlos y CRUCETA, José Alberto. (Coord.), *Argumentación jurídica*. Santo Domingo: Escuela Nacional de la Judicatura, 2007, p. 95-120.

[36] GONZÁLEZ CASTRO, José Arnoldo y MONTERO MONTERO, Diana. *Teoría del caso y argumentación jurídica*. Heredia: Poder Judicial, 2012.

Ahora, considérese que al afirmarse en este artículo que no se debió utilizar la "doctrina Murray" en el caso que dio origen a la sentencia 57-2024, no se está aseverando que no pudiesen existir otros aspectos por los cuales se debía anular la absolutoria de primera instancia, sin embargo, para lo conducente en torno a la reflexión que aquí se está haciendo, la argumentación del TPAEDO debe ser catalogada cuando menos de cuestionable por usar figuras que no superan el examen de microcomparación.

En suma, Costa Rica es un país en donde el silencio del acusado no puede tener valor probatorio ni argumentativo para sustentar su culpabilidad o para corroborar las pruebas que se hayan presentado en su contra ya que –como lo sugirieron Sierra Sorockinas y Toro Taborda[37]– esto podría provocar una injusticia epistémica al condicionar las resoluciones judiciales y afectar las garantías procesales.

Conclusiones

El derecho al silencio del acusado es una derivación de la presunción de inocencia que cubre a toda persona inculpada por un delito desde que este se le atribuye hasta que se dicta una sentencia, además, está intrínsecamente ligado a la garantía de no autoincriminación, todo lo cual está reconocido en diferentes normas de carácter supranacional, en la legislación doméstica costarricense y en diversa jurisprudencia de cortes regionales y de tribunales internos.

Precisamente el tema del derecho al silencio y su interpretación fueron objeto de análisis por parte del TEDH en múltiples casos, pero el más emblemático fue *Murray contra el Reino Unido* de 1996, que a su vez fue el que le dio nombre a la "doctrina Murray". Más recientemente esta doctrina fue aplicada por el TEDH en el caso *Zschüschen contra Bélgica* del 2017 y justamente esa línea jurisprudencial fue replicada por el TPAEDO

[37] SIERRA SOROCKINAS, David y TORO TABORDA, Mariana. La flexibilización probatoria en el proceso penal: una forma de injusticia epistémica. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 9, n. 2, 2023. https://doi.org/10.22197/rbdpp.v9i2.798

en el voto 57-2024 como uno de los argumentos para anular una sentencia absolutoria que se había dictado en un juicio por lavado de activos.

Respecto a la posibilidad de que los jueces costarricenses puedan utilizar estándares fijados por fuentes extrasistémicas para resolver asuntos internos se debe reconocer que sí es posible su importación y aplicación, sin embargo, ese proceso, aunque loable para el reforzamiento de ciertos argumentos y para la ampliación de la perspectiva forense de los juristas, no puede ser obligatorio, ligero ni automático, sino que debe cumplir seriamente con los exámenes macro y micro que exige el método de la comparación jurídica.

En cuanto a la aplicación concreta de la "doctrina Murray" en Costa Rica, esta puede superar el examen de la macrocomparación en virtud de que sí se puede aplicar la metodología comparativa entre los ámbitos de competencia y los pronunciamientos del TEDH y de la Corte IDH; no obstante, el problema que surge en el caso concreto es con el análisis de microcomparación, no tanto desde una perspectiva fáctica, sino jurídica y normativa.

En Europa se ha desarrollado con mucho más detalle la "regla Murray" porque existen previsiones normativas expresas sobre las eventuales deducciones que se podrían obtener del silencio del acusado, lo cual no se encuentra regulado del mismo modo en Costa Rica y, por tanto, el ejercicio de comparación en su acápite micro, no es del todo válido, máxime si se asume que en el caso en particular el TPAEDO no estaba obligado a utilizar esa plataforma argumentativa para anular la sentencia, ya que existían otros motivos a los que pudo acudir para cumplir los mismos fines.

En consecuencia, el silencio del acusado no puede ser utilizado en Costa Rica como un indicio afirmativo o complementario de la prueba incriminatoria que exista contra una persona dentro de un proceso penal, pues hacerlo de ese modo, además de violentar el principio de interpretación restrictiva, acarrearía una transgresión al debido proceso, al derecho de defensa, a la presunción de inocencia, a la garantía de no autoincriminación y al régimen de carga de la prueba.

Así como no se puede utilizar el silencio del inculpado como un elemento de prueba en sí mismo ni como un indicio corroborador de otras pruebas, tampoco se puede revestir de un valor argumentativo.

Lo anterior se basa en que con independencia de que un tribunal utilice un razonamiento deductivo o uno inductivo, aludir al silencio del imputado para convertirlo en una premisa confirmatoria de una conclusión condenatoria o en un insumo para la reconstrucción del cuadro fáctico que pretende subsumirse en el supuesto contenido por la norma, constituiría un razonamiento falaz que echaría por tierra el privilegio de la no autoincriminación.

En concordancia con la observación previa, apréciese que desde un punto de vista epistémico, el silencio del acusado en Costa Rica tampoco podría tener un valor indiciario o preliminar para la construcción de determinadas premisas, porque para ello igualmente habría que conferirle cierto valor probatorio a algo que *prima facie* es neutro, ergo, implicaría dotar de una dirección y de una intención a lo que no debería tenerlas.

En este orden de ideas, a la luz de todos los postulados que se desarrollaron en este artículo debe concluirse que la utilización por parte del TPAEDO de la "doctrina Murray" en el voto 57-2024 no es del todo congruente con el marco teórico y normativo que regula esta materia en Costa Rica, por lo que el ejercicio de comparación no fue válido en su totalidad y más bien se produjo una erosión del derecho al silencio del acusado.

Finalmente, no debe obviarse que el hecho de que se estén juzgando delitos que puedan enmarcarse en la categoría de crimen organizado o que se consideren graves –por ejemplo el lavado de activos que fue objeto de análisis en el voto 57-2024– tampoco puede justificar la flexibilización de garantías convencionales, constitucionales y legales que son inherentes a las máximas de que el ser humano es un fin en sí mismo, de que no debe ser instrumentalizado con fines procesales y de que la correcta administración de justicia no se puede sacrificar en una sociedad que se precie de ser llamada democrática.

Referencias

ASENCIO GALLEGO, José María. El derecho al silencio del imputado. *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales*, n. 9, 2017. https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/RDMCP/article/view/29680

ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel. *Las razones del Derecho:* teorías de la argumentación jurídica. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.

CÁRDENAS VELÁSQUEZ, Byron. *El control de las normas internas en la jurisprudencia del Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos:* especial consideración de su aplicación en España y Nicaragua. Barcelona: J.M. Bosch, 2018.

DÍAZ VILLAFAÑA, Martha. Derecho y argumentación. En SOCORRO, Juan Carlos y CRUCETA, José Alberto (Coord.), *Argumentación jurídica*. Santo Domingo: Escuela Nacional de la Judicatura, 2007, p. 95-120.

ESCOBAR VEAS, Javier. Aplicación del derecho a no autoincriminarse en procedimientos administrativos sancionatorios: Análisis comparado de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional chileno. *Revista de Derecho Administrativo Económico,* n. 34, 39-68, 2021. https://doi.org/10.7764/redae.34.2

FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba sin convicción:* estándares de prueba y debido proceso. Madrid: Marcial Pons, 2021.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho:* bases argumentales de la prueba. Madrid: Marcial Pons, 2010.

GONZÁLEZ CASTRO, José Arnoldo y MONTERO MONTERO, Diana. *Teoría del caso y argumentación jurídica.* Heredia: Poder Judicial, 2012.

GROPPI, Tania y LECIS COCCO-ORTU, Ana María. El uso de precedentes extrasistémicos en el diálogo entre la Corte Interamericana y el Tribunal europeo de Derechos Humanos: una investigación empírica. *Iuris Dictio*, n. 21, 29-47, 2018.

GUTTERIDGE, Harold. *El derecho comparado*. Santiago: Olejnik, 2018.

MENDOZA PERDOMO, Juan Francisco. Alcances procesales del enjuiciamiento de las organizaciones criminales: una revisión desde los principios del proceso. *Novum Jus*, v. 11, n. 1, 73-102, 2017. https://doi.org/10.14718/NovumJus.2017.11.1.3

PEGORARO, Lucio. El método en el Derecho Constitucional: la perspectiva desde el Derecho Comparado. *Revista de estudios políticos*, n. 112, 9-26, 2001.

PIZZORUSSO, Alessandro. *Curso de Derecho Comparado*. Santiago: Olejnik, 2020.

RAGONE, Sabrina. *Desafíos de la función judicial:* un acercamiento desde el Derecho Público Comparado. Santiago: Olejnik, 2018.

RODRIGUES LINO DE CARVALHO, Heloisa. Fundamento central do direito à não autoincriminação. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal,* v. 4, n. 2, 731-65, 2018. https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i2.134

SIERRA SOROCKINAS, David y TORO TABORDA, Mariana. La flexibilización probatoria en el proceso penal: una forma de injusticia epistémica. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 9, n. 2, 2023. https://doi.org/10.22197/rbdpp.v9i2.798

VIVAS BARRERA, Tania Giovanna. Corte Constitucional de Colombia: Tres décadas de un juez constitucional en constante diálogo judicial transnacional. *Novum Jus*, v. 17, n. 3, 431-454, 2023. https://doi.org/10.14718/NovumJus.2023.17.3.15

Authorship information

Juan Carlos Morales Jiménez. Doctor en derecho y magíster en criminología por la Universidad Estatal a Distancia de Costa Rica; máster en Sociología Jurídico Penal por Universidad de Barcelona; especialista en Justicia Constitucional por la Universidad de Pisa; diplomado en el nuevo Derecho Público del siglo XXI y la protección multinivel de Derechos Humanos por la Universidad para la Paz - Universidad de Heidelberg; y, licenciado en Derecho por la Universidad de Costa Rica. juan.morales0244@uhispano.ac.cr

Additional information and author's declarations (*scientific integrity*)

Conflict of interest declaration: the author confirms that there are no conflicts of interest in conducting this research and writing this article.

Declaration of authorship: all and only researchers who comply the authorship requirements of this article are listed as authors; all coauthors are fully responsible for this work in its entirety.

Declaration of originality: the author assures that the text here published has not been previously published in any other resource and that future republication will only take place with the express indication of the reference of this original publication; she also attests that there is no third-party plagiarism or self-plagiarism.

Data Availability Statement: In compliance with open science policies, all data generated or analyzed during this study are included in this published article.

Editorial process dates (https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/about)

- Submission: 10/03/2025
- Desk review and plagiarism check: 10/04/2025
- Review 1: 30/04/2025
- Review 2: 05/05/2025
- Preliminary editorial decision: 21/06/2025
- Correction round return: 24/06/2025
- Final editorial decision: 02/07/2025

Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Reviewers: 2

How to cite (ABNT Brazil):

MORALES JIMÉNEZ, Juan Carlos. Aplicación de la "doctrina Murray" en Costa Rica: ¿ejercicio válido de comparación o degradación del derecho al silencio del acusado? *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 11, n. 2, e1186 mai./ago. 2025. https://doi.org/10.22197/rbdpp.v11i2.1186

License Creative Commons Attribution 4.0 International.

Persecução penal: investigação, juízo oral e etapa recursal

Criminal prosecution: investigation, public oral trial and appeal

Lavagem de criptoativos pela ótica da hipótese investigativa: os mixing-services e a investigação criminal

Laundering of cryptoassets from the perspective of investigative hypothesis: mixing-services and criminal investigation

Fábio Ramazzini Bechara[1]

Universidade Presbiteriana Mackenzie — São Paulo/São Paulo, Brasil

fabio.bechara@mackenzie.br

http://lattes.cnpq.br/6852406985950434

http://orcid.org/0000-0001-9680-537X

Matheus Morelli Sindona Bellizia[2]

Fundação Getúlio Vargas — São Paulo/São Paulo, Brasil

math_bellizia@hotmail.com

http://lattes.cnpq.br/8211969997860175

http://orcid.org/0000-0002-8101-8274

Resumo: O objetivo deste artigo é identificar quais são os elementos necessários à abertura de uma investigação preliminar para apuração do crime de lavagem de capitais praticado por meio de criptomoedas, mais especificamente nos casos em que o agente, na operação de transações financeiras para tanto, vale-se dos chamados *mixing-services* (serviços de mistura, mescla ou *tumblers*) para ocultar, sobretudo, a origem ilícita dos valores ou bens a serem reintegrados na economia formal com

[1] Professor dos Programas de Graduação e Pós-Graduação (Mestrado e Doutorado) em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Doutor em Direito Processual Penal pela Universidade de São Paulo. Membro do GACINT — Grupo de Análise de Conjunturas Internacionais da USP. Membro do Conselho Orientador da Escola de Segurança Multidimensional do Instituto de Relações Internacionais da USP. Promotor de Justiça em São Paulo/SP.

[2] Pós-graduando em Direito Penal Econômico pela Fundação Getúlio Vargas/SP. Graduado em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Advogado.

aparência de licitude. Então, busca-se solucionar o seguinte questionamento: o que deve ser aferido pelos agentes de investigação para a formulação de uma hipótese investigativa na criptolavagem manejada pelos serviços de mistura de ativos? A relevância da discussão proposta decorre do fato de que os ativos financeiros digitalizados, criptografados, e registrados em *blockchain*, denominados "criptoativos" para fins desta pesquisa, enfrentam particularidades em seu tratamento jurídico na seara criminal, especialmente em se considerando sua descentralização, (pseudo)anonimidade e globalidade, instituindo-se ambiente propício à ocultação, dissimulação e integração de capital de origem ilícita, que se potencializa com diversas ferramentas digitais de anonimidade (como os próprios *tumblers*) e a lacuna regulatória dos criptoativos no ordenamento jurídico pátrio.

Palavras-chave: Criptoativos; serviços de mistura; investigação criminal.

Abstract: *The objective of this article is to identify the elements necessary to open a preliminary investigation to determine the crime of money laundering carried out through cryptocurrencies, more specifically in cases in which the agent, in the operation of financial transactions for that purpose, uses of so-called mixing-services (mixing services or tumblers) to hide the illicit origin of the values or goods to be reintegrated into the formal economy with the appearance of lawfulness. Therefore, it seeks to answer the following question: what should be measured by the investigating agents to formulate an investigative hypothesis in cryptolaundering handled by the mixing-services? The relevance of the proposed discussion arises from the fact that financial assets digitized, encrypted, and registered on blockchain, or "cryptoassets" for the purposes of this research, face particularities in their legal treatment in the criminal field, especially considering their decentralization, pseudoanonymity and globality, establishing an environment conducive to the concealment, dissimulation and integration of capital of illicit origin, which is enhanced by various digital anonymity tools (such as tumblers themselves) and the regulatory gap for cryptoassets in the Brazilian legal system.*

Key words: *Cryptocurrencies; mixing services; criminal investigation.*

Sumário: Introdução; 1. Criptoativos; 1.1. Notas Conceituais; 1.2. *Mixing-services* e o crime de lavagem de capitais; 2. Persecução Penal: da Investigação Preliminar; 2.1. Notas Conceituais;

2.2 Óbices à formulação de uma hipótese investigativa de criptolavagem; 2.2.1. *Mixing-services* e as ferramentas de anonimidade; 2.2.2. Lacuna regulatória dos criptoativos; 3. Hipótese Investigativa; 3.1. Sinais de alerta no manejo de criptoativos; 3.2. Tipologias de criptolavagem; 3.2.1. Colocação; 3.2.2. Dissimulação; 3.2.3. Integração; Considerações Finais; Referências.

Introdução

O objetivo do presente artigo é identificar quais são os elementos necessários à abertura de uma investigação preliminar para apuração do crime de lavagem de capitais praticado por meio de criptomoedas, mais especificamente nos casos em que o agente, na operação de transações financeiras para tanto, vale-se dos chamados *mixing-services* (serviços de mistura, mescla ou *tumblers*) para ocultar, sobretudo, a origem ilícita dos valores ou bens a serem reintegrados na economia formal com aparência de licitude. Busca-se responder o seguinte questionamento: o que deve ser aferido pelos agentes de investigação para a formulação de uma hipótese investigativa na criptolavagem manejada pelos serviços de mistura de ativos?

A relevância da discussão proposta decorre do fato de que os criptoativos enfrentam particularidades em seu tratamento jurídico na seara criminal, especialmente em se considerando sua descentralização, pseudoanonimidade e globalidade,[3] instituindo-se ambiente propício à ocultação, dissimulação e integração de capital de origem ilícita.

Em linhas gerais, a prática do *mixing* consiste no envio dos ativos a múltiplos endereços eletrônicos com a finalidade de se promover, sucessivamente, remessas aleatórias para novos endereços e se encobrir

[3] ESTELLITA, Heloísa. Criptomoedas e lavagem de dinheiro. Resenha de: GRZYWOTZ, Johanna. Virtuelle Kryptowährungen und Geldwäsche. Berlin: Duncker & Humblot, 2019, p. 02. *Revista de Direito FGV*, v. 16, n. 1, jan./abr. 2020. https://doi.org/10.1590/2317-6172201955; GRZYWOTZ, Johanna. *Virtuelle Kryptowahrungen Und Geldwasch*. Berlim: Duncker & Humblot, 2019, p. 98-100.

rastros percorridos pelos valores. Sua efetividade desafia a constatação do crime de lavagem de dinheiro, notadamente dos elementos que justifiquem a instauração de uma investigação criminal.

Nesse sentido, faz-se necessário compreender a existência de tipologias procedimentais — isto é, padrões de conduta dos agentes observados em *iter criminis* — na ação delitiva dos *mixing-services*, tal como nos sinais de alerta ("*red flags*") na movimentação dos criptoativos, seja para fins de sua qualificação como indícios de materialidade da lavagem de capitais, seja para o aperfeiçoamento do seu controle e fiscalização pelo Estado.

1. Criptoativos

1.1. Notas conceituais

A moeda digital muito difere da concepção de "moeda" cotidiana, que tem em seu manejo financeiro a regulação e controle por autoridades regulatórias centrais. Do contrário, não é emitida por instituições financeiras determinadas e muito menos tem referência em moedas nacionais, surgindo como meio de troca que existe tão somente no sistema eletrônico, sem um equivalente físico, como uma moeda ou cédula.[4]

No rol das moedas digitais, as chamadas criptomoedas — como o Bitcoin, Ethereum, Litecoin e Ripple — figuram como um tipo específico de ativo operado a partir da tecnologia *blockchain*, com um sistema de dinheiro eletrônico transacionável de maneira direta entre os operadores, denominado *peer-to-peer* ("P2P"). O *blockchain*, por sua vez, é a tecnologia de anotação digital que possibilita o registro em cadeia das transações realizadas, funcionando como uma espécie de livro-razão constituído por "blocos" sequenciais e criptografados.[5]

---

[4] GAFI, Grupo de Ação Financeira. Virtual Currencies. Key definitions and potencial AML/CFT risks. Disponível em: https://www.fatf-gafi.org/en/publications/Methodsandtrends/Virtual-currency-definitions-aml-cft-risk.

[5] KATARZYNA, Ciupa. Cryptocurrencies: opportunities, risks and challenges for anti-corruption compliance systems. In: *2019 OECD Global Anti-Corruption & Integrity Fórum*, Paris, 20-21 mar. 2019, p. 04-05. Disponível em: https://coincapp.com/corruption/integrity-forum/academic-papers/Ciupa-Katarzyna-cryptocurrencies.pdf.

O aspecto fundamental do *blockchain* é o registro de informações contido nesses blocos. No caso do Bitcoin, por exemplo, as informações que constam no registro são as de entrada (*input*; onde está o valor a ser enviado), do valor remetido (número de Bitcoins) e de saída (*output*; o endereço eletrônico para o qual o montante será remetido). Os blocos são criados a partir de uma "sequência anterior", que armazena informações sobre operações pretéritas, dando-se origem a uma cadeia digital de dados (*ledger*).[6]

Valendo-se de um complexo mecanismo de validação e autorização das informações adicionadas à cadeia de dados, "a tecnologia [*blockchain*] torna dispensável para sua mecânica de operação a necessidade de um agente certificador ou [de] qualquer intermediário".[7] Diferentemente do que ocorre no tráfego do dinheiro eletrônico, em que os bancos desempenham esse papel regulatório central, a operação dos criptoativos é marcada, assim, por sua descentralização.

Em grande parte das plataformas de operação de criptomoedas, não se exige a identificação dos usuários, já que cada unidade do ativo adquirida é monitorada por um conjunto de chaves de acesso digitais que a autenticam, de forma que o "detentor da moeda receba uma chave privada que serve para validá-lo como o proprietário legal dos ativos" (tradução nossa).[8]

---

[6] DE MICHELI, Leonardo Miessa. *Blockchain, criptoativos e os títulos circulatórios do Direito Comercial*. Tese (Doutorado em Direito) — Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020, p. 60.

[7] *Ibid*., p. 61.

[8] ELSAYED, Sayid. Cryptocurrencies, corruption and organised crime: Implications of the growing use of cryptocurrencies in enabling illicit finance and corruption. [*s. l.*]. Transparência Internacional, *U4 Helpdesk Answer*, 28 mar. 2023, p. 05. Disponível em: https://www.giz.de/en/downloads/cryptocurrencies-corruption-and-organised-crime.

Autores como Johanna Grzywotz[9], Heloisa Estellita[10], Henry Hillman[11] e Felipe Américo Moraes[12] defendem que a mínima identificação por parte dos operadores cripto (os *traders*), somada ao registro das transações em *blockchain*, permite a conclusão por sua pseudoanonimidade. Isso porque, embora não se faça indispensável a identificação de dados pessoais do *trader* para a operação de criptomoedas — já revestida de certa privacidade garantida pela criptografia inerente a esses ativos —, "o fluxo de transações é todo registrado no *blockchain*, o que dá uma transparência relevante quanto a todo o histórico de transações".[13]

Além do mais, os criptoativos em geral gozam de caráter transacional fundado em sua globalidade, podendo circular livre e indistintamente pelo mundo sem esbarrar em noções geográficas e econômicas de fronteira. Ciupa Katarzyna coloca que "as criptomoedas têm um caráter global e podem circular livremente através das fronteiras e são bastante fáceis de usar" (tradução nossa),[14] bastando para tanto a simples instalação de *software* específico, descartando-se as diversas etapas administrativas e burocráticas exigidas no financeiro tradicional.

A sua descentralização, pseudoanonimidade e globalidade, aliados à simplicidade que envolve sua aquisição e transação, tornam o ambiente dos criptoativos convidativo ao cibercrime, que se sofistica com a adoção de manobras digitais de anonimato.[15] Apesar de a codificação criptográ-

---

9 GRZYWOTZ, Johanna. Virtuelle Kryptowahrungen ... *op. cit*., p. 99-100.

10 ESTELLITA, Heloísa. Criptomoedas e lavagem ... *op. cit*., p. 02.

11 HILLMAN, Henry Daniel. *Money laundering through cryptocurrencies: analysing the response of the United States and Australia and providing recommendations for the UK to address the money laundering risks pose by cryptocurrencies*. Tese (Doutorado em Filosofia — Faculty of Business and Law, University of the West of England, Bristol, 2020, p. 20-21.

12 MORAES, Felipe Américo. *Bitcoin e lavagem de dinheiro*: quando uma transação configura crime. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022, p. 142-143.

13 ESTELLITA, Heloísa. Criptomoedas e lavagem ... *op. cit*., p. 03.

14 KATARZYNA, Ciupa. Cryptocurrencies: opportunities ... *op. cit*., p. 05.

15 MORAIS, Fábio Luiz de; FALCÃO, Rondinelli Melo Alcântara. A regulação de criptomoedas como instrumento de prevenção à lavagem de dinheiro. *Cadernos Técnicos da GCU — Coletânea de Artigos Correcionais*, [*s. l.*], v. 3, p. 110-134, nov. 2022, p. 115-116. Disponível em: https://revista.cgu.gov.br/Cadernos_CGU/article/view/607.

fica das criptomoedas tender para a segurança no uso de dados, pode se servir para inviabilizar o controle e a regulamentação sobre transações ilícitas com a adoção de diversas técnicas desenvolvidas no campo digital, especialmente quando em função da lavagem de capitais.[16]

1.2. *Mixing-services* e o crime de lavagem de capitais

Define-se o delito de lavagem de capitais como o ato, ou sequência de atos, por meio dos quais se busca "mascarar a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, valores e direitos",[17] de origem delitiva ou contravencional, para sua reinserção no sistema econômico formal com a falsa percepção de licitude, procedendo-se em três fases procedimentais, quais sejam: colocação, dissimulação e integração.

Dentre as manobras de anonimato acima referidas, destaca-se os *mixing-services*, plataformas digitais que se prestam à dissociação do dinheiro operado por criptomoedas de sua origem ilícita, forjando transações irrelevantes previamente programadas para, então, proceder-se com a troca aleatória dos ativos designados. O serviço de mistura determina a quantidade fixa de criptoativos que pode ser misturada, conforme o interesse do depositante, enviando os valores para destinos aleatórios. Feita a divisão e remessa dos valores, promove-se a sua volta às chaves geradas pelo remetente, deduzindo-se uma "taxa de mistura".[18]

A principal finalidade dos *tumblers* na lavagem de dinheiro consiste na quebra do elo inicial entre a obtenção ilícita de valores, sua conversão em ativos criptografados e a sua reinserção na economia formal com aparência de licitude. Nesse momento de dissimulação, busca-se misturar os

---

[16] GAFI, Grupo de Ação Financeira. Virtual Currencies ... *op. cit*.

[17] BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro:* aspectos penais e processuais penais. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 25.

[18] LIU, Mingdong; CHEN, Hu; YAN, Jiaqi. Detecting Roles of Money Laundering in Bitcoin Mixing Transactions: A Goal Modeling and Mining Framework. *Frontiers in Physics — Section of Social Physics*, v. 9, p. 01-08, jul. 2021, p. 01-02. https://doi.org/10.3389/fphy.2021.665399.

ativos ilicitamente adquiridos para encobrir os registros em *blockchain* de sua ilegalidade e garantir maior anonimidade às transações realizadas.[19]

No modelo tradicional de *mixing*, a plataforma cria endereços de depósito aleatórios para o interessado. A cada vez que a página *web* da solicitação de mistura é atualizada, serão gerados mais endereços. Em seguida, espera-se até que outras solicitações de mistura sejam registradas e outros usuários depositem o dinheiro nos endereços eletrônicos gerados pelo site. Na próxima etapa, tida como intermediária, o serviço "cria transações nas quais essas 'X' entradas são trocadas aleatoriamente e transferidas a 'X' endereços de saída anônimos para limpar o rastro da transferência de dinheiro entre o remetente e o destinatário" (tradução nossa).[20]

Esses serviços apresentam, ainda, variantes operacionais mais modernas. Nelas, o dinheiro é enviado a um endereço de depósito aleatório criado pela plataforma, mas, ao contrário do que ocorre na modalidade tradicional, não se faz necessária a espera pelo recebimento de valores de outras pessoas. Os ativos são embaralhados e remetidos a endereços gerados aleatoriamente, entregando-se os valores já dissimulados ao destinatário final, interessado na mistura. A remessa pode ser fracionada em pequenas transações e direcionada a diversos endereços,

---

[19] WEISHEIMER, Evandro [*et al.*]. *Criptolavagem e compliance*: tipologias de lavagem de dinheiro por meio de criptoativos e sua prevenção. 2. ed. São Paulo: Editora Rideel, 2024, p. 77-79. Não se descarta, entretanto, que o seu uso não necessariamente está relacionado à lavagem de capitais ou a qualquer outra atividade ilícita, podendo se prestar à garantia de anonimidade dos detentores de grandes carteiras de criptoativos e à proteção de sua identidade, tal qual se verá adiante.

[20] SHOJAEENASAB, Ardeshir; MOTAMED, Amir Pasha; BAHRAK, Behnam. Mixing detection on Bitcoin transactions using statistical patterns. *Institution of Engineering and Technology (IET) Blockchain*, [*s. l.*], v. 3, set. 2023, p. 02. https://doi.org/10.1049/blc2.12036. Sobre o funcionamento dos serviços de mistura, ilustra Eric Morse: "Suponha que alguém guardou o número de série de todas as cédulas de dólares que você possui para rastrear seus gastos. Você e três estranhos colocam todo o dinheiro em uma caixa de papelão. Você sacode a caixa e retira o mesmo montante que colocou. Você tem a mesma quantidade de dinheiro que tinha antes, mas você não possui as mesmas cédulas (tradução nossa)" — MORSE, Eric. *Bitcoin*: uma introdução simples. Tradução: João Rossi Parreiras. Nova Jersey: Babelcube Inc., 2017, p. 677.

fazendo com que as transações de envio (inicial) e recebimento (final) não travem relação entre si.[21]

Sobre a rastreabilidade das operações de mescla, Younggee Hong *et al.*[22] ponderam que, muito embora já existam estudos e análises sobre serviços de mistura — que compõe uma literatura científica ainda limitada —, seus resultados propõem soluções de rastreamento das operações aplicáveis a plataformas específicas (processo chamado de *de-mixing*), algumas delas já encerradas por determinação judicial, ou em decorrência da evasão virtual de *mixers*.

Möser, Böhme e Breuker[23], por exemplo, puderam rastrear transações feitas por meio do serviço de mistura '*BitLaundry*', interligando endereços de entrada e saída até a sua fonte ao seguir as poucas operações que esse *mixer* realizava ao ser acionado. Balthasar e Hernandez-Castro[24] elaboraram um algoritmo próprio à plataforma de mescla '*DarkLaunder*' que permitia o rastreamento dos criptoativos misturados e mapeava o seu padrão, ou método, numeral de operação, enquanto Hanbiao Du *et al.*,[25] mais recentemente, propuseram uma análise gráfica de dados próprios da

---

21 VAN WEGBERG, Rolf; OERLEMANS, Jan-Jaap; VAN DEVENTER, Oskar. Bitcoin money laundering: mixed results? An explorative study on money laundering of cybercrime proceeds using bitcoin. *Journal of Financial Crime (JFC)*, [*s. l.*], v. 25, p. 419-435, mai. 2018, p. 423. https://doi.org/10.1108/jfc-11-2016-0067.

22 HONG, Younggee [*et al.*]. A Practical De-mixing Algorithm for Bitcoin Mixing Services. In: *ACM Asia Conference on Computer and Communications Security*, Incheon, 4 jun. 2018, p. 16-17. https://doi.org/10.1145/3205230.3205234.

23 MÖSER, Malte; BÖHME, Rainer; BREUKER, Dominic. An inquiry into money laundering tools in the Bitcoin ecosystem. In: *IEEE 2013 APWG eCrime Researchers Summit*, São Francisco, 17-18 set. 2013. Disponível em: https://ieeexplore.ieee.org/document/6805780.

24 RATHORE, Mazhar; CHAURASIA, Sushil; SHUKLA, Dhirendra. Mixers Detection in bitcoin network: a step towards detecting money laundering in crypto-currencies. In: 2022 IEEE International Conference on Big Data, Osaka, 17-20 dez. 2022. Disponível em: https://ieeexplore.ieee.org/document/10020982.

25 DU, Hanbiao [*et al.*]. Breaking the Anonymity of Ethereum Mixing Services Using Graph Feature Learning. IEEE Transactions on Information Forensics and Security, Nova Iorque, v. 19, p. 616-631, out. 2024. Disponível em: https://ieeexplore.ieee.org/document/10292691.

criptomoeda Ethereum que calcula a probabilidade de correlação entre ativos misturados no sistema '*Tornado Cash*'.

No entanto, a análise substancial desses serviços se mostra comprometida pois os seus administradores muito pouco publicam sobre a sua metodologia de funcionamento interno, o que se agrava com diversos outros padrões procedimentais de incremento à anonimidade, como o estabelecimento de *delays* nos endereços de saída do *mixer*, a cobrança de taxas aleatórias dos interessados na mistura e a disponibilidade exclusiva de alguns *tumblers* na *Deep Web* e *Dark Net*.[26]

Isto é, se as transações de mistura são realizadas sem lacunas virtuais que viabilizem o processo de *de-mixing*, efetivamente não se pode aferir conexão entre os ativos depositados e recebidos após a mescla, frustrando-se o rastrear do caminho dos valores transacionados e da 'história de vida' dos criptoativos.[27] A emergência dos *tumblers*, suas variantes procedimentais e a limitada pesquisa empírico-experimental sobre o seu funcionamento fazem difícil o rastreamento da origem dos valores operados, já que, de acordo com o entendimento especializado majoritário, as operações de *mixing* tem o potencial de tornar virtualmente impossível a ligação entre as moedas digitais operadas e a sua fonte ilícita.[28]

Os *mixing-services*, portanto, tem a capacidade de eliminar a transparência da operação de criptomoedas — mesmo que registradas em *blockchain* — tornando difícil a aferição de seus rastros com o significativo aumento de anonimidade e, consequentemente, facilitam a dissimulação da origem ilícita de valores convertidos nesses ativos.

---

[26] CRAWFORD, Jesse; GUAN, Yong. Knowing your Bitcoin Customer: Money Laundering in the Bitcoin Economy. In: *IEEE 13th International Conference on Systematic Approaches to Digital Forensic Engineering (SADFE)*, 15 mar. 2020, p. 38-45, Nova Iorque, p. 41-42. https://doi.org/10.1109/sadfe51007.2020.00013.

[27] *Ibid*.; ELSAYED, Sayid. Cryptocurrencies, corruption ... *op. cit*., p. 05.

[28] Nesse sentido, confira-se: VAN WEGBERG, Rolf; OERLEMANS, Jan-Jaap; VAN DEVENTER, Oskar. Bitcoin money laundering ... *op. cit*., p. 423; LIU, Mingdong; CHEN, Hu; YAN, Jiaqi. Detecting Roles of Money Laundering ... *op. cit*., p. 01-02; ELSAYED, Sayid. Cryptocurrencies, corruption ... *op. cit*., p. 05-06.

2. Persecução penal: da Investigação Preliminar

2.1. Notas conceituais

Sabe-se que, majoritariamente, a persecução penal se divide em duas fases: a investigação preliminar e o processo judicial, que a sucede. A primeira visa a apuração de fatos típicos e ilícitos que chegaram ao conhecimento da autoridade competente — seja por meio de inquérito policial, presidido pelo delegado de polícia, seja através de procedimento investigatório criminal, conduzido pelo Ministério Público —, visando à obtenção de elementos de informação que corroborem uma hipótese investigativa e embasem o oferecimento de uma ação penal.[29]

Aury Lopes Júnior pontua que a finalidade da investigação preliminar não se traduz na plena descoberta ou esclarecimento da existência de um crime, mas na probabilidade da sua existência e autoria, que se prestarão à formação da *opinio delicti* do Ministério Público, ou querelante, cumprindo uma função pré-processual.[30]

Ao contrário do método adotado no processo propriamente dito, em que já há na denúncia uma hipótese fática definida, consistente na prática de um crime de autoria determinada, o contexto da investigação pressupõe a formulação de hipóteses iniciais pelo investigador concebidas a partir de um raciocínio abdutivo, realizando-se inferências das quais se derivam as diligências investigatórias.[31]

O método abdutivo parte de um raciocínio inferencial que permite explicar a ocorrência de um fato desconhecido através da atividade de conjectura, formulando-se uma hipótese explicativa.[32] Do ponto de

---

[29] BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 113-114.

[30] LOPES JÚNIOR, Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 314-315.

[31] BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia Judiciária e Prova Penal*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2023, p. 149-150.

[32] TUZET, Giovanni. Razonamiento probatorio: ¿deducción? ¿inducción? ¿abducción? In: AMADO, Juan Antonio García; BONORINO, Pablo Raúl (coord.). *Pruba y razonamiento probatorio em el Derecho. Debates sobre abducción*. Granada: Comares, 2014, p. 123.

vista cronológico, a abdução se desvela dos fatos conhecidos para as suas possíveis explicações, ou seja, do presente para o passado. Sobre tais inferências no âmbito processual penal, Gustavo Henrique Badaró leciona que "enquanto na dedução se conclui algo que tem que ser; e na indução algo que provavelmente será, a abdução simplesmente sugere algo que pode ser".[33]

No ensinamento de Giovanni Tuzet, em se tratando de importante dimensão do racionamento probatório que abrange a primeira fase da reconstrução histórica dos fatos, requer-se uma dose de criatividade do investigador, influenciada pela liberdade na seleção de dados empíricos a serem considerados e sua bagagem cultural, acumulada por experiências anteriores.[34] Justamente por isso, para que se instaure uma investigação preliminar, deve a autoridade responsável se deparar pelo menos com indícios materialidade que despertem a formulação de uma hipótese investigativa inicial referente à ocorrência de um ilícito penal.

Ocorre que, quando um agente se vale dos *mixing-services* para fins de criptolavagem, a verificação desses indícios pelo investigador não só encontra óbice nas noções técnicas e de anonimidade dos *tumblers*, mas na lacuna regulatória dos criptoativos e suas implicações no combate à lavagem de capitais, como se passa a abordar.

2.2. Óbices à formulação de uma hipótese investigativa de criptolavagem

2.2.1. *Mixing-services* e ferramentas de anonimidade

A cadeia de dados registrada em *blockchain* é pública e indica o trajeto dos criptoativos transacionados. Essa transparência viabiliza a obtenção de informações que, sob o olhar das autoridades, poderiam indicar a ocorrência de atos de lavagem, sendo esse aspecto extremamente útil para a instauração e o deslinde de investigações criminais, já que sua efetividade está diretamente vinculada à verificação de chaves-públicas

[33] BADARÓ, Gustavo Henrique. Epistemologia Judiciária ... *op. cit*., p. 103.

[34] TUZET, Giovanni. Razonamiento probatorio: ¿dedución? ... *op. cit*., p. 128.

das carteiras digitais operadas sob suspeita, contendo todo o caminho percorrido pelos valores.[35]

Como o *mixing* é um método de dissimulação capaz de tornar virtualmente impossível a verificação do caminho percorrido pelas criptomoedas embaralhadas, caso se depare com registros de transações de lavagem operadas por meio de um *tumbler*, o investigador ou uma unidade de inteligência financeira não teriam — de imediato, e tão só com base em metadados descobertos — indícios que sustentariam a abertura de uma investigação preliminar, exatamente por não se poder aferir suspeita dos atos de lavagem e sua conexão com o crime que os antecedeu.

Para encobrir ainda mais esses indícios, conforme estudo desenvolvido por Jesse Crawford e Yong Guan, em que foram mapeados dezenas de serviços de mistura, a maioria dessas plataformas aconselham os seus usuários a acessá-las por meio de *softwares* que garantam maior anonimidade e, de tal forma, não despertem suspeita das autoridades — eliminando rastros de operações ilícitas —, como o "TOR" (acrônimo para "*the onion router*"), canal de entrada às camadas da *Deep Web*,[36] comumente associada ao cibercrime.[37]

É dizer, a mistura tem o potencial de suprimir indícios de autoria e materialidade que dariam origem a uma hipótese inicial (abdutiva) de investigação ("uma *ledger* possivelmente contém registros de operações

---

[35] CRAWFORD, Jesse; GUAN, Yong. Knowing your Bitcoin ... *op. cit.*, p. 43-45; MENDONÇA, Lawrence Lino Monteiro de; DIAS, Gabriel Bulhões Nóbrega. Quebra de sigilo telemático como meio de investigação da criptocriminalidade. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/coluna/informacao-privilegiada/384513/quebra-de-sigilo-como-meio-de-investigacao-da-criptocriminalidade.

[36] A *Deep Web* é a parte da rede de computadores cujo conteúdo não está disponível ou indexado nos principais mecanismos de pesquisa (Google, Bing e Yahoo), sendo formada por milhões de páginas com larga dimensão e crescimento similar ao da internet visível ("*Surface Web*"). A internet profunda engloba uma rede ainda mais privativa, conhecida como *Dark Net*, que só pode ser acessada com *softwares* específicos para navegação em ambientes criptografados e anônimos, propícios à prática furtiva (abaixo do radar das autoridades) de crimes cibernéticos — SHIMABUKURO, Adriana; SILVA, Melissa Garcia Blagitz de Abreu. Internet, Deep Web e Dark Net. In: SILVA, Ângelo Roberto Ilha da (org.). *Crimes Cibernéticos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 255.

[37] CRAWFORD, Jesse; GUAN, Yong. Knowing your Bitcoin ... *op. cit.*, p. 42-43.

suspeitas"), levando-se ao esclarecimento de que registros em *blockchain* conteriam, ou não, transações feitas em prol da lavagem de dinheiro. No ambiente dos criptoativos, a supressão desses elementos ganha força com o implemento de ferramentas de incremento de anonimidade, que não seriam realizáveis no sistema econômico tradicional, tornando mais trabalhoso o monitoramento das transações exercido pelas unidades de inteligência.[38]

2.2.2. Lacuna regulatória dos criptoativos

A Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei nº 9.613/1998) impõe aos denominados "sujeitos obrigados", entidades privadas que atuam em setores-chave da economia, uma série de obrigações administrativas à sua prevenção e combate. Dentre essas obrigações, destacam-se as diligências para a identificação de clientes e operadores ("*know your client*", ou "KYC"), a compreensão da origem de valores transacionados, tal como a monitoração de transações financeiras e seu reporte aos setores competentes.[39]

No sistema econômico tradicional e centralizado, cabe ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras ("COAF"), órgão administrativo de inteligência financeira vinculado ao Banco Central do Brasil, receber dados sobre operações suspeitas, organizá-los e disseminá-los às autoridades competentes para a investigação de delitos eventualmente praticados.[40] No ambiente das criptomoedas, por sua vez, o uso de tecnologia de registros distribuídos ("*distributed ledger technology*", ou "DLT") independe de autoridades centrais, permitindo-se a criação de uma 'comunidade supraestatal' para o armazenamento de metadados referentes às transações cripto, marcadas, sobretudo, pela desintermediação econômica.[41]

---

[38] ESTELLITA, Heloísa; TUMBIOLO, Mariana. Criptomoedas e lavagem de dinheiro: por que regular? *Revista do Advogado (AASP) — Direito e criptoeconomia*, São Paulo, n. 156, p. 157-163, nov. 2022, p. 60.

[39] *Ibid*.

[40] BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Lavagem de dinheiro ... *op. cit.*, p. 48-49.

[41] COSTA, Isac Silveira da. O futuro é infungível: tokenização, non-fungible tokens (NFT's) e novos desafios na aplicação do conceito de valor mobiliário. *Revista de Direito das Sociedades e Valores Mobiliários*, [*s. l.*], v. Especial, 2022.

Além disso, a mínima necessidade de identificação pessoal dos detentores de carteiras virtuais inviabiliza diligências adotadas para o mapeamento de características do cliente (KYC) que levariam, por exemplo, à identificação do operador e à conclusão pela incompatibilidade econômica da movimentação de recursos e o seu patrimônio, despertando o alerta das autoridades.[42] Nessa linha, Heloisa Estellita e Mariana Tumbiolo asseveram que o fato de o sistema de registros distribuídos não estar sujeito a uma jurisdição determinada — o que redunda da globalidade dos criptoativos — torna possível a circulação de altos valores livremente, "sem quaisquer obstáculos fronteiriços e sem a vigilância de instâncias de controle, supervisão ou monitoramento".[43]

Assim, a falta de uma instância centralizadora, mecanismos de identificação mínima dos operadores, a globalidade dos criptoativos e a anonimidade conferida pelos serviços de mistura afeta diretamente a figura dos *gatekeepers*[44] e, consequentemente, o reporte de movimentações suspeita às autoridades competentes, que dariam base à abertura de uma investigação preliminar e direção às suas diligências. Renato de Mello Jorge Silveira ressalta que as criptomoedas não são em si meios criminosos, mas que "a sua edificação em um universo sem maiores previsões normativas acabou por gerar um sem-número de dúvidas".[45]

De acordo com a novel Lei de Ativos Virtuais (Lei nº 14.478/2022), as *exchanges* devem desempenhar papel na comunicação de operações financeiras e identificação de seus clientes, atuando como *gatekeepers*. No entanto, as transações misturadas com registro em *blockchain*, em razão

---

[42] MORAIS, Fábio Luiz de; FALCÃO, Rondinelli Melo Alcântara. A regulação de criptomoedas ... *op. cit*., p. 115.

[43] ESTELLITA, Heloísa; TUMBIOLO, Mariana. Criptomoedas e lavagem de dinheiro ... *op. cit*., p. 161.

[44] Os *gatekeepers* (ou "torres de vigia"), são entes da esfera privada obrigados a colaborar com a prevenção à lavagem de dinheiro. São responsáveis pelo armazenamento de dados de clientes e suas operações, realização de análises de risco e comunicação de atos suspeitos da prática de crime — BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Lavagem de dinheiro ... *op. cit*., p. 36-37.

[45] SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Aspectos penais da criptoeconomia. *Revista do Advogado (AASP) — Direito e criptoeconomia*. São Paulo, n. 156, p. 151-157, nov. 2022, p. 155.

da sua limitada rastreabilidade e das ferramentas digitais de anonimidade no uso de *tumblers*, encobririam suspeitas que eventualmente dariam causa a um reporte e à posterior tomada de diligências investigativas.

Muito embora se trate de disposição relevante para o combate à lavagem de dinheiro, a ausência de regulamentação infralegal sobre a atuação das *exchanges* e demais prestadoras de serviços virtuais prejudica o cumprimento do dever em comunicar operações sob as quais recaiam suspeitas.[46] Sem a devida regulação e o controle normativo do universo cripto, que inclui os *mixing-services*, cabe às autoridades investigativas a percepção de que devem ser estruturados novos limites de compreensão entre o suspeito (aparentemente ilegal) e o não suspeito (legal) na operação de criptoativos.[47]

A probabilidade da ocorrência da lavagem de capitais e os elementos que sustentam a abertura de uma investigação para apurá-la, então, encontram base nas nuances técnicas das criptomoedas, advindas dos ideais de privacidade em que sua criação foi baseada, e na identificação de sinais de alerta, que carecem de estudo especializado. A alta anonimidade dos serviços de mistura e a lacuna regulatória dos criptoativos reforçam a importância da compreensão dos sinais de alerta no manejo de ativos virtuais, que antecipam tipologias penais eventualmente verificadas pelas autoridades para a abertura de uma investigação formal.

3. Hipótese Investigativa

3.1. Sinais de alerta no manejo de criptoativos

Os sinais de alerta, ou *red flags*, conforme definição atribuída pelo Grupo de Ação Financeira ("GAFI"), são padrões de conduta verificáveis nas operações de criptolavagem que dão "suporte ou causa a

---

[46] COSTA, Isac Silveira da. Eficácia ineficaz: a Lei 14.478 entrará em vigor sem relevância prática. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2023-mai-31/fintech-crypto-lei-144782022-entrara-vigor-relevancia-pratica/.

[47] SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Aspectos penais da criptoeconomia ... *op. cit.*, p. 155.

uma investigação criminal e a interrupção das atividades ilícitas".[48] Esses sinais compõe os múltiplos indicadores de que uma transação, sem lógica financeira[49], tem o potencial de levantar suspeitas quanto a atividades criminosas no manejo de ativos virtuais, de forma que a presença de apenas um, ou alguns, desses indicadores não obrigatoriamente sinaliza a prática de um ilícito penal.[50]

Com base no estudo de centenas de casos de lavagem por criptoativos, o GAFI elenca uma série de *red flags* no manejo de criptoativos, relacionadas, *v.g.*, ao montante e frequência das transações, às características dos ativos transacionados, emprego de ferramentas de anonimidade, irregularidades verificadas na criação de carteiras digitais, perfil do *trader* e fonte dos valores enviados ou recebidos.[51]

Em que pese para cada etapa de lavagem tenham sido vislumbradas novas técnicas de lavagem e anonimato no uso criptomoedas, mostra-se fundamental a identificação de "pontos de interesse" para a abertura de uma investigação sobre criptolavagem, antecipando-se possíveis tipologias penais, muito embora haja divergência doutrinária sobre o tema.[52]

Sem embargo, levando-se em conta que o *mixing* suprime indícios de autoria e materialidade delitiva da lavagem de capitais, e que as lacunas regulatórias do ordenamento jurídico pátrio dificultam o reporte desses indícios às autoridades investigativas, tais pontos de interesse gozam de

---

[48] GAFI, Grupo de Ação Financeira. Updated Guidance for a Risk-Based Approach to Virtual Assets and Virtual Asset Service Providers, p. 56. Disponível em: https://www.fatf-gafi.org/en/publications/Fatfrecommendations/Guidance.

[49] Na redação original: "*without logical business explanation*" (GAFI, 2020, p. 06).

[50] GAFI, Grupo de Ação Financeira. Money Laundering and Terrorist Financing Red Flag Indicators Associated with Virtual Assets, p. 07. Disponível em: https://www.fatf-gafi.org/en/publications/Methodsandtrends.

[51] *Ibid*.

[52] Renata da Silva Rodrigues explica que esse dissenso "parece gravitar essencialmente em torno da questão se a tecnologia em si é suficiente para configurar a ocultação e a dissimulação de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal", ou se outras circunstâncias atreladas a uma transação se mostram necessárias para configurar o tipo penal — RODRIGUES, Renata da Silva. Uso de Bitcoins em atos de lavagem: dissensos doutrinários. *Boletim do IBCCRIM*, São Paulo, v. 32, n. 380, p. 18-21, 2024, p. 24. Disponível em: https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/boletim_1993/article/view/1052.

especial relevância. Conferindo direção investigativa caso a caso, os *red flags* servem, também, como base para a elaboração de Relatórios de Inteligência Financeira ("RIF") pelo COAF.

O conteúdo de um RIF, documento no qual se expõe as operações e as razões pelas quais o COAF as classifica como suspeitas de lavagem de dinheiro, dá às autoridades investigativas maior direção sobre a materialidade delitiva de transações possivelmente ilícitas, mas sem veicular juízos acusatórios e nem mesmo provas da prática de crimes.[53] A partir disso, a obtenção de elementos de informação que corroborem uma hipótese investigativa (a prática de criptolavagem) se daria através de meios de obtenção de prova como a busca e apreensão e a quebra de sigilo telemático, já que os dados de interesse investigatório no âmbito das criptomoedas são de fonte fechada.

Assim, os sinais de alerta se prestam à identificação e posterior comunicação de operações suspeitas de lavagem, com redobrada relevância no âmbito dos criptoativos, possibilitando maiores esclarecimentos sobre transações de legalidade questionável e dando viabilidade ao conhecimento de elementos que dariam causa à instauração de procedimentos investigatórios.

3.2. Tipologias da criptolavagem

Muito embora os sinais de alerta no manejo de criptoativos figurem como o principal meio de informação pelo qual se concebe uma hipótese investigativa, a sua verificação, por si só, não justifica a tomada de direções investigativas pelos delegados de polícia ou pelo Ministério Público, eis que devem ser sopesados caso a caso.[54] Para fins investigatórios, de nada vale a aferição de *red flags* se deles não se extrai a eventual prática de um crime.

As operações suspeitas de lavagem e as informações correlatas reportadas por um órgão de inteligência, ou eventualmente aferidas pelas

---

[53] BECHARA, Fábio Ramazzini. Natureza jurídica do Relatório de inteligência financeira do COAF. *Revista Fórum de Ciências Criminais — RFCC*, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p. 69-84, jan./jun. 2014, p. 09.

[54] GAFI, Grupo de Ação Financeira. Money Laundering ... *op. cit.*, p. 07.

próprias autoridades investigativas, devem, portanto, conter indicadores de materialidade delitiva que justifiquem a abertura de uma investigação para apurá-los, fazendo-se — também — necessária a compreensão de tipologias procedimentais da criptolavagem.

O *Anti Money Laundering Centre*, associado ao Serviço de Investigações e Informações Fiscais da Holanda, esclarece que o papel das tipologias de criptolavagem é estabelecer formas mais definidas para as atividades que contém traços de lavagem de dinheiro — adequando-se os elementos desse tipo no sistema econômico tradicional ao universo das criptomoedas —, sendo de grande importância a classificação precisa de condutas que levantam suspeitas de sua ocorrência, posteriormente reconstruídas cronologicamente pelo investigador.[55]

Sobre o estabelecimento dessas tipologias, Felipe Américo Moraes disserta que a doutrina pouco avançou na discussão sobre se determinadas operações de criptomoedas configuram a prática da lavagem de capitais. Isso se dá porque algumas conclusões pela tipicidade penal de transações suspeitas apresentam uma escassez que "tem origem metodológica: dizer que determinada conduta configura lavagem de dinheiro porque é uma 'colocação' não encerra — ou sequer inicia — a análise típica necessária".[56]

Afinal, a conversão de dinheiro produto de crime em criptomoedas nem sempre será entendida como ato de lavagem, sendo indispensável que a operação financeira vise tornar mais difícil a identificação de um delito antecedente[57].

Ou seja, a análise de tipologias deve ocorrer com a verificação da (provável) natureza ilícita das criptomoedas, qualidade das transações feitas e a identificação de *red flags*, considerados em conjunto, já que "não há como se falar em investigação de criptoativos sem habilidades para,

---

[55] AMLC, Anti Money Laundering Centre. New money laundering typologies in the fight against money laundering by means of virtual currencies. Disponível em: https://www.amlc.eu/wp-content/uploads/2019/04.

[56] MORAES, Felipe Américo. O que é e o que não é lavagem de dinheiro com Bitcoins. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2022-jul-13/felipe-moraes-lavagem-dinheiro-bitcoins/.

[57] RODRIGUES, Renata da Silva. Uso de Bitcoins ... *op. cit.*, p. 20-21.

de fato, empreender ações para seguir o dinheiro (*follow the money*), ou melhor, *follow the crypto*".[58]

Vejamos, abaixo, uma listagem — não exaustiva — de tipologias da criptolavagem e sinais de alerta correlatos, com a indicação de quais elementos seriam suficientes para a instauração de uma investigação preliminar quando observados.

3.2.1. Ocultação

Primordialmente, para constatação de materialidade penal, divide-se a análise das tipologias de criptolavagem em dois momentos: o momento de conversão dos valores de proveniência ilícita em criptoativos, e o de sua subsequente movimentação. Isso pois um dos elementos do tipo penal em questão é o distanciamento dos fundos ilícitos de sua origem, evitando uma associação direta entre eles e o crime antecedente.[59]

Quando se almeja esse distanciamento, costuma-se, na conversão de valores de origem ilícita em ativos virtuais (colocação), adotar métodos simples de transação P2P, o uso de *exchanges* centralizadas e/ou descentralizadas e das chamadas *ATM Machines* ("*any time money*"). No sistema tradicional, enquanto esse momento da lavagem está majoritariamente ligado à utilização de instituições financeiras ou empresas de fechada para a ocultação, no universo cripto está relacionado à inserção de valores em ativos virtuais ou seu recebimento direto como produto de crime.[60]

Assim, os indícios de que as transações enquadradas no conceito de 'colocação', ou 'ocultação', despertando uma hipótese investigativa, podem ser elencados, *v.g.*, como: o depósito ou saque reiterado de valores

---

[58] WEISHEIMER, Evandro [*et al.*]. Criptolavagem e compliance ... *op. cit*., p. 64.

[59] BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Lavagem de dinheiro ... *op. cit*., p. 120-121.

[60] WEISHEIMER, Evandro [*et al.*]. Criptolavagem e compliance ... *op. cit*., p. 67. As transações ponto a ponto ("P2P") equivalem à qualidade de transação em que não se necessita de um intermediário e se prestam à maior anonimidade das operações. As *exchanges*, centralizadas e descentralizadas, permitem a troca de moedas correntes em criptomoedas — e vice-versa. Os caixas eletrônicos de criptoativos, ou *ATM Machines*, funcionam de maneira similar às *exchanges*, mas, em alguns casos, podem operar dinheiro em espécie — *Ibid*.

altos em períodos curtos, o depósito de valores em *exchange* imediatamente sucedido de saques sem lógica financeira e o recebimento contínuo de criptoativos em quantidades relativamente pequenas ("*smurfing*").[61]

Tais métodos de conversão, quando constatados por uma autoridade investigativa, só justificam a instauração de uma investigação preliminar caso de alguma forma, no seu decorrer, busque-se dissimular ou ocultar a sua origem registrada em *blockchain*.[62] E é aqui em que se insere a problemática dos *tumblers*, capazes de dissimular esses padrões de conversão.

3.2.2. Dissimulação

Inicialmente, sobre a 'dissimulação' como ato de lavagem propriamente dito na criptolavagem, é relevante promover uma distinção entre transações simples e transações complexas.[63] As transações simples são aquelas sem maiores particularidades técnicas e verificáveis pelo registro em *blockchain*. Por outro lado, as transações complexas envolvem ferramentas digitais de anonimato, como as operações em *exchanges* descentralizadas, *privacy wallets* e os próprios *mixing-services*.[64]

Os serviços de mistura, no rol das transações complexas, não tornam possível a aferição direta dos depósitos registradas em *blockchain* e, consequentemente, de elementos que indiquem a ilicitude das operações constantes em uma *ledger*. Em função disso, deve-se atentar ao fato de que as movimentações realizadas por meio de *mixing-services* nem sempre serão entendidas como ato de lavagem, eis que se trata de criada originalmente ferramenta na busca por maior privacidade dos *traders*, considerando que os dados das movimentações cripto se encontram publicamente registrados na cadeia *blockchain*.[65] Nesse sentido, Reinder de

---

61 GAFI, Grupo de Ação Financeira. Money Laundering ... *op. cit*., p. 10.

62 MORAES, Felipe Américo. O que é e o que ... *op. cit*., p. 192.

63 ESTELLITA, Heloísa. Criptomoedas e lavagem ... *op. cit*., p. 03.

64 WEISHEIMER, Evandro [*et al.*]. Criptolavagem e compliance ... *op. cit*., p. 77.

65 Möser, Böhme e Breuker exemplificam: "doadores podem ter interesse legítimo na privacidade financeira. Eles podem usar ferramentas de anonimização de transações para evitar serem observados por invasores monitorando as transações feitas para endereços de Bitcoin publicamente conhecidos das

Jong pondera que existem razões legítimas (lícitas) para o uso dos serviços de mistura, mas, como se observa na prática, os "*tumblers* adotam nomes que descrevem bem o seu propósito, tal qual '*BitLauder',* demonstrando o público-alvo que tem em mente" (tradução nossa).[66]

Como visto, a tipicidade do crime de lavagem depende da constatação de que os valores operados sejam de valor ilícita. Sem a existência de qualquer relação entre valores movimentados por um serviço de mescla e a prática de crime antecedente relacionado, não se consolida materialidade que sustente uma hipótese investigativa. Por isso, apesar de um dos sinais de alerta que indicam a prática de criptolavagem seja a presença de operações realizadas através dos *mixing-services*, o tipo penal de lavagem (e a constatação da materialidade delitiva dessas operações) exige que as condutas adotadas pelo agente no *iter criminis* tenham como finalidade a dissimulação da origem ilícita dos valores.[67]

Então, no âmbito das criptomoedas, a aferição de tipologias de dissimulação pressupõe que a mistura de criptomoedas seja indispensavelmente precedida pela conversão de valores de ordem ilegal em ativos virtuais, ou seu recebimento direto como produto de crime anterior (colocação).[68] Deve-se atentar às transações feitas a partir de endereços, *wallets* ou cartões com conexão a esquemas de fraude, extorsão, jogos de aposta não regularizados *online*, mercados da *Dark Net* e outros sites ilícitos, bem como à falta de transparência e informações insuficientes sobre a origem e os proprietários dos valores e aos fundos diretamente

---

organizações que defendem" — MÖSER, Malte; BÖHME, Rainer; BREUKER, Dominic. An inquiry into money laundering tools ... *op. cit.*, p. 02.

66 DE JONG, Reinder. Bitcoinminers, bitcoincashers, bitcoinmixers en het strafrecht. *Tijdschrift voor Bijzonder Strafrecht & Handhaving — TBS&H*, [*s. l.*], n. 1, mar. 2017, p. 05. https://doi.org/10.5553/tbsenh/229567002017003001003.

67 BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Lavagem de dinheiro ... *op. cit.*, p. 122-123.

68 As tipologias relacionadas à reintegração dos valores no sistema econômico formal (integração) não se tornam obrigatórias para a consolidação da materialidade delitiva do crime de lavagem de capitais no uso dos *mixing-services*. Afinal, trata-se de fase posterior à dissimulação dos ativos que, se provenientes de crime pretérito, já tornam criminalmente típicas as operações de mistura por eliminarem a transparência das informações contidas no *blockchain*, mesmo sem a posterior conversão dos valores em moeda corrente, por exemplo.

relacionados a operações de mistura pretéritas ou *privacy wallets*.[69] Esses fatores são fortes indicativos de que os valores mesclados são de origem ilícita e, se verificados em conjunto com a mistura dos ativos e as técnicas de colocação vistas, já confeririam materialidade ao crime de lavagem de capitais, dando origem a uma hipótese investigativa válida.

A anonimidade da qual se vale um agente nas operações de mistura igualmente pode trazer elementos que indiquem a sua tipicidade penal. Dentre eles, menciona-se a troca imediata de criptoativos misturados, como o Bitcoin, por *privacy coins* — ativos virtuais projetados para fornecer transações anônimas e não rastreáveis, como a Monero, Zcash e Verge —, o uso de endereços de protocolo ("IP") relacionados à *Dark Net* ou *softwares* que garantam comunicações anônimas e o emprego de carteiras digitais relacionadas a um mesmo IP, mas registradas em nome de diferentes usuários.[70]

Como exemplo da qualidade informativa que esses sinais de alerta podem conferir às operações de *mixing*, guiando as autoridades públicas na investigação da criptolavagem, tem-se a operação deflagada pelo *Federal Bureau of Investigation* ("FBI") e a Receita Federal estadunidense contra o serviço de mistura Helix. O *tumbler*, que operava na *Dark Net* e travava uma parceria operacional com o mercado clandestino AlphaBay[71], foi interditado pelo governo do Estados Unidos da América e os responsáveis pelo serviço de mistura presos. [72]

No início das investigações, o FBI promoveu por meio de um agente infiltrado a transferência de criptoativos do AlphaBay para o *mixer* Helix, constatando que o seu emprego efetivamente reduzia rastreabilidade e relação direta das movimentações cripto, os crimes cometidos no mercado clandestino (recebimento direto como produto de crime

---

[69] GAFI, Grupo de Ação Financeira. Money Laundering ... *op. cit*., p. 11-12.

[70] *Ibid*., p. 12-13.

[71] O AlphaBay foi um dos maiores mercados clandestinos da *Dark Net*. Ele era usado por centenas de milhares de pessoas para a compra e venda drogas, de documentos falsos, *malware* e outras ferramentas de *hacking*, armas de fogo e produtos químicos tóxicos. O site funcionava a partir de um sistema de transações financeiras baseado na operação de criptoativos e foi interditado em 2017 — *Ibid*., p. 11.

[72] *Ibid*.

anterior) e a reinserção dos valores no sistema economico formal. Em seguida, os investigadores utilizaram o Chainalysis — plataforma de análise de dados em *blockchain* — para identificar inúmeras carteiras de Bitcoin que continham lucro proveniente da operação do serviço Helix. Isso conferiu às autoridades razões suficientes para determinar a busca e apreensão nos endereços dos administradores do serviço de mistura, nos quais em momento posterior foram encontrados documentos e metadados cruciais para a aferição do crime de lavagem de dinheiro.[73]

Ainda sobre os sinais de alerta, uma vez que a origem das criptomoedas está relacionada aos remetentes e destinatários dos valores, também configuram suspeita as operações de *mixing* que os envolvem em determinadas situações, especialmente quando são observadas irregularidades na criação de carteiras digitais, nas diligências de KYC tomadas por *exchanges* ao longo das operações, perfil dos donos das carteiras transacionadas sem conhecimento do ambiente cripto, eventualmente recrutados por operadores especializados em criptolavagem, ou "vítimas de golpes transformados em 'mulas' que são enganadas para transferir rendimentos ilícitos sem conhecimento de suas origens".[74]

O serviço de mistura Tornado Cash, que movimenta a criptomoeda Ethereum e ao todo teria servido para lavar o equivalente a $7 bilhões de dólares,[75] não adotava medidas de KYC. Segundo o FBI, a plataforma ignorou as regras de *know your costumer*, quando deveria ter sido registrada como um serviço de operações financeiras e requerido informações de seus clientes como medida de prevenção à lavagem de dinheiro, despertando suspeitas na agência de inteligência estadunidense que deflagrou uma investigação na qual os criadores do *mixer* foram indiciados por esse delito.[76]

---

[73] CHAINALYSIS. Chainalysis em Ação: Como a Polícia Rastreou Milhões em Bitcoin Ilícito nos Casos dos Irmãos Harmon. Disponível em: https://www.chainalysis.com/blog/helix-mixer-harmon-brothers-investigation/. Acesso em 15 jun. 2025.

[74] GAFI, Grupo de Ação Financeira. Money Laundering ... *op. cit*., p. 13.

[75] DU, Hanbiao [*et al.*]. Breaking the Anonymity of Ethereum Mixing Services ... *op. cit*., p. 01.

[76] Ainda segundo o FBI, existem indícios de que o Tornado Cash foi utilizado para lavar valores ilícitos de wallets do Grupo Lazarus, supostamente comandado

Por fim, a identificação do papel dos agentes e da sua atuação no processo de mistura é ponto fundamental no despertar de suspeita sobre a ilicitude das operações de *mixing*. De acordo com a pesquisa desenvolvida por Mingdong Liu, Hu Chan e Jiagi Yan, pode-se identificar figuras centrais de três operadores nas plataformas de mistura: os 'Organizadores', responsáveis por planejar as etapas de lavagem e fazer contato com potenciais clientes; os 'Comunicadores', que tem como principal atribuição transmitir informações sobre a atividade entre os envolvidos, e os 'Soldados' ("linha de frente"), sem vínculo com o núcleo da organização, que desempenham funções diversas, facilitando a inserção de valores ilegais com aparência de ilicitude no sistema financeiro formal.[77]

Essa "identificação geral" tem o potencial de fornecer às autoridades de investigação e unidades de inteligência informações sobre como os *mixers* atuam — caso a caso —, sendo, inclusive, úteis ao processo de *de-mixing* e conferindo um panorama geral sobre a operabilidade de um serviço de mistura suspeito. Segundo os pesquisadores, essa é uma das chaves para desmistificar a sua anonimidade, para além da elaboração e compreensão de novos algoritmos de operação dos *mixing-services*.[78]

3.2.3. Integração

Quanto às tipologias de integração, os mesmos métodos de ocultação podem ser utilizados no momento de movimentação dos criptoativos,[79] valendo-se o agente do caminho inverso na inserção dos ativos dissimulados no ecossistema econômico tradicional por meio de ações que permitam a sua troca por moeda corrente.[80]

---

pelo governo da Coréia do Norte — FBI, Federal Bureau of Investigation. Tornado Cash Co-Founders Accused of Helping Cybercriminals Launder Stolen Crypto. Disponível em: https://www.fbi.gov/news/stories/tornado-cash-co-founders-accused-of-helping-cybercriminals-launder-stolen-crypto.

77 LIU, Mingdong; CHEN, Hu; YAN, Jiaqi. Detecting Roles of Money Laundering ... *op. cit*., p. 04-05.

78 *Ibid*.

79 WEISHEIMER, Evandro [*et al.*]. Criptolavagem e compliance ... *op. cit*., p. 85-87.

80 GRZYWOTZ, Johanna. Virtuelle Kryptowahrungen ... *op. cit*., p. 109; ESTELLITA, Heloísa. Criptomoedas e lavagem ... *op. cit*., p. 03.

A constatação de tipologias de integração no manejo de criptoativos fica condicionada às transações P2P em que o agente as trocou por moedas correntes — o que também é possível através das *exchanges*, centralizadas e descentralizadas, e de *ATM Machines* — e aos pagamentos de bens e serviços por meio de ativos virtuais, buscando-se a sua liquidação.

Considerações Finais

Em conclusão, tem-se que a instauração de uma investigação preliminar para o crime de lavagem de dinheiro praticado no sistema cripto, com dissimulação a partir dos *mixing-services*, depende da constatação de elementos que indiquem a possível ilicitude dos ativos misturados, precedida de atos que se enquadram nas tipologias de colocação.

Dentre esses elementos que podem qualificar indícios de materialidade do crime de lavagem de dinheiro, vale destacar a forma como os valores são convertidos em criptoativos, o perfil do operador, o *quantum* dos valores transacionados, a divisão e frequência das operações, a estrutura organizacional do serviços de mistura operado, sua relação direta ou indireta com atividades ilícitas da *Dark Net*, sites de aposta não regularizados e ferramentas de anonimidade que encubram rastros verificáveis em *blockchain*, como os próprios *mixing-services*.

A aferição de tais sinais de alerta, que trazem à tona possíveis tipologias da criptolavagem, legitima a abertura de uma investigação formal porque se relevam suficientemente idôneas para a definição de uma hipótese investigatória inicial, consistente no uso dos serviços de mistura em prol da criptolavagem. Sendo o rastreamento das movimentações feitas por um *mixer* de difícil viabilidade, é necessário que esses *red flags* sejam verificados de maneira conjunta, não bastando a simples apuração de operações feitas por um serviço de mistura, eis que a mescla de criptomoedas, por si só, não configura crime.

Com a observância desses indicadores pelas autoridades públicas, torna-se possível uma compreensão mais técnica do papel dos *mixing-services* na lavagem de capitais, que permite a formulação de hipóteses de investigação e a consequente promoção de meios de prova e de obtenção de prova para coleta de elementos de informação indispensáveis à eficácia da diligência investigativa estatal nesses casos.

Referências

AMLC, Anti Money Laundering Centre. New money laundering typologies in the fight against money laundering by means of virtual currencies. Disponível em: https://www.amlc.eu/wp-content/uploads/2019/04. Acesso em: 09 out. 2024.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia Judiciária e Prova Penal*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro:* aspectos penais e processuais penais. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

BECHARA, Fábio Ramazzini. Natureza jurídica do Relatório de inteligência financeira do COAF. *Revista Fórum de Ciências Criminais — RFCC*, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p. 69-84, jan./jun. 2014.

CHAINALYSIS. Chainalysis em Ação: Como a Polícia Rastreou Milhões em Bitcoin Ilícito nos Casos dos Irmãos Harmon. Disponível em: https://www.chainalysis.com/blog/helix-mixer-harmon-brothers-investigation/. Acesso em: 15 jun. 2025.

COSTA, Isac Silveira da. O futuro é infungível: tokenização, non-fungible tokens (NFT's) e novos desafios na aplicação do conceito de valor mobiliário. *Revista de Direito das Sociedades e Valores Mobiliários*, [*s. l.*], v. Especial, 2022.

COSTA, Isac Silveira da. Eficácia ineficaz: a Lei 14.478 entrará em vigor sem relevância prática. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2023-mai-31/fintech-crypto-lei-144782022-entrara-vigor-relevancia-pratica/. Acesso em: 07 jun. 2024.

CRAWFORD, Jesse; GUAN, Yong. Knowing your Bitcoin Customer: Money Laundering in the Bitcoin Economy. In: *IEEE 13th International Conference on Systematic Approaches to Digital Forensic Engineering (SADFE)*, 15 mar. 2020, p. 38-45, Nova Iorque. https://doi.org/10.1109/sadfe51007.2020.00013. Acesso em: 13 jul. 2024.

DE JONG, Reinder. Bitcoinminers, bitcoincashers, bitcoinmixers en het strafrecht. *Tijdschrift voor Bijzonder Strafrecht & Handhaving — TBS&H*, [*s. l.*], n. 1, mar. 2017. https://doi.org/10.5553/tbsenh/229567002017003001003.

DE MICHELI, Leonardo Miessa. *Blockchain, criptoativos e os títulos circulatórios do Direito Comercial*. Tese (Doutorado em Direito) — Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

DU, Hanbiao [*et al.*]. Breaking the Anonymity of Ethereum Mixing Services Using Graph Feature Learning. *IEEE Transactions on Information Forensics and Security*, Nova Iorque, v. 19, p. 616-631, out. 2024. Disponível em: https://ieeexplore.ieee.org/document/10292691. Acesso em: 10 jul. 2024.

ELSAYED, Sayid. Cryptocurrencies, corruption and organised crime: Implications of the growing use of cryptocurrencies in enabling illicit finance and corruption. [*s. l.*]. Transparência Internacional, *U4 Helpdesk Answer*, 28 mar. 2023. Disponível em: https://www.giz.de/en/downloads/cryptocurrencies-corruption-and-organised-crime. Acesso em: 08 jun. 2024.

ESTELLITA, Heloísa. Criptomoedas e lavagem de dinheiro. Resenha de: GRZYWOTZ, Johanna. Virtuelle Kryptowährungen und Geldwäsche. Berlin: Duncker & Humblot, 2019. *Revista de Direito FGV*, v. 16, n. 1, jan./abr. 2020. https://doi.org/10.1590/2317-6172201955.

ESTELLITA, Heloísa; TUMBIOLO, Mariana. Criptomoedas e lavagem de dinheiro: por que regular? *Revista do Advogado (AASP) — Direito e criptoeconomia*, São Paulo, n. 156, p. 157-163, nov. 2022.

FBI, Federal Bureau of Investigation. Tornado Cash Co-Founders Accused of Helping Cybercriminals Launder Stolen Crypto. Disponível em: https://www.fbi.gov/news/stories/tornado-cash-co-founders-accused-of-helping-cybercriminals-launder-stolen-crypto. Acesso em: 14 jun. 2025.

GAFI, Grupo de Ação Financeira. Virtual Currencies. Key definitions and potencial AML/CFT risks. Disponível em: https://www.fatf-gafi.org/en/publications/Methodsandtrends/Virtual-currency-definitions-aml-cft-risk. Acesso em: 17 jul. 2024.

GAFI, Grupo de Ação Financeira. Money Laundering and Terrorist Financing Red Flag Indicators Associated with Virtual Assets. Disponível em: https://www.fatf-gafi.org/en/publications/Methodsandtrends. Acesso em: 17 jul. 2024.

GAFI, Grupo de Ação Financeira. Updated Guidance for a Risk-Based Approach to Virtual Assets and Virtual Asset Service Providers. Disponível em: https://www.fatf-gafi.org/en/publications/Fatfrecommendations/Guidance. Acesso em: 17 jul. 2024.

GRZYWOTZ, Johanna. *Virtuelle Kryptowahrungen Und Geldwasch*. Berlim: Duncker & Humblot, 2019.

HILLMAN, Henry Daniel. *Money laundering through cryptocurrencies: analysing the response of the United States and Australia and providing recommendations for the UK to address the money laundering risks pose by cryptocurrencies*. Tese (Doutorado em Filosofia) — Faculty of Business and Law, University of the West of England, Bristol, 2020.

HONG, Younggee [*et al.*]. A Practical De-mixing Algorithm for Bitcoin Mixing Services. In: *ACM Asia Conference on Computer and Communications Security*, Incheon, 4 jun. 2018. https://doi.org/10.1145/3205230.3205234. Acesso em: 20 jul. 2024.

LIU, Mingdong; CHEN, Hu; YAN, Jiaqi. Detecting Roles of Money Laundering in Bitcoin Mixing Transactions: A Goal Modeling and Mining Framework. *Frontiers in Physics — Section of Social Physics*, v. 9, p. 01-08, jul. 2021. https://doi.org/10.3389/fphy.2021.665399.

KATARZYNA, Ciupa. Cryptocurrencies: opportunities, risks and challenges for anti-corruption compliance systems. In: *2019 OECD Global Anti-Corruption & Integrity Fórum*, Paris, 20-21 mar. 2019. Disponível em: https://coincapp.com/corruption/integrity-forum/academic-papers/Ciupa-Katarzyna-cryptocurrencies.pdf. Acesso em: 10 jun. 2024.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

MENDONÇA, Lawrence Lino Monteiro de; DIAS, Gabriel Bulhões Nóbrega. Quebra de sigilo telemático como meio de investigação da criptocriminalidade. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/coluna/informacao-privilegiada/384513/quebra-de-sigilo-como-meio-de-investigacao-da-criptocriminalidade. Acesso em: 10 out. 2024.

MORAES, Felipe Américo. *Bitcoin e lavagem de dinheiro*: quando uma transação configura crime. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022.

MORAES, Felipe Américo. O que é e o que não é lavagem de dinheiro com Bitcoins. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2022-jul-13/felipe-moraes-lavagem-dinheiro-bitcoins/. Acesso em: 17 jul. 2024.

MORAIS, Fábio Luiz de; FALCÃO, Rondinelli Melo Alcântara. A regulação de criptomoedas como instrumento de prevenção à lavagem de dinheiro. *Cadernos*

Técnicos da GCU — Coletânea de Artigos Correcionais, [*s. l.*], v. 3, p. 110-134, nov. 2022. Disponível em: https://revista.cgu.gov.br/Cadernos_CGU/article/view/607. Acesso em: 08 jun. 2024.

MORSE, Eric. *Bitcoin*: uma introdução simples. Tradução: João Rossi Parreiras. Nova Jersey: Babelcube Inc., 2017.

MÖSER, Malte; BÖHME, Rainer; BREUKER, Dominic. An inquiry into money laundering tools in the Bitcoin ecosystem. In: *IEEE 2013 APWG eCrime Researchers Summit*, São Francisco, 17-18 set. 2013. Disponível em: https://ieeexplore.ieee.org/document/6805780. Acesso em: 17 jul. 2024.

RATHORE, Mazhar; CHAURASIA, Sushil; SHUKLA, Dhirendra. Mixers Detection in bitcoin network: a step towards detecting money laundering in crypto-currencies. In: *2022 IEEE International Conference on Big Data*, Osaka, 17-20 dez. 2022. Disponível em: https://ieeexplore.ieee.org/document/10020982. Acesso em: 11 jul. 2024.

RODRIGUES, Renata da Silva. Uso de Bitcoins em atos de lavagem: dissensos doutrinários. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 32, n. 380, p. 18-21, 2024. Disponível em: https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/boletim_1993/article/view/1052. Acesso em: 06 jun. 2024.

SHIMABUKURO, Adriana; SILVA, Melissa Garcia Blagitz de Abreu. Internet, Deep Web e Dark Net. In: SILVA, Ângelo Roberto Ilha da (org.). *Crimes Cibernéticos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SHOJAEENASAB, Ardeshir; MOTAMED, Amir Pasha; BAHRAK, Behnam. Mixing detection on Bitcoin transactions using statistical patterns. *Institution of Engineering and Technology (IET) Blockchain*, [*s. l.*], v. 3, p. 123-168, set. 2023. https://doi.org/10.1049/blc2.12036. Acesso em: 09 jul. 2024.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Aspectos penais da criptoeconomia. *Revista do Advogado (AASP) — Direito e criptoeconomia*. São Paulo, n. 156, p. 151-157, nov. 2022.

TUZET, Giovanni. Razonamiento probatorio: ¿dedución? ¿inducción? ¿abducción? In: AMADO, Juan Antonio García; BONORINO, Pablo Raúl (coord.). *Pruba y razonamiento probatorio em el Derecho. Debates sobre abducción*. Granada: Comares, 2014.

VAN WEGBERG, Rolf; OERLEMANS, Jan-Jaap; VAN DEVENTER, Oskar. Bitcoin money laundering: mixed results? An explorative study on money laundering of

cybercrime proceeds using bitcoin. *Journal of Financial Crime (JFC)*, [*s. l.*], v. 25, p. 419-435, mai. 2018. https://doi.org/10.1108/jfc-11-2016-0067.

WEISHEIMER, Evandro [*et al.*]. *Criptolavagem e compliance*: tipologias de lavagem de dinheiro por meio de criptoativos e sua prevenção. 2. ed. São Paulo: Rideel, 2024.

Authorship information

Fábio Ramazzini Bechara: Professor dos Programas de Graduação e Pós-Graduação (Mestrado e Doutorado) em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Doutor em Direito Processual Penal pela Universidade de São Paulo. Membro do GACINT — Grupo de Análise de Conjunturas Internacionais da USP. Membro do Conselho Orientador da Escola de Segurança Multidimensional do Instituto de Relações Internacionais da USP. Promotor de Justiça em São Paulo/SP. fabio.bechara@mackenzie.br

Matheus Morelli Sindona Bellizia: Pós-graduando em Direito Penal Econômico pela Fundação Getúlio Vargas/SP. Graduado em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Advogado. math_bellizia@hotmail.com.

Additional information and author's declarations (*scientific integrity*)

Conflict of interest declaration: the authors confirm that there are no conflicts of interest in conducting this research and writing this article.

Declaration of authorship: all and only researchers who comply with the authorship requirements of this article are listed as authors; all coauthors are fully responsible for this work in its entirety.

- *Fábio Ramazzini Bechara*: writing — review and editing, final version approval.
- *Matheus Morelli Sindona Bellizia*: conceptualization, methodology, data curation, investigation, writing — original draft, validation, writing — review and editing, final version approval.

Declaration of originality: the authors assure that the text here published has not been previously published in any other resource and that future republication will only take place with the express indication of the reference of this original publication; they also attest that there is no third party plagiarism or self-plagiarism.

Data Availability Statement: In compliance with open science policies, all data generated or analyzed during this study are included in this published article.

Editorial process dates (https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/about)

- Submission: 24/02/2025
- Desk review and plagiarism check: 10/03/2025
- Review 1: 25/04/2025
- Review 2: 29/04/2025
- Preliminary editorial decision: 11/06/2025
- Correction round return: 20/06/2025
- Final editorial decision: 02/07/2025

Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Reviewers: 2

How to cite (ABNT Brazil):

BECHARA, Fábio R.; BELLIZIA, Matheus M. S. Lavagem de criptoativos pela ótica da hipótese investigativa: os mixing-services e a investigação criminal. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 11, n. 2, e1173, mai./ago. 2025. https://doi.org/10.22197/rbdpp.v11i2.1173

License Creative Commons Attribution 4.0 International.

Acordo de não persecução penal no tráfico privilegiado: uma alternativa às altas taxas de encarceramento na política de drogas brasileira

Criminal non-prosecution agreement in privileged drug trafficking: an alternative to high incarceration rates in Brazilian drug policy

Luísa Walter da Rosa[1]
Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil
luisawdarosa@gmail.com
http://lattes.cnpq.br/5094657629897142
https://orcid.org/0000-0002-6976-0943

Resumo: O presente artigo pretende responder as seguintes perguntas: a celebração de acordos de não persecução penal em casos de tráfico privilegiado é uma possibilidade de política alternativa não encarceradora no enfrentamento às drogas no Brasil? Em caso positivo, carece de uma uniformização na sua aplicação prática? Por meio do método dedutivo, valendo-se de pesquisa bibliográfica, normativa, jurisprudencial e análise de dados, consultando e interpretando dados oficiais publicados pelo governo brasileiro, primeiro se demonstra como a Lei de Drogas se insere na lógica do direito penal do inimigo tendo, contudo, falhado na persecução do inimigo proposto, e encarcerado a níveis alarmantes pequenos traficantes e usuários jovens, negros, pobres e de baixa escolaridade. Em seguida, dados são trazidos para apontar quem é preso, processado e condenado por tráfico de drogas no Brasil, para depois apresentar o tráfico privilegiado como possível alternativa à política proibicionista e de encarceramento, em especial quando nele aplicado o ANPP. A estratégia já está em prática e deve ser mantida, mas com uniformização institucional e jurisprudencial,

[1] Doutoranda em Processo Penal na USP. Mestra em Direito do Estado, com enfoque em Processo Penal na UFPR. Pós-graduada em Direito Penal Econômico pela PUC Minas e em Direito Penal e Criminologia pela PUC-RS. Vice-presidente da Comissão Nacional de Justiça Penal Negocial da ABRACRIM. Advogada.

sob pena de perpetuar os dogmas punitivos da guerra às drogas, sem avanços reais no enfrentamento do tráfico nem na garantia de direitos fundamentais.

Palavras-Chave: política de drogas; direito penal do inimigo; alternativas; tráfico privilegiado; acordo de não persecução penal.

Abstract: *This article intends to answer the following questions: the conclusion of criminal non-prosecution agreements in cases of privileged drug trafficking would be a possibility for an alternative non-incarceration policy in combating drugs in Brazil? In the affirmative case, does it require standardization in its practical application? Through the deductive method, using bibliographical, normative, jurisprudential research, consulting and interpreting official data published by the Brazilian government, it is first demonstrated how the Brazilian Drug Law fits into the logic of the criminal law of the enemy, having, however, failed in the pursuit of the proposed enemy and imprisoned men, young, black, poor and with low education at alarming levels. Then, data is brought to point out who is arrested, prosecuted, and convicted for drug trafficking in Brazil. Then, the figure of privileged drug trafficking is presented as an alternative to the failure of the prohibitionist and incarceration policy, especially when synced with the application of the ANPP. The strategy is already on course and must be kept, however, with institutional and jurisprudential standardization, under the risk of perpetuating the punitive dogmas of the war on drugs, without real progress in combating trafficking or in guaranteeing fundamental rights.*

Keywords: *drug policy; criminal law of the enemy; alternatives; privileged drug trafficking; criminal non-prosecution agreement.*

Sumário: Introdução; 1. Política criminal de drogas brasileira: a ineficácia da estratégia de direito penal do inimigo; 2. Dados atuais do sistema carcerário brasileiro: quem é preso, processado e condenado por tráfico de drogas; provas utilizadas; penas aplicadas; 3. Acordo de não persecução penal no tráfico privilegiado como alternativa ao encarceramento; 3.1 Natureza jurídica, requisitos e momento de celebração do ANPP; 3.2 Figura do tráfico privilegiado; Cabimento do acordo no tráfico privilegiado e posicionamento jurisprudencial sobre o tema; 3.3 ANPP no tráfico privilegiado na prática: presente e futuro; Considerações Finais; Referências.

Introdução

A estratégia mundial de guerra às drogas por meio da proibição total e encarceramento como regra, à luz da teoria do direito penal do inimigo, falhou no seu objetivo de reduzir o consumo. Porém, continua em vigor. Logo, precisa ser analisada cientificamente, com amparo teórico e dados quantitativos que reflitam a realidade, a fim de que novas alternativas sejam traçadas.

Este artigo pretende responder, por meio do método dedutivo, valendo-se de pesquisa bibliográfica, normativa, jurisprudencial e análise de dados, consultando e interpretando dados oficiais publicados pelo governo brasileiro, as seguintes perguntas: a celebração de acordos de não persecução penal em casos de tráfico privilegiado é uma possibilidade de política alternativa não encarceradora no enfrentamento às drogas no Brasil? Em caso positivo, carece de uma uniformização na sua aplicação prática?

Para tanto, primeiro se sintetiza o objetivo e características da teoria direito penal do inimigo, para demonstrar como a Lei de Drogas brasileira seria parte dela.

Após, trazem-se dados do relatório analítico do IPEA "Perfil do processado e produção de provas nas ações criminais por tráfico de drogas", publicado em 2023, para atestar e analisar qualitativamente o perfil das pessoas processadas; a relação entre tráfico de drogas e prisões processuais; o tempo de duração do processo; as provas utilizadas na fase judicial; os dados relacionados à confissão, dosimetria da pena e penas aplicadas.

Por último, examina-se o acordo de não persecução penal no tráfico privilegiado como alternativa ao encarceramento, apresentando os requisitos e momento de celebração do acordo; o seu cabimento no tráfico privilegiado, o posicionamento da jurisprudência dos Tribunais Superiores sobre o tema; o presente e o futuro da prática, para então concluir sugerindo mudanças que devem ocorrer para garantir a segurança jurídica da possibilidade de se aplicar os dois benefícios em conjunto.

1. Política criminal de drogas brasileira: a ineficácia da estratégia de direito penal do inimigo

A guerra às drogas no cenário mundial, como conhecida hoje, tem origem num discurso político criminal do então Presidente dos EUA Richard Nixon, em 1971, pautado numa ideologia punitivista, objetivando combater o abuso de drogas através de medidas proibitivas[2]. Essa guerra não se restringiu aos EUA, principalmente em razão da existência de uma cadeia de fornecimento ilegal de drogas, que envolve os países que fabricam e fornecem a droga, os corredores de passagem e os países de destino[3].

O impacto mundial dessa estratégia combativa levou a um cenário de superlotação dos sistemas carcerários e persecução penal seletiva de grupos marginalizados[4], situação também identificada no Brasil, conforme será demonstrado neste texto a partir de dados de pesquisas oficiais, associada a um contexto nacional de desigualdade social e pobreza.

Propõe-se aqui um recorte de análise da política de drogas brasileira, à luz da teoria do direito penal do inimigo, a qual se acredita que a legislação brasileira de drogas seria um exemplo, aliada à avaliação de dados atuais a respeito do encarceramento de pessoas envolvidas com crimes de drogas.

O intuito é demonstrar que a política de drogas almejou combater um inimigo – o traficante que impulsiona o mercado – que não foi alcançado, e na prática acabou criminalizando milhares de pessoas, sem impacto concreto na redução do consumo e venda de drogas ilícitas, o que demanda que o tema seja encarado sob outras perspectivas que não apenas a proibição e o encarceramento.

---

2 CUNEO, Silvio; OXMAN, Nicolás. Origin and consequences of the war on drugs. From the United States to Andean countries. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. V. 11, n. 1, abr. 2021, p. 451-469.

3 PIAGGIO, Alvaro; VIDWANS, Prachi. *The cost and consequences of the war on drugs report*. New York: Human Rights Foundation, 2019.

4 CUNEO, Silvio; OXMAN, Nicolás. Origin and consequences of the war on drugs. From the United States to Andean countries. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. V. 11, n. 1, abr. 2021, p. 451-469.

A guerra às drogas é um exemplo da lógica do direito penal do inimigo, teoria criada por Günther Jakobs[5], inicialmente pensada para o terrorismo, mas posteriormente ampliada para múltiplas categorias relacionadas à criminalidade organizada, como a criminalidade econômica, crimes sexuais e drogas[6].

O direito penal do inimigo retira a categoria de cidadãos de alguns sujeitos, que serão tratados como fontes de perigo, e por essa razão deveriam ser neutralizados a qualquer preço. Os cidadãos que cumprem o contrato social fariam jus ao direito penal tradicional, enquanto aqueles que o descumprem ou não o aceitam, de forma expressa ou tácita, não seriam considerados pessoas e, portanto, estariam sob a tutela do direito penal do inimigo[7].

A teoria tem como características a antecipação da punição, incremento das penas e diminuição de determinadas garantias processuais individuais[8]. O delinquente, portanto, não seria tratado como cidadão e sim inimigo, ou seja, um sujeito que foi se afastando, paulatinamente, do caminho do Direito até se converter em um inimigo da sociedade[9].

O surgimento da ideia do direito penal do inimigo se deu em razão da alegada necessidade de se estabelecer formas de combate diferenciadas para determinadas formas de criminalidade, como a criminalidade

---

5 JAKOBS, Günther ¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad. In: JAKOBS, Günther; POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Las condiciones de juridicidad del sistema penal*: derecho penal del enemigo y concepto jurídico-penal de acción en una perspectiva funcionalista. Lima: Grijley, 2007. p. 20-44.

6 JAKOBS, Günther. Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo. In: JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Civitas, 2003.

7 CERVINI, Raul. Derecho penal del enemigo y dignidad de la persona humana. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, v. 8., n. 46, p. 104-122, jan./mar. 2012.

8 CRESPO, Eduardo Demetrio. Del derecho penal liberal al derecho penal del enemigo. *Revista de Derecho Penal y Criminologia*, 2ª época, 14, 2004.

9 MARTIN, Victor Gomez. Sobre la distinción entre Derecho penal del ciudadano Derecho penal del enemigo en la concepción de Günther Jakobs. In: MELIÁ, Manuel Cancio; DIEZ, Carlos Gómez-Jara (coord..). *Derecho penal del enemigo*: el discurso penal de la exclusión. Buenos Aires: Edisofer, 2006, p. 1003-1050.

organizada, o terrorismo e os crimes relacionados às drogas[10]. Haveria, portanto, uma reação estatal proporcional à posição de inimigo, conferindo a ele um tratamento proporcional ao mal que ele pratica. Não se trata de um criminoso comum, habitual, e sim um com potencial de perigo destacado e reiteração delitiva, com habitualidade e profissionalização no cometimento de crimes, surgindo o direito penal do inimigo como uma opção de enfrentamento a esse cenário[11].

As principais críticas à teoria giram em torno da sua inconstitucionalidade e incompatibilidade com o Estado Democrático de Direito, por se tratar de um direito penal do autor e não do fato, ao estigmatizar determinados grupos de inimigos, deixando a critérios políticos e discricionários decidir quem será eleito como inimigo, com base em contextos culturais, históricos, nos quais se modificam os próprios conceitos de conflito, bem jurídico e delito, e, por fim, por não haver comprovação de que efetivamente contribuiria para a prevenção de delitos[12].

No Brasil, a política de drogas está contida na Lei n. 11.343/2006, cujo propósito foi instituir o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad; prescrever medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelecer normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; definir crimes e dar outras providências.

É possível afirmar que a referida lei é um exemplo de direito penal do inimigo[13], pois há uma relativização da necessidade de comprovação

---

[10] MELIÁ, Manuel Cáncio. De nuevo: ¿"Derecho penal" del enemigo? In: MELIÁ, Manuel Cancio; DIEZ, Carlos Gómez-Jara (coord..). *Derecho penal del enemigo*: el discurso penal de la exclusión. Buenos Aires: Edisofer, 2006, p. 341-382.

[11] CARVALHO, Salo de. Política de guerra às drogas na América Latina: entre o direito penal do inimigo e o estado de exceção permanente. *Revista Crítica Jurídica*, v. 25, p. 253-267, jul/dez 2006.

[12] MELIÁ, Manuel Cáncio ¿Derecho penal del enemigo? In: JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Civitas, 2003, p. 57-102.

[13] PILATI, Rachel Cardoso. *Direito penal do inimigo e política de drogas no Brasil*: discussão de modelos alternativos. Dissertação (Mestrado em Direito) – UFSC, Florianópolis, 2011.

do dolo nos tipos penais de tráfico de drogas; uma ampliação dos verbos contidos no crime de tráfico de drogas (18 verbos)[14], o que favorece a subsunção de múltiplas condutas ao tipo; uma pena alta (até 15 anos de reclusão)[15]; o uso da norma penal em branco, pois a lei não especifica quais drogas seriam proibidas, ficando a definição ao encargo de setores administrativos do Estado[16], o que, em conjunto, facilita a persecução penal[17], desde a captura, apreensão e eventual flagrante, até a condenação e execução da pena.

Haveria, portanto, um inimigo a ser combatido – o traficante[18], que seria responsável pelo incremento do consumo e da violência inerentes aos crimes de drogas. Porém, a realidade demonstra que, no mundo – e em consequência também no Brasil[19] –, essa estratégia de guerra às drogas levou a um encarceramento em massa[20], que envolve pequenos traficantes

---

[14] Art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

[15] Podendo chegar até 25 anos de reclusão, considerando a causa de aumento do art. 40 da Lei n. 11.343/2006, pena maior que a do crime de homicídio simples, por exemplo (20 anos – *caput* do art. 121 do Código Penal).

[16] VALOIS, Luís Carlos. *O direito penal de guerra às drogas*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019, p. 441.

[17] Ibid., p. 424.

[18] CARVALHO, Salo de. Política de guerra às drogas na América Latina: entre o direito penal do inimigo e o estado de exceção permanente. *Revista Crítica Jurídica*, v. 25, p. 253-267, jul/dez 2006, p. 264.

[19] A correlação entre o encarceramento em massa e os crimes de drogas foi inicialmente desenvolvida por Michelle Alexander, autora norte-americana. No Brasil, foi explorada e adaptada à realidade brasileira por Juliana Borges, além de já ter sido utilizada em julgado do STJ. ALEXANDER, Michelle. *The New Jim Crow*: mass incarceration in the age of colorblindness. Nova York, Londres: The New Press, 2020. BORGES, Juliana. *Encarceramento em massa*. São Paulo: Pólen Livros, 2019, p. 101/102. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no HC n. 895.165/SP*, relatora Ministra Daniela Teixeira, Quinta Turma, julgado em 6/8/2024, DJe de 9/8/2024. Brasília, 2024.

[20] PIAGGIO, Alvaro; VIDWANS, Prachi. *The cost and consequences of the war on drugs report*. New York: Human Rights Foundation, 2019. ALEXANDER, Michelle. *The New Jim Crow*: mass incarceration in the age of colorblindness. Nova York, Londres: The New Press, 2020.

e usuários, em geral pobres, negros[21], jovens[22] e marginalizados[23], o que suscita a questão de que o inimigo efetivamente combatido não seria necessariamente aquele desejado inicialmente no combate às drogas.

Ao se analisar os dados constantes no Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2024, verifica-se que o Brasil consta como rota estratégica para o tráfico internacional de drogas, em razão da fronteira com Bolívia, Peru e Colômbia, os principais produtores de cocaína no mundo; além de ser um consumidor relevante de cocaína e país de transporte para grandes mercados, devido aos muitos portos e aeroportos[24].

A pesquisa também aponta um crescimento de 73,7% das apreensões registradas pela Polícia Federal de cocaína e insumos, entre 2013 e 2023, e 87,1% de maconha e insumos, também no mesmo período. Quanto ao sistema prisional, o número atual é de 852.010 pessoas encarceradas, sendo 208.882 presos provisórios, ou seja, 1 em cada 4 presos ainda não foi julgado[25]. O relatório relaciona especificamente o narcotráfico com o crime organizado, apontando existirem mais de 72 facções criminosas de base prisional, que têm no tráfico de drogas suas principais fontes de poder econômico[26].

Por fim, comparando o anuário com dados da Secretaria Nacional de Políticas Penais[27], 205.741 pessoas estariam encarceradas por condu-

---

21 ALEXANDER, Michelle. *The New Jim Crow*: mass incarceration in the age of colorblindness. Nova York, Londres: The New Press, 2020.

22 BATISTA, Vera Malaguti. *Difíceis ganhos fáceis*: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 40.

23 KARAM, Maria Lúcia. *Legalização das drogas*. São Paulo: Estúdio Editores. com, 2015.

24 FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *18º Anuário Brasileiro de Segurança Pública*. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 202, p. 18. Disponível em: https://publicacoes.forumseguranca.org.br/handle/123456789/253 Acesso em: 07 out. 2024.

25 Ibid.

26 Ibid., p. 264.

27 SENAPPEN. Relatório de informações penais. 16º ciclo SISDEPEN. 1º semestre de 2024, p. 108. Disponível em: https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios/relipen/relipen-1-semestre-de-2024.pdf Acesso em: 16 nov. 2024.

tas relacionadas ao tráfico de drogas[28], até o primeiro semestre de 2024, totalizando 31% dos presos brasileiros.

Dos dados apresentados é possível inferir que o tráfico e o consumo de drogas seguem em expansão no Brasil, mesmo que 31% da população carcerária seja relacionada ao tráfico de drogas. Por conseguinte, quem está preso por tráfico não necessariamente impactaria a economia do tráfico, reduzindo o seu crescimento e consumo. Logo, a lógica do direito penal do inimigo, que se considera incorporada na Lei n. 11.343/2006, não foi eficiente, também devendo o Brasil pensar em outras formas de enfrentar a guerra às drogas para além da proibição tradicional, que vem se mostrando ineficaz[29].

2. Dados atuais do sistema carcerário brasileiro: quem é preso, processado e condenado por tráfico de drogas; provas utilizadas; penas aplicadas

A política criminal de drogas brasileira está diretamente relacionada aos altos níveis de encarceramento. Para se corroborar esta afirmação, optou-se por examinar a primeira base de dados produzida com abrangência nacional sobre o tema: o relatório analítico do IPEA "Perfil do processado e produção de provas nas ações criminais por tráfico de drogas"[30], publicado em 2023.

A pesquisa foi realizada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), em parceria com a Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas do Ministério da Justiça e Segurança Pública (MJSP), e analisou

---

[28] Dados referentes às condutas de tráfico de drogas (173.446), associação para o tráfico (25.881) e tráfico internacional (6.414).

[29] CAVALI, Marcelo Costenaro; BALDINI, Alessandra Gomes F.; COSTA, Leonardo P. Santos. A falência da política de repressão às drogas no Brasil. *Revista Consultor Jurídico*, 2 de maio de 2024. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2024-mai-02/a-falencia-da-politica-de-repressao-as-drogas-no-brasil/#_ftn1 Acesso em: 16 nov. 2024.

[30] INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Perfil do processado e produção de provas nas ações criminais por tráfico de drogas:* relatório analítico nacional dos tribunais estaduais de justiça comum. Brasília, DF: Ipea, 2023. 107 p. DOI: <http://dx.doi.org/10.38116/ri221151>.

28.851 processos dos TRFs e TJs com decisão terminativa até o primeiro semestre de 2019, cujo tipo penal seja o de tráfico de drogas. Utilizou-se a base processual unificada disponibilizada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), e o intuito do relatório foi de produzir informação qualificada sobre a política de drogas brasileira.

Antes de se proceder a análise dos dados, cumpre esclarecer que a pesquisa é bastante extensa e não será explorada na sua integralidade. O enfoque se dará nos números relacionados às condutas de tráfico de drogas, mais especificamente no perfil das pessoas processadas; na relação entre tráfico de drogas e prisões processuais; no tempo de duração do processo; nas provas utilizadas na fase judicial; nos dados relacionados à confissão, à dosimetria da pena e penas aplicadas. A escolha destes pontos se deu em razão da correlação com o objeto de pesquisa aqui enfrentado: possibilidade de celebração de acordos de não persecução penal em casos de tráfico privilegiado como política alternativa no enfrentamento da guerra às drogas.

Também se indica desde já a imprecisão de alguns números. Por mais que integrantes de uma pesquisa científica oficial e nacional, embasada em metodologia sólida, muitos dados não refletem a realidade pela simples ausência de informações, decorrentes da insuficiência de padronização nacional em procedimentos relacionados à persecução penal. A título de exemplo, não são todos os processos que contém informações sobre raça, profissão, escolaridade e quantidade de droga apreendida. Alerta-se, portanto, para riscos de subnotificação.

Para o que interessa a esse estudo, em termos de dados gerais sobre o perfil das pessoas processadas por tráfico de drogas, 71,3% têm entre 18 e 30 anos; 86% são homens; 46,2% negros[31]; 50,1% não concluíram o ensino médio[32]; 50,2% teriam passagens[33] pelos órgãos do sistema

---

[31] Somatório dos dados referentes aos registros de negra, parda, mulata, morena, preta ou negra outros termos. Ibid., p. 17.

[32] Somados réus analfabetos, com ensino fundamental completo/incompleto e com ensino médio incompleto. Ibid., p. 18.

[33] Passagens significando qualquer registro de ocorrências anteriores à data do fato-crime do processo analisado – desde a mera condução no réu como suspeito à delegacia para averiguação, boletins de ocorrência em que o réu conste como suspeito, inquéritos policiais não concluídos, ações criminais em andamento, bem como sentenças criminais com ou sem trânsito em julgado. Ibid., p. 19/20.

de justiça e segurança pública; sendo 56,7% dessas passagens por crimes contidos na Lei de Drogas. Deste universo, 45,8% a passagem anterior foi por tráfico de drogas. A respeito dessas informações, é possível afirmar que no Brasil se imputa a conduta de tráfico de drogas na maior parte das vezes a homens negros, jovens, com baixa escolaridade, que já tiveram alguma passagem no sistema por crimes previstos na Lei de Drogas. Ou seja, novas condutas seguem sendo praticadas, ainda que a pessoa acusada já tenha tido passagem no sistema.

Quanto aos tipos penais, 65,4% foram condenados pelo art. 33 da Lei n. 11.343/2006 e 13,8% pelo art. 35. Aqui ocorre a chamada planificação de condutas, na qual condutas de níveis distintos são forçadamente alocadas no mesmo plano[34], mesmo que a lei contenha 18 verbos só no art. 33 para descrever ações. Muitos sequer são utilizados na prática, sendo os mais comuns guardar, ter em depósito, possuir, transportar, trazer consigo, vender e expor à venda.

Há também uma padronização das condutas de tráfico e consumo[35], em que pese previstas em tipos penais diferentes, pois 49% possuíam registros sobre condições de usuário de drogas ou adicto e 30% alegaram que a droga era para consumo pessoal, mas 79,2% foram acusados por tráfico ou associação para o tráfico, e não pelo art. 28 da Lei n. 11.343/2006.

Sobre a relação entre tráfico de drogas e prisões processuais, 91% dos réus acusados por tráfico estiveram presos em algum momento entre a data do crime e a data da sentença: 85,6% é prisão em flagrante; 73,3% prisão preventiva. 51% permaneceram no cárcere do momento da prisão até a decisão terminativa do juízo de primeiro grau. 48% foram soltos em algum momento do processo, sendo que 32% foram submetidos a alguma medida cautelar. Em 71,8% dos casos a prisão em flagrante foi convertida em preventiva. Nas audiências de custódia, 68,6% dos casos contaram com atuação da Defensoria Pública ou advogados(as) nomeados(as) para o ato. Aqui é possível constatar que a prisão preventiva é a regra, e a liberdade a exceção, ainda que haja um alto número de solturas; e que a maioria das pessoas acusadas não tem condição de arcar com os custos da sua defesa.

---

[34] Ibid., p. 25.

[35] Art. 33 e art. 28 da Lei n. 11.343/2006.

No que concerne ao tempo de duração do processo, é relativamente curto: a fase policial dura em média 15 dias, e da abertura do inquérito policial até a sentença transcorrem em média 327 dias (cerca de 10 meses).

A respeito das provas utilizadas na fase judicial, 55,2% consistem no laudo definitivo das substâncias apreendidas; 88,5% no interrogatório judicial dos réus e 88,1% no depoimento judicial de agentes de segurança que efetuaram o flagrante.

Observando-se o tempo de duração do processo com as provas utilizadas verifica-se que há pouco esforço investigativo e produção probatória, considerando que as principais provas são a testemunhal e o depoimento da pessoa acusada – não existem novas provas produzidas além do angariado na ocorrência, o que esclarece o porquê da investigação e do processo se encerrarem tão rápido[36].

Nos dados relacionados à confissão, 42% assumiram a posse ou propriedade e 30,7% assumiram a traficância. 27,3% das confissões constam nos termos de interrogatório da fase policial; 26,8% em interrogatório judicial e 21,8% são informais, obtidas em depoimentos prestados por policiais ou outros indivíduos que relatam que a pessoa confessou. 48,6% das confissões são extrajudiciais, portanto.

Por fim, a respeito da dosimetria da pena, na primeira fase, em 52% dos casos a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, com fundamento na quantidade da substância, natureza e antecedentes. Na segunda fase, em 21,1% dos casos foram reconhecidas agravantes, sendo 97,7% reincidência e 2% concurso de pessoas; e 30,3% aplicaram atenuantes, sendo 64,4% confissão e 48% menoridade relativa. Na terceira fase, 22,9% aplicaram a causa de aumento do art. 40 da Lei de Drogas, e 78% dos casos foi avaliada a causa de diminuição contida no §4º do art. 33, popularmente conhecida como tráfico privilegiado. Neste universo, o benefício foi reconhecido em 44,9% dos casos. No total das penas aplicadas, 97,5% são penas privativas de liberdade, com tempo médio de duração de 5,5 anos.

---

[36] Segundo o DATAJUD do CNJ, base nacional de dados do Poder Judiciário, com dados até 31/01/2025, o tempo médio de duração de um processo criminal na justiça estadual do Brasil, entre o oferecimento da denúncia até a sentença é de 967 dias (cerca de 32 meses). Disponível em: https://justica-em-numeros.cnj.jus.br/painel-estatisticas/ Acesso em: 28 fev. 2025.

As informações referentes a confissão e a causa de diminuição do tráfico privilegiado serão analisadas qualitativamente, em conjunto, no terceiro tópico deste artigo.

Dos dados analisados, conclui-se que o Brasil acusa, processa e condena rapidamente por tráfico de drogas homens, jovens, negros, de baixa escolaridade, pobres, muitos deles usuários de drogas, com base em confissões na sua maioria na etapa extrajudicial (sem o crivo do contraditório, consequentemente), e no testemunho dos agentes policiais que participaram da ocorrência, mantendo os acusados privados de liberdade numa média de 5 anos e meio.

Traçado este perfil, percebe-se que a conclusão contida no tópico anterior se confirma ao se checar o que ocorre na prática: não se prendem os responsáveis pela manutenção e crescimento do mercado ilícito de venda e consumo de drogas – os inimigos almejados pela legislação – e sim usuários e pequenos traficantes, em geral desprovidos de condições financeiras e à mercê das consequências da desigualdade social e do racismo[37].

3. Acordo de não persecução penal no tráfico privilegiado como alternativa ao encarceramento

Desde o início de 2020, com a entrada em vigor do Pacote Anticrime (Lei n. 13.964/2019), uma nova espécie de acordo penal foi inserida no processo penal brasileiro – o acordo de não persecução penal, previsto no art. 28-A do CPP. Em razão dos seus requisitos, o ANPP é hoje cabível em mais de 80% dos tipos penais previstos no ordenamento[38], sendo considerado uma ferramenta importante na gestão e eficiência dos casos submetidos ao Judiciário pois, ao menos em tese, casos mais simples poderiam ser resolvidos por meio do acordo, permitindo um enfoque e

[37] ALMEIDA, Silvio. *Racismo estrutural*. São Paulo: Pólen Livros, 2019.

[38] MENDES, Tiago Bunning; LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Lei anticrime*: a (re)forma penal e a aproximação de um sistema acusatório? São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

dedicação maior de todos os órgãos e instituições na persecução penal de crimes mais complexos[39].

A partir de toda a construção teórica e dados apresentados até aqui, acredita-se que a possibilidade de aplicação do acordo de não persecução penal às condutas provavelmente tipificadas como tráfico privilegiado seria uma ferramenta valiosa e pouco explorada na redução do número de pessoas presas por tráfico de drogas. Contudo, a questão gera debates doutrinários, jurisprudenciais e até dentro do próprio Ministério Público, conforme se mostrará na sequência.

3.1 Natureza jurídica, requisitos e momento de celebração do ANPP

Em termos de finalidade, o acordo de não persecução penal foi pensado pelo legislador como uma alternativa à denúncia, quando houver justa causa para a ação penal e preenchimento dos requisitos contidos no art. 28-A do CPP. Ao término das investigações, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor o acordo, quando o crime não tiver sido cometido com violência ou grave ameaça; a pena mínima for inferior a 4 anos; o investigado confesse formal e circunstancialmente a prática da infração penal e o pacto seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime[40].

O investigado se comprometerá a cumprir condições a serem negociadas pelas partes, consistentes em reparação do dano, renúncia voluntária a bens e direitos, prestação de serviços à comunidade, prestação pecuniária ou outra condição[41], e, em troca, após o cumprimento de todas as obrigações, terá sua punibilidade extinta, sem que configure antecedentes criminais[42].

É vedada a aplicação do instituto quando for cabível transação penal; o investigado for reincidente; ter sido beneficiado nos 5 anos

---

[39] MORAIS DA ROSA, Alexandre; ROSA, Luísa Walter da; BERMUDEZ, André Luiz. *Como negociar o acordo de não persecução penal*: limites e possibilidades. Florianópolis: Emais, 2021.

[40] *Caput* do art. 28-A do CPP.

[41] Art. 28-A, I a V, do CPP.

[42] §§ 12 e 13 do art. 28-A do CPP.

anteriores ao cometimento da infração por ANPP, transação penal ou suspensão condicional do processo e nos crimes praticados no âmbito da violência doméstica e contra a mulher[43].

O ANPP será formalizado por escrito, assinado pelo investigado, defensor e Ministério Público[44]. A defesa deverá participar de todas as etapas do acordo, e, após assinado, será submetido para homologação judicial[45].

Como já indicado, o acordo foi pensado para ser celebrado ao término das investigações, evitando assim o início da persecução penal. No entanto, existem duas exceções embasadas em construção jurisprudencial.

A primeira diz respeito a possibilidade de celebração do ANPP quando houver alteração da capitulação jurídica ou desclassificação da conduta, preenchendo o novo tipo penal o requisito da pena mínima inferior a 4 anos. O STJ fez analogia a sua súmula 337, que prevê ser cabível a suspensão condicional do processo na desclassificação do crime e procedência parcial da pretensão punitiva, reconhecendo a necessidade de retorno à origem para aplicação do benefício processual[46].

A segunda trata da possibilidade de aplicação retroativa do acordo de não persecução penal em ações penais em curso quando da entrada em vigor da Lei n. 13.964/2019. A questão foi pacificada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus n. 185.913/DF, afetado ao plenário da Corte, no qual se fixou uma tese reconhecendo o cabimento do acordo de não persecução penal em ações penais em curso quando a Lei n. 13.964/2019 entrou em vigor, ainda que inexista nos autos confissão, até antes do trânsito em julgado da sentença[47]. Não existem, até o momento, dados oficiais sobre o número de processos que serão afetados pela decisão do STF, mas se estima que o número será alto.

---

43 §2º do art. 28-A do CPP.

44 §3º do art. 28-A do CPP.

45 §4º do art. 28-A do CPP.

46 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no REsp 2.016.905/*SP, Rel. Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 7/3/2023, DJe de 14/4/2023. Brasília, 2023.

47 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 185913*, Rel. Ministro Gilmar Mendes, DJe 18/09/2024.

A respeito da natureza jurídica do acordo, há um debate doutrinário e jurisprudencial se seria negócio jurídico ou direito subjetivo da parte. A primeira vertente implica em uma certa discricionariedade do Ministério Público em seu oferecimento, e um direito de escolha da parte em aceitar o acordo, privilegiando-se, dessa forma, a autonomia privada, e a segunda atentar-se-ia ao preenchimento dos requisitos legais, que quando presentes no caso concreto, ensejariam no direito subjetivo do investigado em firmar o acordo[48].

O Supremo Tribunal Federal seguiu a linha do que já havia sido decidido em relação a transação penal e a suspensão condicional do processo, outras espécies de acordos penais, considerando que os institutos, incluído aqui o ANPP, não seriam direitos subjetivos das partes[49].

Acredita-se assistir razão à visão de que o ANPP seria um negócio jurídico[50], e não direito subjetivo. Se a ideia fosse uma aplicação automática de um benefício pelo juízo a partir de critérios legais, não constaria no caput do art. 28-A que o MP "poderia" oferecer o acordo, não haveria etapas procedimentais previstas em lei, com obrigatoriedade de participação da defesa, nem realização de audiência de homologação para verificar a voluntariedade do investigado em celebrá-lo.

No entanto, essa discricionariedade ministerial não é absoluta e sem critérios. Não pode o Ministério Público recusar genericamente a proposição do acordo, é preciso que a recusa seja fundamentada, indicando

---

48 Entendem o ANPP como direito subjetivo: LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 221; WUNDERLICH, Alexandre; [et al]. *Acordo de não persecução penal e colaboração premiada*: após a Lei Anticrime. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022, p. 37.

Discordam que o ANPP seja direito subjetivo: CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Manual do acordo de não persecução penal*. 5ª ed., atual., rev. ampl. São Paulo: Juspodivm, 2023, p. 241; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Acordo de não persecução penal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 44-45; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 10. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 193.

49 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 191124 Agr*, Primeira Turma, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 08.04.2021. Brasília, 2021. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 194677*, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 11.05.2021. Brasília, 2021.

50 VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Acordo de não persecução penal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 45.

quais requisitos não foram preenchidos, em especial quando a negativa se der com base num requisito subjetivo, como não ser o acordo considerado necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime. Tanto é que pode a defesa requerer a remessa dos autos ao órgão superior do MP para analisar essa recusa, conforme §14 do art. 28-A do CPP.

Nesse sentido, é possível se falar num direito subjetivo à justificativa do não oferecimento do ANPP em si[51], e não ao oferecimento do acordo. E caso não seja apresentada recusa, ou seja feita sem motivação suficiente, cumpre ao juízo exercer o controle judicial do acordo, rejeitando a denúncia por falta de condição da ação – servindo o esgotamento da etapa consensual como condição de procedibilidade para a ação penal[52].

Feitas estas considerações sobre o instituto negocial, analisa-se agora o §4º do art. 33 da Lei de Drogas.

3.2 Figura do tráfico privilegiado

O tráfico privilegiado está previsto em lei como causa de diminuição de pena, no §4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, que prevê que as penas do tráfico de drogas poderão ser reduzidas de 1/6 a 2/3 desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

A figura visa diferenciar o pequeno do grande traficante[53], não sendo submetida à sistemática da Lei de Crimes Hediondos[54] e, quando

---

[51] CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Manual do acordo de não persecução penal*. 5ª ed., atual., rev. ampl. São Paulo: Juspodivm, 2023, p. 244.

[52] ROSA, Luísa Walter da; VANZOLINI, Patrícia. O esgotamento da etapa consensual como condição de procedibilidade da ação penal: necessidade de fundamentação da recusa ao oferecimento do ANPP. In: RIBEIRO, Wanessa Fernandes (Org.). *Mulheres da Advocacia Criminal*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2024, v. 3, p. 102-110.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n. 2.038.947/SP*, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 17/9/2024, DJe de 23/9/2024. Brasília, 2024.

[53] MASSON, Cleber. *Lei de drogas*: aspectos penais e processuais. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2019, p. 84.

[54] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 111.117*, Relator: Min. Marco Aurélio, Relator p/ Acórdão: Min. Luis Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado

reconhecida, implica na fixação de regime aberto e possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, conforme a súmula vinculante n. 59[55]. Há aqui, portanto, a opção por sanções alternativas ao encarceramento.

De acordo com dados da pesquisa do IPEA, em 44,9% dos casos analisados o tráfico privilegiado foi reconhecido em sede de sentença, o que demonstra a alta aplicabilidade da medida. Contudo, acredita-se que ela teria ainda mais aplicabilidade caso fosse analisada antes de se chegar à sentença.

A seguir, o tráfico privilegiado será analisado em conjunto com outra alternativa de descongestionamento do sistema processual brasileiro – o acordo de não persecução penal, configurando uma nova possibilidade de política para além do encarceramento.

3.3 Cabimento do acordo no tráfico privilegiado e posicionamento jurisprudencial sobre o tema

Averigua-se agora o cabimento do ANPP em casos de tráfico privilegiado. Consta no art. 33 da Lei n. 11.343/2006 que a pena para o tráfico de drogas é de reclusão de 5 a 15 anos. O §4º do mesmo artigo contém a causa de diminuição de pena chamada de tráfico privilegiado, que prevê que as penas poderão ser reduzidas de 1/6 a 2/3 quando o agente for primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas e nem integre organização criminosa.

Já o §1º do art. 28-A do CPP dispõe que para aferição da pena mínima cominada ao delito que será objeto do ANPP, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto. A depender do grau de diminuição a ser aplicado, a pena mínima no tráfico privilegiado poderá resultar inferior a 4 anos. Preenchidos os demais requisitos e não

---

em 07-02-2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-086 DIVULG 25-04-2017 PUBLIC 26-04-2017.

[55] É impositiva a fixação do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos quando reconhecida a figura do tráfico privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06) e ausentes vetores negativos na primeira fase da dosimetria (art. 59 do CP), observados os requisitos do art. 33, § 2º, alínea c, e do art. 44, ambos do Código Penal.

estando a conduta enquadrada em nenhuma das hipóteses de vedação legal, seria cabível o ANPP em casos de tráfico privilegiado.

Outro aspecto que confirma a possibilidade de aplicação do acordo nesses casos diz respeito às condições a serem cumpridas, que no ANPP muito se assemelham às penas restritivas de direitos que eventualmente poderiam ser aplicadas em sede de condenação por tráfico privilegiado, considerando a súmula vinculante n. 59. Desta forma, não haveria prejuízos práticos em termos de responsabilização efetiva pela conduta, a diferença principal se daria no fato de que não seria necessário aguardar a sentença para que as condições começassem a ser cumpridas, podendo ser imediatamente após o término das investigações.

As vantagens em relação à eficiência estatal são evidentes, e também em relação aos direitos e garantias da pessoa acusada, que, se optar por celebrar o ANPP, não precisaria responder a um processo presa, por possível excesso de acusação, aguardando o reconhecimento da minorante do tráfico privilegiado somente em sede de sentença, e tendo contra si uma condenação.

Para aproximar a teoria da prática, pesquisou-se jurisprudência a respeito do tema. Não se desconhecem as diferenças regionais de aplicação do Direito num país com a extensão como o Brasil, no entanto a ideia da pesquisa foi trazer informações a nível nacional, por isso o uso de dados de pesquisas oficiais como o relatório do IPEA e o Anuário de Segurança Pública, aliado agora à pesquisa de jurisprudência nos Tribunais Superiores[56], e não locais ou regionais.

Para tanto, buscou-se o uso conjunto das expressões "cabimento" "anpp" e "tráfico privilegiado" (1º universo); "cabimento" "acordo de não persecução penal" e "tráfico privilegiado" (2º universo), "tráfico" "benefício" "anpp" (3º universo) e "tráfico de drogas" "art 28-A CPP" (4º universo) nos mecanismos de pesquisa de jurisprudência do STJ e STF, com julgamentos no período de 01/01/2020 até 31/03/2025. Optou-se por analisar somente acórdãos e não decisões monocráticas, em razão da força de decisões colegiadas se comparadas aos posicionamentos individuais dos julgadores.

[56] Íntegra dos dados depositada no repositório de acesso aberto SciELO Data, podendo ser acessada em: https://doi.org/10.48331/scielodata.OQLT5I

No Supremo Tribunal Federal não foi encontrado nenhum acórdão que contivesse as variações conjuntas do primeiro, segundo e terceiro universos. Já no quarto universo, constam inicialmente 145 acórdãos. Somente 2 resultados dizem respeito ao cabimento do ANPP em casos de tráfico privilegiado, versando todos os demais sobre outras questões processuais e de mérito em casos de tráfico privilegiado ou tráfico de drogas do *caput* do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, ou tráfico associado a outros tipos penais, razão pela qual não foram aqui analisados.

Em 11 de maio de 2021, na Segunda Turma do STF, foi parcialmente concedida a ordem para determinar a remessa dos autos à Câmara de Coordenação e Revisão do MPF para analisar a viabilidade de ANPP em caso de tráfico internacional de drogas, no qual o próprio MPF havia se posicionado favoravelmente ao reconhecimento da minorante do tráfico privilegiado, em sede de alegações finais, sob relatoria do Min. Gilmar Mendes[57].

Em 14 de outubro de 2024, também na Segunda Turma, foi concedida a ordem para determinar a remessa dos autos para o MPF se manifestar, motivadamente, quanto ao oferecimento do ANPP, em caso no qual foi reconhecida a minorante do tráfico privilegiado em sede de sentença. O caso é de relatoria do Min. André Mendonça[58].

Já no Superior Tribunal de Justiça, foram 5 resultados envolvendo "cabimento" "anpp" e "tráfico privilegiado" (1º universo); 30 com a variação "cabimento" "acordo de não persecução penal" e "tráfico privilegiado" (2º universo), 14 com "tráfico" "benefício" "anpp" (3º universo) e 63 com "tráfico de drogas" "art 28-A CPP" (4º universo), estando o resultado do primeiro universo contido no quarto.

Foram excluídos os que citaram os termos reproduzindo outras decisões e/ou em separado, sem relação entre si (ex.: "acordo" "persecução" "tráfico"), ou que trataram tão somente do cabimento da minorante do tráfico privilegiado ou cabimento do recurso empregado em

---

[57] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 194677*, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 11-05-2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-161 DIVULG 12-08-2021 PUBLIC 13-08-2021. Brasília, 2021.

[58] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 225993 AgR*, Relator(a): ANDRÉ MENDONÇA, Segunda Turma, julgado em 14-10-2024, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 21-10-2024 PUBLIC 22-10-2024. Brasília, 2024.

casos envolvendo tráfico privilegiado, sem relação com ANPP – todos os acórdãos encontrados no segundo universo –, ou que trataram de outras questões envolvendo ANPP e tráfico de drogas[59], sem discutir se cabe acordo em casos de tráfico privilegiado.

Dos resultados obtidos, escolheram-se todos aqueles que analisaram diretamente a possibilidade de cabimento do acordo de não persecução penal em casos de tráfico privilegiado, para verificar quais argumentos foram utilizados para reconhecer ou negar a utilização conjunta dos institutos, totalizando 10 casos. A análise se dará tanto em relação às ementas quanto ao inteiro teor dos acórdãos.

O posicionamento do STJ não é unânime e vem passando por mudanças desde a entrada em vigor do Pacote Anticrime. Em agosto de 2020, a possibilidade de celebração de ANPP em tráfico privilegiado foi negada num caso concreto, pois a causa de diminuição só haveria sido reconhecida em sede de recurso especial[60]. Para o Min. Reynaldo Soares da Fonseca, para serem consideradas as causas de aumento e diminuição para aplicação do acordo, elas deveriam estar descritas na denúncia. O fato de ter sido necessário o curso da ação penal para que a minorante fosse aplicada obstaria a incidência do ANPP. Após essa decisão, vários outros acórdãos foram proferidos pela Quinta Turma, no mesmo sentido[61].

Em junho de 2023 a Quinta Turma mudou de posicionamento. O ministro relator Ribeiro Dantas entendeu que o *overcharging* não poderia prejudicar o acusado, logo, reconhecida a minorante, o MP deverá ser intimado para avaliar proposta de ANPP, tendo o seu voto sido

---

[59] Exemplos: possibilidade de aplicação retroativa do ANPP; exigência de confissão prévia; controle judicial sobre cláusulas e requisitos.

[60] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *EDcl no AgRg no AgRg no AREsp n. 1.635.787*/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 4/8/2020, DJe de 13/8/2020.

[61] Como exemplos: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no HC n. 722.434/GO, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 6/9/2022, DJe de 13/9/2022; AgRg no AREsp n. 2.059.445/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 16/8/2022, DJe de 22/8/2022; e AgRg no REsp n. 1.977.640/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 29/3/2022, DJe de 31/3/2022.

acompanhado por unanimidade[62]. Tal entendimento foi repetido pelo mesmo ministro em fevereiro de 2024[63], em outubro de 2024, pela Min. Daniela Teixeira[64], e em março de 2025, em caso relatado pelo Min. Joel Ilan Paciornik[65].

Ainda no âmbito da Quinta Turma, num caso de Minas Gerais, em sede de recurso de segundo grau, foi afastada a minorante do tráfico privilegiado, que havia sido reconhecida pela sentença, em razão da quantidade e variedade da droga apreendida[66]. No STJ, o Min. Messod Azulay Neto fez constar no acórdão que as razões de decidir do Tribunal de origem não encontrariam respaldo na jurisprudência do STJ, confirmando a retomada de enquadramento jurídico da conduta para tráfico privilegiado, e determinando a intimação do MP para que se manifestasse quanto a possibilidade de propositura do ANPP.

Em março de 2025, em caso de relatoria do Min. Joel Ilan Paciornik, foi determinada a remessa dos autos para o Ministério Público estadual se manifestar quanto a celebração de ANPP em caso no qual a minorante do tráfico privilegiado foi reconhecida em grau de recurso, pelo TJSP[67].

Na Sexta Turma, em junho de 2024, o Min. Sebastião Reis Júnior determinou a remessa dos autos ao Ministério Público para análise de cabimento do acordo, em razão do novo enquadramento jurídico da

---

62 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC n. 822.947/GO*, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 27/6/2023, DJe de 30/6/2023. Brasília, 2023.

63 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no REsp n. 2.098.985/S*C, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 26/2/2024, DJe de 28/2/2024. Brasília, 2024.

64 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no HC n. 933.284/SC*, relatora Ministra Daniela Teixeira, Quinta Turma, julgado em 15/10/2024, DJe de 12/11/2024.

65 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no HC n. 964.717/SC*, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 26/3/2025, DJEN de 8/4/2025. Brasília, 2025.

66 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no REsp n. 2.062.065/MG*, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 1/10/2024, DJe de 8/10/2024. Brasília, 2024.

67 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *EDcl no AgRg no REsp n. 2.115.686/SP*, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 12/3/2025, DJEN de 18/3/2025. Brasília, 2025.

conduta, que passou a configurar tráfico privilegiado, entendendo que o excesso de acusação não poderia prejudicar o acusado[68].

Em setembro de 2024, o Min. Rogério Schietti Cruz deu provimento a um recurso especial para anular o recebimento da denúncia e determinar a remessa dos autos ao órgão superior do MP para reavaliar motivadamente a recusa no oferecimento do ANPP[69]. Segundo consta no relatório, a imputação da denúncia foi pelo art. 33 da Lei n. 11.343/2006, e o MPSP havia se negado a ofertar o ANPP em razão da natureza hedionda do delito. A defesa requereu a remessa dos autos ao órgão superior do MP, pedido que foi recusado pelo magistrado em razão da apreensão de dois tipos de drogas e de dinheiro. Em sede de alegações finais, o próprio MP requereu a aplicação da minorante do tráfico privilegiado, acolhida em sentença na fração máxima. Comportamento contraditório que nitidamente prejudicou o acusado, inclusive com uma criação de vedação à celebração de ANPP que não existe em lei, e uma recusa injustificada, tanto da não oferta quanto da não remessa ao órgão superior. Caso paradigmático, que demonstra as diversas peculiaridades da cumulação dos dois institutos.

Ainda sobre o tema, mas agora fixando um limite temporal para análise do cabimento do ANPP em casos de tráfico privilegiado, em outubro de 2024, a Min. Daniela Teixeira entendeu que a manifestação do Ministério Público sobre o cabimento do acordo só poderia se dar caso o pedido fosse realizado antes do trânsito em julgado[70], em razão da decisão do STF no HC 185.913, de repercussão geral. No caso concreto do STJ, a defesa impetrou habeas corpus quando o feito já teria transitado em julgado, e com duas manifestações contrárias do MP nos autos, uma antes do recebimento da denúncia e outra após a sentença condenatória.

---

[68] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no HC n. 888.473/SC*, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 4/6/2024, DJe de 6/6/2024. Brasília, 2024.

[69] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n. 2.038.947/SP*, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 17/9/2024, DJe de 23/9/2024. Brasília, 2024.

[70] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *RHC n. 200.831/RS*, relatora Ministra Daniela Teixeira, Quinta Turma, julgado em 22/10/2024, DJe de 12/11/2024. Brasília, 2024.

Como se vê, ainda não há padronização nos entendimentos jurisprudenciais sobre a aplicação do ANPP em casos de tráfico privilegiado. No entanto, o Conselho Nacional de Justiça se posiciona de maneira favorável ao tema, conforme consta no seu relatório "Fortalecendo vias para as alternativas penais: um levantamento nacional da aplicação do Acordo de não Persecução Penal no Brasil", publicado em 2023[71].

3.4 ANPP no tráfico privilegiado na prática: presente e futuro

Para além da divergência jurisprudencial dos casos que chegam aos Tribunais Superiores, que reflete as disparidades no controle judicial de legalidade, regularidade e voluntariedade dos acordos, na prática a questão no primeiro grau tampouco é simples. Há diversos posicionamentos de representantes do Ministério Público em todo o país favoráveis ou contrários ao oferecimento do ANPP em casos de tráfico privilegiado, muitas vezes com fundamento em sua independência e autonomia funcional, o que gera um cenário de insegurança jurídica.

A título de exemplo, o Ministério Público de Minas Gerais possui um guia prático sobre ANPP contendo dois enunciados reconhecendo como legítima a não propositura de ANPP em casos de tráfico de drogas, em razão da insuficiência do instrumento para a reprovação e prevenção do crime, desde que pautada em circunstâncias concretas, e também da necessidade de valoração profunda do acervo probatório para reconhecimento do tráfico privilegiado[72]. No mesmo sentido se posiciona o Ministério Público da Paraíba[73].

---

[71] BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Fortalecendo vias para as alternativas penais* [recurso eletrônico]: um levantamento nacional da aplicação do Acordo de não Persecução Penal no Brasil. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2023. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/09/lancamento-levantamento-anpp-1.pdf Acesso em: 17 nov. 2024.

[72] MINAS GERAIS. Ministério Público de Minas Gerais. Guia prático do acordo de não persecução penal. Belo Horizonte: Caocrim, 2022, p. 25. Disponível em: https://www.mpmg.mp.br/data/files/2F/14/F8/5E/D59A38106192FE28760849A8/-%20Acordo%20de%20nao%20persecucao%20penal.pdf Acesso em: 17 nov. 2024.

[73] PARAÍBA. Ministério Público da Paraíba. Guia prático – perguntas & respostas em sede de ANPP. João Pessoa: Centro de Apoio Operacional Criminal,

Já o Ministério Público de São Paulo alerta para a necessidade de análise dos requisitos subjetivos para formulação do ANPP em casos de tráfico privilegiado. Ademais, a instituição disponibiliza um levantamento de dados sobre ANPPs por tipificação penal[74], no qual consta que foram celebrados 1.144 acordos de não persecução penal no estado de São Paulo em relação a condutas previstas na Lei n. 11.343/2006.

Entretanto, não deve ser assim. Os jurisdicionados não podem ficar sujeitos ao posicionamento individual de cada representante do Ministério Público, que por vezes criam vedações que sequer existem em lei, valendo-se de uma suposta discricionariedade absoluta. É preciso que existam critérios de controle da discricionariedade do Ministério Público[75], exigindo-se fundamentação concreta da recusa do oferecimento do ANPP[76], com fulcro no inciso VIII do art. 129 da CF, para que a decisão não fique apenas embasada em critérios de oportunidade e conveniência, mas também que haja um controle dessa fundamentação. Nesse sentido inclusive já se manifestou o STJ[77].

É também necessário um fortalecimento da defesa técnica em relação aos acordos[78]. Como visto no tópico 2, o ANPP é um negócio

---

2022, p. 04. Disponível em: https://www.mppb.mp.br/images/DOCS/GUIA-PRTICO---Perguntas-e-respostas-em-sede-de-ANPP.pdf Acesso em: 17 nov. 2024.

74 Disponível em: https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiYzdiNTNhODYtOGI0Mi00NmUzLWI3MjUtZTFlMzY5ZmQwNTdlIiwidCI6IjJkYmQ4NDk5LTUwOGQtNGI3Ni1hMzFkLWNhMzljYjNkOGYxZCJ9&pageName=ReportSection00ed77a98d8574155cf1 Acesso em: 17 nov. 2024.

75 LUCCHESI, Guilherme Brenner; OLIVEIRA, Marlus H. Arns de. Sobre a discricionariedade do Ministério Público no ANPP e o seu controle jurisdicional: uma proposta pela legalidade. *Boletim do IBCCrim*, ano 29, v. 344, julho de 2021, p. 26-28, 2021.

76 ROSA, Luísa Walter da; VANZOLINI, Patrícia. O esgotamento da etapa consensual como condição de procedibilidade da ação penal: necessidade de fundamentação da recusa ao oferecimento do ANPP. In: RIBEIRO, Wanessa Fernandes (Org.). *Mulheres da Advocacia Criminal*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2024, v. 3, p. 102-110.

77 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n. 2.038.947/SP*, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 17/9/2024, DJe de 23/9/2024.

78 ROSA, Luísa Walter da. A necessária relação entre liberdade negocial e protagonismo da defesa nos acordos penais. *Boletim do IBCCrim*, v. 354, p. 26-28,

jurídico firmado a partir do preenchimento dos requisitos legais e da vontade das partes que, no entanto, coloca acusação e defesa numa posição de colaboração, ao invés de embate, cenário comum no processo penal tradicional. E isso exige não só uma mudança de mentalidade das partes como uma necessidade de capacitação dos operadores em negociação.

A Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas (ABRACRIM) disponibilizou em 2024 um manual de negociação do acordo de não persecução penal, com orientações gerais à advocacia sobre aspectos procedimentais e eventuais dilemas na negociação, que contém um tópico específico sobre ANPP em tráfico privilegiado, incentivando a celebração do acordo nesses casos[79]. A iniciativa contribui com a capacitação da defesa, mas ainda existem desafios, tanto para a advocacia privada, e mais ainda quando se fala na Defensoria Pública, questão que não pode ser ignorada pois, conforme dados contidos no relatório do IPEA, em 68,6% das audiências de custódia realizadas em casos de tráfico de drogas houve atuação da Defensoria ou nomeação de advogados(as) dativos(as).

Por último, com base nos dados aqui analisados, pode se projetar uma grande repercussão da celebração de acordos de não persecução penal em casos de tráfico privilegiado nos números de pessoas encarceradas por tráfico no Brasil, principalmente presos provisórios.

Retomando alguns números, 91% dos réus acusados por tráfico estiveram presos em algum momento entre a data do crime e da sentença, sendo que 51% permaneceram preso até a sentença. Em 44,9% dos casos a causa de diminuição de pena do tráfico privilegiado foi reconhecida em sede de sentença. 54,1% dos casos contêm confissões – requisito do ANPP, entre aquelas exaradas pelos acusados na fase policial e judicial. E diante do posicionamento do STF permitindo a celebração de ANPPs em ações penais em curso, até antes do trânsito em julgado, independentemente

2022. VALENÇA, Manuela A.; SANTOS, Vitória C. G.; SALES, Felipe J. A. V. Acordo de não persecução penal e controle de voluntariedade e legalidade: o papel da defesa técnica e do controle judicial na evitação de erros e injustiças. *Boletim do IBCCRIM*, v. 32, n. 381, p. 31–34, 2024.

79 ABRACRIM. Comissão Nacional de Justiça Penal Negocial da ABRACRIM. *Manual de negociação do acordo de não persecução penal*. Luísa Walter da Rosa (coord.). São Paulo: Tirant lo Blanch, 2024. Disponível em: https://editorial.tirant.com/free_ebooks/E000020005847.pdf

da existência prévia de confissão, muitos dos argumentos contrários assinalados pelo STJ para vedar o ANPP nos casos de tráfico privilegiado caem por terra.

Logo, há como se pensar na negociação de acordos de não persecução penal no tráfico privilegiado como uma alternativa ao encarceramento em massa, conforme já ressaltado em decisão do STJ[80]. Que já existe na prática, mas carece de incentivo e padronização maiores. Quiçá pensando-se na inclusão da análise de cabimento do ANPP em mutirões carcerários, principalmente ao se relembrar o dado que 68,6% das defesas realizadas nas audiências de custódia por prisões em flagrante por tráfico de drogas se deram com atuação da Defensoria Pública ou dativa.

E também no maior controle da atuação do Ministério Público, tanto para evitar excessos nas imputações das denúncias que levam pessoas a responderem processos presas para só ao final terem reconhecidas a minorante do tráfico privilegiado, quanto na fundamentação da recusa de oferecimento do acordo. É preciso antecipar a análise probabilística do tráfico privilegiado para o oferecimento da denúncia e não só na sentença, sob pena de violações irreparáveis de direitos humanos, num contexto de guerra às drogas que vem se mostrando ineficaz.

Considerações Finais

A política criminal de drogas atual no Brasil pode ser considerada um exemplo de estratégia de direito penal do inimigo. Antecipação da punição, altas penas, supressão de garantias ditam a tônica de um cenário que encarcera usuários e pequenos traficantes, homens, negros, jovens, com baixa escolaridade, desprovidos de condições financeiras e à mercê das consequências da desigualdade social e do racismo. A meta era encarcerar os responsáveis pelo mercado ilícito de venda e consumo de

[80] "Sob um enfoque mais amplo, o instituto surge como valiosa alternativa ao problema do encarceramento em massa já que o Supremo Tribunal Federal (ADPF n. 347) reconheceu o estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário brasileiro." BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no HC n. 895.165/SP*, relatora Ministra Daniela Teixeira, Quinta Turma, julgado em 6/8/2024, DJe de 9/8/2024. Brasília, 2024.

drogas – os inimigos almejados pela legislação, mas na realidade o resultado foi o encarceramento em massa, conforme demonstrou o relatório do IPEA publicado em 2023.

É possível afirmar que o ideal proibicionista e encarcerador da guerra às drogas falhou no Brasil, o que motivou a necessidade de se pensar em alternativas ao encarceramento como a aplicação da figura do tráfico privilegiado, que, ao reduzir a pena, permite a substituição da privação de liberdade por restrição de direitos.

No entanto, qualquer medida alternativa à privação da liberdade em casos de tráfico de drogas não encontra grande receptividade, em geral, pelos operadores do Direito e pela própria sociedade. Contudo, os caminhos tradicionais de enfrentamento não têm funcionado, razão pela qual urge a adoção de novas estratégias.

Para tanto, neste trabalho pretendeu-se responder se a celebração de acordos de não persecução penal em casos de tráfico privilegiado seria uma possibilidade de política alternativa não encarceradora no enfrentamento às drogas no Brasil? Em caso positivo, carece de uma uniformização na sua aplicação prática?

A possibilidade de celebração de acordo de não persecução penal nos casos de tráfico privilegiado é uma opção, já aplicada na prática, mas não de maneira uniforme, nem mesmo pelas orientações institucionais do Ministério Público ou pelo reconhecimento por parte da jurisprudência.

Diante do alto número de casos em que a causa de diminuição é reconhecida na prática e poderia gerar a aplicação do acordo – 44,9%; do fato de 31% da população carcerária ser oriunda do tráfico de drogas, sendo que 1 a cada 4 presos são provisórios; 91% dos réus acusados de tráfico estiveram presos em algum momento entre o crime e a sentença; e tendo agora o STF reconhecido a aplicabilidade do ANPP em ações penais em curso quando da entrada em vigor do Pacote Anticrime, a questão precisa ser encarada com seriedade e de maneira homogênea.

O controle da discricionariedade do Ministério Público na oferta e recusa do acordo precisa ser melhor instrumentalizado, assim como o filtro dos casos em andamento para saber se a causa de aumento seria possivelmente aplicada, sem ter que aguardar a sentença, o que viabilizaria a celebração do acordo.

Em suma, falar de política de drogas exige um esforço interdisciplinar, coletivo e amparado em dados concretos: qualificação do debate; melhoria do sistema de saúde pública no que toca ao tratamento da drogadição; utilização de medidas menos encarceradoras; incremento da investigação criminal, com modernização de perícias e capacitação de profissionais; e articulação nacional das instituições de segurança pública, justiça, inteligência financeira, setor privado, incluindo cooperação internacional, focado tanto no combate ao crime organizado e narcotráfico, quanto na garantia e respeito aos direitos humanos de todos os envolvidos.

Referências

ALEXANDER, Michelle. *The New Jim Crow*: mass incarceration in the age of colorblindness. Nova York, Londres: The New Press, 2020. https://doi.org/10.2307/jj.26193249

ALMEIDA, Silvio. *Racismo estrutural*. São Paulo: Pólen Livros, 2019.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 10. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

BATISTA, Vera Malaguti. *Difíceis ganhos fáceis*: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BORGES, Juliana. *Encarceramento em massa*. São Paulo: Pólen Livros, 2019.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Manual do acordo de não persecução penal*. 5ª ed., atual., rev. ampl. São Paulo: Juspodivm, 2023.

CARVALHO, Salo de. Política de guerra às drogas na América Latina: entre o direito penal do inimigo e o estado de exceção permanente. *Revista Crítica Jurídica*, v. 25, p. 253-267, jul/dez 2006.

CAVALI, Marcelo Costenaro; BALDINI, Alessandra Gomes F.; COSTA, Leonardo P. Santos. A falência da política de repressão às drogas no Brasil. *Revista Consultor Jurídico*, 2 de maio de 2024. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2024-mai-02/a-falencia-da-politica-de-repressao-as-drogas-no-brasil/#_ftn1 Acesso em: 16 nov. 2024.

CERVINI, Raul. Derecho penal del enemigo y dignidad de la persona humana. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, v. 8., n. 46, p. 104-122, jan./mar. 2012.

CRESPO, Eduardo Demetrio. Del derecho penal liberal al derecho penal del enemigo. *Revista de Derecho Penal y Criminologia*, 2ª época, 14, 2004.

CUNEO, Silvio; OXMAN, Nicolás. Origin and consequences of the war on drugs. From the United States to Andean countries. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. V. 11, n. 1, abr. 2021, p. 451-469. https://doi.org/10.5102/rbpp.v11i1.6960

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *18º Anuário Brasileiro de Segurança Pública*. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 202, p. 18. Disponível em: https://publicacoes.forumseguranca.org.br/handle/123456789/253 Acesso em: 07 out. 2024.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Perfil do processado e produção de provas nas ações criminais por tráfico de drogas:* relatório analítico nacional dos tribunais estaduais de justiça comum. Brasília, DF: Ipea, 2023. https://doi.org/10.38116/ri221151

JAKOBS, Günther ¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad. In: JAKOBS, Günther; POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Las condiciones de juridicidad del sistema penal*: derecho penal del enemigo y concepto jurídico-penal de acción en una perspectiva funcionalista. Lima: Grijley, 2007. p. 20-44.

JAKOBS, Günther. Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo. In: JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Civitas, 2003. https://doi.org/10.2307/j.ctv31zqfd4.5

KARAM, Maria Lúcia. *Legalização das drogas*. São Paulo: Estúdio Editores.com, 2015.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LUCCHESI, Guilherme Brenner; OLIVEIRA, Marlus H. Arns de. Sobre a discricionariedade do Ministério Público no ANPP e o seu controle jurisdicional: uma proposta pela legalidade. *Boletim do IBCCrim*, ano 29, v. 344, julho de 2021, p. 26-28, 2021.

MARTIN, Victor Gomez. Sobre la distinción entre Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo en la concepción de Günther Jakobs. In: MELIÁ, Manuel Cancio; DIEZ, Carlos Gómez-Jara (coord..). *Derecho penal del enemigo*: el discurso penal de la exclusión. Buenos Aires: Edisofer, 2006, p. 1003-1050.

MASSON, Cleber. *Lei de drogas*: aspectos penais e processuais. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2019.

MELIÁ, Manuel Câncio ¿Derecho penal del enemigo? In: JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Civitas, 2003, p. 57-102. https://doi.org/10.2307/j.ctv31zqfd4

MELIÁ, Manuel Câncio. De nuevo: ¿"Derecho penal" del enemigo? In: MELIÁ, Manuel Cancio; DIEZ, Carlos Gómez-Jara (coord..). *Derecho penal del enemigo*: el discurso penal de la exclusión. Buenos Aires: Edisofer, 2006, p. 341-382.

MENDES, Tiago Bunning; LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Lei anticrime*: a (re) forma penal e a aproximação de um sistema acusatório? São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

MORAIS DA ROSA, Alexandre; ROSA, Luísa Walter da; BERMUDEZ, André Luiz. *Como negociar o acordo de não persecução penal*: limites e possibilidades. Florianópolis: Emais, 2021.

PIAGGIO, Alvaro; VIDWANS, Prachi. *The cost and consequences of the war on drugs report*. New York: Human Rights Foundation, 2019.

PILATI, Rachel Cardoso. *Direito penal do inimigo e política de drogas no Brasil*: discussão de modelos alternativos. Dissertação (Mestrado em Direito) – UFSC, Florianópolis, 2011.

ROSA, Luísa Walter da; VANZOLINI, Patrícia. O esgotamento da etapa consensual como condição de procedibilidade da ação penal: necessidade de fundamentação da recusa ao oferecimento do ANPP. In: RIBEIRO, Wanessa Fernandes (Org.). *Mulheres da Advocacia Criminal*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2024, v. 3, p. 102-110.

ROSA, Luísa Walter da. A necessária relação entre liberdade negocial e protagonismo da defesa nos acordos penais. *Boletim do IBCCrim*, v. 354, p. 26-28, 2022.

ROSA, Luísa Walter da. Conjunto de dados de "Acordo de não persecução penal no tráfico privilegiado: uma alternativa às altas taxas de encarceramento na política de drogas brasileira". *SciELO Data*, V1, 2025. https://doi.org/10.48331/scielodata.OQLT5I

SEMER, Marcelo. *Sentenciando tráfico*: pânico moral e estado de negação formatando o papel dos juízes no grande encarceramento. Tese (Doutorado em Direito Penal e Criminologia) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019. https://doi.org/10.11606/t.2.2019.tde-21082020-032044

VALOIS, Luís Carlos. *O direito penal de guerra às drogas*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

VALENÇA, Manuela A.; SANTOS, Vitória C. G.; SALES, Felipe J. A. V. Acordo de não persecução penal e controle de voluntariedade e legalidade: o papel da defesa técnica e do controle judicial na evitação de erros e injustiças. *Boletim do IBCCRIM*, v. 32, n. 381, p. 31–34, 2024.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Acordo de não persecução penal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

WUNDERLICH, Alexandre; [et al]. *Acordo de não persecução penal e colaboração premiada*: após a Lei Anticrime. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022.

Authorship information

Luísa Walter da Rosa. Doutoranda em Processo Penal na USP. Mestra em Direito do Estado, com enfoque em Processo Penal na UFPR. Pós-graduada em Direito Penal Econômico pela PUC Minas e em Direito Penal e Criminologia pela PUC-RS. Vice-presidente da Comissão Nacional de Justiça Penal Negocial da ABRACRIM. Advogada. luisawdarosa@gmail.com

Additional information and author's declarations (*scientific integrity*)

Conflict of interest declaration: the author confirms that there are no conflicts of interest in conducting this research and writing this article.

Declaration of authorship: all and only researchers who comply with the authorship requirements of this article are listed as authors; all coauthors are fully responsible for this work in its entirety.

Declaration of originality: the author assures that the text here published has not been previously published in any other resource and that future republication will only take place with the express indication of the reference of this original publication; she also attests that there is no third party plagiarism or self-plagiarism.

Data Availability Statement: In compliance with open science policies, the dataset of this article is available in an open repository at the following link: ROSA, Luísa Walter da. Conjunto de dados de "Acordo de não persecução penal no tráfico privilegiado: uma alternativa às altas taxas de encarceramento na política de drogas brasileira". *SciELO Data*, V1, 2025. https://doi.org/10.48331/scielodata.OQLT5I

Editorial process dates (https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/about)

- Submission: 28/02/2025
- Desk review and plagiarism check: 10/03/2025
- Correction round return 1: 14/04/2025
- Review 1: 18/05/2025
- Review 2: 20/05/2025
- Preliminary editorial decision: 11/06/2025
- Correction round return 2: 03/07/2025
- Final editorial decision: 04/07/2025

Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Reviewers: 2

How to cite (ABNT Brazil):

ROSA, Luísa Walter da. Acordo de não persecução penal no tráfico privilegiado: uma alternativa às altas taxas de encarceramento na política de drogas brasileira. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 11, n. 2, e1179, mai./ago. 2025. https://doi.org/10.22197/rbdpp.v11i2.1179

License Creative Commons Attribution 4.0 International.

El comiso sin condena en el ordenamiento jurídico chileno: un análisis de su naturaleza desde una perspectiva sustantiva y procesal

Non-conviction-based confiscation in the Chilean legal system: an analysis of its nature from a substantive and procedural perspective

Tamara Saldaña González[1]
Pesquisadora independente, Santiago, Chile
tasaldanag@gmail.com
https://orcid.org/0009-0000-0772-3680

Resumen: Diversas medidas han sido introducidas al ordenamiento jurídico chileno con la finalidad de desincentivar la criminalidad lucrativa. Dentro de ellas cobra relevancia el comiso, y especialmente su variante de comiso sin condena, incorporada al derecho chileno a través de la ley 21.577, que fortalece la persecución del crimen organizado y robustece la figura del comiso. El presente artículo busca realizar un estudio dogmático de esta última figura, analizando especialmente su naturaleza jurídica, concluyendo que se trata de una medida sui generis, accesoria a la existencia de un ilícito, en cuyo análisis deben considerarse no solo elementos de carácter penal, sino también procesales y civiles, instaurándose como una figura trascendental para combatir la criminalidad organizada y económica.

Palabras clave: comiso; comiso sin condena; ganancias; enriquecimiento ilícito.

Abstract: *In Chilean law, various measures have been introduced to discourage profit-driven crime. Among these, particular relevance is given to confiscation, especially non-conviction-based variant, which was incorporated into the legal*

[1] Abogada de la Universidad de Concepción, Chile. Magister en Derecho Penal Universidad de Talca, Chile. Estudiante de Doctorado Universidad Diego Portales, Chile.

system through Law 21.577, that strengthens the prosecution of organized crime while reinforcing the confiscation mechanism. In this article, a dogmatic study of this measure is conducted, with a focus on its legal nature. It is concluded that the measure constitutes a sui generis mechanism, accessory to the existence of a crime, where elements of criminal, procedural, and civil law must be considered. As a result, it is established as a pivotal tool in combating organized and economic crime.

Key words: *confiscation; non-conviction-based confiscation; profits; illicit enrichment.*

Contenido: Introducción; 1. Evolución del Comiso en la legislación chilena; 1.1. El comiso como pena accesoria en el Código Penal chileno; 1.2. Modificaciones introducidas a la pena de Comiso a través de leyes especiales; 1.3. Modificaciones introducidas al Código Penal por la ley 21.577; 2. Comiso de ganancias sin condena previa; 3. Naturaleza Jurídica del comiso sin condena previa o existiendo sentencia absolutoria; 4. Debido proceso en materia penal y comiso sin condena; 4.1. Aspectos sustantivos; 4.2. Aspectos procesales; 5. Procedimiento relativo a la imposición del comiso sin condena previa; 5.1. Aspectos probatorios del comiso sin condena; 5.2. Indicios fundados y objetivos; Consideraciones finales.

Introducción

Los avances tecnológicos y la universalización de las comunicaciones han traído como consecuencia diversos efectos positivos y negativos en la sociedad. Dentro de estos últimos cobra relevancia el crimen organizado, también considerado como "la manifestación más evidente de la nueva criminalidad propia de la globalización."[2] Tomando esta idea como base, la doctrina ha apuntado hacia el comiso de ganancias de la organización delictiva o del delincuente económico, como una

[2] CARNEVALI, Raúl: "*La criminalidad organizada. Una aproximación al Derecho Penal Italiano, en particular la responsabilidad de las personas jurídicas y la confiscación*". En: Revista Ius Et Praxis (Año 16, Nº2), 2010, p. 275.

poderosa herramienta para combatir esta especie de criminalidad.[3] Tal institución buscaría restaurar el estado de las cosas al momento previo a la comisión del delito.[4]

Por lo anterior, durante el año 2023, se promulgó en Chile nueva normativa tendiente a modificar la figura de comiso, la cual, hasta entonces, había mantenido su calidad de pena accesoria. En este marco, la ley 21.577 incorporó nuevas modalidades de comiso, siendo relevante la posibilidad que se otorga al órgano persecutor de solicitar el comiso de ganancias obtenidas a partir de un hecho ilícito, aun cuando no exista sentencia condenatoria, o el proceso haya terminado con la dictación de una sentencia absolutoria.

Esta última figura ha llamado particularmente la atención de la doctrina comparada y ha sido objeto de arduas discusiones, principalmente para determinar su naturaleza jurídica y establecer si tal figura es o no compatible con los derechos fundamentales que han de observarse en el proceso criminal. Asimismo, han surgido controversias acerca de los posibles problemas procesales y probatorios que se podrían originar al solicitar este tipo de medida.

El objetivo general de esta contribución es abordar estas problemáticas de una manera integral, analizando la nueva variante del comiso sin condena. Para ello, se describirá brevemente la evolución de la materia en el derecho chileno, para luego realizar un examen dogmático de las modificaciones legislativas incorporadas al ordenamiento jurídico del mismo país, con detención en la figura del comiso sin condena contemplado en el artículo 294 bis del Código Penal y 41 de la ley de delitos económicos, a fin de determinar cuál es su naturaleza jurídica y si este es o no compatible con los principios generales del debido proceso,

---

[3] Sobre la utilidad del comiso sin condena previa, se ha señalado: "impedir que los fondos obtenidos ilegalmente sean retenidos y utilizados por el individuo corrupto, también impide invertir esos fondos en lograr influencia política y económica en sus sociedades (...) En general, impedir la entrada de fondos mal habidos a la economía formal, se considera esencial para garantizar su integridad" (traducción del autor) FRANCE, Guilherme: "*Non-conviction-based confiscation as an alternative tool to assets recovery*" (2022), p. 4,

[4] HASBUN, Cristóbal: "*El comiso penal en la legislación estadounidense como horizonte comparativo frente al proyecto de nuevo Código Penal*". En: Revista Ius et Praxis (Año 24, Nº3), 2018, p. 422.

revisando finalmente los posibles problemas procesales que podría traer consigo esta institución.[5]

Todo esto nos llevará a concluir que el comiso sin condena previa se erige actualmente como una medida sui generis, que depende de la existencia de un delito, en el que intervienen algunos aspectos civiles, y que, consiguientemente, no se entendería sometida a algunos de los principios generales que usualmente resultan insoslayables en el proceso penal. Lo anterior lo convertiría en una importante medida que permitirá a los operadores del sistema de justicia hacer frente al fenómeno de la criminalidad organizada y económica.

1. Evolución del Comiso en la legislación chilena

1.1. El Comiso como pena accesoria en el Código Penal chileno.

El Código Penal chileno de 1874 incorporó el comiso en su artículo 31, el cual señalaba que: "Toda pena que se imponga por un crimen o un simple delito, lleva consigo la pérdida de los efectos que de él provengan y de los instrumentos con que se ejecutó, a menos que pertenezcan a un tercero no responsable del crimen o simple delito."

Del tenor literal de esta disposición es posible inferir que el Comiso era concebido como una pena accesoria, es decir, "aquellas cuya aplicación acompaña necesariamente la imposición de la pena principal."[6] Así lo señalaba también la doctrina mayoritaria en nuestro país.[7]

---

[5] Este análisis se realiza desde una perspectiva completamente teórica, ya que a la fecha de elaboración de este trabajo no existe ninguna sentencia en que se haya aplicado esta figura.

[6] POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia. *Lecciones de derecho penal chileno. Parte general*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2003, p. 472.

[7] ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal Parte General*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1999, p. 172; CURY, Enrique. *Derecho Penal Parte General. Vol. I. Undécima edición actualizada*. Santiago: Ediciones UC, 2020, p. 703; GARRIDO, Mario. *Derecho Penal. Parte General tomo I*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 300.

Aunque el artículo 31 del Código Penal no la identificaba expresamente como tal, una interpretación armónica del Código Penal no podría sino haber llevado a la misma conclusión, toda vez que artículo 21 se refería a ella como una pena común a los crímenes, simples delitos y faltas. Dicha pena era además pecuniaria, esto es, de aquellas que afectan el patrimonio del condenado,[8] instalada en razón de un sistema de responsabilidad penal individual, esto es, "el autor del delito poseyendo 'su' patrimonio."[9]

No quedaba claro, además, si nuestro ordenamiento jurídico contemplaba o no el comiso de ganancias, pues la disposición original solo hacía referencia a los efectos e instrumentos del delito. La mayor parte de la doctrina en nuestro país sostenía que tal medida se limitaba a los *producta sceleris* o efectos, esto es, las cosas efectivamente producidas por la acción criminal; mientras que una limitada jurisprudencia consideró factible dar una interpretación extensiva al antiguo artículo 31, entendiendo "efectos" como comprensivo de "ganancias"[10]

De lo anteriormente expuesto es posible colegir que, previo a las reformas introducidas en el año 2023, el comiso se configuraba como una sanción accesoria, que requería necesariamente de la imposición de una pena principal para poder ser aplicada, siendo además una institución de efectos limitados, cuyo campo de aplicación giraba sobre el eje de la responsabilidad penal individual, sin considerar la posibilidad de actuaciones grupales o de terceros, que permitía solo la incautación de efectos e instrumentos del delito.

1.2. Modificaciones introducidas a la pena de Comiso a través de leyes especiales.

A lo largo de su historia legislativa, el comiso no experimentó mayores enmiendas en el Código Penal chileno. No obstante, algunas

---

[8] CURY, Enrique. *Derecho Penal Parte General. Vol. I. Undécima edición actualizada*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2020, p. 750.

[9] ANANÍAS, Ignacio. "*El comiso de ganancias*". En: Revista Estudios de la Justicia (Nº 21), 2014, p. 154.

[10] ANANÍAS, Ignacio: "*El comiso de ganancias*". En: Revista estudios de la Justicia (21). 2014, pp. 183-185.

modificaciones fueron introducidas al ordenamiento jurídico, ampliando el alcance de esta figura respecto de ciertos delitos tipificados en leyes especiales.

Tal es el caso de la ley 19.913 sobre lavado y blanqueo de activos, cuerpo legal que entró en vigencia en el año 2003, y que en lo relativo al comiso incorporaba una novedad, pues en su artículo 37, permitía decomisar al autor de dichos delitos bienes de valor equivalente, en todos aquellos casos en que no fuese posible la incautación o la imposición de una medida cautelar real sobre los bienes empleados para cometer un delito, o los efectos obtenidos de los mismos.

Por su parte, la ley 20.393 agregó también novedosas modificaciones a la regulación del comiso como sanción para los delitos cometidos por las personas jurídicas. Dicha normativa se refería expresamente al comiso como una pena accesoria, mas permitía decomisar mucho más que efectos del delito e instrumentos empleados para su comisión. Así, el artículo 13 Nº2 de dicha ley permitía el comiso de "El producto del delito y demás bienes, efectos, objetos, documentos, instrumentos, dineros o valores del mismo"[11] para luego agregar la posibilidad de decomisar una suma de dinero equivalente a su valor, así como también los frutos obtenidos de la comisión del hecho ilícito, siendo esta regulación manifiestamente más amplia que la prevista por el Código Penal de la época.

A pesar de los avances significativos introducidos por las leyes especiales, estas regulaciones intermedias presentaban limitaciones importantes.

En cuanto a su alcance, si bien ampliaron la posibilidad de confiscar bienes de valor equivalente y frutos del delito, su aplicación seguía circunscrita a contextos específicos, como el delito de lavado de activos o las sanciones aplicables a personas jurídicas. Esta naturaleza fragmentaria dificultó su efectividad como herramienta integral para combatir la comisión de delitos en general.

Del mismo modo, la conceptualización del comiso como pena accesoria restringió su aplicación a contextos donde existía condena previa, lo que impedía abordar escenarios en los que la persecución penal

[11] Art. 13 Nº 2 ley 20.393, modificado en 2023 por la ley 21.595.

resultaba inviable, como aquellos casos en los que el detentador de las ganancias obra sin culpabilidad.

La Ley 21.577 vino a superar estas limitaciones al incorporar modalidades autónomas de comiso, permitiendo abordar de manera más amplia los desafíos impuestos por la criminalidad lucrativa. Todo ello se analiza en los siguientes apartados.

1.3. Modificaciones al Código Penal incorporadas por la ley 21.577

En junio del año 2023, se modifica la figura de Comiso contemplada en el Código Penal chileno, a través de la ley 21.577, que "fortalece la persecución de los delitos de delincuencia organizada, establece técnicas para su investigación y robustece el comiso de ganancias". Este cuerpo legal viene a transformar completamente la estructura normativa que la figura en estudio había tenido hasta entonces, mutando en primer lugar su naturaleza jurídica, pues como se señaló, esta había sido considerada históricamente como una pena accesoria en tal cuerpo normativo.

Asimismo, el nuevo artículo 24 bis, incorporado por la misma ley al Código Penal nos indica expresamente qué debe entenderse por comiso de ganancias,[12] indicando además que toda sentencia condenatoria en materia criminal, lleva consigo el comiso de las ganancias provenientes del delito, cuando las hubiere. La mencionada disposición extiende el comiso de ganancias no solamente a los efectos del delito o los instrumentos empleados para su comisión, como lo hacía el antiguo artículo 31, sino que expresamente incorpora como bienes susceptibles de ablación las utilidades y frutos de cualquier naturaleza, provenientes del delito, así como el equivalente a los costos evitados mediante el hecho ilícito.

Sin embargo, la principal novedad que introduce esta ley es que incorpora al ordenamiento jurídico chileno distintos tipos de comiso aplicables, no solo cuando ha existido sentencia condenatoria. Tales figuras

[12] De acuerdo al artículo 24 bis del Código Penal Chileno: "Por el comiso de ganancias se priva a una persona de activos patrimoniales cuyo valor corresponda a la cuantía de las ganancias obtenidas a través del delito, o bien para o por perpetrarlo. Lo obtenido en virtud de lo señalado precedentemente será transferido al Fisco."

son: el comiso de bienes pertenecientes a terceros que no han intervenido en la perpetración del ilícito (art. 24 ter Código Penal), el comiso de instrumentos y objetos especialmente aptos para la perpetración del delito (cuyo texto sustituye el antiguo art. 31 del Código Penal, agregándose además un artículo 31 bis), el comiso de los efectos del delito (art. 31 ter Código Penal), el comiso de valor equivalente (nuevo art. 48 del Código Penal), y finalmente el comiso de ganancias sin condena previa, regulado a propósito de la organización delictiva en el nuevo artículo 294 bis del Código Punitivo.

Además, esta normativa modifica el Código Procesal Penal chileno, agregando en el libro IV, el título III bis, el cual se refiere al procedimiento relativo a la imposición del comiso sin condena, cuyas particularidades procesales ya analizaremos.

En la misma línea, la ley 21.595 sobre Delitos Económicos, promulgada en agosto de 2023, en su artículo 41, contempla también algunas hipótesis en que es posible decomisar sin necesidad de que exista condena previa, o aun existiendo sentencia absolutoria.

A continuación, analizaremos con mayor profundidad la figura de comiso de ganancias sin condena previa, al ser en esta última figura en la que se centra la hipótesis de nuestra investigación, pues representa una importante innovación para cualquier ordenamiento jurídico el poder requisar bienes provenientes de ilícitos bajo ciertos supuestos, sin que haya que acreditar la culpabilidad del autor y presunto dueño de dichos bienes.

2. Comiso de ganancias sin condena previa.

El comiso de ganancias sin condena previa[13] consiste en aquella figura que permite detraer las ganancias ilícitas derivadas de un delito cuyo enjuiciamiento, a través del proceso penal, no ha sido posible por determinadas circunstancias.[14] Es decir, se trata de una figura aplicable cuando se ha constatado la comisión de un hecho típico y antijurídico,

[13] MARTINEZ, Walkiria, CORREA. "*Comentarios en torno al comiso sin condena y su aplicación en Panamá*". En: Sapientia (Vol. 14, Nº2), p. 64.

[14] CASTELLVÍ, Carlos. Decomisar sin castigar. Utilidad y legitimidad del decomiso de ganancias. Barcelona: Editorial Universitat de Barcelona. 2019, p. 7.

y no se dicte sentencia por los motivos que señala la ley, o bien, se dicte sentencia absolutoria respecto de los imputados.

Tanto el artículo 294 bis del actual Código Penal chileno, como el artículo 41 de la ley sobre delitos económicos, introducen la figura de Comiso de ganancias sin condena previa, el cual tiene lugar, en ambos casos: (1) cuando se dicte el sobreseimiento temporal fundado en los artículos 250 letras b) y c) del Código Procesal Penal, esto es, cuando el imputado fuese declarado rebelde o cayere en enajenación mental; (2) cuando el Tribunal no ha adquirido convicción, más allá de toda duda razonable, sobre la participación del imputado en el hecho punible; (3) cuando concurren circunstancias eximentes de responsabilidad penal que no excluyan la ilicitud del hecho, como anomalía o alteración psíquica[15], equivalente en el ordenamiento jurídico chileno a la locura o demencia; y (4) cuando se pronuncia el sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria, fundada en un hecho que ponga fin a la responsabilidad penal conforme a la ley, como la muerte del imputado.[16]

De lo expuesto, es posible observar que esta modalidad del comiso no es de aplicación general, sino que se circunscribe únicamente a las ganancias obtenidas por una asociación delictiva o criminal, o a aquellas provenientes de delitos económicos.

Esto último encuentra su fundamento en que, lo que se busca evitar, es que la empresa u asociación ilícita tenga una forma de subsistencia o sostenimiento[17], desincentivando de esta manera el ánimo lucrativo que existe tras el crimen organizado y la delincuencia económica.

Habiendo descrito en términos generales la regulación del comiso de ganancias sin condena, muchos cuestionamientos surgen en torno a su legitimidad. Principalmente: ¿Cómo es posible decomisar las ganancias del delito en estas circunstancias?

---

[15] FARTO, Tomás. El proceso del decomiso autónomo. Barcelona: Editorial Tirant Lo blanch. 2020, p. 9.

[16] BREWER – CARIAS, Allan. "*Confiscación, comiso y extinción de dominio*". En: Revista de Derecho Público, (Nº 173-174). 2023, p. 9.

[17] MARTINEZ, Walkiria; CORREA, José. "*Comentarios en torno al comiso sin condena y su aplicación en Panamá*". En: Sapientia (Vol. 14, Nº2). 2023. p. 63.

Esta interrogante ha sido respondida por la doctrina señalando que la utilidad del comiso sin condena radica precisamente en las condiciones que permiten su aplicación, esto es, "aquellos supuestos en que el sujeto no ha actuado de forma personalmente imputable, sin culpabilidad."[18]

En la misma línea, y de acuerdo al artículo 20 del Código Penal, el comiso de ganancias, en cualquiera de sus variantes, no se reputa pena, y por ende no queda afecto al principio de culpabilidad como sí lo haría una medida punitiva en sentido estricto. Sobre este punto volveremos al tratar la naturaleza jurídica de la figura en estudio.

No obstante, para que sea procedente la imposición del comiso sin condena previa, se ha exigido por la doctrina comparada, que el sujeto haya sido al menos formalmente enjuiciado o acusado en un proceso principal, y que hubiesen existido indicios racionales de criminalidad, cuando las circunstancias enumeradas en la ley hubieran impedido la continuación del procedimiento penal.[19]

Es por lo anterior que la ley 21.577 incorpora al Código Procesal Penal un procedimiento especial relativo a la imposición del comiso sin condena previa, el cual debe tramitarse ante el mismo tribunal que conoció del juicio respectivo, y debe iniciarse a través de un requerimiento del querellante o del Ministerio Público, debiendo estos haber incautado o asegurado los bienes o ganancias cuyo comiso se pretende.

Dicho procedimiento, a fin de garantizar la tutela judicial efectiva, comprende además una audiencia en la que se puede rendir prueba, rigiendo para tales efectos el principio de libertad probatoria. Finalmente, las disposiciones comprendidas en este nuevo título, señalan que el Tribunal debe apreciar la prueba rendida en esta audiencia con arreglo a las normas de la prueba preponderante, "estándar probatorio generalmente

---

[18] CASTELLVÍ, Carlos. Decomisar sin castigar. Utilidad y legitimidad del decomiso de ganancias. Barcelona: Editorial Universitat de Barcelona. 2019, p.19

[19] CARRILLO, Ana. "*La directiva 2014/42/UE sobre el embargo y decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la UE: Decomiso ampliado y presunción de inocencia*". En: Revista de Estudios Europeos (Nº extraordinario monográfico 1). 2017, p. 25.

previsto para causas civiles"[20], distinto al de la duda razonable que rige en los procesos penales chilenos.

3. Naturaleza Jurídica del Comiso sin condena previa o existiendo sentencia absolutoria

Con las modificaciones ya mencionadas, ha quedado de manifiesto que el comiso ha dejado de ser una pena accesoria, para convertirse en una figura susceptible de ser aplicada de manera autónoma, sin necesidad de que se imponga al responsable una pena principal.

Lo anterior es ratificado por el artículo 20 del Código Penal chileno, cuyo texto afirma que "Tampoco se reputa pena el comiso de ganancias provenientes del delito, ni cualquier forma de comiso sin condena prevista por la ley."[21]

En la misma línea, se ha indicado que esta institución no tendría naturaleza sancionatoria, por cuanto se limita a distraer beneficios ilegítimos provenientes del delito. Por consiguiente, no impondría un castigo al dueño de los bienes decomisados, y tampoco tendría naturaleza aflictiva.[22]

Una parte de la doctrina ha indicado que el comiso sin condena sería en realidad un acto administrativo expropiatorio[23], por cuanto "permite el traslado de bienes relacionados con el delito a la esfera de titularidad del Estado."[24] No es plausible sostener esta naturaleza, pues para que exista expropiación es necesario que el detentador de las ganancias haya adquirido legítimamente el derecho de propiedad sobre ellas,

---

[20] CARNEVALI, Raúl; CASTILLO, Ignacio. "*El estándar de convicción de la duda razonable en el proceso penal chileno, en particular la relevancia del voto disidente*". En: Revista Ius Et Praxis (Año 17, Nº2). 2011, p. 101.

[21] Artículo 20 Código Penal Chileno.

[22] CASTELLVÍ, Carlos. Decomisar sin castigar. Utilidad y legitimidad del decomiso de ganancias. Barcelona: Editorial Universitat de Barcelona. 2019, p. 20.

[23] RODRÍGUEZ, Daniel. "*El decomiso de terceros de mala fe (art. 127 quater CP) como piedra de toque: naturaleza del decomiso y solapamiento con la autoría de ciertos delitos*". En: Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología (Nº 24-21), p. 18.

[24] GARCÍA, Percy. "*El decomiso de bienes relacionados con el delito en la legislación peruana*", en: Revista de Derecho PUCP (Nº81) (2018), p. 114.

circunstancia que no se configura tratándose de bienes provenientes de actividades ilícitas, pues "aunque el bien se encuentre fácticamente en la esfera de disposición del autor del delito, este no sería de su propiedad."[25]

Por otro lado, hay quienes sostienen que el comiso sin condena sería una institución proveniente del Derecho Civil, cuya única finalidad sería evitar el enriquecimiento sin causa.[26]

En Chile, al tratarse de una figura de reciente incorporación, existe aún escasa literatura en la materia. Así, Serra y Marcazzolo indican que el comiso de ganancias sin condena introducido por la ley 21.577 es una medida de carácter "sancionatorio y penal"[27], mientras que aquel introducido por la ley de delitos económicos tendría naturaleza penal y finalidad preventiva.[28]

Por su parte, Wilenmann y Bascuñán tratan esta figura como "comiso penal sin condena previa"[29], resolviendo que la calificación penal de la medida nunca es expresiva de su naturaleza punitiva, sino únicamente de que esta es impuesta por un Juez competente en materia penal.[30]

Finalmente, adhieren a la tesis del comiso civil Balmaceda, Piña y Cox, quienes sostienen que el comiso de ganancias "no está justificado en un reproche, sino más bien se trata de una consecuencia civil del delito, basada en la institución del enriquecimiento injustificado"[31] circunstancia que permitiría su aplicación sin condena previa en algunos casos.

---

[25] GARCÍA, Percy. "*El decomiso de bienes relacionados con el delito en la legislación peruana*", en: Revista de Derecho PUCP (Nº81) (2018), p. 114.

[26] CASTELLVÍ, Carlos. Decomisar sin castigar. Utilidad y legitimidad del decomiso de ganancias. Barcelona: Editorial Universitat de Barcelona. 2019, p. 20.

[27] SERRA, Diva, MARCAZZOLO, Ximena. "*El comiso sin condena previa en la ley n°21.577 que fortalece la persecución de los delitos de delincuencia organizada y su compatibilidad con el debido proceso*". En: Revista de Derecho Universidad de Concepción (Nº 254 Junio – Diciembre). 2023, p. 182.

[28] SERRA, Diva, MARCAZZOLO, Ximena. "*Naturaleza jurídica del comiso sin condena previa en la nueva Ley de Delitos Económicos*". En: Pro Iure Revista de Derecho - Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Nº63) (2024), p. 21.

[29] WILENMANN, Javier, BASCUÑÁN, Antonio. Derecho Penal Económico Chileno. Tomo II. Santiago: DER Ediciones, 2025, p. 8.

[30] WILENMANN, Javier, BASCUÑÁN, Antonio. Derecho Penal Económico Chileno. Tomo II. Santiago: DER Ediciones, 2025, p. 11.

[31] BALMACEDA, Matías; COX, Francisco; PIÑA, Juan. Nuevo estatuto de los delitos económicos en Chile. Santiago: Editorial Libromar. 2024, p. 21.

Si analizamos la figura incorporada al ordenamiento jurídico chileno, es posible dilucidar que el comiso de ganancias sin condena previa no puede ser considerado como una figura puramente civil, ya que para proceder al decomiso se requiere la existencia de un delito que haya generado ganancias ilícitas, respecto del cual no se haya dictado sentencia condenatoria por motivos que hacen imposible la persecución penal, como la rebeldía del imputado o su muerte.

En este contexto, el comiso sin condena se mantiene dentro del ámbito del proceso penal, configurándose como un instrumento destinado a sancionar el enriquecimiento ilícito, sin que pueda clasificarse como una medida auténticamente civil.

Por lo anterior, se plantea en este trabajo, que el comiso de ganancias obtenidas a partir de un hecho ilícito, que se impone sin existir sentencia condenatoria previa, es una medida sui generis, supeditada a la existencia de un delito, que no constituye un castigo ni una pena.

La aplicación de esta figura "no se basa en la gravedad del hecho ni en la culpabilidad del autor"[32], pues el detentador de los bienes no obra de forma personalmente imputable, y su responsabilidad, por el acto de obtención ilegal de las ganancias, se ha extinguido por motivos de carácter procesal. Asimismo, el procedimiento no tendría por objeto la persecución de la responsabilidad del detentador y presunto autor del delito, sino únicamente el retiro de las ganancias ilícitas del tráfico jurídico lícito.

Lo anterior impide que esta forma de comiso pueda ser considerada como una herramienta punitiva, pues consiste en la privación de bienes y ganancias respecto de las cuales no existe un derecho de propiedad, legítimamente obtenido, a través de un título y un modo de adquirir lícito, los cuales, por la materia de que se trata, no pueden ser sino los que señala la ley.[33]

Esta medida accesoria permitiría la traslación del domino de estos bienes al Estado o a una institución de este, específicamente y como lo

---

[32] CASTELLVÍ, Carlos. Decomisar sin castigar. Utilidad y legitimidad del decomiso de ganancias. Barcelona: Editorial Universitat de Barcelona. 2019, p. 23.

[33] PEÑAILILLO, Daniel. Los Bienes. La Propiedad y otros Derechos Reales. Santiago: Thompson Reuters. 2022, p. 86.

dispone el artículo 24 Bis del Código Penal, al Fisco, dando más facultades al mismo para combatir y desincentivar la criminalidad organizada y económica, "cuya principal motivación es el beneficio económico obtenido de tales actividades, por sus autores."[34]

Arribar a esta conclusión ha generado controversias, principalmente por la incidencia de la naturaleza jurídica de esta figura en su aplicación y su compatibilidad con los principios rectores del proceso penal, debate que se analizará continuación.

4. Debido Proceso en materia penal y comiso sin condena.

Desde su creación como figura autónoma respecto de la sentencia condenatoria, el comiso sin condena ha sido objeto de controversia, ya que, para algunos autores la requisa de determinados bienes sin que exista una sentencia condenatoria previa "puede afectar a fundamentales principios cuya aplicación en el proceso penal no genera duda alguna."[35]

En otras palabras, para cierta parte de la doctrina existiría incompatibilidad entre el comiso sin condena previa y algunos derechos fundamentales que no podrían soslayarse en ningún proceso judicial.

Para determinar si esta figura resulta efectivamente incompatible con los principios y garantías básicas del proceso penal, es necesario distinguir entre sus aspectos sustantivos y procesales del comiso sin condena previa.

4.1. Aspectos sustantivos del comiso sin condena previa.

En el aspecto sustantivo existen ciertos principios considerados mínimos para poder imponer a alguien una sanción. De ellos, el principal es el principio de legalidad, que implica que no hay delito ni pena sin

---

[34] CIRLYNG, Carmen. "*Revision of the EU rules on assets recovery and confiscation*". En: Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on asset recovery and confiscation, p. 2.

[35] PLANCHADEL, Andrea, VIDALES, Caty. "*Decomiso: comentario crítico desde una perspectiva constitucional*". En: Estudios Penales y Criminológicos. 2018, p. 82.

ley,[36] al que debe agregarse el principio de culpabilidad, que plantea que no es posible imponer penas sin culpabilidad.[37]

Habiendo tomado postura en apartados anteriores sobre la naturaleza jurídica del comiso sin condena previa, y considerándola como una medida sui generis, accesoria al delito, que contiene además algunos elementos de carácter civil, sería inconsistente exigir el cumplimiento del principio de culpabilidad al momento de su aplicación. Al no tratarse de una sanción, no debe velarse por el cumplimiento del principio de culpabilidad.

Esto se vería respaldado además por la finalidad que el legislador tuvo en miras al momento de incorporar esta figura a la legislación nacional, esto es, "la prohibición del enriquecimiento ilícito o injustificado."[38]

Lo mismo ocurre en la historia de la legislación española sobre este tipo de comiso, en que el preámbulo de la LO 1/2015 se pronuncia sobre la naturaleza jurídica del comiso ampliado y sin condena estableciendo que "su naturaleza sería eminentemente civil, ya que se limitarían, al modo de las figuras del enriquecimiento sin causa, a evitar la consolidación de una situación patrimonial injusta."[39]

De este modo, el comiso sin condena, al carecer de naturaleza punitiva, no estaría sujeto al principio de culpabilidad, pues traería consigo una separación del principio de personalidad, siendo su objetivo principal evitar el enriquecimiento ilícito, no castigar a quien se encuentra en posesión de los bienes decomisados.

Por el contrario, sí tendrían aplicación en el procedimiento que persigue la aplicación del comiso sin condena, el principio de legalidad y el principio de irretroactividad de la ley penal.

Como ya se indicó, el principio de legalidad nos indica que no hay delito ni pena sin ley. Si bien el comiso sin condena no constituye

---

[36] CURY, Enrique. *Derecho Penal Parte General. Vol. I. Undécima edición actualizada*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2020, pag. 199.

[37] CÁRDENAS, Claudia. "*El principio de culpabilidad. Estado de la cuestión*". En: Revista de Derecho Universidad Católica del Maule (Vol. 15. Nº 2). 2008, p. 84.

[38] HISTORIA DE LA LEY 21.577, p. 173. Disponible en: https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/8175/ [Acceso en: 4 de marzo de 2024]

[39] CASTELLVÍ, Carlos. Decomisar sin castigar. Utilidad y legitimidad del decomiso de ganancias. Barcelona: Editorial Universitat de Barcelona. 2019, p. 22.

pena ni sanción, "toda medida penal requiere ser accesible, precisa y previsible"[40] exigencia que el legislador cumple al incorporar al Código Penal y a la ley 21.595 la figura del comiso sin condena, señalando con precisión en qué hipótesis puede imponerse y las reglas a las que queda sujeta su aplicación. Sea una medida de naturaleza civil, penal, o en este caso, sui generis, la infracción a este principio equivaldría a señalar que esta medida no debe ser accesible, precisa y previsible.

4.2. Aspectos procesales del comiso sin condena.

Al referirnos a las garantías procesales resulta inevitable pensar en el término debido proceso, el cual se ha definido como un "conjunto de parámetros o estándares básicos que deben ser cumplidos por todo proceso para asegurar que la discusión y la determinación de derechos que están en cuestión se haya realizado en un entorno de razonabilidad y justicia para las personas que intervienen en su desarrollo."[41] Si bien la Constitución Política chilena no hace referencia al debido proceso, impone al legislador chileno la obligación de establecer garantías para un procedimiento e investigación racionales y justas.[42] De esta nomenclatura se desprende la obligación de cumplir con el parámetro del debido proceso.[43]

Dentro de este debido proceso se comprenden una serie de subprincipios tales como el derecho a un juez independiente, el derecho a un proceso público, el derecho a defensa, el derecho a ser oído y el derecho a que se presuma legalmente la inocencia del imputado.[44] A todo

---

[40] GANTIER, Ronald. La efectiva aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Valladolid: Editorial Universidad de Valladolid. 2016, p. 80.

[41] DUCE, Mauricio; MARÍN, Felipe; RIEGO, Cristian. "*Reforma a los procesos civiles orales: consideraciones desde el debido proceso y calidad de la información*", en: CABEZÓN, Andrea, ARANEDA, Sandra (Coord.), Justicia Civil: Perspectivas para una reforma en América Latina. Santiago: CEJA. 2008, p. 17.

[42] Artículo 19 Nº3 Constitución Política chilena.

[43] COLOMBO, Juan. "*El debido proceso constitucional*". En: Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. 2003, p. 157.

[44] HENRÍQUEZ, Sergio; DUCCE, Mauricio; ACCATINO, Daniela. "*Alcance de las garantías del debido proceso que debieran exigirse en el ámbito administrativo sancionatorio*". En: Programa de Extensión Academia Judicial. Disponible en: https://academiajudicial.cl/wp-content/uploads/2022/02/

lo anterior debe sumarse la prohibición de ser juzgado en ausencia,[45] principios que serán analizados en relación al título III Bis, del libro III, del Código Procesal Penal, que establece un procedimiento relativo al comiso de bienes sin condena previa.

De las normas contenidas en el título en comento, se desprende que el legislador ha querido respetar el derecho a contar con defensa técnica, el derecho a ser oído y el derecho a un proceso público. Ello porque se establece un procedimiento en el que el Ministerio Público debe requerir al presunto dueño de los bienes, quien tendrá la posibilidad de formular oposición y rendir prueba,[46]exigiéndose, además, como una mención de la sentencia, la individualización del defensor de la persona afectada.[47]

Por el contrario, al tratarse de una medida que no constituye sanción, cabe analizar la vigencia de la presunción de inocencia y la prohibición de ser juzgado en ausencia.

La presunción de inocencia ha sido objeto de debate en doctrina. En Chile, en una reciente contribución, Serra y Marcazzolo concluyen que el requerido en este proceso tiene la calidad de imputado, siendo necesario "respetar la presunción de inocencia."[48] Por otro lado, Castellví[49], Trinchera[50] y Roig[51] argumentan que la figura del comiso sin condena no

---

Henriquez-Alcance-de-las-garantias-del-debido-proceso-que-debieran-exigirse-en-el-ambito-sancionatorio..pdf 2022, pp. 12-13. [Acceso en: 10 de abril de 2024]

45 HORVITZ, María Inés. Derecho Procesal Penal Chileno. Tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. 2004, p. 233.

46 Art. 415 sexies, inciso final, Código Procesal Penal Chileno.

47 415 septies letra d) Código Procesal Penal Chileno.

48 SERRA, Diva, MARCAZZOLO, Ximena. "*El comiso sin condena previa en la ley n°21.577 que fortalece la persecución de los delitos de delincuencia organizada y su compatibilidad con el debido proceso*". En: Revista de Derecho Universidad de Concepción (Nº 254 Junio – Diciembre). 2023, p. 182.

49 CASTELLVÍ, Carlos. Decomisar sin castigar. Utilidad y legitimidad del decomiso de ganancias. Barcelona: Editorial Universitat de Barcelona. 2019, p. 25.

50 TRINCHERA, Tomasso. "*Confiscation and asset recovery: better tools to fight bribery and corruption crime*". En: Criminal Law Forum (Vol. 31). 2020, p. 30.

51 ROIG, Margarita. "*La regulación del comiso. El modelo alemán y la reciente reforma española*". En: Estudios Penales y Criminológicos (Vol. XXXVI). 2016, p. 268.

debe quedar sujeta a la presunción de inocencia, toda vez que no se trata de una medida de carácter sancionatorio y punitivo.

En este trabajo se ha concluido que el comiso sin condena previa no tendría carácter sancionatorio. Se trata más bien de una medida incorporada en el ordenamiento jurídico penal con la finalidad de sacar del mercado lícito bienes obtenidos de manera ilícita, evitando así el enriquecimiento injustificado. Dado que este último es el objeto perseguido por el legislador, no parece que en el Título III Bis estemos ante un auténtico proceso penal, similar a aquel en el que buscamos la condena o absolución de una persona por un delito determinado.

En primer lugar, el legislador no hace referencia al presunto dueño o poseedor de los bienes como imputado. Así, en el artículo 415 quater letra a), se habla de "persona que pudiera verse afectada en su propiedad o patrimonio con la imposición del comiso, cuando los hubiere"; en el artículo 415 quinquies se habla de "partes" y de "personas señaladas en la letra a) del artículo precedente"; y finalmente el artículo 415 septies alude al "requerido."

Esto último sugiere que, a diferencia de lo planteado por las profesoras Serra y Marcazzolo, la persona requerida en el procedimiento del Título III Bis, del libro III, del Código Procesal Penal, no tendría la calidad de imputado. Tal idea se ve ratificada por el tenor literal del artículo 7 de dicho cuerpo legal, según el cual la calidad de imputado se adquiere por la persona "a quien se atribuyere participación en un hecho punible, desde la primera actuación dirigida en su contra" para luego definir lo que debe entenderse por primera actuación, siendo estas aquellas "en las que se atribuyere a una persona responsabilidad en un hecho punible."[52]

El término "imputado" se utilizaría entonces para referirse a la persona contra la cual se dirige la pretensión punitiva del Estado.[53] Sin embargo, dado que el comiso sin condena no constituye una medida de carácter punitivo, sino que busca prevenir una consolidación patrimonial injusta o desproporcionada, no correspondería emplear la denominación

---

[52] Artículo 7 del Código Procesal Penal chileno.

[53] HORVITZ, María Inés: María Inés. Derecho Procesal Penal Chileno. Tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. 2004, p. 223.

de imputado en este contexto, siendo más adecuado el término "requerido", tal como lo establece el Código Procesal Penal chileno.

La calidad de imputado adquiere entonces la mayor relevancia en el proceso penal, pues el encartado es un sujeto de derechos cuyo rol trasciende la mera averiguación de información.[54] Lo anterior impediría al legislador sustituir este concepto por sinónimos, sin que se menoscaben dichas garantías.

La ausencia de la calidad de imputado, y el hecho de que el comiso sin condena previa no sea una medida punitiva, nos permiten unirnos a lo sostenido por Castellví, Trinchera y Roig, en cuanto a que el proceso que persigue la imposición del comiso sin condena no debe necesariamente observar la vigencia de la presunción de inocencia, toda vez que lo que se busca en este proceso no es determinar la presunta responsabilidad de un imputado en un hecho ilícito, sino obtener la traslación del dominio de bienes que han sido adquiridos de manera ilícita, los que pasarían a formar parte del patrimonio estatal, desincentivando de esta manera la criminalidad lucrativa.

Los mismos argumentos ya esgrimidos, pueden utilizarse para sostener que la prohibición de ser juzgado en ausencia no alcanza este proceso. A lo anterior, debe sumarse que el mismo Código Procesal Penal permite la realización de este proceso en ausencia del requerido, señalando que este podría llevarse a cabo "sin que se formule oposición"[55] para posteriormente mandatar que la sentencia deberá contener "las defensas de los afectados, si las hubiere."[56] Del texto de estas normas se desprende que la comparecencia del afectado no es obligatoria, y su ausencia no produce ningún vicio de nulidad.

Lo ya expuesto en relación con la presunción de inocencia y la prohibición de juicios en ausencia, no significa que este proceso no deba regirse por ningún principio. Frente a esta premisa, cobra relevancia el principio de proporcionalidad y el respeto por los derechos válidamente adquiridos, principalmente el derecho de propiedad,

---

[54] HORVITZ, María Inés: Derecho Procesal Penal Chileno. Tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. 2004, p. 225.

[55] 415 Sexies Código Procesal Penal chileno.

[56] 415 Septies Código Procesal Penal chileno.

además del ya mencionado derecho a defensa técnica, con todo lo que tal prerrogativa incluye.

El principio de proporcionalidad no solo debe considerarse en cualquier actuación de una entidad estatal, sino que además fue considerado expresamente por el artículo 44 de la ley sobre delitos económicos, el cual nos indica que el comiso sin condena ha de recaer "sobre aquellos bienes de la empresa, cuya afectación no obstaculice sus actividades económicas."

Tratándose del comiso sin condena previa establecido en el Código Penal, este también quedaría sujeto al principio de proporcionalidad, contemplándose la posibilidad de que el requerido recurra de apelación si se desea impugnar el monto de los bienes decomisados. Así las cosas, el principio de proporcionalidad se vería garantizado cuando el valor de los bienes decomisados se encuentre dentro del valor del enriquecimiento ilícito.[57] Es por ello que, al plantearse la discusión sobre si el monto decomisado ha de ser el monto bruto o neto obtenido, la doctrina se ha decantado por "el principio de la ganancia neta."[58]

No obstante lo anterior, la ley de delitos económicos, a diferencia del Código Penal, se pronunció sobre esta materia en su artículo 48 estableciendo como principio, para estos efectos, que en la determinación de las ganancias a incautar "no se descontarán los gastos que hubieren sido necesarios para perpetrar el delito y para obtenerlas"[59] decantándose así por el principio de la ganancia bruta.

Finalmente, es de la mayor relevancia considerar el contenido del derecho de propiedad válidamente adquirido, es decir, habiéndose obtenido conforme lo dispuesto en el artículo 19 Nº24 de la Constitución Política, y 582 y siguientes del Código Civil. Para estos efectos, el Código Procesal Penal contempla expresamente la posibilidad de probar el dominio sobre los bienes cuyo decomiso se solicita, así como que su forma de adquisición se haya ajustado a derecho.

---

[57] TRINCHERA Tomasso. "*Confiscation and asset recovery: better tools to fight bribery and corruption crime*". En: Criminal Law Forum (Vol. 31). 2020, p. 27.

[58] HERNÁNDEZ, Héctor. "*De nuevo sobre el enriquecimiento ilícito*". En: Revista de Ciencias Penales (Sexta época, Vol. XLVIII, Nº1). 2023, p. 10.

[59] 48 ley 21.595 sobre delitos económicos (Chile)

5. Procedimiento relativo a la imposición del comiso sin condena previa.

Como ya se ha mencionado, la ley 21.577 introdujo una serie de modificaciones al Código Procesal Penal, cobrando relevancia para efectos de este trabajo, el nuevo título III bis, del libro IV de dicho cuerpo legal, sobre Procedimientos Especiales, denominado "Procedimiento relativo a la imposición de comiso sin condena previa." Este procedimiento se aplicaría "en los casos en que la ley dispone el comiso de bienes o activos obtenidos a través de la comisión del hecho ilícito o los utilizados en su perpetración, sin sujetar su procedencia a la dictación de una sentencia condenatoria relativa al hecho."[60]

En el caso de las demás formas de comiso, este será dispuesto en la misma sentencia condenatoria, debiendo citarse a una audiencia especial en caso de que lo solicitado sea el comiso de ganancias o por valor equivalente, por un monto superior a 400 UTM. Adicionalmente, el comiso que se solicita respecto de terceros debe incluirse en la acusación, lo que a juicio de la doctrina "supone una excepción a la congruencia entre la formalización y la acusación"[61] pues tendría por objeto imponer esta medida sui generis a una persona distinta del imputado.

Por su parte, el procedimiento relativo al comiso sin condena previa se asimila a un procedimiento simplificado[62] estableciéndose la supletoriedad de este último por expresa disposición del artículo 415 sexies del Código Procesal Penal chileno.

Este procedimiento se inicia a través de un requerimiento del Ministerio Público, el cual tiene como presupuesto el que se hayan incautado o asegurado los bienes requeridos conforme al artículo 157

---

60 415 Bis Código Procesal penal chileno.

61 CRUZ, Andrés. Curso de Derecho Procesal Penal. Santiago: Thompson Reuters. 2023, p. 464.

62 BALMACEDA, Matías; COX, Francisco; PIÑA, Juan. Nuevo estatuto de los delitos económicos en Chile. Santiago: Editorial Libromar. 2024, p. 52. En el derecho chileno, se llama procedimiento simplificado a un proceso "sucinto y sumario desarrollado ante el Juez de Garantía" (Núñez, 2009, p. 405), dispuesto para aquellos casos en que el Fiscal requiriere una pena que no excediere de 540 días (artículo 388 del Código Procesal Penal chileno)

del mismo código. Dicha disposición impone al órgano persecutor la obligación de asegurar los bienes suficientes para hacer efectivo el comiso, "pudiendo el tribunal autorizar la retención de dineros o cosas muebles que se encuentren en poder del imputado o de terceros, o en cuentas de bancos o en fondos generales administrados por terceros."[63]

En el caso en estudio no existirá una sentencia condenatoria que declare la responsabilidad penal de un imputado, por lo que el límite temporal para solicitar el comiso de ganancias viene dado por la resolución que pone término de manera definitiva o temporal al procedimiento o a la investigación. Desde entonces el Ministerio Público tiene un plazo de 10 días para deducir el requerimiento, ampliable hasta por 5 más.

Con este antecedente, cabe preguntarse qué resoluciones podrían dar lugar a esta solicitud por parte del Ministerio Público, ya que la ley se refiere únicamente a la resolución que pone término al proceso o la investigación, de manera definitiva o temporal.

Para responder estas interrogantes es menester realizar una interpretación armónica de estas disposiciones procesales, con el contenido sustantivo de esta institución, contemplado en el artículo 294 bis del Código Penal y 41 de la ley 21.595. Por consiguiente, es indiscutible que permitirían entablar este requerimiento la sentencia definitiva absolutoria y la resolución que decreta el sobreseimiento definitivo o temporal.

Sin embargo ¿Podría entablarse este requerimiento a partir de la resolución que tiene por comunicada la decisión de no perseverar[64] o el principio de oportunidad,[65] si previamente apareciere establecido que existen bienes provenientes de la comisión de un ilícito, sin poder el Ministerio Público reunir antecedentes suficientes para acusar al encartado?

---

[63] Art. 157 del Código procesal penal chileno.

[64] La decisión de no perseverar es una prerrogativa exclusiva del Ministerio Público, en virtud de la cual se pone término al procedimiento, porque no se lograron reunir antecedentes suficientes para fundar una acusación, pero, en el caso, tampoco es posible considerar la concurrencia de una causal de sobreseimiento. (Correa Robles, 2020, p. 169)

[65] El principio de oportunidad es definido como una facultad de la Fiscalía, en virtud del cual decide si no inicia, o si continua o no con una investigación en situaciones específicas. En Chile está regulado en el artículo 170 del Código Procesal Penal, y solo puede referirse a delitos que no comprometan gravemente el interés público.

Una interpretación amplia de la norma permitiría establecer que sí, ya que el mencionado artículo 415 ter solamente se refiere "a la última resolución que recaiga sobre la respectiva investigación o juicio, poniéndole término de manera temporal o definitiva." Estas resoluciones podrían asimilarse a la sentencia definitiva absolutoria pronunciada por no haberse logrado convicción en el tribunal más allá de toda duda razonable y, como dice, el aforismo romano "donde existe la misma razón, debe existir la misma disposición."

No obstante, la prohibición de analogía in malam partem de la ley penal nos impedirían realizar tal interpretación extensiva, pues "la analogía se encuentra prohibida en virtud del principio "nullum poena" como instrumento destinado a crear delitos e imponer o agravar penas."[66] En este marco, si bien ha quedado claro que el comiso no implica una sanción, sí es una medida de carácter excepcional, pudiendo aplicarse aún más extraordinariamente en aquellos casos en lo que no ha existido sentencia condenatoria o se ha pronunciado sentencia absolutoria. Es por ello que creemos que el artículo 415 ter debe aplicarse restrictivamente, solo para aquellos casos previstos en el artículo 294 bis del Código Penal y 40 de la ley 21.595.

Continuando con la estructura del proceso, habiéndose presentado el requerimiento por parte del Ministerio Público, el tribunal deberá citar a una audiencia especial de comiso, la que no podrá tener lugar antes de 30 ni después de 60 días contados desde la notificación de la persona afectada. Dicha audiencia tiene por objeto presentar al tribunal los antecedentes que fundan la solicitud del Ministerio Público y rendir prueba, bien sea del Ministerio Público o de la defensa. Esta prueba debe apreciarse conforme a las normas de la prueba preponderante, estándar de prueba que constituye una novedad en nuestro sistema procesal penal y que será analizado detalladamente en el próximo apartado.

Finalmente, el Tribunal debe resolver, debiendo la sentencia satisfacer los requisitos establecidos por el artículo 415 septies del Código Procesal Penal, imponiendo el comiso o denegándolo. Esta sentencia es susceptible de recurso de nulidad, si lo que se impugna es la imposición

[66] CURY, Enrique. *Derecho Penal Parte General. Vol. I. Undécima edición actualizada*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. 2020, p. 250.

o denegación del comiso, pudiendo decretarse la nulidad del proceso y de la sentencia, o solo de esta última. Por el contrario, si lo que se impugna es el monto a decomisar, la sentencia solo es susceptible de recurso de apelación.

Una vez que esta sentencia se encuentra ejecutoriada, su cumplimiento se produce como una decisión civil, dictada por un tribunal penal. En este marco, si lo decomisado son dineros o derechos sobre sumas de dinero, estos serán transferidos al Fisco. Así lo establece el artículo 468 bis del Código Procesal Penal, disposición que viene a confirmar la finalidad del comiso sin condena en cuanto instrumento que permite sacar del comercio los bienes obtenidos de forma ilícita, y retrotraer el estado de las cosas al momento previo a la comisión del delito, como si este nunca se hubiese cometido.

La introducción del comiso sin condena en nuestro ordenamiento jurídico, y de un procedimiento especialmente destinado a que este sea solicitado y ejecutado, podría resultar controversial por los motivos que ya se han expuesto latamente en esta contribución. Sin embargo, creemos que estas modificaciones procedimentales aseguran, a lo menos, el derecho a la tutela judicial efectiva, pues se garantiza al dueño o poseedor de los bienes un racional y justo procedimiento, al cual puede comparecer, defenderse y rendir prueba, manteniéndose la carga del Estado de fundar adecuadamente la solicitud de comiso y de probar que los bienes a decomisar tienen un origen ilícito.

5.1. *Aspectos probatorios del comiso sin condena*

Una de las grandes dificultades al momento de imponer el comiso de ciertos y determinados bienes sin que exista sentencia condenatoria, o existiendo sentencia absolutoria, será acreditar su origen ilícito.

Como ya se mencionó, la prueba rendida en el marco de este proceso especial se valorará y ponderará conforme al estándar probatorio de prueba preponderante. Este estándar podría resultar extraño a las reglas generales de los procesos penales, en los que, por mandato legal, se utiliza el estándar de prueba de la duda razonable.

Surge entonces el cuestionamiento acerca de cómo se satisface dicho estándar de prueba, toda vez que, a diferencia de la legislación

española, el legislador chileno no define tal estándar ni establece elementos orientadores tendientes a su satisfacción.

Primeramente, es necesario señalar que el estándar de prueba consiste en un "conjunto de reglas que determinan el nivel de suficiencia probatoria para que una hipótesis pueda considerarse probada."[67] En el caso en estudio, lo que se busca acreditar es que los bienes a decomisar fueron obtenidos a través de una actividad ilícita. Luego, la prueba preponderante puede definirse como "aquella en que una hipótesis fáctica resultará aceptable o probada cuando sea más probable o verosímil que cualquiera de las hipótesis alternativas sobre el mismo hecho."[68]

En otros términos, se exige que existan más probabilidades de que el origen de los bienes sea ilícito, a que hayan sido adquiridos en forma legal por su presunto propietario. Por el contrario, el estándar de duda razonable es aquel que exige que "la prueba deba alcanzar para despejar de la mente del juzgador toda duda razonable acerca de los términos de la acusación presentada en contra del imputado"[69], esto equivale a decir que "es mucho peor que se condene a un inocente, a que un culpable quede libre."[70]

En tal sentido, la prueba preponderante es mucho menos exigente que el estándar probatorio que exige formar convicción más allá de toda duda razonable, pues este último exige al juzgador absolver si llega a surgir una duda razonable acerca de la culpabilidad del imputado y su participación en los hechos que se investigan. De manera opuesta, el estándar de prueba preponderante exigiría solamente un predominio de probabilidades.

---

[67] FERRER, Jordi. Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso. Madrid: Editorial Marcial Pons. 2021, p. 105.

[68] BELTRÁN, Ramón. "*Estándares de prueba y su aplicación sobre el elemento material de la prisión preventiva en Chile*". En: Política Criminal (Vol. 7, Nº 14). 2012, p. 460.

[69] HORVITZ (2004), p. 155 (tomo II)

[70] "IN RE WINSHIP" citado por ACCATINO, Daniela: "*Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de la prueba penal*". En: Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (2º Semestre, Nº 37). 2011, p. 489.

En materia de comiso "se acepta un estándar de prueba reducido"[71] en relación con otras decisiones que deben adoptarse a lo largo del proceso penal. Lo anterior resulta de toda lógica, si se toma en consideración que "son diversas las decisiones probatorias que deben tomarse a lo largo del procedimiento judicial y todas ellas deben estar regidas por estándares de prueba que ofrezcan garantías de control sobre la corrección de la decisión"[72]. En el caso investigado, se trata de un procedimiento dirigido no en contra de un imputado, sino del poseedor de bienes específicos, cuya posesión se obtuvo de manera ilegal.

En la misma línea, constituye un presupuesto para el comiso sin condena que previamente se haya iniciado una investigación de la que el detentador haya sido absuelto o sobreseído, y en la cual se hayan encontrado antecedentes que permitan vincular los bienes a decomisar, con la comisión de un delito.

La problemática que surge sobre este punto, no es la diferencia entre los estándares de prueba exigidos para que el tribunal pueda adoptar una determinada decisión, sino el cómo se satisface este estándar de prueba que, hasta hace poco, resultaba ajeno al proceso penal, pues se consideraba propio del proceso civil. La cuestión es "cómo se puede convencer a un tribunal del origen ilícito de un activo, si el acto específico de origen sigue siendo desconocido."[73]

A diferencia de las demás hipótesis en las que es procedente el comiso, en este caso no tendremos una sentencia que declare la culpabilidad del dueño de los bienes, y su consiguiente participación en un delito específico. No tenemos delito base, por lo que tendremos que buscar la conexión de los bienes con un delito determinado.

---

[71] JANUÁRIO, Tulio. "*Entre presunciones, estándares e inversores de la carga de la prueba. El régimen de decomiso ampliado en España, Portugal y Brasil*". En: QUINTAS, María; LAGO, Agustín (coord.). Desafíos en la lucha contra la corrupción: Gestión de riesgos y paradigmas globales. Costa Rica: Editorial Colex S.L. 2023, p. 209.

[72] FERRER, Jordi. Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso. Madrid: Editorial Marcial Pons. 2021, p. 102.

[73] SALIGER, Frank. "*Grundfragen der Vermögensabschöpfung*". En: ZStW, (129(4)). 2018, p. 1018 (traducción del autor).

Sobre este punto, las hipótesis de fallecimiento o rebeldía del imputado, o de extinción de la responsabilidad penal por alguna causal legal (por ejemplo, prescripción de la acción penal) no presentarían mayor problema, ya que la responsabilidad penal del encartado podría eventualmente acreditarse, no siendo posible la continuación del proceso por motivos que escapan de la voluntad del órgano persecutor.

Por otro lado, el sobreseimiento definitivo por no haberse obtenido convicción más allá de toda duda razonable, se presenta como un caso que podría ser problemático, ya que no se ha podido acreditar la ocurrencia de un hecho ilícito en particular. Para evitar que en este caso, el comiso se decrete de manera arbitraria o desproporcional, surge la necesidad de desarrollar criterios de aplicación que permitan ordenar esta medida sui generis de manera correcta. Para ello, podemos encontrar algunas directrices en el Derecho Penal comparado, específicamente en el Derecho Penal español y alemán, cuya regulación sobre el comiso presenta similitudes con la normativa chilena.

El Código Penal español, en su artículo 127 quinquies, en lo referente al decomiso ampliado, permite extender el ámbito de aplicación del decomiso a bienes, efectos y ganancias provenientes de la actividad delictiva previa del condenado, estableciendo ciertos requisitos para ello. Tales requisitos son: (1) Que el sujeto haya sido condenado por ciertos delitos señalados en tal disposición; (2) Que el delito se haya cometido en el contexto de una actividad delictiva previa y continuada y; (3) Que existan indicios fundados de que una parte relevante del patrimonio del penado procede de una actividad delictiva previa. Luego, la misma disposición legal ejemplifica indicios y nos señala cuándo una actividad ilícita tendrá el carácter de continuada.

Si bien, esta disposición del Código Penal español se referiría a otra variante del comiso, específicamente al comiso ampliado, nos proporciona un criterio orientador para vincular al hecho ilícito, respecto del que no ha existido condena, con los bienes a decomisar, esto es, que existan indicios fundados de que parte del patrimonio de la persona proviene de una actividad ilícita.

Por su parte, en Alemania, el parágrafo 76 a) del *StGB* permite al tribunal despachar una orden de decomiso sin condena cuando el activo a decomisar se encuentra relacionado con un delito, respecto del cual existe

sospecha de comisión.[74] Asimismo, el artículo 437 del Código Procesal Penal alemán permite al tribunal ordenar el decomiso independiente "cuando exista convencimiento, por parte del tribunal, de que el activo en cuestión constituye una ganancia del delito, pudiendo fundarse en la grave desproporción existente entre el valor monetario del activo y los ingresos habituales de la persona en cuestión, o en las circunstancias en que se encontró y cauteló tal activo."[75]

De estas dos disposiciones es posible extrapolar algunos criterios que permitan orientar la aplicación del comiso de ganancias sin que exista sentencia condenatoria, o existiendo sentencia absolutoria, utilizando el estándar de prueba preponderante.

En primer lugar, la mera sospecha de la comisión de un delito, utilizada por el StBG, no proporciona suficiente certeza jurídica para ordenar el comiso de los bienes de una persona. Por el contrario, el Código Penal Español, en lo referente al comiso ampliado, exige que el dueño de los bienes respecto de los cuales se dirige la acción de comiso, haya sido condenado previamente por ciertos y determinados delitos.

Como en el caso chileno no se exige sentencia condenatoria, podría establecerse un requisito intermedio entre la mera sospecha y la condena por la comisión de un delito, bastando que existan indicios objetivos a lo largo de la investigación, para sostener que los bienes que eventualmente podrían confiscarse, provienen de una actividad delictiva cuyos márgenes se encuentren más o menos delimitados.

Así lo ha señalado el Tribunal Supremo Español cuando indica que "la demostración del origen criminal (de los bienes) no requiere la identificación de las concretas operaciones delictivas, bastando a tales

---

[74] Parágrafo 76 a) StGB: "Decomiso independiente: 4) Un objeto puede ser incautado bajo sospecha de que se cometió un delito señalado en el Nº3. Los beneficios obtenidos del mismo también pueden confiscarse de forma independiente si el objeto proviene de un acto ilegal, y la persona afectada por el decomiso no es procesada ni condenada por un motivo subyacente. Si se ordena el decomiso de una cosa, la propiedad de esta pasará al Estado cuando la sentencia se encuentre firme" (Traducción del autor)

[75] BURCHARD, Christoph. "*¿Decomiso como derecho Penal o qué? Sobre cómo el mal enforcado debate acerca de la "naturaleza" jurídica del decomiso confunde lo que realmente debe discutirse*", en: Latin American Legal Studies (Vol. IV). 2018, p. 51.

efectos que quede suficientemente probada la actividad delictiva de modo genérico. Así lo ha entendido esta Sala en el delito de blanqueo respecto del delito antecedente o determinante"[76], idea que fue ratificada por el mismo Tribunal en el año 2015, al señalar que "la prueba necesariamente debe ser de otra naturaleza y versar de forma genérica sobre la actividad desarrollada por el condenado (o titular del bien decomisado) con anterioridad a su detención o a la operación criminal detectada."[77]

Así las cosas, la primera exigencia en materia probatoria, para la aplicación del comiso sin condena, en los casos del artículo 294 bis del Código Penal y 41 de la ley 21.595, sería que existieran indicios objetivos y fundados de que los bienes a decomisar provienen de la comisión de un ilícito determinado.

Seguidamente, tanto el Código Penal español como el StGB exigen que tales actividades ilícitas se encuadren dentro de un catálogo de delitos que se señalan en las respectivas disposiciones ya mencionadas. En el caso chileno, la posibilidad de decomisar bienes sin que exista sentencia condenatoria, o existiendo sentencia absolutoria, está establecida en el caso del artículo 294 bis del Código Penal, en relación con el delito de asociaciones delictivas y criminales, así como también en el artículo 41 de la ley sobre delitos económicos, lo que reduce bastante su ámbito de aplicación, pues solo podrían decomisarse bienes obtenidos por una asociación delictiva o criminal, o bien, a través de la comisión de alguno de los delitos considerados económicos por los artículos 1 a 4 de la ley 21.595.

Hace excepción a esta interpretación restrictiva lo dispuesto en el artículo 31 del Código Penal, que permite el comiso de los instrumentos especialmente aptos para ser empleados delictivamente, los que pueden decomisarse aún sin que exista sentencia, y sin que este tipo de comiso se encuentre regulado en el contexto de un delito específico. Misma situación se produce respecto de los efectos provenientes del delito.

---

[76] España, Tribunal Supremo Español, Sentencia Nº 600/2012, ponente Juan Gómez de la Torre. 12/07/12. citada en GISBERT, Marta. "*Los controvertidos requisitos del decomiso ampliado: indicios objetivos fundados en el origen ilícito de los bienes*". En Revista Ius Et Praxis (Año 28, Nº3). 2022, p. 280.

[77] España, Tribunal Supremo Español, Sentencia Nº 338/ 2015, ponente Juan Gómez de la Torre. 2/06/2015.

Cada una de estas figuras reviste una naturaleza propia[78], de manera que no es posible abordarlas en este trabajo.

En síntesis, para poder aplicar el comiso de ganancias sin que exista sentencia condenatoria, o existiendo sentencia absolutoria, es necesario que existan indicios objetivos y fundados de que estos bienes, susceptibles de confiscación, provengan de la comisión de un delito de carácter económico, o de un delito de asociación delictiva, ya que es en este contexto en el que se encuentran reguladas las hipótesis estudiadas en esta contribución.

5.2. Indicios fundados y objetivos

Como requisito para que se configuren las hipótesis descritas en el apartado anterior, es necesario que el Ministerio Público haya promovido una investigación por un delito determinado, sin poder obtener antecedentes suficientes para poder condenar al imputado.

No obstante, a lo largo de dicha investigación debe producirse "la aparición de patrimonios no justificados en un proceso penal que no pueden vincularse a los hechos enjuiciados ni tienen que ver con procedimientos previos, sin que haya prueba alguna que permita abrir una nueva causa."[79] Por lo tanto, estamos ante una investigación en la que existen antecedentes que permiten presumir que los bienes investigados fueron obtenidos de manera ilícita, mas no pruebas suficientes para iniciar un juicio por un nuevo delito.

Tal como ya hemos sostenido, para ejercer la acción de comiso sin condena que contempla el Código Procesal Penal, en relación con el Código Penal y la ley 21.595, es necesario que exista más que una simple sospecha acerca del origen delictivo de los bienes a decomisar. Nuestro legislador es bastante ambiguo sobre este particular, pues se remite al sistema de libertad probatoria que impera en el Código Procesal Penal, y a su ponderación conforme a las reglas de la prueba preponderante.

---

[78] Wilenmann, Bascuñán (2025).

[79] DE LA MATA, Norberto. "*Las distintas modalidades de decomiso después de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo*". En: Ley penal: Revista de derecho penal, procesal y penitenciario (Nº124). 2017, p. 6.

En consecuencia, creemos que serán los indicios los que jugarán un rol clave en esta materia, permitiendo al juzgador vincular estos patrimonios con una actividad delictiva.

Ello contribuiría "a facilitar la prueba del nexo entre una actuación delictiva, a veces genérica e indeterminada, y un conjunto de bienes y derechos conectados directa o indirectamente con aquella."[80]

Para que estos indicios permitan establecer una conexión entre los bienes de una persona y un hecho ilícito, la jurisprudencia española ha exigido: (1) que se trate de más de un indicio, llevando todos ellos a una misma conclusión; (2) no deben ser desvirtuados por otros indicios que permitan alcanzar conclusiones distintas; (3) los hechos indiciarios deben estar debidamente acreditados, no bastando meras sospechas.[81]

Un indicio que debiese considerarse, al tiempo de establecer una conexión entre ciertos bienes y una actividad ilegal, es la desproporción entre los ingresos de la persona cuyo patrimonio se investiga, y el valor de los bienes y efectos de que se trate. Este es un indicio que, como ya se señaló, es considerado tanto en España como en Alemania a la hora de decomisar las ganancias provenientes de una actividad ilícita; en España respecto del decomiso ampliado, y en Alemania en el contexto del comiso independiente o sin condena.

Podría también tomarse en consideración la realización de acciones tendientes a transferir el dominio de los bienes, mediante operaciones que carezcan de justificación legal o económica válida, así como la ocultación de la titularidad de los bienes, a través de la constitución de personas jurídicas. Si bien, este último se contempla en el artículo 127 quinquies del Código Penal Español respecto del decomiso ampliado, no existiría inconveniente para ocupar tales indicios como un criterio orientador que permita ordenar el comiso sin condena previa en chile, en la medida que se respeten los límites ya señalados en este trabajo.

---

[80] RODRÍGUEZ - GARCÍA, Nicolás; ORSI, Omar. "La *protección reforzada en España de los terceros afectados por el decomiso de bienes ilícitos*". En: Revista de Dereito Processual Penal (Vol. 6, Nº2). 2020, p. 557.

[81] PLANCHADEL, Andrea; VIDALES, Caty. "*Decomiso: comentario crítico desde una perspectiva constitucional*". En: Estudios Penales y Criminológicos. 2018, p. 58.

En Estados Unidos se ha considerado como indicio, acerca de la posesión ilegítima de un bien, el no pago de impuestos sobre los objetos que se introducen al país.[82] Tal atisbo podría también considerarse como un factor de conexión entre los bienes a decomisar y su presunto origen ilícito, sin perjuicio de las sanciones penales o tributarias a las que pueda dar lugar.

Ahora bien, esta idea de la prueba indiciaria no ha estado exenta de críticas. Hay quienes sostienen que la utilización de indicios en el proceso penal sería contrario a la presunción de inocencia, ya que produciría una inversión de la carga de la prueba "siendo el acusado quien debe demostrar el origen lícito de los bienes o ganancias."[83]Así, la presunción de inocencia implicaría necesariamente "la ausencia de cargas probatorias en su contra."[84] No obstante, al no ser esta forma de comiso una sanción, no quedaría afecta al principio de presunción de inocencia, por los motivos ya señalados precedentemente.

Es necesario señalar que en Chile la prueba indiciaria ha sido ampliamente aceptada[85] debiendo reunir los caracteres de "idoneidad, cantidad y convergencia"[86] para darle el valor probatorio necesario. Del mismo modo, tanto el Código Penal Español[87] como el StGb[88] contemplan presunciones simplemente legales en torno al origen ilícito de los bienes, presunciones que en Chile no han sido incorporadas, pudiendo ser utilizadas, por ahora, únicamente como criterios orientadores para la aplicación práctica de la figura en estudio.

---

[82] RUSCONI, Eduardo. "*La inversión de la carga de la prueba en materia de lavado de dinero*". En: Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. 2010, p. 187.

[83] PLANCHADEL, Andrea, VIDALES, Caty. "*Decomiso: comentario crítico desde una perspectiva constitucional*". En: Estudios Penales y Criminológicos. 2018, p. 67.

[84] RUSCONI, Eduardo. "*La inversión de la carga de la prueba en materia de lavado de dinero*". En: Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. 2010, p. 187.

[85] CRUZ, Andrés. Curso de Derecho Procesal Penal. Santiago: Thompson Reuters. 2023, pp. 638 – 640.

[86] CRUZ, Andrés. Curso de Derecho Procesal Penal. Santiago: Thompson Reuters. 2023, p. 638.

[87] Art. 127 Sexies CP Español.

[88] Art. 73 C StGB.

Por lo pronto, la prueba indiciaria es una de las herramientas probatorias de las que el Ministerio Público podría valerse para acreditar el origen ilícito de los bienes, tomando en consideración la experiencia comparada. Lo anterior, sin perjuicio de que el presunto dueño de los bienes pueda también aportar antecedentes que permitan comprobar la adquisición de los bienes en forma legal, sin que por ello se produzca una inversión de la carga de la prueba, la cual sigue siendo de cargo del Ministerio Público.

Consideraciones finales

En la presente contribución se ha analizado la figura del comiso sin condena previa. Para realizar esta investigación se realizó un estudio dogmático de la evolución de la figura de comiso, especialmente del comiso sin condena previa, cuya regulación se incorporó al ordenamiento jurídico chileno con la promulgación de las leyes 21.577 y 21.595.

Al profundizar en el análisis de esta figura como una medida propia del ordenamiento penal y procesal penal, se concluye que tal institución no es de carácter punitivo ni sancionador. Por el contrario, se instituye como una medida de carácter sui generis, cuya aplicación exige la corroboración genérica de un delito, además de la observancia de elementos civiles que son extrapolados al proceso penal. En este orden de cosas, esta clase de comiso no persigue imponer una sanción, por el contrario, permite reestablecer el estado de las cosas al momento anterior a la comisión del delito, retirando del tráfico jurídico los bienes obtenidos de manera ilícita, y desincentivando así la criminalidad de carácter lucrativo. Esto explicaría que una figura de carácter eminentemente civil, y con una finalidad no sancionatoria, quede sujeta al conocimiento de un tribunal con competencia en lo criminal, pues lo que permite su confiscación es precisamente su presunto origen delictivo.

Uno de los aspectos más destacables, evidenciados en esta contribución, es que las reformas sustantivas introducidas a nuestro ordenamiento jurídico, fueron acompañadas de reformas procesales, permitiendo así la adecuada ejecución de la medida a través de un procedimiento especial.

Tras el estudio del proceso incluido en el Código Procesal Penal, es posible inferir que el dueño de los bienes no reviste la calidad de imputado, pues el legislador nunca se refiere a este como tal, sabiendo la importancia de dicha calidad procesal y los derechos asociados a la misma. En estrecha relación con lo anterior, es posible sostener que no todos los principios que usualmente se observan en el proceso penal se mantienen vigentes en el proceso relativo al comiso sin condena, no quedando este sujeto a los principios de culpabilidad, presunción de inocencia o prohibición de juicios en ausencia. Esto último no significa que el requerido no deba ser legalmente emplazado, sino que su ausencia no produciría ningún vicio de nulidad, como si podría ocurrir en un proceso cuyo objeto sea la determinación de responsabilidad penal de un individuo. Ello no implica que el proceso no revista ninguna garantía. Indiscutiblemente, debe respetarse el derecho a defensa, el derecho a ser oído y a rendir prueba, así como también el derecho de propiedad válidamente adquirido. Asimismo, y como en toda actuación estatal, el principio de proporcionalidad se vuelve imperativo.

Pese al gran avance que representa la incorporación del comiso sin condena en nuestro ordenamiento jurídico, aún quedan aspectos pendientes de desarrollo normativo y que podrían repercutir en la aplicación práctica de dicha figura. Específicamente, la ausencia de elementos probatorios que permitan satisfacer el estándar de prueba preponderante y orientar el ejercicio de la acción de comiso sin condena. Una de las herramientas ampliamente aceptadas por la doctrina comparada en esta materia es la prueba indiciaria, la que, como pudimos observar, es de gran aplicación en España y Alemania no solo respecto de esta variante del comiso, sino también del comiso ampliado. Indicios como la desproporción entre los ingresos de una persona y sus bienes, el no pago de impuestos por un bien determinado o el contexto en que tales bienes fueron encontrados, podrían tomarse en consideración para establecer una conexión entre un delito base, respecto del cual no existe sentencia, y los bienes cuyo decomiso se solicite, bastando para establecer un vínculo el solo hecho de que parezca más probable que tales bienes sean de origen ilícito, a que no lo sean.

Sin duda, la incorporación de la figura del comiso sin condena previa, se presenta como un importante avance para combatir la

criminalidad organizada y económica, y permite a nuestro país adaptarse a los estándares internacionales en esta materia. No obstante, estas modificaciones no se encuentran exentas de vacíos. Corresponderá a los tribunales de justicia, en el marco de la aplicación práctica de esta figura, decidir qué medios de prueba y/o indicios permitirán satisfacer el estándar de prueba preponderante, sin perjuicio de las herramientas ya descritas en esta contribución, obtenidas del derecho comparado.

Referencias

ACCATINO, Daniela. "Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de la prueba penal". *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (2º Semestre, Nº 37), pp. 483 – 511. 2011. http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512011000200012

ANANÍAS, Ignacio. "El comiso de ganancias". Revista estudios de la Justicia (21). 2014, pp.153-196. https://doi.org/10.5354/rej.v0i21.36328

BALMACEDA, Matías, COX, Francisco, PIÑA. *Nuevo estatuto de los delitos económicos en Chile*. Santiago: Editorial Libromar. 2023.

BELTRÁN, Ramón. "Estándares de prueba y su aplicación sobre el elemento material de la prisión preventiva en Chile". *Política Criminal* (Vol. 7, Nº 14), pp. 454-479. 2012. http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992012000200006

BREWER – CARIAS, Allan. Confiscación, comiso y extinción de dominio. *Revista de Derecho Público*, (Nº 173-174), pp. 278 – 293). 2023.

BURCHARD, Christoph. ¿Decomiso como derecho Penal o qué? Sobre cómo el mal enforcado debate acerca de la "naturaleza" jurídica del decomiso confunde lo que realmente debe discutirse". *Latin American Legal Studies* (Vol. IV), pp. 41-74. 2019. https://doi.org/10.15691/0719-9112Vol4a3

CÁRDENAS, Claudia. "*El principio de culpabilidad. Estado de la cuestión*". En: Revista de Derecho Universidad Católica del Maule (Vol. 15. Nº 2). 2008, pp. 67-86.

CARNEVALI, Raúl. "La criminalidad organizada. Una aproximación al Derecho Penal Italiano, en particular la responsabilidad de las personas jurídicas y la confiscación". *Revista Ius Et Praxis* (Año 16, Nº2), pp. 273 – 330. 2010. http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122010000200010.

CARNEVALI, Raúl; CASTILLO, Ignacio. "El estándar de convicción de la duda razonable en el proceso penal chileno, en particular la relevancia del voto disidente".

Revista Ius Et Praxis (Año 17, Nº2), pp.77-118. 2011. http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122011000200005

CARRILLO, Ana (2017): "La directiva 2014/42/UE sobre el embargo y decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la UE: Decomiso ampliado y presunción de inocencia" en: Revista de Estudios Europeos (Nº extraordinario monográfico 1), pp. 20 – 32.

CASTELLVÍ, Carlos. *Decomisar sin castigar: Utilidad y legitimidad del decomiso de ganancias*. Barcelona: Universitat de Barcelona. 2019.

CIRLYNG, Carmen. "Revision of the EU rules on assets recovery and confiscation". En: European Comision: "*Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on asset recovery and confiscation*". 2022, pp. 1 – 13.

COUSO, Jaime; HERNÁNDEZ, Héctor. *Código Penal Comentado*. Santiago: Abeledo Perrot – Legal Publishing Chile. 2019.

COLOMBO, Juan. El debido proceso constitucional. *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM*, pp. 157 – 250. 2023.

CRUZ, Andrés. *Curso de Derecho Procesal Penal*. Santiago: Thompson Reuters. 2023.

CURY, Enrique. *Derecho Penal Parte General. Vol. I. Undécima edición actualizada*. Santiago: Ediciones UC. 2020.

DE LA MATA, Norberto. Las distintas modalidades de decomiso después de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo. *Ley penal: Revista de derecho penal, procesal y penitenciario* (Nº124), pp. 1 – 11.

DUCE, Mauricio, MARÍN, Felipe, RIEGO, Cristian. "Reforma a los procesos civiles orales: consideraciones desde el debido proceso y calidad de la información", en: CABEZÓN, Andrea; ARANEDA, Sandra (Coord.). *Justicia Civil: Perspectivas para una reforma en América Latina*. Santiago: CEJA. 2008.

ETCHEBERRY, Alfredo. Derecho Penal Parte General. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1999.

FARTO, Tomás. *El proceso del decomiso autónomo*. Barcelona: Tirant Lo blanch. 2020

FERRER, Jordi. *Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso*. Madrid: Editorial Marcial Pons. 2021.

FRANCE, Guilherme: "*Non-conviction-based confiscation as an alternative tool to assets recovery". En:* Transparency International anti – corruption Helpdesk Answer (2022), pp. 1 – 24. Disponible en: https://knowledgehub.transparency.org/assets/uploads/helpdesk/Non-Conviction-Based-Forfeiture_2022.pdf Acceso: 28 de junio de 2025.

GANTIER, Ronald. La efectiva aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Valladolid: Universidad de Valladolid. 2016.

GARCÍA, Percy. El decomiso de bienes relacionados con el delito en la legislación peruana. *Revista de Derecho PUCP* (Nº81), pp. 113-146. 2018. https://doi.org/10.18800/derechopucp.201802.004

GARRIDO, Mario. Derecho Penal. Parte General tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997.

GISBERT, Marta. Los controvertidos requisitos del decomiso ampliado: indicios objetivos fundados en el origen ilícito de los bienes. *Revista Ius Et Praxis* (Año 28, Nº3), pp. 274 – 286. 2023. http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122022000300274

HASBUN, Cristóbal. El comiso penal en la legislación estadounidense como horizonte comparativo frente al proyecto de nuevo Código Penal. *Revista Ius et Praxis* (Año 24, Nº3), pp. 421 – 452. 2018. http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122018000300421

HENRÍQUEZ, Sergio; DUCCE, Mauricio; ACCATINO, Daniela. Alcance de las garantías del debido proceso que debieran exigirse en el ámbito administrativo sancionatorio. Disponible en: https://academiajudicial.cl/wp-content/uploads/2022/02/Henriquez-Alcance-de-las-garantias-del-debido-proceso-que-debieran-exigirse-en-el-ambito-sancionatorio..pdf Acceso en: 10 abril. 2024.

HERNÁNDEZ, Héctor. *De nuevo sobre el enriquecimiento ilícito*. Revista de Ciencias Penales (Sexta época, Vol. XLVIII, Nº1), pp. 37 – 48. 2023.

HORVITZ, María Inés. Derecho Procesal Penal Chileno. Tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. 2004.

HORVITZ, María Inés. Derecho Procesal Penal Chileno. Tomo II. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. 2005.

JANUARIO, Tulio. Entre presunciones, estándares e inversores de la carga de la prueba. El régimen de decomiso ampliado en España, Portugal y Brasil. En: QUINTAS, María, LAGO, Agustín (coord.). *Desafíos en la lucha contra la corrupción: Gestión de riesgos y paradigmas globales*. Costa Rica: Editorial Colex S.L, pp. 207 – 222. 2023.

MARTINEZ, Walkiria, CORREA, José. Comentarios en torno al comiso sin condena y su aplicación en Panamá. *Sapientia* (Vol. 14, Nº2), pp. 60 – 79. 2023. https://doi.org/10.54138/27107566.459

PEÑAILILLO, Daniel. Los Bienes. La Propiedad y otros Derechos Reales. Santiago: Thompson Reuters. 2022.

PLANCHADEL, Andrea, VIDALES, Caty. Decomiso: comentario crítico desde una perspectiva constitucional. *Estudios Penales y Criminológicos* (Vol. 38), pp. 37-92. 2018. https://doi.org/10.15304/epc.38.5017

POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, Cecilia. Lecciones de derecho penal chileno. Parte general. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2003.

RODRÍGUEZ, Daniel. "*El decomiso de terceros de mala fe (art. 127 quater CP) como piedra de toque: naturaleza del decomiso y solapamiento con la autoría de ciertos delitos*". En: Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología (Nº 24-21). 2022, pp. 1 – 39.

RODRIGUEZ – GARCÍA, Nicolás, ORSI, Omar. La protección reforzada en España de los terceros afectados por el decomiso de bienes ilícito. *Revista de Dereito Processual Penal* (Vol. 6, Nº2), pp. 539-576. 2020. https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i2.360

ROIG, Margarita. La regulación del comiso. El modelo alemán y la reciente reforma española. Estudios Penales y Criminológicos (Vol. XXXVI), pp. 199-279. 2016.

RUSCONI, Eduardo. La inversión de la carga de la prueba en materia de lavado de dinero. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 185 – 194. 2010.

SALIGER, Frank. "Grundfragen der Vermögensabschöpfung". ZStW (129(4)), pp. 995-1034. 2018. DOI: 10.1515/zstw-2017-0047

SERRA, Diva, MARCAZZOLO, Ximena. El comiso sin condena previa en la ley n°21.577 que fortalece la persecución de los delitos de delincuencia organizada y su compatibilidad con el debido proceso. Revista de Derecho Universidad de Concepción (Nº 254 Junio – Diciembre), pp. 155 – 187. 2023. http://dx.doi.org/10.29393/rd254-6ccdx20006

SERRA, Diva, MARCAZZOLO, Ximena. "*Naturaleza jurídica del comiso sin condena previa en la nueva Ley de Delitos Económicos".* En: Pro Iure Revista de Derecho - Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Nº63), pp. 169 – 204. https://doi.org/10.4151/S0718-68512024063-1472

TRINCHERA, Tomasso. Confiscation and asset recovery: better tools to fight bribery and corruption crime. *Criminal Law Forum* (Vol. 31), pp. 49 – 79. 2020. https://doi.org/10.1007/s10609-020-09382-1

WILENMANN, Javier, BASCUÑÁN, Antonio. *Derecho Penal Económico Chileno. Tomo II*. Santiago: DER Ediciones, 2025.

Authorship information

Tamara Saldaña González. Abogada de la Universidad de Concepción, Chile. Magister en Derecho Penal Universidad de Talca, Chile. Estudiante de doctorado de la Universidad Diego Portales, Chile. tasaldanag@gmail.com

Additional information and author's declarations (*scientific integrity*)

Acknowledgement: La presente investigación es producto del trabajo final para optar al grado de Magíster en Derecho Penal de la Universidad de Talca - Universitat Pompeu Fabra, desarrollada en el año 2024. La autora agradece los comentarios y sugerencias del profesor Raúl Carnevali Rodríguez, cuya valiosa revisión hizo posible esta contribución.

Conflict of interest declaration: the author confirms that there are no conflicts of interest in conducting this research and writing this article.

Declaration of authorship: all and only researchers who comply the authorship requirements of this article are listed as authors; all coauthors are fully responsible for this work in its entirety.

Declaration of originality: the author assures that the text here published has not been previously published in any other resource and that future republication will only take place with the express indication of the reference of this original publication; she also attests that there is no third-party plagiarism or self-plagiarism.

Data Availability Statement: In compliance with open science policies, all data generated or analyzed during this study are included in this published article.

Editorial process dates (https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/about)

- Submission: 04/03/2025
- Desk review and plagiarism check: 10/04/2025
- Review 1: 02/05/2025
- Review 2: 12/06/2025
- Preliminary editorial decision: 21/06/2025
- Correction round return: 30/06/2025
- Final editorial decision: 02/07/2025

Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Reviewers: 2

How to cite (ABNT Brazil):

SALDAÑA GONZÁLEZ, Tamara. El comiso sin condena en el ordenamiento jurídico chileno como herramienta para la persecución del crimen organizado. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 11, n. 2, e1176 mai./ago. 2025. https://doi.org/10.22197/rbdpp.v11i2.1176

License Creative Commons Attribution 4.0 International.

Sobre la reformalización de la investigación: desde la alegalidad al reconocimiento normativo

On the subject of reformalization of the investigation: from lawlessness to normative recognition

Francisco José Narváez Gallo[1]
Universitat de Barcelona, Barcelona, España
Universidad de Santiago de Chile, Santiago, Chile
francisco.narvaez@usach.cl
https://orcid.org/0009-0008-0125-2337

Resumen: El objetivo del presente trabajo es examinar la formalización de la investigación como un acto esencial y determinante para establecer los hechos que fundamentarán la acusación y todas las eventuales etapas posteriores del procedimiento. Asimismo, se ocupará de la "reformalización de la investigación", institución recién creada por modificación legal al Código Procesal Penal, y que permite al Ministerio Público modificar, complementar o precisar los hechos y delitos inicialmente formalizados. Esta práctica, que carecía de reconocimiento legal, fue validada por el Ministerio Público por muchos años, y la jurisprudencia fue ambivalente en su aceptación. Aún con todo, plantea interrogantes respecto al derecho de ser informado, al principio de congruencia y al principio de legalidad, todos los que se traducen en una afección directa al derecho a una defensa efectiva del imputado, por comprometer sus garantías procesales fundamentales. A pesar de lo anterior, la investigación demuestra que la afectación también puede incidir en el querellante.

Palabras clave: formalización de la investigación; reformalización; debido proceso; comunicación; principio de congruencia.

[1] Magister en Derecho, mención Derecho Procesal. Doctorando en Derecho y Ciencias Políticas de la Universitat de Barcelona, España. Académico Asistente de la Facultad de Derecho, Universidad de Santiago de Chile. Dirección postal: Las Sophoras 175, Estación Central, Santiago, Chile, CP 9170020. Este artículo fue realizado en el marco de la beca doctoral otorgada por la Fundación Carolina, período 2024-2025.

Abstract: *The aim of this paper is to examine the initial hearing on the criminal case, as an essential and determining act to establish the facts that will underpin the accusation and all the subsequent stages of the procedure. Likewise, it is introduced the concept of "reformalización" [requalify the case presented at the initial hearing on the criminal case], legal institution recently created by Code of Criminal Procedure amendment, whereby the Chilean District Attorney modifies, complements, or clarifies the initial charges presented at the Initial hearing on the criminal case. This practice, which did not have legal recognition, was validated by the Chilean District Attorney for many years, and national jurisprudence was ambivalent in its acceptance. Even though it raises questions regardless its conformity with the right to be informed, the congruence principle and the principle of legality, all of which translate into a direct affectation of the defendant's right to an effective defense, by compromising his fundamental procedural guarantees. Notwithstanding the above, the research demonstrates that the affectation of rights may also affect the plaintiff.*

Keywords: *Initial hearing on the case; ´reformalización´; due process; communication; congruence principle.*

Sumario: Introducción; 1. Manifestación de la imputación inicial: concepto e importancia de la formalización de la investigación; 2. Derecho a conocer el contenido de la imputación; 2.1. Base constitucional y expresión en tratados internacionales relevantes; 3. Principio de congruencia: manifestación desde la formalización de la investigación; 3.1. Sobre la correlación en el proceso penal español; 4. Reformalización de la investigación; 4.1. Concepto y su inicial reconocimiento; 4.2. La falta de regulación y sus consecuencias; 4.3. ¿Construcción dinámica, mutabilidad o revelación de nuevos elementos en la investigación?; 5. Análisis de la jurisprudencia: identificación de épocas; 5.1. Primera época (2000-2005); 5.2. Segunda época (2005-2013); 5.3. Tercer período (2013-a la fecha): el acontecimiento de un caso relevante; 5.4. Fallos de la Exma. Corte Suprema: control jurisprudencial de procedencia; 6. Sobre la Ley N° 21.694: la discusión sobre la reformalización: 6.1. La tramitación del proyecto en el Congreso Nacional; 6.2. El control de constitucionalidad realizado por el Tribunal Constitucional; Conclusiones; Bibliografía.

Introducción

En el sistema procesal penal chileno, la formalización de la investigación es un trámite esencial, entre otras razones, porque fija los hechos imputados sobre los que recaerá la investigación penal. Este acto marca el inicio del principio de congruencia, fijando los hechos del proceso y permitiendo que el fiscal presente su teoría del caso, entendiendo por tal la interpretación de la forma en que ocurrieron los hechos y su calificación jurídica. Esto, con miras a una eventual acusación, que permita el juicio oral y el pronunciamiento de la sentencia definitiva. Por otro lado, y en base a la comunicación realizada en la formalización, la defensa del imputado podrá desarrollar su teoría del caso.

Aunque la formalización delimita los hechos del proceso, el Ministerio Público puede reformalizar la investigación al recalificar, suprimir o agregar hechos, según nuevos elementos o, incluso, por mera estrategia procesal.

Con todo, hasta la promulgación y publicación de la Ley N° 21.694 en el 2024, la institución no tenía reconocimiento en el Código Procesal Penal (de ahora CPP), y solo existía como una práctica del ente persecutor. Esta provocó una nutrida discusión jurídica, de la que es posible advertir diversos criterios en la jurisprudencia. Ahora, y tras la dictación de la mencionada ley, se creó el artículo 229 bis del CPP, que reconoce la reformalización de la investigación, aunque no resuelve los problemas de fondo que puede generar en un proceso penal. Lo señalado se evidencia con los hallazgos jurisprudenciales que serán expuestos en el decurso de las siguientes páginas.

En vista de lo expuesto, surgen las siguientes preguntas, que problematizan este trabajo ¿Cómo ha sido entendida la reformalización de la investigación? ¿Ha sido pacífico su recorrido en la doctrina y la jurisprudencia? ¿El acto de reformalizar lesiona derechos y garantías procesales? ¿Es posible vislumbrar algún futuro panorama tras la creación del artículo 229 bis del CPP?

En este contexto, el objetivo del presente trabajo es analizar la reformalización, desde su origen hasta su regulación legal positiva, reconociendo y evaluando sus implicancias y las principales discusiones que ha suscitado, así como las posibles afectaciones a los derechos y

garantías de los intervinientes. Reconociendo el escaso tratamiento dogmático que ha tenido este instituto en la doctrina procesal chilena, la presente investigación realizó un estudio de 26 fallos relevantes de los juzgados, Cortes y Tribunal Constitucional, todos de Chile, en que se hayan emitido pronunciamiento de fondo sobre el uso de la reformalización de la investigación. Con esto, quiero dar algunas luces respecto del contenido del referido instituto. El criterio de selección empleado fue de fallos que den cuenta de la afectación a las garantías y derechos del imputado y/o querellante en un proceso penal.

Ejercer un deber y una función pública requiere que se haga con respeto a las garantías y derechos de las personas, en especial en el ámbito procesal penal. En esta sede, la tensión entre efectividad en la persecución y la libertad de las personas, junto con sus derechos y garantías, es evidente. Como bien observa Ferrajoli, el garantismo no se construye desde la premisa de un "poder bueno" que respete los derechos; preferirá verlos limitados, sujetados a vínculos jurídicos que los acoten, sobre todo, si estos son fundamentales[2]. En esa misma línea, Gascón sostiene que: "la teoría general del garantismo arranca de la idea – presente ya en Locke y en Montesquieu – de que del poder hay que esperar siempre un potencial abuso que es preciso neutralizar haciendo del derecho un sistema de garantías de límites y vínculos al poder para la tutela de los derechos."[3].

Para lograr los objetivos trazados en la presente investigación, se abordará, en primer lugar, el concepto de formalización de la investigación, su importancia en la definición del proceso, el derecho a conocer la imputación y el principio de congruencia; en este último punto, se mirará el estado actual en el sistema español. Luego, se tratará la reformalización de la investigación, señalando el reconocimiento que le han otorgado diversas fuentes jurídicas, así como identificando sus principales controversias, la normativa que la ampara, los argumentos

---

[2] FERRAJOLI, Luigi. *Sobre los derechos fundamentales y sus garantías*. Traducción de Miguel Carbonell, Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello. México, CIDH, 2006. p. 31.

[3] GASCÓN, Marina. La teoría general del garantismo. Rasgos principales. In: CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (editores). *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid, Trotta, 2005. p. 22.

que se oponen a ella, y construcción dinámica de la teoría del caso, desde la perspectiva persecutora. Un tercer punto corresponderá a un análisis de la jurisprudencia pertinente, identificando tres momentos claves en su desarrollo, con especial relevancia a los criterios de control de procedencia que creó la Excelentísima Corte Suprema. Finalmente, se analizará la tramitación del Boletín N° 15.661-07, del que nace el nuevo artículo 229 bis del CPP, observando la discusión parlamentaria y el control de constitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional.

1. Manifestación de la imputación inicial: concepto e importancia de la formalización de la investigación

Uno de los aspectos esenciales que motivaron la reforma procesal penal chilena fue la separación entre las funciones jurisdiccionales y persecutorias. Hoy en día, es el Ministerio Público el órgano que cuenta con la exclusividad en la dirección y coordinación de la investigación[4], junto con ejercer preferentemente la acción penal, en los casos que correspondan.

En concreto, la formalización de la investigación se encuentra definida en el artículo 229 del CPP de la siguiente forma:

> "Artículo 229: Concepto de la formalización de la investigación. La formalización de la investigación es la comunicación que el fiscal efectúa al imputado, en presencia del juez de garantía, de que desarrolla actualmente una investigación en su contra respecto de uno o más delitos determinados. "[5].

[4] El Mensaje Presidencial del CPP solo le otorgaba dicha exclusividad durante el desarrollo de una investigación desformalizada. Sin embargo, durante el estudio y discusión en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, se acordó otorgar la exclusividad de la investigación al Ministerio Público, con tal de reforzar su autonomía institucional. Véase a FERNÁNDEZ, Miguel. La exclusividad de la función investigadora del Ministerio Público y su vinculación con el quehacer de la Defensoría Penal. *Revista Estudios Constitucionales*, v. 3, n. 2, p. 277-307, 2005, pp. 277 y ss.

[5] CHILE, *Código Procesal Penal*.

Desde una perspectiva práctica, Duce y Riego señalan acertadamente: "(...) dicho de otra forma, en la manifestación unilateral que hace el Ministerio Público acerca de haber iniciado la persecución penal en contra de un imputado por determinados hechos."[6]. En la misma línea, y reconociendo su sentido garantista, Horvitz y Lopez señalan que: "La formalización de la investigación se plantea, en este sentido, como un requisito previo y necesario a la realización de ciertas actuaciones que exigen que el imputado conozca cabalmente el contenido de la imputación con el fin de ejercer sus medios de defensa."[7].

Por lo anterior, la intervención del imputado o su defensa durante la audiencia de formalización se limita solo a solicitar al fiscal que aclare la formulación de cargos que está comunicando, a fin de ejercer adecuadamente la defensa; en ese momento no le corresponde controvertir y/o responder los hechos que se imputan[8].

La jurisprudencia ha reconocido que la intervención del juez de garantía, en este acto procesal, es limitada, ya que no puede calificar su mérito. En este sentido, el tribunal no puede considerar una formalización como no practicada por deficiencia en su contenido, dado que la atribución e iniciativa exclusiva del Ministerio Público; contra ella, solo le queda al imputado y su defensa ejercer el reclamo administrativo, si considera que ha sido afectado por una formalización arbitraria, conforme al inciso final del artículo 232 del CPP[9]. También se debe tener presente la denuncia que realiza Ried, en el sentido que al no haberse definido normativamente cuándo se está ante una formalización arbitraria, el ejercicio del derecho de reclamo del inciso final del artículo 232 del CPP pareciera que no tiene una real y efectiva aplicación[10].

---

6 DUCE, Mauricio; RIEGO, Cristián. *Proceso Penal*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007, p. 220.

7 HORVITZ, María Inés; LÓPEZ, Julián. *Derecho Procesal Penal chileno*. Tomo I. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007, p. 541.

8 GAJARDO, Tania; HERMOSILLA, Francisco. *Manual de Procesal Penal*. Santiago, DER ediciones, 2021, p. 127.

9 CHILE, Corte de Apelaciones de Valdivia, penal-apelación, rol 11-2004, 12/02/2004.

10 RIED, Ignacio. La formalización de la investigación como ejercicio de una carga procesal estratégica del Ministerio Público en el proceso penal. *Revista*

Si el imputado y su defensa no tuvieran la posibilidad de conocer, con una correcta antelación, los hechos que son objeto de la investigación, su ejercicio del derecho de la defensa sería ineficaz, ya que estaría basada en meras suposiciones, conjeturas o elucubraciones sin sustento. En este sentido, Carocca reconoce que la formalización es una actividad indispensable y esencial para el correcto ejercicio de la actividad defensiva: si no se tiene un conocimiento efectivo de los hechos que se le imputan, resultaría inimaginable que pueda defenderse en igualdad de condiciones frente al acusador[11].

Ahora, y siguiendo con la esencia lógica del proceso, las acciones ejercidas por el Ministerio Público se manifiestan en la dualidad que conforma formalización-acusación, la cual se condice con la posterior sentencia dictada por el juez penal, la que se reconoce en el conjunto normativo de los artículos 229, 259 inciso final, 261 letra a), 341 360 y 374 letra f), todos del CPP[12]. En ese razonamiento, los hechos-objeto de juicio son determinados por el fiscal con el acto inicial de la formalización de la investigación y, por tanto, no es posible reconocer que el sentenciador penal cuente con facultades para fijar y determinar su propio objeto de juicio. Mismo parecer encontramos en Del Río quien comenta:

> "El análisis de la correlación de la sentencia requiere del estudio de los actos que limitan los poderes de resolución del juzgador y su contenido. Sólo después de esto procede analizar en qué medida y sobre qué extremos se verá limitada la sentencia. La verificación del deber de correlación importa siempre una actividad de cotejo de dos términos que son los que se relacionan, uno limitando los poderes de decisión (actos de acusación, término limitador) y el otro sometiéndose o debiendo someterse a esa limitación (la sentencia como acto limitado)."[13] (sic).

---

de Justicia Penal, n. 11, p. 87-114. 2017, pp. 105-106.

[11] CAROCCA, Alex. *Manual el nuevo sistema Procesal Penal*. Santiago, Editorial LexisNexis, tercera edición, 2005, p. 289.

[12] La propuesta original se advierte en APABLAZA, Carol. *El principio de congruencia y la reformalización como afectación al derecho a defensa*. Tesis (Magister en Derecho) – Universidad de Concepción, Concepción, 2018, p. 23.

[13] DEL RÍO, Carlos. Deber de congruencia (rectius, correlación) de la sentencia penal y objeto del proceso: un problema no resuelto en la ley e insoluble

Como ya se advierte, esta amplia facultad requiere que sea ejercida con cautela, no tan solo por el poder que le concede al Ministerio Público, sino también por las consecuencias lógicas que derivan del acto de formalización; al carecer el imputado de prerrogativa alguna contra la comunicación que realiza el fiscal en la formalización, se permite que, a partir de meros indicios, sea posible decretar medidas cautelares[14].

Como botón de muestra, y en la particular situación de procedencia de la prisión preventiva, la doctrina ha sostenido que, conforme a la remisión del artículo 155 inciso final al artículo 140, todos del CPP, se requiere de previa formalización de la investigación[15]. Al respecto, la Excma. Corte Suprema, acogiendo un recurso de amparo, y sentando que la prisión preventiva del artículo 155 del CPP tiene como requisito previo e indispensable la formalización de la investigación, señaló:

> TERCERO: Que lo anterior resulta acorde con la garantía constitucional de un procedimiento e investigación racionales y justos, por cuanto es precisamente durante la etapa investigativa en la que le corresponde a la instancia judicial velar por la legalidad de la actuación del ente persecutor y cautelar el respeto a los derechos de quienes puedan resultar afectados por ella, siendo precisamente las medidas cautelares dirigidas contra todo imputado, el ámbito de protección en que mayormente se requiere dicha intervención jurisdiccional. Ahora bien, no cabe duda que uno de los principales derechos del imputado es la de la formalización, pues con ella se obliga al ente persecutor a precisar y judicializar la instrucción, con el fin de otorgar garantías en cuanto al conocimiento de la existencia y contenido de la persecución penal que se dirige en su contra, permitiéndole con ello prestar su declaración judicial como medio de defensa frente a esa imputación y a que se dé lugar a la

para la jurisprudencia chilena, *Revista Ius et Praxis*, v. 14, n. 2, p. 87-125, 2008, p. 93.

[14] RIED, Ignacio. La formalización de la investigación como ejercicio de una carga procesal estratégica del Ministerio Público en el proceso penal. *Revista de Justicia Penal*, n. 11, p. 87-114. 2017, p. 89.

[15] HORVITZ, María Inés; López, Julián. *Derecho Procesal Penal chileno*. Tomo I. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007, p. 436.

> intervención del juez para el control de la actividad investigativa y de las eventuales medidas cautelares[16].

Este criterio, considerado correcto, ha sido reafirmado en diversas ocasiones para conceder todas las especies de cautelas, sentando así la esencialidad de la formalización para el otorgamiento de medidas cautelares en el proceso penal chileno[17].

En definitiva, el fiscal al formalizar la investigación direcciona el contenido de la investigación y de la eventual acusación. Pero, sobre todo, comunicará a los intervinientes, al juez y a la opinión pública, la teoría del caso que seguirá[18].

2. Derecho a conocer el contenido de la imputación

Como ya se vio, el Ministerio Público, a través de sus fiscales, es el órgano que da contenido formal a la imputación en la formalización de la investigación. Con la realización de este acto procesal se satisface un derecho propio de la defensa material del imputado, esto es, conocer el contenido de la imputación[19]. En Chile, la materialidad legal de este derecho

---

[16] CHILE, Corte Suprema, apelación amparo, rol 5720-2011 (Crimen), 24/06/2001.

[17] CHILE, Corte de Apelaciones de Santiago, penal-apelación, rol 2190-2006, 22/11/2006; CHILE, Corte de Apelaciones de Antofagasta, penal-otros, rol 84-2009, 14/04/2009; CHILE, Corte de Apelaciones de Puerto Montt, penal-amparo, rol 39-2006, 09/02/2006; CHILE, Corte Suprema, apelación amparo, rol 793-2006 (Crimen), 03/06/2006; CHILE, Corte de Apelaciones de Santiago, penal-apelación incidente, rol 3534-2019, 31/07/2019; CHILE, Corte de Apelaciones de Concepción, penal-apelación incidente, rol 1320-2020, 15/01/2021.

[18] RIED, Ignacio. La formalización de la investigación como ejercicio de una carga procesal estratégica del Ministerio Público en el proceso penal. *Revista de Justicia Penal*, n. 11, p. 87-114. 2017, pp. 109-112.

[19] CAROCCA, Alex. *Manual el nuevo sistema Procesal Penal*. Santiago, Editorial LexisNexis, tercera edición, 2005, p. 86: "Resulta imprescindible para realizar una defensa eficaz, conocer el contenido de imputación que se realiza contra una determinada persona. De lo contrario, es decir, si no tiene conocimiento de cuál es el hecho por el que se le persigue penalmente, será muy difícil que pueda intervenir eficazmente en el proceso.".

se encuentra en el artículo 93 letra a), en relación con el artículo 7, todos del CPP, en favor de la persona que ha adquirido la calidad de imputado.

Con todo, para dar cuenta adecuada de su contenido, es relevante apreciar su base constitucional y su tratamiento en los tratados internacionales ratificados por Chile.

2.1. Base constitucional y expresión en tratados internacionales relevantes

Una de las razones principales para adoptar un sistema penal acusatorio-mixto fue la necesidad de cumplir con tratados internacionales ratificados por Chile, que exigen el respeto a garantías procesales no reconocidas en el ordenamiento jurídico nacional. En este sentido, la formalización de la investigación es esencial para garantizar dos derechos fundamentales del imputado: el derecho a la información y el ejercicio efectivo de la defensa.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 14 N°2, letras a) y b), reconoce el derecho del acusado a ser informado, sin demora, de la naturaleza y causas de la acusación en un idioma que comprenda, y a disponer de los medios adecuados para preparar su defensa, incluyendo comunicación con un defensor de su elección.

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 8 N°2, letras b) y c), garantiza el derecho del inculpado a la comunicación previa de la acusación, la preparación adecuada de su defensa y la asistencia de un defensor, sin interferencia de autoridad alguna.

Tanto en la doctrina y la jurisprudencia suelen aunarse las anteriores garantías en una más amplia y omnicomprensiva: la del debido proceso. Siendo este un principio constitucional, asegura un curso justo y equitativo para los intervinientes, incluyendo el derecho a presentar alegaciones y solicitudes, a ser oído, hacer valer sus pretensiones, ejercer la igualdad de armas, impugnar argumentaciones y medios probatorios de la contraria, todo frente al órgano que emitirá y resolverá el conflicto puesto a su conocimiento[20].

[20] CHILE, *Actas oficiales de la comisión constituyente* (1975). La Comisión de Estudios para la Nueva Constitución, en su sesión 101° del 9 de enero de

Ya acotando dicho derecho al proceso penal chileno, el artículo 93 letra a) CPP establece que el imputado tiene derecho a que se le informe de manera específica y clara los hechos que se le imputaren y los derechos que le otorgan la Constitución Política de la República (de ahora CPR) y las leyes. Este expreso reconocimiento normativo da sustento legal al derecho a conocer. De tal forma, como lo sugiere el tenor literal de la referida disposición, no solo basta con dar a conocer, sino que la comunicación de los hechos en la formalización debe ser precisa[21].

3. Principio de congruencia: manifestación desde la formalización de la investigación

Hasta este momento, hemos apreciado que la formalización es un acto procesal exclusivo del fiscal, por el cual comunica solemnemente al imputado que pesa sobre él una investigación penal. Como advierte la doctrina, la formalización configura la primera gran manifestación del trípode de la congruencia, junto con la acusación y la sentencia[22].

El legislador chileno, en el artículo 259 del CPP, establece que la acusación fiscal solo puede referirse a los hechos y personas incluidos en la formalización de la investigación, aunque la calificación jurídica en la acusación sea distinta. Lo mismo aplica para la acusación particular, según el artículo 261 letra a) del CPP. Además, el artículo 341 inciso 1º dispone que la sentencia condenatoria no puede exceder el contenido de la

1975, al tratar sobre la materia, señaló que la garantía se sustenta en ofrecer racionalidad y justicia en la conducción de todos los procesos que se lleven dentro de la República, que implica: a) Notificación y audiencia del afectado, pudiendo procederse en su rebeldía si no compareciere una vez notificado; b) Presentación de las pruebas, recepción de ellas y su examen; c) Sentencia dictada en un plazo razonable; d) Sentencia dictada por un tribunal u órgano imparcial y objetivo, y e) Posibilidad de revisar lo fallado por una instancia superior igualmente imparcial y objetiva.

21 SALAS, Jaime. *Problemas del proceso penal*: investigación, etapa intermedia y procedimientos especiales. Santiago, Librotécnica, 2009, pp. 40-41.

22 CRUZ, Andrés. *Curso de derecho procesal penal. Disposiciones generales, investigación preliminar y procedimiento ordinario*. Santiago, Thompson Reuters (Kindle Edition), 2023: II. 14. 14.3. b., párr. 1.

acusación, prohibiendo que se resuelva en base a hechos o circunstancias no contempladas en ella.

Se ha entendido que esta congruencia de contenido, en los actos procesales del fiscal, está destinada a la protección y defensa del imputado, de forma que no vulnere su garantía al debido proceso[23]. En efecto, y para que estemos en el marco de una investigación racional y justa, el imputado ha debido tener la posibilidad de conocer los hechos, que se materializa en la comunicación realizada por el fiscal en el acto de la formalización, con los que se sostendrá la posterior acusación, que, a su vez, restringen el objeto de referencia de una eventual sentencia condenatoria del tribunal[24]. Para Guerra, la comprensión del principio de congruencia recorre tres aristas esenciales[25]: 1) manifestación del derecho a la defensa, 2) la relación circunstanciada, y 3) la precisión de los hechos atribuidos en la acusación y el establecimiento del contenido dogmático para cautelar la presunción de inocencia.

3.1. Sobre la correlación en el proceso penal español

El reflejo español al principio de congruencia chileno se encuentra en *la correlación*[26]. Esta viene ya delimitada en el marco constitucional,

---

[23] GUERRA, Rodrigo. Reformalización en la mira de la congruencia. *Revista Brasileira De Direito Processual Penal*, v. 7, n. 3, p. 2128-2153, 2021, p. 2130.

[24] CRUZ, Andrés. *Curso de derecho procesal penal. Disposiciones generales, investigación preliminar y procedimiento ordinario*. Santiago, Thompson Reuters (Kindle Edition), 2023: II. 14. 14.3. b., párr. 1.

[25] GUERRA, Rodrigo. Reformalización en la mira de la congruencia. *Revista Brasileira De Direito Processual Penal*, v. 7, n. 3, p. 2128-2153, 2021, p. 2130.

[26] Si bien no encuentra mención expresa en la Ley de Enjuiciamiento Criminal española, este principio ha sido construido desde la doctrina y la jurisprudencia. Véanse: NIEVA, Jordi. *Derecho Procesal III (Proceso Penal)*: Adaptado a la Ley Orgánica 1/2025 de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia. 4° Edición, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2025, pp. 346-348; MORENO, Víctor; CORTÉS, Valentín. *Derecho procesal penal*. Valencia, Tirant Lo Blanch, onceava edición, 2023, pp. 186-187; VALLESPÍN, David; ORTEGO, Francisco. *Manual de derecho procesal penal*. Barcelona, Atelier, 2023, p. 197-199; MONTERO, Juan; GÓMEZ, Juan Luis; BARONA, Silvia; ESPARZA, Iñaki; ETXEBERRIA, José. *Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal*. Valencia, Tirant Lo Blanch, vigésima séptima edición, 2019, pp.

por aplicación de los derechos y garantías que se expresan en el artículo 24 de la Constitución de España, en específico, por expresión del principio acusatorio.

Su manifestación normativa se encuentra en los artículos 142, regla tercera[27] y 742 inciso 1°[28] de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española. Por tanto, se ha entendido que corresponde al cumplimiento de un deber, y cuya manifestación se da desde la acusación. Sin embargo, nos parece interesante recoger las observaciones de Moreno y Cortes, en cuanto a que la correlación ya encuentra su manifestación temprana en los actos procesales que son propio del *encausamiento*[29]. En efecto, si es garantía que el encausado cuente con la suficiente información sobre el proceso que soporta, uno de los efectos propios del encausamiento, en relación directa con la *correlación*, es la delimitación de la instrucción, impidiendo que lleve a cabo una investigación generalizada en contra de la conducta del acusado (*inquisitio generalis*)[30].

447-448. Es necesario mencionar que los autores españoles revisados no se han hecho cargo de su naturaleza jurídica. La gran mayoría le atribuyen la calidad de un deber legal. Otros dicen que es un principio, o sea, una guía de actuación y proceder.

[27] "Artículo 142. Las sentencias se redactarán con sujeción a las reglas siguientes. (...) 3.ª Se consignarán las conclusiones definitivas de la acusación y de la defensa y la que, en su caso, hubiese propuesto el Tribunal, en virtud de lo dispuesto en el art. 733".

[28] "Artículo 742. En la sentencia se resolverán todas las cuestiones que hayan sido objeto de juicio, condenando o absolviendo a los procesados, no sólo por el delito principal y sus conexos, sino también por las faltas incidentales de que se haya conocido en la causa, sin que pueda el Tribunal emplear en este estado la fórmula del sobreseimiento respecto de los acusados a quienes crea que no debe condenar."

[29] MORENO, Víctor; Cortés, Valentín. *Derecho procesal penal*. Valencia, Tirant Lo Blanch, onceava edición, 2023, pp. 153-156. Para los autores, el *encausamiento* corresponde a los actos judiciales que implican la producción de consecuencias procesales personales o patrimoniales del acusado.

[30] MORENO, Víctor; Cortés, Valentín. *Derecho procesal penal*. Valencia, Tirant Lo Blanch, onceava edición, 2023, p. 156.

4. Reformalización de la investigación

4.1. Concepto y su inicial reconocimiento

Investigar es, esencialmente, una actividad orientada a indagar con el propósito de descubrir. No es improbable que, durante su labor, el persecutor, tras la formalización, descubra hechos nuevos que modifiquen los hechos-objeto de la formalización inicial. Este escenario podría generar discrepancias sustanciales en la información proporcionada al imputado o a su defensa. De ser así, se podrían plantear diversas situaciones hipotéticas, tales como: a) un fiscal acusa, ofreciendo pruebas que demuestran que los hechos por los que se formalizó son diferentes; b) un fiscal acusa con hechos-objeto distintos a los que fueron esenciales de la formalización inicial, o c) un fiscal comunica a un imputado, en presencia de un juez de garantía, que se modifican los hechos-objeto de una formalización primigenia, para así mantener la congruencia con la futura acusación y eventual sentencia definitiva, y sin perjuicio que la prueba obtenida – hasta ese momento – sea acorde a dicha actividad punitiva. En esa última hipótesis se encuadra el marco de la reformalización[31].

Horvitz ofrece el siguiente concepto doctrinario de reformalización: "aquella formalización en que se amplían los hechos que fueron objeto de una primera formalización, modificándose con ello su calificación jurídica" [32]; distinguiéndola de una nueva formalización, la que sería: "a hechos desvinculados (*prima facie*) de aquellos que dieron origen a la primera formalización y que pueden constituir un concurso real o ideal de delito respecto de una misma persona o personas."[33].

También se ha dicho que la reformalización de la investigación es:

---

[31] Al menos como lo ha entendido APABLAZA, Carol, *El principio de congruencia y la reformalización como afectación al derecho a defensa*. Tesis (Magister en Derecho) – Universidad de Concepción, Concepción, 2018, p. 31, entre las múltiples hipótesis de procedencia expuestas.

[32] HORVITZ, María Inés. Las atribuciones del Consejo de Defensa del Estado en el nuevo sistema procesal penal. *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado*, n. 16, p. 49-68, 2006, p. 56.

[33] HORVITZ, María Inés. Las atribuciones del Consejo de Defensa del Estado en el nuevo sistema procesal penal. *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado*, n. 16, p. 49-68, 2006. p. 56.

> "aquella actuación discrecional realizada por parte del Ministerio Público que, en virtud del acaecimiento de circunstancias desconocidas al momento de formalizar la instrucción, busca obtener del juez de garantía la posibilidad de modificar en uno o más aspectos los términos de la formalización vigente originalmente sostenida o agregar nuevos hechos."[34].

De manera similar, la Iltma. Corte de Apelaciones de San Miguel, entregó una propuesta de definición de reformalización, al señalar que:

> (...) la reformalización importa una modificación de los hechos atribuidos al imputado eventualmente, también la calificación de los mismos razón por la que se ha considerado necesario llevar a efecto una nueva comunicación de la imputación. No obstante, no cabe entender que la formalización de un imputado se ve enervada por una reformalización de la investigación que ya no lo incluye como la primera. (Considerando Tercero)[35].

4.2. La falta de regulación y sus consecuencias

Ya se dijo que la conducción de la investigación penal es una competencia exclusiva del Ministerio Público. Ahora, corresponde resolver la cuestión de si la reformalización puede compatibilizarse con el núcleo esencial de la formalización de la investigación.

La formalización tiene un enfoque garantista, pues ofrece a la persona investigada conocer el contenido de la imputación formal, permitiéndole ejercer su derecho a una defensa efectiva. Su ausencia afectaría gravemente el derecho a la bilateralidad de la audiencia y la igualdad de armas. Además, el principio de congruencia exige que la

---

[34] ESCOBAR, Juan Manuel. *La reformalización de la investigación: un problema jurídico no resuelto*. Tesis (Magister en Derecho Penal) – Universidad de Chile, Santiago, 2013, p. 28. Si bien es una facultad discrecional del Ministerio Público ejercer la formalización de la investigación, esta debe cumplir con un requisito de solemnidad que el CPP establece: debe ser comunicada y realizada ante un juez de garantía.

[35] CHILE, Corte de Apelaciones de San Miguel, penal-apelación incidente, rol 2848-2018, 26/10/2018.

acusación se base exclusivamente en los hechos de la formalización. En este sentido, la reformalización puede representar un riesgo para el imputado, al dificultar el ejercicio de una defensa efectiva y la bilateralidad de audiencia.

En este punto, adelanto parte de los resultados de la exploración jurisprudencial realizada: las Cortes y tribunales han alertado que una reformalización realizada concluyendo el plazo de investigación, o con plazo vencido pero no declarado por el juez, afecta seriamente los derechos del imputado consagrados en el artículo 93 del CPP, especialmente aquellos relativos a la solicitud de diligencias para sostener su inocencia o para configurar circunstancias eximentes de responsabilidad.

Peor aún, la defensa del imputado, que ya elaboró una teoría de caso y estrategia basadas en la formalización primigenia, puede verse obligada a replantearlas o modificarlas debido a una reformalización motivada por una nueva apreciación del fiscal sobre el caso.

En este punto es pertinente preguntarse si la reformalización de la investigación atenta contra el principio *ne bis in idem*, como regla que busque impedir una doble investigación sobre el imputado. Para Mañalich, este principio no es de identidad única, sino que presenta dos estándares que deben tenerse en consideración: la prohibición a la doble punición[36] y la prohibición al doble juzgamiento[37]. Romero[38] sostiene que dicho principio es reconocido en el CPP, a través de diversas instituciones formales[39],

---

[36] MAÑALICH, Juan Pablo. El principio ne bis in idem frente a la superposición del derecho penal y el derecho administrativo sancionatorio. *Política criminal*, n. 19, v. 9, 2014, pp. 548-551. Se sustenta en el principio de proporcionalidad, cuya implicancia directa es evitar la doble valoración de un mismo objeto sometido a juzgamiento.

[37] MAÑALICH, Juan Pablo. El principio ne bis in idem frente a la superposición del derecho penal y el derecho administrativo sancionatorio. *Política criminal*, n. 19, v. 9, 2014, pp. 551-554. Su fundamento son las condiciones de legitimación del proceso penal, como son la justicia procedimental y la seguridad jurídica. Estas se expresan en las instituciones formales de las excepciones de cosa juzgada y litispendencia.

[38] ROMERO, Alejandro. El principio del ne bis in idem y la cosa juzgada penal como elementos constitutivos del derecho de defensa del imputado. *Revista Jurídica Digital UANDES, [S. l.]*, vol. 4, num. 2, p. 122–142, 2021.

[39] Sostiene su trabajo tras analizar cuatro figuras del proceso penal chileno: 1) las consecuencias y reacciones tras el cierre de la investigación; 2) el efecto excluyente de la suspensión condicional del procedimiento; 3) la falta de corrección

con la finalidad de evitar que las leyes, la judicatura o la administración sancionen dos veces a un mismo sujeto por los mismos hechos[40]. En coordenadas anglosajonas, Moore relata ciertos casos de infracción y abuso judicial norteamericano, que han llevado a un consenso sobre la necesidad de proteger a los encausados, a través de la prohibición de la doble incriminación (*double-jeopardy*)[41].

Si bien pareciera que la reformalización atentaría con este principio, lo cierto es que, a mi parecer, la motivación del Ministerio Público al reformalizar una investigación es distinta a lo que busca prevenir el *ne bis in idem*. En efecto, el interés del fiscal es mutar la calificación jurídica, realizada en la formalización inicial, sobre el hecho a investigarse, y siempre antes del cierre de la investigación. O sea, antes que el tribunal tenga oportunidad de declarar cerrada la investigación, para luego proceder a dictar una resolución que pueda poner término al proceso penal. Si bien este punto excede el objeto de este trabajo, me pareció necesario aclarar cualquier confusión de términos entre instituciones de derecho penal sustantivo y derecho procesal penal.

En cuanto a la afectación al principio de congruencia, es posible sostener *a priori* que una reformalización bien planteada, en términos procesales, no debiese atentar la congruencia procesal. Tal como advierte Escobar: "si el Ministerio Público se ha visto en la necesidad de efectuar una reformalización de la investigación, la lógica indica que aquello obedece a que una acusación sin previa reformalización no respetaría el inciso final del artículo 259 del CPP (congruencia acusación-formalización)."[42].

---

de la acusación, y 4) el ejercicio de la facultad de no perseverar en la investigación. Ver: ROMERO, Alejandro. El principio del ne bis in idem y la cosa juzgada penal como elementos constitutivos del derecho de defensa del imputado. *Revista Jurídica Digital UANDES*, *[S. l.]*, vol. 4, num. 2, 2021, pp. 128-130.

40 ROMERO, Alejandro. El principio del ne bis in idem y la cosa juzgada penal como elementos constitutivos del derecho de defensa del imputado. *Revista Jurídica Digital UANDES*, *[S. l.]*, vol. 4, num. 2, 2021, p. 123.

41 MOORE, Michael S. The Doctrinal and Normative Basis of the Double-Jeopardy Requirement. In: MOORE, Michael S. *Act and Crime: The Philosophy of Action and its Implications for Criminal Law*. Oxford, Oxford University Press, 2010.

42 ESCOBAR, Juan Manuel. *La reformalización de la investigación: un problema jurídico no resuelto*. Tesis (Magister en Derecho Penal) – Universidad de Chile, Santiago, 2013, pp. 29-30.

Además de las anteriores dificultades, hasta la publicación de la Ley N° 21.694, la reformalización de la investigación, práctica habitual de los fiscales del Ministerio Público, carecía de base normativa. Esta falta de respaldo legal generó un debate sobre su validez, ya que contravenía el principio de legalidad, que obliga a los órganos del Estado a someterse al ordenamiento jurídico, conforme señalan los artículos 6 y 7 de la CPR.

En el plano constitucional, Guerra cuestiona la reformalización en dos aspectos fundamentales. En el primero, se pregunta sobre qué hechos son los que se deben incorporar antes de la audiencia de preparación de juicio oral, en comunicación con los derechos y garantías del debido proceso[43]. Sobre su segunda inquietud, aborda el conflicto con la garantía constitucional por la que toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe provenir de un proceso legalmente tramitado[44].

Continuando en coordenadas constitucionales, el artículo 7 de la Ley Orgánica Constitucional N° 19.640 del Ministerio Público reconoce este principio para su actividad persecutora, regulada además en diversas disposiciones del CPP. En este contexto, el artículo 5 del CPP prohíbe la interpretación por analogía, en la medida que se restrinja la libertad u otros derechos del imputado. Este punto crucial invalida la justificación de extender la facultad de reformalizar a la que otorga el artículo 230 del CPP para formalizar la investigación, como se intentó en múltiples oportunidades.

La reformalización, ausente en el CPP original, implicaba una práctica procesal de vacío legal. De este vacío surgía una clara vulneración al principio de legalidad, dado que un órgano del Estado actuaba más allá de las facultades otorgadas por la ley, generando una práctica procesal irregular.

4.3. ¿Construcción dinámica, mutabilidad o reacción ante la revelación de nuevos elementos en la investigación?

Quienes han litigado en la sede penal, tienen muy presente el carácter dinámico que puede tener la calificación y encuadre de la teoría

---

[43] GUERRA, Rodrigo. Reformalización en la mira de la congruencia. *Revista Brasileira De Direito Processual Penal*, v. 7, n. 3, 2021, p. 2145.

[44] GUERRA, Rodrigo. Reformalización en la mira de la congruencia. *Revista Brasileira De Direito Processual Penal*, v. 7, n. 3, 2021, p. 2145.

del caso durante la investigación. El avance y desarrollo de las diligencias indagatorias plantean extensas jornadas de análisis y reflexión, entorno a la teoría del caso que se pretenderá sostener, tanto en la acción como en la defensa. Así, lo que importa durante esta fase es la identificación del hecho-objeto, cuya calificación no es pétrea (*perpetuatio obiectus*), sino cuya intensidad y apreciación jurídica va variando[45].

Tampoco se debe desconocer que el órgano encargado de la investigación y la persecución, desde que toma conocimiento de la ocurrencia de un evento a investigarse, recabará nuevos elementos que, eventualmente, permitan desarrollar una teoría del caso distinta a la inicial. Después de todo, los fiscales cuentan con un amplio margen de acción y campo de criterio para la formación de su apreciación de los hechos que son puestos a su conocimiento; no se encuentran limitados por la calificación inicial que pueda revestir en el hecho al iniciar el proceso[46]. Así, Falcone reafirma lo indicado:

> "Desde la perspectiva del objeto, esto significa que, durante la etapa de investigación, la idea que se tenga acerca del hecho punible y la persona que lo realizó, puede variar. Es conocido el objeto, en la forma que dio origen a una investigación –sostenido en una denuncia, o en un parte policial, etc.–, en cambio, no se sabe qué rasgos específicos tendrán el hecho punible y la participación atribuida al imputado, al término de dicha etapa. Esto, naturalmente, se explica por los descubrimientos que se vayan sucediendo, como resultado de las diligencias practicadas y de la actividad de los demás intervinientes, que tenga incidencia en la instrucción."[47]

---

[45] NIEVA, Jordi. *Derecho Procesal III (Proceso Penal)*: Adaptado a la Ley Orgánica 1/2025 de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia. 4° Edición, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2025, p. 52

[46] FALCONE, Diego. Apuntes sobre la formalización de la investigación desde la perspectiva del objeto del proceso penal. *Revista De Derecho (Coquimbo)*, v. 21, n. 2, p. 192.

[47] FALCONE, Diego. Apuntes sobre la formalización de la investigación desde la perspectiva del objeto del proceso penal. *Revista De Derecho (Coquimbo)*, v. 21, n. 2, p. 192.

Por eso que la expresión *el objeto del proceso se construye paulatinamente* tiene pleno reconocimiento doctrinario[48], y aplicación en la litigación penal. En el avance y desarrollo de la investigación, puede apreciarse el mismo hecho desde múltiples perspectivas, como también el grado de participación del denunciado, los que son susceptibles de ampliación a nuevos elementos, modificaciones, precisiones en la fase de ejecución de los eventos, o complementar con nuevos antecedentes.

Antes que la investigación sea cerrada, el fiscal podrá variar la calificación del hecho realizada en la formalización. Luego de ese hito procesal, solo corresponde al ente persecutor adoptar una posición, en la fase intermedia, para la continuidad o término anticipado del proceso incoado. Por esto, el efecto procesal del cierre o conclusión no son menores[49].

En el caso que el persecutor decida promover acusación, el objeto del proceso ya es fijado, y sustentar el eventual juicio. Esto supone que no puede existir juicio penal sin una acusación, de parte quien promovió el inicio de este, lo que es concreción del adagio *nemo iudex sine accusatore* del proceso penal[50]. Como ya se aprecia, el principal efecto de la acusación es la imposibilidad de realizar mutaciones fácticas y jurídicas a la imputación[51].

---

48 FALCONE, Diego. Apuntes sobre la formalización de la investigación desde la perspectiva del objeto del proceso penal. *Revista De Derecho (Coquimbo)*, v. 21, n. 2, p. 192. En el mismo sentido: NIEVA, Jordi. *Derecho Procesal III (Proceso Penal)*: Adaptado a la Ley Orgánica 1/2025 de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia. 4° Edición, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2025, p. 52: "En el proceso penal todo es mucho más laxo".

49 NIEVA, Jordi. *Derecho Procesal III (Proceso Penal)*: Adaptado a la Ley Orgánica 1/2025 de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia. 4° Edición, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2025, p. 335: "Se trata de un momento de reflexión previo que suele quedar en el ámbito de lo privado de cada sujeto, pero que en el proceso penal se oficializa, dado que en el mismo existe una persona, el reo, que tiene el derecho a saber con seguridad qué va a ser de su futuro, puesto que no es aceptable tenerle indefinidamente pendiente de la apertura o no de un proceso penal, menoscabando con ello su tranquilidad y, por consiguiente, sus condiciones de vida.".

50 VALLESPIN, David; ORTEGO, Francisco. *Manual de derecho procesal penal*. Barcelona, Atelier, 2023, p. 202.

51 NIEVA, Jordi. *Derecho Procesal III (Proceso Penal)*: Adaptado a la Ley Orgánica 1/2025 de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia. 4° Edición, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2025, p. 335.

5. Análisis de la jurisprudencia: identificación de épocas

En este punto, y siguiendo la investigación realizada por Escobar[52], se han distinguido dos etapas: la primera, que abarca desde el año 2000 al 2005, se caracteriza por la negativa judicial a la reformalización de la investigación. Luego, en una segunda fase, que comprende desde el año 2005 al 2013, se reconoce su procedencia, tras un razonamiento más profundo, en cuanto a su existencia, naturaleza y procedencia. Por último, este trabajo aporta una tercera etapa de revisión, que abarca desde el año 2013 hasta la publicación de la Ley N° 21.694.

5.1. Primera época (2000-2005)

La primera resolución que se ha pronunciado sobre una reformalización proviene del Juzgado de Garantía de los Andes, de fecha 01 de junio del 2004[53], en que se resolvió un recurso de reposición presentado por el Ministerio Público. El asunto trató sobre la negativa del tribunal a conceder la posibilidad de reformalizar, el que tuvo en consideración dos aspectos: 1) la incertidumbre jurídica que crea reformalizar, y 2) los nuevos hechos contenidos en la comunicación de imputación no permitirán a la defensa elaborar su estrategia. Escobar destaca este caso por el momento procesal en que se intentó reformalizar, y que fue en la misma audiencia de apercibimiento de cierre de la investigación.

> "De admitirse que la facultad de reformalizar puede ejercerse durante la investigación y hasta el cierre de ella, es posible encontrar asidero a lo dispuesto en este fallo. Si en una misma audiencia de cierre de la investigación se reformaliza, y luego se procede al

[52] ESCOBAR, Juan Manuel. *La reformalización de la investigación: un problema jurídico no resuelto*. Tesis (Magister en Derecho Penal) – Universidad de Chile, Santiago, 2013, pp. 41-59. De los fallos citados por el autor, no fue posible obtener aquellos que correspondan a juzgados de garantía, por la limitación que presenta el sistema de causas SIAGI y del PJUD luego de la migración informática realizada el año 2013. Con todo, se prefirió hacer referencia a la individualización de la causa, por si en un futuro próximo es posible recogerlos.

[53] CHILE, Juzgado de Garantía de Los Andes, sentencia definitiva, rol RIT 251-2004, 01/06/2004.

> cierre, es claro que el imputado se verá privado de la posibilidad de solicitar al fiscal la práctica de las diligencias que estime necesarias para esclarecer los hechos o desvirtuar los términos de la pretensión punitiva dirigida en su contra."[54]

Un segundo intento fue conocido por el Juzgado de Garantía de San Javier. Aquí, se declaró improcedente la solicitud de reformalización del fiscal, por cuanto es un trámite ilegal y no reconocido por el CPP. Escobar rescató el siguiente pasaje de la resolución: "no estando regulada la institución de la reformalización no se dará lugar a realizar dicha actuación"[55].

Otro caso recolectado corresponde a uno presentado ante el Juzgado de Garantía de Talca en el año 2005[56]. Según lo señalado, en la formalización inicial se imputó al acusado por el delito de robo con violencia, en calidad de autor en grado consumado. Semanas después, el fiscal solicitó reformalizar la investigación modificando diversos elementos, como fecha, hora y número de involucrados. La defensa rechazó la petición, alegando que la reformalización no está regulada y que, conforme al principio de congruencia procesal, debe existir correlación entre formalización, acusación y sentencia. El juez resolvió que dicha institución no está contemplada en la normativa y, en consecuencia, rechazó la solicitud fiscal.

5.2. Segunda época (2005-2013)

Escobar señala que este es un período en el que la reformalización comenzó a ser reconocida por tribunales y Cortes, pero sin que se haya resuelto la legalidad de su procedencia. "Si bien ese tópico no se

---

[54] ESCOBAR, Juan Manuel. *La reformalización de la investigación: un problema jurídico no resuelto*. Tesis (Magister en Derecho Penal) – Universidad de Chile, Santiago, 2013, p. 42.

[55] ESCOBAR, Juan Manuel. *La reformalización de la investigación: un problema jurídico no resuelto*. Tesis (Magister en Derecho Penal) – Universidad de Chile, Santiago, 2013, p. 42. Juzgado de Garantía de San Javier, 30/11/2004.

[56] ESCOBAR, Juan Manuel. *La reformalización de la investigación: un problema jurídico no resuelto*. Tesis (Magister en Derecho Penal) – Universidad de Chile, Santiago, 2013, p. 44. Juzgado de Garantía de Talca, 2004.

encuentra zanjado, es una figura a la que se recurre y se discute entre los intervinientes, donde la defensa presenta argumentos más sofisticados: la reformalización no está en el Código Procesal Penal, infracción al principio de congruencia procesal, incidente de nulidad, cautela de garantías, entre otros."[57].

Un caso ilustrativo fue el resuelto por la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago[58] que, conociendo de un recurso de nulidad, validó la actuación del Ministerio Público de reformalizar. En este, dos imputados fueron condenados en su calidad de autores de robo con violencia. Sin embargo, la formalización primitiva fue de robo por sorpresa. La defensa dedujo recurso de nulidad contra la sentencia por las causales del artículo 374 letra f), en relación con el artículo 341, todos del CPP, esto es, por haberse condenado en base a hechos o circunstancias no contenidos en la acusación.

De los casos descritos, Escobar identificó una subespecie de actuación procesal, la que denominó *reformalización intempestiva*. Según él, corresponde a:

> "aquella agregación efectuada a los hechos contenidos en la formalización primitiva, en una etapa final de la investigación. El problema que se produce con la reformalización es que, al no estar regulada, no tiene límites que aclaren los supuestos y la extensión de su procedencia."[59].

Otro caso relevante fue el ocurrido en una de las aristas del "Caso Bombas". Ante el 8° Juzgado de Garantía de Santiago[60], se discutió la posibilidad de reformalizar la investigación, teniendo en especial

---

[57] ESCOBAR, Juan Manuel. *La reformalización de la investigación: un problema jurídico no resuelto*. Tesis (Magister en Derecho Penal) – Universidad de Chile, Santiago, 2013, p. 46.

[58] CHILE, Corte de Apelaciones de Santiago, 30/11/2004.

[59] ESCOBAR, Juan Manuel. *La reformalización de la investigación: un problema jurídico no resuelto*. Tesis (Magister en Derecho Penal) – Universidad de Chile, Santiago, 2013, p. 60.

[60] ESCOBAR, Juan Manuel. *La reformalización de la investigación: un problema jurídico no resuelto*. Tesis (Magister en Derecho Penal) – Universidad de Chile, Santiago, 2013, pp. 49-55. 8º Juzgado de Garantía de Santiago, 18/03/2011.

consideración que, en agosto del 2010, se formalizó la investigación por el delito de asociación ilícita. En los meses de febrero y marzo del año 2011, el persecutor solicitó audiencia para reformalizar la investigación, por nuevos hechos descubiertos en un caso tan complejo. Tras el debate entre los intervinientes, el tribunal permitió reformalizar, sosteniendo – en síntesis – que ésta se justificaba por la necesidad de precisar y dar asertividad al contenido de la formalización realizada, con tal de resguardar la garantía del imputado de conocer, de forma precisa y clara, la imputación fáctica de la investigación, lo cual se logra con una reformalización[61].

5.3. Tercer período (2013-a la fecha): el acontecimiento de un caso relevante

Durante esta investigación se encontraron veintiséis fallos relevantes. De estos, dieciocho[62] ya permiten presentar un panorama

---

[61] ESCOBAR, Juan Manuel. *La reformalización de la investigación: un problema jurídico no resuelto*. Tesis (Magister en Derecho Penal) – Universidad de Chile, Santiago, 2013, pp. 51-55.

[62] CHILE, Tribunal Constitucional, control de constitucionalidad, rol 15525-24, 14/08/2024; CHILE, Corte Suprema, apelación amparo, rol 50030-2016 (Crimen), 16/08/2016: CHILE, Corte Suprema, apelación amparo, rol 50850-2023 (Crimen), 31/03/2023; CHILE, Corte Suprema, recurso de nulidad penal, rol 131133-2023 (Crimen), 21/08/2023; CHILE, Corte Suprema, apelación amparo, rol 16684-2024 (Crimen), 28/05/2024; CHILE, Corte de Apelaciones de Valparaíso, penal-amparo, rol 185-2016, 03/08/2016; CHILE, Corte de Apelaciones de Valdivia, penal-recurso de hecho, rol 346-2017, 27/05/2017; CHILE, Corte de Apelaciones de Concepción, penal-nulidad, rol 1147-2017, 02/02/2018; CHILE, Corte de Apelaciones de San Miguel, penal-apelación incidente, rol 2848-2018, 26/10/2018; CHILE, Corte de Apelaciones de Arica, amparo, rol 251-2018, 04/01/2019; CHILE, Corte de Apelaciones de Santiago, penal-apelación, rol 4133-2018, 22/01/2019; CHILE, Corte de Apelaciones de Santiago, penal-apelación incidente, rol 3534-2019, 31/07/2019; CHILE, Corte de Apelaciones de Concepción, amparo, rol 265-2019, 23/12/2019; CHILE, Corte de Apelaciones de Santiago, amparo, rol 2578-2020, 13/11/2020; CHILE, Corte de Apelaciones de Concepción, penal-apelación incidente, rol 1320-2020, 15/01/2021; CHILE, 1° Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, sentencia definitiva absolutoria – delitos aduaneros, RIT 147-2021, 10/04/2023; CHILE, 8° Juzgado de Garantía de Santiago, juicio abreviado por delitos tributarios, rol 6873-2014, 11/07/2018; CHILE, 8° Juzgado de Garantía de Santiago, juicio abreviado por delitos tributarios, rol 6873-2014, 09/07/2019.

general. Tres fueron a favor de la tesis de la defensa del imputado, quienes lograron revertir las propuestas de reformalización persecutoras: dos por reformalización intempestiva[63], y una por omisión sobre un imputado por parte del Ministerio Público al momento de acusar[64]. De los casos analizados se prestará especial atención al "caso Penta"[65], que será objeto de análisis de este apartado.

En términos generales, la reformalización ha sido reconocida por la jurisprudencia nacional; no obstante, el debate en torno a su procedencia se ha centrado en determinar si afecta o no los derechos y garantías del imputado. En tiempos recientes, la Exma. Corte Suprema creó un control de procedencia en diversos fallos[66], cuyo estándar tiene un contenido claro: se permite al Ministerio Público reformalizar siempre que no se altere el núcleo sustancial de los cargos de la formalización y no se incorporen hechos nuevos a la imputación.

Merece especial mención un caso de delitos aduaneros, el que terminó con la absolución del imputado[67]. En este, el Ministerio Público formalizó por el delito reiterado de contrabando aduanero. En la investigación se llevó a cabo tres reformalizaciones, a efectos de agregar nuevos hechos a la formalización originaria. Conociendo del caso, el 1° Tribunal Oral en lo Penal de Santiago absolvió al imputado. A su juicio, las personas deben ser investigadas en un plazo razonable, lo que no ocurrió en este caso, teniendo en consideración que las tres reformalizaciones

---

63 CHILE, Corte de Apelaciones de Concepción, amparo, rol 265-2019, 23/12/2019.

64 CHILE, Corte de Apelaciones de San Miguel, penal-apelación incidente, rol 2848-2018, 26/10/2018.

65 CHILE, 8° Juzgado de Garantía de Santiago, juicio abreviado por delitos tributarios, rol 6873-2014, 11/07/2018; CHILE, 8° Juzgado de Garantía de Santiago, juicio abreviado por delitos tributarios, rol 6873-2014, 09/07/2019. Conociendo del recurso de apelación que interesa: CHILE, Corte de Apelaciones de Santiago, penal-apelación, rol 4133-2018, 22/01/2019.

66 CHILE, Corte Suprema, apelación amparo, rol 50850-2023 (Crimen), 31/03/2023; CHILE, Corte Suprema, recurso de nulidad penal, rol 131133-2023 (Crimen), 21/08/2023; CHILE, Corte Suprema, apelación amparo, rol 16684-2024 (Crimen), 28/05/2024.

67 CHILE, 1° Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, sentencia definitiva absolutoria – delitos aduaneros, RIT 147-2021, 10/04/2023.

practicadas buscaban ampliar, de forma indebida, una investigación que *de facto* duró más del máximo legal que señala el artículo 247 del CPP[68].

Hasta este momento de la exposición, hemos visto diversas hipótesis y casos prácticos en que la reformalización afecta los derechos del imputado. Sin embargo, la investigación también arrojó una situación bastante particular que merece de mención: un acto de reformalización excluyó a querellantes, quienes contaban con legitimidad activa para intervenir en un caso penal. Sobre este particular tratará las siguientes líneas.

El 4 de marzo de 2015, se formalizó la investigación llevada a cabo por los delitos de soborno y declaración tributaria falsa en contra de los controladores del grupo financiero "Penta". En la misma audiencia, se formalizó la investigación contra del ex Subsecretario de Minería por soborno, cohecho, incremento patrimonial injustificado y declaración tributaria errónea. En julio de 2018, el Ministerio Público reformalizó la investigación, excluyendo los delitos de soborno y cohecho; este acto afectó a todos los querellantes por delitos de funcionarios públicos, en especial, al Consejo de Defensa del Estado, quienes perdieron su legitimación de interviniente en dicho proceso. Los únicos que quedaron con legitimidad fueron el Ministerio Público y el Servicio de Impuestos Internos por los delitos tributarios. Tras esto, se celebró un juicio abreviado contra los controladores de "Penta", quienes fueron condenados solo por los delitos tributarios. Luego, fue el turno del ex Subsecretario de Minería, quien fue condenado por delitos tributarios. Por lo anterior, los condenados solo debían cumplir penas remitidas – que no implicaban cumplimiento de presidio – más el pago de multas y clases formativas sobre ética en la dirección de empresas.

A raíz de la exclusión, los querellantes apelaron, solicitando a la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago la necesidad de aclarar si el Ministerio Público podía modificar los hechos de la formalización inicial con las reformalizaciones que practicó, provocando la consecuente exclusión de los señalados querellantes.

---

[68] CHILE, 1° Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, sentencia definitiva absolutoria – delitos aduaneros, RIT 147-2021, 10/04/2023. Considerando decimosegundo.

La Corte de Apelaciones de Santiago confirmó, en voto de mayoría, el fallo recurrido y, por tanto, la exclusión de los querellantes y el juicio abreviado. Consideró, principalmente, que los querellantes-apelantes carecían de legitimidad activa en su acción y que sus teorías fácticas del caso no guardaban la necesaria congruencia con la acusación y acuerdo de procedimiento abreviado que el Ministerio Público logró con los imputados.

> 17°.- Que, la formalización es un acto jurídico procesal que emana del fiscal y no del órgano jurisdiccional, revestido de solemnidades legales en cuanto al lugar y sujetos que deben estar presentes cuando ella se realiza, estrictamente vinculado al principio de la congruencia en el sistema procesal penal dado que la acusación sólo puede referirse a hechos y personas incluidos en la formalización de la investigación y, por su parte, la sentencia condenatoria no puede exceder el contenido de la acusación. De lo anterior se extrae que la formalización no importa una manifestación formal inamovible por parte del Ministerio Público que no pueda ser modificada con posterioridad y dentro del plazo de investigación, por lo que es perfectamente posible reformalizar los previos, actividad que constituye un acto de garantía en el sentido de dar a conocer a los imputados cuáles son los hechos que se les están atribuyendo y, particularmente, en el presente caso, la existencia de variaciones que fueron reportaron consecuencias beneficiosas para el imputado, cumpliendo de paso el Fiscal con el principio de objetividad de su pesquisa, no se advierte ninguna ilegalidad en tal proceder.[69] (sic).

A pesar de la mayoría, es relevante recoger el voto en contra del ministro Jorge Zepeda Arancibia, quien estuvo por acoger las apelaciones y revocar la sentencia de procedimiento abreviado. Tuvo especial observación en cómo se realizaron los hechos procesales cuestionados.

> Segundo: Que el Ministerio Público, con tal actividad intempestiva, dejó al margen los derechos que le asistían a los querellantes al haber ejercido la acción penal, en especial, los contemplados en el artículo 407 del Código Procesal Penal, esto es, ya sea vinculados

[69] CHILE, Corte de Apelaciones de Santiago, penal-apelación, rol 4133-2018, 22/01/2019.

> al artículo 248 y siguientes, y/o acerca de la tramitación de la causa conforme a las reglas del procedimiento abreviado, el de poder formular acusación verbalmente si no se hubiere deducido y también al derecho de oposición concreta del querellante al procedimiento abreviado del artículo 408, todos los artículos, de ese mismo cuerpo legal[70].

A su juicio, el sistema procesal penal acusatorio se construye y apoya sobre el principio de igualdad, que obliga al Ministerio Público y a los tribunales de justicia hacer efectiva la intervención, en derecho, de quienes cuenten con suficiente para intervenir. A su vez, el ministro disidente estimó que este principio-garantía, de rango constitucional, también contiene un deber de ejercer la lealtad de partes, obligándolas a actuar de buena fe[71].

Así las cosas, para el minorista, no es aceptable utilizar la "reformalización", cuyo único efecto es que una de las partes obtenga ventaja sobre la otra a través del cercenamiento o limitación de derecho. Eso implicó una vulneración y quebrantamiento de los principios de igualdad, lealtad y controversia. Con mucho acierto, lo ocurrido en el "caso Penta" lo calificó de una "emboscada procesal"[72], ya que se impidió, con firmeza, que alguna de las partes pueda oponerse a la sorpresa de la recalificación de los hechos-objeto de la persecución del Ministerio Público[73].

5.4. Fallos de la Exma. Corte Suprema: control jurisprudencial de procedencia

Como ya fue señalado, la Corte Suprema, desde el año 2023, comenzó a ejercer control sobre la procedencia de la reformalización en el ámbito penal, para proteger el derecho de defensa del imputado. Este

---

[70] CHILE, Corte de Apelaciones de Santiago, penal-apelación, rol 4133-2018, 22/01/2019.

[71] CHILE, Corte de Apelaciones de Santiago, penal-apelación, rol 4133-2018, 22/01/2019.

[72] CHILE, Corte de Apelaciones de Santiago, penal-apelación, rol 4133-2018, 22/01/2019, párrafo Quinto de la minoría.

[73] CHILE, Corte de Apelaciones de Santiago, penal-apelación, rol 4133-2018, 22/01/2019.

control se implementó principalmente mediante la acción de amparo, aunque también se presentó un caso destacado a través de un recurso de nulidad penal.

En un caso, la Exma. Corte Suprema expresó que la reformalización: "sólo será procedente en la medida que tal comunicación no altere el núcleo sustancial de los cargos que fueron objeto de la imputación, esto es, siempre y cuando el Ministerio Público no incorpore hechos nuevos a la misma, debiendo únicamente limitarse a precisar aquellos que fueron objeto de la primitiva formalización."[74] (sic). En este caso, y por vía de reformalización, el Ministerio Público incorporó dos delitos de la Ley del Tránsito, y que no fueron parte de la calificación jurídica de la primitiva formalización, por lo que la sentencia recurrida fue revocada. Este ha sido el estándar de procedencia que estableció hacia el futuro.

En otro caso, la Exma. Corte Suprema se pronunció por vía de amparo[75]. En concreto, observó que el Ministerio Público, por vía de reformalización, no tan solo modificó sustancialmente los hechos de la imputación comunicados en la formalización de la investigación para acomodarlos a una nueva calificación jurídica, sino que con esta nueva actuación se pretendía extender el máximo legal de los dos años de duración de la investigación, el que ya se había cumplido. Además, la procedencia de reformalizar se realizó durante una audiencia de cierre de investigación. Así las cosas, el máximo tribunal observó que, con esta práctica, se contravino la garantía constitucional al justo y racional procedimiento del artículo 19 de la CPR., en relación con el artículo 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos[76].

Finalmente, otro caso notable se presentó ante la solicitud de reapertura de la investigación, motivada sobre diligencias solicitadas tras una reformalización de la investigación, y que llevó necesariamente a

---

[74] CHILE, Corte Suprema, apelación amparo, rol 16684-2024 (Crimen), 28/05/2024.

[75] CHILE, Corte Suprema, apelación amparo, rol 50850-2023 (Crimen), 31/03/2023.

[76] CHILE, Corte Suprema, apelación amparo, rol 50850-2023 (Crimen), 31/03/2023.

acoger el recurso de nulidad deducido[77]. Un primer punto por considerar fue que la Corte Suprema reconoció – nuevamente – que la denominada "reformalización" es una práctica no regulada expresamente en el CPP y, por ende, resulta ajena al ordenamiento jurídico nacional. Sin embargo, también reconoce que es efectivo que la misma es comúnmente utilizada y aceptada en la práctica judicial, y su procedencia debe ser siempre conjugada con los derechos y garantías procesales que están establecidas en favor del imputado[78]. A continuación, analizó la procedencia de la reapertura de la investigación, señalando que dicha decisión se fundó en las diligencias solicitadas por la querellante luego de expirado el plazo de investigación y, además, fuera de las causales que taxativamente establece el artículo 257 del CPP. Estas nuevas diligencias, llevadas a cabo de forma extemporánea, condujeron a que el fiscal modificara los hechos a través de una reformalización.

Por lo anterior, la Exma. Corte Suprema estimó que la reformalización produjo significativos perjuicios, como lo fue la modificación de los hechos, para luego llevar a cabo un juicio oral con hechos distintos y con elementos probatorios obtenidos de forma extemporánea[79]. Producto de lo anterior, al imputado se le afectaron los siguientes derechos y garantías: 1) limitación a su derecho a la defensa, 2) afectación al derecho a ser juzgado en un plazo razonable, y 3) la imposibilidad a poder producir prueba de descargo por hechos, respecto a los cuales, no estaba vinculado judicialmente[80].

---

77 CHILE, Corte Suprema, recurso de nulidad penal, rol 131133-2023 (Crimen), 21/08/2023.

78 CHILE, Corte Suprema, recurso de nulidad penal, rol 131133-2023 (Crimen), 21/08/2023.

79 CHILE, Corte Suprema, recurso de nulidad penal, rol 131133-2023 (Crimen), 21/08/2023.

80 CHILE, Corte Suprema, recurso de nulidad penal, rol 131133-2023 (Crimen), 21/08/2023.

6. Sobre la Ley N° 21.694: la discusión sobre la reformalización

6.1. La tramitación del proyecto en el Congreso Nacional

En la sesión N° 107, Legislatura N° 380, del 17 de enero de 2023, los senadores Felipe Kast, Manuel José Ossandón, Luz Eliana Ebensperger, Luciano Cruz-Coke y Ximena Rincón presentaron el Boletín N° 15.661-07, proyecto de ley destinado a mejorar la persecución penal, enfocándose en la reincidencia y delitos de alta connotación social. Durante la tramitación de ese boletín se propuso – entre otras cosas – la creación del artículo 229 bis del CPP, que introduce la reformalización de la investigación. Cabe señalar que esta figura procesal no formaba parte del proyecto original, sino que fue añadida por una indicación parlamentaria. Por lo tanto, es relevante analizar la tramitación legislativa de este boletín, bajo el objeto de estudio de esta investigación. Para un análisis adecuado, se tratarán solo los aspectos más destacados de su tramitación.

La introducción de la iniciativa se dio en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, de la Cámara de Diputados y Diputadas de Chile, en la sesión N° 148 del 11 de diciembre del 2023[81], por presentación de los diputados Marcos Ilabaca Cerda y Raúl Leiva Carvajal. Al defender su iniciativa, el diputado Ilabaca señaló[82] que la reformalización de la investigación no está reconocida en la legislación vigente, aunque es una práctica común en los tribunales, razón por la cual la propuesta busca regularla de manera clara y precisa. Luego, hicieron el uso de la palabra los expertos invitados a dicha Comisión.

La jefa de la División Jurídica del Ministerio de Justicia, María Ester Torres indicó[83] que en ocasiones anteriores ya se discutió en el Congreso una propuesta legal para regular la reformalización, la cual fue rechazada en el Senado, al considerarse que ya existía jurisprudencia en

[81] CHILE, Biblioteca del Congreso Nacional, *Historia de la ley n° 21.694*, 04/09/2024, pp. 159-160.

[82] CHILE, Biblioteca del Congreso Nacional, *Historia de la ley n° 21.694*, 04/09/2024, p. 507.

[83] CHILE, Biblioteca del Congreso Nacional, *Historia de la ley n° 21.694*, 04/09/2024, p 507.

varios sentidos y que correspondía abordar la cuestión en un proyecto de ley independiente[84].

A continuación, el director de la Unidad de Crimen Organizado y Drogas del Ministerio Público, Ignacio Castillo Val[85], expresó su apoyo a la propuesta, señalando que durante una investigación pueden surgir nuevos antecedentes que justifiquen la modificación del alcance de la imputación.

Resulta relevante destacar la advertencia realizada por el abogado de la Defensoría Penal Pública, Cristián Irarrázaval, quien expresó[86] que la reformalización sin límites claros podría perjudicar la defensa, dado que la formalización inicial establece el objeto del proceso. Según él, el uso de la reformalización al final del proceso afecta la preparación de pruebas de descargos, y citó fallos recientes de la Corte Suprema que establecen que la reformalización debe precisar los hechos sin introducir elementos nuevos sin reformalización. Señala que la reformalización está aceptada por la Corte Suprema, con requisitos más estrictos que los que tiene esta propuesta[87].

---

[84] Se refiere a la tramitación del Boletín N° 3465-7, que derivó en la Ley N° 20.074, del 14 de noviembre de 2005. En la sesión del 21 de junio del 2004 de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, se discutió la propuesta por crear la reformalización, la que fue rechazada unánimemente. En síntesis, la Comisión observó que dicha institución podría permitir una formalización ininterrumpida y sin término efectivo de la investigación, lo que sería un retroceso y un retorno al sistema antiguo, en que pasaban años las personas procesadas sin un encausamiento. También se reconoce que existen criterios jurisprudencias muy distintos sobre la práctica de reformalizar. Por último, se consideró que un instrumento de este tipo resulta necesario, sobre todo para la investigación sobre crimen organizado, en donde existen ilícitos conexos. En consideración a este debate de fondo, estimó la Comisión rechazar la propuesta de modificación. Ver: CHILE, Senado, *Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, recaído en el proyecto de ley, en tercer trámite constitucional, que modifica los Códigos Procesal Penal y Penal en diversas materias relativas al funcionamiento de la Reforma Procesal Penal Boletín N.º 3.465-07*, pp. 19-20.

[85] CHILE, Biblioteca del Congreso Nacional, *Historia de la ley n° 21.694*, 04/09/2024, p. 507.

[86] CHILE, Biblioteca del Congreso Nacional, *Historia de la ley n° 21.694*, 04/09/2024, p. 508.

[87] CHILE, Biblioteca del Congreso Nacional, *Historia de la ley n° 21.694*, 04/09/2024, p. 508.

Tras el debate en la Comisión, la propuesta sometida a votación fue:

> Artículo 229 bis. Reformalización. Después de formalizada la investigación, y hasta el cierre de ésta, el fiscal podrá modificar, complementar o sustituir los hechos que la integran, las veces que resulte necesario, a fin de comunicar adecuadamente al imputado la investigación que se desarrolla en su contra.
>
> Una vez reformalizada la investigación, cualquiera de los intervinientes podrá pedir una ampliación del plazo de la investigación para solicitar las diligencias que considere pertinentes y necesarias.[88].

La iniciativa fue aprobada por mayoría de votos, en 6-4-0, sin abstenciones[89].

Tiempo después, y en las sesiones del 05 y 12 de marzo del 2024, se llevó a discusión en Sala de la Cámara de Diputados y Diputadas, el Informe de la Comisión. En lo que se refiere a la reformalización, no hubo una discusión de fondo, por lo que la idea en general y la propuesta de modificación del artículo 229 bis del CPP fue aprobada en la afirmativa con 135 votos. No hubo votos por la negativa ni abstenciones[90]. Luego de esto, pasó a trámite en el Senado.

El 03 de abril de 2024, se sometió a discusión en el Senado. A diferencia de lo ocurrido en la Cámara de Diputados y Diputadas, se formularon críticas y observaciones de fondo relevantes en la cámara alta. Entre estas[91], destaca la de la senadora Claudia Pascual Grau, quien

---

[88] CHILE, Biblioteca del Congreso Nacional, *Historia de la ley n° 21.694*, 04/09/2024, p. 620.

[89] CHILE, Biblioteca del Congreso Nacional, *Historia de la ley n° 21.694*, 04/09/2024, p. 508.

[90] CHILE, Biblioteca del Congreso Nacional, *Historia de la ley n° 21.694*, 04/09/2024, p. 653-655.

[91] CHILE, Biblioteca del Congreso Nacional, *Historia de la ley n° 21.694*, 04/09/2024, pp. 711-712. Otra observación por considerar fue la formulada por el senador Rodrigo Galilea Vial, quien se preocupó por la amplitud discrecional con la que ya cuenta el Ministerio Público, al momento de formalizar. Se destaca: "El hecho de dar la posibilidad de reformalizar en sentidos completamente amplios, cuando, además, probablemente ni siquiera haya un tema temporal envuelto en esto, en que puede estar concluyendo el período

manifestó: "Ello [la indicación del art. 229 bis del CPP], lamentablemente, es contrario al objetivo de la formalización, pues esta es una institución que da garantías al fijar el objeto del proceso, permitiéndole al imputado conocer los cargos que se formulan en su contra y defenderse de ellos. Hoy día se puede reformalizar, pero la modificación que se hace es mucho más extensa que lo que actualmente existe."[92].

Llevada a acaba la votación, se rechaza la propuesta del artículo 229 bis del CPP, por 25 votos en contra, 5 votos a favor y 3 abstenciones[93]. Producto de esto, la indicación es de las materias que se tramitaron en Comisión Mixta de senadores y diputados.

Para tal efecto, el 31 de mayo de 2024 se constituyó la referida Comisión Mixta, para resolver las discrepancias los Diputados y Senadores, entre las que se encuentra la indicación del artículo 229 bis del CPP del referido boletín. En dicha instancia participaron diversos expertos para dar sus opiniones y comentarios. Solo se citarán aquellos que revisten de relevancia para esta investigación.

El Subsecretario de Justicia, Jaime Gajardo, representando al Poder Ejecutivo, señaló que el artículo 229 bis del CPP busca corregir problemas generados por recientes fallos de la Corte Suprema (señalando el caso ROL 133.131–2023), el cual ha cuestionado su falta de regulación, especialmente en casos donde los fiscales reformalizan cerca del cierre de la investigación[94]. Sugirió no limitar las atribuciones del Ministerio Público, ya que, sin el instrumento de la reformalización, los fiscales se verían forzados a cerrar y reabrir causas, exponiendo a resultados indeseables la vigencia de una determinada medida cautelar[95].

---

de investigación decretado por el tribunal, hace que de alguna manera se pierdan los equilibrios razonables entre lo que es la investigación y lo que es la defensa apropiada frente a esta." (sic).

[92] CHILE, Biblioteca del Congreso Nacional, *Historia de la ley n° 21.694*, 04/09/2024, pp. 710-711.

[93] CHILE, Biblioteca del Congreso Nacional, *Historia de la ley n° 21.694*, 04/09/2024, p. 714.

[94] CHILE, Biblioteca del Congreso Nacional, *Historia de la ley n° 21.694*, 04/09/2024, p. 765.

[95] CHILE, Biblioteca del Congreso Nacional, *Historia de la ley n° 21.694*, 04/09/2024, pp. 765-766.

A continuación, el Fiscal Nacional, Ángel Valencia Vásquez, señaló que la propuesta presentada resuelve lo que considera "un desacierto jurisprudencial"[96]. Según sus palabras: "en los últimos 25 años no hubo inconveniente ni reproche alguno en que los fiscales reformalizaran, siendo un asunto pacífico y jurisprudencialmente aceptado."[97].

Por parte de la Defensoría Penal Pública, el asesor jurídico Leonardo Moreno[98], explicó que los problemas sobre la reformalización están relacionados con el debido proceso, ya que puede afectar la prohibición de sorpresa, la defensa informada, el principio de congruencia penal, todo sobre la oportunidad del debido ejercicio de la defensa[99]. Además, recalcó que durante el debate parlamentario no se trataron otras instituciones procesales, que surgen como efecto directo de la formalización de la investigación, como lo son el plazo de investigación y las medidas cautelares[100].

Retomó el uso de la palabra el representante de la Defensoría Penal Pública, quien insistió que la incorporación del artículo 229 bis del CPP debe ser rechazada, a partir de la experiencia adquirida en los juzgados y tribunales penales chilenos: "El fiscal puede formalizar por un delito tributario, la defensa gastará tiempo y recursos en desestimar esos cargos, y a último minuto (una semana antes, por ejemplo) del cierre de la investigación, el fiscal cambiará los hechos objeto del proceso a un delito de información privilegiada no relacionado, dejando a la defensa sin plazo ni posibilidad para enfrentar los nuevos cargos. Esto sería equivalente

---

[96] CHILE, Biblioteca del Congreso Nacional, *Historia de la ley n° 21.694*, 04/09/2024, p. 766.

[97] CHILE, Biblioteca del Congreso Nacional, *Historia de la ley n° 21.694*, 04/09/2024, p. 766.

[98] CHILE, Biblioteca del Congreso Nacional, *Historia de la ley n° 21.694*, 04/09/2024, p. 769.

[99] CHILE, Biblioteca del Congreso Nacional, *Historia de la ley n° 21.694*, 04/09/2024, p. 769.

[100] Revisada la Historia de la Ley del Boletín, es posible advertir que no se sostuvo debate alguno sobre los efectos procesales propios de la formalización de la investigación, y solo en la Comisión Mixta se intentó instalar.

a que el demandante en un proceso civil pudiese modificar la demanda después de la dúplica del demandado."[101].

Concluidas las intervenciones, se procedió a votar por la propuesta emanada desde la Mesa Técnica, que versa de la siguiente forma:

> Artículo 229 bis. - Reformalización. "Después de formalizada la investigación y hasta antes del vencimiento del plazo para el cierre de ésta, el fiscal podrá solicitar al juez de garantía la realización de una audiencia en fecha próxima para reformalizar la investigación, modificando, complementando o precisando los hechos y delitos que la integran[102].

La introducción incorporada fue aprobada unánimemente por todos los miembros de la Comisión (10-0)[103].

Concluida la discusión en la Comisión Mixta, el proyecto de ley retornó al Senado, para continuar con su discusión, en la Sesión 25. Legislatura 372 del 4 de junio, 2024. De las intervenciones relevantes, interesan dos.

El senador Iván Flores García, quien fue presidente de la Comisión Mixta, señaló que el trabajo realizado fue legalizar la reformalización en calidad de atribución del Ministerio Público[104]. Indicó que la preocupación de la Comisión estuvo en que las investigaciones podrían extenderse durante años, y que una investigación pudiera ser reformalizada el último día; se logró la solución de plantear un plazo, junto con ciertas condiciones específicas para reformalizar[105].

Luego, la otrora opositora de la indicación, senadora Claudia Pascual, reconoce el cambio sustancial que tuvo la propuesta, que abría

---

[101] CHILE, Biblioteca del Congreso Nacional, *Historia de la ley n° 21.694*, 04/09/2024, p. 783.

[102] CHILE, Biblioteca del Congreso Nacional, *Historia de la ley n° 21.694*, 04/09/2024, p. 784.

[103] CHILE, Biblioteca del Congreso Nacional, *Historia de la ley n° 21.694*, 04/09/2024, p. 794.

[104] CHILE, Biblioteca del Congreso Nacional, *Historia de la ley n° 21.694*, 04/09/2024, p. 810.

[105] CHILE, Biblioteca del Congreso Nacional, *Historia de la ley n° 21.694*, 04/09/2024, p. 810.

la posibilidad de realizar modificaciones amplias al hecho comunicado en la formalización inicial. Valora que la actual redacción, al hablar de "modificar, complementar o precisar los hechos," permite acotar y delimitar adecuadamente las posibilidades de reformalización [106]. Eso sí, dicho apoyo lo realizó con una relevante manifestación, para efectos de interpretación histórica de la ley[107].

Finalizadas las intervenciones, el Senado aprobó el informe de la Comisión Mixta (36 votos a favor), quedando constancia que se reúne el quorum constitucional requerido, y el proyecto queda despachado en este trámite[108].

En el último trámite parlamentario, el proyecto regresó a la Cámara baja, en la sesión 38. Legislatura 372, del 5 de junio de 2024. Solo una intervención de Sala se refirió a la reformalización de la investigación, que fue la del diputado Raúl Leiva Carvajal, uno de sus impulsores. Señaló que el Ministerio Público, con la nueva facultad, podrá adaptar la atribución de hechos y delitos a la realidad cambiante de una investigación, permitiendo modificar, complementar y precisar los hechos y delitos imputados en una formalización inicial; entiende que esta facultad no tendrá límite en cuanto a su número, y podrá efectuarse tantas veces como sea necesaria durante la investigación, permitiendo que el tribunal autorice la reapertura de la investigación para practicar las diligencias.[109]

---

[106] CHILE, Biblioteca del Congreso Nacional, *Historia de la ley n° 21.694*, 04/09/2024, p. 821.

[107] CHILE, Biblioteca del Congreso Nacional, *Historia de la ley n° 21.694*, 04/09/2024, p. 821: "Sin embargo, me parece muy relevante que para la historia de la ley pueda quedar absolutamente claro que la modificación, complemento o precisión de los hechos tiene que situarse en ese marco. No es una modificación que altere completamente el proceso y los hechos investigados, sino una modificación que complemente y precise los hechos y que, por lo tanto, garantice el debido proceso. Considero que esto es relevante para la correcta interpretación de una norma en esta materia".

[108] CHILE, Biblioteca del Congreso Nacional, *Historia de la ley n° 21.694*, 04/09/2024, p. 837.

[109] CHILE, Biblioteca del Congreso Nacional, *Historia de la ley n° 21.694*, 04/09/2024, p. 845.

Concluidas las intervenciones, se procedió a la votación, la cual aprobó el proyecto remitido desde la cámara de origen por 128 votos, sin votos en contra ni abstenciones. De esta manera, concluyó el trámite legislativo.[110]

6.2. El control de constitucionalidad realizado por el Tribunal Constitucional

Concluido el trámite en el legislativo, corresponde estudiar y analizar lo ocurrido ante el Tribunal Constitucional, el que realizó el respectivo control de constitucionalidad del Boletín que se ha estado analizado. Con fecha, el 14 de agosto de 2024, la magistratura constitucional emitió su sentencia ROL 15.525-24-CPR[111]. Ya se adelanta que fue aprobado por la mayoría, mientras que los ministros que concurrieron en la minoría levantaron observaciones esenciales a la afectación de garantías y derechos procesales, siempre en el tema de la reformalización.

Por la mayoría, concurrieron los ministros: Daniela Marzi, Nancy Yáñez, María Pía Silva, Raúl Mera, Catalina Lagos, y Alejandra Precht. Ellos estuvieron por no emitir pronunciamiento al control preventivo de constitucionalidad a las restantes disposiciones del Boletín sometido a revisión, entre ellas el nuevo artículo 229 bis del CPP[112].

Para adoptar su decisión, la mayoría intentó realizar un ejercicio de análisis e interpretación sistemática meramente legal, teniendo a la vista la modificación legal al incorporar el nuevo inciso 2° del artículo 257 CPP, que también se realizó en el referido Boletín, y que versa sobre la reapertura de la investigación[113]. En efecto, expresó la mayoría que: "(...)

---

[110] CHILE, Biblioteca del Congreso Nacional, *Historia de la ley n° 21.694*, 04/09/2024, p. 847.

[111] Para efectos de prevenir una dilatada exposición, solo me referiré, en concreto, a los análisis del nuevo artículo 229 bis CPP, tanto desde la mayoría, como desde la disidencia.

[112] CHILE, Tribunal Constitucional, 14/08/2024, pp. 48-49.

[113] CHILE, *Código Procesal Penal*. Art. 257 inc. 2°: El imputado o el querellante podrán solicitar la reapertura de la investigación con el único objeto de pedir la realización de diligencias precisas cuya necesidad de cumplimiento hubiere surgido a raíz de la reformalización de la investigación realizada por el Ministerio Público.

al incorporar la posibilidad de que sean modificados, complementados o precisados los hechos y delitos que integran la respectiva formalización no innova en la estructura de esta etapa del proceso penal, ni en la posibilidad de que sea judicialmente decretada la reapertura de la indagatoria fiscal, consecuencia de esta modificación, y que ya se encuentra prevista en el artículo 257 del CPP[114].

Continuando con su justificación, recordaron el examen previo realizado al Boletín N° 3465-07, que devino en la Ley N° 20.074. En aquella ocasión, el Tribunal Constitucional no estimó que la reapertura de la investigación incidiera en materias de una ley orgánica constitucional, y que este parecer debe ser concatenado con el nuevo artículo 229 bis del CPP[115].

A pesar de los argumentos expuestos por los senadores y diputados en el respectivo Boletín, éstos no lograron convencer a la totalidad de los ministros, lo que llevó a un voto de disidencia de los ministros, la que fue integrada por: José Ignacio Vásquez, Miguel Ángel Fernández, Héctor Mery y Marcela Peredo.

Los disidentes consideraron que el artículo 229 bis del CPP se encuentra dentro de las materias de leyes orgánicas constitucionales según los artículos 77 y 84 de la CPR. Sus argumentos, basados en un análisis jurídico sistemático, se centraron en dos puntos clave: 1) la afectación a las garantías del debido proceso y la defensa del imputado, y 2) las atribuciones del Ministerio Público y los tribunales en materia penal.

En cuanto al primer punto, la disidencia sostuvo que la formalización de la investigación, como acto de comunicación de los hechos, influye directamente en la acusación que ejercerá el fiscal bajo el artículo 83 de la CPR, relativo a la acción penal pública. Destacaron el impacto de la formalización en la aplicación del principio de congruencia:

> "(...) Tan relevante es este aspecto de congruencia que el legislador somete al régimen recursivo de nulidad una eventual ausencia de correlación entre los hechos de la formalización con aquellos contenidos en la acusación, conforme lo establecido en el

[114] CHILE, Tribunal Constitucional, control de constitucionalidad, rol 15525-24, 14/08/2024. Cuadragésimo Segundo, p. 35.

[115] CHILE, Tribunal Constitucional, control de constitucionalidad, rol 15525-24, 14/08/2024. Cuadragésimo Tercero, pp. 35-36.

> artículo 374, letra f), con relación al artículo 341, por cuanto "*[l]a sentencia condenatoria no podrá exceder el contenido de la acusación. En consecuencia, no se podrá condenar por hechos o circunstancias no contenidos en ella*"."[116].

Sobre el segundo aspecto, recogiendo los criterios ya esgrimidos por la Excma. Corte Suprema (que la reformalización es ajena al ordenamiento jurídico chileno), y teniendo en cuenta el modificado artículo 257 CPP, razonó la disidencia que esto impacta en las atribuciones del Ministerio Público y de los tribunales, incidiendo en las ya anotadas leyes orgánicas constitucionales[117]. En efecto, y para solicitar la reapertura de la investigación a un juzgado de garantía, por haber habido una reformalización previa por parte de un fiscal del Ministerio Público, entendió la disidencia que no hace más que reafirmar que la nueva atribución de reformalizar debe seguir su análoga naturaleza de ley orgánica constitucional.

Conclusiones

Este trabajo demuestra que, por más de dos décadas, el Ministerio Público creó, desarrolló y utilizó la figura de la reformalización de la investigación, a pesar de que el CPP no la regulaba. Si bien hubo cierto reconocimiento por las Cortes del país, dichos criterios y planteamientos no fueron absolutos, por lo que se generaron dudas sobre la legalidad de esta y de los mismos procesos penales en que se empleó.

También se evidencia que la doctrina nacional no ha abordado las implicancias y la extensión de los efectos propios de la reformalización de la investigación. Al inicio, se advirtió del abandono en su estudio, al ser una práctica propia de la litigación. A partir de esta inquietud, ya surgen una serie de líneas de estudios relevantes: elementos del objeto penal, *factum* investigativo, indicios para conceder medidas cautelares, vinculación efectiva con los principios del proceso penal, momento

---

[116] CHILE, Tribunal Constitucional, control de constitucionalidad, rol 15525-24, 14/08/2024. Voto disidencia 35), p. 73.

[117] CHILE, Tribunal Constitucional, control de constitucionalidad, rol 15525-24, 14/08/2024. Voto disidencia 35), p. 73.

procesal de la calificación jurídica y la atención por grupos vulnerables. Sobre esto, me parece oportuno aprovechar algunas líneas, para transmitir algunas preocupaciones.

En un estricto sentido práctico procesal, no hay duda que la nueva institución de la reformalización abre interesantes senderos por recorrer, tanto sobre su aplicación en los tribunales, como su influencia en algunos institutos del sistema penal. Un primer aspecto es la garantía contenida en el modificado artículo 257, sobre la reapertura de la investigación, y sus estrechas posibilidades de resistencia frente a la discrecionalidad persecutora ¿Es suficiente resguardo que solo proceda solicitar la reapertura para la práctica de diligencias solicitadas antes del cierre, o de diligencias cuya necesidad de cumplimiento hubiere surgido a raíz de la reformalización de la investigación? ¿Será necesario abrir el debate, en la audiencia de reapertura, a fin de resolver si la exclusividad de la imputación penal debe mantenerse en el Ministerio Público?

Otra arista relevante tiene que ver con la pluralidad y fragmentación del objeto. Teniendo en consideración las facultades de agrupar y separar investigaciones (artículo 185 del CPP), como también la de unir y separar acusaciones (artículo 274 del CPP), vemos, nuevamente, que la discrecionalidad del Ministerio Público podría burlar la decisión de un tribunal que rechace una solicitud de reformalización. Después de todo, solo le bastaría al persecutor abrir una nueva investigación separada, luego ordenar su agrupación o, incluso, formalizar y/o acusar separadamente.

Las reflexiones presentadas no hacen más que advertir un problema sustancial del sistema chileno: la falta de una mirada integral del objeto del proceso penal, su mutación progresiva durante la investigación y la absoluta discrecional del Ministerio Público para fijarlo, modificarlo o complementarlo a su arbitrio, a través de sus facultades.

En general, se observa un patrón común por el cual el Ministerio Público reformaliza: los hechos del caso resultan tan complejos que no pueden ser precisados en la formalización inicial. Por la necesidad de igualdad de armas, los intervinientes requieren de alguna herramienta y/o instrumento procesal que permita hacer frente a algunas de las facultades discrecionales y exclusivas del Ministerio Público.

A su vez, esta investigación evidencia las incongruencias del actual CPP con el original y sus motivaciones. El Ministerio Público, que

debiese investigar con igual celo los hechos constitutivos de delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado, ha demostrado que tiene considerables desafíos por resolver. Más aún, si agregamos que los fiscales podrán reformalizar bajo el amparo de la legalidad. Hemos visto que el empleo de este instrumento procesal puede ir en contra del principio de objetividad, afectando la persecución, la presunción de inocencia, la mutación de cautelares, la procedencia de atenuantes o eximentes de responsabilidad, e incluso sustituir procedimientos. Los querellantes tampoco quedan inocuos a estas situaciones, como evidenció el "caso Penta"; una reformalización intempestiva permitió excluir a los intervinientes que no compartían la modificada teoría del caso del Ministerio Público.

Si bien se regularizó la reformalización con el recién creado el artículo 229 bis CPP, con miras a salvaguardar los derechos y garantías de los intervinientes, me atrevo a augurar que será insuficiente. En primer término, los vocablos empleados, para mutar el hecho de la formalización primigenia (modificando, complementando o precisando los hechos y delitos que la integran), siguen siendo bastante vagos. La redacción empleada, no impide que las situaciones reveladas a través de la seleccionada jurisprudencia de las Cortes, por modificaciones sustanciales al hecho-objeto de la formalización, continúen.

En segundo lugar, tampoco existe garantía a la ocurrencia de la formalización intempestiva. Podría creerse que el modificado inciso 2° del artículo 257 CPP da solución integral al problema evidenciado. Sin embargo, tampoco lo creo, ya que la facultad de solicitar la reapertura de la investigación, proponiendo nuevas diligencias, solo procedería si el fiscal previamente reformalizó, y dentro de los 10 días siguientes al cierre de la investigación. Esto implica que, en ese breve período, la teoría del caso del querellante y/o de la defensa del imputado deben reformularse, dentro de esos días, para que un juez de garantía acoja tal solicitud, ordene la audiencia de reapertura y encargue al fiscal la realización de las diligencias que se propongan. Esto no es una garantía efectiva del derecho a la defensa del imputado, o al legítimo ejercicio de la acción penal del querellante.

Me parece que una solución más armónica – haciendo eco de otras instituciones del CPP – habría sido fijar una oportunidad procesal,

previa a la fecha en que deba cerrarse la investigación, y en la que el fiscal pueda reformalizar, so sanción de preclusión. Esto ocurre con la oportunidad para deducir acusación fiscal, particular y/o adhesión a la acusación, por lo que no sería una práctica ajena y desconocida en el sistema penal chileno. De esa forma, se habría resguardado a los demás intervinientes un margen temporal suficiente para preparar sus defensas, solicitar diligencias y levantar estrategias adecuadas frente a la mutación o agregación de cargos por hechos nuevos y distintos.

Por último, y teniendo en cuenta el voto disidente del Tribunal Constitucional al realizar el control de constitucionalidad de la Ley N° 21.694, no debiese sorprender que se presenten solicitudes de inaplicabilidad por inconstitucionalidad al artículo 229 bis del CPP, en los términos en que se encuentra hoy en día.

Bibliografía

APABLAZA, Carol. *El principio de congruencia y la reformalización como afectación al derecho a defensa*. Tesis (Magister en Derecho) – Universidad de Concepción, Concepción, 2018.

CAROCCA, Alex. *Manual el nuevo sistema Procesal Penal*. Santiago, Editorial LexisNexis, tercera edición, 2005.

CRUZ, Andrés. *Curso de derecho procesal penal. Disposiciones generales, investigación preliminar y procedimiento ordinario*. Santiago, Thompson Reuters (Kindle Edition), 2023.

DEL RÍO, Carlos. Deber de congruencia (rectius, correlación) de la sentencia penal y objeto del proceso: un problema no resuelto en la ley e insoluble para la jurisprudencia chilena, *Revista Ius et Praxis*, v. 14, n. 2, p. 87-125, 2008. http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122008000200004

DUCE, Mauricio; RIEGO, Cristián. *Proceso Penal*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007.

ESCOBAR, Juan Manuel. *La reformalización de la investigación: un problema jurídico no resuelto*. Tesis (Magister en Derecho Penal) – Universidad de Chile, Santiago, 2013.

FALCONE, Diego. Apuntes sobre la formalización de la investigación desde la perspectiva del objeto del proceso penal. *Revista De Derecho (Coquimbo)*, v. 21, n. 2, p. 183-224, 2015. https://doi.org/10.4067/s0718-97532014000200006

FERNÁNDEZ, Miguel. La exclusividad de la función investigadora del Ministerio Público y su vinculación con el quehacer de la Defensoría Penal. *Revista Estudios Constitucionales*, v. 3, n. 2, p. 277-307, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. *Sobre los derechos fundamentales y sus garantías*. traducción de Miguel Carbonell, Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello. México, CIDH, 2006.

GAJARDO, Tania; HERMOSILLA, Francisco. *Manual de Procesal Penal*. Santiago, DER ediciones, 2021.

GASCÓN, Marina. La teoría general del garantismo. Rasgos principales. In: CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (editores). *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid, Trotta, 2005.

GUERRA, Rodrigo. Reformalización en la mira de la congruencia. *Revista Brasileira De Direito Processual Penal*, v. 7, n. 3, p. 2128-2153, 2021. https://doi.org/10.22197/rbdpp.v7i3.559

HORVITZ, María Inés; LÓPEZ, Julián. *Derecho Procesal Penal chileno*. Tomo I. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007.

HORVITZ, María Inés. Las atribuciones del Consejo de Defensa del Estado en el nuevo sistema procesal penal. *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado*, n. 16, p.49-68, 2006.

MAÑALICH, Juan Pablo. El principio ne bis in idem frente a la superposición del derecho penal y el derecho administrativo sancionatorio. *Política criminal*, n. 19, v. 9, 2014, p. 543-563. https://doi.org/10.4067/s0718-33992014000200008

MONTERO, Juan; GÓMEZ, Juan Luis; BARONA, Silvia; ESPARZA, Iñaki; ETXEBERRIA, José. *Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal*. Valencia, Tirant Lo Blanch, vigésima séptima edición, 2019.

MOORE, Michael S. The Doctrinal and Normative Basis of the Double-Jeopardy Requirement. In: MOORE, Michael S. *Act and Crime: The Philosophy of Action and its Implications for Criminal Law*. Oxford, Oxford University Press, 2010. p. 305-324. https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199599509.003.0012

MORENO, Víctor; CORTÉS, Valentín. *Derecho procesal penal*. Valencia, Tirant Lo Blanch, onceava edición, 2023.

NIEVA, Jordi. *Derecho Procesal III (Proceso Penal)*: Adaptado a la Ley Orgánica 1/2025 de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia. 4° Edición, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2025.

RAMOS, Francisco. *Enjuiciamiento criminal. Decimotercera lectura constitucional*. Barcelona, Atelier, decimotercera edición, 2022.

RIED, Ignacio. La formalización de la investigación como ejercicio de una carga procesal estratégica del Ministerio Público en el proceso penal. *Revista de Justicia Penal*, n. 11, p. 87-114. 2017.

ROMERO, Alejandro. El principio del ne bis in idem y la cosa juzgada penal como elementos constitutivos del derecho de defensa del imputado. *Revista Jurídica Digital UANDES*, v. 4, n. 2, p. 122–142, 2021. https://doi.org/10.24822/rjduandes.0402.6

SALAS, Jaime. *Problemas del proceso penal*: investigación, etapa intermedia y procedimientos especiales. Santiago, Librotécnica, 2009.

VALLESPÍN, David; ORTEGO, Francisco. *Manual de derecho procesal penal*. Barcelona, Atelier, 2023.

Authorship information

Francisco Narváez Gallo. Magister en Derecho, mención Derecho Procesal. Doctorando en Derecho y Ciencias Políticas de la Universitat de Barcelona, España. Académico Asistente de la Facultad de Derecho, Universidad de Santiago de Chile. Dirección postal: Las Sophoras 175, Estación Central, Santiago, Chile, CP 9170020. Este artículo fue realizado en el marco de la beca doctoral otorgada por la Fundación Carolina, período 2024-2025. francisco.narvaez@usach.cl

Additional information and author's declarations (*scientific integrity*)

Acknowledgement: Este artículo fue realizado en el marco de la beca doctoral otorgada por la Fundación Carolina, período 2024-2025, cuyo financiamiento permitió su elaboración. Agradezco al Dr. David Vallespín Pérez, catedrático de la Universitat de Barcelona, a don Thommas Lentoja Cepeda, abogado del Departamento de Apoyo Legal de Carabineros de Chile y a don Nicolás Chacana Alegría, abogado litigante criminal del Consejo de Defensa del Estado, por sus opiniones y comentarios de fondo. También agradezco a doña María Pía Correa Flores por su ayuda en la edición de este trabajo y a los árbitros anónimos por sus sugerencias y comentarios.

Conflict of interest declaration: the author confirms that there are no conflicts of interest in conducting this research and writing this article.

Declaration of authorship: all and only researchers who comply the authorship requirements of this article are listed as authors; all coauthors are fully responsible for this work in its entirety.

Declaration of originality: the author assures that the text here published has not been previously published in any other resource and that future republication will only take place with the express indication of the reference of this original publication; he also attests that there is no third-party plagiarism or self-plagiarism.

Data Availability Statement: In compliance with open science policies, all data generated or analyzed during this study are included in this published article.

Editorial process dates (https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/about)

- Submission: 23/03/2025
- Desk review and plagiarism check: 10/04/2025
- Review 1: 19/04/2025
- Review 2: 24/04/2025
- Review 3: 30/04/2025
- Review 4: 30/04/2025
- Preliminary editorial decision: 21/06/2025
- Correction round return: 26/06/2025
- Final editorial decision: 02/07/2025

Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Reviewers: 4

How to cite (ABNT Brazil):

NARVÁEZ GALLO, Francisco. Sobre la reformalización de la investigación: desde la alegalidad al reconocimiento normativo. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 11, n. 2, e1200, mai./ago. 2025. https://doi.org/10.22197/rbdpp.v11i2.1200

License Creative Commons Attribution 4.0 International.

Teoria da Prova Penal

Criminal evidence theory

Il mito del ragionevole dubbio tra dubbi processuali e dubbi razionali

The myth of reasonable doubt between procedural doubts and rational doubts

O mito da dúvida razoável entre as dúvidas processuais e racionais

Rocco Neri[1]

Ministero della Giustizia, Tribunale di Rimini, Rimini, Italia

rocco.neri@giustizia.it

https://orcid.org/0000-0003-2645-4716

Abstract: Il processo penale è una deduzione logica perfetta. Preliminarmente il processo penale chiarisce i fatti attraverso la corroboration e la criminal redundancy del PM che solamente dopo tali operazioni logiche potrà optare o meno per una richiesta di rinvio a giudizio; poi in contraddittorio il PM ha l'onere della prova per superare il vaglio del ragionevole dubbio. D'altronde il principio cardine che guida il processo penale è l'indicazione di non colpevolezza; non si parla di presunzione altrimenti tutti gli uomini dovrebbero essere astrattamente incriminati per qualsiasi fatto previsto dalla legge come reato, ma ciò non sarebbe compatibile con la concretizzazione nell'imputazione, nell'incriminazione del principio di legalità penale sostanziale e formale. La traduzione matematica del B.a.r.d. è 99% (+1%,): quell'1% è la possibilità di ricorrere all'istituto della revisione per le sentenze penali

[1] M.D. in Law at University of Teramo 17.07.2019. Eligibility in the competition for a PhD in Management and Law at the Polytechnic University of Marche, XXXVII cycle (D.R. 535 21.05.2021) Score: 51,50/100 -Winner with scholarship in the competition. Doctorate in Law, Science and Technology at the University Alma Mater Bologna, PON announcement XXXVII cycle theme "Green Action" Score 60/100 -Eligibility to the competition Office for the Process, announced by the Ministry of Justice.

di condanna in giudicato. In ambito civile e amministrativo invece si valuta tramite un criterio possibilistico, la probabilità cruciale la cui traduzione matematica è 50%+1. Il seguente contributo mira ad evidenziare lo sviluppo del ragionevole dubbio alla luce delle principali sentenze della trattativa Stato-mafia per ricavare i nuovi canoni epistemologici della regola al di là di ogni ragionevole dubbio.

Keywords: ragionevole dubbio; prova; onere motivazionale; logica giuridica; nesso di causalità.

Abstract: *The criminal trial is a perfect logical deduction. Preliminarily the criminal process clarifies the facts through corroboration and criminal redundancy of the PM that only after such logical operations will be able to opt or not for a request for referral to trial; Then in a contradictory way the PM has the burden of proof to pass the reasonable doubt test. On the other hand, the cardinal principle that guides the criminal process is the indication of innocence; there is no talk of presumption otherwise all men should be abstractly charged for any fact provided by law as a crime, But this would not be compatible with the concretisation in the indictment, in the incrimination of the principle of substantive and formal criminal legality. The mathematical translation of the B.a.r.d. is 99% (+1%,): that 1% is the possibility to appeal to the review institute for criminal sentences with final sentence. In the civil and administrative field, on the other hand, it is evaluated by a possibilistic criterion, the crucial probability whose mathematical translation is 50%+1. The following contribution aims to highlight the development of reasonable doubt in the light of the main judgments of the negotiation State-mafia to derive the new epistemological canons of the rule beyond any reasonable doubt.*

Keywords: *reasonable doubt, evidence, motivational burden; legal logic; causal link.*

Resumo: *O julgamento criminal é uma dedução lógica perfeita. Processo criminal esclarece os fatos por meio de corroboração e redundância criminal antes do pedido de acusação; então, de forma contraditória, o MP tem o ônus da prova para superar o standard de dúvida razoável; o princípio fundamental que orienta os processos penais é a indicação da inocência; não falo de presunção, caso contrário todos os homens deveriam ser acusados abstractamente por qualquer fato previsto pela lei como um crime, mas isso não seria compatível com a concretização na acusação, na incriminação do princípio da legalidade penal material e formal. A tradução matemática de B.a.r.d. é 99% (+1%): esse 1% é a possibilidade de recorrer ao instituto de revisão para sentenças penais com sentença final. Em matéria civil e*

administrativa, por outro lado, é avaliada por um critério possibilista, a probabilidade crucial cuja tradução matemática é 50%+1. Este artigo tem como objetivo evidenciar o desenvolvimento da dúvida razoável à luz dos principais julgamentos da negociação Estado-máfia para derivar os novos cânones epistemológicos da regra além de qualquer dúvida razoável.

Palavras-Chave: *dúvida razoável; evidência; carga motivadora; lógica jurídica; nexo causal.*

Sommario: Introduzione; 1. La regola "al di là di ogni ragionevole dubbio" e il ruolo della certezza scientifica; 2.Ragioni e ragionevolezza della sentenza; 3. L'art. 606 c.p.p.: i profili di censura dell'illogicità; 4. Standard probatorio e onere motivazionale del Giudice; 5. Il thema probandum e il movente; 6. Le intercettazioni come mezzo di ricerca del nesso di causalità e della regola BARD; 7. Dubbi interni e dubbi esterni; 8. La teoria tripartita del BARD; 9. Conclusioni

INTRODUZIONE

Il presente lavoro tende a riscoprire la nozione di ragionevole dubbio alla luce delle differenti interpretazioni che la Corte di Cassazione ha fornito nel corso di questi decenni.

Le questioni che generano dubbi riguardano i vizi motivazionali delle sentenze dei giudici di merito il quale trascurano alcuni principi logici che sottendono sia all'applicazione del criterio B.a.r.d. (oltre ogni ragionevole dubbio), sia all'applicazione delle regole di acquisizione e di interpretazione probatoria, a seguito dell'introduzione della prova scientifica nell'ordinamento italiano[2].

Preliminarmente occorre precisare che nell'ordinamento giuridico penale la conoscenza alla base di una decisione si traduce in:

- certezza, derivante dalle sentenze definitive del giudice penale, in virtù della regola B.a.r.d. (art. 533 c.p.p. "al di là di ogni ragionevole dubbio");

[2] Cfr BRUSCO, Carlo. *Prova scientifica e ragionevole dubbio: in margine a un caso di omicidio* in Foro it., 2016, p. 68 ss.

- probabilità qualificata ("più probabile che non") derivante dalle ordinanze di misure cautelari del giudice penale;

- probabilità semplice, derivanti dal decreto di rinvio a giudizio del giudice penale;

- possibilità qualificata derivante dall'apertura di un procedimento penale a seguito di iscrizione della notizia di reato in apposito registro.

Nel processo l'interprete si avvale di leggi statistiche ovvero di massime di esperienza.

Un'ipotesi è valida quando l'abduzione costituisce la *ratio* del ragionamento giuridico sui fatti, poiché è incentrata sulla probabilità dell'ipotesi e definisce il momento della sua validità, al fine di garantire un livello difficilmente smentibile nei successivi tentativi di confutazione, necessari per comprendere se sia possibile applicare il criterio B.a.r.d.

L'abduzione e le altre forme di inferenza (deduzione e induzione) seguono un identico processo formale, anche se l'interprete mostra una maggiore creatività.

L'intuizione è un pensiero immediato, una rapida forma di ragionamento fondata su schemi associativi e dissociativi, la cui efficacia è direttamente correlata alle conoscenze e alle abilità intellettuali dell'individuo.

Secondo l'applicazione dell'inferenza abduttiva alla teoria probatoria, la sequenza delle argomentazioni a sostegno della conclusione deriva dalla corretta gestione delle inferenze pertinenti nell'interpretazione del materiale probatorio, in modo da risolvere il problema relativo all'oggetto della decisione[3].

L'ipotesi è valida quando i risultati del processo siano in accordo con la conclusione.

L'ipotesi è vera oltre ogni ragionevole dubbio quando la conclusione è idonea a spiegare tutti i risultati ottenuti nel processo, ovvero sia superiore a qualsiasi tentativo di falsificazione di altre ipotesi alternative esistenti.

---

[3] Cfr IACOVIELLO, Mauro. *Voce Motivazione della sentenza penale,* in Enciclopedia del diritto – Aggiornamento. IV–, Giuffrè, Milano, 2000.

1. La regola "al di là di ogni ragionevole dubbio" e il ruolo della certezza scientifica.

La regola "*al di là di ogni ragionevole dubbio*", a livello sostanziale si traduce con il principio del *favor rei*, mentre a livello processuale si traduce con l'innocenza dell'imputato fino a prova contraria oltre ogni ragionevole dubbio (B.a.r.d.) ai sensi dell'articolo 533 del codice di procedura penale (c.p.p.)[4]

La regola B.a.r.d. ha la funzione di controllo della ragionevolezza della motivazione sul ragionevole dubbio e pone altresì un problema di ragionevolezza di secondo grado, in quanto è necessario che venga rispettata la modalità di tale controllo su due aspetti:[5]

1) come il Giudice abbia esercitato la regola di giudizio;

2) come il Giudice abbia descritto la dimostrazione del fatto in relazione al principio B.a.r.d.

Il Giudice deve motivare in risposta a questa ragionevole ricostruzione della regola di giudizio B.a.r.d., poiché tale regola è la conseguenza di aver immesso in un sistema di civil law, (che si forma sulla discrezionalità tecnica, nonché è vincolata dalle forme della motivazione del provvedimento penale), un principio che opera sin dalla nascita sul versante dei verdetti immotivati (tipici dei sistemi di common law)[6].

---

[4] Il principio regola la formazione del fatto nel processo penale ed era già preesistente, prima della Legge Pecorella n. 46/2006 che ha introdotto la nuova formulazione dell'art. 533 c.p.p. L'art. 5 della legge n. 46 del 2006 ha sostituito il comma 1 dell'art. 533 del codice di procedura penale, il quale oggi recita: "Il giudice pronuncia sentenza di condanna se l'imputato risulta colpevole del reato contestatogli al di là di ogni ragionevole dubbio. Con la sentenza il giudice applica la pena e le eventuali misure di sicurezza". La norma ricalca fedelmente la formula anglosassone, riassunta nel noto acronimo BARD (Beyond Any Reasonable Doubt).

[5] RIVELLO, Pier Paolo. *Il processo penale di fronte alle problematiche dell'età contemporanea. Logiche processuali e paradigmi scientifici*, Torino, Giappichelli, 2010 p. 61 ss.

[6] Cfr GIANELLI, Paul C., *The Admissibility of Novel Scientific Evidence: Frye v. United States a Half-Century later*, in 8, Columbia Law Review, 1980, n. 6, p. 1199 ss.; TARUFFO, Michele. *Le prove scientifiche nella recente esperienza statunitense*, in Riv. Trim. dir. e proc. civ., 1996, p. 211 ss.; Daubert e a. v. Merrel Dow Pharmaceuticals, Inc., in Minnesota Law Review, 1994, p. 1347 ss.

Tale regola è descritta nell'art. 1096 del codice penale della California: «*la situazione che dopo tutte le comparazioni e considerazioni delle prove lascia le menti dei Giudici nella condizione in cui non possono dire di provare una incrollabile convinzione della verità dell'accusa*»,[7] *(archive doubt, dubbio nascosto)*.[8]

Il dubbio nascosto, nella mente del Giudice, opera come una componente a-etica del sistema in quanto il verdetto della giuria è immotivato.[9]

In Italia il principio B.a.r.d. postula un problema di motivazione della sentenza: non a caso la regola del ragionevole dubbio è l'applicazione processuale della presunzione di innocenza, dell'onere della prova in capo all'accusa e delle regole di giudizio che sono improntate alla risoluzione del quesito giuridico sulla colpevolezza quando vi sia un dubbio[10].

Il dubbio, quando è ragionevole, non consente al Giudice di pronunciare una sentenza di condanna.

In questo contesto, ciò che è logico deve fondarsi sul livello della verifica probabilistica che si trova:

-nella certezza scientifica (strutturata su un fondamento nomologico-deduttivo, ovvero l'interpretazione si basa sulla deduzione di un fenomeno a partire da diverse premesse, supportate almeno da una

---

[7] https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/codes_displaySection.xhtml?lawCode=PEN&sectionNum=1096. accesso 24.5.2025

[8] Cfr SIMION, Mona. *Resistance to evidence*. Cambridge University Press, 2024, p. 23 ss.; cfr UBERTIS, Giulio. *Il giudice, la scienza e la prova*, in Cass. pen., 2011, p. 4115 ss. per cui "nel trial statunitense il giudizio sull'ammissibilità probatoria è potere del giudice togato, mentre la decisione sulla regiudicanda è affidata alla giuria". Si veda in tal senso MOLINARI, Francesca Maria. *Le attività investigative inerenti alla prova di natura digitale*, in Cass. pen. 2013, p. 1263 ss. in cui "tale valutazione sull'ammissibilità della prova scientifica di cui è espressione il potere del giudice togato non deve condizionare la terzietà dei giurati e mira ad evitare l'introduzione di junk science nel processo tale da invalidare il metodo scientifico adottato".

[9] Cfr BARBER, Dulan; GORDON, Giles. *Members of the jury*. Wildwood House, 1976

[10] Cfr FEYERABEND, Paul Karl. *Explanation, Reduction and Empiricism, in Minnesota Studies in the Philosophy of Science*, a cura di H. Feigl -G. Maxwell, III, Minneapolis, 1962, p. 31 ss; FEYERABEND, Paul Karl. *Come essere un buon empirista (1963)*, *trad. it*., Borla, 1982,p. 5 ss.

legge naturale). Secondo la prima ricostruzione, che può servire come base per il criterio B.a.r.d., sarebbe esclusivamente la tesi non contestata da alcuna ipotesi alternativa con una minima plausibilità e supportata da leggi scientifiche di carattere universale;

-nella certezza logica (formulata su un fondamento logico-deduttivo, vale a dire che l'interpretazione razionalmente valida è quella capace di giustificare deduttivamente, fungendo da premessa, il fenomeno, ma non supportata da leggi scientifiche universali, così da permettere la presenza di ipotesi alternative astrattamente verosimili, ma con un potere esplicativo quantitativamente molto inferiore)[11].

In base alla seconda è sufficiente una ricostruzione del fatto basata su norme formate con l'inferenza induttiva, nel caso sia dotata di capacità esplicativa superiore alle altre possibili ricostruzioni.

Il dualismo, tuttavia, appare superabile, alla luce della considerazione che neppure il paradigma della certezza scientifica è immune dall'esigenza di istituire una relazione tra tesi e antitesi.

Non è sufficiente che la tesi sostenuta sia nettamente preferibile rispetto ad ogni ipotesi alternativa concreta (nel qual caso si slitterebbe verso il parametro del "più probabile che non", quand'anche caratterizzato da alti livelli di probabilità), ma occorre che essa sia capace di neutralizzare l'ipotesi alternativa, degradandola allo stadio di ipotesi puramente astratta, in assoluto non escludibile, ma appartenente all'universo delle congetture teoriche, sfornite di appigli nella realtà[12].

La netta preferibilità, dunque, resiste come criterio, ma si misura sull'esistenza di ipotesi alternative astratte (rispetto alle quali altro non si può predicare, per gli insanabili limiti della conoscenza umana, che un giudizio di elevata preferibilità), laddove l'esistenza di spiegazioni divergenti, fornite di un qualche elemento concreto, implica un ragionevole dubbio[13].

---

[11] Cfr GAROFALO, Giulio. *La diversificazione degli standard di prova nel processo penale,* in Sistema penale, 2024, https://www.sistemapenale.it/pdf_contenuti/1738160534_rev-garofalo-standard-prova.pdf, accesso il 25.5.2025

[12] Ivi, p. 3 ss.

[13] Ivi, p. 5 ss.

È nell'area del ragionevole dubbio che si colloca il criterio del "più probabile che non": ciò che lo connota non è un diverso procedimento logico, ma la minore forza dimostrativa dell'evidence and inference[14].

In definitiva, l'interprete è sempre vincolato a sviluppare un'argomentazione rigorosa sul piano metodologico, ma al fine di ritenere provato un determinato fatto, gli è sufficiente accertare che l'ipotesi intorno a quel fatto sia più probabile di tutte le altre messe insieme, ossia rappresenti il 50% + 1 di possibilità, ovvero, con formulazione più appropriata, la c.d. probabilità cruciale. Ciò conferma che nel diritto civile i criteri che presiedono alla scelta della legge scientifica non possono essere diversi rispetto a quanto accade in sede penale, poiché ciò che cambia è il parametro quantitativo del giudizio, non il procedimento logico per formularlo[15].

Questo vale tanto per il giudizio di fatto quanto per quello di diritto, ossia per l'interpretazione delle norme giuridiche.

2. Ragioni e ragionevolezza della sentenza

Il primo controllo sulla ragionevolezza di secondo grado riguarda quanto il Giudice di merito ha ragionevolmente motivato in ordine alla sussistenza di ragionevoli dubbi al fine della pronuncia di condanna.[16]

La seconda premessa riguarda la prova indiziaria vincolata ai criteri dell'art. 192 c.2 c.p.p. avente ad oggetto un fatto diverso dai temi oggetto dell'imputazione la cui prova, (l'accertamento), consente al Giudice, tramite inferenze, di ottenere informazioni rilevanti anche sull'imputazione[17].

La prova indiziaria permette la ricostruzione dei canoni logici che devono presiedere ad ogni inferenza giudiziale (se si analizza una

---

[14] Ivi, p. 8 ss.

[15] Ivi, p. 10 ss.

[16] Cfr D'AURIA, Luca. *Accertamento oltre il ragionevole dubbio, rispetto del contraddittorio e criteri di verifica dell'attendibilità delle ipotesi scientifico-tecniche come principi fondanti il "giusto processo". Risvolti sulla prova penale scientifica e gli accertamenti tecnici*, in Foro ambr., 2003, p. 411 ss.

[17] Cfr LICCI,Giorgio.*Teorie causali e rapporto di imputazione*, Jovene,Napoli,1996, p. 138 ss.

prova debole): dal fatto ignoto a quello noto, ma vi è un problema di passaggi logici che conducono all'elemento di prova al fatto provato[18]; un problema di ricostruzione alle ipotesi per cui il teste vulnerabile può mentire, quindi non una valutazione interna della credibilità del teste, ma la valutazione esterna (ad esempio se si è istigati da terzi ad una ricostruzione alternativa, attendibile)[19].

Ebbene, se il problema del principio B.a.r.d è un problema di motivazione, se la prova indiziaria è prova dei fatti nel processo penale, ovvero i meccanismi che sottintendono alla prova indiziaria sono dissimili a dinamiche inferenziali che caratterizzano qualunque prova nel processo penale, è necessario ragionare su inferenze giudiziali[20].

Se vi è un problema di motivazione e di inferenza il punto di riferimento è l'articolo 546 c.p.p.

Il Giudice di primo grado, in motivazione, deve indicare le prove, i risultati acquisiti e i criteri di valutazione della prova con l'enunciazione delle ragioni per le quali ritiene non attendibili le prove contrarie con riguardo all'accertamento dei fatti[21].

Dunque bisogna capire se il Giudice ha ottemperato o meno ai requisiti fissati dalla legge per la predisposizione della sentenza e che presiedono al taglio indiziario, al vaglio probatorio e alla ricostruzione dei fatti processuali da porre a fondamento dell'accertamento, perché il Giudice di primo grado motiva in ordine alle inferenze del ragionamento

---

[18] Cfr DONDI, Angelo. *Paradigmi processuali ed "expert witness testimony" nel diritto statunitense*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1996, p. 265 ss. (es. testi vulnerabili, testi interessati al processo, tutte prove dirette etc); cfr PULITANÒ, Domenico. *Il diritto penale fra vincoli di realtà e sapere scientifico*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2006, p. 797 ss.

[19] Cfr TAGLIARO,Franco. *L'ammissibilità della «prova scientifica» in giudizio e il superamento del Frye standard: note sugli orientamenti negli USA successivi al caso Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals, Inc* «Rivista Italiana di Medicina Legale» , vol. 22 , 2000 , pp. 719-731

[20] Cfr STELLA Federico, *Il giudice corpuscolariano*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 96 ss.; STELLA Federico, *Verità, scienza e giustizia: le frequenze medio-basse nella successione di eventi*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2002, p. 1227 ss.

[21] Cfr VIOLINI Lorenza. *Sui contrasti tra valutazioni giuridiche e valutazioni scientifiche nella qualificazione della fattispecie normativa: la Corte compone il dissidio ma non innova l'approccio*, in Giur. cost., 1998, p. 977 ss.

che conducono dalla dichiarazione, alla prova documentale, alla prova esperiziale al risultato delle prove e alle conclusioni che nascono dalla valutazione congiunta e complessiva dei vari risultati di prova[22].

Se i parametri di giustizia e correttezza risiedono nelle ragioni per cui non sono attendibili prove contrarie, difficilmente si potrà pensare che il tema della ragionevole valutazione ed eventualmente dell'esclusione di una ricostruzione probatoria alternativa del fatto non stiano già dentro l'obbligo di motivazione della sentenza di primo grado[23].

D'altronde il giudizio di fatto (eseguito con l'inferenza dell' abduzione) e il giudizio di diritto (eseguito con l'inferenza della deduzione) sono espressioni del sillogismo normativo del diritto penale (Norma, Fatto, Effetto), la cui certezza è nel principio di determinatezza, tipicità e tassatività (quali espressioni del principio di legalità sostanziale).

Il sillogismo normativo poggia con estrema precisione su categorie scientifiche perché il fatto di reato deve essere ad *imitatio naturae, cioè un'i*mmagine di ciò che accade in natura nell'applicazione meno ambigua.

Il sillogismo processuale per essere certo deve quindi basarsi su un *giudizio di fatto* per accertare oltre ogni ragionevole dubbio il fatto di reato con certezza.

Per applicare il principio B.a.r.d in tale giudizio si adottano la[24]:

-corroboration, ossia un'ipotesi rafforzata con dati di supporto; cioè la validazione dell'ipotesi accusatoria si verifica attraverso l'aumento delle informazioni successive (identificazione di tutti gli elementi che possono avvalorare e rinforzare le ipotesi con prove fattuali, come l'autopsia in situazioni di indagine per omicidio);

-cumulative redundancy: sono le ipotesi alternative che suggeriscono che potrebbe essere stata un'altra persona a compiere il reato. Si propongono ipotesi alternative che possano smentire l'ipotesi

---

[22] Cfr Cass. Sez. VI, proc. n. 39038/2022 (sent. Trattativa Stato-mafia) Cass., Sez. un., 30 ottobre 2002, Vottari, in Cass. pen., 2003, 396, nt. 112.

[23] Cfr CANZIO, Giovanni. *Prova scientifica, ricerca della "verità" e decisione giudiziaria nel processo penale, in Decisione giudiziaria e verità scientifica*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 65 ss; LOMBARDO, Luigi. *La scienza e il giudice nella ricostruzione del fatto*, in Riv. dir. proc., 2007 p. 39 ss.

[24] Cfr ALEXY Robert, *Teoria dell'argomentazione giuridica. La teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 49 ss.

principale; se queste ipotesi vengono rifiutate, l'ipotesi principale risulta chiaramente valida.

Tutto ciò si esprime nella formula *p(Hk)=r; p(hk) = r, dove la probabilità (p) dell'ipotesi (h) è direttamente proporzionale al livello di informazione coerente (k), che viene introdotto nel processo tramite l'acquisizione dei mezzi di prova, e all'aumentare di k cresce il grado di resistenza (r) contro la falsificazione dell'ipotesi.*[25].

3. L'art. 606 c.p.p.: i profili di censura dell'illogicità

Il primo tema della sentenza delle Sezioni Unite Galtelli del 2016[26], riguarda la necessità per il ricorrente di esporre la critica della decisione di primo grado.

Il primo livello di critica ex art. 581 c.p.p. è un appello per la specificità argomentativa puntuale ed esplicita sul ragionamento di fatto e

---

[25] HEMPEL,Carl Gustav. *Philosophy of natural science*, Prentice-Hall, Hoboken, 1966, p. 53 ss.

[26] si veda Cass., Sez. un., Galtelli, n. 8825, del 27/10/2016, dep. 2017 , Rv. 268822 – 01. La funzione tipica dell'impugnazione è quella della critica argomentata avverso il provvedimento cui si riferisce: tale revisione critica si realizza attraverso la presentazione di motivi che, a pena di inammissibilità, debbono indicare specificamente le ragioni di diritto e gli elementi di fatto che sorreggono ogni richiesta. Contenuto essenziale del ricorso in cassazione è, pertanto, il confronto puntuale con le argomentazioni del provvedimento oggetto di impugnazione. Il motivo di ricorso in cassazione è, infatti, caratterizzato da una duplice specificità, dovendo contenere l'indicazione delle ragioni di diritto e degli elementi di fatto che sorreggono ogni richiesta presentata al giudice dell'impugnazione e contemporaneamente enucleare in modo specifico il vizio denunciato, deducendo, in modo analitico, le ragioni della sua decisività rispetto al percorso logico seguito dal giudice del merito per giungere alla deliberazione impugnata, sì da condurre a decisione differente. La mancanza di specificità del motivo, infatti, va valutata e ritenuta non solo per la sua indeterminatezza, ma anche per la mancanza di correlazione tra le ragioni argomentate dalla decisione impugnata e quelle poste a fondamento dell'impugnazione, dal momento che quest'ultima non può ignorare le esplicitazioni del giudice censurato senza cadere nel vizio di a-specificità che conduce, a norma dell'art. 591 comma 1, lett. c) cod. proc. pen, alla inammissibilità della impugnazione (Cass., Sez. 2, Boutartour Samin, n. 42046 del 17/07/2019, Rv. 277710 – 01; Cass. Sez. 2,Bocchino, n. 45958 del 21/10/2022).

di diritto; gli spazi al ricorrente rispetto alla censura dei ragionamenti del Giudice di primo grado; l'approccio in cui il Giudice si limita a dichiarare gli elementi di prova senza ragionarci sopra.

Nel Giudizio di Appello si aggredisce la sentenza di primo grado sul piano inferenziale (indiziario) e in tal senso[27]:

- da un lato certamente la proporzionalità tra la specificità della sentenza di primo grado e la specificità dei motivi di appello (secondo il canone della sentenza Galtelli) implica il livello di specificità commisurata al livello di specificità della sentenza di primo grado, ma rimane più complesso il ricorso per cassazione se si introducono più argomenti in appello[28];

- dall'altro deve essere escluso che le riproposizioni delle questioni già esaminate e disattese in primo grado siano la causa di inammissibilità dell'appello per a-specificità (tra cui: la bassa ricostruzione logico-alternativa che si limita alla ricostruzione del fatto storico senza fermarsi sulle ricostruzioni della difesa; la ricostruzione riproposta con la critica nell'atto di appello), perché l'appello è devolutivo[29].

Il profilo di censura dell'art. 606 c.p.p. riguarda la manifesta illogicità della motivazione ovvero la contraddittorietà interna su due versanti del B.a.r.d come regola di giudizio e come metodo di accertamento del fatto:[30]

1) come regola di giudizio bisogna controllare lo standard probatorio necessario per condannare, controllare il quantum di prova necessario per condannare;

2) come metodo di accertamento del fatto bisogna sindacare la completezza del ragionamento probatorio, la verifica probatoria rispetto al passaggio dell'elemento di prova, del risultato di prova e rimanere in guardia sulla conclusione probatoria (cioè qual è il ragionamento che consente al Giudice di tenere insieme vari risultati probatori).

---

[27] Cfr MAGGIO, Paola. *Le difficoltà probatorie per superare il ragionevole dubbio nei processi alla criminalità organizzata. In C. Conti (a cura di), Criminalità mafiosa: memoria e cultura della legalità,* Giuffrè, Milano, 2022, p. 67 ss.

[28] Ivi, p. 89 ss.

[29] Ivi, p. 102 ss.

[30] Cfr Cass.pen. Sez.6, n. 40526/23

Vi è dunque una sovrapposizione per controllare il quantum e ciò vuol dire controllare le conclusioni probatorie e non necessariamente controllare dall'interno il singolo indizio; la Corte di Cassazione fa ricadere il controllo sulla correttezza della valutazione giudiziaria in ordine ai criteri legali di valutazione dell'indizio[31].

Dunque, il giudice di merito non può rinunciare a cimentarsi, per quanto possibile, anche con il profilo relativo ai "contenuti" della scienza ed agli esiti probatori cui essa conduce una volta applicata al fatto, pena il profilarsi di un ritorno al vecchio paradigma della perizia prova legale[32].

In questa, distinzione tra merito e metodo la Corte di Cassazione sta instaurando un rapporto di corrispondenza biunivoca tra certezza processuale al di là del ragionevole dubbio ed accreditamento della teoria inteso come grado di consenso della comunità scientifica.[33]

4. Standard probatorio e onere motivazionale del Giudice

Il Supremo Consesso usa una precedente anticipazione autodifensiva per cui non si valuta il fatto, ma si procede esternamente alla prova e ci si occupa esclusivamente di scandagliare le regole legali di valutazione della prova che presiedono alla valutazione del fatto accertato quando la prova sia indiziaria e non si sostituisce con la valutazione personale (la valutazione del giudizio di merito), ma si controlla il rispetto del B.a.r.d in relazione ai parametri di cui all'art. 192 c.p.p. dove vi è difficoltà nel distinguere la sagoma interna o esterna della prova.

Le Sezioni Unite Troise escludono che a fronte del ribaltamento della condanna di primo grado in assoluzione, in appello è necessario rinnovare la prova dichiarativa in base a tale ragionamento: «*ribaltare la condanna è diverso rispetto a ribaltare l'assoluzione, perchè ribaltare*

---

[31] cioè si trovano nel metodo di controllo di accertamento del fatto; cfr HAACK, Susan. *Legalizzare l'epistemologia. Prova, probabilità e causa nel diritto*, Egea, Milano, 2015, p. 177 ss.

[32] Cfr FERRUA, Paolo, *La prova nel processo penale, Vol.1 Struttura e Procedimento,* Giappichelli, Torino, 2017, p. 135 ss.

[33] Ivi, p. 186 ss.

l'assoluzione significa avere la prova della certezza della responsabilità dell'imputato; mentre per ribaltare una condanna è necessario un dubbio».[34]

Il problema è l'idea per cui è qualitativamente diversa la motivazione della sentenza che ribalta l'assoluzione rispetto alla motivazione della sentenza di conferma ovvero di ribaltamento della condanna o assoluzione.

In realtà qualitativamente è uguale perchè lo standard B.a.r.d per condannare è uguale in primo grado e in appello; non vi è uno standard B.a.r.d elevato alla potenza di 2; il problema è il quantum rispetto all'onere motivazionale: dal punto di vista logico della sentenza secondo il canone B.a.r.d, se l'oggetto dell'impugnazione del Pubblico Ministero che abbia dimostrato l'irragionevolezza di quella costruzione non introduce nulla all'interno della catena inferenziale, significa che il ragionamento era fallacie.

Dunque è un dubbio irragionevole perché è frutto di una sentenza sbagliata in primo grado.

La regola B.a.r.d fonda l'obbligo di accertamento del fatto che obbliga il Giudice a sottoporre nella valutazione probatoria l'ipotesi accusatoria alle confutazioni costituite dalle ipotesi ricostruttive antagoniste prospettate dalla Difesa[35].

In conformità alla sentenza delle Sezioni Unite il B.a.r.d, per la sua immediata derivazione dal principio della presunzione di innocenza[36], impone protocolli logici diversi in tema di valutazione delle contrapposte

---

[34] Cass., Sez. un., 3 aprile 2018, Troise (ud. 21 dicembre 2017), https://archiviopenale.it/rinnovazione-dell-istruzione-dibattimentale-appello--cass-sez-un-3-aprile-2018-(ud-21-dicembre-2017)-troise/contenuti/6795 accesso il 24.5.2025

[35] Cfr INTRIERI, Cataldo. *Oltre ogni ragionevole dubbio o dell'utopia. Il caso Sandy Clark e "l'errore da pubblico ministero" (The prosecutor fallacy), in DE CATALDO NEUBURGER, Luisella (a cura di), Scienza e processo penale: linee guida per l'acquisizione della prova scientifica,* Cedam, Padova, 2010, p. 291 ss.: " *La Daubert rule è per gli studiosi della prova scientifica il gold standard su cui tarare ogni discussione, ricerca, valutazione sul tema dei rapporti tra scienza e processo penale".*

[36] Ancora più sfumata come sintagma rispetto alla presunzione di non colpevolezza; cfr MANNA, Adelmo. *La regola dell'oltre il ragionevole dubbio nel pericolo astratto come pericolo reale*, in Cass. pen., 2005, p. 650 ss.

ipotesi ricostruttive in ordine alla fondatezza del tema d'accusa: la certezza della colpevolezza per la pronuncia di condanna, il dubbio fondato sulla mera plausibilità processuale di una ricostruzione alternativa del fatto per l'assoluzione.[37]

5. Il thema probandum e il movente

Il B.a.r.d nella giurisprudenza anglo-americana viene visto come il vanto dell'ordinamento e implica la protezione dell'innocente (presunzione di innocenza)[38].

Nel diritto penale è necessaria la valutazione della certezza della responsabilità, mentre nel diritto civile vi è il canone del fatto più probabile che non.

Il B.a.r.d è presente in tutti i codici che abbiano il fondamento, la ragione, (la religione), l'umanità: solo così la prova legale della colpevolezza può dar luogo a un giudizio di condanna,solo sulla certezza assoluta[39].

Negli Stati Uniti l'unico insegnamento ai giurati popolari prima di comporre la giuria è la differenza tra dubbio astratto (meramente teorico) e dubbio concreto (cioè ragionevole, ancorato alle risultanze processuali).

Nei giudizi di legittimità in Italia, quando le Sezioni Unite sono investite di una questione i Giudici che le compongono in realtà sono 10 (e non 9 come appare nell'intestazione della sentenza), perché molta attenzione è data al magistrato dell'Ufficio del Massimario che ha redatto la relazione sul quesito di diritto rimesso alle Sezioni Unite.

---

[37] STELLA Federico, *Giustizia e modernità*, Giuffrè, Milano, 2003 p. 375 ss. , laddove il diritto penale le leggi di copertura sono *"le leggi causali, di forma universale, oppure le leggi statistiche quasi universali, perché provviste di un coefficiente percentualistico vicinissimo ad uno*".

[38] cfr DERSHOWITZ, Alan, M. *Dubbi ragionevoli. Il sistema della giustizia penale e il caso O.J. Simpson*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 81 ss.; in particolare si veda la testimonianza della giurata Aschenbach nel caso O.J. Simpson che afferma la convinzione che l'imputato avesse ucciso Nicole,ma la legge non le consentiva di votare per la sua condanna perché l'accusa non aveva provato la colpevolezza oltre ogni ragionevole dubbio.

[39] Cfr STELLA Federico, *Giustizia e modernità*, op cit, p. 429 ss

Egli infatti partecipa alla pre-camera di consiglio, alla camera di consiglio, quindi alla decisione che è presa soprattutto da 3 giudici: Presidente, Relatore e Magistrato dell'Ufficio del Massimario; gli altri 7 giudici svolgono un ruolo meramente formale.

La contestazione dell'ipotesi dell'accusa si basa sull'identificazione della condotta ascritta e le ricadute processuali si hanno sulla prova indiziaria; la sentenza sull'omicidio Pecorelli[40] per cui l'ex Presidente del Consiglio dei Ministri Andreotti fu accusato di essere mandante dell'omicidio del giornalista, si scontra con la vaghezza delle ipotesi accusatorie e si traduce nella novità di attività di ricerca della prova e della sua costruzione nel Giudizio Dibattimentale.

Un Pubblico Ministero replicherebbe dicendo che se ha raccolto delle prove ed è stata fruttifera l'attività di raccolta della messa probatoria si fatica ad elaborare un'ipotesi d'accusa ben definita; però vi è una controreplica: è sempre possibile, opportuno al momento di cristallizzare il fatto nell'imputazione, scommettere su determinate ipotesi di modalità commissiva, perché questo facilita l'attività processuale nell'interesse del Pubblico Ministero; quindi lo stesso pubblico ministero ha tale onere: scommettere su una determinata modalità di condotta, quella sulla base per cui di quanto raccolto fin lì è quella più adeguata a descrivere quanto accaduto nella realtà[41].

Questa imprecisione delle qualifiche sostanziali della condotta è il vulnus genetico che conduce alla sentenza Andreotti; dalla formulazione dell'imputazione, l'incrinarsi del movente del delinquere fino all'annullamento della condanna della Corte di Assise di Appello di Perugia in Cassazione.

Il concorso morale risulta genetico (come in quella imputazione) specialmente se si tratta di un concorso morale tacito e vi è differenza tra istigazione tacita (suscitare nell'esecutore lo stesso proposito criminoso), rafforzamento tacito (prendere atto dell'altrui proposito e rafforzarlo) e approvazione tacita dell'altrui proposito criminoso; invece nel processo Andreotti l'interesse ad eliminare lo scomodo giornalista non era della

---

[40] Cass. pen,Sez. 2, Andreotti, n. 49691/2004

[41] Cfr FERRUA, Paolo. *La prova nel processo penale*, in Rev. Bras. de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, p. 81-128, jan.-abr. 2018.

mafia, ma era tutto solo del senatore Andreotti e forse voleva precisare dall'inizio che in capo ad Andreotti doveva essere provato il primigenio impulso ideativo e la sua comunicazione in forma di mandato.

Questo doveva essere scritto in imputazione e ciò avrebbe permesso di indicizzare la prova su binari definiti agevolando il raggiungimento dello standard probatorio richiesto.

Secondo la Corte di Assise di Appello di Perugia «*non deve ritenersi necessaria la richiesta esplicita per uccidere essendo sufficiente che si faccia capire omnibus modis che una determinata persona disturba o crea problemi e l'omicidio viene commesso per vie occulte; spesso il linguaggio mafioso è fatto di parole non dette, di silenzi pesanti, di ammiccamenti; l'esecutore agisce illico et immediate giacchè la mafia si regge su ordini non discutibili, su richieste implicite, su segreti non rivelati e su una scala gerarchica così forte che spesso l'anello della catena conosce i due anelli a cui è collegato* ».[42]

Nella motivazione di giuridico c'è poco, vi è confusione tra istigazione e approvazione tacita che il Supremo Consesso evidenzia.

La prima aporia riguarda il tipo di condotta ascritta all'imputato nella sentenza Pecorelli[43] e condiziona l'esito processuale.

La seconda aporia riguarda la confusione tra movente (causale, il motivo a delinquere, una categoria di diritto sostanziale) e interesse (teoria del cui prodest, la modalità del ragionamento giudiziale, un argomento di prova).

Nella sentenza si parla di interesse, ma lo si sovrappone al movente; il movente è un segmento del ragionamento indiziario, ma l'interesse non è un segmento. Il movente deve essere a sua volta provato, con una confessione stragiudiziale o con un'intercettazione telefonica o per via di una prova logica (con gravi difficoltà).

Il movente è oggetto del thema probandum, mentre l'interesse è una regola inferenziale, un argomento di prova, una massima di esperienza che può condurre dal fatto noto al fatto ignoto (l'ideazione del reato e la sua comunicazione di questa informazione in forma di istigazione).

---

[42] C.A.A. Sent. n. 4/2002 del 17.11.2002 https://www.archivioantimafia.org/sentenze2/andreotti/andreotti_secondo_grado.pdf accesso il 24.5.2025

[43] C.A. Perugia sent. n. 3/1999 https://www.archivioantimafia.org/sentenze2/andreotti/andreotti_pecorelli_primo_grado.pdf accesso il 24.5.2025

L'interesse non può sostituirsi agli elementi, mattoncini della prova indiziaria.

D'altronde in tema di adeguatezza della motivazione, non è censurabile in sede di legittimità la sentenza del Giudizio di Appello che fonda un giudizio di colpevolezza sul principio del cui prodest, qualora esso sia supportato da altri elementi di fatto di sicuro valore indiziante:da solo l'interesse non porta a niente, sono necessari gli elementi di fatto[44].

D'altronde nel nostro sistema accusatorio è l'accusa che deve fornire la prova della responsabilità dell'imputato, il quale non è tenuto a provare la sua innocenza.

In particolare, il pubblico ministero deve dimostrare l'esistenza di tutti gli elementi costitutivi della causa penale incriminante, in cui è compreso il fatto attribuito all'imputato, per poter provare la relativa responsabilità penale.

Solo quando il pubblico ministero ha adempiuto al suo onere probatorio, l'imputato sarà in grado di fornire una prova esonerativa che contraddica quella presentata dall'accusa.

Se il pubblico ministero, fin dalla fase iniziale del procedimento, gode sia del diritto alla prova che dell'onere della prova perché altrimenti la sua attività probatoria potrebbe produrre effetti sfavorevoli su di lui, d'altra parte, l'indagato nella prima fase gode solo del diritto di prova e non anche dell'onere perché la sua inerzia in questa fase iniziale non produce conseguenze sfavorevoli[45].

Solo dopo che l'accusa ha fornito prove contro di lui, egli avrà l'onere di provare elementi di discolpa al fine di evitare una condanna.

Nei casi dubbi, in cui non è possibile raggiungere la prova della responsabilità dell'imputato oltre ogni ragionevole dubbio, il giudice pronuncia una sentenza di assoluzione.

Infatti la dottrina e la giurisprudenza spesso non distingue tra presunzione di innocenza e presunzione di non colpevolezza. Ma a tal proposito verrebbe da dire perchè usare il termine presunzione?

---

[44] cfr Sez. Un., Mannino, n. 33748/2005 https://www.giurisprudenzapenale.com/wp-content/uploads/2013/09/concorso-esterno-Mannino-SU-33748_2005.pdf accesso il 24.5.2025

[45] TUZET, Giovanni. *La prova ragionata*, Giuffrè, Milano, 2023, p. 53 ss.

Se l'ordinamento giuridico presume già che un individuo commetta un reato tramite la previsione astratta del codice penale e dal punto di vista processuale presume la sua innocenza, vuol dire che *ab origine* vi è un pregiudizio che l'ordinamento stesso ha nei confronti del cittadino.

Un cittadino nasce libero, incensurato, senza procedimenti penali pendenti; perché l'ordinamento, de plano, dovrebbe già *affibbiargli* una presunzione di innocenza, se non ha commesso alcun tipo di reato? Non sarebbe meglio parlare di indicazione di innocenza? Il processo penale è una deduzione logica perfetta.

Il processo penale chiarisce i fatti attraverso corroboration e criminal redundancy preliminarmente prima della richiesta di rinvio a giudizio; poi in contraddittorio il Pubblico Ministero ha onere della prova per superare il vaglio del ragionevole dubbio; il principio cardine che guida il processo penale è l'indicazione di non colpevolezza; non si parla di presunzione altrimenti tutti gli uomini dovrebbero essere astrattamente incriminati per qualsiasi fatto previsto dalla legge come reato, ma ciò non sarebbe compatibile con la concretizzazione nell'imputazione, cioè nell'incriminazione del principio di legalità penale sostanziale e formale[46].

La traduzione matematica del principio B.a.r.d. è 99% (+1%,): quell'1% è la possibilità di ricorrere all'istituto della revisione per le sentenze penali di condanna in giudicato.

6. Le intercettazioni come mezzo di ricerca del nesso di causalità e della regola BARD

Le intercettazioni nei processi di mafia sono un mezzo di ricerca della prova insostituibili, perché sono atteggiamenti che a malapena incarnano forme di comportamento concludente; senza intercettazioni è difficile individuarli come tali; i mafiosi non parlano in maniera esplicita nel corso delle intercettazioni telefoniche che non sono soggette a inutilizzabilità in caso di omesso esame della fonte.[47]

---

[46] Ivi, p. 71 ss.

[47] cfr FURFARO, Sandro. *Un problema irrisolto: le intercettazioni telefoniche, in GAITO Alfredo (a cura di), Procedura penale e garanzie europee, UTET, Torino, 2006*, 125 ss..

Quindi l'affermazione di Buscetta, se espressa nel corso dell'intercettazione telefonica sarebbe stata affidata al libero convincimento del Giudice[48].

Il Supremo Consesso statuisce che:« è manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale degli articoli 192, 195, 526, 271 del c.p.p. per contrasto con gli articoli 3,24,111 della Costituzione e art. 6 *Cedu nella parte in cui non prevedono che le indicazioni di reità e correità rese in ambito delle intercettazioni e intercettate debbano essere correlate da altri elementi di prova che ne confermino l'attendibilità come avviene per chiamate in reità o correità davanti alla P.G. e nella parte in cui non prevedono l'inutilizzabilità delle dichiarazioni qualora il soggetto indicato quale fonte informativa nella conversazione intercettata si avvalga della facoltà di non rispondere*».[49]

La Suprema Corte ha escluso la possibilità di equiparare ai fini predetti «*il chiamante in reità o correità ovvero il soggetto che rende dichiarazioni accusatorie nel corso dell'interrogatorio mosso da intenti calunniatori al conversante il quale animato dalla volontà viceversa di scambiare opinioni col proprio interlocutore*».[50]

Nella sentenza Mannino del 2005 delle Sezioni Unite:«*la Corte di Assise di Palermo era pervenuta a condannare Calogero Mannino per concorso esterno in riforma della sentenza di primo grado adottando il metodo di valutazione indiziario aggregante e sintetico globale criticando l'approccio atomistico e frammentario della sentenza di primo grado curandosi di evitare decontestualizzazioni, de-storicizzazioni, ma così facendo c'è stato un effetto opposto; vi è stata una lettura più sociologica che giuridica del materiale probatorio*».[51]

---

[48] cfr MACCORMICK, Neil. *La congruenza nella giustificazione giuridica, in L'analisi del ragionamento giuridico,* Giappichelli, Torino, 1987, p. 245 ss., per cui si distingue la consistency, cioè l'assenza di autocontraddizione e la coherence, cioè l'assommarsi di un principio di connessione volto a irrobustire i dati fra loro compatibili.

[49] Cass., Sez. VI, proc. n. 39038/2022 (sent. Trattativa Stato-mafia)https://www.sistemapenale.it/it/notizie/trattativa-stato-mafia-il-comunicato-stampa-della-corte-di-cassazione acceso il 25.5.2025

[50] Ibidem

[51] cfr Sez .Un., Mannino,n. 33748/2005

La Corte di Cassazione ripristina il filtro giuridico dell'intera vicenda fattuale: «*gli indizi che pure nei processi di mafia necessitano di competenze storiche e sociologiche per poter essere ben compresi e apprezzati vanno sottoposti prima al vaglio critico isolatamente considerato e solo in un secondo momento nell'insieme*».[52]

La Corte stabilisce due principi:[53]

-poiché non è punibile il mero tentativo di concorso nel reato, non basta provare la mera vicinanza alla disponibilità del politico rispetto ai desideri mafiosi;

-occorre l'accertamento ex post dimostrativo dell'efficacia causale in termini di rafforzamento del sodalizio, dell'impegno assunto dal politico in sede elettorale: quindi si è favorevoli ad una logica ex post;

- poiché la causalità è l'unico requisito di tipicità del concorso eventuale, allora esso al pari degli altri elementi del fatto tipico, non può sottostare alla regola B.a.r.d.[54];

- se l'impostazione è a titolo di concorso materiale la Corte di merito non può ripiegare su una scorciatoia probatoria del concorso morale (si rischia la nullità) ravvisando la responsabilità a titolo psicologico solo per giovarsi delle più evanescenti leggi della causalità psichica[55].

I Giudici si conformano al concetto della pericolosità ex ante ritenendo sufficiente questa contiguità compiacente a rappresentare il substrato fattuale sufficiente alla fattispecie del concorso esterno che invece è basato sulla responsabilità ex post e non sulla pericolosità ex ante.

---

[52] Ibidem,cfr MAIWALD, Manfred. *Causalità e diritto penale. Studio sul rapporto tra scienze naturali e scienza del diritto (1980), trad. it.,* Giuffrè, Milano, 1999, p. 119 ss.

[53] Ivi,p. 134 ss.

[54] STELLA, Federico, *Etica e razionalità del processo penale nella recente sentenza sulla causalità delle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2002, p. 776 ss.

[55] STELLA, Federico. *Causalità omissiva, probabilità, giudizi controfattuali. L'attività medico-chirurgica*, in Cass. pen., 2005, p. 1076 ss.; STELLA, Federico. *Fallacie e anarchia metodologica in tema di causalità*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2004, p. 30 ss.; cfr AGAZZI, Evandro., *La causalità e il ruolo delle frequenze statistiche nella spiegazione causale, in Scritti per Federico Stella*, Milano, 2007, p. 379 ss, AGAZZI, Evandro. *La spiegazione causale di eventi individuali (o singoli),* in Riv. it. dir. proc. pen., 1999, p. 395 ss.;

D'altro canto, è la medesima sentenza Franzese che determina come il legame causale venga riconosciuto attraverso un giudizio controfattuale effettuato sulla base di una regola di esperienza generale o di una legge scientifica - universale o statistica - si accerti che, supponendo come attuata dal medico la condotta doverosa a prevenire l'evento *hinc et nunc*, questo non sarebbe avvenuto, oppure si sarebbe verificato, ma in un periodo significativamente successivo o con minore gravità lesiva[56].

Non è possibile dedurre automaticamente dalla probabilità stabilita dalla legge statistica la conferma o meno dell'ipotesi accusatoria riguardo l'esistenza del nesso causale, poiché il giudice deve valutare la validità nel singolo caso, in base alle circostanze del fatto e alle prove disponibili.

Solo così, al termine del ragionamento probatorio che escluda anche l'influenza di fattori alternativi, può risultare giustificata e processualmente certa la conclusione che la condotta omissiva del medico sia stata una condizione necessaria dell'evento lesivo con "alto o elevato grado di credibilità razionale o di probabilità logica".

L'insufficienza, la contraddittorietà e l'incertezza delle prove relative al nesso causale, quindi il ragionevole dubbio, in base alle evidenze disponibili, sull'effettiva influenza della condotta omissiva del medico in relazione ad altri fattori nel provocare l'evento lesivo, portano all'annullamento dell'ipotesi formulata dall'accusa e al conseguente esito assolutorio del processo.

7. Dubbi interni e dubbi esterni

La sentenza trattativa Stato-Mafia presume un vizio di motivazione per violazione della regola B.a.r.d e non un vizio di legge o una nullità: è una regola che osta a due tipologie di dubbi[57]:

---

[56] Cfr CAPRIOLI, Francesco. *L'accertamento della responsabilità penale "oltre ogni ragionevole dubbio"*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 2009, p. 76 ss.

[57] STELLA, Federico. *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1975, p. 316 ss., ove si suggerisce una spiegazione causale probabilistica in diritto penale.

-interni (intranei all'ordito motivazionale, che riguardano le costruzioni dei singoli indizi, dei segmenti della prova indiziaria; quindi sulla costruzione di singoli indizi);

-esterni (afferiscono alla convergenza indiziaria, all'esistenza della tesi alternativa rispetto al tirare le fila sulla convergenza indiziaria da parte dell'organo giudicante; quindi vi è l'istituzione della convergenza indiziaria al riparo da plausibili tesi difensive).

Secondo il punto di vista dei dubbi interni è incerta la ricostruzione della trattativa se non si specifica il modo, il come Mario Mori avrebbe trasmesso la minaccia agli organi di governo; similmente al mandato omicidiario il concorso nel delitto postula la cristallizzazione empirica, concreta al di là della generica formula "concorrere nel reato".

D'altronde il diritto penale è diritto di realtà, diritto della mimesi descrittiva, non si accontenta della nuda manifestazione dell'intenzione, è una modalità di estrinsecazione del fatto descrivibile all'esterno e perciò solo ascrivibile in quanto l'autorità giudiziaria può ascrivere un fatto in quanto è la stessa per primo a saperlo descrivere.

La Corte di Assise di Perugia[58] ha violato la regola B.a.r.d sotto i dubbi interni ed esterni; dal punto di vista di quelli interni perché ha violato il divieto di *praesumptio de praesumpto* avendo fatto "*un doppio salto mortale*", cioè desumendo due incontri ignoti da uno soltanto noto[59]; poi sotto il profilo della resistenza istituita con la convergenza indiziaria alle alternative che non avrebbe confutato adeguatamente le ricostruzioni difensive per cui il ministro Conso avrebbe ricevuto aliunde pressioni per non confermare il 41-bis, in particolare dall'allora Presidente della Repubblica Scalfaro tramite i cappellani delle carceri.[60]

La sentenza richiama profili di teoria generale del concorso di persone nel reato: concorrere non indica solo l'individuazione della modalità afferrabile della condotta tipica, ma postula che la condotta tipica non sia disarmonica e controcorrente rispetto a quello dell'autore principale del reato (i vertici di Cosa Nostra, artefici della minaccia).

---

[58] C.A. Perugia sent. n. 3/1999 https://www.archivioantimafia.org/sentenze2/andreotti/andreotti_pecorelli_primo_grado.pdf accesso il 25.5.2025

[59] Cass. Sez. VI,. n. 39038/2022 (sent. Trattativa Stato-mafia)

[60] Ibidem

La condotta di concorso non è atipica, perché se ogni delitto che giunge fino alla consumazione deve transitare prima anche per la fase del tentativo, allora le azioni dei concorrenti devono stare tra loro, mutatis mutandis, come stanno tra loro gli atti dell'autore monosoggettivo, del tentativo monosoggettivo, cioè devono essere complessivamente dirette, coordinate e proporzionate a giungere a quel risultato consumativo, perchè se diversamente una delle condotte spinge in senso inverso e contrario, essa non è tipica, quindi non è punibile prima dell'accertamento del dolo.

Il Supremo Consesso ribadisce che l'assoluzione del carabiniere del nucleo ROS doveva avvenire per difetto dell'elemento soggettivo e per difetto dell'elemento oggettivo: infatti da un lato nessuna istigazione e determinazione dell'altrui proposito criminoso erano avvenuti, perché i vertici della consorteria avevano già concepito e in parte attuato il proposito stragista-terroristico, d'altro canto nemmeno di rafforzamento morale si sarebbe potuto parlare, di rafforzamento del proposito, perché l'iniziativa del carabiniere del ROS era volta da più a placare il disegno stragista piuttosto che amplificarlo.

L'unico punto che suscita perplessità, perché tende a normativizzare eccessivamente la condotta inserendovi dentro quei momenti, quando una concezione più neutra e naturalistica della condotta avrebbe potuto affermare che quella che si era verificata era una disponibilità a comunicare, trasferire, riportare la minaccia ai vertici dell'esecutivo; dunque i momenti che potevano emergere nuovamente dall'elemento soggettivo.

8. La teoria tripartita del BARD

La Corte di Cassazione nella sentenza Andreotti del 2004 afferma che:" *la ricostruzione dei singoli episodi e la valutazione delle relative conseguenze è stata effettuata in base ad apprezzamenti e interpretazioni che possono anche non essere condivise e a cui sono contrapponibili altre di uguale forza logica, ma che non sono mai manifestamente razionali e che quindi non possono essere stigmatizzate solo nel merito, ma in sede di legittimità.*"[61]

[61] Cass. pen sez 2 49691/2004 (sentenza Andreotti); https://www.archivioantimafia.org/sentenze2/andreotti/andreotti_cassazione.pdf accesso il 25.5.2025

Dunque la ricostruzione dei singoli elementi indiziari fatta in modo non manifestamente irrazionale è incensurabile in sede di legittimità, anche se vi erano ricostruzioni di uguale forza logica [62].

La Corte di merito doveva sconfessare ad una ad una le tesi sui singoli indizi decretandoli implausibili e non solo preferibili,deteriori.

Dunque il portato innovativo della sentenza Trattativa Stato-Mafia è nell'estensione del B.a.r.d anche ai dubbi interni in relazione ai singoli argomenti dell'edificio indiziario, ai singoli indizi che non possono essere ritenuti gravi e imprecisi finché non viene dimostrata, implausibile, la versione alternativa offerta dalla Difesa.

Il tema delle certezze nel diritto penale è nella possibilità di alcune fattispecie costruite su elementi normativi complessi e quindi la necessità riguardo la certezza delle norme penali che presiedono l'accertamento delle responsabilità penali per cui vi è il primo elemento decisivo del B.a.r.d che esporta in chiave processuale il principio di legalità, di tassatività della norma penale e gli elementi dello statuto del diritto penale per cui la privazione della libertà personale deriva dall'accertamento che non lascia spazio a incertezze.

Il profilo costituzionale dell'illecito penale è il principio della personalità della responsabilità penale conforme all'applicazione del B.a.r.d.

Dunque ne deriva la seguente teoria tripartita:

- le leggi scientifiche[63] si applicano nel caso di prova certa della causalità e dell'incremento del rischio della causalità derivante

---

[62] Ibidem, cfr HEMPEL, Carl, OPPENHEIM Paul. *Studies in the Logic of Explanation, in Philosophy of Science*, , 25, n. 2, 1948, 135-175; HEMPEL, Carl. *Aspects of Scientific Explanation and other Essays in the Philosophy of Science*, New York, 1965

[63] Cass., Sez. Un., n. 38343/2014, in Ced. Cass., 261103-01.; cfr ROMANO, Mario. *Nesso causale ed esposizione ad amianto. Dall'incertezza scientifica a quella giudiziaria: per un auspicabile chiarimento delle Sezioni Unite*, in Riv. It. Dir. Proc. Pen., 2016, p. 1130 ss.; ZIRULIA, Stefano. *Morti da amianto ed effetto acceleratore: la Cassazione interviene (tra l'altro) sui criteri di selezione della "scienza nuova"*, in Sist. pen., 13 febbraio 2020. BALDUZZI, Renato. *Conclusioni, in Inquinamento da amianto, Atti del Convegno di Alessandria del 7 maggio 2013, (a cura di) VIPIANA Piera Maria,*Milano, Kluwer-Utet, 2014, pp. 142 ss.; MASERA, Luca. *Evidenza epidemiologica di un aumento di mortalità e responsabilità penale,* in Dir. pen. contemp., Riv. trim., 2014, p. 344 ss. Si veda altresì

dall'esposizione continua del soggetto[64], ma nessuna sentenza priva il terreno di elementi di incertezza, tanto è vero che la legge scientifica è valida oggi perché è riconosciuta dalla comunità scientifica in termini di assolutezza; allora cosa succede in caso contrario, vi sarà la revisione del processo? Ebbene derivano pretese delle certezze che fanno capo allo statuto costituzionale dell'illecito penale al principio di personalità della responsabilità penale;

- i canoni della sentenza Franzese introducono leggi statistiche, ma da tali leggi si possono ricavare elementi da rappresentare in concreto tramite un'indagine razionale che consente di supplire delle incertezze che il panorama statistico fornisce per verificare in concreto la responsabilità dell'individuo[65];

- la sentenza Franzese è il fondamento necessario della relazione eziologica tra condotta e l'evento attribuito all'imputato deve essere applicata con certezza, perché diversamente si punisce sia per un fatto altrui o un fatto incolpevole sia sul versante della responsabilità oggettiva del fatto altrui o del fatto proprio[66].

9. Conclusioni

Il criterio B.a.r.d riguarda sempre dubbi ragionevoli e prevale in relazione alla finalità del processo, all'esigenza che alcuni fenomeni vengano puniti.

FINOCCHIARO, Stefano. *La responsabilità penale causata dall'esposizione ad amianto: una patologia di sistema*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2021, p. 162 ss.

64 Cass. pen., sez. IV, Cozzini, 17 settembre 2010, dep. 13 dicembre 2010, n. 43786.; cfr CHIDDO, Marina; SILVESTRI Piero. *Disastri naturali e prova scientifica, in CANZIO Giovanni e Luca LUPARIA DONATI (a cura di), Prova scientifica e processo penale, II Ed.,* Wolters Kluwer- Cedam, Milano, 2022, p. 872 ss.

65 Cfr. Cass., Sez. un., 12 luglio 2002, n. 30328, nella quale si osserva come il ricorso a leggi statistiche e a massime d'esperienza, necessita di una dimostrazione, tesa a confermare la sicura non incidenza nel caso di specie di altri fattori interagenti in via alternativa.

66 CANZIO, Giovanni. *La valutazione della prova scientifica fra verità processuale e ragionevole dubbio, in G. GENNARI, M.CUCCI, A.GENTILOMO, L'uso della prova scientifica nel processo penale*, Maggioli, 2012, p. 72 ss

Questo è il significato del diritto penale per cui il principio di legalità, nel depauperarsi del ruolo del Parlamento lo ha ridotto a una regola intrisa; la tassatività è tutelata solo dalla sentenza della Consulta del 1981 sul plagio[67].

Il plagio è stato dichiarato incostituzionale non perché ci fosse un errore semantico, (la locuzione che esprimeva le norme era comprensibile), ma non vi erano strumenti processuali che consentissero l'accertamento della certezza e andava sradicata a monte.

Altri esempi si rinvengono nell'art. 5 c.p. per cui la Corte Costituzionale prende atto del principio per cui se vi è incertezza interpretativa si procede in favore del soggetto che non può comprendere il significato della norma e delle incertezze applicative.

Naturalmente non vi è contraddizione tra discrezionalità del giudice e certezza come anche in sede di applicazione giurisdizionale; la contraddizione tra certezza e libero convincimento del Giudice si ha perchè la prima è compatibile con le guide normative sulla discrezionalità, altrimenti sarebbe priva di controlli.[68]

Bibliografia

AGAZZI, Evandro. *La spiegazione causale di eventi individuali (o singoli),* in Riv. it. dir. proc. pen., 1999

AGAZZI, Evandro., *La causalità e il ruolo delle frequenze statistiche nella spiegazione causale, in Scritti per Federico Stella*, Milano, 2007

ALEXY, Robert. *Teoria dell'argomentazione giuridica. La teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica*, Giuffrè, Milano, 1998

BALDUZZI, Renato. *Conclusioni, in Inquinamento da amianto, Atti del Convegno di Alessandria del 7 maggio 2013, (a cura di) VIPIANA Piera Maria,*Milano, Kluwer-Utet, 2014

---

[67] il significato della certezza e della loro applicazione nella giurisdizione; il ponte tra come la norma descritta sul piano sostanziale e come è percepita nell'accertamento.(cfr Corte Cost. sentenza n.96 del 1981)

[68] cfr art 133 c.p. in tema di discrezionalità del giudice nella commisurazione della pena da intendere con diffidenza alla luce del principio di rieducazione di cui all'art 27 c.3 Cost.

BARBER, Dulan; GORDON, Giles. *Members of the jury.* Wildwood House, 1976

BRUSCO, Carlo. Prova scientifica e ragionevole dubbio: in margine a un caso di omicidio, in Foro it., 2016

CANZIO, Giovanni. *Prova scientifica, ricerca della "verità" e decisione giudiziaria nel processo penale, in Decisione giudiziaria e verità scientifica*, Giuffrè, Milano, 2005

CANZIO, Giovanni. *La valutazione della prova scientifica fra verità processuale e ragionevole dubbio, in G. GENNARI, M.CUCCI, A.GENTILOMO, L'uso della prova scientifica nel processo penale*, Maggioli, 2012

CAPRIOLI, Francesco. L'accertamento della responsabilità penale "oltre ogni ragionevole dubbio", in Riv. it. dir. e proc. pen., 2009.

CHIDDO, Marina; SILVESTRI Piero. *Disastri naturali e prova scientifica, in CANZIO Giovanni e Luca LUPARIA DONATI (a cura di), Prova scientifica e processo penale, II Ed.,* Wolters Kluwer- Cedam, Milano, 2022

D'AURIA, Luca. *Accertamento oltre il ragionevole dubbio, rispetto del contraddittorio e criteri di verifica dell'attendibilità delle ipotesi scientifico-tecniche come principi fondanti il "giusto processo". Risvolti sulla prova penale scientifica e gli accertamenti tecnici*, in Foro ambr., 2003

DERSHOWITZ, Alan, M. *Dubbi ragionevoli. Il sistema della giustizia penale e il caso O.J. Simpson*, Giuffrè, Milano, 2007

DONDI, Angelo. *Paradigmi processuali ed "expert witness testimony" nel diritto statunitense*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1996

FEYERABEND, Paul Karl. *Explanation, Reduction and Empiricism, in Minnesota Studies in the Philosophy of Science*, a cura di H. Feigl -G. Maxwell, III, Minneapolis, 1962

FEYERABEND, Paul Karl. *Come essere un buon empirista (1963), trad. it.,* Borla, 1982

FERRUA, Paolo, *La prova nel processo penale, Vol.1 Struttura e Procedimento*, Giappichelli, Torino, 2017

FERRUA, Paolo. *La prova nel processo penale*, in Rev. Bras. de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, p. 81-128, jan.-abr. 2018.

FINOCCHIARO, Stefano. *La responsabilità penale causata dall'esposizione ad amianto: una patologia di sistema*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2021

FURFARO, Sandro. *Un problema irrisolto: le intercettazioni telefoniche, in GAITO Alfredo (a cura di), Procedura penale e garanzie europee, UTET, Torino, 2006*

GAROFALO, Giulio. La diversificazione degli standard di prova nel processo penale, in Sistema penale, 2024, https://www.sistemapenale.it/pdf_contenuti/1738160534_rev-garofalo-standard-prova.pdf

GIANELLI, Paul C., *The Admissibility of Novel Scientific Evidence: Frye v. United States a Half-Century later*, in 8, Columbia Law Review, n. 6, 1980

HAACK, Susan. *Legalizzare l'epistemologia. Prova, probabilità e causa nel diritto*, Egea, Milano, 2015

HEMPEL,Carl Gustav. *Philosophy of natural science*, Prentice-Hall, Hoboken, 1966,

HEMPEL, Carl, OPPENHEIM Paul. *Studies in the Logic of Explanation, in Philosophy of Science*, 25, n. 2, 1948, 135-175.

HEMPEL, Carl. *Aspects of Scientific Explanation and other Essays in the Philosophy of Science*, New York, 1965

IACOVIELLO, Mauro. *Voce Motivazione della sentenza penale,* in Enciclopedia del diritto – Aggiornamento. IV–, Giuffrè, Milano, 2000.

INTRIERI, Cataldo. *Oltre ogni ragionevole dubbio o dell'utopia. Il caso Sandy Clarck e "l'errore da pubblico ministero" (The prosecutor fallacy), in DE CATALDO NEUBURGER, Luisella (a cura di), Scienza e processo penale: linee guida per l'acquisizione della prova scientifica,* Cedam, Padova, 2010

LICCI,Giorgio.*Teorie causali e rapporto di imputazione*, Jovene,Napoli,1996

LOMBARDO, Luigi. *La scienza e il giudice nella ricostruzione del fatto*, in Riv. dir. proc., 2007

MACCORMICK, Neil. *La congruenza nella giustificazione giuridica, in L'analisi del ragionamento giuridico,* Giappichelli, Torino, 1987

MAGGIO, Paola. Le difficoltà probatorie per superare il ragionevole dubbio nei processi alla criminalità organizzata. In C. Conti (a cura di), Criminalità mafiosa: memoria e cultura della legalità, Giuffrè, Milano, 2022, pp. 51-132.

MAIWALD, Manfred. *Causalità e diritto penale. Studio sul rapporto tra scienze naturali e scienza del diritto (1980), trad. it.,* Giuffrè, Milano, 1999

MANNA, Adelmo. *La regola dell'oltre il ragionevole dubbio nel pericolo astratto come pericolo reale*, in Cass. pen., 2005

MASERA, Luca. *Evidenza epidemiologica di un aumento di mortalità e responsabilità penale,* in Dir. pen. contemp., Riv. trim., 2014

MOLINARI, Francesca Maria. *Le attività investigative inerenti alla prova di natura digitale*, in Cass. pen. 2013

PULITANÒ, Domenico. *Il diritto penale fra vincoli di realtà e sapere scientifico*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2006

RIVELLO, Pier Paolo. *Il processo penale di fronte alle problematiche dell'età contemporanea. Logiche processuali e paradigmi scientifici*, Torino, Giappichelli, 2010

ROMANO, Mario. *Nesso causale ed esposizione ad amianto. Dall'incertezza scientifica a quella giudiziaria: per un auspicabile chiarimento delle Sezioni Unite*, in Riv. It. Dir. Proc. Pen., 2016

SIMION, Mona. *Resistance to evidence.* Cambridge University Press, 2024

STELLA, Federico. *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1975

STELLA Federico. *Verità, scienza e giustizia: le frequenze medio-basse nella successione di eventi*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2002

STELLA, Federico. *Etica e razionalità del processo penale nella recente sentenza sulla causalità delle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2002

STELLA, Federico. *Giustizia e modernità*, Giuffrè, Milano, 2003

STELLA, Federico. *Fallacie e anarchia metodologica in tema di causalità*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2004

STELLA Federico, *Il giudice corpuscolariano*, Giuffrè, Milano, 2005

STELLA, Federico. *Causalità omissiva, probabilità, giudizi controfattuali. L'attività medico-chirurgica*, in Cass. pen., 2005

TAGLIARO,Franco. *L'ammissibilità della «prova scientifica» in giudizio e il superamento del Frye standard: note sugli orientamenti negli USA successivi al caso Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals, Inc* «Rivista Italiana di Medicina Legale», vol. 22, 2000, pp. 719-731

TARUFFO, Michele. *Le prove scientifiche nella recente esperienza statunitense*, in Riv. Trim. dir. e proc. civ., 1996

TUZET, Giovanni. La prova ragionata, Giuffrè, Milano, 2023.

UBERTIS, Giulio. *Il giudice, la scienza e la prova*, in Cass. pen., 2011

VIOLINI Lorenza. *Sui contrasti tra valutazioni giuridiche e valutazioni scientifiche nella qualificazione della fattispecie normativa: la Corte compone il dissidio ma non innova l'approccio*, in Giur. cost., 1998

ZIRULIA, Stefano. *Morti da amianto ed effetto acceleratore: la Cassazione interviene (tra l'altro) sui criteri di selezione della "scienza nuova"*, in Sist. pen., 13 febbraio 2020.

Authorship information

Rocco Neri. M.D. in Law at University of Teramo 17.07.2019. Eligibility in the competition for a PhD in Management and Law at the Polytechnic University of Marche, XXXVII cycle (D.R. 535 21.05.2021) Score: 51,50/100 -Winner with scholarship in the competition. Doctorate in Law, Science and Technology at the University Alma Mater Bologna, PON announcement XXXVII cycle theme "Green Action" Score 60/100 -Eligibility to the competition Office for the Process, announced by the Ministry of Justice. rocco.neri@giustizia.it

Additional information and author's declarations (*scientific integrity*)

Conflict of interest declaration: the author confirms that there are no conflicts of interest in conducting this research and writing this article.

Declaration of authorship: all and only researchers who comply with the authorship requirements of this article are listed as authors; all coauthors are fully responsible for this work in its entirety.

Declaration of originality: the author assures that the text here published has not been previously published in any other resource and that future republication will only take place with the express indication of the reference of this original publication; he also attests that there is no third party plagiarism or self-plagiarism.

Data Availability Statement: In compliance with open science policies, all data generated or analyzed during this study are included in this published article.

Editorial process dates (https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/about)

- Submission: 10/01/2025
- Desk review and plagiarism check: 20/01/2025
- Review 1: 04/02/2025
- Review 2: 22/04/2025
- Review 3: 29/04/2025
- Review 4: 02/05/2025
- Preliminary editorial decision: 18/05/2025
- Correction round return: 25/05/2025
- Final editorial decision: 10/06/2025

Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Reviewers: 4

How to cite (ABNT Brazil):

NERI, Rocco. Il mito del ragionevole dubbio tra dubbi processuali e dubbi razionali. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 11, n. 2, e1155 mai./ago. 2025. https://doi.org/10.22197/rbdpp.v11i2.1155

License Creative Commons Attribution 4.0 International.

A busca domiciliar em casos de flagrante delito na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no ano de 2024

Home searches in cases of flagrant crime in the jurisprudence of the Superior Court of Justice in the year 2024

Marcos Afonso Johner[1]

Universidade do Oeste de Santa Catarina – São Miguel do Oeste, SC, Brasil

marcosjohner@yahoo.com.br

https://lattes.cnpq.br/8575513096222713

https://orcid.org/0000-0002-9281-4356

Resumo: O presente artigo analisa a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) em 2024 sobre a busca domiciliar em casos de flagrante delito, com ênfase na proteção constitucional ao domicílio e nas hipóteses excepcionais que autorizam sua violação. Parte-se da seguinte indagação central: quais foram os critérios utilizados pelo STJ para validar ou invalidar o ingresso forçado em domicílios sem mandado judicial, nos casos de flagrante delito, no ano de 2024? Foram examinados 415 acórdãos das 5ª e 6ª Turmas do STJ, identificando critérios que justificam ou invalidam o ingresso forçado. Os resultados apontam divergências entre as turmas, especialmente quanto à busca domiciliar como extensão da busca pessoal e em contextos de fuga. O estudo também evidencia a atuação preponderante da Polícia Militar na realização das buscas, levantando questionamentos sobre a delimitação de suas atribuições investigativas. Por fim, critica-se a flexibilização do standard probatório, sugerindo-se critérios para uma proteção mais efetiva à inviolabilidade domiciliar.

Palavras-Chave: busca domiciliar; flagrante delito; jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

[1] Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Professor do Curso de Direito da UNOESC – *Campi* de São Miguel do Oeste/SC e Pinhalzinho/SC. Advogado.

Abstract: *This article analyzes the 2024 case law of the Superior Court of Justice (STJ) regarding home searches in cases of in flagrante delicto, with an emphasis on the constitutional protection of the home and the exceptional circumstances that justify its violation. The following central question is asked: what criteria were used by the STJ to validate or invalidate forced entry into homes without a court order, in cases of flagrant crime, in the year 2024? A total of 415 rulings from the 5th and 6th Panels of the STJ were examined, identifying criteria that justify or invalidate forced entry. The results reveal divergences between the panels, particularly regarding home searches as an extension of personal searches and in contexts involving suspect evasion. The study also highlights the predominant role of the Military Police in conducting searches, raising questions about the scope of its investigative powers. Finally, it critiques the relaxation of evidentiary standards and suggests criteria for more effective protection of home inviolability.*

Keywords: *home search; flagrant crime; jurisprudence of the Superior Court of Justice.*

Sumário: Introdução; 1. Referencial teórico; 1.1. A proteção constitucional ao domicílio; 1.1.1. Conceito de casa para efeito de proteção constitucional; 1.1.2. Titulares do direito à inviolabilidade domiciliar; 1.2. Hipóteses constitucionais permissivas de ingresso de terceiro em domicílio alheio; 1.2.1. Consentimento do titular; 1.2.2. Flagrante delito; 1.2.3. Desastre ou prestação de socorro; 1.2.4. Determinação judicial; 2. Metodologia da pesquisa jurisprudencial; 2.1. Critérios de seleção dos julgados; 2.1.1. Objeto da pesquisa; 2.1.2. Corte analisada: Superior Tribunal de Justiça; 2.1.3. Período de análise e palavras-chave para o levantamento; 2.2. Procedimentos para análise: organização e classificação das decisões; 3. Análise jurisprudencial; 3.1. Situações que justificaram a busca domiciliar; 3.1.1. Denúncias anônimas seguidas de diligências prévias ou de elementos externos de corroboração; 3.1.2. Busca domiciliar como extensão de busca pessoal; 3.1.3. Contextos de fuga do agente prévios ao ingresso forçado; 3.1.4. Consentimento do morador; 3.1.5. Crimes permanentes com elementos externos aferíveis pelos sentidos; 3.1.6. Demais casos; 3.2. Situações que invalidaram a busca domiciliar; 3.2.1. Busca domiciliar como extensão de busca pessoal; 3.2.2. Contextos de fuga do agente prévios ao ingresso forçado; 3.2.3. Ausência de diligências ou investigações prévias; 3.2.4. Denúncia anônima desacompanhada de investi-

gação; 3.2.5. Consentimento questionável ou não comprovado; 3.2.6. Contradições nas justificativas policiais; 3.2.7. Demais casos 3.3. Panorama quantitativo das decisões analisadas; 3.4. Panorama qualitativo das decisões analisadas; 3.4.1. Busca domiciliar como extensão da busca pessoal; 3.4.2. Contextos de fuga; 3.4.3. Direito penal de autor e uso de conceitos vagos; 3.4.4. Ingressos motivados pelo odor de maconha; 3.4.5. Ingressos precedidos de denúncia anônima; 3.4.6. Ingressos precedidos de consentimento do morador; 3.4.7. Inversões de carga probatória. Violação ao princípio de presunção de inocência; 3.4.8. Falta de delimitação das atribuições da Polícia Militar; 3.4.9. Validação de prova obtidas pela Guarda Municipal; 3.4.10. Critérios mínimos para validação da prova. Considerações finais; Referências.

INTRODUÇÃO

A inviolabilidade do domicílio constitui um dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988, assegurando que a casa do indivíduo seja um espaço de proteção da intimidade e da vida privada. No entanto, essa proteção não é absoluta, podendo ser relativizada nas hipóteses expressamente previstas no art. 5º, XI, da Carta Magna, tais como flagrante delito, desastre, prestação de socorro ou determinação judicial. O presente estudo tem como objeto a análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) em relação à busca domiciliar nos casos de flagrante delito, buscando compreender os critérios adotados pela Corte para validar ou invalidar o ingresso forçado em residências sem mandado judicial.

A pergunta que orientará esta pesquisa será a seguinte: quais foram os critérios utilizados pelo STJ para validar ou invalidar o ingresso forçado em domicílios sem mandado judicial, nos casos de flagrante delito, no ano de 2024? O objetivo geral será identificar padrões decisórios e discutir os impactos da flexibilização ou da restrição do conceito de flagrante delito na proteção da inviolabilidade domiciliar.

Para tanto, inicialmente será realizado um levantamento teórico acerca da proteção constitucional do domicílio e das exceções que

autorizam seu ingresso forçado. Em seguida, será definida a metodologia utilizada para a seleção e análise dos julgados do STJ. Posteriormente, serão discutidos os principais fundamentos jurisprudenciais que justificaram ou invalidaram a busca domiciliar sem mandado, incluindo, p. ex., a relevância da existência de diligências prévias, o papel da confissão do investigado e a atuação das polícias Militar e Civil.

Por fim, o estudo buscará avaliar criticamente os riscos da ampliação dos poderes de busca domiciliar sem mandado, considerando seus reflexos na segurança jurídica e na preservação dos direitos fundamentais.

1. REFERENCIAL TEÓRICO

Neste tópico realizaremos o levantamento teórico acerca da proteção constitucional ao domicílio e as hipóteses constitucionais permissivas de ingresso no domicílio alheio.

1.1. CONCEITO DE CASA PARA EFEITO DE PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL E TITULARES DO DIREITO À INVIOLABILIDADE DOMICILIAR

O domicílio[2] é um espaço que permite ao indivíduo o livre desenvolvimento da sua personalidade, tratando-se, pois, de extensão e âmbito protetivo da intimidade e da vida privada.[3] O domicílio manifesta-se como projeção da tutela dos direitos de personalidade, garantindo um espaço reservado para que o indivíduo seja quem ele deseja ser. A norma constitucional objetiva assegurar, pois, um âmbito de *privacidade espacial*,

---

[2] Sobre a sinonímia entre os termos "casa" e "domicílio", consultar SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024 (e-book), p. 404.

[3] "Entende-se que a relação estabelecida entre a pessoa e o espaço que ocupa implica uma expressão da própria personalidade, que há de ser resguardada em função da vida privada da pessoa" (TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024 (e-book), p. 543). No mesmo sentido: ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 23. ed. Santana de Parnaíba: Manole, 2021 (e-book), p. 186.

traduzido pela "proteção de um espaço restrito ao titular do direito e da consequente exclusão do público, dentro do qual vale, excetuando-se as três hipóteses a serem ainda comentadas, que o Estado não pode (nenhum de seus órgãos) adentrar a casa sem a anuência do titular".[4]

Portanto, "a proteção não diz respeito ao direito de posse ou propriedade, mas com a esfera espacial na qual se desenrola e desenvolve a vida privada"[5]. Assim sendo, a expressão "casa" abrange não apenas o local escolhido permanentemente como moradia, mas qualquer espaço no qual haja expectativa de privacidade do indivíduo, enquanto âmbito espacialmente protegido[6]. O quarto de hotel ou motel, para os fins de proteção constitucional, são considerados "casa", pois quem os ocupa espera dos demais particulares e do Estado respeito à esfera espacial de privacidade delimitada. Da mesma forma, escritórios, como de advocacia e de contabilidade, além dos locais de trabalho não abertos ao público, são abrangidos pela proteção constitucional.

Podem ser titulares do direito constitucional à inviolabilidade domiciliar tanto pessoas físicas quanto jurídicas. No caso das pessoas físicas, não importa a condição de proprietário, bastando a posse do ambiente espacialmente determinado. Além disso, a proteção alcança todos os membros da família que residem no mesmo local. Em se tratando de titularidade múltipla, todos estão autorizados a permitir o ingresso de terceiros. No caso de conflito, entende a doutrina que a decisão final cabe à/ao "chefe da casa". Havendo dissentimento entre os responsáveis pela chefia, o acesso deve ser negado, interpretando-se a norma *pro libertate*. Se, mesmo com a divergência, terceiros insistirem no ingresso, ocorrerá

---

[4] MARTINS, Leonardo. Art. 5º, XI. In: GOMES CANOTILHO, José Joaquim (org.). *Comentários à Constituição do Brasil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2023, p. 259.

[5] SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024 (e-book), p. 405.

[6] "A ideia de casa, contudo, na seara constitucional, tem amplitude muito maior do que no direito privado. Não é apenas a residência, a habitação com intenção definitiva de estabelecimento, mas todo local, determinado e separado, que alguém ocupa com exclusividade, a qualquer título" (BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 16. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024 (e-book), p. 469).

violação domiciliar, implicando não só a responsabilização criminal, mas também a ilicitude de provas eventualmente obtidas.[7] Além disso, entendemos que a autorização de um dos múltiplos titulares não autoriza a entrada em cômodos que pertençam, exclusivamente, a outro titular: o consentimento da avó não permite a entrada no quarto do neto, caso este não se encontre no local ou mesmo discorde. Por fim, o consentimento somente pode ser dado por pessoa capaz.

1.2. HIPÓTESES CONSTITUCIONAIS PERMISSIVAS DE INGRESSO DE TERCEIRO EM DOMICÍLIO ALHEIO

A casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial (art. 5º, XI, CF). Após consagrar a cláusula de inviolabilidade domiciliar, o constituinte expressamente definiu as exceções que autorizam o ingresso, consentido ou forçado, no domicílio alheio. Em razão do objeto deste trabalho, analisaremos, unicamente, as hipóteses de consentimento do morador e de flagrante delito.

Havendo consentimento do titular, o ingresso na casa pode ocorrer durante o dia ou a noite. A doutrina entende que o consentimento pode ser expresso ou tácito, não se exigindo declaração escrita, desde que seja prévio e inequívoco.[8] Para fins de maximização da proteção constitucional, o consentimento a que se refere o art. 5º, XI, da CF deve ser aquele para atos cotidianos (*v.g.*, autorizar que um vizinho ingresse no imóvel). Deve ser excluído o consentimento prestado em contextos de pressão, como ocorre quando a polícia solicita ao morador autorização para entrar na

---

[7] Nesse sentido: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024 (e-book), p. 407; MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024 (e-book), p. 267.

[8] Nesse sentido: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024 (e-book), p. 409; MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024 (e-book), p. 268.

casa. Nesses casos, é ônus do Estado realizar prévia investigação para expedir mandado judicial de busca ou mesmo para avaliar uma situação de flagrante delito hábil a permitir o ingresso forçado.

Mesmo que se entenda válida a entrada policial mediante consentimento do morador, é ônus do Estado comprovar a legalidade e a voluntariedade da autorização. Assim, nos casos de ingresso dos órgãos policiais na residência alheia para busca domiciliar, o consentimento deve ser expresso e revestido de formalidades, para não contaminar as provas obtidas com a ilicitude. Não é possível, no campo da tutela da liberdade, presumir o consentimento para a entrada de agentes estatais em casa alheia. Dessa maneira, "a autoridade policial deve certificar-se de que o sujeito que está autorizando o ingresso em sua residência tem plena consciência e compreensão do ato"[9].

Quanto ao flagrante delito, sua interpretação deve ser restritiva, pautada na Constituição e não no conceito amplo do CPP. Somente se admite o ingresso forçado quando houver visibilidade e certeza da prática atual de crime no interior do domicílio – flagrante próprio. Os flagrantes impróprio ou presumido não justificam a entrada sem ordem judicial.[10] Em crimes permanentes, como nalgumas modalidades do tráfico de drogas, o flagrante se estende no tempo, mas ainda assim exige fundadas razões para o ingresso, como fixado pelo STF no RE 603.616 (Tema 280): a entrada sem mandado só é lícita se houver justificativa concreta.

Mesmo com a tese fixada pelo STF, a análise da licitude do ingresso forçado em casa alheia é casuística, dependendo das variantes de cada caso. Para que a casuística não se converta em manipulação linguística, parece-nos possível recorrer ao critério da prognose póstuma objetiva para avaliar a existência de flagrante: situa-se um observador objetivo – *in casu*,

---

[9] LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2025 (e-book), p. 630.

[10] Nesse sentido: MARTINS, Leonardo. Art. 5º, XI. In: GOMES CANOTILHO, José Joaquim (org.). *Comentários à Constituição do Brasil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2023, p. 261; LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2025 (e-book), p. 633; MARQUES, Pedro Campanholo. *Busca e apreensão*: juízo de admissibilidade. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019, p. 178; VALOIS, Luís Carlos. *O direito penal da guerra às drogas*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 471.

o juiz – no momento imediatamente anterior ao ingresso forçado em domicílio; em seguida, questiona-se ao observador se, com base nos elementos de prova coletados até aquele momento, existiam fundadas razões da ocorrência de flagrante delito; se o observador objetivo responder positivamente, a entrada na casa foi legal; se a resposta for negativa, a entrada foi ilegal e, em última análise, inconstitucional.

A avaliação se dá numa perspectiva *ex ante*, de acordo com os dados existentes no momento imediatamente anterior ao ingresso no domicílio.[11] Mesmo que sejam encontradas drogas no interior da residência – para exemplificar com o crime que mais motiva buscas domiciliares em situação de flagrante delito –, se não houver elementos indicativos da concreta ocorrência do crime no interior do domicílio, as provas ali obtidas serão ilícitas. Ou seja, aquilo que posteriormente se verificou não valida o que anteriormente inexistia. Portanto, o critério da prognose póstuma objetiva demanda rigor argumentativo do juiz, para que, a partir dos dados constantes do processo, justifique a existência, ou não, de fundadas razões para a entrada forçada no domicílio.

2. METODOLOGIA DA PESQUISA JURISPRUDENCIAL

2.1. OBJETO DA PESQUISA

A presente pesquisa tem como objetivo analisar a jurisprudência do STJ sobre busca domiciliar nos casos de flagrante delito no ano de 2024. Logo, os tópicos seguintes abordarão as hipóteses de ingresso forçado em decorrência de flagrante delito. Como em muitos dos julgados do STJ o consentimento do titular do direito à inviolabilidade domiciliar está no mesmo contexto de uma situação de flagrante, também as questões relativas ao consentimento serão abordadas. O ingresso forçado por

[11] "[...] a situação deve demonstrar-se com base em fatos concretos, só devendo validar-se a busca domiciliar correlata (que não é consectário necessário do flagrante) quando pudesse ser autorizada, naquelas circunstâncias específicas (avaliadas ex ante), pelo juiz" (SARLET, Ingo Wolfgang; WEINGARTNER NETO, Jayme. A inviolabilidade do domicílio e seus limites: o caso do flagrante delito. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, vol. 14, n. 14, p. 544-562, 2013, p. 556).

desastre, prestação de socorro ou determinação judicial não será objeto de análise jurisprudencial.

2.2. CORTE ANALISADA: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A escolha pelo STJ deve-se ao fato de tratar-se da Corte responsável pela interpretação da lei federal. A despeito de tratar-se de tema que implica restrição a direito fundamental, o STF, na tese de repercussão geral firmada no Tema 280, fixou o entendimento de que a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões. O critério das "fundadas razões", assim nos parece, coincide ou muito se aproxima àquele exigido para a determinação judicial de busca domiciliar (art. 240, § 1º, CPP). Logo, a matéria também toca no aspecto da interpretação da lei federal.

2.3. PERÍODO DE ANÁLISE E PALAVRAS-CHAVE PARA O LEVANTAMENTO

Para a pesquisa de jurisprudência utilizou-se o sistema de "pesquisa avançada" do endereço eletrônico do STJ (https://scon.stj.jus.br/SCON/).

Foram pesquisadas decisões colegiadas julgadas pela Quinta Turma, pela Sexta Turma, pela Terceira Seção e pela Corte Especial do STJ no ano de 2024. Para tanto, no campo "Data de julgamento", foram inseridas as datas de 01/01/2024 a 31/12/2024.

Foram utilizadas as seguintes palavras-chave: "busca domiciliar flagrante". Com esses termos, foram encontrados 547 julgados. Desses, foram objeto de análise 415 acórdãos. A pesquisa pelas palavras-chave, principalmente pelo termo "domiciliar", trouxe julgados que se referiam, p. ex., à busca pessoal (a redação do art. 244 do CPP contém a expressão "domiciliar") e à prisão domiciliar. Nesses casos, os acórdãos foram excluídos da pesquisa. [12]

[12] Dados depositados em: JOHNER, Marcos Afonso. A busca domiciliar em casos de flagrante delito na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no ano de 2024, SciELO Data, 2025. https://doi.org/10.48331/scielodata.Q4AGXF

2.4. PROCEDIMENTOS PARA ANÁLISE: ORGANIZAÇÃO E CLASSIFICAÇÃO DAS DECISÕES

Inicialmente, foram analisadas as ementas dos acórdãos, para fins de sistematizar os casos em que o STJ tem reputado legal ou ilegal o ingresso forçado em domicílio para a busca domiciliar nos casos de flagrante delito. Após a sistematização dos julgados, os acórdãos foram distribuídos de acordo com a situação fática ensejadora do ingresso forçado (tópicos 3.1 e 3.2, *infra*). As análises dos julgados da 5ª e da 6ª Turma foram realizadas em conjunto.

3. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

3.1. SITUAÇÕES QUE JUSTIFICARAM A BUSCA DOMICILIAR

3.1.1. Denúncias anônimas seguidas de diligências prévias ou de elementos externos de corroboração

Quando à denúncia anônima seguirem diligências, como monitoramentos e campanas, hábeis a indicar a ocorrência de crime permanente no interior do domicílio, o STJ tem considerado válido o ingresso forçado, independentemente de ordem judicial.[13] Noutros casos, a existência de

[13] STJ, Sexta Turma, *AgRg no HC 752313/MG*; STJ, Quinta Turma, *RCD no HC 885007/SC*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no REsp 2080586/SP*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 903235/ES*; STJ, Sexta Turma, *AgRg no HC 822952/PR*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no REsp 2052152/SC*; STJ, Sexta Turma, *AgRg no AREsp 2074256/RS*; STJ, Sexta Turma, *AgRg no RHC 193464/SC*; STJ, Quinta Turma, *AgRg nos EDcl no HC 916597/SC*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 937091/MT*; STJ, Sexta Turma, *AgRg no HC 774641/RJ*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 911074/MG*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 878807/CE*; STJ, Sexta Turma, *AgRg no HC 922824/SC*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no RHC 190376/SP*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 934075/GO*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 895922/GO*; STJ, Quinta Turma, *HC 907437/CE*; STJ, Sexta Turma, *AgRg no RHC 203206/PI*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 901077/RS*; STJ, Quinta Turma, *HC 836520/PR*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 934135/SE*; STJ, Sexta Turma, *AgRg no HC 865706/GO*; STJ, Quinta Turma, *REsp 2145945/DF*; STJ, Quinta Turma, *AREsp 2182707/SC*; STJ, Quinta Turma, *AREsp 2474515/SC*; STJ, Quinta Turma, *HC 859980/MG*; STJ, Sexta Turma, *AgRg no HC 744412/RJ*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 855377/RS*;

elementos externos de corroboração validou a entrada forçada no domicílio (*v.g.*, identificação de forte odor da droga e visualização de uma pessoa com cigarro de maconha nas mãos).[14] Além disso, em determinados contextos, o STJ validou a prova obtida mediante ingresso no domicílio quando o morador consentiu com a entrada dos agentes estatais, que apuravam denúncia anônima,[15] ou mesmo quando confessou a prática do ilícito.[16] Não raro foi utilizada a expressão "denúncia anônima especificada", conjugada com o consentimento do morador, para validar o ingresso no domicílio.[17]

3.1.2. Busca domiciliar como extensão de busca pessoal

Quando o abordado, durante a busca pessoal, confessa guardar mais drogas em sua residência, a 5ª Turma do STJ tem considerado preenchido o requisito das fundadas razões para a busca domiciliar, geralmente com a concorrência do consentimento do morador para ingresso na residência.[18] Sintetizando, "apurada a existência de entorpecentes

---

STJ, Sexta Turma, *AgRg no HC 866350/SP*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 879243/SP*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 771217/SP*.

[14] STJ, Sexta Turma, *AgRg no AREsp 2282919/PR*, p. 11. No mesmo sentido: STJ, Sexta Turma, *AgRg no HC 806013/TO*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 883069/SC*; STJ, Sexta Turma, *AgRg no HC 917692/SP*.

[15] Nesse sentido: STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 824181/SC*; *AgRg no HC 877608/SC*; STJ, Quinta Turma, *HC 855666/RJ*.

[16] STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 771217/SP*.

[17] STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 899982/MG*. Com contexto fático semelhante: STJ, Quinta Turma, *AgRg no RHC 190097/MA*; STJ, Quinta Turma, *HC 845746/SP*; STJ, Quinta Turma, *HC 920947/AL*; STJ, Quinta Turma, *HC 922132/SE*; STJ, Quinta Turma, *HC 858274/SP*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 935343/SP*; STJ, Quinta Turma, *HC 825685/MG* (denúncia anônima especificada acerca da entrega do entorpecente pelos Correios no referido imóvel, constada no momento da abordagem); STJ, Quinta Turma, *AREsp 2460614/MG* (denúncia anônima especificada seguida da busca pessoal, quando foram encontradas drogas); STJ, Quinta Turma, *HC 923607/MS* (denúncia de que o bem subtraído se encontrava em determinada casa, tendo o morador consentido ao ingresso policial).

[18] STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 835741/RS*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 849413/SP*. Com contexto fático semelhante, havendo apreensão de droga com coautor, que teria confessado a existência de mais drogas na casa do seu "sócio": STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 859876/PR*.

durante a busca pessoal em usuário, há a constatação da flagrância do delito permanente, a qual confere fundadas razões à busca domiciliar subsequente"[19]. Reputou-se preenchido o *standard* das fundadas razões,

---

[19] STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 923705/ES*. No mesmo sentido: Ainda: STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 852095/RS*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 872205/SP*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 861040/PE*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 859069/AL*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 888544/SP*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 893543/SP*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 859463/PA*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 882502/GO*. Na Sexta Turma: STJ, Sexta Turma, *AgRg no AgRg no HC 808214/GO*; STJ, Quinta Turma, *RCD no HC 898392/GO*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 834523/GO*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 900367/MT*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 902404/SP*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 857177/GO*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 786030/PR*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 904414/SP*); STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 819733/RS*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 897225/SP*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 903090/SP*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 894015/SP*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 788620/GO*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 903297/GO*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no REsp 2131320/TO*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 894706/SP*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 925233/SP*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no AREsp 2463578/GO*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 904707/SP*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 825878/SP*; STJ, Quinta Turma, *AgRg nos EDcl no HC 818135/SP*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 792203/SP*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 909693/SP*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no REsp 2111320/PR*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 903824/SP*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 871812/GO*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no RHC 195845/GO*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 846215/BA*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 883848/SP*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 920543/SC*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 921345/SP*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 928447/SC*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 917305/SP*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no RHC 182381/PR*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 940718/RO*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 938941/GO*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no RHC 202291/SP*; STJ, Quinta Turma, *RHC 191826/GO*; STJ, Quinta Turma, *HC 828672/GO*; STJ, Quinta Turma, *HC 833867/SP*; STJ, Quinta Turma, *HC 847848/GO*; STJ, Quinta Turma, *HC 851028/SC*; STJ, Quinta Turma, *HC 877626/SP*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 843757/SP*. Na Sexta Turma: STJ, Sexta Turma, *AgRg no HC 880580/GO*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 923705/ES*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 923481/SP*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 922995/SC*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 909180/SP*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 816165/ES*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 938540/GO*; STJ, Quinta Turma, *HC 946557/MS*; STJ, Quinta Turma, *HC 910882/MG*; STJ, Quinta Turma, *HC 825264/PI*; STJ, Quinta Turma, *HC 926644/DF*; STJ, Quinta Turma, *HC n. 837.489/SP*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 899867/SP*; STJ, Quinta Turma, *EDcl no HC 756008/SP*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 774786/SP*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 925172/GO*; STJ, Quinta Turma, *AREsp 2310077/*

inclusive, por presunção, no sentido de que a apreensão de grande quantidade de droga em busca veicular presume a existência de mais drogas no imóvel dos indivíduos.[20]

3.1.3. Contextos de fuga do agente prévios ao ingresso forçado

Tanto na 5ª quanto na 6ª Turma do STJ há diversos julgados no sentido de que a fuga do sujeito para o interior de imóvel, ao avistar policiais, sobretudo quando há dispensa de objetos ou outro elemento externo (*v.g.*, odor característico de maconha), configura justa causa para o ingresso forçado no domicílio.[21] Exemplificativamente, a 5ª Turma do STJ validou

---

SP; STJ, Quinta Turma, *AgRg no RHC 193501/MS*; STJ, Quinta Turma, *EDcl no HC 786563/SP*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 779747/SP*; STJ, Quinta Turma, *HC 930508/SP*; STJ, Quinta Turma, *HC 884288/SP*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 942379/PR*; STJ, Quinta Turma, *REsp 2038922/MG*; STJ, Quinta Turma, *RHC 168045/GO*; STJ, Quinta Turma, AREsp *2603292/SP* (tratava-se de imóvel abandonado e sem iluminação/energia elétrica); STJ, Quinta Turma, *HC 933997/AM*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 944347/SP*; STJ, Quinta Turma, *HC 883875/SP*; STJ, Quinta Turma, *HC 953903/AM*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 910523/MS*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 942638/SP* (busca pessoal e domiciliar realizada pela guarda civil municipal); STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 955917/SP*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 948365/GO*; STJ, Quinta Turma, *REsp 2171396/MG*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 951934/GO*; STJ, Quinta Turma, *REsp 2096473/PR*; STJ, Quinta Turma, *REsp 2153560/MG*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no AREsp 2772023/BA*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 842476/GO*; STJ, Quinta Turma, *HC 837489/SP*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 791430/SC*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 868465/SP*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no RHC 180196/GO*; STJ, Sexta Turma, *AgRg no HC 877850/SP*.

[20] STJ, Quinta Turma, *AgRg no AREsp 2482489/GO*.

[21] Nesse sentido: STJ, Sexta Turma, *AgRg no HC 785658/ES*; STJ, Sexta Turma, *AgRg no RHC 182984/ES*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 871348/SP*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no AREsp 2503629/SP*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 800325/GO*; STJ, Sexta Turma, *AgRg no HC 873601/SP*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 870680/SC*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 876282/MS*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 915811/SC*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no RHC 197244/BA*; STJ, Sexta Turma, *AgRg no RHC 192495/PE*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 837708/SP*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 901362/SP*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 879367/SP*; STJ, Sexta Turma, *AgRg no HC 897519/SC*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no RHC 202592/SC*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no AREsp 2652607/GO*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 943397/GO*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 891751/MS*; STJ, Sexta Turma, *AgRg*

o ingresso da polícia no imóvel na seguinte situação: os policiais militares estavam em patrulhamento, quando visualizaram um indivíduo "conhecido nos meios policiais" saindo de um imóvel com um saco plástico em mãos. Ao avistar a viatura, o sujeito empreendeu fuga num veículo. Contudo, foi interceptado pela equipe policial e, nas buscas pessoal e veicular, foram apreendidos "600 gramas de cocaína, além da quantia de R$ 162,00". Em seguida, os policiais militares se deslocaram até a residência do sujeito, tendo a cotitular do imóvel confessado a existência de mais ilícitos no local, além de informar o local onde estavam guardados. Segundo o relator, Min. Reynaldo Soares da Fonseca, tais elementos indicaram "a presença de dados concretos, objetivos e idôneos que revelam a justa causa para legitimar a medida invasiva, mostrando-se irrelevante a ausência de mandado judicial ou de eventual autorização da proprietária do domicílio"[22].

3.1.4. Consentimento do morador

Principalmente na 5ª Turma, a prova obtida mediante ingresso no domicílio foi validada quando seguida do consentimento de algum dos moradores da residência. Exemplificativamente, em caso no qual "a genitora do recorrente franqueou o ingresso dos agentes estatais na residência", a 5ª Turma não vislumbrou ilegalidade.[23]. Noutro caso,

---

no HC 897288/MG; STJ, Quinta Turma, *HC 900942/SP*; STJ, Quinta Turma, *RHC 200617/PR*; STJ, Quinta Turma, *HC 882910/SP*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no REsp 2152788/MG*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 957905/SP* (busca domiciliar realizada pela guarda municipal); STJ, Quinta Turma, *REsp 2007585/RS*; STJ, Quinta Turma, *REsp 2030276/MT*; STJ, Quinta Turma, *REsp 2033078/PR*; STJ, 6ª Turma, *AgRg no AREsp n. 2066247/DF*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 828917/SP*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 872270/SP*; STJ, Sexta Turma, *AgRg no RHC 192967/MG*; STJ, Sexta Turma, AgRg no HC 746832/SP; STJ, Quinta Turma, *AgRg no REsp 2085925/SC*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 891089/SP*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no RHC 202609/MG*; STJ, Quinta Turma, *REsp 2096695/MG*; STJ, Sexta Turma, *AgRg no HC 822479/GO*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 850002/SP*; STJ, Quinta Turma, *HC 911387/SP*; STJ, Sexta Turma, *AgRg no HC 878086/BA*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 908833/SP*; STJ, Sexta Turma, *AgRg no HC 910729/MG*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no RHC 190519/SP*.

[22] STJ, 5ª Turma, *AgRg no HC 842358/SP*.

[23] STJ, 5ª Turma, *AgRg no RHC 187822/RJ*. Também validando com base no consentimento: STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 898658/SP*; STJ, Quinta

policiais militares foram acionados para atender uma ocorrência de discussão entre um casal. Interpelado pelos policiais, o homem confessou o armazenamento de maconha no interior da residência, franqueando a entrada dos agentes de segurança.[24] Ainda, a autorização escrita para busca domiciliar, concedida pelo próprio morador, afastou a alegação de nulidade, na visão da 5ª Turma.[25]

3.1.5. Crimes permanentes com elementos externos aferíveis pelos sentidos

Em casos nos quais ocorre a constatação da flagrância de crime permanente no interior da residência através da observação externa pelo corpo policial, a jurisprudência do STJ, principalmente da Quinta Turma, vem se posicionando no sentido da legalidade da diligência.[26] Exemplificativamente, reputou-se preenchido o *standard* das fundadas razões nos seguintes casos: a) visualização de droga dentro da residência;[27] b) forte odor de droga, aliado à prévia apreensão de mala contendo aproximadamente dez quilos de maconha, saída da casa onde realizada a busca;[28] c) dispensa ou arremesso de objeto ao chão

---

Turma, *AgRg no HC 910324/SP*; STJ, Sexta Turma, *AgRg no HC 901401/CE*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 893393/ES*; STJ, Sexta Turma, *AgRg no HC 873942/SP;* STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 937479/PR*; STJ, Quinta Turma, *REsp 2053108/MG*.

[24] STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 776615/SP*.

[25] STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 927370/SP*; STJ, Quinta Turma, *REsp 2085889/PR*.

[26] STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 923107/PR*. Ainda: STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 898709/TO*; STJ, Quinta Turma, *HC 899557/RJ*; STJ, Quinta Turma, *REsp 2026585/PR*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no AREsp 2749977/PR*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 944249/SP*; STJ, *AgRg no REsp 2102299/PR*.

[27] STJ, Sexta Turma, *AgRg no HC 812311/MG*; STJ, Sexta Turma, *AgRg no REsp 2143258/GO*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 774199/SP*; STJ, Quinta Turma, *AREsp 2324214/SP*. Em caso envolvendo cigarros contrabandeados: STJ, Quinta Turma, *AgRg no AgRg no AREsp 2548087/PR*.

[28] STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 817070/SC*. Em contexto fático semelhante, recorrendo ao "forte odor de droga": STJ, Quinta Turma, *HC 846458/MG*; STJ, Quinta Turma, *HC 867932/MG*; STJ, Sexta Turma, *AgRg no HC 845181/SP*; STJ, Quinta Turma, *REsp 2156439/PR*; STJ, Sexta Turma, *AgRg no HC*

ou pela janela;[29] e) visualização de suspeito portando arma de fogo ou usando droga, com fuga para o interior do imóvel;[30] f) existência de "movimentação suspeita" no interior do imóvel, após denúncia anônima especificada;[31] g) os policiais visualizaram o sujeito vendendo drogas em frente à sua residência, em endereço alvo de constantes denúncias anônimas, tendo o suspeito confessado o comércio espúrio.[32]

3.1.6. Demais casos

O STJ reputou lícito o ingresso forçado, exemplificativamente, nos seguintes casos: a) prisão em flagrante do sujeito pouco depois de sair da residência com expressiva quantidade de drogas, sendo a busca domiciliar sequência e complemento das diligências iniciadas na frente do imóvel;[33] b) coleta progressiva de elementos (prisão em flagrante do paciente, apresentação de documentos falsos, interligação com facção criminosa, confissão sobre as drogas em depósito), que levaram à conclusão segura

---

887930/PR; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 885122/SC* (os policiais militares diligenciaram para averiguar informação de que determinada casa era utilizada para o tráfico, sentindo forte odor de droga no local e adentrando ao imóvel com consentimento do morador); STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 941454/SP*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no AgRg no AREsp 2548087/PR* (forte odor de cocaína); STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 943305/PR*. Em contextos nos quais o indivíduo informou quem fornecia a droga, havendo deslocamento dos policiais ao local indicado, com identificação de odor de droga: STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 874087/MG*. Em contexto fático semelhante: STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 867922/SC*; STJ, Quinta Turma, *HC 930022/GO*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 902159/SP*; STJ, Quinta Turma, *HC 932044/SP*.

[29] STJ, Sexta Turma, *AgRg no HC 865336/SP*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 841845/SP*; STJ, Sexta Turma, *AgRg no RHC 196662/PA*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 807992/ES*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 911098/SP*.

[30] STJ, Sexta Turma, *AgRg no AREsp 2312814/TO*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 883933/SC*; STJ, Quinta Turma, *HC 874868/SP*; STJ, Sexta Turma, *AgRg no AREsp 2300487/SP*; STJ, Sexta Turma, *AgRg no HC 922467/SC*.

[31] STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 838483/SP*. Em contexto fático semelhante: STJ, Quinta Turma, *AgRg no AREsp 2390397/GO*.

[32] STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 792324/RS*. Em contexto semelhante: STJ, Sexta Turma, *AgRg no REsp 2108968/PR*.

[33] STJ, Quinta Turma, *AgRg no AREsp 2507410/SP*.

da ocorrência de crime permanente no imóvel;[34] c) durante cumprimento de mandado de prisão, o indivíduo fugiu depois de entrar na residência; após relato espontâneo de uma criança sobre arma no local, os policiais ingressaram no imóvel;[35] d) monitoração de local conhecido como ponto de tráfico de drogas, verificando intensa movimentação de pessoas na frente do endereço, o que motivou a busca pessoal, com o encontro de drogas, motivando a consequente busca domiciliar;[36] e) acionamento da polícia para atendimento de ocorrência em domicílio, ante o comportamento agressivo apresentado pelo indivíduo para com sua mãe, a qual autorizou o ingresso no imóvel;[37] f) abordagem de usuário que informou ter adquirido a droga em residência especificada;[38] g) sujeito que, em frente à sua residência, arremessou uma sacola contendo crack;[39] h) o sujeito saiu do imóvel, supostamente utilizado para o preparo e a distribuição de drogas, e entrou rapidamente num veículo ao perceber a aproximação da viatura;[40] i) os policiais monitoraram veículo suspeito de abastecer biqueiras a abordaram o motorista após sair de determinado imóvel, com ele encontrando drogas, motivo pelo qual ingressaram na residência;[41] j) ao avistar os policiais, uma adolescente começou a chorar e entrou na residência gritando "mãe, o GPT está aqui", concorrendo o consentimento da mãe da adolescente para o ingresso no imóvel;[42] k) a polícia realizou investigações prévias, interceptações telefônicas e a monitoração dos

---

[34] STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 872721/SP*. No mesmo sentido: STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 891763/SP*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 891682/CE*; STJ, Quinta Turma, AgRg no HC 885998 / SP (denúncia anônima especificada, visualização do veículo em frente à residência denunciada e consentimento para a entrada no imóvel); STJ, Quinta Turma, *AgRg no RHC 194345/MG* (o sujeito saiu e retornou rapidamente para a casa após avistar a viatura).

[35] STJ, Sexta Turma, *AgRg no HC 770878/PR*.

[36] STJ, Sexta Turma, *HC 839736/RS*. Com semelhanças: STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 870440/MS*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 914740/SE*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 944907/ES*.

[37] STJ, Sexta Turma, *AgRg no RHC 187777/SP*.

[38] STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 833063/SC*.

[39] STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 91109/SP*.

[40] STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 902165/SP*.

[41] STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 893580/SP*.

[42] STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 907896/GO*.

suspeitos, somente ingressando no domicílio após a prisão em flagrante;[43] l) em cumprimento de mandado de prisão, o sujeito confessou que armazenava drogas em sua residência;[44] m) a existência de investigações instauradas e em curso, com elementos robustos indicativos da existência de flagrante delito de crime permanente autorizam o ingresso forçado;[45] n) em ação conjunta para o combate ao tráfico, um cachorro sinalizou que havia droga em determinado endereço, tendo os residentes do local consentido com o ingresso dos policiais;[46] o) em apuração de denúncia anônima de receptação, policiais localizaram veículo com registros de furto e objetos suspeitos recém-colocados no lote, como som automotivo personalizado;[47] p) o sujeito, preso em flagrante em virtude da receptação de um veículo, afirmou à autoridade policial que seus comparsas tinham armamento e explosivos armazenados em casa;[48] q) os policiais receberam denúncia anônima e se deslocaram até o local indicado, tendo um dos moradores gritado para seu pai acerca da presença da polícia;[49] r) o sujeito demonstrou inquietação e arremessou objetos ao solo, havendo denúncias anteriores de que ele traficava na residência invadida;[50] s) os policiais receberam comunicado de violência doméstica, deslocando-se à casa e nela ingressando, após ninguém responder aos chamados quando lá chegaram. No interior, encontraram drogas;[51] t) em cumprimento a mandado de busca, um dos representados informou acerca da traficância noutra casa, para onde se dirigiram os policiais;[52] u) os policiais, de um

---

43 STJ, Quinta Turma, *AgRg no AREsp 2544256/GO*. Em contexto semelhante: STJ, Quinta Turma, *HC 852830/GO*.

44 STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 883105/MG*.

45 STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 807188/SP*.

46 STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 897887/RJ*.

47 STJ, Quinta Turma, *AgRg no AREsp 2595884/DF*.

48 STJ, Sexta Turma, *AgRg no HC 827006/SP* (há divergência entre a ementa e o conteúdo do acórdão. Levou-se em conta, para a classificação, os fatos contidos no voto do Relator).

49 STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 919885/SP*.

50 STJ, Sexta Turma, *AgRg no HC 908526/MG*.

51 STJ, Quinta Turma, *HC 848222/MG*.

52 STJ, Quinta Turma, *HC 863981/SP*. Em contexto fático semelhante: STJ, Quinta Turma, *HC 862357/SP*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 947051/SP*.

helicóptero, visualizaram indivíduos fugindo pelos fundos de imóvel conhecido como lugar de armazenamento de carga roubada, após diligências para apurar um roubo anteriormente ocorrido;[53] v) os policiais realizaram uma série de investigações prévias para confirmar a prática do crime permanente antes de adentrar forçadamente no imóvel;[54] x) os policiais localizaram uma motocicleta roubada, no interior de uma residência, em menos de 24 (vinte e quatro) horas após o roubo;[55] w) os policiais viram o tio de um abordado tentando pular pela janela, motivo pelo qual ingressaram no imóvel e também realizaram busca pessoal no tio, além de visualizar mais drogas pela janela da casa;[56] y) após visualizar os policiais, o sujeito retornou para o interior do imóvel, deixando cair um pequeno tablete de maconha;[57] z) a denúncia de disparos de arma de fogo e as evidências encontradas no local que corroboraram as suspeitas autorizaram o ingresso forçado;[58] a2) informações prévias do serviço de inteligência indicavam a chegada de um grande carregamento de drogas na residência, em contexto típico de tráfico de drogas.[59]

3.2. SITUAÇÕES QUE INVALIDARAM A BUSCA DOMICILIAR

3.2.1. Busca domiciliar como extensão de busca pessoal

Na 6ª Turma prevaleceu o entendimento de que "a mera apreensão de drogas com o indivíduo no espaço público não configura fundadas razões para ingresso no domicílio, ainda que esteja localizado próximo do local do flagrante"[60]. Além disso, a ilegalidade da busca pessoal contamina

---

[53] STJ, Quinta Turma, *AgRg no RHC 202247/SP*.

[54] STJ, Quinta Turma, *HC 852830/GO*. No mesmo sentido: STJ, Quinta Turma, *HC 836729/RS*; STJ, Sexta Turma, *AgRg no HC 892410/MT*.

[55] STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 935302/GO*.

[56] STJ, Quinta Turma, *HC 834353/SP.HC 852763 / RJ*

[57] STJ, Quinta Turma, *HC 852763/RJ*.

[58] STJ, Quinta Turma, *AgRg no RHC 183089/RS*.

[59] STJ, Quinta Turma, *AREsp 2298612/DF*.

[60] STJ, Sexta Turma, *AgRg no AREsp 2273270/DF*; STJ, Sexta Turma, *AgRg no HC 825666/SP*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no REsp 2112812/SC*; STJ, Sexta Turma, *AgRg no REsp 2041450/RS*; STJ, Sexta Turma, *HC 903420/PI*; STJ,

a busca domiciliar que a ela se segue, sem ignorar o fato de que, mesmo sendo legal a revista, a apreensão de algumas porções de drogas com o acusado em via pública não configura fundadas razões sobre a existência de drogas na residência dele.[61]

3.2.2. Contextos de fuga do agente prévios ao ingresso forçado

Há decisões da 5ª Turma do STJ no sentido de que a simples fuga do sujeito para o interior de sua residência não é indicativa, por si só, da ocorrência de flagrante delito no local, inviabilizando a entrada forçada no domicílio alheio, que nem ao menos era o alvo das diligências policiais.[62]

Sexta Turma, *RHC 192718/PA*; STJ, Sexta Turma, *AgRg no HC 832237/PB*; STJ, Sexta Turma, *AgRg no AREsp 2209701/PR*; STJ, Sexta Turma, *AgRg no HC 888868/CE*; STJ, Sexta Turma, *AgRg no HC 881901/RS*; STJ, Sexta Turma, *AgRg no AgRg no HC 922253/DF*; STJ, Sexta Turma, *RE no AgRg no HC 746114/GO*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no REsp 2091222/SC* (nesse caso, sequer foram apreendidas drogas com o agente em busca pessoal); STJ, Sexta Turma, *AgRg no HC 913716/GO*; STJ, Sexta Turma, *AgRg no HC 933829/RS*; STJ, Sexta Turma, *AgRg no AREsp 2452473/AM*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 891800/GO* (nesse caso, a busca pessoal foi realizada no indivíduo *X*, o qual indicou que realizaria a venda das drogas apreendidas a mando do indivíduo *Y*, tendo os policiais se deslocado à residência deste); STJ, Sexta Turma, *AgRg no RHC 200103/MT*; STJ, Sexta Turma, *AgRg no HC 894219/ES*; STJ, Sexta Turma, *AgRg no HC 896977/SC*; STJ, Sexta Turma, *AgRg no HC 924452/DF*; STJ, Sexta Turma, *HC 854428/SP*; STJ, Sexta Turma, *AgRg no HC 785169/GO*; STJ, Sexta Turma, *AgRg no HC 823042/MG*; STJ, Sexta Turma, *AgRg no HC 862708/PE*; STJ, Sexta Turma, *AgRg no HC 797509/SP*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no AgRg no HC 770008/SP*.

61 STJ, Sexta Turma, *RHC 180974/MG*. No mesmo sentido: STJ, Sexta Turma, *AgRg no HC 841786/AP*; STJ, Sexta Turma, *HC 898617/SP*; STJ, Sexta Turma, *AgRg no AREsp 2519934/SP*; STJ, Sexta Turma, *AgRg no AREsp 2091607/SP*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 937853/SP*; STJ, Sexta Turma, *AgRg no HC 811738/SP*; STJ, Quinta Turma, *HC 898417/PE*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 911414/PR*; STJ, Sexta Turma, *AgRg no AREsp 2670813/RN*; STJ, Quinta Turma, *HC 895381/SP*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 800811/SP*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 958378/SP*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no AREsp 2635038/SP*; STJ, Sexta Turma, *AgRg no AREsp 2183483/RS*; STJ, Quinta Turma, *REsp 2177149/SP*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 913415/SP*; STJ, Sexta Turma, REsp n. 2.105.555/GO; STJ, AgRg no *HC 863412/SP*.

62 STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 907189/RO*. No mesmo sentido: STJ, Quinta Turma, *AgRg no AgRg no AREsp 2557622/GO*. Na Sexta Turma: STJ, Sexta Turma, *HC 894480/GO*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 758725/RS*; STJ,

Decisões semelhantes também foram proferidas pela 6ª Turma, dando conta de que a fuga não faz presumir a existência de flagrante delito no interior do imóvel, principalmente quando inexistentes investigações prévias,[63] "até porque esse comportamento pode ser atribuído a várias causas que não, necessariamente, a de estar portando ou comercializando substância entorpecente"[64].

3.2.3. Ausência de diligências ou investigações prévias

A 6ª Turma do STJ declarou ilícita a prova obtida após ingresso policial em domicílio, sem mandado, com base apenas na fuga do suspeito e suposta autorização da genitora, cuja oitiva não foi realizada. O relator, Min. Antonio Saldanha Pinheiro, entendeu não haver fundadas razões para a busca, nem comprovação do consentimento. Destacou que o comportamento suspeito não justifica, por si só, o ingresso sem ordem judicial.[65] A 6ª Turma também invalidou prova obtida unicamente por alegado "cheiro de droga", por se tratar de critério subjetivo e sem diligências prévias.[66]

Sexta Turma, *AgRg no AREsp 2261046/SP*; STJ, Sexta Turma, *AgRg no HC 851504/RS*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 939956/RS*; STJ, Quinta Turma, *HC 846600/SP*.

[63] STJ, Sexta Turma, *REsp 2114277/SP*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 758956/RS*; STJ, Sexta Turma, *AgRg no HC 917763/SC*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 934650/SP*; STJ, Sexta Turma, *AgRg no REsp 2101494/SP*; STJ, Sexta Turma, *AgRg no HC 833351/SP*. No mesmo sentido: STJ, Sexta Turma, *AgRg no HC 838172/AM*; STJ, Sexta Turma, *AgRg no HC 916919/MG*; STJ, Sexta Turma, *AgRg no HC 845040/MG*; STJ, Sexta Turma, *AgRg no HC 856445/PE*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 948941/GO*.

[64] STJ, Sexta Turma, *AgRg no HC 886236/SP*. No mesmo sentido: STJ, Sexta Turma, *AgRg no HC 923443/RO*; STJ, Sexta Turma, *AgRg no HC 866861/SP*; STJ, Sexta Turma, *AgRg no HC 862832/AM*.

[65] STJ, Sexta Turma, *AgRg no HC 860573/SP*.

[66] STJ, Sexta Turma, *HC 768966/SE*.

3.2.4. Denúncia anônima desacompanhada de investigação

Quando às denúncias anônimas não seguirem diligências prévias para confirmar a procedência das informações, não há justa causa para o ingresso forçado em domicílio.[67]

3.2.5. Consentimento questionável ou não comprovado

A 6ª Turma do STJ considerou ilícita prova obtida com base em denúncia anônima, relato de terceiro abordado na rua e suposta autorização para ingresso domiciliar, não comprovada de forma idônea. O relator, Min. Antonio Saldanha Pinheiro, destacou ser inverossímil que o morador tenha, voluntariamente, admitido posse de drogas e autorizado a entrada para ser preso.[68] Além disso, a 6ª Turma do STJ tem decidido que

---

[67] Nesse sentido: STJ, Sexta Turma, *AgRg no REsp 2075855/MG*; STJ, Sexta Turma, *REsp 2113202/PA*; STJ, Sexta Turma, *EDcl no HC 813340/SC*; STJ, Sexta Turma, *RHC 192706/RJ*; STJ, Sexta Turma, *REsp 2114620/MG*; STJ, Sexta Turma, *AgRg no HC 850218/PE*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 870894/SP*; STJ, Sexta Turma, *AgRg no AREsp 2355909/GO*; STJ, Sexta Turma, *AREsp 2436037/SE*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 869867/PE*; STJ, Sexta Turma, *AgRg no HC 830680/RS*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no RHC 167470/MG*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 884236/MG*; STJ, Sexta Turma, AgRg no *HC 847360/SP*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 907937/AL*; STJ, Sexta Turma, *AgRg no REsp 2117809/MG*; STJ, Sexta Turma, *HC 892717/SP* (com o acréscimo de que o fato de o acusado entrar no imóvel ao visualizar a viatura policial não justifica a busca domiciliar sem mandado judicial); STJ, Sexta Turma, *HC 871883/AL*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no AREsp 2373886/AL*; STJ, Sexta Turma, *AgRg no REsp 2139336/SC*; STJ, Sexta Turma, *AgRg no HC 890210/AL*; STJ, Sexta Turma, *AgRg no HC 934241/SE*; STJ, Sexta Turma, *AgRg no HC 918114/MS*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no AREsp 2461087/ES*; STJ, Sexta Turma, *AgRg nos EDcl no HC 776264/RS*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 779032/SC*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 812614/SP*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 727004/RJ*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 811988/SP*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 950447/RS*; STJ, Quinta Turma, *HC 849244/SP*; STJ, Quinta Turma, *HC 825299/SP*; STJ, Quinta Turma, *REsp 2132089/MG*.

[68] STJ, Sexta Turma, *AgRg no HC 824246/SP*. No mesmo sentido: STJ, Sexta Turma, *AgRg no HC 852093/SP* (após denúncias anônimas, policiais se deslocaram a determinada residência, realizaram busca pessoal no âmbito externo, nada encontrando, e prosseguiram com a diligência no interior do imóvel, com o suposto consentimento do morador); STJ, Sexta Turma, *AgRg no HC 923748/SP*.

"a permissão para ingresso no domicílio proferida em clima de estresse policial, não deve ser considerada espontânea, a menos que tenha sido por escrito e testemunhada, ou documentada em vídeo"[69]. Em suma, a 6ª Turma tem entendido que, quando não devidamente comprovado o consentimento, ainda mais após suposta confissão informal, não há justa causa para o ingresso no domicílio, sem anteriores diligências ou investigações prévias.[70]

3.2.6. Contradições nas justificativas policiais

A 6ª Turma do STJ reputou ilícito o ingresso forçado em domicílio no caso de versões contraditórias apresentadas pelos policiais. Segundo o relator, Min. Antonio Saldanha Pinheiro, "os policiais deram depoimentos que não foram confirmados em juízo, pois na denúncia narra-se primeiramente que o agente fugiu para dentro de casa, e que depois teria autorizado a entrada dos agentes, o que comprovadamente não ocorreu", havendo, ao contrário, "claros sinais de arrombamento na residência, o que fragiliza ainda mais os depoimentos dos policiais".[71]

---

[69] STJ, Sexta Turma, *HC 886472/PE* (o sujeito teria confessado informalmente a prática do delito de tráfico após busca pessoal que culminou na apreensão de arma de fogo. Os policiais ingressaram no domicílio, com o suposto consentimento, mas sem quaisquer diligências prévias para averiguar a existência do crime).

[70] STJ, Sexta Turma, *AgRg no HC 848476/SP*; STJ, Sexta Turma, *AgRg no HC 816562/GO*; STJ, Sexta Turma, *HC 768440/SP*; STJ, Sexta Turma, *AgRg no HC 918737/MG*. Na Quinta Turma: STJ, Quinta Turma, *AgRg no AREsp 2528558/GO*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 875491/RS*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 895201/SC*; STJ, Sexta Turma, *AgRg no HC 890004/SP*; STJ, Sexta Turma, *AgRg no HC 808556/SP*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 918821/RJ*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no RHC 179287/RN*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 913678/RO*.

[71] STJ, Sexta Turma, *AgRg no AREsp 2453325/GO*; STJ, Sexta Turma, *AgRg no REsp 2087588/MG*.

3.2.7. Demais casos

O STJ reputou inexistir fundadas razões para o ingresso forçado no domicílio nos seguintes casos: a) o conhecimento prévio dos réus pela polícia e a suspeita de tráfico no local, sem apreensão de ilícitos em revista, não justificam ingresso domiciliar sem mandado;[72] b) apesar de preso em via pública sem apresentar conduta suspeita e não portar nada de ilícito consigo, policiais ingressaram na residência sem mandado e localizaram drogas;[73] c) os policiais ingressaram no domicílio em virtude de "forte odor de maconha", mas, no imóvel, apenas apreenderam cocaína, encontrada dentro de um guarda-roupas, longe de pronta visualização;[74] d) em abordagem aleatória, os policiais verificaram que havia mandado de prisão em aberto contra o abordado, motivo pelo qual se deslocaram até a residência dele, onde encontraram drogas e quantia em dinheiro, sem diligências prévias para averiguar a existência de crime permanente;[75] e) após três dias da prática do crime, a polícia ingressou forçadamente na casa de um dos suspeitos, que não teria participado da execução do crime, sob a alegação de que se tratava de flagrante impróprio ou presumido;[76] f) a contradição e a falta de verossimilhança na versão dos policiais, em cotejo com as demais provas do processo, devem ser interpretadas em favor do réu, implicando a ilegalidade do ingresso forçado;[77] g) a existência de mandado de prisão, por si só, não autoriza o ingresso forçado na residência e a realização de buscas;[78] h) a mera movimentação de agentes entrando e saindo da residência não justifica, por si só, a dispensa de investigações prévias ou do mandado judicial.[79]

---

[72] STJ, Sexta Turma, *AgRg no AREsp 2402091/MG*; STJ, Sexta Turma, *REsp 2066106/MG*.

[73] STJ, Sexta Turma, *AgRg no HC 905051/BA*.

[74] STJ, Sexta Turma, *AgRg no AREsp 2592447/MS*.

[75] STJ, Sexta Turma, *REsp 2067496/MG*.

[76] STJ, Sexta Turma, *AgRg no HC 884109/GO*.

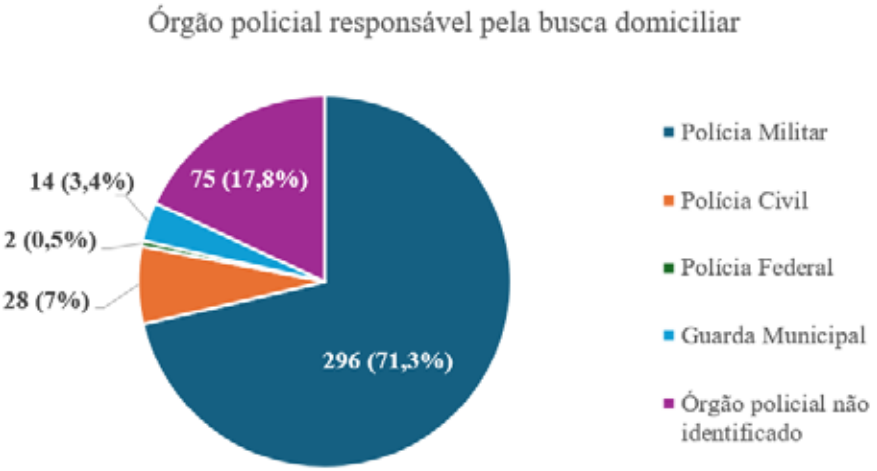
[77] STJ, Sexta Turma, *HC 846645/GO*.

[78] STJ, Sexta Turma, *AgRg no HC 843293/AM*.

[79] STJ, Sexta Turma, *AgRg no HC 769595/SP*.

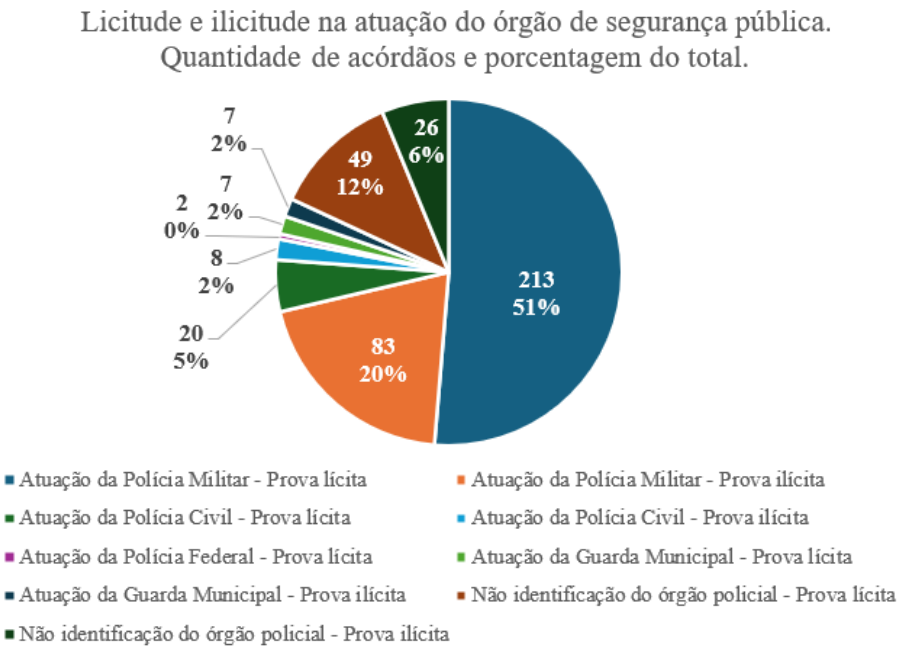
3.3. PANORAMA QUANTITATIVO DAS DECISÕES ANALISADAS

No total, foram analisados 415 acórdãos julgados pela Quinta e pela Sexta Turma do STJ. Dos 415 acórdãos, 296 foram originados pela atuação da Polícia Militar; 28, pela atuação da Polícia Civil; 2, pela atuação da Polícia Federal; 14, pela atuação da Guarda Municipal; e, em 75, não houve identificação do órgão policial. Graficamente:



Fonte: dados do autor. Gráfico criado com o Excel.

Dos 296 acórdãos originados pela atuação da Polícia Militar, foi reconhecida a licitude da prova em 213 e a ilicitude, em 83; dos 28 originados pela atuação da Polícia Civil, em 20 reputou-se lícita a prova e, nos oito restantes, ilícita; nos dois acórdãos de atuação da Polícia Federal a prova foi validada; quanto à atuação da Guarda Municipal, 7 acórdãos validaram a prova e outros 7 a declararam ilícita; nos acórdãos em que não houve identificação do órgão de segurança pública, 49 validaram o ingresso forçado e 26 reconheceram a ilicitude da prova. Graficamente:



Fonte: dados do autor. Gráfico criado com o Excel.

Em termos gerais, dos 415 acórdãos analisados, **291 (70,12%)** validaram a prova obtida mediante ingresso forçado em domicílio alheio, sem mandado judicial, e **124 (29,88%)** invalidaram a prova.

Quanto a cada órgão de segurança pública responsável pela obtenção da prova, têm-se os seguintes dados, relacionados à porcentagem de validação ou invalidação específica à respectiva polícia:

Órgão de segurança pública	Total	Prova validada	Prova invalidada
Polícia Militar	296	213 (71,96%)	83 (28,04%)
Polícia Civil	28	20 (71,43%)	8 (28,57%)
Polícia Federal	2	2 (100,00%)	0 (0,00%)
Guarda Municipal	14	7 (50,00%)	7 (50,00%)
Não identificado	75	49 (65,33%)	26 (34,67%)

No entanto, há divergências entre a Quinta e a Sexta Turma do STJ em contextos importantes, como na busca domiciliar como decorrência automática da busca pessoal e nos cenários de fuga. Entre as 291 decisões que validaram o ingresso forçado, constataram-se que, em pelo menos 149 delas, caso o acórdão fosse julgado por outra Turma ou mesmo relatado por outro Ministro, o resultado poderia ter sido diferente.[80] Dessas 149

[80] Foram as seguintes decisões nas quais se pôde constatar divergências que poderiam implicar resultado diverso: STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 835741/RS*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 849413/SP*; STJ, Sexta Turma, *AgRg no HC 865336/SP*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no AREsp 2482489/GO*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 852095/RS*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 872205/SP*; STJ, Sexta Turma, *AgRg no RHC 192967/MG*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 859069/AL*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 888544/SP*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 877608/SC*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 893543/SP*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 893393/ES*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 859463/PA*; STJ, Quinta Turma, *RCD no HC 898392/GO*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 838483/SP*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 868465/SP*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 800325/GO*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 834523/GO*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 885122/SC*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 900367/MT*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 898658/SP*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 902404/SP*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 857177/GO*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no RHC 194345/MG*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 907896/GO*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 897887/RJ.;* STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 897225/SP*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 903090/SP*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 776615/SP*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 771217/SP*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 894015/SP*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 788620/GO*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 903297/GO*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 894706/SP*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no AREsp 2463578/GO*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 904707/SP*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 825878/SP*; STJ, Quinta Turma, *AgRg nos EDcl no HC 818135/SP*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 792203/SP*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 837708/SP*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 900995/MG*; STJ, Sexta Turma, *AgRg no HC 873942/SP*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 909693/SP*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 899982/MG*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no REsp 2111320/PR*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 903824/SP*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 871812/GO*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no RHC 190097/MA*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 842476/GO*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 846215/BA*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 879367/SP*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 883848/SP*; STJ, Sexta Turma, *AgRg no REsp 2143258/GO*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 874087/MG*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 920543/SC*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 919885/SP*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 921345/SP*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 917305/SP*; STJ, Sexta Turma, *AgRg no HC 908526/MG*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 940718/RO*; STJ, Quinta

Turma, *AgRg no HC 941454/SP*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 938941/GO*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no RHC 202291/SP*; STJ, Quinta Turma, *RHC 191826/GO*; STJ, Quinta Turma, *HC 828672/GO*; STJ, Quinta Turma, *HC 833867/SP*; STJ, Quinta Turma, *HC 845746/SP*; STJ, Quinta Turma, *HC 847848/GO*; STJ, Quinta Turma, *HC 848222/MG*; STJ, Quinta Turma, *HC 851028/SC*; STJ, Quinta Turma, *HC 920947/AL*; STJ, Quinta Turma, *HC 877626/SP*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no RHC 202609/MG*; STJ, Sexta Turma, *AgRg no HC 880580/GO*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 843757/SP*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 935343/SP*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 923481/SP*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 922995/SC*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 909180/SP*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 938540/GO*; STJ, Sexta Turma, *AgRg no HC 897288/MG*; STJ, Quinta Turma, *HC 930022/GO*; STJ, Quinta Turma, *HC 946557/MS*; STJ, Quinta Turma, *HC 910882/MG*; STJ, Quinta Turma, *HC 932044/SP*; STJ, Quinta Turma, *HC 911387/SP*; STJ, Quinta Turma, *HC 855666/RJ*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 899867/SP*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 923107/PR*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 937479/PR*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 925172/GO*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no RHC 193501/MS*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 779747/SP*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 935302/GO*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 927370/SP*; STJ, Quinta Turma, *HC 884288/SP*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 947051/SP*; STJ, Quinta Turma, *RHC 168045/GO*; STJ, Quinta Turma, *HC 900942/SP*; STJ, Quinta Turma, *HC 933997/AM*; STJ, Quinta Turma, *HC 882910/SP*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 944347/SP*; STJ, Quinta Turma, *HC 953903/AM*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no RHC 183089/RS*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 955917/SP*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 948365/GO*; STJ, Quinta Turma, *REsp 2053108/MG*; STJ, Quinta Turma, *REsp 2171396/MG*; STJ, Quinta Turma, *HC 923607/MS*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 951934/GO*; STJ, Quinta Turma, *REsp 2030276/MT*; STJ, Quinta Turma, *REsp 2096695/MG*; STJ, Quinta Turma, *REsp 2096473/PR*; STJ, Quinta Turma, *REsp 2085889/PR*; STJ, Quinta Turma, *REsp 2153560/MG*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no AREsp 2772023/BA*; STJ, Quinta Turma, *HC 922132/SE*; STJ, Quinta Turma, *HC 883875/SP*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 819733/RS*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no RHC 195845/GO*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no AREsp 2652607/GO*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 923705/ES*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 942638/SP*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 957905/SP*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 902165/SP*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 904414/SP*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no REsp 2131320/TO*; STJ, Sexta Turma, *AgRg no HC 827006/SP*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no RHC 197244/BA*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 928447/SC*; STJ, Quinta Turma, *HC 858274/SP*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 943397/GO*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 774199/SP*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 816165/ES*; STJ, Quinta Turma, *HC 825264/PI*; STJ, Quinta Turma, *HC 926644/DF*; STJ, Quinta Turma, *HC 837489/SP*; STJ, Quinta Turma, *EDcl no HC 756008/SP*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 774786/SP*; STJ, Quinta Turma, *AREsp 2310077/SP*; STJ, Quinta Turma, *EDcl no HC 786563/SP*; STJ, Quinta Turma, *HC 930508/SP*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 942379/PR*;

decisões, 141 foram proferidas pela Quinta Turma e 8 pela Sexta Turma. Trata-se de prognóstico do que poderia ser, caso o acórdão fosse julgado por Turma diversa ou relatado por outro Ministro, segundo os principais pontos de divergência existentes no STJ. A partir dessa consideração, num plano hipotético, ter-se-iam 142 acórdãos validando o ingresso forçado e 273 o invalidando.

Dos 415 acórdãos analisados, 279 foram julgados pela Quinta Turma, 135 pela Sexta Turma e 1 pela Corte Especial. Dos 279 acórdãos julgados pela Quinta Turma, em 239 a prova foi validada e em 40 foi reconhecida a ilicitude. Dos 135 acórdãos julgados pela Sexta Turma, em 45 a prova foi validada e em 88 foi reconhecida a ilicitude. No único caso julgado pela Corte Especial, a prova foi invalidada.

Na Quinta Turma, 59 acórdãos foram relatados pelo Min. Reynaldo Soares da Fonseca; 46, pelo Min. Ribeiro Dantas; 30, pelo Min. Joel Ilan Paciornik; 116, pela Min. Daniela Teixeira; 28, pelo Min. Messod Azulay Neto. Na Sexta Turma, 4 acórdãos foram relatados pelo Min. Teodoro Silva Santos; 37, pelo Min. Jesuíno Rissato; 19, pelo Min. Sebastião Reis Júnior; 32, pelo Min. Antonio Saldanha Palheiro; 25, pelo Min. Rogério Schietti Cruz; 17, pelo Min. Otávio de Almeida Toledo; 1, pelo Min. Og Fernandes. Da Corte Especial houve 1 julgamento, relatado pelo Min. Og Fernandes.

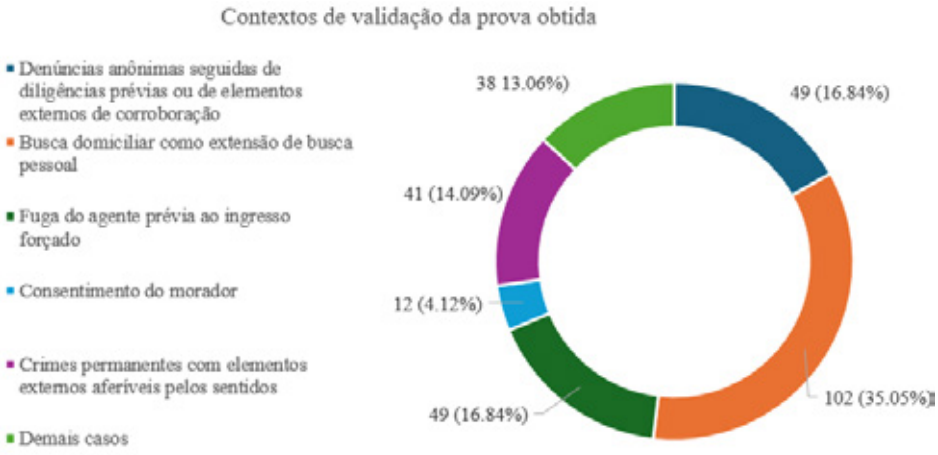
Quanto ao sentido do voto dos relatores, extrai-se a seguinte tabela:

Relator	Prova validada	Prova invalidada	Decisões controversas
Reynaldo Soares da Fonseca	54 (91,53%)	5 (8,47%)	30 (50,85%)
Ribeiro Dantas	33 (74,74%)	13 (28,26%)	16 (34,78%)
Joel Ilan Pacrionik	26 (86,67%)	4 (13,33%)	10 (33,33%)
Daniela Teixeira	98 (84,48%)	18 (15,52%)	62 (53,45%)

STJ, Quinta Turma, *REsp 2038922/MG*; STJ, Quinta Turma, *RHC 200617/PR*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 910523/MS*; STJ, Quinta Turma, *REsp 2007585/RS*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 855377/RS*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 861040/PE*.

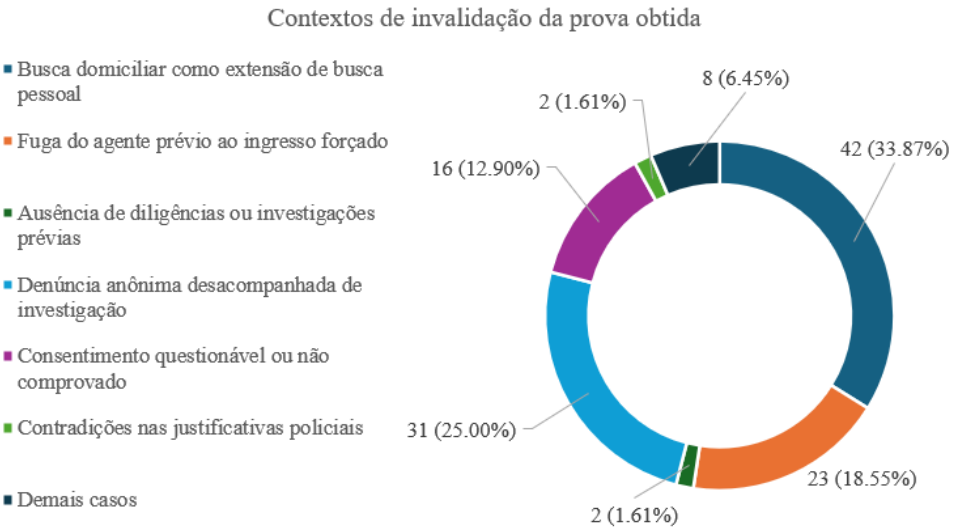
Relator	Prova validada	Prova invalidada	Decisões controversas
Messod Azulay Neto	28 (100,00%)	0 (0,00%)	24 (85,71%)
Teodoro Silva Santos	4 (100,00%)	0 (0,00%)	1 (25,00%)
Jesuíno Rissato	16 (43,24%)	21 (56,76%)	1 (2,70%)
Sebastião Reis Júnior	7 (36,84%)	12 (63,16%)	4 (21,05%)
Antonio Saldanha Palheiro	10 (31,25%)	22 (68,75%)	1 (3,13%)
Rogério Schietti Cruz	5 (20,00%)	20 (80,00%)	0
Otávio de Almeida Toledo	4 (23,53)%)	13 (76,47%)	2 (11,76%)
Og Fernandes	1 (50,00%)	1 (50,00%)	0

Quanto ao contexto motivador do ingresso forçado em domicílio, dos 291 acórdãos que validaram a prova, na organização que propusemos, 49 decorreram de denúncias anônimas seguidas de diligências prévias ou de elementos externos de corroboração; 102 de busca domiciliar como extensão de busca pessoal; 49 de fuga do agente prévia ao ingresso forçado; 12 de consentimento do morador; 41 de crimes permanentes com elementos externos aferíveis pelos sentidos; e 38 de demais casos:



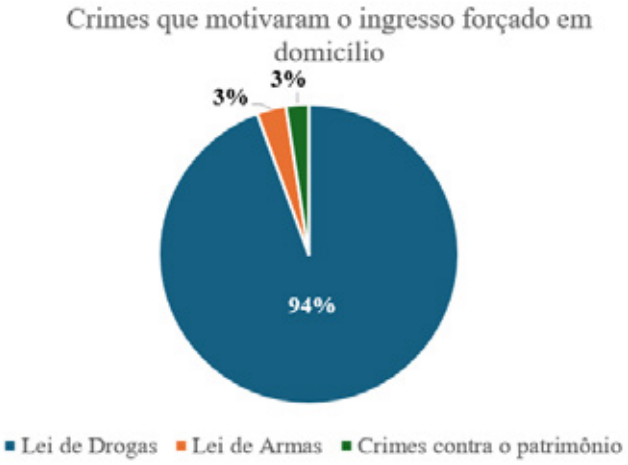
Fonte: dados do autor. Gráfico criado com o Excel.

Dos 124 que invalidaram a prova, 42 decorreram de busca domiciliar como extensão de busca pessoal; 23 de fuga do agente prévio ao ingresso forçado; 2 de ausência de diligências ou investigações prévias; 31 de denúncia anônima desacompanhada de investigação; 16 de consentimento questionável ou não comprovado; 2 de contradições nas justificativas policiais; e 8 de demais casos.



Fonte: dados do autor. Gráfico criado com o Excel.

Em relação ao crime que motivou o ingresso forçado em domicílio, tem-se o seguinte panorama: 388 flagrantes por delitos relacionados à Lei de Drogas (Lei n. 11.343/2006); 13 flagrantes por delitos relacionados à Lei de Armas (Lei n. 10.826/2003); 1 flagrante por crime de contrabando; 10 flagrantes por delitos contra o patrimônio; 1 flagrante por violência doméstica e familiar contra a mulher; 1 flagrante por crime contra a dignidade sexual; e 1 flagrante pelo crime do art. 273 do CP. Para catalogação, foi considerado o fator determinante para o ingresso forçado (p. ex., denúncia anônima anterior de tráfico de drogas). Em forma de gráfico:



Fonte: dados do autor. Gráfico criado com o Excel.

3.4. PANORAMA QUALITATIVO DAS DECISÕES ANALISADAS

3.4.1. Busca domiciliar como extensão da busca pessoal

A principal controvérsia existente entre a Quinta e a Sexta Turma do STJ diz respeito às hipóteses fáticas em que a busca domiciliar ocorre como uma extensão da busca pessoal. No âmbito da Quinta Turma prevalece o entendimento de que, "apurada a existência de entorpecentes durante a busca pessoal em usuário, há a constatação da flagrância do delito permanente, a qual confere fundadas razões à busca domiciliar subsequente"[81]. Em não raros casos, à busca domiciliar ainda precede a confissão do flagranteado, em contextos bastante duvidosos quanto à advertência do direito à não autoincriminação.

Esse modo de decidir parte da presunção de que está ocorrendo crime permanente no domicílio, mesmo sem diligências prévias para averiguar a informação. É como se chegássemos à seguinte fórmula: drogas encontradas em busca pessoal + confissão do sujeito = autorização para ingresso forçado. A fórmula muito se assemelha a um sistema de prova

[81] Vide a relação de julgados na nota n. 19.

tarifada, em que a soma de dois ou mais elementos de prova basta para provar um fato ou uma situação.

No AgRg no HC n. 788.620/GO chegou-se a uma situação ainda mais absurda: o indivíduo foi abordado e encontrado com drogas, mas disse que em sua residência não havia mais entorpecentes; mesmo assim, os policiais ingressaram no imóvel, com o "consentimento" do indivíduo e de seu pai, situação que, de acordo com o relator, Min Messod Azulay Neto, configura justa causa para o ingresso forçado.

Situação semelhante já foi exposta e criticada por Valois:

> Em um dos processos estudados, dois policiais militares de Brasília não encontraram nada com o suspeito, mas apenas 67 reais e a chave da casa do indiciado. Contudo, como sentiram cheiro de crack naquela pessoa, já detida na rua, partiram para a sua residência. É a guerra às drogas levando a polícia ao absurdo, transformando-a em farejadora, cã de caça e invasora de domicílio.[82]

A despreocupação com a legalidade da prova é uma demonstração do espírito autoritário que permeia o CPP, notadamente a partir do significante "verdade real". De acordo com Gloeckner, a "verdade real garantiria a justificativa necessária para que o rol de provas estabelecido no código de processo penal surgisse como um sistema exemplificativo, um catálogo de meios de prova que poderia ser complementado"[83]. Ao fim e ao cabo, as buscas domiciliares em situações de flagrante, conquanto não previstas expressamente no CPP, acabam sendo legitimadas pelo discurso jurisprudencial. Nesse contexto, o direito fundamental à inviolabilidade de domicílio passa a ser lido à luz do Código de Processo Penal, quando deveria ocorrer o contrário.

Além do mais, no processo penal vigora – ou pelo menos deveria vigorar – a presunção de inocência, não sendo possível inverter o ônus probatório para presumir a ocorrência de flagrante delito no domicílio

---

[82] VALOIS, Luís Carlos. *O direito penal da guerra às drogas*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 464.

[83] GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e processo penal*: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. 1. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 418.

do sujeito, quando encontrado com drogas em busca pessoal. As fundadas razões exigidas para o ingresso forçado na residência devem estar amparadas por outros elementos concretos, que forneçam parâmetros objetivos acerca do crime permanente.

3.4.2. Contextos de fuga

Outro ponto de divergência consiste nos contextos de fuga prévios ao ingresso forçado em domicílio. Tanto na Quinta quanto na Sexta Turma há decisões que ora validam, ora invalidam a prova obtida em tais situações fáticas. A interpretação que mais se alinha à proteção constitucional da inviolabilidade domiciliar é aquela segundo a qual a fuga do sujeito não é, por si só, indicativo da existência de crime permanente em sua residência. Para validar o ingresso forçado dos agentes policiais, parece-nos necessária a existência de diligências ou investigações anteriores, a fim de caracterizar a justa causa. Nesse cenário, a denúncia anônima da traficância e a fuga do sujeito seriam insuficientes para legitimar a ação policial, sob pena de criar mais uma hipótese de prova tarifada: denúncia anônima + fuga = presunção de flagrante delito.

3.4.3. Direito penal de autor e uso de conceitos vagos

Em várias decisões, principalmente da Quinta Turma, foram empregados termos vagos e imprecisos, tais como "chefe de comercialização de drogas", "movimentação suspeita", "local conhecido como ponto de vendas de drogas", "local previamente conhecido por ser ponto de tráfico de entorpecentes", "velho conhecido das forças policiais pela prática do crime de tráfico", "conhecido ponto de tráfico", "conhecido nos meios policiais por seu envolvimento no comércio de drogas", "local notoriamente conhecido pela alta incidência de tráfico de drogas", "ponto conhecido de tráfico de drogas", "intenso tráfico de drogas na região", "possuíam informações acerca do envolvimento de *Fulana* com a prática delitiva", "local ser conhecido como lugar de armazenamento de carga roubada", termos estes que remetem a um modelo de direito penal de autor.

Tais expressões carecem de precisão conceitual e de respaldo em investigações prévias, rebaixando o *standard* probatório necessário

para o ingresso forçado em domicílio. Questiona-se, por exemplo, como se comprova que alguém é "velho conhecido da polícia" ou a existência de um "local notoriamente conhecido" sem investigação prévia. A jurisprudência, ao admitir esses fundamentos genéricos, relativiza a inviolabilidade domiciliar e legitima condutas policiais baseadas apenas em presunções, muitas vezes preconceituosas. Como destacam Sarlet e Weingartner Neto, isso perpetua um sistema ineficaz e injusto, em que etiquetas sociais substituem critérios legais.[84]

Portanto, legitimar a atuação policial com base em termos vagos e imprecisos implica sério risco à inviolabilidade domiciliar, balizando ações repressivas com base em conteúdos de duvidosa legalidade.

3.4.4. Ingressos motivados pelo odor de maconha

Nalguns casos, o ingresso forçado em domicílio foi motivado pelo odor de maconha. No entanto, somente com base nesse fator não é possível ter certeza se se trata de tráfico ou de posse da droga para o próprio consumo, ainda mais após a decisão proferida pelo STF no RE n. 635.659. Como bem pontuado pelo Min. Sebastião Reis Júnior no (HC n. 768966/SE), "[...] a mera alegação de haver cheiro de droga exalando da residência, por ter cunho subjetivo, não caracteriza justa causa para entrada de policiais em domicílio alheio sem mandado judicial".

Para o ingresso forçado, nessas situações, parece-nos necessária a presença de outros elementos investigativos prévios e hábeis à comprovação da traficância. A existência de denúncia anônima tampouco elide tal exigência, pois, do contrário, teríamos mais um modelo de prova tarifada: denúncia anônima + cheiro de maconha = tráfico. Um observador objetivo, somente com base nessas informações, não diria haver probabilidade da ocorrência de crime permanente.

---

[84] SARLET, Ingo Wolfgang; WEINGARTNER NETO, Jayme. A inviolabilidade do domicílio e seus limites: o caso do flagrante delito. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, vol. 14, n. 14, p. 544-562, 2013, p. 557.

3.4.5. Ingressos precedidos de denúncia anônima

Nos casos em que o ingresso domiciliar for realizado unicamente com amparo em denúncia anônima, tanto a Quinta quanto a Sexta Turma invalidaram a prova. Assim, para que a denúncia anônima legitime a atuação policial, são necessárias diligências prévias a fim de averiguar a procedência das informações. Não nos parece possível que o consentimento do morador elida a exigência de investigações anteriores (cf. *infra*, 3.4.6).

Porém, alguns contextos são problemáticos do ponto de vista da legalidade probatória. No AgRg no AREsp 2282919/PR e no AgRg no HC n. 883.069/SC, por exemplo, a Quinta e a Sexta Turma validaram a prova obtida mediante denúncia anônima seguida de identificação de odor de droga. É como se chegasse ao seguinte *standard*: denúncia anônima + odor de droga = justa causa para o ingresso forçado em domicílio. Aliás, em vários casos foi utilizada a expressão "denúncia anônima *especificada*", aparentemente para conferir, com o uso do adjetivo, maior grau de legitimidade à atuação policial.

Havendo denúncias anônimas, é necessária a comprovação, pelo Estado, de que os agentes policiais já haviam realizado diligências mínimas, a fim de não ocorrer uma escolha arbitrária do local de abordagem, bem como para que não se inventem falsas denúncias para justificar a busca. Com efeito, tendo a autoridade policial conhecimento, por denúncia anônima, de que determinada casa era ponto de venda de drogas, é sua incumbência averiguar a procedência das informações, p.ex., mediante campanas, registros fotográficos e de vídeo, identificação das pessoas que circulam na residência etc. A coleta de informações prévias à devassa domiciliar é necessária para conferir legitimidade à atuação estatal.

3.4.6. Ingressos precedidos de consentimento do morador

Em alguns julgados, principalmente da Quinta Turma do STJ, a prova obtida foi validada em virtude do consentimento do morador, mesmo que a ida da polícia à residência tenha sido motivada, exclusivamente, em denúncia anônima da ocorrência de tráfico. Consagra-se, assim, outro modelo de prova tarifada, com a seguinte fórmula: denúncia anônima + consentimento do morador = autorização para ingresso.

No entanto, o consentimento do morador não supre a inexistência de fundadas razões anteriores a ele. Um observador objetivo não diria que, somente com base em denúncia anônima, há fundadas razões para o ingresso em domicílio alheio. Desse modo, validar a prova obtida com base no consentimento do morador, sem investigações prévias, significa rebaixar o *standard* probatório exigido para a devassa domiciliar.

A Constituição excepciona a inviolabilidade do domicílio, é bem verdade, no caso de consentimento do morador. Porém, tratando-se de direito fundamental, a norma deve ser interpretada restritivamente, assegurando a maior proteção possível ao direito tutelado. Assim as coisas, parece-nos que o consentimento a que se refere o art. 5º, XI, da CF é aquele dado em situações de normalidade (*v.g.*, receber alguém na própria casa) e não em contextos de pressão (*v.g.*, polícia que bate na porta da casa às duas horas da madrugada).

Desse modo, todas aquelas situações nas quais o sujeito supostamente autoriza o ingresso em sua casa, como na busca domiciliar realizada logo após a busca pessoal, deveriam ser consideradas ilegais, pois extrapolam o sentido dado ao consentimento a que se refere o texto constitucional.[85] Nas efetivas situações de flagrante delito, constatadas mediante informações previamente coletadas em diligências policiais, não há necessidade de consentimento, visto que o texto constitucional expressamente ressalva a inviolabilidade domiciliar nessas hipóteses. Observa-se, assim, que as forças policiais coletam - quando de fato o fazem - o consentimento do morador para validar a entrada no domicílio em situações nas quais não existia prévia situação de flagrante.

Mesmo que se considere válido o consentimento em situações de pressão, fato é que incumbe ao Estado o ônus de comprovar a sua

---

[85] LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2025 (e-book), p. 631, por exemplo, entende que "quando alguém está cautelarmente preso (prisão preventiva ou temporária) ou em flagrante e é conduzido pela autoridade policial até sua residência, "consentindo" que os policiais ingressem no seu interior e façam a busca e apreensão, entendemos que há uma inequívoca ilegalidade, pois estamos diante de um consentimento viciado, inválido portanto. É insuficiente o consentimento dado nessa situação, por força da intimidação ambiental ou situacional a que está submetido o agente". E adiante, complementa: "Há uma presunção de vício de consentimento em decorrência da situação em que se encontra".

legalidade e voluntariedade, sendo que eventuais dúvidas acerca do preenchimento ou não dos requisitos exigidos devem ser interpretadas *pro reo*. Assim, os agentes de segurança que ingressarem forçadamente em domicílio alheio devem registrar a legalidade e a voluntariedade do consentimento do morador de forma escrita (termo de consentimento, *v.g.*) *e* audiovisual, não sendo suficiente a declaração dos policiais. No registro audiovisual, devem os policiais expressamente advertir o morador do direito à não autoincriminação, i.e., de que não está obrigado a franquear o acesso à sua residência e que da sua recusa não podem advir consequências jurídico-penais. Em suma, devem os policiais explicar todas as possíveis consequências da autorização concedida.[86]

No entanto, o STF, ao reformar decisão do STJ, já decidiu que esta Corte criou requisitos não previstos na CF ao exigir a documentação do consentimento por meio de mídia audiovisual.[87] A decisão é criticável. Segundo Binder, o consentimento não se presume. O Estado deve fazer provas positivas da sua ocorrência. Não cabe ao acusado provar que o consentimento foi inválido. Em última análise, *deve-se presumir que as pessoas não consentiram*: somente naqueles casos nos quais existe um consentimento provado e livre é possível admitir a validade da informação colhida sem uma ordem judicial.[88] Exigir a prova do consentimento, pelo Estado, não significa criar requisito não

---

[86] Nesse sentido: MARQUES, Pedro Campanholo. *Busca e apreensão*: juízo de admissibilidade. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019, p. 183-184. Pende de análise, no STF, o Tema n. 1185 (*leading case* RE n. 1.177.984), com o seguinte conteúdo: "Obrigatoriedade de informação do direito ao silêncio ao preso, no momento da abordagem policial, sob pena de ilicitude da prova, tendo em vista os princípios da não auto-incriminação e do devido processo legal".

[87] STF, *RE 1447045 AgR*, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 02-10-2023. Pende de julgamento, no STF, o Tema n. 1208 (*leading case* RE n. 1.368.160), "em que se discute, à luz dos artigos 2º; 5º, XI; 18, e 144, §7º, da Constituição Federal, os requisitos de validade do consentimento do morador para busca e apreensão em domicílio, considerando o disposto no artigo 5º, XI, da Constituição da República e os princípios da inviolabilidade do domicílio, da dignidade da pessoa humana, da vedação à proteção deficiente e da segurança jurídica".

[88] BINDER, Alberto. *Introducción al derecho procesal penal*. 2. ed. Buenos Aires: Ad Hoc, 1999, p. 189. Para as devidas críticas à entrada da polícia precedida do consentimento do morador, consultar VALOIS, Luís Carlos. *O direito penal da guerra às drogas*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 477 e seguintes.

previsto pela Constituição; significa, isto sim, maximizar o âmbito de proteção constitucional para minimizar danos e riscos.

3.4.7. Inversões de carga probatória e violação ao princípio de presunção de inocência

Algumas decisões analisadas inverteram o ônus da prova, principalmente nos casos de consentimento do morador para o ingresso no domicílio. No AgRg no HC 909693/SP, p. ex., consta que, "[...] após a localização das drogas no automóvel, o agravante autorizou a entrada dos policiais em sua residência e, em suas alegações, não trouxe elementos que apontem para eventual coação ou irregularidade na obtenção do consentimento". Tal forma de decidir viola a regra probatória decorrente da presunção de inocência, que impõe ao Estado a obrigação de provar não só a culpa do acusado, mas também a validade das provas obtidas. De acordo com Sierra Sorockinas e Toro Aborda, ao atribuir o ônus da prova à defesa, esvazia-se a presunção de inocência, resolvendo as dúvidas existentes contra o réu. Essa inversão altera as regras epistêmicas do julgamento, uma vez que mina a eficácia de uma das garantias que o definem.[89]

3.4.8. Falta de delimitação das atribuições da Polícia Militar

Como visto nos dados quantitativos, a maioria das situações ensejadoras de flagrante decorreu de atuação da Polícia Militar. Há precedente no STJ no sentido de que "a tese de usurpação da competência da Polícia Civil pela Polícia Militar [...] não encontra respaldo jurídico, pois, diversamente das funções de polícia judiciária - exclusivas das polícias federal e civil -, as funções de polícia investigativa podem ser realizadas pela Polícia Militar"[90].

---

[89] SIERRA SOROCKINAS, David; TORO TABORDA, Mariana. La flexibilización probatoria en el proceso penal: una forma de injusticia epistémica. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, [S. l.], v. 9, n. 2, p. 949-978, 2023. DOI: 10.22197/rbdpp.v9i2.798.

[90] STJ, *HC n. 476.482/SC*, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 21/2/2019, DJe de 11/3/2019.

No entanto, é preciso destacar que às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública (art. 144, § 5º, CF). Segundo o art. 2º, § 1º, da Lei n. 14.751/2023, à polícia militar

> [...] cabe a proteção dos direitos fundamentais no âmbito da preservação da ordem pública, da polícia ostensiva e da polícia judiciária militar dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, com a finalidade de preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, além de outras atribuições previstas em lei.

Às polícias civil e federal incumbem as funções de polícia judiciária dos Estados e da União, respectivamente, e de apurar a prática de infrações penais (art. 144, §§ 1º e 4º, CF). Além disso, segundo o art. 4º, *caput*, do CPP, a polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria. Logo, há uma expressa delimitação constitucional e legal da tarefa de polícia investigativa, que incumbe à Polícia Civil e à Polícia Federal.

De todo modo, a atribuição de polícia judiciária não excluirá a de autoridades administrativas, a quem *por lei* seja cometida a mesma função (art. 4º, parágrafo único, CPP). Quanto à polícia militar, a Lei n. 14.751/2023 lhe outorga a função de *polícia judiciária militar*, nos termos do Código de Processo Penal Militar (art. 5º, § 2º). Com efeito, segundo o art. 4º, XIX, da referida lei, constitui diretriz a ser observada pela polícia militar, no âmbito de suas atribuições constitucionais e legais, o desempenho de funções de polícia judiciária militar e apuração de infrações penais militares, mediante presidência do oficial, com natureza jurídica essencial e exclusiva de Estado.[91]

---

[91] As competências das Polícias Militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios estão elencadas no art. 5º da Lei n. 14.751/2023, destacando-se, para os fins deste trabalho, as seguintes: "I - planejar, coordenar e dirigir a polícia de preservação da ordem pública, a polícia ostensiva e a polícia judiciária militar dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios; II - executar, ressalvada a competência da União, a polícia de preservação da ordem pública, a polícia ostensiva e, privativamente, a polícia judiciária militar dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios; III - realizar a prevenção e a repressão dos ilícitos penais militares e cumprir mandados de prisão, busca e apreensão e demais medidas cautelares, bem como ordens judiciais expedidas no interesse

Além disso, conforme o § 2º do art. 5º da Lei n. 14.751/2023, no exercício de suas atribuições constitucionais e legais, ressalvadas as competências dos órgãos e instituições municipais, os membros das polícias militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios são autoridades de polícia administrativa, de polícia ostensiva, de polícia de preservação da ordem pública e de polícia judiciária militar.

Nem a Constituição nem a Lei n. 14.751/2023, na interpretação que dela extraímos, atribuem à polícia militar a função de polícia judiciária e investigativa fora do âmbito dos crimes militares. Nada impede - pelo contrário, isso faz parte da função de polícia ostensiva - a prisão em flagrante por crime permanente, desde que se trate de flagrante visível e que não demande diligências investigatórias. Por outro lado, a realização de campanas e de buscas domiciliares extensivas de busca pessoal, p. ex., são atividades de polícia investigativa não abrangidas pelas atribuições da polícia militar.

A atuação da Polícia Militar, nesses contextos, pode ser explicada, na companhia de Kant de Lima, pelo caráter inquisitorial que tradicionalmente marca as práticas policiais. Como o exercício de vigilância geralmente recorre a métodos sigilosos e inquisitoriais, estabelece-se uma relação de desconfiança entre polícia e população, que "não se sente disposta a cooperar voluntariamente com os procedimentos inquisitoriais da polícia. Em consequência, esta tem dificuldades para produzir indícios válidos para o uso dos tribunais"[92]. Assim, como a espera por

---

da apuração criminal militar, da Justiça Militar dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, referentes à apuração das infrações penais militares praticadas pelos seus membros, ressalvada a competência da União; IV - realizar a prevenção dos ilícitos penais, com adoção das ações necessárias ao pronto restabelecimento da ordem pública, no âmbito de suas atribuições constitucionais e legais; [...] XI - produzir, difundir, planejar, orientar, coordenar, supervisionar e executar ações de inteligência e contrainteligência destinadas à execução e ao acompanhamento de assuntos de segurança pública, da polícia judiciária militar e da preservação da ordem pública, subsidiando ações para prever, prevenir e neutralizar ilícitos e ameaças de qualquer natureza que possam afetar a ordem pública e a incolumidade das pessoas e do patrimônio, na esfera de sua competência, observados os direitos e garantias individuais".

92 KANT DE LIMA, Roberto. Cultura jurídica e práticas policiais: a tradição inquisitorial. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 4, n. 10, p. 66-84, 1989, p. 72.

um mandado poderia demorar e implicar a perda da prova, os agentes policiais, imbuídos de uma ética própria e informal, passam a agir com base em critérios subjetivos e intuitivos, recorrendo a justificativas como o "cheiro de maconha", a "movimentação suspeita" ou a "fuga do agente" para legitimar o ingresso forçado no domicílio, ainda que sem fundadas razões concretas.

Essa prática revela não apenas a permanência de um modelo de atuação autorreferido, mas também a concepção de que a eficácia da ação policial deve prevalecer sobre as garantias processuais e constitucionais. Em última análise, essa lógica traduz uma inversão perigosa: em vez de a polícia se submeter à legalidade estrita, é a legalidade que é moldada para dar aparência de legitimidade às ações policiais. Na síntese de Kant de Lima: "A polícia justifica a aplicação de sua ética em substituição à lei quando considera que a aplicação da lei, em si, é ineficaz para 'fazer justiça'. Então, para fazer justiça, desobedece à lei"[93].

Portanto, constata-se uma extrapolação do âmbito de atribuições da polícia militar, o que é prejudicial à delimitação constitucional de atribuições das forças de segurança pública, que acabam invadindo esferas não pretendidas pela Lei Maior. Além disso, muitas ações da polícia militar são abruptas, levadas a cabo em relação ao crime visível, podendo, inclusive, atrapalhar investigações da polícia civil ou federal já em andamento e implicar a ilicitude das provas que poderiam ser legalmente obtidas.

3.4.9. Validação de provas obtidas pela Guarda Municipal

De acordo com a Constituição, as guardas municipais, constituídas pelos municípios, tem como atribuição proteger os seus bens, serviços e instalações (art. 144, § 8º). Não cabe às guardas municipais exercer a função de polícia investigativa. No entanto, sete acórdãos da Quinta Turma do STJ validaram a prova obtida pela guarda municipal em violação domiciliar, nos contextos de extensão de busca domiciliar (*v.g.*, STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 819733/RS*; STJ, Quinta Turma, *AgRg*

[93] KANT DE LIMA, Roberto. Cultura jurídica e práticas policiais: a tradição inquisitorial. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 4, n. 10, p. 66-84, 1989, p. 80.

no RHC 195845/GO; STJ, Quinta Turma, *AgRg no RHC 182381/PR*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 923705/ES*; STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 942638/SP*) e em contexto de fuga (STJ, Quinta Turma, *AgRg no AREsp 2652607/GO* e STJ, Quinta Turma, *AgRg no HC 957905/SP*).

Se nos casos de busca domiciliar realizadas pela polícia militar a legalidade da medida é discutível, no caso das guardas municipais o grau de legitimidade é ainda menor. A legitimação da atuação das guardas municipais para realizar busca domiciliar é de duvidosa constitucionalidade e sua atuação deveria ser inadmitida.

3.4.10. Critérios mínimos para validação da prova

Em alinhamento com a decisão proferida pelo STF no Tema 280, parece-nos possível partir do seguinte itinerário para validar a prova obtida mediante ingresso forçado em domicílio em contextos de flagrante delito:

a) Em primeiro lugar, é preciso avaliar se o magistrado, situado no momento imediatamente anterior ao ingresso policial no domicílio e tendo exclusivamente como base os elementos de informação *ex ante* comprovados, deferiria um mandado de busca domiciliar. Se a resposta for positiva, o ingresso será, via de regra, lícito; se negativa, o ingresso será ilícito, assim como as provas dele decorrentes. Exemplificativamente: a polícia recebe denúncia anônima de tráfico em determinada casa e para lá se desloca; chegando ao local, sente odor de maconha próximo à moradia. Esses elementos indicam, por si sós, a traficância? Não. Como o juiz não pode autorizar a busca domiciliar amparado nessas informações, a polícia também não pode ingressar forçadamente no imóvel sem realizar mais diligências prévias para apurar a procedência da informação;

b) Mesmo havendo elementos informativos suficientes acerca da existência de crime permanente, é preciso averiguar se o ingresso forçado no domicílio é uma medida urgente. Incumbe ao Estado comprovar a urgência da medida, ou seja, que sem ela não seria possível obter a prova por outro meio. Sendo possível representar pela expedição de mandado de busca, o ingresso forçado torna-se uma medida desnecessária;

c) No caso de ingresso precedido de autorização do morador, é necessário verificar a validade do consentimento. Neste caso, é preciso analisar a legalidade e a voluntariedade, i.e., se não houve nenhum vício de

vontade. Nos contextos de pressão ou por força de intimidação ambiental ou situacional, o consentimento deve ser invalidado. Mesmo a reputar-se válido o consentimento dado numa situação tal, incumbe ao Estado o ônus de provar que o morador foi advertido do direito à não autoincriminação e de todas as possíveis consequências da sua aquiescência ao ingresso no domicílio. O registro deve ser feito por escrito *e* por mídia audiovisual, constando as devidas advertências pelo agente estatal ao morador.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em resposta ao problema que norteou a pesquisa, a análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre a busca domiciliar em casos de flagrante delito no ano de 2024 revelou um cenário de convergências e divergências entre a 5ª e a 6ª Turma quanto aos critérios adotados para validar ou invalidar a obtenção da prova. Em relação às buscas realizadas somente com base em denúncia anônima, ambas as turmas convergem quanto à invalidade da prova obtida. Por outro lado, em se tratando de denúncias anônimas seguidas de diligências prévias para averiguar a procedência das informações, as turmas tendem a validar a prova obtida.

As maiores divergências encontram-se nas diligências realizadas como extensão de busca pessoal, bem como nos casos de fuga prévia do indivíduo e entrada no domicílio precedida de consentimento. No primeiro caso, a 5ª Turma validou a maioria das provas obtidas, forte no argumento de que, "apurada a existência de entorpecentes durante a busca pessoal em usuário, há a constatação da flagrância do delito permanente, a qual confere fundadas razões à busca domiciliar subsequente". Já a 6ª Turma adotou um viés mais restritivo, no sentido de que "a mera apreensão de drogas com o indivíduo no espaço público não configura fundadas razões para ingresso no domicílio, ainda que esteja localizado próximo do local do flagrante".

Nos contextos de fuga, verificou-se uma falta de consistência entre ambas as turmas, pois ora validam a prova, no sentido de que a fuga do sujeito para o interior de imóvel, ao avistar policiais, configura justa causa para o ingresso forçado no domicílio, ora a invalidam, no sentido de que a fuga não faz presumir a existência de flagrante delito no interior do imóvel.

Em relação à entrada no domicílio precedida do consentimento do morador, verificou-se um viés mais permissivo da 5ª Turma, que geralmente adota um *standard* probatório reduzido para conferir legitimidade à atuação policial e validar a obtenção da prova, inclusive quando inexistentes elementos prévios de investigação. A 6ª Turma, por outro lado, segue uma tendência mais restritiva, inclusive invalidando a obtenção da prova em situações de estresse policial e quando o ingresso não for documentado por escrito e em mídia audiovisual.

A pesquisa também evidenciou o protagonismo da Polícia Militar na realização das buscas, levantando questionamentos sobre os limites de sua atuação investigativa, tradicionalmente reservada às polícias judiciárias dos Estados e da União. Da mesma forma, verificou-se uma postura permissiva, principalmente da 5ª Turma, quanto à prova obtida por meio da atuação das Guardas Municipais. Outra ordem de problemas verificados diz respeito ao uso de conceitos vagos para legitimar a atuação estatal, bem como a inversão da carga probatória para determinar que o morador prove a ilegalidade da atuação dos agentes estatais. As divergências apontam para a necessidade de critérios mais uniformes para determinar a validade ou invalidade das provas obtidas mediante ingresso forçado, pelos agentes estatais, em domicílio alheio. Diante desse cenário, as exceções constitucionais à inviolabilidade domiciliar devem ser interpretadas restritivamente. Em se tratando de flagrante delito, a polícia somente pode ingressar forçadamente na residência de alguém quando houver fundadas razões amparadas pelos elementos existentes no momento imediatamente anterior à entrada, aferíveis pelo juiz numa perspectiva *ex ante*. Além disso, apenas nos casos de urgência é possível deflagrar a medida. No caso de autorização do morador, incumbe ao Estado comprovar a legalidade e a voluntariedade do consentimento, por meios escritos e audiovisuais, nos quais constem expressamente a advertência do direito à não autoincriminação.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 23. ed. Santana de Parnaíba: Manole, 2021 (e-book).

BINDER, Alberto. *Introducción al derecho procesal penal*. 2. ed. Buenos Aires: Ad Hoc, 1999.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 16. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024 (e-book).

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e processo penal*: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. 1. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

JOHNER, Marcos Afonso. A busca domiciliar em casos de flagrante delito na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no ano de 2024, SciELO Data, 2025. https://doi.org/10.48331/scielodata.Q4AGXF

KANT DE LIMA, Roberto. Cultura jurídica e práticas policiais: a tradição inquisitorial. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 4, n. 10, p. 66-84, 1989.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2025 (e-book).

MARQUES, Pedro Campanholo. *Busca e apreensão*: juízo de admissibilidade. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019.

MARTINS, Leonardo. Art. 5º, XI. In: GOMES CANOTILHO, José Joaquim (org.). *Comentários à Constituição do Brasil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2023.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024 (e-book).

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024 (e-book).

SARLET, Ingo Wolfgang; WEINGARTNER NETO, Jayme. A inviolabilidade do domicílio e seus limites: o caso do flagrante delito. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, vol. 14, n. 14, p. 544-562, 2013.

SIERRA SOROCKINAS, David; TORO TABORDA, Mariana. La flexibilización probatoria en el proceso penal: una forma de injusticia epistémica. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, [S. l.], v. 9, n. 2, p. 949-978, 2023. DOI: 10.22197/rbdpp.v9i2.798.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024 (e-book).

VALOIS, Luís Carlos. *O direito penal da guerra às drogas*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

Authorship information

Marcos Afonso Johner. Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Professor do Curso de Direito da UNOESC – Campi de São Miguel do Oeste/SC e Pinhalzinho/SC. Advogado. marcosjohner@yahoo.com.br

Additional information and author's declarations (*scientific integrity*)

Conflict of interest declaration: the author confirms that there are no conflicts of interest in conducting this research and writing this article.

Declaration of authorship: all and only researchers who comply with the authorship requirements of this article are listed as authors; all coauthors are fully responsible for this work in its entirety.

Declaration of originality: the author assures that the text here published has not been previously published in any other resource and that future republication will only take place with the express indication of the reference of this original publication; he also attests that there is no third party plagiarism or self-plagiarism.

Data Availability Statement: In compliance with open science policies, the dataset of this article is available in an open repository at the following link: JOHNER, Marcos Afonso. A busca domiciliar em casos de flagrante delito na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no ano de 2024, SciELO Data, 2025. https://doi.org/10.48331/scielodata.Q4AGXF

Editorial process dates (https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/about)

- Submission: 04/03/2025
- Desk review and plagiarism check: 20/03/2025
- Review 1: 22/04/2025
- Review 2: 06/05/2025
- Review 3: 06/05/2025
- Preliminary editorial decision: 11/06/2025
- Correction round return: 21/06/2025
- Final editorial decision: 02/07/2025

Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Reviewers: 3

How to cite (ABNT Brazil):

JOHNER, Marcos A. A busca domiciliar em casos de flagrante delito na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no ano de 2024. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 11, n. 2, e1184, mai./ago. 2025. https://doi.org/10.22197/rbdpp.v11i2.1184

License Creative Commons Attribution 4.0 International.

Execução Penal

Criminal Execution

A Corte Interamericana de Direitos Humanos e a atualização da teoria da execução penal no Brasil: o exemplo do cômputo em dobro

The Inter-American Court of Human Rights and the Modernization of Penal Enforcement Theory in Brazil: The Example of Double-Counting

Patrick Cacicedo[1]
Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil
patrickcacicedo@usp.br
http://lattes.cnpq.br/6868425451997606
http://orcid.org/0000-0002-5623-8224

Érica Babini Lapa do Amaral Machado[2]
Universidade Católica de Pernambuco, Recife, PE, Brasil
erica.babini@unicap.br
http://lattes.cnpq.br/7784333143703014
http://orcid.org/0000-0001-6930-6284

Maria Luiza Maranhão Dias Cabral[3]
Universidade Católica de Pernambuco, Recife, PE, Brasil
mluizamdcabral@gmail.com
http://lattes.cnpq.br/9526445621608499
http://orcid.org/0009-0008-5073-8288

[1] Professor de Direito Penal e Criminologia na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Mestre, Doutor e Estágio Pós-Doutoral em Direito Penal pela Universidade de São Paulo. Defensor Público do Estado de São Paulo.

[2] Professora e Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Pernambuco (Unicap) e Professora da Graduação em Direito da Universidade de Pernambuco (UPE). Doutora e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE).

[3] Mestranda em Direito na Universidade Católica de Pernambuco (Unicap). Especialista pela Faculdade Damas da Instrução Cristã (FADIC). Graduada em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (Unicap). Bolsista FACEPE.

Resumo: Este artigo analisa a complexidade do sistema prisional brasileiro, com foco nas resoluções da Corte IDH envolvendo o Complexo do Curado. Em 2018, a Corte indicou o cômputo dobrado do período de prisão devido às condições desumanas, visando aliviar a superlotação e garantir dignidade aos presos. A implementação plena dessa medida, ocorrida apenas em 2022, revelou resistências significativas do Tribunal local. Este estudo se utiliza de abordagem qualitativa com enfoque em análise de documentos e revisão teórica, de modo que identificou a responsabilidade do Poder Judiciário pernambucano no hiperencarceramento e na violação dos direitos fundamentais. A ferramenta interpretativa baseia-se de uma criminologia latino-americana, capaz de superar as insuficiências das teorias do Norte Global a partir da realidade local. Este artigo parte da seguinte indagação: a resistência do Poder Judiciário à aplicação das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, como a do cômputo em dobro, revela a necessidade de atualizar a Teoria da Execução Penal à luz dos direitos humanos e das especificidades latino-americanas? Conclui-se que a atualização da Teoria da Execução Penal pode ser um caminho para minimizar as violências do sistema punitivo, devendo integrar práticas de efetivação dos direitos humanos, de conscientização sobre o racismo estrutural e de exclusão dos atos antijurídicos do Estado.

Palavras-chaves: execução penal; encarceramento em massa; Complexo do Curado; cômputo em dobro; exclusão de atos antijurídicos do Estado.

Abstract: *In this paper, authors analyze Brazilian prison system, focusing on the resolutions of the Inter-American Court of Human Rights (IACHR) regarding the Curado Penitentiary Complex. In 2018, the Court determined that prison time served in the Curado Complex should be counted double due to inhumane conditions, aiming to alleviate overcrowding and ensure dignity for inmates. The full implementation of this measure, which only occurred in 2022, revealed significant resistance from the local Court. Qualitative approach based on document analysis and theoretical framework is used to identified the responsibility of the Judiciary in mass incarceration and the violation of fundamental rights. It argues for the need for a criminology that considers the Latin American reality, criticizing the inadequacies of Northern theories. The most important outcome is updating the Theory of Penal Execution could be a possibility to minimize the violence of the punitive*

system, integrating practices that enforce human rights, raise awareness about structural racism, and exclude unlawful state actions.

Keywords: *Penal Execution; Mass incarceration; Curado Complex; double counting of sentences; exclusion of unlawful state actions.*

INTRODUÇÃO

O Brasil é o terceiro país do mundo com a maior população carcerária, com aproximadamente 846.021 presos no sistema prisional. Dados do Fórum Brasileiro de Segurança Pública (2024) apontam um aumento progressivo dessa realidade, mesmo após o julgamento da Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, quando o Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu o estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário nacional, em razão da violação de direitos fundamentais da população carcerária.

Além do reconhecimento pela Suprema Corte brasileira, as condições precárias das prisões também foram denunciadas internacionalmente perante o Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos (SIDH). Desde 2002, o Brasil está sujeito a medidas provisórias determinadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) em casos considerados graves e urgentes, com o objetivo de evitar danos irreparáveis às pessoas privadas de liberdade. O primeiro caso envolveu a Penitenciária Urso Branco, seguido por outros relacionados aos complexos penitenciários de Pedrinhas, Plácido de Sá Carvalho e Curado, e, mais recentemente, a Penitenciária Evaristo de Moraes. Esses casos não são exceções, mas refletem a realidade estrutural do sistema prisional brasileiro.

Localizado em Pernambuco, o Complexo Penitenciário Curado possui a quinta maior taxa de encarceramento nacional. Em algumas ocasiões, a superpopulação alcançou 450% da capacidade oficial[4].

[4] Os dados foram extraídos do Cadastro Nacional de Inspeções em Estabelecimentos Penais (CNIEP) do CNJ e sintetizados na decisão prolatada pela

Essa situação foi levada ao SIDH em 2011, resultando na emissão de várias ordens para reduzir o número de presos, proteger a comunidade LGBTQIA+, prevenir a exploração sexual, realizar reformas estruturais e acabar com as condições desumanas. Tais condições incluem a posse de armas por presos, o sistema ilegal de chaveiros, o uso generalizado de tortura e a falta de acesso a tratamento médico.

Em resposta às denúncias, o Brasil reconheceu as condições precárias do sistema prisional e, em 2017 e 2018, apresentou relatórios detalhando os problemas e propondo um plano de contingência. No entanto, apesar das medidas adotadas, a atuação do Estado brasileiro mostrou-se insuficiente para enfrentar a gravidade e a urgência da situação. Em 2018, a Corte Interamericana de Direitos Humanos determinou que o tempo de pena cumprido nas unidades prisionais fosse computado em dobro, argumentando que as condições degradantes impunham um sofrimento antijurídico que ia além da mera privação de liberdade[5]. Além disso, a Corte estabeleceu a proibição de novas internações enquanto persistisse o cenário de violação de direitos humanos.

O cumprimento da determinação gerou divergências entre as jurisdições de execução penal de Pernambuco, levando o Ministério Público a ajuizar um Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), julgado em setembro de 2022[6].

Sabe-se que cabe ao Poder Judiciário, além de aplicar sanções penais, garantir os direitos fundamentais de todos os cidadãos, incluindo a obrigação de assegurar que o Estado forneça condições mínimas compatíveis com a dignidade humana aos presos.

Corregedoria Nacional de Justiça em 23 de agosto de 2022, nos autos da Correição Extraordinária nº 0004051-15.2002.2.00.0000.

[5] Corte IDH. *Resolução de 28 de novembro de 2018*: medidas provisórias solicitadas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos a respeito da República Federativa do Brasil: caso da Penitenciária de Curado. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/curado_se_06.pdf >. Acesso em: 26 jul. 2023.

[6] PERNAMBUCO. Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº 0008770-65.2021.8.17.9000*. Relator: Des. Carlos Frederico Gonçalves de Morais. Julg. 1 set. 2022.

Neste trabalho, questiona-se, preliminarmente, se a resistência inicial à aplicação do instituto determinado pela Corte IDH reflete a necessidade de atualização da Teoria da Execução Penal, com o intuito de promover uma atuação judicial mais eficaz e alinhada aos princípios dos direitos humanos.

Considerando que as teorias sobre o excesso punitivo do Norte Global (Garland, 2008; Wacquant, 2001) são insuficientes para compreender as realidades do Sul Global (Carrington, Hogg, Sozzo, 2015), este artigo parte das reflexões de Zaffaroni (1984, p. 36) sobre a necessidade de distanciamento dos sistemas penais da ideologia americana dos Direitos Humanos.

A abordagem teórica adotada aqui pressupõe que as hierarquias e a subordinação na produção de conhecimento, monopolizadas pelo Norte Global, levaram o Sul Global a incorporar tendências estrangeiras que, originalmente, não se alinham às suas especificidades.

Como consequência, problemas locais são frequentemente negligenciados ou tratados como se não existissem, evidenciando a necessidade de uma perspectiva crítica e contextualizada. A hipótese central deste trabalho é que a representação das condições carcerárias, que definem a execução da pena e as restrições de direitos, permanece negligenciada na Teoria da Execução Penal (Vacani, 2020). Este artigo analisa o processo pelo qual os juízes locais em Pernambuco buscaram cumprir a determinação da Corte IDH e discute se a resistência observada implica a necessidade de uma atualização na Teoria da Execução Penal. Especificamente, examina a medida que determinou a contagem em dobro do tempo de pena, estabelecida pela Corte em 2018, bem como as idiossincrasias do Poder Judiciário brasileiro no tratamento dessas questões. Diante disso, este trabalho se propõe a responder: a resistência do Poder Judiciário à aplicação das decisões da Corte IDH — especialmente no caso do Complexo do Curado — indica a necessidade de uma atualização crítica da Teoria da Execução Penal no Brasil?

O estudo realiza uma análise documental, utilizando um panorama teórico crítico para interpretar documentos oficiais, decisões judiciais, relatórios e resoluções da Corte IDH relacionados ao caso do complexo penitenciário do Curado, além de revisar a literatura acadêmica sobre execução penal, criminologia e direitos humanos sob uma perspectiva

latino-americana. Adicionalmente, revisou-se a literatura sobre teorias penais do Norte e do Sul Global, com ênfase nas contribuições de Zaffaroni (1984) e Vacani (2020), a fim de contextualizar e fundamentar a discussão proposta.

Primeiramente, apresenta-se uma análise da Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de 28 de novembro de 2018 – Medidas Provisórias a respeito do Brasil – Assunto do Complexo Penitenciário do Curado. Em seguida, examina-se o contexto das decisões judiciais e do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) em Pernambuco, além de realizar uma revisão crítica sobre a promessa ressocializadora da privação de liberdade no Brasil, propondo uma atualização da Teoria da Execução Penal. Por fim, delineiam-se algumas conclusões a partir das reflexões desenvolvidas ao longo do estudo.

1. O CÔMPUTO EM DOBRO DA PENA COMO ESTRATÉGIA PARA REDUZIR A SUPERLOTAÇÃO NO COMPLEXO PENITENCIÁRIO DO CURADO

Antes da medida provisória de 2018, no caso do então Presídio Aníbal Bruno, algumas medidas cautelares já haviam sido adotadas desde 2011. Em 22 de maio de 2014, a Corte Interamericana de Direitos Humanos emitiu a primeira medida provisória, após reportar o caso à Corte.

De acordo com um relatório do Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2023, p. 2), entre os principais motivos que levaram à solicitação de intervenção da Corte IDH destacam-se: o elevado número de mortes violentas no interior da penitenciária (com mais de 60 óbitos registrados entre 2008 e 2013); relatos de tortura, violência sexual e outros tratamentos cruéis e degradantes praticados por detentos que exerciam funções de gestão por delegação, conhecidos como "chaveiros"; além das condições degradantes decorrentes da superlotação e da precariedade geral do sistema carcerário.

Desde então, a Corte realizou diversas intervenções: a primeira resolução foi emitida em 2014, seguida de outras anuais para monitorar o cumprimento das decisões, em 7 de outubro de 2015, 18 de novembro de 2015, 23 de novembro de 2016, 15 de novembro de 2017 e 28 de novembro de 2018.

A Corte identificou violações à Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), aos Princípios e Boas Práticas sobre a Proteção das Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas - estabelecidos pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos - e às Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento dos Reclusos, conhecidas como Regras de Mandela.

Em geral, essas medidas provisórias abordam questões estruturais relacionadas à proteção da vida e da integridade física e moral das pessoas privadas de liberdade, bem como daqueles que representam as entidades peticionárias do caso perante a Corte.

Especificamente, a Resolução de 28 de novembro de 2018 trouxe em seu bojo a determinação no sentido de que o Estado passasse a computar em dobro cada dia de privação de liberdade no Complexo de Curado, como forma de compensação pelo sofrimento antijurídico na unidade.

A determinação da Corte IDH atingiria diretamente todas as pessoas que não tivessem cometido crimes contra a vida, a integridade física ou crimes sexuais. Nesses casos, a Corte estabeleceu que os presos deveriam ser submetidos a um exame criminológico.

É importante destacar que a Corte construiu a solução jurídica para o caso com base em decisões significativas proferidas em países que enfrentaram experiências semelhantes de deterioração nas condições das pessoas privadas de liberdade. Esses precedentes incluem jurisprudências no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA), como as da Corte Constitucional da Colômbia e da Suprema Corte dos Estados Unidos, além de decisões do Tribunal Europeu, como no caso da Itália.

A Corte parte do pressuposto de que qualquer privação de liberdade, por sua própria natureza, acarreta um grau de dor ou aflição. No entanto, esse sofrimento deve se restringir às consequências inevitáveis da restrição de movimentação da pessoa, sem ultrapassar os limites da dignidade humana.

Além disso, a Corte se baseou na Súmula Vinculante nº 56 do Supremo Tribunal Federal (STF), que trata da questão das vagas nos estabelecimentos penais brasileiros. A súmula estabelece que "a falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado

em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS"[7].

Da análise das razões de decidir que fundamentaram a Súmula Vinculante nº 56, extraiu-se que a lógica jurídica da decisão visava assegurar que a pena imposta ao condenado não se tornasse ilícita ou violasse direitos fundamentais, como a individualização da pena e a integridade física e moral do preso. Caberia, portanto, aos juízes de execução penal avaliar se o local de detenção é adequado ao regime de cumprimento de pena estabelecido para o condenado.

Nesse sentido, a Corte registrou que caberia pressupor

> de forma absoluta, que as privações de liberdade dispostas pelos juízes do Estado, a título penal ou cautelar, o foram no prévio entendimento de sua licitude por parte dos magistrados que as dispuseram, porque os juízes não costumam dispor de prisões ilícitas. No entanto, são executadas ilicitamente [...][8]

A Corte também observou que as respostas oferecidas pelo Estado brasileiro, concentradas na criação de novas vagas, por meio da construção e reforma de estabelecimentos prisionais e da realização de transferências para reduzir a superlotação, não seriam adequadas. Isso porque tais medidas demandariam tempo para serem implementadas, enquanto as situações de humilhação e degradação já estavam em curso e exigiam soluções imediatas.

Além disso, a Corte ressaltou o papel do Estado como garantidor dos direitos fundamentais, destacando sua obrigação constitucional e convencional de "oferecer aos internos, com o objetivo de proteger e garantir seus direitos à vida e à integridade pessoal, condições mínimas compatíveis com sua dignidade, enquanto permaneçam nos centros de detenção"[9]. Essa posição reforça a responsabilidade do Estado em assegurar que as

---

[7] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 641320/RS. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julg. 11 maio 2016. Tribunal Pleno. Disponível em: < https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=310710849&ext=.pdf> Acesso em: 4 ago. 2024.

[8] Corte IDH, op. cit. p. 26.

[9] Ibid., p. 06.

condições carcerárias respeitem os padrões internacionais de direitos humanos, independentemente das limitações estruturais ou temporais.

Desse modo, concluiu-se que a única solução viável consistiria em reduzir a população da unidade prisional. Diante da emergência, a medida mais prudente seria diminuir a pena dos presos, computando como tempo cumprido o excedente antijurídico de sofrimento não previsto ou autorizado pelos juízes do Estado.

Esse entendimento alinha-se ao que Vacani (2020) denominou de "desconto da pena ilícita", ao propor que a medida da pena não deve considerar apenas sua duração, mas também as condições de encarceramento em que esse tempo foi cumprido. Segundo sua tese, "un tiempo de trato arbitrario no es un tiempo equivalente aquel de goce de derechos" (Vacani, 2020, p. 10), ou seja, o período em que o preso é submetido a tratamentos arbitrários e degradantes não pode ser equiparado ao tempo em que seus direitos foram respeitados. Essa perspectiva reforça a necessidade de compensar o sofrimento antijurídico imposto pelo Estado, garantindo que a execução da pena não ultrapasse os limites da dignidade humana.

Vacani (2020, p. 12) defende que a quantidade de pena a ser cumprida, como resposta a uma conduta criminalmente punível, só pode ser atribuída a uma pena lícita. Caso se verifique que a execução da pena ocorreu de forma cruel, desumana ou degradante, esse período de cumprimento deve ser excluído, descontando-se da quantidade total de pena a ser cumprida.

Nesse sentido, o autor desenvolve o conceito central de indeterminação da pena na fase executiva, que leva em consideração as variáveis proporcionadas pelas condições de aprisionamento. O tratamento arbitrário ou degradante recebido durante o cumprimento da pena é entendido como um excesso, que deve ser compensado. Dessa forma, Vacani (2019, p. 14) propõe que a indeterminação da pena exige uma permanente adequação ao conteúdo da pena legal estabelecida na sentença, garantindo o respeito aos princípios da legalidade, humanidade, proporcionalidade e proibição de dupla punição. Essa abordagem busca assegurar que o sofrimento antijurídico imposto pelo Estado não seja ignorado, mas sim contabilizado como parte da revisão do tempo de pena a ser cumprido.

Em uma lógica semelhante à tese proposta pelo defensor público argentino, a Corte IDH calculou, no caso do Complexo do Curado, que seria razoável, para fins de compensação da pena sofrida na parte antijurídica de sua execução, que o tempo já cumprido na unidade fosse computado à razão de dois dias de pena lícita, tomando como parâmetro o dado da superpopulação do Complexo, cuja densidade era superior a 200%, ou seja, duas vezes sua capacidade. Esse também foi o parâmetro usado nas medidas provisórias sobre o Instituto Penal Plácido de Carvalho, localizado no estado do Rio de Janeiro, exaradas no mesmo ano[10].

Ao final, a Corte atribuiu o prazo de seis meses para cumprimento da determinação, registrando que a via institucional adequada para dar-lhe efetividade deveria ser escolhida conforme direito interno.

Em agosto de 2022, foi proferida uma decisão no âmbito do CNJ, que firmou, dentre algumas recomendações, que fosse reduzida a população carcerária do presídio no percentual de 70% do total, dentro de um prazo de oito meses, bem como a com a proibição de novos ingressos[11]. Até aquele momento, o Estado de Pernambuco ainda não cumpria a decisão do Tribunal Internacional.

2. O PAPEL DO JUDICIÁRIO NO HIPERENCARCERAMENTO NO BRASIL: UMA ANÁLISE A PARTIR DO COMPLEXO DO CURADO

2.1. O TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO E O DESAFIO DE IMPLEMENTAR AS DECISÕES DA CIDH

Após a determinação da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) sobre o cômputo em dobro da pena, a Defensoria

---

[10] Corte IDH. *Resolução de 22 de novembro de 2018:* medidas provisórias solicitadas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos a respeito da República Federativa do Brasil: o caso do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho. Disponível em: < https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/placido_se_03_por.pdf>. Acesso em: 26 jul. 2023.

[11] CNJ. *Correição ordinária. Proc. 0004051-15.2022.2.00.0000.* Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Brasília: CNJ, 2022. DJ 23 ago. 2022.

Pública do Estado de Pernambuco iniciou um movimento específico. Atuando junto às varas de execuções penais do Tribunal de Justiça de Pernambuco (TJPE), a Defensoria passou a apresentar pedidos nos processos de pessoas que, por algum período, estiveram custodiadas nas unidades do Complexo do Curado. Na época, o Complexo abrigava um total de 5.742 presos, apesar de sua capacidade total ser de apenas 1.829 vagas, evidenciando uma superlotação superior a 200%.

Todavia, na prática, observou-se uma falta de uniformidade nas decisões proferidas pelos juízes das varas de execuções penais. Inicialmente, os juízos da 2ª e 3ª Varas Regionais, bem como da Vara de Execuções Penais da Capital, adotaram o posicionamento de indeferir os pedidos de cômputo em dobro. Por outro lado, o juízo da 1ª Vara Regional de Execução Penal passou a acolher os requerimentos formulados.

Diante dessa divergência, em 24 de maio de 2021, o Ministério Público de Pernambuco solicitou a instauração de um Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) para dirimir a controvérsia. O objeto central do incidente era discutir se seria possível aplicar imediatamente a contagem em dobro do tempo de prisão cumprido no Complexo do Curado, independentemente de uma regulamentação prévia pela União, ou seja, sem a necessidade de recepção da Resolução da Corte IDH pelo direito interno, por meio de lei ou decreto presidencial.

Enquanto o julgamento do IRDR, iniciado em 28 de abril de 2022, ainda estava em curso, o Supremo Tribunal Federal (STF) se manifestou de forma mais rápida em um caso análogo. Um Habeas Corpus foi levado à Corte, buscando o reconhecimento do cômputo em dobro da pena. A implementação dessa medida permitiria ao paciente, condenado por homicídio qualificado, alcançar o tempo necessário para progressão ao regime semiaberto. Esse caso trouxe à tona a urgência e a relevância da discussão sobre a aplicação imediata das determinações da Corte IDH.

No julgamento da liminar, em 30 de junho de 2022, após solicitar informações a diversos órgãos, o Ministro Relator Edson Fachin reconheceu a obrigatoriedade de cumprimento das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) pelo Estado brasileiro. Consequentemente, ele afirmou o direito das pessoas privadas de

liberdade ao cálculo do cômputo em dobro do tempo de pena cumprido nas unidades do Complexo do Curado[12].

Diante da decisão do Ministro e considerando que já havia se passado mais de um ano desde a determinação de sobrestamento dos processos relacionados ao tema pelo Tribunal de Justiça de Pernambuco (TJPE), a Defensoria Pública do Estado de Pernambuco apresentou, no mesmo Habeas Corpus, um pedido de extensão dos efeitos da liminar a todas as pessoas que se encontravam na mesma situação jurídica.

Finalmente, no dia 1º de setembro de 2022, quase quatro anos após a Resolução da Corte IDH e quando o Complexo do Curado já abrigava um contingente de 6.273 presos, a Seção Criminal do TJPE fixou, de forma unânime, cinco teses que definiram as regras para a aplicação da contagem em dobro da pena para as pessoas presas no Complexo. O IRDR foi parcialmente acolhido, estabelecendo que não teriam direito à contagem em dobro os detentos condenados por crimes contra a vida, a integridade física, a dignidade sexual, bem como por crimes hediondos e equiparados, conforme previsto na Lei nº 8.072/1990. Essa decisão manteve o desrespeito ao que havia sido determinado pela Corte IDH, esvaziando consideravelmente o propósito da medida.

Ficou estabelecido que a natureza jurídica da contagem em dobro seria uma forma de remição *sui generis*, denominada "remição por superlotação". Além disso, definiu-se que o termo inicial para o cálculo seria a data de ingresso no estabelecimento prisional, independentemente da data em que o Estado brasileiro foi notificado da decisão da Corte IDH. Essa interpretação, no entanto, limitou o alcance da medida e gerou questionamentos sobre sua efetividade em garantir a proteção dos direitos humanos dos presos submetidos a condições degradantes.

Mais tarde, em dezembro de 2022, o Ministro Edson Fachin, ao julgar o já referido pedido de extensão coletivo promovido pela Defensoria Pública de Pernambuco, consignou que:

> Após a chegada aos autos da notícia de que o referido incidente já foi julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco,

[12] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 208337 MC/PE*. Relator: Min. Edson Fachin. J. 30.06.2022. Disponível em: <http://www.global.org.br/wp-content/uploads/2022/08/downloadPeca-8.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2023.

> pode-se constatar que o quadro de recusa, pelo Estado brasileiro, ao cumprimento da decisão da Corte Interamericana persiste, ainda que de modo distinto[13].

Isso porque, entre as teses fixadas, o TJPE determinou a exclusão da contagem em dobro para os crimes em que a Corte IDH havia previsto a necessidade de exame criminológico, além de incluir uma nova proibição: a exclusão para crimes hediondos e equiparados. De acordo com o Ministro do STF, essa tese contraria o que havia sido expressamente determinado pela Corte IDH. Considerando que a resolução da Corte é vinculante e obrigatória, conforme firmado em decisão anterior do STF, não é lícito que órgãos do Estado brasileiro desrespeitem essa determinação.

Apesar de não ter havido alteração no julgamento proferido pela Seção Criminal do TJPE, as varas de execução penal passaram a adotar, de forma uniforme, o entendimento delineado pelo STF quanto à obrigatoriedade de aplicar os termos exatos proclamados pela Corte IDH. Ou seja, passaram a considerar a incidência do cômputo em dobro também para detentos condenados por crimes contra a vida, a integridade física e a dignidade sexual, bem como por crimes hediondos e equiparados, desde que observado o exame criminológico. Essa mudança de entendimento está registrada em recentes petições anexadas por cada uma das varas nos autos do Habeas Corpus nº 208.337/PE, em tramitação no STF.

2.2. A DIVERGÊNCIA JURÍDICA POLITICAMENTE ALIENADA: O IDEALISMO DO BACHARELISMO

O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) levantou diversas questões jurídicas, destacando-se dois pontos principais: (1) as medidas da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) não poderiam ser autoaplicáveis, sob o argumento de que isso violaria a soberania nacional; e (2) a natureza jurídica do cômputo em dobro seria de indulto, o que justificaria a exclusão de crimes hediondos e equiparados da contagem. Os argumentos apresentados pelo Ministério

[13] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 208337 Pet. Ext MC/PE*. Relator: Min. Edson Fachin. J. 19.12.2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15355434931&ext=.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2023.

Público reproduziram os posicionamentos das varas de execuções penais contrárias à aplicação da medida, sem enfrentar as razões decisórias do juízo da 1ª Vara Regional, que entendia tratar-se de uma forma de remição de pena, permitindo sua aplicação inclusive aos crimes hediondos. Essa postura evidencia uma alienação política proposital, que ignora os fundamentos jurídicos e sociais envolvidos.

Essa questão é especialmente relevante, pois os casos de tráfico de entorpecentes, equiparados a crimes hediondos, são quantitativamente os mais representativos no sistema carcerário brasileiro. Excluir esses delitos da aplicação da decisão da Corte IDH reduziria significativamente o impacto da medida na diminuição da população carcerária. A recusa em implementar as determinações da Corte baseia-se em argumentos desconectados da realidade, demonstrando um excesso de idealismo e simplismo, típico de uma alienação política (Zaffaroni, 2005). Essa postura contribui para um Direito Penal populista, marcado pelo vazio técnico e pela falta de efetividade na resolução dos problemas estruturais do sistema prisional.

Neste caso, observa-se uma dupla seletividade: tanto na aplicação da lei quanto em sua interpretação, recaindo a punibilidade de forma desproporcional sobre as classes mais desfavorecidas. Essa seletividade é resultado da discricionariedade das escolhas políticas e ideológicas do julgador (Azevedo; Vasconcellos, 2013).

O descompromisso com a realidade chega a gerar um solipsismo, "em que o Eu (paranoico) cria e diz o que é o direito, mesmo fora da lei e apesar da lei" (Mundim; Oliveira, 2019, p. 310), ignorando completamente o objetivo de reduzir a população carcerária.

Para justificar a não aplicação das medidas da Corte IDH, foram utilizados até mesmo argumentos hipotéticos, como o de que "a calculadora usada pelo sistema SEEU, que serve de base legal para o cálculo da pena, não reconhece o benefício da contagem em dobro. Teria que sofrer alteração com esse objetivo". Esse tipo de justificativa revela uma resistência burocrática e técnica que, na prática, serve como obstáculo à efetivação de direitos fundamentais e à redução do encarceramento em massa.

O desacoplamento com a realidade é tão profundo que, em alguns votos do julgamento e no próprio IRDR, não se levou em consideração que o STF já havia declarado o "Estado de Coisas Inconstitucional do Sistema

Carcerário Brasileiro" na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347, em 2015[14]. Esse paradigma foi mencionado apenas em um dos votos favoráveis às medidas, no qual se afirmou: "com vistas a dar prevalência ao postulado da dignidade da pessoa humana, deve a Resolução da CIDH ser aplicada à míngua de qualquer normatização ou regulamentação interna ou de arbitragem"[15]. Quando o estado de coisas inconstitucional foi efetivamente considerado, os votos foram favoráveis:

> os institutos da comutação de pena e indulto não figuram como opções viáveis para o implemento da referida compensação penal por apresentarem empecilhos de cunho finalístico e operacional inadmissíveis para o cumprimento da sentença internacional em seu exercício de convencionalidade com o direito interno[16],
>
> É defeso deixar de dar prevalência ao postulado da dignidade da pessoa humana sob a alegação de que as demais unidades integrantes do sistema prisional de Pernambuco estariam na mesma situação, à míngua de qualquer inspeção ou resolução internacional a respeito das respectivas condições[17],
>
> a contagem em dobro não se trata da concessão de um perdão aos reeducandos do Complexo Prisional do Curado, mas sim uma forma de compensação pela forma degradante de custódia a que estão submetidos. Razão pela qual, o próprio CNJ considerou que essa compensação deve ser classificada como uma espécie de aceleração do cumprimento da pena, como uma modalidade qualitativa de detração penal ou uma forma de remição, sendo frágil a tese de violação ao art. 84, XII, da Constituição Federal[18].

---

[14] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 347 MC/DF. Relator: Min. Marco Aurélio. J. 09.09.2015. Tribunal Pleno. Disponível em: < https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665> Acesso em: 07. mai. 2024.

[15] Trecho extraído do voto do Desembargador Isaías Andrade Lins Neto nos autos do IRDR.

[16] Trecho extraído do voto do Desembargador Cláudio Jean Nogueira Virgínio nos autos do IRDR.

[17] Trecho extraído do voto do Desembargador Isaías Andrade Lins Neto nos autos do IRDR.

[18] Trecho extraído do voto do Desembargador Isaías Andrade Lins Neto nos autos do IRDR.

O afastamento da realidade foi visto também no manejo dos discursos irreais da ressocialização e da progressão de pena, nos votos contrários à implementação das medidas na forma apresentada pela Corte IDH:

> Mesmo as pessoas que mais precisam de um sistema progressivo de institutos ressocializadores da execução (praticantes de delitos contra a vida, a integridade física, sexuais e hediondos e equiparados) saltarão de uma prisão inadequada para a liberdade total, de forma completamente massificada, sem qualquer preparação para se reinserir na sociedade[19].
>
> E, assim, até aqueles presos que necessitem de todo o sistema progressivo de execução de pena, dado o seu caráter essencialmente ressocializador, poderão ser postos em liberdade total – vindos estes diretamente da segregação absoluta – sem, contudo, passar por qualquer etapa preparatória para que possa, só assim, ser eficazmente reinserido na sociedade[20].

É importante destacar que, nesse processo, não apenas a realidade foi desconsiderada, mas também o próprio universo jurídico foi ignorado pelos votos que afastaram a aplicação integral da decisão da Corte. Os pareceres do GMF e do Amicus Curiae, a jurisprudência anterior que determinou medidas no caso da Penitenciária de Pedrinhas[21] e a decisão liminar do Ministro Edson Fachin sobre o Complexo do Curado no já citado HC nº 208.337/PE, favoráveis à implementação imediata das medidas internacionais, sequer foram enfrentados.

Outro argumento revela-se tautológico: em nome da igualdade, proíbe-se a liberdade sob a alegação de que:

> Todas as unidades prisionais pelo país afora, em grande medida, não possuem as condições estabelecidas na LEP, os presos que cumprem

---

19 Trecho extraído do voto do Desembargador Carlos Moraes nos autos do IRDR.

20 Trecho extraído do voto do Desembargador Mauro Alencar nos autos do IRDR.

21 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Recurso em Habeas Corpus n. 136.961/RJ*. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. J. 15.06.2021. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=128437451&num_registro=202002844693&data=20210621&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 17 jun. 2025.

> pena no Complexo do Curado obterão cálculos de pena em dobro, dando-se tratamento absolutamente distinto em relação aos demais presos recolhidos nas diversas unidades prisionais do Estado, em manifesta ofensa ao princípio constitucional da isonomia[22].

O Ministério Público utiliza o mesmo argumento ao apresentar o pedido: "e se é assim, indagar também as razões pelas quais os demais presos em idêntica situação ficarão excluídos do benefício"[23]. Os discursos chegam a realizar cálculos exemplificativos, abstratamente, sobre como o prazo em dobro poderia ou não ser contabilizado, quando, na realidade, caberia ao juiz atuar como "tutor e garante, frente aos poderes tanto públicos como privados, dos direitos fundamentais dos cidadãos" (Ferrajoli; Ibáñez, 1988, p. 46). No entanto, a justificativa discursiva persiste na pura "astúcia dogmática" (Ferraz Jr, 1987), enquanto as questões sociais são ignoradas, coisificando-se as relações jurídicas e desconsiderando-se as teratologias que emergem.

Essa prática do sistema de justiça brasileiro foi destacada em pesquisa de Salo de Carvalho (2010, p. 236):

> O cotidiano forense experimentado no Brasil revela, via de regra, postura judicial condescendente com o punitivismo, mormente nos momentos processuais decisivos, fenômeno que se materializa na jurisprudência através do "desvirtuamento da prática", nos termos apresentados por Fauzi Choukr. Dentre os inúmeros momentos-chave de atuação judicial, é possível visualizar esta prática desvirtuada dos preceitos constitucionais, exemplificativamente; na facilidade no deferimento e na manutenção de prisões cautelares; na distribuição não paritária da prova, em detrimento dos direitos dos acusados; na utilização de metarregras para acentuar a quantidade de pena nas sentenças condenatórias; na resistência em aplicar alternativas à prisão; e na dificuldade em deferir os direitos dos apenados em sede de execução penal.

---

[22] Trecho extraído das decisões de indeferimento da Vara da Execução Penal da Capital acostadas aos autos do IRDR.

[23] Trecho extraído da petição inicial do IRDR.

Além disso, esse idealismo gera um efeito prático: a negação do direito de algumas pessoas serem reconhecidas como vítimas. A população prisional brasileira é majoritariamente composta por jovens negros das periferias das grandes cidades, com baixa escolaridade. A essa população, já vulnerabilizada, não se negam apenas direitos, mas também o próprio reconhecimento enquanto vítimas (Freitas; Flauzina, 2017).

2.3 A DEFESA SOCIAL E A EXCLUSÃO DE SUJEITOS PERIGOS: A POLÍTICA CRIMINAL DE ATUALIZAÇÃO DA BARBÁRIE

Dado o perfil da população carcerária brasileira descrito anteriormente, identifica-se uma lógica maniqueísta que utiliza a ideia de periculosidade como argumento para justificar a defesa social em detrimento da proteção de direitos individuais. Como afirmado em um dos votos: "crimes gravíssimos que atentam contra a segurança da sociedade, ao mesmo tempo em que temos o direito do preso de estar em local adequado para o cumprimento da pena – direito individual". Essa dualidade revela uma tensão entre a proteção coletiva e a garantia dos direitos fundamentais dos presos, frequentemente resolvida em favor de um discurso punitivista.

Paradoxalmente, em outra situação de voto, uma desembargadora reconheceu os graves problemas estruturais das prisões pernambucanas, mas não acatou a tese de que as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) são autoaplicáveis. Na prática, essa posição afasta o objetivo de reduzir a população carcerária, sob a justificativa de proteger o interesse coletivo. Essa abordagem ignora que a superlotação e as condições degradantes também representam uma violação aos direitos humanos e uma ameaça à segurança pública.

Além disso, observa-se uma preocupação excessiva com a opinião pública. Um dos argumentos utilizados para negar a aplicação das medidas internacionais é o temor de alimentar o desejo por um endurecimento da legislação penal e de fomentar um discurso que descredibiliza as instituições democráticas, em especial o Poder Judiciário.

O maniqueísmo se revela na preocupação exacerbada de que a liberação antecipada de presos possa resultar em um aumento da criminalidade. Como expresso em um dos votos, "bastará um caso de repercussão

midiática com violência extrema praticada por um desses egressos beneficiados para causar enorme dificuldade e clamor por penas mais altas"[24].

Nesse sentido, o número de decisões fundamentadas nessa lógica revela o caráter ideológico da razão de julgar, baseada na ideia da personalidade defeituosa e marcadamente perigosa, características herdadas do positivismo naturalista. Presume-se que todos são perigosos, que voltarão a delinquir e que o delito será necessariamente violento. Ao lado disso, os direitos individuais são subordinados a interesses elencados pelos operadores do direito como maiores, devendo ser sobrepostos.

Ocorre que esses perigosos de hoje são os mesmos de ontem:

> Se os negros morrem mais porque são negros, há, na lógica de processamento destas mortes, algo que não está relacionado somente às condições de vida destas pessoas. O que não se tem ressaltado é que a forma como representamos, ou não, estas vidas como vidas humanas. Se o Brasil achasse que as 60 mil vidas que são retiradas todos os anos são vidas humanas, o país pararia diante deste fato. Na verdade, como aqueles seres que morrem não são representados como humanos, o país segue (Freitas; Flauzina, 2017).

Não por acaso, Thula Pires e Ana Flauzina (2020) afirmam que "as agências do controle judicial são produtoras solidárias da barbárie, sendo o papel mais perigoso desse circuito de execuções destinado aos corpos negros". A normalização do "Estado de Coisas Inconstitucional", a recusa em cumprir a ordem do STF no HC nº 208.337/PE, a ineficácia da Recomendação 62 do CNJ, a instrumentalidade da Súmula nº 56 do STF, e o descaso com o parecer do CNJ pelo Grupo de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário (GMF) — que não geram comoção popular e são ignorados pela magistratura pernambucana — reforçam o pacto narcísico da elite brasileira (Bento, 2002).

Como se observa, há uma clara responsabilidade do Poder Judiciário na perpetuação do cenário de hiperencarceramento, conforme já destacado em outras pesquisas nacionais (Martins; Versiani; Batitucci, 2011; Campos, 2015; Ballesteros, 2019; Freitas; Abath, 2020; Semer, 2020).

---

[24] Trecho extraído da inicial do IRDR proposto pelo Ministério Público de Pernambuco.

3. ATUALIZANDO A TEORIA DA EXECUÇÃO PENAL: UM NOVO PARADIGMA CRÍTICO

3.1. O DIREITO DA EXECUÇÃO PENAL ENTRE O POSITIVISMO JURÍDICO E A TEORIA CRÍTICA

O encarceramento em massa no Brasil e a deterioração das condições materiais de aprisionamento nas últimas décadas exigem uma reflexão profunda sobre a execução penal no país.

A execução penal é o campo do direito que mais evidencia a distância entre o que está previsto e o que é efetivamente realizado, entre o "ser" e o "dever ser". Esse descompasso não se limita às disposições normativas, mas também se reflete nas funções e objetivos atribuídos à pena, especialmente em sua fase de execução.

No plano normativo, há previsões constitucionais que proíbem penas cruéis, garantem o respeito à integridade física e moral dos presos e determinam o relaxamento de prisões ilegais, além de outras disposições que também podem ser encontradas em diversos documentos internacionais de direitos humanos. Por sua vez, a Lei de Execução Penal (LEP) estabelece direitos e garantias para o indivíduo perante o Estado, consolidando um amplo espectro normativo voltado à garantia de uma vida digna durante o cumprimento da pena. No campo teórico, discursos secularmente difundidos atribuem à pena funções positivas para o indivíduo e a sociedade, como a prevenção do crime por meio da coação psicológica gerada pelo exemplo da pena ou a ideia de ressocialização do indivíduo que a cumpre.

A produção teórica tradicional reflete uma clara representação do positivismo jurídico: reduz-se o direito à norma, ignorando-se tudo o que não está nela contido; afasta-se da realidade concreta na qual o direito incide e nega-se a estabelecer qualquer conexão entre direito e justiça; transforma-se o jurista em um prático ou mero "operador do direito que não reflete sobre sua conexão com o mundo que o cerca" (José, 2012, p. 108).

Contudo, entre o que é prescrito pelas normas ou declarado pelas teorias e a realidade concreta, há um abismo. As prisões e os manicômios judiciários representam os ambientes de maior violação de direitos

humanos em nossa época, com um número crescente de pessoas vivendo em condições indignas e submetidas a tratamentos cruéis, em espaços marcados por violência estrutural. Nem mesmo os direitos previstos no sistema progressivo são respeitados, já que os prazos para sua aplicação são invariavelmente ignorados. Por outro lado, há também uma desconexão entre as funções declaradas da pena e os papéis que ela efetivamente desempenha nas dinâmicas de controle social. As ideias de prevenção por meio da pena estão há muito desacreditadas, especialmente porque não se verificam na prática.

Violência, maus tratos e tortura ainda são marcas relevantes do nosso sistema prisional, confirme vastamente reconhecido em instâncias nacionais e no Sistema Internacional de Direitos Humanos. Outras formas de violência igualmente demonstram a barbárie humanitária da nossa forma de cumprimento de penas, como a desconsideração das especificidades de gênero e da sexualidade, bem como o tratamento conferido a amigos e familiares de pessoas presas. Na ausência de serviços e direitos, representados por índices insignificantes de oferta de educação e trabalho, a prisão se converte em um depósito de indesejados. O cumprimento da pena é a fase final e necessária de uma política criminal de exclusão e exceção, cujos contornos ganharam uma dimensão devastadora em termos humanitários no processo de encarceramento em massa das últimas três décadas.

Esta realidade ignorada pelo positivismo da execução penal é ainda mais significativa de sua representação no plano real. Há aqui um retrocesso até mesmo em relação ao positivismo, pois vigora a exceção. A execução penal como espaço de não-direito, naquilo que se qualificou como a construção jurídica do cidadão de segunda categoria (Rivera Beiras, 2017, p. 48), revela-se sobretudo na realidade das prisões.

A expressão mais evidente do estado de exceção na execução penal se materializa nas prisões. As condições de aprisionamento revelam esses espaços como epicentros de violações de direitos humanos, não apenas no Brasil, mas em grande parte do mundo. Entre essas violações, a superlotação se destaca como a mais visível, amplificando os efeitos das demais afrontas à dignidade humana.

Diante do abismo entre o dever ser e a realidade da execução penal, propõe-se o rompimento com o idealismo positivista tradicional,

ancorado na interpretação do direito posto e em suas funções declaradas. Em seu lugar, defende-se a adoção de um paradigma verdadeiramente crítico, baseado no confronto entre o direito e suas teorias legitimadoras e a realidade concreta da execução da pena.

A construção de um novo paradigma na execução penal é uma urgência incontornável, especialmente diante das milhões de vidas afetadas diariamente por uma das mais brutais violações da dignidade humana no Brasil contemporâneo.

Se, por um lado, a execução penal brasileira ainda se ancora em um positivismo jurídico raso, sua materialização revela uma realidade anterior ao próprio avanço civilizatório — um verdadeiro pré-positivismo da barbárie (Cacicedo, 2023, p. 20).

Nesse contexto, a teoria crítica tem um longo caminho a percorrer, sendo fundamental que a execução penal se baseie no confronto constante com a realidade concreta, a fim de produzir consequências jurídicas igualmente concretas. Sem esse viés, o direito da execução penal permanece isolado, meramente formal e alheio às suas implicações reais.

Romper esse quadro demanda quebrar as correntes que prendem o saber jurídico-penal ao positivismo e ao idealismo. Cumpre ao seu oposto, o materialismo, a tarefa da ruptura, de "aferir se há uma relação entre o âmbito ideal e a realidade concreta, entre as ideias, valores e representações que correspondem a uma consciência social e a sociedade na qual estão inseridos" (Cacicedo, 2019, p. 159).

3.2. POR UMA TEORIA CRÍTICA DA EXECUÇÃO PENAL: A EXTRAÇÃO DE CONSEQUÊNCIAS DO CONFRONTO ENTRE O DIREITO E A REALIDADE CONCRETA

A realidade das prisões impõe a necessidade de ampliar a compreensão sobre a execução penal, que não pode se limitar ao sistema progressivo de cumprimento de pena. É fundamental que essa esfera jurídica incorpore as graves ilegalidades que marcam o encarceramento, como a superlotação, a insalubridade, as altas taxas de mortalidade, a falta de acesso à saúde, educação, trabalho, assistência social e até mesmo a recursos básicos como água. A execução da pena privativa de liberdade abarca problemas profundos que não se encaixam na lógica positivista e

burocrática que rege o sistema progressivo aplicado cotidianamente nas varas de execução penal do país. É preciso ir além.

Abertura e exposição da realidade carcerária são passos urgentes e indispensáveis para alcançar esse objetivo. Um direito de execução penal de viés crítico deve enfrentar concretamente as condições de cumprimento da pena no Brasil e, a partir desse confronto, gerar consequências jurídicas efetivas.

Uma dessas consequências possíveis é o cômputo da pena em dobro, uma resposta concreta à violação sistemática de direitos no cárcere. A proibição de penas cruéis e desumanas não pode ser apenas um princípio abstrato estampado em leis e tratados internacionais, restrito ao momento da sentença. Essa vedação deve orientar ativamente a atuação judicial, norteando não apenas a aplicação das penas, mas também o controle e a contenção das violações ao longo de sua execução (Vacani, 2010, p. 244).

É preciso levar a sério o que a Corte IDH declarou sobre as condições do sistema carcerário, admitindo a ilicitude da pena de privação de liberdade quando esta extrapola seu conteúdo aflitivo e se torna degradante devido às violações de direitos.

Nesse sentido, ouvir, afinal, "el llamado urgente a una doctrina penal que no ha abordado en forma suficiente el momento más relevante de la aplicación del poder punitivo" (Vacani, 2010, p. 224).

É a hora de "quebrar a ordem ideológica [...] e combater na teoria e na prática as formas ocultas de dominação" (Bergalli, 2002, p. 2019). Neste sentido, é mister o Poder Judiciário conscientizar-se da sua responsabilidade na manutenção do hipernecarceramento para uma tomada de postura que deve perpassar necessariamente a consciência do racismo estrutural (Almeida, 2019) para a busca de uma democracia.

Para tanto, é possível buscar, conforme propõe Vacani (2020), uma mudança de eixo analítico que venha a corresponder a uma relação jurídica entre condenado e Estado que prioritariamente exclua qualquer ato antijurídico estatal em relação à forma de imposição do castigo e suas políticas penitenciárias. Essa abordagem deve levar em conta as condições reais e concretas das prisões, não o que deveria ser (pressupostos abstratos das ideias de prevenção especial). Significa integrar as funcionalidades e disfuncionalidades sistemáticas da função punitiva à teoria da execução

penal, incorporando sanções jurídicas e o conteúdo dinâmico do tempo da prisão como parte do devido processo penal.

A compensação de penas, contudo, não é a resposta única diante do caráter ilícito das penas. O relaxamento da prisão, conforme mandamento constitucional, a prisão domiciliar e o princípio *numerus clausus* igualmente são possibilidades que se extraem do confronto entre o direito e a realidade concreta das prisões.

A teoria crítica do direito da execução penal, portanto, deve elaborar e propor soluções concretas para o problema igualmente concreto das penas ilícitas. E refletir constantemente acerca dessas suas proposições, sem deixar de reconhecer, por exemplo, que a própria construção da compensação de penas ilícitas enseja a limitação de permitir a execução de uma pena que permanece ilícita, embora compensada. Igualmente a decisão da Corte IDH merece um destaque negativo ao diferenciar seres humanos a partir do tipo de crime cometido e propor o inconstitucional e anticientífico exame criminológico.

Resta necessário, portanto, elevar a teoria da execução penal a um patamar de efetivação material dos direitos humanos por meio da extração de consequências concretas entre o ser e o dever ser, entre o direito e a realidade concreta.

CONCLUSÃO

Este artigo analisou a complexidade do Complexo do Curado à luz das resoluções da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), evidenciando o longo caminho ainda a ser percorrido na proteção dos direitos humanos no sistema prisional brasileiro.

Em 2018, a Corte IDH determinou que o tempo de privação de liberdade cumprido no Complexo do Curado fosse computado em dobro, justificando que as condições carcerárias impunham um sofrimento antijurídico muito mais severo do que a mera privação da liberdade. Além disso, foi estabelecida a proibição de novos ingressos, enquanto persistisse o contexto de degradação.

Essa resolução da Corte representou uma oportunidade para reavaliar as práticas de execução penal no Brasil. A medida não apenas

buscava aliviar a superlotação, mas também enfatizava a necessidade de assegurar condições humanas e dignas para os presos, em conformidade com os preceitos internacionais de direitos humanos. No entanto, sua plena implementação só ocorreu em 2022, após a intervenção do Supremo Tribunal Federal (STF), quando o Complexo já acumulava uma população prisional cerca de 10% maior.

A interpretação das resoluções da Corte Interamericana e a análise crítica das decisões do Tribunal de Justiça de Pernambuco foram essenciais para compreender as divergências e resistências no cumprimento das determinações internacionais. A análise processual do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) revelou a responsabilidade direta do Poder Judiciário local no agravamento do hiperencarceramento e na perpetuação das violações de direitos fundamentais das pessoas presas no Complexo.

Os fundamentos utilizados para não acatar integralmente as medidas—seja rejeitando-as, seja restringindo-as para crimes hediondos e equiparados—revelam uma postura idealista e abstrata, frequentemente sustentada por argumentos de defesa social e maniqueísmo punitivo.

Diante desse cenário, destaca-se a necessidade de que os estudos criminológicos partam de uma perspectiva do Sul Global, considerando as especificidades da realidade sobre a qual se debruçam. As teorias do Norte Global demonstram-se incapazes de abarcar os impactos do bacharelismo jurídico e do idealismo liberal na formação do Poder Judiciário brasileiro. Além disso, a persistência do racismo estrutural coloca a defesa social acima dos direitos fundamentais à vida, saúde e integridade das pessoas presas, que, por serem estereotipadas como periculosas, são impedidas de serem reconhecidas como vítimas.

Ainda assim, a decisão da Corte IDH estabelece um precedente relevante para futuras intervenções em questões de direitos humanos no Brasil, servindo também como catalisador para uma atualização da Teoria da Execução Penal.

Discutiu-se, portanto, a necessidade de alinhar o sistema de execução penal brasileiro às normas internacionais de direitos humanos, enfatizando que a proibição de penas cruéis e desumanas deve ser não apenas um princípio normativo, mas uma diretriz prática e vinculante para os juízes ao longo da execução das penas. A proposta de Vacani (2020),

que defende uma mudança de eixo analítico para priorizar a eliminação de atos antijurídicos cometidos pelo Estado durante a execução penal, foi explorada como um caminho viável para minimizar as violências do sistema punitivo.

Além de preservar a memória histórica do Caso do Complexo do Curado, a análise dos atos processuais serve como um registro fundamental para a reflexão crítica sobre o cárcere brasileiro. Esse debate deve ser entendido como um convite à conscientização sobre o racismo estrutural, cuja superação se impõe como única alternativa possível para a consolidação democrática no país.

Por fim, a tarefa crítica frente a uma realidade que exige transformação urgente pressupõe um saber jurídico capaz de revelar as distorções entre a norma e a prática social. Dessa forma, o direito da execução penal precisa romper com o positivismo tradicional que historicamente domina o campo e adotar um novo paradigma teórico, comprometido com uma abordagem crítica e transformadora. Com isso, respondemos afirmativamente à pergunta norteadora deste artigo: a resistência judicial analisada evidencia, sim, a urgência de atualização da Teoria da Execução Penal no Brasil, com base na realidade concreta do cárcere e na centralidade dos direitos humanos.

REFERÊNCIAS

ANUÁRIO BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA 2024. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública*. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, ano 18, 2024. ISSN 19837364. Disponível em: <https://publicacoes.forumseguranca.org.br/handle/123456789/253>. Acesso em: 2 ago. 2024.

ALMEIDA, S. *Racismo estrutural*. São Paulo: Pólen, 2019.

AZEVEDO, R. G.; SINHORETTO, J.; SILVESTRE, G. Encarceramento e desencarceramento no Brasil: a audiência de custódia como espaço de disputa. *Sociologias*, v. 24, n. 59, p. 264–294, 2022. https://doi.org/10.1590/15174522-103835

AZEVEDO, R. G.; VASCONCELLOS, F. B. Novos discursos, novas práticas? Uma análise das inovações no campo do controle do crime no Brasil. *Revista de Estudos Criminais*, v. 11, n. 48, p. 35–54, 2013.

BALLESTEROS, Paula K. R. *Conselho Nacional de Justiça e gerencialismo penal no Brasil: o poder punitivo sob a lógica da administração da justiça*. 2019. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2019.

BENTO, M. A. S. Branqueamento e branquitude no Brasil. In: *Psicologia social do racismo: estudos sobre branquitude e branqueamento no Brasil*. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 25–58.

CACICEDO, Patrick. *Ideologia e direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2022.

CACICEDO, Patrick. Direito da execução penal e realidade concreta: elementos para a superação de um paradigma e o enfrentamento do acesso à saúde e mortalidade nas prisões. In: ALMEIDA, Bruno Rotta; PIMENTEL, Elaine; CACICEDO, Patrick (Org.). *Saúde e mortalidade no sistema penal: Anais do IV Congresso Internacional Punição e Controle Social*, vol. 2. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2023. https://doi.org/10.53071/boo-2023-06-16-648c7f8672ec5

CAMPOS, M. da S. *Pela metade: as principais implicações da nova lei de drogas no sistema de justiça criminal em São Paulo*. 2015. Tese (Doutorado em Sociologia) – USP, São Paulo, 2015. Acesso em: 11 mar. 2023. https://doi.org/10.11606/t.8.2015.tde-31072015-151308

CARRINGTON, K.; HOGG, R.; SOZZO, M. Southern Criminology. *British Journal of Criminology*, v. 56, p. 1–20, 2015. https://doi.org/10.1093/bjc/azv083

CARVALHO, Salo de. *O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo*: o exemplo privilegiado da aplicação da pena. *Lumen Juris*, 2010.

CNJ. *Correição ordinária: relatório geral do mutirão carcerário do Estado de Pernambuco*. Brasília: CNJ, 2011. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/relatorio_final_pernambuco.pdf. Acesso em: 14 jan. 2023.

CNJ. *Monitoramento de medidas provisórias da Corte Interamericana de Direitos Humanos: Complexo Penitenciário do Curado*. Coord. Mauro Pereira Martins, Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi. Brasília: CNJ, 2023. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/05/relatorio-inspecao-umf-curado-maio23.pdf>. Acesso em: 4 ago. 2024.

DAVIS, Â. *A democracia da abolição: para além do império das prisões e da tortura*. Rio de Janeiro: DIFEL, 2019.

DAVIS, Â. *Estarão as prisões obsoletas?* Rio de Janeiro: DIFEL, 2018.

FERRAJOLI, Luigi; IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. Justicia penal y democracia. *Jueces para la Democracia*, n. 4, p. 3–7, 1988.

FERRAZ JÚNIOR, T. S. *Introdução à ciência do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1988.

FREITAS, F. da S.; VALENÇA, M. A. O direito à vida e o ideal de defesa social em decisões do STJ no contexto da pandemia da Covid-19. *Revista de Direito Público*, Brasília, v. 17, n. 94, p. 570–595, jul./ago. 2020.

FREITAS, F. da S.; FLAUZINA, A. L. Do paradoxal privilégio de ser vítima: terror de Estado e a negação do sofrimento negro no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 25, n. 135, p. 49–71, set. 2017.

GARLAND, D. *A cultura do controle do crime: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

HORKHEIMER, Max. Teoría tradicional y teoría crítica. In: HORKHEIMER, Max. *Teoría crítica*. Buenos Aires: Amorrortu, 2003.

JOSÉ, Caio Jesus Granduque. *A construção existencial dos direitos humanos*. Curitiba: CRV, 2012. https://doi.org/10.24824/978858042535.2

LIMA, R. K. Cultura jurídica e práticas policiais: a tradição inquisitorial. 1989. Culture juridique et pratiques policières. La tradition inquisitoriale. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 4, n. 10, p. 65-84, 1989.

MARTINS, H. T.; VERSIANI, D. A.; BATITUCCI, E. C. A polícia prende, mas a Justiça solta. *Revista Brasileira de Segurança Pública*, São Paulo, ano 5, n. 8, 2011. https://doi.org/10.31060/rbsp.2011.v5.n1.86

MUNDIM, L. G. R.; DE OLIVEIRA, A. V. Cortes supremas e a herança bülowiana na jurisprudencialização do direito. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 20, n. 3, 2019. https://doi.org/10.12957/redp.2019.40557

PIRES, T.; FLAUZINA, A. Supremo Tribunal Federal e a naturalização da barbárie. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 11, n. 2, p. 1211–1237, 2020. https://doi.org/10.1590/2179-8966/2020/50270

RIVERA BEIRAS, Iñaki. Los derechos fundamentales de los reclusos: la construcción jurídica de unos derechos devaluados. In: CAMPOY CERVERA, Ignacio (Org.). *Los derechos de los reclusos y la realidade de las cárceles españolas*. Madrid: Dykinson, 2017. https://doi.org/10.2307/j.ctt1zgwjx1.5

ROIG, Rodrigo D. E. *Execução penal: teoria crítica*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2022.

SEMER, M. *Sentenciando tráfico: o papel dos juízes no grande encarceramento*. 2. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. https://doi.org/10.53071/boo-2022-07-02-62c04c08bc77b

STRECK, L. L. Hermenêutica e ensino jurídico em terrae brasilis. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, v. 46, p. 27–50, 2007. https://doi.org/10.5380/rfdufpr.v46i0.13495

VACANI, Pablo Andrés. Algo más que el tiempo como duración: la entidad qualitativa del espacio de prisión al tiempo de pena. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 83, p. 237–269, mar./abr. 2020.

VACANI, Pablo Andrés. Ejecución penal y determinación cuantitativa de la pena. *Derecho Penal Central*, v. 2, n. 2, p. 219–265, 2020.

VACANI, Pablo Andrés. Presentación. In: VACANI, Pablo A. (dir.). *La indeterminación de la pena en el processo de ejecución penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2019.

WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A questão criminal*. Rio de Janeiro: Revan, v. 131, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *En torno de la cuestión penal*. Buenos Aires: Editorial B de F., 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina*. San José, Costa Rica, jul. 1983.

Authorship information

Patrick Cacicedo. Professor de Direito Penal e Criminologia na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Mestre, Doutor e Estágio Pós-Doutoral em Direito Penal pela Universidade de São Paulo. Defensor Público do Estado de São Paulo. patrickcacicedo@usp.br

Érica Babini Lapa do Amaral Machado. Doutora e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professora e Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Pernambuco (Unicap) e Professora da Graduação em Direito da Universidade de Pernambuco (UPE) erica.babini@unicap.br

Maria Luiza Maranhão Dias Cabral. Mestranda em Direito na Universidade Católica de Pernambuco (Unicap). Especialista pela Faculdade Damas da Instrução Cristã (FADIC). Graduada em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (Unicap). Bolsista FACEPE. mluizamdcabral@gmail.com.

Additional information and author's declarations (*scientific integrity*)

Conflict of interest declaration: the authors confirm that there are no conflicts of interest in conducting this research and writing this article.

Declaration of authorship: all and only researchers who comply with the authorship requirements of this article are listed as authors; all coauthors are fully responsible for this work in its entirety.

- *Patrick Cacicedo*: conceptualization, methodology, data curation, investigation, writing – original draft, validation, writing – review and editing, final version approval.
- *Érica Babini Lapa do Amaral Machado*: conceptualization, methodology, data curation, investigation, writing – original draft, validation, writing – review and editing, final version approval.
- *Maria Luiza Maranhão Dias Cabral*: conceptualization, methodology, data curation, investigation, writing – original draft, validation, writing – review and editing, final version approval.

Declaration of originality: the authors assure that the text here published has not been previously published in any other resource and that future republication will only take place with the express indication of the reference of this original publication; they also attest that there is no third party plagiarism or self-plagiarism.

Data Availability Statement: In compliance with open science policies, all data generated or analyzed during this study are included in this published article.

Editorial process dates (https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/about)

- Submission: 05/12/2024
- Desk review and plagiarism check: 20/10/2024
- Correction round return 1: 10/02/2025
- Review 1: 16/04/2025
- Review 2: 21/04/2025
- Review 3: 26/04/2025
- Preliminary editorial decision: 11/06/2025
- Correction round return 2: 18/06/2025
- Final editorial decision: 02/07/2025

Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Reviewers: 3

How to cite (ABNT Brazil):

CACICEDO, Patrick.; MACHADO, Érica Babini L. A.; CABRAL, Maria Luiza M. D. A Corte Interamericana de Direitos Humanos, e a atualização da teoria da execução penal no Brasil: o exemplo do cômputo em dobro. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 11, n. 2, e1134, mai./ago. 2025. https://doi.org/10.22197/rbdpp.v11i2.1134

License Creative Commons Attribution 4.0 International.