



# CAMMINO DIRITTO

Rivista di informazione giuridica

<https://rivista.camminodiritto.it>



## OSSERVATORIO GRIPIS - GRUPPO DI RICERCA PENALISTICA ITALO SPAGNOLO - CAMMINO DIRITTO E UNIVERSITÀ DI MURCIA - N. 1/2023

*Rassegna quadrimestrale di dottrina, novità legislative e giurisprudenziali finalizzata alla diffusione della conoscenza del diritto e della procedura penale spagnoli in Italia e alla comparazione tra sistemi giuridici. Scritti dei membri del Gruppo di ricerca sottoposti con esito positivo alla valutazione del Comitato scientifico-internazionale GRIPIS.*

di **Angelo Giraldi**

IUS/17 - DIRITTO PENALE

Estratto dal n. 1/2023 - ISSN 2532-9871

Direttore responsabile

**Alessio Giaquinto**

Pubblicato, Sabato 28 Gennaio 2023



## Abstract ENG

*Periodic review of doctrine, legislative and jurisprudential innovations aimed at spreading knowledge of Spanish criminal law and procedure in Italy and at comparing legal systems Papers by the members of the research group successfully submitted to the evaluation of the GRIPIS international scientific committee*

**Sommario:** 0. Presentazione di GRIPIS (di Angelo Giraldi); - 1. Reseña de la Ley Orgánica 9/2021, de 1 de julio, de aplicación del Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea (di Rafael Castillo Felipe); - 2. La responsabilità civile da reato dei non penalmente imputabili. La riforma dell'articolo 118.1.1a del Código Penal a seguito della Ley n. 8/2021 (di José Antonio Posada Pérez); - 3. Legislazione e giurisprudenza spagnola sulla dichiarazione degli animali come esseri senzienti (di Rocío Arregui Montoya); - 4. Modifiche al “Código Penal” e alla “Ley de enjuiciamiento criminal” introdotte dalla “Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía de la libertad sexual” (di Bartolomé Torralbo Muñoz); - 5. Responsabilità penale delle persone con disturbo da deficit di attenzione e iperattività (ADHD). Recensione della collettanea: D.L. Morillas Fernández (coord.), La responsabilidad penal de las personas con trastorno por déficit de atención e hiperactividad (TDAH), Dykinson, 2019 (di Janna da Nóbrega Souza).

### Presentazione di GRIPIS

Il Gruppo di ricerca penalistica italo-spagnolo (in acronimo “GRIPIS”) è ideato e sostenuto dalla Rivista scientifica Cammino Diritto, la quale, nell’ambito degli studi giuridici, investe quotidianamente risorse ed energie per la formazione di giovani ricercatori che nel loro percorso di studio cercano di offrire un contributo alla scienza penale contemporanea, alimentati da un costante e proficuo rapporto dialettico con alcuni tra i più autorevoli esponenti della dottrina e con occhio attento alle evoluzioni, spesso repentine e inaspettate, della giurisprudenza.

L’attività del Gruppo, nato dall’idea del Prof. Andrea De Lia, intende fornire al lettore italiano uno strumento agile per potersi confrontare con l’ordinamento giuridico spagnolo, sia dal punto di vista del Diritto penale sostanziale sia processuale.

Con cadenza quadrimestrale verrà pubblicato, in allegato al consueto numero della Rivista, il frutto degli studi (l'osservatorio) condotti dai ricercatori del Gruppo. All'interno di ciascun numero della rubrica, saranno presenti contributi di estensione variabile, prevalentemente in lingua italiana, con le principali novità intervenute in ambito legislativo, giurisprudenziale e dottrinale nel panorama giuridico iberico; talora verranno, altresì, proposti lavori più strettamente scientifici, che, anche attraverso approccio comparativo, permetteranno l'approfondimento delle linee di ricerca anche in altri idiomi.

L'auspicio è, da un lato, quello di promuovere la divulgazione delle questioni giuridiche più significative e, dall'altro, di accompagnare il lettore in un percorso di analisi che consenta lo sfruttamento di prospettive sempre nuove e diverse.

Nel dipingere il quadro di un progetto così vivace, desidero dedicare uno spazio di questa breve presentazione a chi ha reso possibile il “verificarsi dell'evento”.

In primo luogo, mi preme ringraziare l'intera équipe della Rivista scientifica Cammino Diritto per l'attenzione e la disponibilità espresse durante tutte le fasi di progettazione e sviluppo delle nostre attività. In particolare, ci tengo a ringraziare il Direttore scientifico, Prof. Andrea De Lia, per avermi concesso la possibilità di costituire e coordinare una platea di eccellenti studiosi, ricercatori e docenti, che ha accolto con entusiasmo una proposta decisamente ambiziosa.

In secondo luogo, oltre a ringraziare l'Università di Murcia per l'autorevole patrocinio concesso, nonché gli altri Atenei che vorranno aderirvi, un profondo sentimento di gratitudine mi lega ai Professori – tra i quali i miei Maestri, la cui fiducia sottesa alle opportunità nelle quali sono coinvolto è preziosa – che formano parte del prestigioso Comitato scientifico, per la generosità con la quale si sono dedicati a questa iniziativa, ben oltre il puro dovere istituzionale: José Ramón Agustina Sanllehí (Catedrático di Diritto penale, Universitat Abat Oliba); Eduardo Demetrio Crespo (Catedrático di Diritto penale, Universidad de Castilla-La Mancha); Luigi Foffani (Professore ordinario di Diritto penale, Università di Modena e Reggio Emilia); Ciro Grandi (Professore associato di Diritto penale, Università di Ferrara); María José Jiménez Díaz (Catedrática di Diritto penale, Universidad de Granada); Antonella Massaro (Professoressa associata di Diritto penale, abilitata a Ordinaria, Università degli Studi Roma Tre); David Lorenzo Morillas Fernández (Catedrático di Diritto penale, Universidad de Murcia); José Manuel Paredes Castañón (Catedrático di Diritto penale, Universidad de Oviedo); Jaime Miguel Peris Riera (Catedrático di Diritto penale, Universidad de Murcia); Gianluca Ruggiero (Professore associato di Diritto penale, abilitato a Ordinario, Università del Piemonte Orientale); Nieves Sanz Mulas (Catedrática di Diritto penale, Universidad de Salamanca).

In ultimo, ma non meno importante, vorrei sottolineare con particolare ammirazione il lavoro di tutti i membri del Gruppo, condotto con passione, dedizione e competenza, non senza difficoltà (talora anche di natura linguistica), grazie al quale è stato possibile plasmare un prodotto inedito e, ci auguriamo, utile ad agevolare la comprensione di un ordinamento giuridico geograficamente prossimo, ma sostanzialmente dissimile: Marina Albisinni (Università degli Studi di Bari “Aldo Moro”); Rocío Arregui Montoya (Universidad de Murcia); Jara Bocanegra Márquez (Universidad de Sevilla); Adán Carrizo González-Castell (Universidad de Salamanca); Rafael Castillo Felipe (Universidad de Murcia); Edgar Iván Colina Ramírez (Universidad de Sevilla); Vincenzo Gramuglia (Università “La Sapienza” di Roma); Lorenza Grossi (Università degli Studi “Roma Tre”); Francesca Izzo (Università Luigi Vanvitelli e Universidad de Murcia); Janna da Nóbrega Souza (Universidad de Murcia); Laura Notaro (Università di Pisa); Jacinto Pérez Arias (Universidad de Murcia); Andrea Perin (Università di Brescia); José Antonio Posada Pérez (Universidad de Sevilla e Universidad de Almería); Pedro Manuel Quesada López (Universidad de Jaén); Salvador Tomás Tomás (Universidad de Murcia); Bartolomé Torralbo Muñoz (Universidad de Córdoba).

Sono sinceramente grato a ognuna delle persone citate per l’esperienza professionale alla quale sono stato onorato di partecipare e, in larga parte, per l’inestimabile valore umano che contrassegna il percorso che condividiamo.

Benché ciascun Autore si prefigga di assicurare la correttezza e l’accuratezza delle informazioni contenute nelle pubblicazioni, ringraziamo anticipatamente chiunque volesse segnalarci eventuali errori od omissioni.

Roma, gennaio 2023

Angelo Giraldi

**I**

**Reseña de la Ley Orgánica 9/2021, de 1 de julio, de aplicación del Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea**

Rafael Castillo Felipe

Universidad de Murcia

La norma escogida para nuestra primera reseña del observatorio es la Ley Orgánica 9/2021, de 1 de julio, de aplicación del Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea (en adelante, LOFE). No se trata de una norma «nueva», entendido este adjetivo en el sentido de disposición recién promulgada, pues se publicó en el Boletín Oficial del Estado (desde este momento, BOE) el 2 de julio de 2021 y entró en vigor al día siguiente (vid. Disposición Final –en lo sucesivo, D.F– novena de la LOFE), por lo que cuando se redacta esta nota ha estado vigente más de un año<sup>[1]</sup>. Ahora bien, dejando a un lado la relatividad del concepto reciente o antiguo en Derecho, resulta incuestionable que estamos ante una ley de carácter novedoso. Calificativo que obedece al hecho de que la LOFE instaure por primera vez en el proceso penal español de adultos un modelo de instrucción o investigación penal a cargo de un sujeto distinto al juez<sup>[2]</sup>. Este dato justifica la pertinencia de incluir un texto legislativo añejo en una sección que pretende dar cuenta de las últimas novedades del Derecho penal sustantivo y procesal español.

Para explicar el contenido y alcance de la LOFE, debemos de partir de que el Reglamento 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea –en adelante, RFE– desdobra la composición de esta institución en un nivel centralizado y otro descentralizado (art. 8 RFE). Este último se articula en cada ordenamiento nacional a través de la figura del Fiscal Delegado, que será quien, como regla general y sin perjuicio de las excepciones de los arts. 25.3 y 28.4 RFE, asumirá la llevanza de las investigaciones conforme a las normas del Estado en el que se desarrolle la instrucción. Así pues, la LOFE obedece a la necesidad de regular este nivel descentralizado y engarzarlo con las disposiciones procesales orgánicas y procedimentales del sistema de justicia penal español.

Sistemáticamente la LOFE se organiza en ciento treinta y un artículos, agrupados en un título preliminar, en el que se ubican las disposiciones generales relativa al ámbito de actuación de la Fiscalía Europea, y seis títulos, dos disposiciones adicionales, una disposición transitoria única y nueve disposiciones finales. A efectos de lograr el efecto expositivo pretendido, sobre todo para el público italiano interesado en la perspectiva comparada, conviene detallar sucintamente cuáles son los aspectos regulados en cada una de las sedes expuestas. No seguiremos en la exposición subsiguiente la estructura sistemática de la norma, ya que dicho iter implicaría entremezclar cuestiones de diversa índole. En su lugar, preferimos mencionar en primer término los aspectos orgánicos y en segundo lugar las previsiones relativas al procedimiento seguido a instancias de la Fiscalía Europea.

De este modo, en lo que atañe a los aspectos organizativos, hay que estar al Título II (arts. 14 a 16 LOFE), que regula el Estatuto de la Fiscalía Europea y los Fiscales Europeos delegados, y a las modificaciones que opera esta norma (vid. DD.FF primera y segunda

LOFE) en la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, y en la Ley 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial –en adelante, LOPJ–<sup>[3]</sup>. En una apretada síntesis de las previsiones citadas, cabe decir, como ha anotado ya la doctrina, que el legislador español ha huido del denominado modelo de Fiscal de «doble sombrero». Ello implica que los Fiscales o miembros de la carrera judicial que pasen a formar parte de la Fiscalía Europea quedarán en situación de servicios especiales (arts. 14, 15 y .D.F primera LOFE) y no desempeñarán labores simultáneas en el Ministerio Fiscal español o en sus órganos jurisdiccionales de procedencia. Asimismo, la LOFE dispone la creación de la Oficina de la Fiscalía Europea, con sede en Madrid.

Por otra parte, en lo relativo al proceso seguido a instancias de la Fiscalía Europea, el título preliminar (arts. 1 a 3 LOFE) concreta cuál es el objeto y ámbito de aplicación de la LOFE. Cuestión sumamente trascendente, por cuanto, como se adelantó supra, la norma objeto de exposición instauro un modelo de instrucción distinto al que rige para el resto de causas penales de adultos. En efecto, en los procesos penales no sometidos a la LOFE la fase de investigación estará encomendada al juez instructor en los términos regulado por el Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal –en lo sucesivo, LECrim– y, en su caso, en la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado –LOTJ–. De ahí que resulte especialmente relevante determinar cuándo se aplica el modelo general de la LECrim y cuándo el modelo especial de instrucción a cargo de la Fiscalía Europea. En este sentido, hay que tener en cuenta que, en el art. 4 LOFE –sito en el Título Primero de esta–, se identifican expresamente los concretos tipos de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal –en adelante, CP– que derivan de la transposición de la Directiva (UE) 2017/1371 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio, sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho Penal, o que, aun no siendo de los expresamente previstos en esta norma, por la propia naturaleza del comportamiento típico, pueden proyectarse sobre aquellos intereses<sup>[4]</sup>.

El remedio para solucionar los posibles conflictos de atribución suscitados entre la Fiscalía Europea y los jueces de instrucción se localiza también en el Título primero, en particular en el art. 9 LOFE. Disposición que atribuye al Tribunal Supremo –en adelante, TS– la competencia funcional para fallar el conflicto por los cauces de las cuestiones de competencia (art. 25 LECrim). Aunque no podamos detenernos en ello para no frustrar la finalidad expositiva de esta reseña, cabe anotar que ya han surgido los primeros problemas de atribución y la respuesta del TS a los mismos plantea dudas desde la óptica de su adecuación a los postulados que informan la norma europea<sup>[5]</sup>. En cuanto a las discusiones sobre la competencia del Ministerio Fiscal español y la Fiscalía Europea, estas serán resueltas por la Fiscalía General del Estado –v. gr., para la práctica de las diligencias preprocesales a las que se refiere el art. 5 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.



En el modelo de instrucción de la LOFE se introduce la figura del denominado «Juez de garantías» (art. 8), que será el competente para adoptar o refrendar determinadas diligencias o decisiones que inciden en los derechos fundamentales del investigado, así como para conocer de los recursos –cuando la LOFE los prevea– frente a los actos del Fiscal europeo que esté a cargo de la instrucción (arts. 90 y 91 LOFE)<sup>[6]</sup>. Este régimen de control judicial de la investigación se desarrolla prolijamente en el Título IV de la norma comentada (arts. 64 a 106 LOFE).

Habida cuenta de que la competencia objetiva para el enjuiciamiento de los delitos cuya investigación se reserva a la Fiscalía Europea se atribuye a la Audiencia Nacional –salvo casos de aforamiento– (arts. 65 LOPJ y 7 LOFE), las funciones de juez de garantías las ejercerán los Juzgados Centrales de Instrucción (vid. la modificación que la D.F segunda de la LOFE introduce en el art. 88 de la LOPJ).

Los títulos III y V de la LOFE (arts. 17 a 63 y 107 a 113, respectivamente) compilan las disposiciones relativas al inicio y conclusión del procedimiento de investigación a cargo de la Fiscalía Europea. Esta regulación presenta algunas diferencias de calado con el régimen de investigación judicial regulado en la LECrim. Por citar algunas: resulta llamativa la supresión de la figura de la acusación popular en la investigación seguida a instancias de la Fiscalía Europea (art. 19.3 y 36.5 LOFE)<sup>[7]</sup>; y del mismo modo, se produce un contraste importante en lo que atañe a la duración máxima de las investigaciones, ya que, mientras las judiciales seguirán sujetas al límite de doce meses prorrogables establecido por el art. 324 LECrim, las pesquisas de los Fiscales Europeos delegados carecen de un límite similar (vid. art. 42.2 in fine LOFE).

De conformidad con los preceptos supra citados el procedimiento comenzará por decreto del Fiscal Europeo Delegado (art. 18 y 23 LOFE) y con una primera comparecencia del sujeto de investigado (arts. 27 a 29 LOFE). A partir de ahí el Fiscal europeo encargado de la investigación acordará las diligencias de investigación y las medidas que estime procedentes. En relación con este punto, la norma introduce previsiones sobre los distintos tipos de diligencias (arts. 42 a 51) , a veces de manera un tanto reiterativa habida cuenta de que en lo no expresamente previsto regirán las disposiciones de la LECrim por mor de lo establecido en los arts. 2.2, 42.3 y en la D.F octava de la LOFE. Igualmente, en el curso de la investigación, el Fiscal europeo delegado encargado podrá acordar las medidas cautelares reales que estime procedentes en los términos de los arts. 52 a 63 LOFE e interesar las medidas cautelares personales que se hallen reservadas al juez (arts. 77 a 89 LOFE).

Concluida la investigación, el Fiscal europeo delegado debe dictar decreto adoptando alguna de las siguientes decisiones: el archivo total o parcial por concurrir alguna de las

causas de sobreseimiento a las que se refiere el art. 39 del RFE [arts. 109.1 a), 111, 112 LOFE], la presentación de escrito conjunto con el acusado solicitando el dictado de una sentencia de conformidad [arts. 109.1 b) y 110 LOFE], la solicitud de apertura de juicio oral formulando acusación [arts. 109.1 c), 114 y 115 LOFE] o el archivo del procedimiento por resultar pertinente el ejercicio de la acción penal ante los tribunales de otro Estado miembro [art. 109. d) LECrim].

El Título VI de la LOFE (art. 114 a 131) disciplina la fase de intermedia del proceso seguido a instancias de la Fiscalía Europea. Dicha fase comenzará con la presentación del escrito de acusación ante el juez de garantías (arts. 114 y 115 LOFE). A la vista del mismo, el acusado podrá presentar escrito de defensa en los términos del art. 117 LOFE. La regulación de este escrito es novedosa, por cuanto en él puede optarse por una doble vía defensiva: por un lado, cabe “impugnar la acusación”; que vale tanto como decir que puede instar el sobreseimiento en los términos del art. 39 RFE; por otra parte, el acusado podrá tomar postura sobre los diferentes puntos que han sido objeto de calificación ex art. 115.1 LOFE –equivalente al art. 650 LECrim–<sup>[8]</sup>. En sus respectivos escritos acusación y defensa habrán de proponer, asimismo, la prueba a practicar en el juicio oral [arts. 114.3, 116 y 117.2 c) LOFE].

En el caso de que se hubiera impugnado la acusación, el Juez de garantías, tras practicar las diligencias complementarias que hubiera propuesto el acusado al solicitar el sobreseimiento, convocará a las partes a una audiencia preliminar. Finalizada esta, el juez puede decretar el sobreseimiento total o parcial de conformidad con lo previsto en los arts. 123 a 126 LOFE.

En el caso de que no se hubiera impugnado la acusación por parte del acusado o si se hubieran desestimado los motivos de sobreseimiento aducidos, se dictará auto de apertura de juicio oral con el contenido del art. 127 LOFE. La norma que centra nuestra atención incorpora, asimismo, algunas disposiciones en materia de prueba que regirán durante el juicio oral. En particular, impide que se testimonien las pericias o testificales practicadas durante la fase de investigación –salvo las no reproducibles– (arts. 127 y 129 LOFE). Dictado auto de juicio oral el procedimiento seguirá conforme a las normas del procedimiento abreviado regulado en la LECrim (arts. 785 a 789 LECrim).

Para concluir con esta breve exposición, debemos apuntar que el Anteproyecto de LECrim del año 2020 contemplaba en su articulado un procedimiento especial para la persecución de los delitos comprendidos en el ámbito de la Directiva 2017/1939, de 12 de octubre. A pesar de que dicho procedimiento es técnicamente más imperfecto que el de la LOFE, queda abierto el interrogante de si, en caso de que llegue a promulgarse la nueva LECrim –algo difícil–, se deroga la actual regulación o bien se mantendrá. En este último caso, se discute sobre si lo conveniente sería incluir en la futura LECrim la actual



regulación de la LOFE o conservar esta norma en su estado actual<sup>[9]</sup>.

## Nota bibliográfica

A continuación se da cuenta de algunas contribuciones de la doctrina española que permiten acercarse al régimen de la institución: AA.VV., *La Fiscalía Europea*, Bachmaier Winter, L. (coord.), Marcial Pons, Madrid, 2018; Armenta Deu, T., *Fiscalía Europea: su incidencia en el ordenamiento procesal español en AA.VV., Nuevos postulados de la cooperación judicial en la Unión Europea. Libro homenaje a la Prof.<sup>a</sup> Isabel González Cano*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 145-171; Ayala González, A., «Hay un nuevo sheriff en la ciudad: algunas notas sobre la Fiscalía Europea a propósito de la cuestión de competencia resuelta por el ATS, núm. 20424/2022, de 9 de junio», *Diario la Ley* <sup>[en línea]</sup>, núm. 10147, 10 de octubre de 2022 <sup>[consultado por última vez el 9 de diciembre de 2022]</sup>, disponible en: {https/URL}: análisis y evaluación de sus principales elementos de interacción», en AA.VV., *Nuevos postulados de la cooperación judicial en la Unión Europea. Libro homenaje a la Prof.<sup>a</sup> Isabel González Cano*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 241-264; Gómez Colomer, J. L., «La fiscalía europea y el nuevo proceso penal que se está diseñando», *Estudios procesales sobre el espacio europeo de justicia penal*, Posada Pérez, J.A.; Llorente Sánchez-Arjona, M. (dirs.), Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, pp. 23-49; idem., «La inserción de la Fiscalía Europea en el sistema procesal penal español» en AA.VV., *Nuevos postulados de la cooperación judicial en la Unión Europea. Libro homenaje a la Prof.<sup>a</sup> Isabel González Cano*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 217-240; González López, J. J., «Consideraciones acerca del control jurisdiccional de la fiscalía europea», *Revista General de Derecho Europeo* <sup>[en línea]</sup>, núm. 53, 2021, disponible en: {https/URL}: la afectación de los derechos y garantías procesales de las partes», en AA.VV., *Nuevos postulados de la cooperación judicial en la Unión Europea. Libro homenaje a la Prof.<sup>a</sup> Isabel González Cano*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 265-293; Rodríguez Lainz, J. L., «La intervención de las comunicaciones y otras medidas de investigación tecnológica en el procedimiento de investigación ante la Fiscalía Europea», *Diario la Ley* <sup>[en línea]</sup>, núm. 10022, 2022, disponible en: {https/URL} Nuevos postulados de la cooperación judicial en la Unión Europea. Libro homenaje a la Prof.<sup>a</sup> Isabel González Cano, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, pp.173-190; Vidal Fernández, B., «La actuación de la Fiscalía Europea en el proceso penal español regulada en la LO 9/2021», *Revista de derecho y proceso penal*, núm. 66, 2022, pp. 139-173.

## II

**La responsabilità civile da reato dei non penalmente imputabili. La riforma**

**dell'articolo 118.1.1a del Código Penal a seguito della Ley n. 8/2021**

José Antonio Posada Pérez

Universidad Internacional de la Rioja

Universidad del Atlántico Medio

Universidad de Almería

Il risarcimento del danno da reato nel Codice Penale spagnolo rappresenta una disciplina più diretta rispetto a quanto è stabilito nel Codice Penale italiano. Mentre il legislatore penale italiano, all'art. 185 del Codice, rinvia al Codice Civile, il legislatore penale spagnolo detta direttamente la disciplina degli effetti civili del reato. Si tratta, in fondo, di una formula legale che permette al giudice di avere a sua disposizione lo strumento civile dopo aver accertato la sussistenza del fatto di reato. In questo modo viene facilitato il lavoro dei giudici, che non dovranno più valutare in maniera approfondita la rilevanza civile dei fatti che integrano l'illecito penale. Essi dovranno soltanto procedere alla verifica giuridico-penale del fatto per poi affidarsi alle norme di risarcimento del danno da reato per attribuire le corrispondenti responsabilità. Tuttavia, la tematica del risarcimento del danno ex delicto non è stata di mai oggetto di approfondita indagine da parte della scienza penale, né della giurisprudenza, né del legislatore spagnoli. In Spagna, infatti, queste norme sono state oggetto di modifica in poche occasioni benché si siano succedute oltre 30 riforme del Codice Penale del 1995.

Ad ogni modo, uno dei problemi più controversi per quanto riguarda il risarcimento del danno da reato nel Codice Penale spagnolo, oltre alla interpretazione dell'articolo 112 e alla sussidiarietà della responsabilità civile della Pubblica Amministrazione in sede penale, che si pone in contrasto con la responsabilità amministrativa della P.A., di cui essa risponde a titolo oggettivo, è stata l'oscura formulazione dell'articolo 118.1 1<sup>a</sup>. Questa è la disposizione citata, in traduzione informale:

“Art. 118.1 1<sup>a</sup> del Codice penale spagnolo: L'esenzione dalla responsabilità penale dichiarata ai sensi dei numeri 1, 2, 3, 5 e 6 dell'articolo 20 non comporta l'esenzione dalla responsabilità civile, che si stabilirà secondo le seguenti regole:

1.<sup>a</sup> Nei casi di cui ai numeri 1 e 3, coloro che li hanno sotto la loro autorità o tutela legale o di fatto sono responsabili anche degli atti compiuti da coloro che sono stati dichiarati esenti da responsabilità penale, purché vi sia stata colpa o negligenza da parte loro e fatta

salva la responsabilità civile diretta che può corrispondere agli imputabili.”<sup>[10]</sup>

Come ben si evince, il principale problema ermeneutico viene generato dall’ultima parola: chi sono i soggetti imputabili a cui si riferisce l’ultima parte del secondo comma dell’articolo? Molto si è discusso su questo argomento, ma in realtà tutte le risposte possibili a questo interrogativo sono state insoddisfacenti<sup>[11]</sup>. Nondimeno, 25 anni dopo l’entrata in vigore del Codice Penale del 1995, il legislatore spagnolo ha finalmente deciso di modificare questa ambigua norma. Di conseguenza, la Disposizione Finale 1<sup>a</sup> della Ley n. 8 del 2 giugno 2021 ha emendato alcune delle nozioni previste nel suddetto articolo 118.1 1<sup>a</sup>:

“1.<sup>a</sup> Nei casi di cui ai numeri 1 e 3, coloro che esercitano la assistenza legale o di fatto sono responsabili anche degli atti compiuti da coloro che sono stati dichiarati esenti da responsabilità penale, purché vi sia stata colpa o negligenza da parte loro e fatta salva la responsabilità civile diretta che possa corrispondere ai non imputabili.”<sup>[12]</sup>

Dunque, dopo la riforma operata dalla Ley 8/2021, vi sono alcuni chiarimenti effettuati dal legislatore. In primo luogo, non si fa più riferimento ai soggetti responsabili per fatto altrui, come quelli in cui l’autore materiale si trova “sotto la loro autorità o tutela legale o di fatto”, bensì si accenna che sono “coloro che esercitano la loro assistenza legale o di fatto”. Dal nostro punto di vista questa particolare modifica non è di per sé significativa rispetto alla sostanza del problema giuridico, perché cambia soltanto il modo di riferirsi a taluni soggetti. Si può, quindi, notare che questa modifica è in linea con l’interesse del legislatore odierno di riadattare il linguaggio giuridico ai fini di non risultare “politicamente scorretto”. In secondo luogo, viene introdotta la negazione del sostantivo “imputabile” alla fine dell’articolo.

Così, oltre al chiarimento concettuale della discussa interpretazione dell’articolo 118.1 1<sup>a</sup>, si è concretizzata una modifica molto attesa dalla dottrina e altresì dalla magistratura, giacché le problematiche del soggetto civilmente responsabile non sono espressamente previste nell’ordinamento spagnolo, a differenza di quanto avviene nell’ordinamento italiano, ai sensi dell’art. 2046 del codice civile. Nonostante il legislatore spagnolo abbia finalmente disciplinato espressamente la possibilità di attribuire la responsabilità civile ai soggetti penalmente non imputabili, in realtà questa modifica non indica comunque, in modo tassativo, i criteri secondo cui il soggetto è civilmente responsabile. Ammette soltanto l’eventualità che chi non è responsabile penalmente possa diventare responsabile civile.

### Riferimenti normativi

Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

Pubblicazione:

Boletín Oficial del Estado, nº 132, 03/06/2021 Entrata in vigore:

03/09/2021 Disponibile in:

{[https/URL](#)} [Ultima consultazione: 27/11/2022] Iter:

XIV Legislatura – Proyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica. Disponible en: {[https/URL](#)} [Ultima consultazione: 27/11/2022]

Commissione Giustizia – Pubblicazione dal 14/07/2020 al 17/07/2020 Commissione Giustizia – Emendamenti dal 17/07/2020 al 03/12/2020 Commissione Giustizia – Rapporto dal 03/12/2020 al 09/03/2021 Commissione Giustizia – Adozione con piena competenza legislativa dal 09/03/2021 al 16/03/2021 Senato dal 16/03/2021 al 12/05/2021 Sessione Plenaria – Emendamenti o veto del Senato dal 12/05/2021 al 20/05/2021 Concluso - (Approvato con modifiche) dal 20/05/2021 al 15/06/2021.

### III

#### **Legislazione e giurisprudenza spagnola sulla dichiarazione degli animali come esseri senzienti**

Rocío Arregui Montoya

Universidad de Murcia

Il rapporto tra animali ed esseri umani esiste fin dall'inizio dei tempi, con una simbiosi tra i due, con una parte che riceve riparo e cibo e l'altra che aiuta nei compiti agricoli, pastorali, alimentari e di riparo... eccetera. Il confine tra l'animale e l'uomo, quindi, era netto: l'uomo si sentiva superiore all'animale, ma aveva bisogno di quest'ultimo per la sussistenza ed entrambi traevano vantaggio da questo rapporto simbiotico, ma verticale e diseguale. La questione, con marcate sfumature bioetiche e culturali, legate alle idiosincrasie umane, alla cultura di ogni regione e ai costumi prevalenti, si è offuscata in

tempi recenti, a causa del cambiamento della percezione degli animali come esseri degni di maggiore protezione e capaci di soffrire, dei progressi scientifici e bioetici che dimostrano la capacità degli animali di provare empatia o di mettere in atto comportamenti che denotano capacità di ragionamento, o del cambiamento del rapporto animale-uomo, a volte già allontanato dai campi e dalle montagne e più vicino all'animale da compagnia, per lo più domestico, e con un marcato carattere affettivo e non tanto produttivo.

Questo, a sua volta, ha dato luogo a modifiche legislative dal punto di vista costituzionale, civile, amministrativo e penale in diversi ordinamenti giuridici, oscillando tra la massima tutela costituzionale degli animali e dell'ambiente, come in Italia<sup>[13]</sup>, e la tutela puramente amministrativa e penale, come in Spagna fino a tempi molto recenti. Inoltre, questa protezione disintegrata ha portato a una disparità di criteri a seconda dell'organo che valuta i fatti e a una dispersione giuridica nell'analisi di quali comportamenti possano essere sanzionati in una regione o in un'altra e solo dal punto di vista amministrativo, nonché a un'incursione del diritto amministrativo nel diritto penale, che potrebbe violare il principio del *ne bis in idem*.

Per questo motivo, negli ultimi mesi si sono registrati diversi progressi legislativi in questo settore, la cui analisi approfondita supererebbe di gran lunga lo scopo di questo breve commento, ma che, in sintesi, mirano a fornire maggiore protezione agli animali: non solo a quelli domestici e addomesticati, bensì a tutti gli animali vertebrati. Ciò avverrà attraverso una riforma del Codice Penale<sup>[14]</sup> e attraverso il Progetto di Legge sulla Protezione, i Diritti e il Benessere degli Animali, entrambi in fase di elaborazione<sup>[15]</sup>. De iure condito, senza dubbio l'avanzamento legislativo consolidato con pieni effetti è stata l'approvazione della Legge 17/2021, del 15 dicembre, che modifica il Codice Civile, la Legge sulle Ipoteche e la Legge di Procedura Civile, sul regime giuridico degli animali<sup>[16]</sup>.

La citata Legge 17/2021, dopo varie vicissitudini, è arrivata ad affermare lo status di esseri senzienti degli animali, indicando espressamente che essi cessano di essere cose mobili, seguendo così la linea dei Paesi che l'hanno preceduta in questa direzione, come la Svizzera, la Germania, il Portogallo e la Francia, tra gli altri, e adeguandosi alle normative internazionali di cui la Spagna è stata firmataria. Tra le altre, si ricorda il Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea e la Convenzione europea sulla protezione degli animali da compagnia, siglata a Strasburgo il 13 novembre 1987<sup>[17]</sup>.

Sulla base di questo assunto, utilizzando una formulazione “negativa” (gli animali non sono cose e la loro natura non è quella di beni mobili), è stata elaborata la citata Legge 17/2021, che regolerà i concetti di occupazione, frutti naturali, scoperta, responsabilità per danni e vizi occulti, acquisizione etc., per cui, pur sapendo che gli animali sono e possono



essere “oggetti di commercio”, la nuova normativa civile deve essere adattata alla natura degli animali e alle relazioni che si stabiliscono tra loro e l’uomo. In questo modo, la legge ci permetterà di stabilire un quadro d’azione chiaro nelle situazioni in cui il benessere dell’animale deve essere preso in considerazione, come ad esempio la convivenza e la cura dell’animale nei casi di crisi matrimoniali o di convivenza, in questioni di eredità o in situazioni chiaramente controverse come i casi di violenza di genere e di abuso di minori e abuso sessuale (oggi aggressioni sessuali, vista la recente riforma operata con la Legge Organica 10/2022, del 6 settembre, sulla Garanzia Integrale della Libertà Sessuale<sup>[18]</sup>), in modo tale che la legge permetterà di stabilire limitazioni alla tutela e all’affidamento in caso di precedenti di maltrattamento di animali esercitato come forma di violenza o abuso psicologico contro i bambini.

Una delle principali conseguenze sarà la definizione, in termini positivi, degli animali come esseri dotati di “sensibilità” (definita in spagnolo come *sintiencia* o *sentencia*, anche se quest’ultimo vocabolo non era riconosciuto nel Dizionario della Reale Accademia Spagnola<sup>[19]</sup> fino a pochi mesi fa), che comporta il riconoscimento della loro capacità di “sentire” e la necessità di adattare le azioni al loro benessere, sebbene il regime giuridico delle cose<sup>[20]</sup> continui ad applicarsi ad essi per certi aspetti.

Sulla base di questa posizione, che si oppone alla concezione finora in vigore, la questione del destino degli animali domestici sarà di grande importanza per questa legge, tenendo conto degli interessi dei membri della famiglia e dell’animale stesso, in modo che il giudice sia autorizzato a distribuire il tempo trascorso a vivere con l’animale e a prendersene cura e gli oneri ad esso associati. Questo rappresenta indubbiamente un nuovo ambito di accordi di divorzio o di provvedimenti parentali con la conseguente possibilità di conflitti, ma permette di tenere in considerazione il benessere<sup>[21]</sup> dell’animale al di là del fatto materiale di chi ha la proprietà formale dell’animale (se le cure erano fornite dall’altro coniuge), di chi deve avere l’animale in sua compagnia e di cosa è più conveniente nei nuovi assetti familiari posteriori alla rottura.

Allo stesso tempo, vi saranno implicazioni anche dalla prospettiva penale, poiché l’esistenza di reati contro gli animali può avere un’influenza decisiva sull’attribuzione dell’affidamento congiunto dei minori in questo processo di misure paterno-filiali, autorizzando così i tribunali a stabilire una presunzione di mancanza di cura di quel genitore con gli animali e, forse, con i figli, il che comporterà necessariamente l’affidamento monogenitoriale<sup>[22]</sup> a favore dell’altro genitore. Ciò, a mio avviso, è molto discutibile se si tiene conto del principio di presunzione di innocenza, imprescindibile nel diritto penale, in quanto il legislatore stabilirà un divieto insormontabile per il giudice di concedere l’affidamento condiviso, basato sul “coinvolgimento in un procedimento penale” o sulla “sussistenza di fondati indizi” della commissione di un reato, non sull’esistenza di una sentenza penale definitiva di condanna, per cui si potrebbe dedurre

che tale sentenza non è necessaria, ma che sarebbe sufficiente l'avvio delle indagini preliminari.

Va chiarito a questo punto che, nel caso degli animali, il testo richiede comunque di “valutarne l'esistenza”, senza richiedere espressamente che siano sufficienti indizi fondati, per cui si potrebbe presumere che sia necessaria una ferma convinzione che consideri provato un fatto che possa configurare il reato di maltrattamento di animali o di minaccia di arrecare danno all'animale. Sebbene questa formulazione possa avere un certo effetto preventivo o intimidatorio nei confronti del reato di maltrattamento di animali, in ambito civile la giurisprudenza potrebbe avere seri problemi per quanto riguarda l'attribuzione dell'affidamento di minori e anche la strumentalizzazione delle denunce di maltrattamento di animali per fini spuri.

I tribunali spagnoli, in vista di questa modifica giuridica, hanno avuto poche occasioni, per il momento, di applicare questo cambiamento di paradigma, e c'è stato un breve periodo di tempo per le sentenze di primo grado per sollevare la questione alla corrispondente Corte d'Appello. Tuttavia, c'è già una notevole tendenza a partire dalla sensibilità animale come presupposto giuridico, fattuale e bioetico quando si stabilisce una pena per il reato di maltrattamento di animali o un'attribuzione della cura dell'animale. A tal proposito, è rilevante la Sentenza della Corte di Cassazione spagnola (Sezione Penale) 229/2022 dell'11 marzo<sup>[23]</sup>, che partirà da questa sensibilità per stabilire il limite tra le lesioni all'animale che richiedono cure veterinarie e quelle causate alle persone, stabilendo che è essenziale mantenere la proporzionalità sanzionatoria: “Per il resto, è un criterio di enorme valore esegetico il confronto con le pene indicate per le lesioni procurate alle persone: art. 147 CP. Non sarebbe tollerabile che le stesse lesioni causate a un animale (essere senziente) meritino una pena maggiore di quelle causate a un essere umano. In questo caso, se proiettiamo le stesse lesioni su una persona, la pena potrebbe essere una multa (art. 147.1 CP), mentre nel caso di un animale come contemplato dall'art. 337.1 non sarebbe possibile evitare una pena detentiva (salvo una circostanza attenuante qualificata come in questo caso). Sebbene il confronto sanzionatorio presenti delle difficoltà nella misura in cui il massimo dell'art. 147.1 CP è superiore al massimo dell'art. 337.1 CP e vi è una sovrapposizione del quadro penale, è evidente che questa valutazione porta a un'interpretazione molto rigorosa della gravità della lesione come elemento tipico dell'art. 337.1”.

Lo stesso verrà analizzato, con un'espressione a dir poco bizzarra, nella Sentenza del Tribunale Provinciale di Valencia n. 194/2022<sup>[24]</sup>, dell'11 maggio, che valuta le spese mediche per un cane dopo un incidente come “l'importo delle spese veterinarie che l'attore ha dovuto pagare per riportare il cane alla sua natura senziente originaria, sulla base di quanto previsto dall'art. 1902 del Codice Civile”; o nella sentenza del Tribunale di primo grado n° 12 di Vigo n° 63/2022, del 2 febbraio<sup>[25]</sup>, che già analizzava l'idoneità del

genitore a prendersi cura dell'animale domestico di famiglia, rilevando la ripetuta e ingiustificata violazione di quanto precedentemente concordato in un accordo matrimoniale; o ancora, nella sentenza dell'Alta Corte di Giustizia di Murcia n° 414/2022, del 19 luglio, che si basava sulla premessa della necessaria protezione speciale dell'animale<sup>[26]</sup>.

Sembra quindi che la giurisprudenza tenderà a riconoscere espressamente la capacità di “sentire” degli animali, cosicché, anche in ambito amministrativo o penale, qualsiasi decisione giuridica sarà adottata nella prospettiva della sensibilità degli animali e della necessità di proteggerli. Ne è un esempio la sentenza del Tribunale Provinciale de La Rioja, n. 168/2022<sup>[27]</sup>, del 3 giugno, che, nell'ambito della regolamentazione del divorzio e dei provvedimenti ad esso inerenti, ha stabilito: “Non c'è dubbio in questo Tribunale che quando una coppia sposata o una coppia di fatto possiede un animale domestico o da compagnia, la crisi coniugale o la rottura di questa unione può generare gravi sentimenti emotivi e psicologici di dolore, tristezza, malinconia o disagio nella persona che viene privata della compagnia dell'animale domestico. Per questo è stato necessario trovare una soluzione al problema. La soluzione è stata fornita dalla nuova normativa prevista dalla Legge 17/2021 del 15 dicembre in materia di animali domestici, entrata in vigore il 5 gennaio 2022. Con questa legge, in linea con gli altri ordinamenti comunitari che hanno modificato i propri Codici Civili per adeguarli alla maggiore sensibilità sociale nei confronti degli animali oggi esistente, ma anche (e soprattutto) in linea con l'articolo 13 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, che impone agli Stati di rispettare le esigenze di benessere degli animali in quanto ‘esseri senzienti’, sono stati modificati diversi precetti del Codice Civile, in virtù dei quali gli animali non sono più stati considerati come cose mobili e sono venuti ad avere una propria ontologia giuridico-civile. Per quanto ci riguarda, la legge 17/2021, del 15 dicembre, ha cercato di adeguare il Codice Civile non solo alla vera natura degli animali, ma anche alla natura delle relazioni, in particolare quelle di convivenza, che si instaurano tra animali ed esseri umani. Per questo motivo, dall'entrata in vigore di questa legge, per la prima volta, all'interno delle norme relative alle crisi matrimoniali, sono stati inseriti dei precetti volti a specificare il regime di convivenza e di cura degli animali domestici, stabilendo i criteri in base ai quali il giudice deve decidere a chi affidare la cura dell'animale, tenendo conto del suo benessere”.

A conclusione di questa breve esposizione, c'è da aspettarsi, non senza qualche incertezza, che in futuro ci sarà una giurisprudenza più concreta sui diritti degli animali, ora che sono considerati esseri con capacità di “sentire” e, quindi, forse, con diritto al benessere e a una vita e una morte dignitose. A tal fine, il passare del tempo sarà un grande alleato attraverso l'emanazione di un maggior numero di sentenze che analizzino le situazioni di divorzio, l'affidamento condiviso degli animali e le attribuzioni dopo la morte dei proprietari o dei tutori e che, con la legge 17/2021 già in vigore, evitino

l'incertezza giuridica e l'indeterminatezza che hanno prevalso finora.

#### IV

### **Modifiche al “Código Penal” e alla “Ley de enjuiciamiento criminal” introdotte dalla “Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía de la libertad sexual”**

Bartolomé Torralbo Muñoz

Universidad de Córdoba

1. Premesse. Il primo aspetto degno di nota della Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, è che non si tratta solo di una riforma in ambito penale o processuale, ma di una legge che mira a implementare la cultura dei valori nel rispetto della libertà sessuale delle donne e ad agire non solo dal punto di vista della responsabilità penale, ma anche dal punto di vista della prevenzione e del cambiamento culturale. Istanze che dovrebbero essere fatte proprie a maggior ragione dalle generazioni più giovani per reprimere l'allarme derivante dall'elevato tasso di commissione di violenze sessuali attualmente esistente e per promuovere, attraverso l'educazione e la cultura del rispetto e dei valori, la rilevanza della libertà sessuale quale diritto fondamentale, in quanto la sua violazione costituisce uno dei reati di maggiore gravità di cui una donna può essere soggetto passivo.

Premesso ciò, questo breve commento si concentra sulle principali modifiche introdotte nell'ambito processuale e penale, in particolare nella Ley de enjuiciamiento criminal (LeCrim) e nello stesso Código Penal spagnolo.

2. Modifiche significative al diritto processuale penale. Le novità normative introdotte da questa legge sono numerose. Di seguito si evidenziano quelle più rilevanti. All'articolo 544 bis LeCrim è stato aggiunto un nuovo comma che introduce il controllo telematico di un eventuale avvicinamento alla vittima da parte della persona indagata, nel caso in cui questa venga provvisoriamente rilasciata. Viene modificato anche l'articolo 709 LeCrim, che introduce la particolarità per cui negli interrogatori il giudice o il presidente del tribunale avrà cura di censurare, dichiarandole inadeguate, le domande sull'intimità sessuale della vittima, come se fosse lei la colpevole del reato contro la libertà sessuale, evitando sofferenze alla vittima nell'ambito di un effetto di vittimizzazione secondaria. Queste modifiche sono un esempio dell'intenzione ultima del legislatore di migliorare la

protezione delle vittime di violenza sessuale.

3. Modifiche significative al Codice penale. La riforma si concentra anche sulla rieducazione e sul reinserimento sociale dei condannati per reati contro la libertà sessuale, sia in carcere che nei casi di sospensione della pena. In questo senso, viene introdotto l'obbligo di seguire corsi o programmi di rieducazione sessuale.

Tuttavia, è nella parte speciale del Codice penale che si innestano le riforme più controverse. Ad esempio, il nuovo comma 4 dell'articolo 173 punisce chi si rivolge a un'altra persona con espressioni, comportamenti o proposte di natura sessuale che creano una situazione oggettivamente umiliante, ostile o intimidatoria per la vittima, senza costituire altri reati più gravi. Tra gli altri, punisce i casi di cc.dd. molestie stradali (acoso callejero).

Per quanto riguarda il consenso, esso assume rilevanza in senso positivo: il consenso è esistente solo quando è stato concesso liberamente mediante atti che, tenuto conto delle circostanze del caso, esprimono chiaramente la volontà della persona. In particolare, deve essere riconoscibile attraverso atti, gesti o espressioni che esprimano l'adesione al contatto sessuale; pertanto, il silenzio non può essere inteso come consenso. In caso di procedimento giudiziario, tutto ciò si riduce a questioni probatorie, basate sulle dichiarazioni della vittima e dell'imputato, da analizzare secondo i criteri della giurisprudenza.

Infine, un altro degli aspetti più importanti della riforma è il modo in cui eventi che prima costituivano "abuso" sono ora considerati violenza sessuale nonostante l'assenza di violenza o intimidazione<sup>[28]</sup>. Ciò significa che con tale riforma sono sorti nuove e più ampie cornici edittali, che comportano la possibilità, in alcuni casi, di una revisione della pena.

Sono molteplici gli aspetti che meriteranno un'analisi più estesa da parte della dottrina. Si tratta, in fondo, di una riforma che, pur presentando aspetti positivi, per la sua criticabile tecnica legislativa sta già dando luogo a pronunce giurisprudenziali contraddittorie che richiederanno un'opera di armonizzazione da parte del "Tribunal Supremo".

### Riferimenti legislativi

Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.



Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

### Riferimenti dottrinali

MAGRO SERVET, V. “Cuestiones comparativas de modificación del Código Penal y otras leyes con la nueva Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre de garantía de la libertad sexual”, en Diario La Ley nº 10133, 2022.

PÉREZ DEL VALLE, C. “La reforma de los delitos sexuales. Reflexiones a vuelapluma”, en Diario La Ley, nº10045, 2022.

V

**Responsabilità penale delle persone con disturbo da deficit di attenzione e iperattività (ADHD). Recensione della collettanea: D.L. Morillas Fernández (coord.), La responsabilidad penal de las personas con trastorno por déficit de atención e hiperactividad (TDAH), Dykinson, 2019.**

Janna da Nóbrega Souza

Universidad de Murcia

Il disturbo da deficit di attenzione e iperattività (ADHD) è una psicopatologia del neurosviluppo in cui si osserva un modello persistente di disattenzione e/o iperattività-impulsività. È la condizione neurologica più comune, con un'incidenza compresa tra l'8% e il 12% nei bambini e il 2,5% negli adulti. Per quanto riguarda la sua origine, è multifattoriale, con diverse componenti genetiche e ambientali che interagiscono durante lo sviluppo prenatale e postnatale per aumentare la suscettibilità neurobiologica. Questi processi portano a sottili alterazioni all'interno dei sistemi cerebrali, favorendo il deterioramento di svariati domini neuropsicologici. Il deficit centrale riguarda l'inibizione comportamentale, una funzione esecutiva in grado di controllare l'attenzione, il comportamento, i pensieri e/o le emozioni, di talché l'individuo superi gli impulsi interni o gli stimoli esterni e proceda nel modo più conveniente o necessario.

Indipendentemente dalla presenza di comorbidità, le persone con ADHD sono inclini a

mettere in atto comportamenti illeciti. Infatti, la diagnosi implicherebbe un duplice rischio di internamento, un triplice rischio di condanna e un analogo tasso di pericolo di incarcerazione durante l'adolescenza o l'età adulta; tale propensione solleva interrogativi rispetto all'impatto sulla facoltà volitiva. Dal punto di vista dottrinale, nell'opera recensita si svolge l'indagine circa la graduazione e l'inquadramento giuridico di questa patologia, per valutare se comporta l'applicazione, nell'ordinamento spagnolo, di una esimente completa, incompleta o analogica. Le pronunce della giurisprudenza spagnola divergono a questo proposito, sebbene vi sia una leggera predilezione per quest'ultima possibilità.

Le incertezze invocano l'imperiosità di un'analisi approfondita del tema, pretesa che si concretizza con maestria nell'opera collettiva *La responsabilidad penal de las personas con trastorno por déficit de atención e hiperactividad (TDAH)*, il cui coordinatore è il professor David Lorenzo Morillas Fernández, ordinario di Diritto penale del Dipartimento di Storia Giuridica, Scienze Penali e Criminologiche dell'Università di Murcia<sup>[29]</sup>.

La pubblicazione si compone di tredici capitoli, organizzati secondo i temi trattati dagli specialisti che vi hanno contribuito. Nei contributi di apertura, l'attenzione si concentra sull'esame della natura del disturbo, sull'analisi della propensione criminale derivante dalle manifestazioni sintomatologiche e sui conseguenti effetti nell'ambito della responsabilità penale. Di seguito, l'imputabilità viene discussa da una prospettiva teorico-penalistica, approfondendo il quadro giuridico della menomazione volitiva psicopatologica. È importante sottolineare che, successivamente, il lavoro si incanala in prospettive divergenti, evidenziando le particolarità assiomatiche che riguardano l'ambito penale dei minori. Altre opinioni riguardano la messa in sicurezza penale degli autori di reato, nonché l'esame degli ostacoli alla rieducazione e al reinserimento degli stessi. I capitoli successivi indagano il conflitto da una prospettiva criminologica, basata sullo studio dei fattori di rischio e protettivi che spiegano l'iniziale propensione criminale e la successiva permanenza in questa traiettoria. L'opera si conclude con due rilevanti contributi: il primo fornisce un'ampia analisi dottrinale e giurisprudenziale; il secondo approfondisce l'esame dal punto di vista della colpevolezza in una prospettiva comparata, attraverso lo studio delle principali pronunce dei tribunali brasiliani.

Nel complesso, il lavoro collettivo si distingue per il suo carattere innovativo e l'alto livello di scientificità. I postulati sono chiari, esplicativi e seguono una sequenza lineare, portando il lettore a una comprensione completa delle attenuanti derivanti dalla responsabilità penale dei soggetti con disturbo da deficit di attenzione e iperattività. Non si tratta solo della sfera dell'imputabilità, ma si procede oltre questa barriera per includere questioni relative alla "sicurezza penale" di questi autori di reato e al loro reinserimento sociale. L'importanza dell'opera non risiede soltanto nell'analisi dinamica e nell'eshaustività della prospettiva teorica gestite dagli autori, ma anche e soprattutto nella loro natura multidisciplinare. È un invito molto stimolante a continuare la ricerca su una

delle questioni che ritengo più rilevanti nell'epoca contemporanea.

---

## Note e riferimenti bibliografici

[1] Vid. BOE <sup>[en línea]</sup>, núm. 157, de 2 de julio de 2021, pp. 78523 a 78571, disponible en: {https/URL} <sup>[consultado por última vez el 1 de diciembre de 2022]</sup>.

[2] En la justicia de menores, la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, atribuyó al Ministerio Fiscal la fase de investigación. Si bien, con una regulación técnicamente mejorable, sobre todo desde el punto de vista del juez no prevenido por la Ley. Sobre el particular, vid. García-Rostán Calvín, G., El proceso penal de menores. Funciones del Ministerio Fiscal y del Juez en la Instrucción, el período intermedio y las medidas cautelares, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006, *passim*.

[3] Téngase en cuenta que también que existe regulación sobre el procedimiento de selección y requisitos de los candidatos que no se halla en la LOFE. En concreto, resulta de especial de importancia el Real Decreto 882/2022, de 18 de octubre por el que se regula el procedimiento para la selección y designación de la terna de candidatos a Fiscal Europeo y candidatos a Fiscal Europeo delegado en España. <sup>[vid. BOE (en línea) núm. 251, de 19 de octubre de 2022, pp. 141832 a 141837, disponible en: {https/URL} (consultado por última vez el 9 de diciembre de 2022)]</sup>.

[4] En concreto, vid. arts. 305, 305 bis, 306, 308 CP y, siempre que puedan afectar a los intereses financieros de la Unión, 301, 302, 419 a 427 bis, 432 a 435 bis CP. Igualmente, se atribuye a la Fiscalía Europea la investigación del delito de contrabando disciplinado en la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, así como el delito del art. 570 bis, cuando la participación en la organización criminal tenga como finalidad cometer alguno de los delitos que acaban de listarse. Finalmente, téngase en cuenta que los supuestos de conexidad pueden determinar que la competencia acabe extendiéndose a otros delitos indisociablemente vinculados a los expuestos (art. 22 3 RFE y 4.3 LOFE).

[5] Vid. el Auto del TS núm. 20424/2022, de 9 de junio <sup>[ECLI:ES:TS:2022:9109]</sup>, en el que la discusión versaba sobre la posibilidad de plantear una cuestión negativa de competencia a la Fiscalía Europea cuando esta ha declinado su competencia; o lo que es lo mismo, si cabe imponer a esta una suerte de “avocación forzosa” tras haber rechazado la asunción de la instrucción iniciada por un juzgado. En contra de lo que parece desprenderse del Reglamento y de los amplios márgenes decisorios que este concede a la Fiscalía Europea, así lo entendió el TS, quien señaló que de otro modo la determinación del tribunal competente para el enjuiciamiento quedaría en manos de la decisión libérrima de la Fiscalía Europea. En este sentido, repárese en que existen reglas de competencia objetiva por razón de la materia que atribuyen el conocimiento de los asuntos instruidos por la Fiscalía Europea al complejo orgánico de la Audiencia Nacional (vid. arts. 62 y ss. LOPJ– y 7 LOFE). En consecuencia, la atribución de un asunto a la Fiscalía Europea no solo cambia el órgano de instrucción, sino también el órgano de enjuiciamiento. Un comentario de la resolución citada puede verse en Ayala González, A., «Hay un nuevo sheriff en la ciudad: algunas notas sobre la Fiscalía Europea a propósito de la cuestión de competencia resuelta por el ATS, núm. 20424/2022, de 9 de junio», *Diario la Ley* <sup>[en línea]</sup>, núm. 10147, 10 de octubre de 2022 <sup>[consultado por última vez el 9 de diciembre de 2022]</sup>, disponible en: {https/URL}

[6] Las funciones concretas que el art. 8 LOFE atribuye al Juez de garantías son las siguientes: autorizar las diligencias de investigación restrictivas de derechos fundamentales –vid. arts. 545 a 588 OCTIES LECrim–; acordar las medidas cautelares personales cuya adopción esté reservada a la autoridad judicial –singularmente, libertad provisional (528 a 544 LECrim), prisión provisional (502 a 519 LECrim), retención del pasaporte (art. 530 LECrim) o en el caso de las personas jurídicas las medidas del art. 129.3 CP–.

[7] La acusación popular es una institución procesal típicamente española que tiene su origen en el Derecho romano. Consiste en el derecho que tienen los ciudadanos españoles que no han sido ofendidos o perjudicados por el delito a personarse en las causas criminales ejercitando la acción penal (art. 101 LECrim). Esta figura está expresamente consagrada en el art. 125 de la Constitución de 1978 como una de las formas en la que los ciudadanos pueden participar en la Administración de Justicia. De ahí que la LOFE pueda llegar a suscitar dudas de inconstitucionalidad en este punto, salvo que se entienda que la exclusión lo es solo de la fase de investigación e intermedia –que es sobre la que se proyectan las especialidades de la LOFE–, pero no de enjuiciamiento, de modo que cabría una intervención adhesiva en la fase de juicio oral para apoyar la acusación sostenida por la Fiscalía Europea y, en su caso, por el acusador particular.

[8] A saber: hechos punibles que resultan de la investigación, calificación legal de dichos hechos, participación de la persona acusada en los mismos, existencia de circunstancias eximentes, atenuantes o agravantes de la responsabilidad penal, penas principales y accesorias que corresponda imponer y aspectos relativos a la responsabilidad civil –repárese en que en el proceso penal español la acción para reclamar la responsabilidad civil ex delicto (arts. 109 a 115 CP) puede acumularse a la acción penal (art. 100 y 112 LECrim)–.

[9] Sobre la cuestión puede acudir a Vidal Fernández, B., «El procedimiento especial para la actuación de la Fiscalía Europea del Anteproyecto de LECrim de 2020», en AA.VV., Reflexiones en torno al Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020, Jiménez Conde, F.; Fuentes Soriano, O. (dirs.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 1467-1511. Y al debate sobre la anterior ponencia, del que da cuenta Hernández López, A., «Debate sobre los procedimientos especiales», en AA.VV., Reflexiones en torno al proyecto..., cit., pp. 1513-1522, especialmente 1518 y ss.

[10] Testo originale dell'art. 118.1 1ª del Codice penale spagnolo del 1995: “La exención de la responsabilidad criminal declarada en los números 1.º, 2.º, 3.º, 5.º y 6.º del artículo 20, no comprende la de la responsabilidad civil, que se hará efectiva conforme a las reglas siguientes: 1.ª En los casos de los números 1.º y 3.º, son también responsables por los hechos que ejecuten los declarados exentos de responsabilidad penal quienes los tengan bajo su potestad o guarda legal o de hecho, siempre que haya mediado culpa o negligencia por su parte y sin perjuicio de la responsabilidad civil directa que pudiera corresponder a los imputables.”

[11] Amplius, sulle diverse interpretazioni della regola in precedenza alla riforma PANTALEÓN DÍAZ, M., “La enigmática regla 1ª del artículo 119.1 del Código Penal sobre la responsabilidad civil de los inimputables”, InDret: Revista para el análisis del Derecho, n° 3, 2017.

[12] Art. 118.1 1ª dopo la modifica della legge 8/2021: “En los casos de los números 1.º y 3.º, son también responsables por los hechos que ejecuten los declarados exentos de responsabilidad penal, quienes ejerzan su apoyo legal o de hecho, siempre que haya mediado culpa o negligencia por su parte y sin perjuicio de la responsabilidad civil directa que pudiera corresponder a los inimputables.”

[13] Considerata “un riferimento normativo per i Paesi del Mediterraneo”, l'Italia prevedeva già nel Codice Penale del 1889 la punizione di “chiunque agisca con crudeltà contro gli animali, o li maltratti inutilmente o li costringa a compiti manifestamente eccessivi”. INFANTE SENTELLES, E., Così vicini, così lontani: Italia, un riferimento normativo per i Paesi del Mediterraneo, in dA. Derecho Animal (Forum di studi di diritto animale) aprile 2014. p. 1 ss. Allo stesso modo, il Codice Penale italiano è stato riformato dalla legge del 20 luglio 2004, che ha introdotto il Titolo IX Bis: Dei delitti contro il sentimento per gli animali, che pone l'animale al centro e ne punisce il maltrattamento, evolvendo la sua tutela. SERRANO TÁRRAGA, M.D., La riforma del maltrattamento di animali nel diritto penale italiano, in UNED. Boletín de la Facultad de Derecho, n° 26, 2005, p. 245. In ogni caso, una questione molto rilevante è stata la riforma della Costituzione italiana, avvenuta l'8 febbraio 2022, che ha modificato gli articoli 9 e 41 in una chiara tutela costituzionale degli animali e dell'ambiente, producendo così anche un rinvio alla legge, che dichiarerà espressamente quali animali saranno dichiarati protetti.

[14] È in corso di elaborazione il Progetto di Legge Organica di modifica della Legge Organica 10/1995, del 23 novembre, del Codice Penale, che eliminerebbe gli articoli 337 e 337 bis di questo testo, disciplinando il reato di maltrattamento e abbandono di animali negli articoli 340, 340 bis, 340 ter, 340 quater e 340 quinquies. Cfr. {https/URL}

[15] Cfr. {https/URL}

[16] Cfr. {https/URL}

[17] Il Trattato sul funzionamento dell'Unione europea prevede all'articolo 13 che “Nella formulazione e nell'attuazione delle politiche dell'Unione nei settori dell'agricoltura, della pesca, dei trasporti, del mercato interno, della ricerca e dello sviluppo tecnologico e dello spazio, l'Unione e gli Stati membri tengono pienamente conto delle esigenze in materia di benessere degli animali in quanto esseri senzienti, rispettando nel contempo le disposizioni legislative o amministrative e le consuetudini degli Stati membri per quanto riguarda in particolare i riti religiosi, le tradizioni culturali e il patrimonio regionale”. Allo stesso modo, la Convenzione europea per la protezione degli animali da compagnia, ratificata dalla Spagna il 9 ottobre 2015 ed entrata in vigore nell'ordinamento giuridico spagnolo il 1º febbraio 2018, stabilisce, nelle considerazioni preliminari: “Riconoscendo che l'uomo ha l'obbligo morale di rispettare tutte le creature viventi, e tenendo presente la speciale relazione esistente tra l'uomo e gli animali da compagnia; Considerando l'importanza degli animali da compagnia per il loro



contributo alla qualità della vita e il loro conseguente valore per la società” ({https/URL}(1)).

[18] Cfr. {https/URL}

[19] Recentemente, sono stati accettati come una derivazione di “capace di sentire”: {https/URL}

[20] L’articolo 333a del Codice civile spagnolo è modificato come segue: “1. Gli animali sono esseri viventi dotati di sensibilità. Il regime giuridico dei beni e delle cose si applica ad essi solo nella misura in cui è compatibile con la loro natura o con le disposizioni destinate alla loro protezione. 2. Il proprietario, il possessore o il titolare di qualsiasi altro diritto su un animale deve esercitare i suoi diritti su di esso e i suoi doveri di cura rispettando la sua qualità di essere senziente, assicurando il suo benessere in conformità con le caratteristiche di ogni specie e rispettando le limitazioni stabilite in questa e nelle altre normative in vigore”.

[21] Un modo per valutare in cosa consista tale benessere è quello di fare riferimento al Codice sanitario per gli animali terrestri dell’Organizzazione mondiale per la salute animale: link disponibile all’indirizzo: {https/URL}

[22] L’articolo 92.7 del Codice civile spagnolo è modificato come segue: “L’affidamento congiunto non è applicabile quando uno dei genitori è coinvolto in un procedimento penale avviato per aver tentato di danneggiare la vita, l’integrità fisica, la libertà, l’integrità morale o la libertà sessuale e l’indennità dell’altro coniuge o dei figli che vivono con entrambi”. Non si applica nemmeno quando il giudice rileva, dalle affermazioni delle parti e dalle prove, l’esistenza di indizi fondati di violenza domestica o di genere. A tal fine si considera anche l’esistenza di maltrattamenti di animali, o la minaccia di causarli, come mezzo per controllare o vittimizzare una di queste persone.

[23] Sentenza Tribunale Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 229/2022 dell’11 marzo. Riferimento: RJ 2022\1341.

[24] Sentenza del Tribunale Provinciale di Valencia (11ª Sezione) núm. 194/2022 dell’11 maggio. Riferimento: JUR 2022\273693

[25] Tribunale "de Primera Instancia" di Vigo (Pontevedra), n. 12, sentenza n. 63/2022 del 2 febbraio. Riferimento: JUR 2022\247268

[26] Nella sentenza citata si legge: “È ragionevole comprendere che il concetto di ‘rischio alieno’ comprende non solo gli esseri umani ma anche gli animali, in quanto meritevoli di una protezione speciale in quanto esseri viventi dotati di sensibilità (si veda la relazione alla legge 17/2021, del 15 dicembre (RCL 2021, 2294, 2510), che modifica il Codice civile (LEG 1889, 27) e altre norme)”.

TSJ Murcia (“Sala de lo Contencioso-Administrativo”, Sezione 2ª), Sentenza n. 414/2022 del 19 luglio. Riferimento: JUR 2022\271232.

[27] Sentenza del Tribunale Provinciale di La Rioja (1ª sezione), sentenza n. 168/2022 del 3 giugno. Riferimento: JUR 2022\277535.

Nello stesso senso, Sentenza del Tribunale Provinciale di Madrid (XVII Sezione), Sentenza n. 159/2022 del 17 marzo. Riferimento: JUR 2022\172199: “La riforma riguarda, in primo luogo, il Codice Civile, al fine di stabilire l’importante principio che la natura degli animali è diversa dalla natura delle cose o dei beni, principio che deve presiedere all’interpretazione dell’intero sistema giuridico.

[28] Anteriormente alla riforma, nel Codice penale spagnolo la differenza tra abuso e agresión sexual si basava rispettivamente sulla assenza o presenza di violenza o intimidazione.

[29] MURPHY, K., APPELBAUM, K., “How Reliable are prevalence rates of ADHD in prisons”, in The ADHD Report, vol. 25(2), 2017, p. 1; DA NÓBREGA SOUZA, J., “El papel de las disfunciones ejecutivas en el nuevo modelo de TDAH y consecuencias implicaciones en la delincuencia y responsabilidad penal”, all’interno dell’opera recensita, pp. 39-57.

\* Il simbolo {https/URL} sostituisce i link visualizzabili sulla pagina:

<https://rivista.camminodiritto.it/articolo.asp?id=9269>