



MEMORIE DEL DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
DELL'UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TORINO
21/2022

Comitato scientifico delle Memorie del Dipartimento di Giurisprudenza

Raffaele Caterina (coordinatore), Alessandra Algostino, Roberto Cavallo Perin, Elena D'Alessandro, Paolo Gallo, Enrico Grosso, Michele Graziadei, Edoardo Greppi, Daniela Izzi, Pier Giuseppe Monateri, Ugo Pagallo, Anna Maria Poggi, Michele Rosboch, Dario Tosi, Michele Vellano, Ilaria Zuanazzi.

Dieci anni di REMS: un'analisi interdisciplinare

a cura di

MARCO PELISSERO, LAURA SCOMPARIN, GIOVANNI TORRENTE



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI TORINO

Edizioni
Scientifiche
Italiane



Opera finanziata con il contributo del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino.

Il presente volume è stato preliminarmente sottoposto a un processo di referaggio anonimo, nel rispetto dell'anonimato sia dell'Autore sia dei revisori (*double blind peer review*). La valutazione è stata affidata a esperti del tema trattato, nominati dal Comitato Scientifico della Collana in conformità al Regolamento delle pubblicazioni del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino.

I revisori hanno formulato un giudizio positivo sull'opportunità di pubblicare il presente volume.

PELISSERO Marco; SCOMPARIN Laura; TORRENTE Giovanni (*a cura di*)
Dieci anni di REMS: un'analisi interdisciplinare
Memorie del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino - 21/2022
Napoli-Torino: Edizioni Scientifiche Italiane - Università degli Studi di Torino

© 2022 by Edizioni Scientifiche Italiane s.p.a.
80121 Napoli, via Chiatamone 7
www.edizioniesi.it
info@edizioniesi.it

pp. XIV+620; 24 cm
ISBN: 978-88-495-4900-3

© 2022 Università degli Studi di Torino
10124 Torino, Via Verdi 8
[www.collane.unito.it/oa/
openaccess@unito.it](http://www.collane.unito.it/oa/openaccess@unito.it)

ISBN: 9788875902186

Prima edizione: maggio 2022
un volume in lingua italiana



Quest'opera è distribuita con Licenza Creative Commons Attribuzione - Non commerciale Non opere derivate 4.0 Internazionale

I diritti di traduzione, riproduzione e adattamento totale o parziale e con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm e le copie fotostatiche) sono riservati per tutti i Paesi.

Fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, comma 4 della legge 22 aprile 1941, n. 633 ovvero dall'accordo stipulato tra SIAE, AIE, SNS e CNA, CONFARTIGIANATO, CASA, CLAAI, CONFCOMMERCIO, CONFESERCENTI il 18 dicembre 2000.

Sommario

Presentazione di MAURO PALMA IX

MARCO PELISSERO, LAURA SCOMPARIN, GIOVANNI TORRENTE
Premessa XIII

SEZIONE PRIMA

Le persone

PERLA ARIANNA ALLEGRI, BARBARA GIORS, MICHELE MIRAVALLE
Salute mentale e questione criminale: dal superamento normativo degli OPG all'attuazione della riforma 3

DANIELA RONCO
La categoria sociologica della pericolosità e il trattamento delle eccedenze. Il caso dei cripto-imputabili 35

TOMMASO TRINCHERA
La nozione di infermità mentale nella giurisprudenza penale 55

FILIPPO PENNAZIO, VINCENZO VILLARI
L'imputabilità e l'ampliamento della nozione di infermità di mente. I disturbi di personalità e il problema dei cripto-imputabili 79

ANDREA CABIALE
L'accertamento giudiziale della pericolosità sociale fra presente e futuro 93

MARCO PELISSERO
Misure di sicurezza terapeutiche e mutazioni della pericolosità sociale 127

- GABRIELE ROCCA, CATERINA BOSCO
*Tra pericolosità sociale e bisogno di cura: i difficili equilibri
tra approccio giudiziale, concezione psicologica e conce-
zione psichiatrica della pericolosità* 155
- GEORGIA ZARA
*La valutazione del rischio nel percorso di costituzione delle
REMS. Criticità e prospettive future* 185

SEZIONE SECONDA

I luoghi

- GIUSEPPE DI GIUDA, ELENA SEGHEZZI
*L'edilizia penitenziaria, dal controllo alla cura: dai manicomi
alle Residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza* 209
- GIOVANNI TORRENTE
È quello delle REMS un caso di deistituzionalizzazione? 225
- KARMA NATALI
*Vita quotidiana e diritti dei pazienti ricoverati nelle REMS:
i modelli di organizzazione interna* 255
- EMMANUELE PENCO
*La gestione della sicurezza nelle REMS: profili organizzati-
vi, giuridici, terapeutici* 279

SEZIONE TERZA

I percorsi

- PERLA ARIANNA ALLEGRI
*Le liste d'attesa per l'accesso in REMS. Modelli di tenuta tra
esigenze di cura ed aspirazioni securitarie* 305
- BARBARA GAGLIARDI
*La tutela della salute mentale degli «ex internati» tra orga-
nizzazioni pubbliche e private* 335
- MICHELE MIRAVALLE
*Non solo REMS. Le «altre» misure di sicurezza tra cura e
controllo* 357

Sommario VII

ANTONIO FRANCESCO MORONE
Dalle misure di sicurezza non detentive alle misure terapeutiche: cronaca di un percorso normativo incompiuto 385

GIULIA MANTOVANI
Applicazione provvisoria di misure di sicurezza e strumenti alternativi per il controllo e la cura 417

SEZIONE QUARTA
I contesti

LAURA SCOMPARIN
La valutazione della Corte europea dei diritti dell'uomo sulle limitazioni alla libertà personale imposte alle persone affette da patologie mentali: tra casi e principi, una progressiva crescita di attenzione per diritti fondamentali a rischio amplificato 461

ANNA COSTANTINI
Custodia e cura dell'infermo di mente-autore di reato nel modello tedesco delle «misure di miglioramento e sicurezza» 483

CAROLINE PELOSO
I modelli di sorveglianza e cura negli ordinamenti e nelle prassi europee: Francia 515

ANTONELLA MADEO
Le misure di sicurezza in Spagna 535

SOFIA CONFALONIERI
La cura e la custodia del soggetto psichiatrico autore di reato in Inghilterra 573

OSCAR CALAVITA
Le misure di sicurezza e la loro esecuzione nei Paesi scandinavi 595

Notizie sugli autori 615

ANTONELLA MADEO

Le misure di sicurezza in Spagna

SOMMARIO: 1. Le misure di sicurezza nell'ordinamento spagnolo prima del codice penale del 1995. - 1.1. Il codice penale del 1928. - 1.2. La *ley de vagos y maleantes*. - 1.3. La *ley de peligrosidad y rehabilitación social*. - 1.4. La Costituzione del 1978: i principi applicabili alle misure di sicurezza; i problemi di incompatibilità della *ley de peligrosidad y rehabilitación social*. - 2. Le misure di sicurezza nel codice penale del 1995. I principi fondamentali del *Título preliminar*. - 2.1. *Segue*. I principi di proporzionalità e di necessità delle misure di sicurezza. - 3. I presupposti applicativi. - 4. I destinatari delle misure di sicurezza. - 5. Tipologia delle misure di sicurezza. - 6. Determinazione del tipo e della durata delle misure di sicurezza. - 7. Esecuzione delle misure di sicurezza. - 8. Il tentativo fallito di riforma della disciplina delle misure di sicurezza nel c.p. spagnolo. - 9. Cenni alle misure per i minori.

1. *Le misure di sicurezza nell'ordinamento spagnolo prima del codice penale del 1995*

Il sistema del doppio binario, contraddistinto dalla compresenza, con autonoma disciplina da parte della legge penale e applicazione, della pena, quale risposta punitiva alla commissione di un reato da parte di un soggetto imputabile e colpevole, e della misura di sicurezza, quale strumento penale di risocializzazione dell'autore del reato non imputabile e pericoloso, è stato ideato nella seconda metà dell'800, come noto, dal giurista svizzero Karl Stooss, che lo introdusse nel progetto preliminare di codice penale svizzero, dal medesimo elaborato su incarico del Consiglio federale svizzero¹.

In Spagna il modello ideato da Stooss venne recepito dal codice penale spagnolo del 1928, emanato subito dopo l'instaurazione della dittatura con un *golpe* del generale Primo de Rivera², mediante la

¹ K. STOOSS, *Vorentwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch*, Bern, 1893.

² F. MORA RODRIGUEZ, *Aspectos de la evolución histórica del derecho penal español en su contexto sociopolítico*, in *Revista de estudios de ciencia policial*, n. 36, 1996, p. 34.

previsione della pena per i soggetti ritenuti penalmente responsabili di un reato e della misura di sicurezza per gli autori di un reato – sia penalmente responsabili, sia irresponsabili – dichiarati pericolosi.

Pur mancando nei codici penali precedenti la previsione del doppio binario, quello del 1848 ne conteneva già una sorta di abbozzo, seppure più in funzione di garanzia della sicurezza sociale che di ri-socializzazione e rieducazione dell'autore del reato. Questo, nell'escludere la responsabilità penale dell'autore di un delitto commesso in stato di disturbo mentale, imponeva al giudice l'internamento del reo in un ospedale per soggetti affetti da malattia mentale, se il delitto era grave, oppure l'affidamento alla famiglia con pagamento di una cauzione, a garanzia della non commissione in futuro di altri reati, se il delitto non era grave, per un tempo indeterminato, lasciato alla decisione del giudice³. L'internamento in ospedale per infermi di mente e l'affidamento alla famiglia erano sostanzialmente misure di sicurezza di neutralizzazione sociale dell'autore del delitto, anche se non richiedevano, quale presupposto, la pericolosità criminale, ma solo lo stato di infermità mentale, prendendo in considerazione, ai fini della scelta tra le due misure, esclusivamente la gravità del reato, senza che avesse alcuna rilevanza la personalità del soggetto, il tipo e il grado di disturbo mentale. Inoltre, il codice del 1848 aveva introdotto la *vigilancia de la autoridad* – «antenata» della misura di sicurezza della libertà vigilata – applicata ai condannati per il delitto di vagabondaggio o mendicizia, con cui veniva in un certo senso abbozzato il sistema del doppio binario: la sua irrogazione, infatti, era congiunta alla pena della *prisión correccional* ed era diretta a controllare il soggetto, dopo l'esecuzione della pena detentiva. Ciò induce a pensare che non fosse finalizzata a punire, bensì a neutralizzare un autore di reato, in quanto ritenuto un pericolo per la società⁴.

La disciplina del codice penale del 1848 venne ribadita dal codice penale del 1870, nel quale, inoltre, per la prima volta venne effettuata una classificazione delle infermità mentali che rendevano il soggetto penalmente irresponsabile (*loco e imbecil*), basata su quella elaborata dalla scienza psichiatrica dell'epoca, che includeva anche l'epilessia e distingueva tra infermità congenite e acquisite⁵.

³ Art. 8 c.p. 1948.

⁴ Il delitto di vagabondaggio e di mendicizia, essendo punito in ragione di un presunto perturbamento dell'ordine pubblico, rappresentava per la dottrina un chiaro esempio di diritto penale d'autore (J. TERRADILLOS BASOCO, *Peligrosidad social y Estado de derecho*, Madrid, 1981, p. 41).

⁵ A. ALONSO DE ESCAMILLA, *Enajenación mental y medidas aplicables a su tra-*

1.1. *Il codice penale del 1928*

Il codice penale del 1928 che, come si è detto, diede ingresso al doppio binario, pur essendo un codice frutto della dittatura, prevedeva un sistema garantista, tipico di uno stato di diritto. Stabiliva, infatti, parimenti per le pene e per le misure di sicurezza, le garanzie del principio di legalità, secondo il quale erano applicabili solo quelle previste dalla legge e nei casi da essa espressamente individuati⁶; e del principio di giurisdizionalità, in base al quale dovevano essere irrogate esclusivamente da un giudice ordinario con un procedimento penale⁷.

La loro applicazione era subordinata al presupposto della pericolosità sociale criminale (*peligrosidad social criminal*), intesa come condizione personale consistente nella particolare predisposizione a delinquere, intesa come probabilità di commettere in futuro reati da parte dell'autore di un delitto o di una contravvenzione, che doveva essere accertata e valutata discrezionalmente dal giudice⁸.

Destinatari delle misure di sicurezza erano sia i soggetti penalmente responsabili, sia i penalmente irresponsabili, sia le persone giuridiche.

Nel primo caso esse erano irrogate congiuntamente alla pena, con esecuzione simultanea, laddove la natura della misura di sicurezza lo consentisse; altrimenti dopo che la pena fosse stata scontata. Quest'ultima ipotesi si verificava nei confronti dei delinquenti abituali e dei delinquenti incorreggibili, quando il giudice, in sentenza, avesse irrogato sia la pena privativa della libertà personale prevista per il delitto commesso, sia la misura di sicurezza dell'internamento in uno stabilimento speciale, in quanto avesse valutato e dichiarato la pericolosità sociale criminale del soggetto⁹.

L'irresponsabilità penale era dichiarata dal giudice nei confronti di coloro che avessero commesso un reato in stato di accertata incoscienza, perturbazione o deficienza mentale di origine patologica, non indotto volontariamente dal soggetto, e di tale entità da escludere del tutto la capacità di comprendere l'illiceità del proprio com-

tamiento, in *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 1991, p. 471. Per approfondimenti sull'evoluzione storica delle misure di sicurezza in Spagna, con particolare riguardo ai codici penali del XIX secolo, cfr. J. TERRADILLO BASOCO, *Peligrosidad social*, cit.

⁶ Artt. 1, c. 2 e 90 c.p. 1928.

⁷ Artt. 91 e 92 c.p. 1928.

⁸ Art. 71 c.p. 1928.

⁹ Art. 157 c.p. 1928.

portamento o la volontà di agire conformemente alla propria rappresentazione¹⁰. L'art. 95, ispirandosi alla disciplina del codice penale del 1848, imponeva, in tal caso, l'internamento nel manicomio giudiziale, finalizzato al trattamento dell'infermità mentale, se il delitto commesso era astrattamente punibile con una pena grave; se, invece, era punibile con una pena non grave, era rimessa alla discrezionalità del giudice la scelta tra l'internamento in un manicomio giudiziale o in altra struttura che, secondo la prudente valutazione del giudice, offrisse analoghe garanzie, oppure l'affidamento alla famiglia che ne facesse richiesta e si obbligasse alla custodia del soggetto con una cauzione fissata dal giudice. Nei confronti dell'infermo di mente autore di una contravvenzione, dichiarato penalmente irresponsabile, l'art. 98 lasciava al giudice la valutazione discrezionale in ordine all'opportunità o non dell'internamento in un manicomio giudiziale.

L'irresponsabilità era dichiarata dal giudice anche nei confronti del tossicodipendente, dell'alcolodipendente e dell'alcolista abituale, autore di un delitto, se tale stato avesse reso il soggetto del tutto incapace di comprendere l'illiceità del proprio comportamento¹¹. In tal caso il giudice valutava l'opportunità di ordinare o non l'internamento in uno stabilimento o asilo speciale destinato alla cura della dipendenza¹². Qualora, invece, ritenesse l'autore capace di discernimento nel momento del compimento del reato, il giudice pronunciava la condanna alla pena prevista per il fatto commesso e, se riteneva sussistente la pericolosità, ossia la probabilità di ricommettere reati, aggiungeva la suddetta misura di sicurezza da eseguirsi congiuntamente.

Il codice del 1928 elencava in modo tassativo le misure di sicurezza applicabili ai soggetti pericolosi, distinte in quattro tipologie, a seconda della loro natura¹³: privative della libertà personale (internamento nel manicomio giudiziale, internamento nell'asilo o nello stabilimento speciale per alcol-tossicodipendenti, internamento nella casa di lavoro per i vagabondi, detenzione nello stabilimento speciale per delinquenti abituali e incorreggibili); restrittive della libertà personale (la vigilanza da parte dell'autorità, l'espulsione dello straniero, il divieto di recarsi nel luogo di residenza della vittima o in quello in cui si è commesso il delitto); privative di diritti (la privazione di uno o più diritti civili, la sospensione dell'esercizio di un incarico, lavoro, professione o arte); patrimoniali (la cauzione di condotta, la pubbli-

¹⁰ Art. 55 c.p. 1928.

¹¹ Art. 104.

¹² Art. 133.

¹³ Art. 90.

cazione della sentenza a spese del condannato, la confisca dei mezzi di commissione del delitto o del provento). Inoltre, prevedeva alcune misure di sicurezza specificamente per le persone giuridiche, come l'estinzione dell'ente e la sospensione dell'attività.

Per ciascuna il codice stabiliva modalità di esecuzione e durata massima. Quest'ultima, tuttavia, era indeterminata¹⁴ per le misure di sicurezza della detenzione negli stabilimenti speciali per delinquenti abituali e incorreggibili, nonché per l'internamento nel manicomio giudiziale degli autori di reato dichiarati irresponsabili per infermità mentale: ciò in quanto non era possibile predeterminare il tempo necessario alla cessazione della pericolosità criminale dei predetti soggetti.

Il sistema delle misure di sicurezza delineato dal codice del 1928 si dimostrò da subito di difficile attuazione in ragione della mancanza di stabilimenti di esecuzione specifici per le categorie di soggetti al cui trattamento erano destinati, nonché per la carenza di mezzi e di personale idoneo; un problema che in Spagna si ripeté anche nella vigenza delle legislazioni successive¹⁵.

1.2. *La ley de vagos y maleantes*

Il codice penale del 1928 ebbe breve vita, in quanto l'avvento nel 1931 della seconda repubblica portò alla sua abrogazione e all'approvazione di un codice penale liberale nel 1932, oltre che alla emanazione da parte del nuovo governo democratico di un'amnistia generale.

Proprio l'amnistia e il clima liberale della seconda repubblica determinarono, peraltro, problemi di ordine pubblico, in particolare un incremento della delinquenza e la diffusione nella popolazione di soggetti che, pur non delinquendo, erano dediti a una vita improduttiva e immorale¹⁶, facilitante, a giudizio del governo, la commissione di delitti e, quindi, costituente un pericolo per la società¹⁷. Al fine di arginare questo fenomeno in modo legale, senza lasciare all'azione violenta e abusiva della polizia la «pulizia» delle città, venne emanata una legge speciale, la *ley de vagos y maleantes* (legge dei vagabondi e dei malviventi) del 4.8.1933¹⁸. La legge era necessaria anche perché

¹⁴ Art. 157.

¹⁵ E. LASO GAÑE, *Crónica de la Codificación Española. Codificación penal*, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1970, p. 696.

¹⁶ In particolare, mendicanti, vagabondi, «ruffiani».

¹⁷ A. JORGE BARREIRO, *Reflexiones sobre la regulación de las medidas de seguridad en el nuevo Código penal español*, in *Jueces para la democracia*, 1996, p. 46.

¹⁸ L. JIMÉNEZ DE ASUA, *Ley de vagos y maleantes. Un ensayo legislativo sobre*

il codice penale liberale del 1932, a differenza del codice penale del 1928, non prevedeva una disciplina organica e completa delle misure di sicurezza. La *ley de vagos y maleantes* rimase in vigore anche alla caduta della seconda repubblica, durante la dittatura di Francisco Franco e sotto la vigenza del codice penale del 1944.

La principale peculiarità e novità della *ley de vagos y maleantes* era rappresentata dal fatto di prevedere e disciplinare unitariamente come *medidas de seguridad* (misure di sicurezza) sia le misure volte a eliminare la pericolosità criminale degli autori di delitti, sia le misure di risocializzazione dirette a soggetti considerati pericolosi sociali per il loro stile di vita, pur non essendo autori di reato. La legge del 1933, quindi, riconduceva alla categoria «misure di sicurezza», senza alcuna distinzione di disciplina, sia quelle *post delictum*, sia le misure di prevenzione *ante delictum*: un'equiparazione fondata su una *ratio* di difesa sociale¹⁹. Peraltro, tale uniformità appariva aberrante e non conforme a uno stato di diritto, tenuto conto che entrambe prevedevano (anche) la privazione della libertà, pur in assenza del previo accertamento della commissione di un reato. Inoltre, le misure di sicurezza *ante delictum* erano più numerose ed avevano un ambito di applicazione più esteso rispetto a quello delle misure di sicurezza *post delictum*.

La pericolosità sociale, presupposto delle misure di sicurezza «pre-delittuose», non era definita dalla legge ma individuata dalla stessa attraverso la previsione casistica di specifiche condizioni personali, come quella di vagabondi, mendicanti, omosessuali, protettori e ruffiani, alcolisti abituali, tossicodipendenti, soggetti che frequentavano delinquenti o luoghi dove si radunavano delinquenti.

La legge era stata da subito fortemente criticata in dottrina. In primo luogo, in ragione dell'indeterminatezza del presupposto della pericolosità sociale, che, come sopra evidenziato, non era definito

peligrosidad sin delito, in *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, vol. 163, 1933, p. 635. Per approfondimenti sulle misure di sicurezza nella legge del 1933 cfr. anche SILVA MELERO, *Las medidas de seguridad en el derecho penal contemporaneo. Estado actual del problema*, in *Revista de la Facultad de Derecho de Oviedo*, 1944, p. 17 ss.; OLESA MUÑIDO, *Las medidas de seguridad*, Barcelona, 1951; F. BUENO ARÚS, *La peligrosidad social y la legislación española*, in *Revista Razón y Fe*, 1971, p. 490; LANDECHO, *Peligrosidad social y peligrosidad criminal*, in AA.VV., *Peligrosidad social y medidas de seguridad*, Valencia, 1974, p. 251 ss.; A. JORGE BARREIRO, *Las medidas de seguridad en la reforma penal española*, in AA.VV., *Politica criminal y reforma penal. Libro homenaje al profesor. D. Juan del Rosal*, Madrid, 1993, p. 715.

¹⁹ In dottrina si è evidenziato che si trattava di «una legge di difesa sociale biologica volta a difendere la società contro soggetti temibili anche prima di commettere delitti» (L. JIMÉNEZ DE ASUA, *Ley de vagos*, cit., p. 634).

e finiva per ingenerare confusione e ambiguità tra le categorie della pericolosità sociale (*peligrosidad social*) prescindente dalla commissione di un reato e della pericolosità criminale (*peligrosidad criminal*) presupponente la commissione di un delitto²⁰.

In secondo luogo, perché aveva determinato un'espansione del diritto penale preventivo che, come si è poc'anzi evidenziato, era irragionevole e ingiustificabile in uno stato di diritto nella misura in cui prevedeva misure privative della libertà personale in assenza di commissione di un reato²¹.

Infine, era criticato il fatto, analogo a quanto evidenziato con riguardo alle misure di sicurezza del c.p. del 1928, che mancassero stabilimenti *ad hoc* per l'esecuzione delle misure di sicurezza *ante* e *post delictum* privative della libertà, cosicché esse venivano scontate all'interno dei penitenziari²², cioè in strutture del tutto inadatte alla funzione rieducativa o terapeutica. Tale carenza aveva l'effetto di rendere le misure di sicurezza punitive, anziché risocializzanti, con una vera e propria frode delle etichette. Una punizione che risultava doppia nei confronti dei soggetti imputabili autori di un delitto, in quanto le misure di sicurezza *post delictum* erano applicate secondo un rigido sistema di esecuzione cumulativa con la pena²³. Punizione poi del tutto ingiustificabile quando si trattava di misure di sicurezza *ante delictum*, cioè di misure applicate a soggetti socialmente pericolosi che non avevano commesso alcun reato.

Per evitare questi effetti aberranti, quindi, i giudici tendevano ad irrogarle il meno possibile²⁴, tenuto conto che l'applicazione era rimessa alla loro discrezionalità.

Complessivamente il sistema di misure di sicurezza introdotto dalla *ley de vagos y maleantes* non aveva una reale finalità di rieducazione e di risocializzazione di soggetti pericolosi, bensì di neutralizzazione degli stessi, di difesa sociale e di ristabilimento dell'ordine pubblico.

²⁰ Così L. JIMÉNEZ DE ASUA, *Ley de vagos*, cit., p. 627; F. BUENO ARÚS, *La peligrosidad*, cit., p. 492; A. JORGE BARREIRO, *La medidas*, cit., p. 727.

²¹ A. JORGE BARREIRO, *Reflexiones*, cit., p. 47.

²² Fatta eccezione per i soggetti affetti da malattia mentale, che venivano internati in centri per la cura delle infermità mentali, e per gli alcolisti e tossicomani abituali, internati pure in centri speciali per la cura delle dipendenze.

²³ Laddove la loro natura lo consentisse, le misure di sicurezza venivano eseguite simultaneamente alla pena; altrimenti dopo di questa.

²⁴ In tal senso A. JORGE BARREIRO A., *Reflexiones*, cit., p. 47; V. FAIRÉN GUIL-LÉN, *Prevención y represión desde un punto de vista procesal*, in *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 1971, p. 48.

1.3. *La ley de peligrosidad y rehabilitación social*

La *ley de vagos y maleantes* venne abrogata e sostituita dalla *ley de peligrosidad y rehabilitación social* (legge della pericolosità e riabilitazione sociale) del 4.8.1970, n. 16.

Questa non cambiò il sistema precedente, in quanto era informata agli stessi principi di difesa sociale e aveva una disciplina sostanzialmente invariata.

Al pari della legge del 1933, faceva rientrare in un'unica grande categoria di *medidas de seguridad* sia le misure di prevenzione *ante delictum* destinate ai soggetti pericolosi sociali che non avevano commesso reati, sia le misure di sicurezza *post delictum* per gli autori di delitti dichiarati pericolosi. Inoltre, anch'essa non dava una definizione di pericolosità sociale, ma descriveva, in un elenco tassativo, comportamenti, stati e condizioni personali che facevano presumere il rischio di commissione di reati. Come la legge del 1933, stabiliva, per la maggior parte delle misure di sicurezza, limiti minimi e massimi di durata, salvo che per i malati di mente, gli alcolisti abituali e i tossicodipendenti: il loro internamento, rispettivamente in stabilimenti di preservazione e in case di temperanza, non aveva una durata predeterminata, ma permaneva finché la malattia o lo stato di dipendenza non fosse stato curato o, nell'impossibilità di una cura definitiva, fosse cessata la pericolosità sociale; quindi astrattamente poteva durare tutta la vita.

Peraltro, diversamente dalla legge del 1933, che le lasciava alla discrezionalità del giudice, essa imponeva obbligatoriamente l'applicazione delle misure di sicurezza, sia quelle *ante delictum*, sia quelle *post delictum*, come si evince dall'espressione verbale «*se les aplicarán*» (si applicheranno)²⁵.

La *ley de peligrosidad y rehabilitación social* prevedeva un catalogo di ipotesi di pericolosità sociale ancor più nutrito rispetto a quello già esteso della legge del 1933, soprattutto in virtù della legge modificatrice 28.11.1974, che aveva anche inasprito la disciplina, rendendola più repressiva, per far fronte a esigenze di ordine pubblico, sempre più sentite nell'ultimo periodo della dittatura franchista²⁶.

L'identità di principi e contenuti fondamentali del sistema delle misure di sicurezza previsto dalla legge del 1970 rispetto a quelli del sistema del 1933 fece sì che le critiche mosse a quest'ultimo venisse-

²⁵ La *ley de vagos y maleantes*, invece, usava l'espressione verbale «*podrán ser*» (potranno essere). In tal senso V. FAIRÉN GUILLÉN, *Prevención*, cit., p. 15.

²⁶ A. JORGE BARREIRO, *Reflexiones*, cit., p. 47.

ro riproposte nei confronti della legge posteriore, in quanto questa non era stata in grado di correggerne i difetti. In particolare, permanevano: l'indeterminatezza del concetto di pericolosità sociale e, conseguentemente, la sua ambiguità e confondibilità con il concetto di pericolosità criminale²⁷; l'ingiustificabilità, in uno stato di diritto, di misure di sicurezza non fondate sulla previa commissione di un reato, soprattutto quando privative della libertà personale e di durata indeterminata²⁸, per di più (cosa che invece non era prevista nella legge del 1933) con applicazione obbligatoria; la mancanza di stabilimenti di cura, di disintossicazione e di educazione, cosicché le misure di sicurezza privative della libertà erano eseguite negli istituti penitenziari²⁹, con l'effetto aberrante della doppia punizione dei soggetti pericolosi criminali imputabili³⁰, dato che anche la legge del 1970 prevedeva il rigido sistema di esecuzione cumulativa della pena e della misura di sicurezza.

1.4. *La Costituzione del 1978: i principi applicabili alle misure di sicurezza; i problemi di incompatibilità della ley de peligrosidad y rehabilitación social*

Dopo la morte di Francisco Franco nel 1975, in Spagna si assiste al passaggio dalla forma di governo della dittatura a quella della monarchia parlamentare, che determina un cambiamento radicale e complesso, necessitante la riforma della legislazione di ogni settore. Momento fondamentale è la promulgazione della Costituzione nel 1978, con la

²⁷ In tal senso V. FAIRÉN GUILLÉN, *El tratamiento procesal de la peligrosidad sin delito*, in *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 1972, p. 51; A. SERRANO GOMÉZ, *La ley de peligrosidad y rehabilitación social*, in *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 1974, p. 228; J.M. MORENILLA RODRÍGUEZ, *El concepto de peligrosidad social en el derecho español*, in *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 1979, p. 319.

²⁸ R.D. DÍEZ SANTOS e E. FABIÁN CAPARRÓS, *Las medidas de seguridad en el ordenamiento español*, in AA.VV., *Reflexiones sobre las consecuencias jurídicas del delito*, Madrid, 1995, p. 201.

²⁹ Così A. DE LA OLIVA SANTOS, *Aspectos procesales de la ley de peligrosidad y rehabilitación social y su reglamento*, in *Revista procesal Iberoamericana*, 1972, p. 659; J.M. MORENILLA RODRÍGUEZ, *La aplicación de la ley de peligrosidad y rehabilitación social: dificultades prácticas y aproximación a una solución*, in *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 1977, p. 68; A. JORGE BARREIRO, *Reflexiones*, cit., p. 47.

³⁰ J. DÍAZ e MAROTO Y VILLAREJOD, *Las medidas de seguridad y corrección*, in *Actualidad penal*, 1991, p. 462; R. DÍAZ SANTOS, *Las medidas de seguridad en el ordenamiento español*, in AA.VV., *Reflexiones sobre las consecuencias jurídicas del delito*, Madrid, 1995, p. 204.

quale viene data reale attuazione allo Stato di diritto, soprattutto grazie al riconoscimento di una serie di garanzie, libertà e diritti fondamentali a tutti i consociati, che la dittatura aveva annullato, trasformandone l'esercizio, in alcuni casi, in fatti penalmente rilevanti³¹.

L'art. 25, c. 2, Cost. conferma implicitamente il sistema del doppio binario, sancendo che «le pene limitative della libertà e le misure di sicurezza dovranno tendere alla rieducazione e al reinserimento sociale»³².

La norma sancisce che la funzione della misura di sicurezza va individuata nella rieducazione e risocializzazione del soggetto autore di un delitto. Secondo un'interpretazione consolidata in dottrina³³ e nella giurisprudenza costituzionale³⁴, la misura di sicurezza deve avere l'unico fine di reinserimento sociale – diversamente dalla pena che, oltre ad esso, ha anche altre funzioni, *in primis* quella retributiva³⁵ –, da perseguirsi con mezzi idonei, ma ciò non implica anche la necessità del raggiungimento di tale risultato, né, qualora la risocializzazione non sia possibile, la misura deve in via subordinata essere mantenuta in funzione di neutralizzazione della pericolosità sociale. Secondo una parte minoritaria della dottrina spagnola³⁶, la funzione risocializzante/rieducativa delle misure di sicurezza, pur primaria, è affiancata da una funzione secondaria e accessoria di protezione

³¹ Basti pensare allo sciopero, alla manifestazione del pensiero e all'associazione, che erano diventati reati nel codice penale del 1944 e poi in quello del 1973, mentre la Costituzione del 1978 li ha riconosciuti e garantiti come diritti di tutti.

³² L'espressione «tendere alla rieducazione» è usata anche dalla nostra Costituzione, all'art. 27, c. 3, che, però, la riferisce solo alle pene.

³³ Cfr. J.L. Díez RIPOLLÉS, *Derecho penal español. Parte general*, 5ª ed., Valencia, 2020, p. 50; A. URRUELA MORA, *Las medidas de seguridad y reinserción social en la actualidad. Especial consideración de las consecuencias jurídico-penales aplicables a sujetos afectados de anomalía o alteración psíquica*, Granada, 2009, p. 19 ss.; L. GRACIA MARTÍN, *Las medidas de seguridad social y reinserción social*, in *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, Id., M. Boldova Pasamar e C. Alatuey Dobón, Valencia, 2006, p. 429 ss.; J. CEREZO MIR, *Curso de derecho penal en español. Parte general. Introducción*, vol. I, 6ª ed., Madrid, 2004, p. 34 ss.; L. VARELA CRESPO, *Las medidas de seguridad. Salud mental y justicia. Problemática civil y penal. La Peligrosidad*, in *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1994, p. 303; J. TERRADILLOS BASOCO, *Peligrosidad*, cit., p. 24; A. SERRANO GÓMEZ, *La función preventiva del derecho penal*, in *Cuadernos de Política Criminal*, 1978, p. 78.

³⁴ *Sentencia Tribunal Constitucional (STC) 22.4.1998*, n. 28, in *hj.tribunalconstitucional.es*; Id. 21.1.1987, n. 2, *ivi*.

³⁵ J.L. Díez RIPOLLÉS, *Derecho*, cit., p. 49.

³⁶ Cfr. J. CUELLO CONTRERAS, *El derecho penal español. Parte general*, 3ª ed., Madrid, 2002, p. 138 ss.; A.J. SANZ MORÁN, *Las medidas de corrección y de seguridad en el derecho penal*, Valladolid, 2003.

(*protección*)³⁷, detta anche di securitarismo (*seguramiento*) o neutralizzazione (*inocuidación*)³⁸.

Pur essendo menzionate soltanto nell'art. 25, c. 2, le misure di sicurezza godono di tutte le garanzie attribuite dalla Costituzione alle pene, in quanto anch'esse lo sono, potendo comportare la privazione della libertà personale e conseguendo alla commissione di un delitto.

Ad esse si applicano, pertanto, i principi di riserva di legge e irretroattività³⁹, di giurisdizionalità⁴⁰, di proporzionalità⁴¹, nonché, per quanto concerne la loro esecuzione, di umanità e rispetto della dignità personale⁴².

Il presupposto della commissione di un delitto si evince implicitamente dal primo comma dell'art. 25, ai sensi del quale «nessuno può essere condannato o punito per azioni od omissioni che nel momento in cui si verificano non costituiscano delitto o violazione amministrativa, secondo la legislazione vigente in quel momento»⁴³. La disposi-

³⁷ Alcune sentenze del *Tribunal supremo penal* hanno affermato che le misure di sicurezza svolgono una duplice funzione, di risocializzazione del reo, da un lato, e di protezione della vittima dall'altro. Cfr. *Sentencia Tribunal Supremo* (STS) 1° .2.2012, n. 216, in www.poderjudicial.es; Id. 24.4.2007, n. 345, *ivi*.

³⁸ Secondo alcuni la funzione di neutralizzazione sarebbe ammissibile solo nei limiti in cui le misure di sicurezza rispettino le garanzie e i diritti costituzionali di chi vi è sottoposto (C.M. ROMEO CASABONA, *El tratamiento jurídico del enfermo mental en el Consejo de Europa y el sistema de garantías en el derecho español*, in *Actualidad penal*, 1991, p. 341).

³⁹ Art. 25, c. 1 Cost.

⁴⁰ La giurisdizionalità delle misure di sicurezza, ossia la garanzia che esse siano irrogate da un giudice penale mediante procedimento penale (per tutte le tutele che questo offre) viene desunto dall'art. 24, c. 1 Cost. (tutti hanno diritto al giudice naturale predeterminato dalla legge), in combinato disposto con l'117, c. 3 Cost (l'esercizio dell'attività giurisdizionale spetta esclusivamente ai giudici determinati dalle leggi, secondo le norme di competenza e procedimento che le stesse stabiliscono). In tal senso S. MIR PUIG, *Bases constitucionales de derecho penal*, Madrid, 2011, p. 40 ss.; J. TERRADILLOS BASOCO, *Peligrosidad*, cit., p. 207.

⁴¹ Il principio di proporzionalità è implicitamente ricavato da alcuni diritti e principi riconosciuti dalla Costituzione: la giustizia, la libertà e l'uguaglianza che l'art. 1, c. 1 proclama quali valori superiori dell'ordinamento giuridico spagnolo; il principio di legalità e il divieto di arbitrio dei pubblici poteri, garantiti dall'art. 9 c. 3; la dignità della persona, i diritti inviolabili a questa connaturati, il libero sviluppo della personalità, il rispetto della legge e dei diritti altrui, che costituiscono, ai sensi dell'art. 10, c. 1, il fondamento dell'ordine pubblico e della pace sociale. Cfr. STC 28.3.1996, n. 55, in hj.tribunalconstitucional.es.

⁴² L'art. 15 Cost., sancisce, infatti, che nessuno può essere sottoposto a tortura, né a pene o trattamenti inumani o degradanti.

⁴³ Art. 25, c. 1 Cost: «*Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento*» (Nessuno può essere

zione garantisce così, oltre al principio di legalità formale (nei corollari della riserva di legge e dell'irretroattività), anche che l'irrogazione di qualsiasi pena, misura di sicurezza, sanzione amministrativa trovi fondamento nella commissione, rispettivamente, di un delitto o di un illecito amministrativo. Con tale previsione la Costituzione ha inteso escludere che una sanzione di natura penale – sia essa pena o misura di sicurezza – possa conseguire a condotte o stati personali non costituenti reato, come invece prevedeva la legge del 1970 e in precedenza quella del 1933 in relazione alle *medidas de seguridad predelictivas*.

Di conseguenza, come ha evidenziato la dottrina⁴⁴, con l'entrata in vigore della Costituzione, la *ley de peligrosidad y rehabilitación social* divenne incompatibile con l'art. 25, c. 1 Cost. nella parte in cui prevedeva *medidas de seguridad predelictivas*, ossia misure di sicurezza imposte in ragione di comportamenti, condizioni personali o stili di vita non costituenti reato, ma che, ciò nonostante, il legislatore riteneva indice di probabilità di commissione in futuro di reati (*peligrosidad social*).

Per evitare la dichiarazione di incostituzionalità delle disposizioni della legge del 1970 che prevedevano le predette misure, costituenti le più numerose *medidas de seguridad*, il legislatore, in concomitanza con l'entrata in vigore della Costituzione, promulgò una legge di riforma liberale della *ley de peligrosidad y rehabilitación social*⁴⁵, che abolì qualche fattispecie di pericolosità sociale cui, fino ad allora, si applicavano obbligatoriamente misure di sicurezza *ante delictum*. Secondo autorevole dottrina⁴⁶, ciò avvenne, in alcuni casi, in ragione

condannato o punito per azioni od omissioni che al momento della loro commissione non costituiscono delitto, contravvenzione o violazione amministrativa, secondo la legislazione in vigore in quel momento). La disposizione, nella versione attuale, fa riferimento soltanto al *delito* e alla *infracción administrativa*, a seguito della grande depenalizzazione attuata dalla *ley organica* n. 1 del 2015, che ha abolito tutte le contravvenzioni (*faltas*) previste dal codice penale (con abrogazione del terzo libro) e dalla legislazione speciale, trasformandole in illeciti amministrativi, salvo alcune fattispecie che il legislatore ha ritenuto sufficientemente gravi da elevare a delitti.

⁴⁴ Cfr. J. TERRADILLOS BASOCO, *Peligrosidad*, cit., p. 10; R. DEL RIEGO DE LUCAS e T. SÁNCHEZ NUÑEZ, *Las medidas de seguridad y la Constitución*, in *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 1993, p. 428; T.S. VIVES ANTON, *Constitución y medidas de seguridad*, in *Poder judicial*, 1986, p. 94.

⁴⁵ La legge di riforma della *ley de peligrosidad y rehabilitación social* era stata promulgata il 26.12.1978; la Costituzione, approvata dal Congresso del Senato e dei Deputati il 31.10.1978, poi ratificata dalla popolazione con un *referendum* del 6.12.1978, era entrata in vigore il 27.12.1978.

⁴⁶ A. JORGE BARREIRO, *La reforma de 1978 de la ley de peligrosidad y rehabilitación social*, in *Comentarios de la legislación penal*, M. Cobo, vol. II, Madrid, 1983, p. 506 ss.; ID., *Reflexiones*, cit., p. 47.

della loro vaghezza, indeterminatezza⁴⁷; in altri, in virtù del principio del *ne bis in idem*⁴⁸, essendo previste, oltre che come fattispecie di pericolosità sociale, anche come delitti⁴⁹. L'abrogazione di altre ancora, a nostro parere, trovava fondamento nel fatto che alcune condotte, con l'entrata in vigore della Costituzione, erano diventate manifestazione di diritti e libertà personali e quindi non potevano giustificare l'applicazione di sanzioni, come ad esempio la frequentazione abituale di delinquenti, rientrando nel diritto di riunione, o di luoghi frequentati da delinquenti, espressione della libertà di circolazione⁵⁰.

Negli anni Ottanta del secolo scorso, in varie sentenze il *Tribunal constitucional*⁵¹ affermò che la *ley de peligrosidad y rehabilitación social*, nella parte relativa alla disciplina delle *medidas de seguridad predelictivas*, violava i principi costituzionali di legalità⁵², di presunzione di innocenza⁵³ e, in talune ipotesi, come si è poc'anzi evidenziato, di *ne bis in idem*. Peraltro, tali decisioni, essendo state pronunciate su *recursos de amparo* (ricorsi di tutela) per violazione di diritti costituzionali, proposti da soggetti ai quali i giudici ordinari avevano imposto misure di sicurezza *ante delictum*, avevano efficacia soltanto nei confronti dei ricorrenti e non *erga omnes*⁵⁴. Quindi, avevano de-

⁴⁷ Ad esempio, la condizione di infermità mentale di soggetti che, a causa dello stato di abbandono in cui vivevano o della mancanza di adeguato trattamento terapeutico, erano considerati un pericolo per la società (art. 3 della *ley de peligrosidad y rehabilitación social*).

⁴⁸ Il principio del *ne bis in idem* sostanziale, in realtà, non trova espressa consacrazione nella Costituzione spagnola ma, per interpretazione consolidata del *Tribunal constitucional*, è implicitamente garantito dal principio di legalità di cui all'art. 25, c. 1. Cfr. STC 3.10.1983, n. 77, in *hj.tribunalconstitucional.es*; Id. 23.5.1986, n. 66, *ivi*; Id. 15.10.1990, n. 154, *ivi*.

⁴⁹ Così, ad esempio, le ipotesi previste dall'art. 2, c. 2, n. 2 della *ley de peligrosidad y rehabilitación social*, relative ai protettori e ai ruffiani, cioè a coloro che, rispettivamente, sfruttano e agevolano la prostituzione.

⁵⁰ Fattispecie previste all'art. 2, rispettivamente al n. 3 e al n. 15.

⁵¹ STC 14.2.1986, n. 23, in *Boletín Oficial del Estado (B.O.E.)* del 5.3.1986, n. 55; Id. 19.2.1987, n. 21, in *B.O.E.* del 4.3.1987, n. 54; Id. 20.7.1987, n. 131, in *B.O.E.* del 11.8.1987, n. 191.

⁵² La violazione del principio di legalità, previsto dall'art. 25, c. 1 Cost., era da intendersi come principio in base al quale le misure di sicurezza – al pari delle pene e delle sanzioni amministrative – potevano essere applicate solo in conseguenza della commissione di un delitto previsto dalla legge.

⁵³ Art. 24, c. 2 Cost.

⁵⁴ Il *recurso de amparo*, ai sensi dell'art. 164 Cost., non consente la dichiarazione di illegittimità costituzionale di una disposizione di legge, bensì solo la disapplicazione della stessa nei confronti del soggetto il cui diritto costituzionale sia ritenuto dal *Tribunal constitucional* violato.

terminato la disapplicazione delle misure di sicurezza *ante delictum* nei casi decisi e non una dichiarazione di illegittimità costituzionale delle disposizioni della legge del 1970 relative alla disciplina delle *medidas de seguridad predelictivas*. Peraltro, avevano avuto l'effetto di disincentivare i giudici dall'applicarle da quel momento in poi.

La *ley de peligrosidad y rehabilitación social*, così, pur rimanendo in vigore in astratto, non ebbe più impiego in concreto in relazione alle misure *predelictivas*. Continuò, invece, ad essere applicata in relazione alle misure di sicurezza *post delictum*, ma non in tutte le ipotesi previste dalla legge del 1970⁵⁵, bensì solo nei casi e alle condizioni stabilite dall'art. 8 dell'allora vigente codice penale del 1973, ossia nei confronti degli autori di un delitto, riconosciuti in sede giudiziale penalmente irresponsabili in ragione dell'averlo commesso in stato di infermità mentale o di disturbo mentale transitorio⁵⁶, di sordomutismo dalla nascita o dall'infanzia tale da determinare un'assoluta carenza di istruzione⁵⁷ o, se il fatto era stato commesso in età inferiore a 16 anni, secondo i presupposti stabiliti dalla legge speciale sulla responsabilità penale dei minori.

La *ley de peligrosidad y rehabilitación social* venne formalmente espunta dall'ordinamento soltanto nel 1995, mediante abrogazione espressa disposta dal nuovo codice penale⁵⁸, che ha decretato la fine di un deprecabile sistema unitario di misure di sicurezza *ante delictum* e *post delictum* di difesa sociale.

2. Le misure di sicurezza nel codice penale del 1995. I principi fondamentali del Título preliminar

Oggi le misure di sicurezza non sono più previste, come in passato, da una legge speciale ma dal codice penale del 1995⁵⁹, il quale ne

⁵⁵ La legge del 1970, ad esempio, all'art. 4, prevedeva la possibilità di applicare alcune misure di sicurezza ai soggetti condannati per tre o più reati, sempre che il giudice ritenesse sussistente la loro pericolosità sociale.

⁵⁶ In tal caso nei confronti dell'autore del delitto il giudice doveva imporre l'internamento in un istituto destinato al trattamento di quella specifica patologia mentale a tempo indeterminato, cioè fino a quando avesse ritenuto adeguatamente trattata la patologia, così da ritenere non più probabile la ricaduta nel delitto.

⁵⁷ Con internamento obbligatorio e a tempo indeterminato in un centro di educazione per *anormales*.

⁵⁸ Disposizione abrogatrice unica, c. 1, lett. c) c.p.

⁵⁹ Per un'analisi del tortuoso cammino che ha portato all'emanazione del codice penale del 1995 si rinvia a F. PALAZZO e M. PAPA, *Lezioni di diritto penale comparato*, 3^a ed., Torino, 2013, p. 140 ss.

delinea una disciplina conforme alla Costituzione, recependo da essa i principi costituzionali di legalità e di giurisdizionalità.

Nella parte introduttiva del primo libro, dedicata ai principi fondamentali del diritto penale, chiamata *Título preliminar*, sono sanciti, parimenti per le pene e per le misure di sicurezza, i tre corollari del principio di legalità formale, ovvero riserva di legge, irretroattività e tassatività, nonché il principio di giurisdizionalità.

In ordine al principio di legalità, in dottrina se ne è rilevata in senso critico l'incorretta e parziale formulazione nel codice, in quanto è riferito solo ai presupposti per l'applicazione delle misure di sicurezza e non anche alla loro individuazione⁶⁰, dimenticanza che astrattamente potrebbe determinare il rischio che le misure in sé vengano stabilite da fonti sublegislative. L'art. 1, c. 2 c.p., infatti, sancisce che «le misure di sicurezza potranno essere applicate solo quando concorrano i presupposti stabiliti previamente dalla legge». La critica non appare condivisibile, tuttavia, in quanto, in realtà, l'art. 2, c. 1, nel prevedere il principio di irretroattività, lo riferisce espressamente alle leggi che stabiliscono le misure di sicurezza⁶¹.

Il principio di legalità, quindi, trova completa consacrazione in materia di *medidas de seguridad* nel c.p., che lo estende anche alla fase esecutiva. L'art. 3, c. 2 c.p., infatti, dispone: «né una pena né una misura di sicurezza può essere eseguita in modo diverso da quello prescritto dalla legge e dai regolamenti di esecuzione, né con circostanze o situazioni diverse da quelle espresse nel suo testo».

Il principio di irretroattività, altro corollario della legalità formale, è previsto al primo comma dell'art. 2 c.p. specificamente per le leggi che stabiliscono le misure di sicurezza; peraltro, esso non è assoluto ma temperato al secondo comma dal principio di retroattività della legge penale più favorevole al reo, che il legislatore spagnolo riferisce alla legge penale in generale, sia quella che disciplina il delitto, sia quella regolante le conseguenze di esso (pene e misure di sicurezza). In tal senso il codice spagnolo si discosta, in senso più garantista per il reo, da quello italiano il quale, all'art. 200 c.p., sancisce che le misure di sicurezza sono regolate dalla legge in vigore al tempo della loro applicazione o, qualora essa sia diversa da quella in vigore al momento dell'esecuzione, da quella vigente al tempo dell'esecuzione, a prescindere dall'essere più favorevole o sfavorevole al reo: la *ratio* della diversa e, in alcuni casi, più severa disciplina italiana rispetto a

⁶⁰ A. JORGE BARREIRO, *Reflexiones*, cit., p. 48.

⁶¹ Art. 2, c. 1 c.p.: «Ugualmente (alle pene) non avranno effetto retroattivo le leggi che stabiliranno le misure di sicurezza».

quella spagnola deve rinvenirsi nel fatto che le misure di sicurezza sono applicate in ragione della pericolosità sociale attuale del reo e in funzione di farla cessare, quindi soggiacciono al principio del *tempus regit actum* e non del *favor rei*.

Il principio di giurisdizionalità è previsto per le misure di sicurezza – ugualmente alle pene – sia in sede applicativa, sia in sede esecutiva: esse devono essere irrogate mediante sentenza emanata da un giudice ordinario in un regolare procedimento penale⁶², e la loro esecuzione deve avvenire sotto il controllo del giudice competente, ossia del giudice di vigilanza penitenziaria (*juez de vigilancia penitenciaria*), corrispondente al nostro giudice dell'esecuzione⁶³.

2.1. Segue. *I principi di proporzionalità e di necessità delle misure di sicurezza*

Il codice penale è altamente garantista nei confronti dei consociati rispetto all'applicazione delle misure di sicurezza, al punto di prevedere anche due principi assenti nella carta costituzionale: precisamente quello di *proporcionalidad* (proporzionalità) e quello di necessità (*necesidad*), detto anche di intervento minimo (*intervención mínima*). Essi sono, *in primis*, contemplati nel *Título preliminar* all'art. 6, c. 2 c.p., ai sensi del quale «le misure di sicurezza non possono essere più gravose, né di durata maggiore rispetto alla pena astrattamente applicabile al fatto commesso» (proporzionalità), «né eccedere il limite necessario per prevenire la pericolosità dell'autore» (necessità).

La proporzionalità delle misure di sicurezza viene ancorata alla pena del delitto commesso e alla pericolosità criminale del reo. Ciò per coerenza con il primo comma del medesimo art. 6 c.p., che individua proprio nella commissione di un delitto e nella pericolosità criminale del soggetto i presupposti necessari per l'applicazione delle stesse.

⁶² «No podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad sino en virtud de sentencia firme dictada por el Juez o Tribunal competente, de acuerdo con las leyes procesales» (non potrà essere eseguita né pena, né misura di sicurezza se non in virtù di una sentenza definitiva emessa dal giudice o dal tribunale competente, in conformità con le leggi procedurali). Il principio viene ribadito, *ad abundantiam*, nel Titolo IV, dedicato alle misure di sicurezza, nell'esordio dell'art. 95 c.p.: «Las medidas de seguridad se aplicarán por el Juez o Tribunal».

⁶³ Art. 3, c. 2 seconda parte: «La ejecución de la pena o de la medida de seguridad se realizará bajo el control de los Jueces y Tribunales competentes» (l'esecuzione della pena o della misura di sicurezza è effettuata sotto il controllo dei giudici e dei tribunali competenti).

Il parametro del delitto commesso consente di evitare violazioni del principio costituzionale di uguaglianza. Se, infatti, il reo, dichiarato pericoloso, ma penalmente irresponsabile per una causa di non imputabilità (ad esempio per un disturbo mentale), venisse sottoposto a una misura di sicurezza privativa della libertà personale e questa fosse protratta dal giudice – in ragione della persistenza della pericolosità sociale – per un tempo superiore al limite massimo di pena detentiva previsto dalla legge per quel delitto e irrogabile a un soggetto imputabile non pericoloso, ne conseguirebbe irragionevolmente che il non imputabile, autore di un delitto di cui non è in grado di comprendere l'antidoverosità, subirebbe una privazione della libertà maggiore di chi, invece, ne ha avuto piena consapevolezza e volontà⁶⁴.

Il limite della pena prevista per il delitto commesso va inteso come quello astrattamente indicato dalla legge e non come pena concreta che sarebbe da irrogare al soggetto non imputabile o che è irrogata al soggetto semi-imputabile⁶⁵.

Il principio di proporzionalità viene ribadito anche all'interno del Titolo IV, dedicato alla disciplina delle misure di sicurezza, sia con riguardo alle misure di sicurezza privative della libertà personale (artt. 101-104), sia in relazione alle misure di sicurezza non privative della libertà personale (art. 105). In riferimento a queste ultime un'ulteriore attuazione del principio di proporzionalità si rinviene nella statuizione da parte dell'art. 95, c. 2 c.p. che, quando per il delitto commesso sarebbe irrogabile una pena non privativa della libertà personale, il giudice può applicare al reo pericoloso soltanto misure di sicurezza altrettanto non privative della libertà personale.

La scelta del legislatore del 1995 di adottare il principio di proporzionalità, mediante predeterminazione della durata – oltre che del tipo – delle misure di sicurezza, di per sé contrasta con la *ratio* special-preventiva delle stesse: non è possibile, infatti, prevedere in astratto, in modo certo e preciso, il tempo necessario per far cessare la pericolosità, in quanto questa dipende da fattori e caratteristiche personali, variabili da soggetto a soggetto.

⁶⁴ J.M. SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo código penal. Cinco cuestiones fundamentales*, Barcelona, 1997, p. 26.

⁶⁵ Peraltro, DÍEZ RIPOLLÉS (*Derecho*, cit., p. 815), diversamente dalla maggior parte della dottrina e dalla giurisprudenza (STS 18.10.2004, n. 1170, in *www.poderjudicial.es*; Id. 5.11.2014, n. 730, *ivi*), con un'interpretazione restrittiva a favore del reo, riferisce il criterio della pena astratta al limite edittale minimo, anziché al massimo.

In dottrina si registrano due correnti, una pienamente concorde con la suddetta scelta, una parzialmente critica.

La prima⁶⁶ ritiene corretta sia l'introduzione del principio di proporzionalità, sia il modo in cui è previsto. Si argomenta che, pur essendo le misure di sicurezza funzionali esclusivamente a recuperare, rieducare il soggetto e non a punirlo, è innegabile la loro natura afflittiva, pari, se non a volte superiore, a quella della pena. In ragione di ciò ad esse devono essere riservate le medesime garanzie previste per la pena, in particolare quelle derivanti dai principi costituzionali di legalità, di umanità e di proporzionalità. E quest'ultimo, come si è poc'anzi evidenziato, consente anche di evitare violazioni del principio di uguaglianza.

Altra corrente, pur condividendo l'introduzione della proporzionalità, ne critica i criteri di determinazione. In particolare, considera erroneo che essa sia parametrata (anche) alla gravità del delitto commesso, in quanto questa dovrebbe essere presa in considerazione solo ai fini di determinare la pena. La funzione, esclusiva, di risocializzazione/rieducazione della misura di sicurezza avrebbe richiesto, invece, di fondarla solo sulla pericolosità del soggetto, coerentemente con il sistema delle revisioni periodiche di tale stato, utilizzato dal codice per stabilire la loro durata, pur con la fissazione di un limite massimo legislativo⁶⁷.

Il principio di necessità è pure espresso dall'art. 6, c. 2, peraltro con una formula infelice e inesatta, come ha evidenziato autorevole dottrina⁶⁸, in quanto la necessità è riferita al «prevenire» anziché al «far cessare» la pericolosità del reo: questa, infatti, sussiste già nel momento dell'irrogazione della misura di sicurezza, quindi non va prevenuta ma eliminata mediante l'esecuzione della misura di sicurezza.

⁶⁶ Tra gli altri cfr. J.L. Díez RIPOLLÉS, *Derecho*, cit., p. 813 ss.; J.M. ZUGALDÍA ESPINAR, *Lecciones de derecho penal, parte general*, 4ª ed., Valencia, 2019, p. 301 ss.; M.L. CUERDA ARNAU, *Aproximación al principio de proporcionalidad en derecho penal*, in AA.Vv., *Estudios jurídicos en memoria del Profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, vol. I, Valencia, 1998, p. 447 ss.; G. QUINTERO OLIVARES, *La justicia penal en España*, Cizur Menor, 1998, p. 91 ss.; T.S. VIVES ANTON, *Art. 6*, in AA.Vv., *Comentarios al código penal del 1995*, vol. I, Valencia, 1996, p. 105 ss.

⁶⁷ Vedi L. GRACIA MARTÍN, *Las medidas de seguridad y reinserción social*, in *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, Id., M.A. Boldova Pasamar e C. Alastuey Dobón, Valencia, 2016, p. 191 ss.; Á.J. SANZ MORÁN, *Medidas de seguridad: régimen general*, in *Comentarios a la reforma penal de 2010*, F.J. Álvarez García e J.L. González Cussacs, Valencia, 2010, p. 139 ss.; T. AGUADO CORREA, *El principio de proporcionalidad en derecho penal*, Madrid, 1999, p. 1 ss.; J.M. SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo código penal*, cit., p. 10 ss.

⁶⁸ Così A. JORGE BARREIRO, *Reflexiones*, cit., p. 49.

3. I presupposti applicativi

L'art. 95, c. 1, ribadendo quanto già sancito nel *Título preliminar* all'art. 6, c. 1 c.p., subordina l'applicazione delle misure di sicurezza a due presupposti, uno oggettivo, ossia la commissione di un delitto, e uno soggettivo, il pronostico di pericolosità criminale, cioè la probabilità di recidiva futura.

Il primo è un presupposto richiesto anche negli altri ordinamenti moderni europei dell'area di *civil law* che prevedono il sistema del doppio binario, come quelli italiano, tedesco e austriaco, ma del tutto nuovo per la Spagna, che in precedenza prevedeva l'applicazione delle misure di sicurezza anche a chi non avesse commesso un fatto penalmente rilevante ma fosse ritenuto socialmente pericoloso.

Con la sua introduzione da parte del c.p. del 1995 è venuto meno definitivamente il deprecabile diritto penale preventivo delle misure di sicurezza *pre-delictivas*⁶⁹ e, con esso, l'ambigua e ingiustificabile assimilazione della disciplina di queste a quella delle misure di sicurezza *post-delictivas*, nonché l'equiparazione della pericolosità sociale alla pericolosità criminale, che aveva contraddistinto le legislazioni previgenti del 1933 e del 1970, come si è criticamente evidenziato nei precedenti paragrafi. Le misure di prevenzione oggi nell'ordinamento spagnolo sono previste esclusivamente dal diritto amministrativo e dal diritto civile.

Il fatto compiuto dal soggetto deve essere previsto dalla legge come delitto⁷⁰, in virtù del principio di legalità e di certezza giuridica⁷¹, e con le garanzie del principio di giurisdizionalità⁷². Deve es-

⁶⁹ Le misure di prevenzione, con l'entrata in vigore del c.p. del 1995, sono state ridimensionate a sanzioni esclusivamente previste dal diritto amministrativo e dal diritto civile.

⁷⁰ Secondo interpretazione consolidata, l'individuazione, da parte dell'art. 95 c.p., del presupposto della commissione di un delitto senza altra specificazione consente di applicare le misure di sicurezza anche ai delitti lievi, oltre che ai meno gravi e ai gravi, salva espressa esclusione e fermo restando il rispetto del principio di proporzionalità, dal quale deriva che, essendo il delitto lieve punibile solo con pene non custodiali, anche la misura di sicurezza dovrà avere tale natura, e a condizione che sussista anche il presupposto del pronostico di pericolosità. Cfr. J.L. Díez RIPOLLÉS, *Derecho*, cit., p. 805; L. GRACIA MARTÍN, *Las medidas*, in *Lecciones*, cit., p. 193; R. REBOLLO VARGAS, *Art. 95*, cit., p. 812; Á.J. SANZ MORÁN, *Medidas*, cit., p. 139.

⁷¹ *Ex plurimis*, J.L. Díez RIPOLLÉS, *Derecho*, cit., p. 805.

⁷² La commissione di un delitto garantisce che l'accertamento e l'applicazione delle conseguenze – pene e misure di sicurezza – avvengano da parte di un giudice ordinario con le garanzie assicurate dalle norme del codice di procedura penale (A. SERRANO GÓMEZ, *La función*, cit., p. 77).

sere un fatto antigiuridico ma non necessariamente punibile; anzi, le misure di sicurezza sono applicabili prevalentemente a soggetti non imputabili in ragione di condizioni personali che ne escludono la capacità di discernimento o di autodeterminazione. Il codice penale non prevede limiti di gravità del delitto, con la conseguenza che la misura di sicurezza può essere imposta per qualsiasi delitto, salvo diverse indicazioni in relazione a specifiche misure.

A differenza del nostro codice penale che si accontenta di un collegamento occasionale/cronologico, il codice penale spagnolo richiede una connessione funzionale tra il delitto commesso e lo stato di pericolosità, essendo il fatto commesso uno dei criteri di valutazione della pericolosità criminale, sia in fase diagnostica che in fase prognostica⁷³. La commissione del delitto funge, pertanto, da fondamento e limite di garanzia nell'applicazione delle misure di sicurezza⁷⁴.

Il secondo presupposto per l'applicazione delle misure di sicurezza è individuato dall'art. 95, c. 1, n. 2 nel pronostico di probabilità che in futuro il soggetto commetta uno o più nuovi delitti⁷⁵. Si tratta di un giudizio complesso, che comprende due fasi: una diagnostica, che richiede di tener conto della personalità, in particolare delle condizioni di vita individuali, familiari, sociali, culturali, affettive⁷⁶, nonché delle caratteristiche del delitto commesso⁷⁷; l'altra di natura prognostica, incentrata sulla probabilità di recidiva.

Il codice penale, peraltro, in alcuni casi tassativi, prevede l'applicabilità di alcune misure di sicurezza nei confronti dell'autore di un delitto, prescindendo dall'accertamento della pericolosità criminale, che è presunta con presunzione *iuris et de iure*. Si tratta dei casi in cui è consentita l'imposizione della libertà vigilata all'imputabile⁷⁸; nonché del disturbo mentale sopravvenuto in fase di esecuzione di una pena detentiva, a condizione che sia così grave e perdurante da esclu-

⁷³ In tal senso cfr. STS, 11.6.2009, n. 603, in www.poderjudicial.es; Id. 4.5.2010, n. 482, *ivi*; Id. 2.2.2011, n. 65, *ivi*.

⁷⁴ M. PELISSERO, *La disciplina delle misure di sicurezza: dal garantismo al potenziamento delle istanze preventive. Il securitarismo moderato del progetto di riforma del codice penale spagnolo*, in *Dir. pen. XXI sec.*, 2015, p. 238.

⁷⁵ Art. 95, c. 1 n. 2 c.p.: «dal fatto e dalle circostanze personali del soggetto si può dedurre un pronostico di comportamento futuro che riveli la probabilità di commissione di nuovi delitti»

⁷⁶ J.L. DÍEZ RIPOLLÉS, *Derecho*, cit., p. 806.

⁷⁷ Art. 6, c. 1 n. 2 c.p.: «Le misure di sicurezza si fondano sulla pericolosità criminale del soggetto cui sono imposte, esteriorizzata dalla commissione di un fatto previsto come delitto».

⁷⁸ Vedi § 4.

dere la capacità del condannato di comprendere il senso della pena e da rendere necessarie la sospensione della pena e l'applicazione di una misura di sicurezza privativa della libertà adeguata al disturbo⁷⁹, la cui durata non può superare quella della pena restante da espiare⁸⁰.

4. I destinatari delle misure di sicurezza

Il codice penale spagnolo circoscrive l'applicazione delle misure di sicurezza ai soggetti dichiarati non imputabili in ragione di una delle condizioni indicate all'art. 20, nn. 1-2-3 c.p.; nonché ai soggetti condannati a pena attenuata in ragione di uno degli stati di semi-imputabilità indicati all'art. 21, n. 1 c.p.

L'art. 20 descrive una serie di ipotesi che escludono la responsabilità penale, le prime tre delle quali consistono in condizioni personali che fanno venire meno la capacità di discernimento, di percezione o di autodeterminazione, ossia cause di non imputabilità⁸¹.

Il n. 1 si riferisce al caso in cui l'agente, al momento della commissione del delitto, a causa di qualsiasi anomalia o alterazione psichica, non era in grado di comprendere l'illiceità dell'atto o di agire in conformità alla propria comprensione. Tale stato può anche essere transitorio, purché il soggetto non se lo sia procurato per commettere il reato (*actio libera in causa*) o la condizione non sia stata tale da impedire al reo di prevedere o di poter prevedere la commissione del delitto.

Il n. 2 esclude la responsabilità di chi ha commesso il delitto in stato di totale intossicazione da uso di sostanze alcoliche, stupefacenti, psicotrope o di altre con effetti analoghi, purché non se lo sia procurato col proposito di commettere il delitto o non abbia comunque previsto la commissione del delitto, né questa fosse prevedibile. Allo stesso modo non è punibile chi ha agito sotto l'influenza dell'astinenza dalle sopra citate sostanze e a causa della dipendenza da esse, tale da avergli impedito di comprendere l'illiceità del proprio comportamento o di agire in conformità alla propria comprensione⁸².

⁷⁹ Si tratta di provvedimenti adottati dal giudice di vigilanza penitenziaria.

⁸⁰ Art. 60 c.p.

⁸¹ Le successive, previste ai nn. 4-7, sono cause di giustificazione (legittima difesa, stato di necessità, adempimento di un dovere, esercizio di un diritto, timore invincibile).

⁸² L'astinenza, quindi, deve avere determinato nell'agente gli stessi effetti dell'alterazione psichica di cui al n. 1.

Il n. 3 riguarda il caso dello stato di grave compromissione della percezione della realtà causata da alterazioni percettive esistenti fin dalla nascita o dall'infanzia. A differenza delle precedenti, non richiede la sussistenza al momento della commissione del delitto, in quanto requisito implicito nel dover essere tale condizione congenita o presente fin dall'infanzia.

L'art. 21, n. 1 considera circostanze attenuanti le sopra descritte condizioni personali quando non siano soddisfatti tutti i requisiti necessari per esentare da responsabilità il reo⁸³, ossia quando il disturbo mentale non sia totale e l'intossicazione non sia assoluta.

Nei casi di esclusione dell'imputabilità di cui all'art. 20⁸⁴, il giudice, pur avendo l'obbligo di non irrogare alcuna pena, data l'impossibilità di muovere un rimprovero di colpevolezza all'agente, può applicare misure di sicurezza, sempre che dichiari il reo pericoloso criminale. Laddove, invece, il reo sia responsabile ma la pena sia attenuata dalla presenza di una delle condizioni di semi-imputabilità previste all'art. 21, il giudice può comminare, in aggiunta a quella, una misura di sicurezza, sempre a condizione che ritenga il soggetto pericoloso criminale.

Fino al 2010 il sistema delle misure di sicurezza si fermava qui, nel senso che non era possibile applicarle all'autore di delitto imputabile, anche quando fosse diagnosticabile e pronosticabile la pericolosità criminale: il sistema consentiva esclusivamente di applicare le pene previste per il delitto commesso.

La scelta del codice penale del 1995 era stata criticata da una parte della dottrina fin dalla sua entrata in vigore, in ragione del fatto che la pena non sarebbe in grado, da sola, di svolgere un'adeguata funzione risocializzante nei confronti degli imputabili pericolosi. In particolare, essa era ritenuta insufficiente a risocializzare i delinquenti abituali autori di ripetuti delitti particolarmente gravi, nei cui confronti il codice penale prevedeva soltanto l'applicazione della circostanza aggravante della recidiva, ex art. 22, n. 8 c.p.⁸⁵. La reiterazione e la gravità dei delitti, per questa parte della dottrina, dovevano consi-

⁸³ Ad esempio, il soggetto ha commesso il delitto a causa di una grave dispercezione della realtà dipendente da alterazioni né congenite, né risalenti all'infanzia ma ad un'età più avanzata, come a seguito di un incidente sul lavoro o stradale.

⁸⁴ Il secondo comma dell'art. 20 c.p. specifica, infatti, che l'applicazione di misure di sicurezza è ammessa solo nelle ipotesi dei primi tre numeri, ossia quelle di inimputabilità.

⁸⁵ A. JORGE BARREIRO, *Reflexiones*, cit., p. 49. Cfr. anche J. CEREZO MIR, *Consideraciones politico-criminales sobre el nuevo código penal del 1995*, in *Revista jurídica la ley*, 1996, p. 1474.

derarsi indici di possibile pericolosità criminale, nonché prova del fallimento della pena in funzione di recupero sociale, evidenziando la necessità di imporre, in caso di accertata pericolosità, adeguate misure di sicurezza in aggiunta alla pena.

In recepimento delle suddette critiche, il legislatore ha riformato la disciplina delle misure di sicurezza con la *ley organica* 22.6.2010, n. 5, introducendo una misura di sicurezza non privativa della libertà personale, la libertà vigilata, applicabile non solo ai non imputabili e ai semi-imputabili, ma anche agli imputabili, seppure in relazione a pochi e gravi delitti espressamente indicati dalla legge.

Questa sanzione, per la verità, non è nuova all'ordinamento spagnolo, sia nel tipo, in quanto già prevista dal diritto penale minorile⁸⁶, sia nel contenuto, in quanto consiste in una serie di restrizioni di diritti personali, elencate all'art. 106, alcune delle quali, prima della riforma del 2010, costituivano autonome misure di sicurezza non privative della libertà⁸⁷.

La libertà vigilata deve essere imposta agli imputabili solo se condannati a pena detentiva per i delitti gravi e meno gravi di terrorismo e contro la libertà sessuale, nonché per i delitti di omicidio, di lesioni domestiche, di violenza domestica abituale⁸⁸.

Suo scopo è prolungare il controllo di questi soggetti oltre la durata della pena detentiva, in quanto la neutralizzazione della pericolosità non è ritenuta dal legislatore del tutto compiuta con l'esecuzione della pena⁸⁹. *Ratio* della sua introduzione, quindi, è la presa di coscienza, da parte del riformatore, che verso gli autori di questi delitti l'effetto riabilitativo della pena non è sufficiente né adeguato ad eliminare il rischio di recidiva⁹⁰.

⁸⁶ Si tratta della *ley organica* 12.1.2000, n. 5 sulla responsabilità penale del minore.

⁸⁷ Precisamente si trattava dell'obbligo di risiedere in un determinato luogo, il divieto di risiedere in un determinato luogo o territorio, il divieto di accedere a determinati luoghi o territori, a spettacoli culturali e sportivi, a spacci di alcolici, a case da gioco.

⁸⁸ Tenuto conto che solo per i delitti di terrorismo e sessuali il codice richiede espressamente che siano gravi o meno gravi, in dottrina si afferma che, in caso di condanna a pena detentiva per i delitti di omicidio, lesioni domestiche e violenza domestica abituale, la libertà vigilata sia applicabile anche a quelli lievi (J.L. DÍEZ RIPOLLÉS, *Derecho*, cit., p. 804).

⁸⁹ C. JIMENÉZ MARTÍNEZ, *La libertad vigilada en el c.p. de 2010. Especial mención a la libertad vigilada para imputables peligrosos*, in *Revista de derecho penal y criminología*, 2012, p. 39.

⁹⁰ Così si legge nella *Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2010* (relazione di accompagnamento alla *ley organica* 5/2010).

Peraltro, l'introduzione della libertà vigilata nei confronti degli imputabili è stata criticata sia dalla dottrina securitaria, sia da quella liberal-garantista, pur con argomentazioni di segno opposto: dalla prima⁹¹ la nuova misura è stata ritenuta insufficiente e inadeguata per fronteggiare la pericolosità criminale grave, considerandosi necessario l'internamento di sicurezza, eventualmente permanente rivedibile (*internamiento de seguridad permanente revisable*)⁹²; dai secondi, al contrario, è stata accolta come il rischioso e deprecabile preludio ad una futura introduzione dell'internamento di sicurezza⁹³.

Oltre le sopra citate critiche, si è evidenziato che la soluzione auspicata dalla dottrina era, rispetto alla riforma del 2010, sia di maggior ampiezza, sia più garantista per il condannato, in quanto suggeriva l'estensione delle misure di sicurezza agli imputabili in ogni caso in cui la gravità del delitto, unita alla recidiva, fondasse in concreto un pronostico di probabilità di ricaduta nel delitto⁹⁴. La riforma, invece, impone l'applicazione della libertà vigilata senza un previo giudizio prognostico individualizzato di recidiva, in contrasto con quanto richiesto dall'art. 95, c. 1, n. 2 c.p., bensì in modo automatico, sulla base di una presunzione assoluta di pericolosità⁹⁵, basata esclusivamente sulla gravità del delitto⁹⁶.

⁹¹ Cfr. J.L. MANZANARES SAMANIEGO, *Libertad vigilada*, in *Diario la ley*, 2010, n. 7534; J.M. SILVA SÁNCHEZ, *La reforma del código penal: una aproximación desde el contexto*, in *La Ley*, 2010, n., 7464.

⁹² Cinque anni dopo, peraltro, la *ley organica* n. 1/2015 di riforma del codice penale ha introdotto la *prisión permanente revisable* (detenzione permanente rivedibile), dello stesso tenore ma con natura di pena (quindi senza il presupposto della pericolosità criminale, ma sul presupposto di imputabilità e colpevolezza), anziché di misura di sicurezza.

⁹³ Vedi R. REBOLLO VARGAS, *Art. 106*, in *Comentarios al código penal. Parte general*, J. Córdoba Roda e M. García Arán, Madrid, 2011, p. 844 ss.; A. URRUELA MORA, *Medidas de seguridad. Particular consideración a la libertad vigilada*, in *Reforma penal 2010. Ley organica 5/2010*, Ortiz de Urbina Gimeno Í., Madrid, 2010, p. 651 ss.

⁹⁴ J.M. ZUGALDÍA ESPINAR, *Medidas de seguridad complementarias y acumulativas para autores peligrosos tras el cumplimiento de la pena*, in *Revista de derecho penal y criminología*, 2009, p. 205; A. GARCÍA ALBERO, *La nueva medida de seguridad de libertad vigilada*, in *Revista Aranzadi doctrinal*, 2010, p. 3; J. NISTAL BURÓN, *La insuficiencia de la respuesta dada al delito con la pena. La nueva medida de «custodia de seguridad»*, in *Revista Aranzadi doctrinal*, 2013, p. 4.

⁹⁵ Á.J. SANZ MORÁN, *La nueva medida de libertad vigilada: reflexión político-criminal*, in *Un derecho penal comprometido: libro homenaje al Profesor Dr. Gerardo Landrove Díaz*, F. Muñoz Conde, J.M. Lorenzo Salgado e J.C. Ferré Olivé, Valencia, 2011, p. 997.

⁹⁶ In particolare, alcuni hanno anche obiettato l'arbitrarietà della scelta di sotto-

Il codice penale spagnolo, in ordine alla disciplina delle misure di sicurezza per gli imputabili, appare notevolmente diverso dalla disciplina italiana che consente di applicare le misure di sicurezza agli imputabili per qualsiasi delitto e non per un circoscritto catalogo, e prevede misure sia custodiali, sia non custodiali; peraltro, il presupposto della pericolosità sociale del soggetto non può più essere presunto *ex lege* in nessun caso a seguito della riforma del 1986.

Se ne deduce che la disciplina italiana appare, rispetto a quella spagnola, meno garantista (salvo che per il divieto assoluto di presunzione di pericolosità), in quanto l'imposizione nei confronti dei soggetti imputabili di misure custodiali, in aggiunta alla pena detentiva, assume i caratteri di una truffa delle etichette, con l'applicazione di un carico sanzionatorio che, complessivamente considerato, viola il principio di proporzionalità della pena rispetto alla colpevolezza per il fatto⁹⁷.

5. Tipologia delle misure di sicurezza

L'art. 96 elenca le misure di sicurezza, distinguendole in privative e non privative della libertà personale.

Sono privative della libertà personale l'internamento in un centro psichiatrico, l'internamento in un centro di disintossicazione per le dipendenze, l'internamento in un centro educativo speciale.

Il primo può essere disposto, se necessario, nei confronti del non imputabile che abbia commesso il delitto in condizione di alterazione o anomalia psichica (art. 20 n. 1 c.p.), nonché – ma senza la specificazione «se necessario» – al semi-imputabile in stato di alterazione/anomalia psichica non totale (art. 21, n. 1). L'art. 183 del r.d. 9.2.1996, n. 190, recante il Regolamento penitenziario, stabilisce che il centro psichiatrico deve essere una struttura dell'amministrazione penitenziaria⁹⁸.

L'internamento in un centro educativo speciale è applicabile, oltre ai soggetti sopra citati, anche a chi soffre di alterazioni nella perce-

porre a libertà vigilata certi delitti gravi e non altri pur contraddistinti da condotte criminose altrettanto gravi e potenzialmente indici di un pronostico di pericolosità criminale (R. REBOLLO VARGAS, *Art. 106*, cit., p. 846; A. URRUELA MORA, *Medidas*, cit., p. 655).

⁹⁷ M. PELISSERO, *La disciplina*, cit., p. 240.

⁹⁸ Art. 183 Reg. penit.: «Gli istituti o unità psichiatriche penitenziarie sono quei centri speciali destinati all'esecuzione delle misure di sicurezza detentive applicate dai tribunali corrispondenti». Attualmente esistono due istituti psichiatrici penitenziari, uno ad Alicante e uno a Siviglia; nonché un'unità psichiatrica nel penitenziario di Barcellona.

zione fin dalla nascita o dall'infanzia che provochino una grave compromissione della percezione della realtà (art. 20, n. 3). Il ricovero in un centro di disintossicazione è rivolto ai non imputabili in stato di cronica intossicazione (art. 20, n. 2), nonché ai semi-imputabili in condizione di intossicazione non assoluta (art. 21 n. 1 c.p.).

Sono non privative della libertà personale: la libertà vigilata; la custodia familiare; l'inabilitazione all'esercizio di un determinato diritto, professione, ufficio, attività commerciale o industriale, incarico o impiego; la privazione del diritto di condurre veicoli a motore e ciclomotori; la privazione della licenza o del permesso di avere armi; l'espulsione dal territorio dello Stato.

La libertà vigilata, la custodia familiare, la privazione del diritto di condurre veicoli a motore e ciclomotori e della licenza o del permesso di avere armi sono applicabili ai non imputabili e ai semi-imputabili, a discrezione del giudice, in aggiunta ad una misura privativa della libertà, nonché negli altri casi espressamente previsti dalla legge⁹⁹.

Nei soli confronti del non imputabile il giudice può applicare anche l'inabilitazione all'esercizio di un determinato diritto, professione, ufficio, attività commerciale o industriale, incarico o impiego, se quello ha commesso un delitto con abuso del diritto e vi sia il pericolo di reiterazione dello stesso o di delitti analoghi¹⁰⁰.

Infine, nei confronti dello straniero che risiede in Spagna irregolarmente il giudice dispone la misura di sicurezza non privativa della libertà personale dell'espulsione dal territorio dello Stato, in sostituzione della misura di sicurezza custodiale di cui ricorrano i presupposti, salvo che, sentito il pubblico ministero (*ministerio fiscal*), ritenga, in via eccezionale e motivandolo, che la natura del delitto giustifichi l'esecuzione della misura di sicurezza custodiale in Spagna¹⁰¹.

6. *Determinazione del tipo e della durata delle misure di sicurezza*

Ai fini dell'individuazione della misura da applicare, il codice penale attribuisce al giudice uno spazio di discrezionalità, pur nel rispetto delle garanzie dei principi di legalità, di proporzionalità e di intervento minimo. Il giudice può scegliere, all'interno dell'ampia gamma di misure di sicurezza previste dall'art. 96 c.p., quella che ritiene più idonea alla risocializzazione del soggetto, sempre che ne

⁹⁹ Art. 105, c. 1 c.p.

¹⁰⁰ Art. 107 c.p.

¹⁰¹ Art. 108 c.p.

ritenga necessaria l'imposizione («*si fuere necesaria*») e, nel caso opti per quelle non privative della libertà personale, può imporne una o più di una, sempre in base ad un proprio giudizio discrezionale di necessità e adeguatezza.

La discrezionalità del giudice nella scelta del tipo trova nel codice penale due limiti con riguardo alle misure di sicurezza privative della libertà personale applicabili, in aggiunta alla pena, ai semi-imputabili di cui all'art. 21 n. 1 c.p. Il giudice può imporle solo se la pena da irrogare è detentiva¹⁰²; specularmente deve ordinare solo misure di sicurezza non privative della libertà personale, se la pena irrogata non è detentiva¹⁰³. Questo duplice limite trova ragione nella garanzia di proporzionalità delle misure di sicurezza, intesa in senso qualitativo.

Risponde, invece, a esigenze di garanzia della proporzionalità in senso quantitativo la previsione, da parte del codice penale, di un limite massimo di durata per tutte le misure di sicurezza. Per quelle privative della libertà personale, esso coincide con il limite massimo edittale della pena detentiva previsto per il delitto commesso; per quelle non privative della libertà personale, invece è fissato in modo autonomo dall'art. 105 per ciascuna¹⁰⁴. Non sono stabiliti, invece, limiti minimi determinati, salvo che per l'inabilitazione all'esercizio di un diritto (un anno) e per la libertà vigilata applicata agli imputabili condannati per delitti sessuali e di terrorismo¹⁰⁵. Tuttavia, l'art. 98, c. 1 impone al giudice l'obbligo di riesame della pericolosità almeno una volta l'anno¹⁰⁶, meccanismo che può considerarsi una sorta di limite minimo.

¹⁰² Art. 104, c. 1, secondo periodo c.p.

¹⁰³ Art. 95, c. 2 c.p.

¹⁰⁴ Il limite è fino a cinque anni per la libertà vigilata, la custodia familiare, l'inabilitazione all'esercizio di un determinato diritto, professione, ufficio, attività commerciale o industriale, incarico o impiego; fino a dieci anni per la libertà vigilata in determinati casi previsti dal codice penale, per l'espulsione dello straniero, per la privazione della licenza e del porto d'armi e per il ritiro della patente di guida, anche per ciclomotori.

¹⁰⁵ Il limite minimo di libertà vigilata per i delitti sessuali e di terrorismo meno gravi è di un anno (il massimo è 5 anni) e per quelli gravi di 5 anni (il massimo è 10 anni).

¹⁰⁶ Il riesame della pericolosità da parte del giudice dopo un periodo superiore a un anno contrasterebbe, quindi, con l'art. 98, c.p., in violazione del principio di legalità. Così ha affermato il *Tribunal constitucional* in una sentenza su *recurso de amparo* contro una sentenza di cassazione che, riformando *in peius* la sentenza di secondo grado, aveva imposto un divieto di riesame della pericolosità prima di un periodo di 8 anni di internamento in un centro psichiatrico disposto nei confronti dell'autore di un tentato omicidio e incendio, riconosciuto semi-imputabile in ragione di una schizofrenia paranoide e dichiarato pericoloso (STC 29.11.2010, n. 124, in *bj.tribunalconstitucional.es*).

Il giudice ha, inoltre, l'obbligo di indicare nella sentenza la durata massima della misura di sicurezza imposta, che può coincidere con quella fissata dal codice penale o essere inferiore, qualora il giudice pronostichi, a sua discrezione, sufficiente un tempo minore per la cessazione della pericolosità. Può applicare la misura di sicurezza di sua iniziativa, senza previa richiesta del pubblico ministero, in quanto non si tratta di una sanzione punitiva fondata sul principio accusatorio, bensì una misura rieducativa volta a far venire meno la pericolosità del reo¹⁰⁷.

7. Esecuzione delle misure di sicurezza

Il codice penale ricorre prevalentemente al sistema puro del doppio binario, in forza del quale l'autore di un delitto è destinatario di un solo tipo di sanzione penale: la pena, se è imputabile e colpevole; la misura di sicurezza se non è imputabile ed è pericoloso¹⁰⁸.

Tuttavia, la purezza del sistema della *dobbe vía* trova eccezione nei confronti dell'autore di delitto semi-imputabile, la cui colpevolezza sia attenuata da una delle condizioni di cui all'art. 21, n. 1 c.p.¹⁰⁹, che sia dichiarato pericoloso con prognosi di probabile recidiva in futuro: in tal caso il codice penale prevede il concorso tra pena e misura di sicurezza. Inoltre, la riforma del 2010 ha aggiunto una seconda eccezione, riguardante il soggetto imputabile autore di alcuni specifici delitti gravi, per i quali sia condannato a pena detentiva: in tal caso questa concorre con la misura di sicurezza della libertà vigilata, come si è già detto in precedenza.

Peraltro, in fase esecutiva il rigore del cumulo della pena e della misura di sicurezza è mitigato quando entrambe siano privative della libertà personale, attraverso il c.d. sistema vicariale o sostitutivo, in base al quale il giudice ordina l'esecuzione della misura di sicurezza custodiale, con effetto sostitutivo o sospensivo dell'esecuzione della pena detentiva. Ai sensi dell'art. 99 c.p., infatti, laddove concorrano

¹⁰⁷ Cfr. STS, 14.6.2006, n. 669, in www.poderjudicial.es.

¹⁰⁸ B. CEBRIÁN BAYOD, *Fundamentación dogmática y principios reguladores del sistema de medidas de seguridad y reinserción social aplicables a inimputables semiimputables. Aspectos doctrinales y criterios jurisprudenciales*, in *Repositorio de Universidad de Zaragoza*, 2016, p. 6. Cfr. anche, nella giurisprudenza di legittimità, STS, 24.4.2007, n. 345, in www.poderjudicial.es; Id. 26.4.2013, n. 398, *ivi*; e nella giurisprudenza costituzionale *Auto Tribunal Constitucional* (ATC) 12.1.2009, n. 3, in hj.tribunalconstitucional.es; Id. 18.12.2017, n. 173, *ivi*.

¹⁰⁹ Vale a dire dall'aver commesso il fatto in condizione di alterazione o anomalia mentale non totale oppure di intossicazione non assoluta.

una pena detentiva e una misura di sicurezza detentiva, il giudice ordina prima l'esecuzione della misura – la cui durata viene poi detratta da quella della pena – e, alla cessazione di essa, se l'esecuzione della pena compromette gli effetti conseguiti con la misura, sospende la restante parte della pena per un periodo non superiore alla sua durata o applica una delle misure di sicurezza non privative della libertà personale previste dall'art. 105.

Il sistema vicariale evita al condannato un trattamento sanzionatorio eccessivamente gravoso e in violazione del principio di proporzionalità, facilitando così la piena realizzazione della risocializzazione dello stesso¹¹⁰.

Il sistema vicariale non opera, invece, quando al semi-imputabile pericoloso sia applicata una pena non detentiva, nel qual caso il codice penale impone che anche la misura di sicurezza sia non privativa della libertà e venga eseguita simultaneamente alla pena¹¹¹; nonché quando all'imputabile sia imposta la libertà vigilata, la quale va eseguita dopo l'espiazione della pena detentiva¹¹².

Il giudice di cognizione che ha irrogato la misura di sicurezza deve seguire il percorso rieducativo/risocializzante del reo anche in fase di esecuzione.

Diverso è il procedimento a seconda che la misura sia custodiale o non custodiale.

Nel primo caso, il giudice di vigilanza penitenziaria, dopo aver ricevuto dai professionisti, che hanno in carico l'internato non imputabile o semi-imputabile, una relazione sull'andamento del percorso rieducativo o terapeutico e sui risultati conseguiti fino a quel momento, deve richiedere, almeno una volta all'anno, al giudice di cognizione il riesame della pericolosità, alla luce delle suddette informazioni. Questo può sfociare, alternativamente, in quattro provvedimenti¹¹³: man-

¹¹⁰ Al contrario, il nostro codice penale opta per il sistema rigido del cumulo delle sanzioni ai semi-imputabili e agli imputabili socialmente pericolosi e, se esse sono entrambe privative della libertà personale, impone prima l'esecuzione della pena e poi della misura di sicurezza (art. 211 c.p.).

¹¹¹ La previsione non è espressa ma si ricava implicitamente e *a contrario* dall'art. 104, c. 1 c.p., in quanto questo sancisce che al semi-imputabile per vizio parziale di mente o per intossicazione parziale il giudice, se lo ritiene necessario, può ordinare la relativa misura di sicurezza privativa della libertà personale, purché imponga una pena detentiva, nel qual caso si applica l'art. 99 (sistema vicariale).

¹¹² Art. 106, c. 2 c.p.

¹¹³ Il codice penale italiano, invece, prevede l'ordine di cessazione, di mantenimento e di sostituzione con altra misura più idonea, ma non la sospensione della misura di sicurezza.

tenimento della misura in corso di esecuzione, se la pericolosità è rimasta invariata; ordine di cessazione, se la pericolosità è venuta meno del tutto; sostituzione della misura custodiale con una non custodiale più idonea all'evoluzione in senso attenuativo della pericolosità; sospensione per il tempo restante al termine del limite massimo della misura fissato in sentenza, in funzione di verificare se la pericolosità è davvero cessata, ossia se il reo non commetterà in tale tempo nuovi delitti.

La sospensione della misura custodiale – analoga alla sospensione dell'esecuzione della pena detentiva – è un istituto sconosciuto al nostro ordinamento, ma del tutto coerente con l'equiparazione stabilita dall'art. 25 Cost. tra pena e misura di sicurezza sotto il profilo della funzione tendenzialmente rieducativo/risocializzante, tenuto conto che per la pena il codice penale prevede la sospensione dell'esecuzione, a determinate condizioni.

Quando la misura di sicurezza non è privativa della libertà personale, il giudice di cognizione procede al riesame della pericolosità sempre almeno una volta l'anno, ma di proprio impulso, contattando direttamente i professionisti che hanno in carico il soggetto, per avere le necessarie informazioni sullo stato del medesimo, al fine di scegliere uno dei quattro provvedimenti sopra citati.

Il giudice decide, in entrambi i casi, dopo aver ascoltato l'internato e il pubblico ministero, con provvedimento motivato.

In caso di violazione delle prescrizioni di una misura di sicurezza, se questa è privativa della libertà e il soggetto si è allontanato dal centro in cui è internato, il giudice dispone un nuovo ordine di internamento nello stesso centro o in altra struttura più adeguata alla sua condizione; in caso di misura non custodiale, può essere disposta, in ragione del tipo e della gravità dell'inosservanza, la sostituzione con un'altra misura, che può essere anche privativa della libertà, se il giudice la ritiene necessaria in relazione alle condizioni del soggetto¹¹⁴. Qualora le prescrizioni violate siano obblighi o divieti inerenti alla libertà vigilata, il giudice può modificarne il contenuto, salvo si tratti di violazioni ripetute o gravi, che rivelino la volontà del soggetto di non sottoporsi alle stesse, nel qual caso potrà tenerne conto ai fini del delitto di inosservanza di misura di sicurezza (art. 468 c.p.)¹¹⁵.

La misura di sicurezza, quale che sia, deve cessare comunque, anche qualora la pericolosità persista del tutto o parzialmente, quando

¹¹⁴ Art. 100 c.p.

¹¹⁵ Art. 106, c. 4 c.p.

la sua esecuzione raggiunga il limite temporale massimo fissato nella sentenza. Ciò per rispetto del principio di proporzionalità e della funzione attribuita alle misure di sicurezza dall'art. 25, c. 1 Cost., che è rieducativa/risocializzante e non di neutralizzazione/difesa sociale: solo quest'ultima, infatti, ne giustificerebbe il mantenimento pur nell'impossibilità di conseguire il risultato della risocializzazione.

8. *Il tentativo fallito di riforma della disciplina delle misure di sicurezza nel c.p. spagnolo*

Il 4 ottobre 2013 fu presentato al Congresso dei Deputati un ampio progetto di riforma del codice penale spagnolo del 1995, all'interno del quale erano contemplate anche modifiche alla disciplina delle misure di sicurezza¹¹⁶.

L'impostazione di fondo di questa proposta di revisione è espressione di una tendenza, affermata nel nuovo millennio, al progressivo superamento delle politiche sociali in favore di una politica di sorveglianza e controllo in funzione di difesa sociale, attuata anche mediante il «contenimento punitivo» delle categorie sociali più svantaggiate e vulnerabili¹¹⁷.

Pur toccando molti settori del codice penale, uno particolarmente interessato dal progetto di riforma era proprio quello delle misure di sicurezza, la cui disciplina si intendeva rendere maggiormente funzionale ad esigenze di sicurezza e di difesa sociale, a discapito della funzione costituzionale di risocializzazione e rieducazione.

In sintesi, il progetto riformava, già nel *Título preliminar*, l'art. 6, c. 2, abrogando la previsione che le misure di sicurezza non possono avere una durata superiore al limite edittale di pena previsto per il delitto commesso, così da lasciare in vita solo la condizione che le misure di sicurezza non possono superare il limite di quanto necessario per prevenire la pericolosità dell'autore. In linea con questa statuizione riformava anche l'art. 95, c. 1, introducendo un terzo presupposto per l'applicazione delle misure di sicurezza, ovvero che l'imposizione di esse fosse necessaria per compensare, almeno in par-

¹¹⁶ Per un'approfondita analisi nella dottrina italiana delle modifiche alla disciplina delle misure di sicurezza contenute nel progetto di riforma del 2013 si rinvia a M. PELISSERO, *La disciplina*, cit., p. 2

¹¹⁷ A. ROIG SALASA et al., *Comentario sobre el proyecto de modificación del código penal en relación a las medidas de seguridad*, in *Revista de Asociación Española de Neuropsiquiatría*, 2014, p. 149.

te, la pericolosità del soggetto. In tal modo la durata delle misure di sicurezza veniva incentrata tutta sulla pericolosità attuale (art. 95, c. 1) e futura (art. 6, c. 2) del reo.

Già questo aspetto aveva dato adito a critiche, in quanto lo sbilanciamento verso il presupposto soggettivo della pericolosità ai fini dell'*an* e del *quantum* delle misure avrebbe determinato il rischio di attribuire un potere eccessivo al giudice, tenuto conto che la pericolosità, sia in senso diagnostico, sia in senso prognostico, è un giudizio di valore sul quale manca l'indicazione da parte del legislatore e della stessa letteratura scientifica di criteri certi e oggettivi, a parte il delitto commesso che, peraltro, anche quando efferato, non necessariamente è indice, di per se stesso, di pericolosità. La dottrina sottolineava, inoltre, il rischio di trasformare il diritto penale del fatto in diritto penale dell'autore¹¹⁸.

Peraltro, il progetto recuperava la garanzia del principio di proporzionalità, minacciato dall'eliminazione del limite massimo di durata delle misure di sicurezza, mediante l'introduzione nell'art. 95 della previsione, al secondo comma, che esse dovevano essere proporzionate alla gravità del reato commesso e di quelli di prevedibile futura commissione, oltre che alla pericolosità del soggetto. Inoltre, in relazione alle misure dell'internamento del tossico-alcol-dipendente a fini di disintossicazione¹¹⁹, della libertà vigilata¹²⁰ e dell'invalidazione all'esercizio di un diritto, di una professione, ufficio o incarico¹²¹ stabiliva un limite massimo di durata per ciascuna.

Tenuto conto che l'elenco delle misure di sicurezza non custodiali era stato ridotto dal progetto a quelle sopra indicate, oltre all'espulsione, di fatto le uniche misure di sicurezza che rimanevano realmente indeterminate nella durata massima erano l'internamento dei soggetti non imputabili o semi-imputabili in ragione di un disturbo, di un'alterazione o anomalia mentale, in un centro psichiatrico o in un centro educativo speciale.

Nei loro confronti gli artt. 98 e 99 del progetto mantenevano il sistema di periodico riesame della pericolosità, ma, a differenza della disciplina del codice del 1995, esso era ripetibile senza alcun limite di tempo, fino a quando non fosse venuto meno il pronostico di

¹¹⁸ A. ROIG SALASA *et al.*, *Comentario*, cit., p. 150.

¹¹⁹ Il limite era di due anni, prorogabile per il tempo massimo di durata della pena o di cinque anni (art. 100 del progetto).

¹²⁰ Cinque anni, prorogabili in caso di violazioni pregresse, al massimo di altri cinque anni (art. 104 *ter* del progetto)

¹²¹ Cinque anni (art. 107 del progetto).

pericolosità¹²². Il terzo comma dell'art. 98 del progetto del 2013 prevedeva che l'internamento nel centro psichiatrico avesse una durata non superiore a cinque anni, ma con la possibilità per il giudice di prorogarla per periodi fino a cinque anni, su richiesta del pubblico ministero e previa proposta della commissione di trattamento, quando la misura risultasse necessaria per evitare la commissione di nuovi delitti da parte del soggetto. La disposizione non prevedeva alcun limite quantitativo al sistema della proroga quinquennale: questo, quindi, poteva essere reiterato per tutta la vita, in caso di persistenza del pronostico di pericolosità. In caso di estinzione di tale misura per cessazione della pericolosità, era prevista l'imposizione della misura di sicurezza della libertà vigilata, a meno che questa non risultasse necessaria. L'art. 99 del progetto replicava la medesima disciplina per l'internamento in un centro educativo speciale dei non imputabili o semi-imputabili in ragione di un disturbo mentale, sempre a condizione di un giudizio prognostico di pericolosità da parte del giudice.

In questo quadro normativo la commissione del delitto assumeva sostanzialmente il valore di semplice antecedente della misura di sicurezza custodiale imposta al soggetto affetto da disturbo mentale, anziché di fondamento insieme alla pericolosità del soggetto¹²³.

Infine, il progetto limava in parte il sistema di vicarietà, previsto in caso di concorso di pena detentiva e misura di sicurezza privativa della libertà personale: pur mantenendo il meccanismo dell'esecuzione prima della misura, la sua durata non era più prevista come totalmente sostitutiva della pena ma solo nella misura dei 2/3; il restante 1/3 poteva rimanere sospeso, se l'esecuzione della pena avesse rischiato di compromettere i risultati raggiunti durante l'esecuzione della misura¹²⁴. Anche questa previsione rispondeva ad esigenze di controllo e di difesa sociale e non di recupero sociale.

¹²² L'art. 98 del progetto di riforma prevedeva, al primo comma, la facoltà del giudice di ordinare l'internamento in un centro psichiatrico dei soggetti non imputabili o semi-imputabili in ragione di un disturbo o anomalia mentale, se, dopo una valutazione esaustiva del disturbo e dell'azione criminosa commessa, vi fosse una base sufficiente per concludere che, a causa di tale stato, fosse prevedibile la commissione di nuovi delitti gravi, cioè punibili con pena detentiva di almeno 3 anni; internamento da eseguirsi in regime chiuso solo in presenza di un pericolo rilevante di violazione delle prescrizioni imposte o di commissione di nuovi delitti (secondo comma). La statuizione veniva estesa dall'art. 99 al centro educativo speciale per i medesimi soggetti.

¹²³ Così N. GARCÍA RIVAS, *El proyecto de reforma de código penal de 2013 como programa inocuidador de delinquentes peligrosos (prisión permanente revisable y medidas de seguridad indeterminadas)*, in *Riv. trim. dir. pen. contemp.*, 2014, n. 3-4, p. 188.

¹²⁴ Art. 101 del progetto.

Alla luce delle osservazioni sopra esposte, il complesso della disciplina proposta dal progetto rende del tutto condivisibile l'opinione della dottrina spagnola secondo la quale essa era ispirata a una logica discriminatoria nei confronti delle persone affette da disturbo mentale, inteso in senso lato¹²⁵. La previsione solo per costoro dell'indeterminatezza assoluta delle misure custodiali comportava una disparità di trattamento, dietro la quale si celava, neanche troppo, il pregiudizio che il disturbo mentale fosse sinonimo di una pericolosità ineliminabile o più difficile da sradicare rispetto che in altri delinquenti; una convinzione priva di alcuna base scientifica, con effetto stigmatizzante nei confronti di una categoria vulnerabile, bisognosa in realtà di interventi terapeutici/rieducativi e non di provvedimenti «innocuizzanti» e isolanti socialmente.

Proprio in considerazione delle critiche mosse dalla dottrina¹²⁶ e dall'ambiente medico-psichiatrico¹²⁷ in ordine al carattere discriminatorio nei confronti dei soggetti affetti da disturbo mentale, il testo del progetto non venne approvato dal Congresso.

Nel 2015, venne però approvata, in una versione diversa, la riforma del c.p. del 1995 con la *ley organica* 30.3.2015, n. 1. Questa abolì la categoria delle contravvenzioni e abrogò il III libro del codice penale; depenalizzò la maggior parte di esse, salva la trasformazione in delitti di alcune fattispecie più gravi, meritevoli di intervento penale; riformò totalmente la disciplina della sospensione dell'esecuzione della pena; introdusse, tra le pene, la *prisión permanente revisable* per i delitti più gravi; estese la portata della responsabilità penale degli enti; e soprattutto non toccò assolutamente la disciplina delle misure di sicurezza.

9. Cenni alle misure per i minori

Il codice penale spagnolo è applicabile solo ai soggetti che, al momento della condotta criminosa, abbiano compiuto 18 anni; per la responsabilità penale dei minori l'art. 19 c.p. delega il legislatore a stabilire una disciplina *ad hoc*.

Emanata alcuni anni dopo l'entrata in vigore del c.p., la *ley orga-*

¹²⁵ A. ROIG SALASA *et al.*, *Comentario*, cit., p. 149.

¹²⁶ Cfr. N. GARCÍA RIVAS, *El proyecto*, cit., p. 178 ss.

¹²⁷ Le critiche sono state raccolte da un gruppo di neuro-psichiatri dell'Associazione spagnola di neuropsichiatria nel seguente articolo: A. ROIG SALASA *et al.*, *Comentario*, cit., p. 148 ss.

nica 12.1.2000, n. 5 disciplina la responsabilità penale dei minori sia sotto il profilo sostanziale, sia sotto quello processuale.

Essa si fonda sul principio basilare dell'interesse superiore del minore, dal quale deriva, come primo corollario, la funzione rieducativa della responsabilità penale: il minore autore di un delitto è considerato persona da educare e correggere, non da punire.

La *ley organica* n. 5/2000 individua due fasce di età del minore, ai fini della legge penale.

I minori che tengono la condotta criminosa dopo il compimento dei 14 anni sono soggetti a responsabilità penale ai sensi della predetta legge¹²⁸, salvo che non rientrino nelle condizioni di non imputabilità previste dall'art. 20, nn. 1-3 c.p., ossia che abbiano commesso il delitto in stato e a causa di un disturbo mentale o di intossicazione da sostanze alcoliche o stupefacenti, nel qual caso sono applicabili, se necessario, alcune specifiche misure terapeutiche previste dall'art. 7¹²⁹. I minori di 14 anni sono considerati penalmente irresponsabili con presunzione assoluta: di conseguenza non sono soggetti alla legge in esame ma possono soltanto essere sottoposti alle misure di tutela civile previste dalla *ley organica* n. 1/1996, adeguate alla situazione concreta¹³⁰.

Le modalità esecutive delle misure applicabili agli ultraquattordicenni sono differenziate dalla legge attraverso l'individuazione di altre due fasce d'età, quella dei minori di 16 anni e quella degli ultrasedicenni: il legislatore ha ritenuto, infatti, diverso il livello di maturità e di comprensione del disvalore del comportamento in questi due stadi di sviluppo della personalità e, di conseguenza, necessario differenziare la risposta rieducativo/correttiva, pur in ogni caso nel rispetto dei principi dell'interesse e della tutela del minore.

La legge prevede un ampio catalogo di misure sia privative della libertà personale, sia non privative, tutte contraddistinte, in fase applicativa, dal rispetto dei principi di legalità, di giurisdizionalità, di finalismo rieducativo, di proporzionalità e di necessità; e in fase esecutiva da una notevole flessibilità¹³¹.

Diversamente dal nostro ordinamento, quello spagnolo non articola il sistema sanzionatorio del minore sulla falsariga di quello dell'adulto, cioè nei due binari pena/misura di sicurezza, bensì utiliz-

¹²⁸ Art. 1 della *ley organica* n. 5/2000.

¹²⁹ Art. 5 della *ley organica* n. 5/2000.

¹³⁰ Art. 3 della *ley organica* n. 5/2000.

¹³¹ È quanto si legge nel preambolo (*exposición de motivos*) della *ley organica* n. 5/2000.

za un sistema unitario sanzionatorio/educativo, rubricato nel Titolo II «*De las medidas*» (Delle misure), all'interno del quale non è prevista alcuna distinzione tra minore pericoloso e minore non pericoloso, né tra pena e misura di sicurezza. Il minore ultraquattordicenne, sia quando è considerato penalmente responsabile, sia quando non lo sia a causa di una delle sopra citate condizioni di non imputabilità, è sottoponibile a una o più delle misure elencate all'art. 7, che, per scelta legislativa, non sono in alcun modo qualificate né definite. Ciò per ribadire, implicitamente, il principio basilare, espresso nel preambolo della legge, che il regime della responsabilità penale del minore è ideato e strutturato sul principio-base dell'interesse e della tutela del minore e finalizzato esclusivamente alla rieducazione. Pertanto, non ha ragione d'essere la distinzione tra minore pericoloso e minore non pericoloso, tra misura di sicurezza e pena.

Nei confronti del minore ultraquattordicenne, autore di un delitto, si prevede un intervento correttivo/educativo, che va calibrato sulla gravità del fatto commesso e sulle condizioni personali che hanno influito sul comportamento.

Le misure possono essere privative della libertà personale, restrittive parzialmente della libertà personale, restrittive di altri diritti personali.

Sono elencate tutte all'art. 7, secondo un ordine decrescente di afflittività, a partire da quelle privative della libertà, a quelle restrittive della libertà personale, a quelle restrittive di altri diritti.

Nel primo gruppo rientrano l'internamento rieducativo e l'internamento terapeutico: il primo è previsto per i minori che richiedono un intervento rieducativo intenso e costante, sotto continuo controllo, in ragione della gravità del fatto commesso e dell'età più vicina alla fascia adulta; il secondo è per i minori affetti da un disturbo mentale grave, la cui cura richiede l'internamento in un centro di cura specializzato in quel tipo di disturbo, oppure da uno stato di intossicazione da sostanze alcoliche o stupefacenti tale da richiedere l'internamento in un centro di disintossicazione.

Per entrambi gli internamenti è previsto, alternativamente, il regime chiuso, semiaperto o aperto. Nella prima modalità il soggetto deve vivere all'interno della struttura e svolgervi tutte le attività formative, culturali, educative, lavorative previste nel progetto educativo individualizzato, o le terapie disintossicanti. In regime semiaperto il minore vive all'interno del centro ma svolge alcune attività formative o terapeutiche all'esterno, con una gradualità crescente in base ai progressi manifestati dal minore. Infine, il regime aperto prevede che tutte le attività formative o terapeutiche vengano svolte fuori dal centro, nel quale il minore però è domiciliato in modo continuativo.

Sono parzialmente restrittive della libertà personale, in ragione di determinate prescrizioni rieducative o terapeutiche imposte al minore: la libertà vigilata, il trattamento ambulatorio, l'assistenza in un centro diurno, la convivenza con una persona o in famiglia o in un gruppo educativo, la permanenza domiciliare nel fine settimana. Sono restrittive di diritti: la prestazione di attività lavorativa a favore della comunità, lo svolgimento di compiti socio-educativi, il divieto di avvicinarsi e comunicare con la vittima, l'inabilitazione all'esercizio di qualsiasi diritto o incarico, il ritiro della patente, l'ammonizione.

La o le misure imposte dal giudice sono scelte in base non solo ad una valutazione giuridica del fatto commesso (in termini di gravità), ma soprattutto all'età, alla situazione familiare e sociale, alla personalità e all'interesse del minore¹³²; nella sentenza il giudice deve motivare la scelta e indicare la durata della o delle misure adottate¹³³.

Il potere discrezionale del giudice di determinazione e commisurazione della misura trova alcuni limiti nella *ley organica*, a tutela del minore, consistenti nella previsione di massimi edittali di durata di ciascuna misura, nonché, per quelle custodiali, di presupposti oggettivi di applicazione, data la loro particolare afflittività¹³⁴; infine, nell'imposizione del principio accusatorio, in base al quale la misura adottata dal giudice non può essere più restrittiva né di maggior durata rispetto a quella richiesta dal pubblico ministero¹³⁵.

Pur essendo fissato in sentenza il termine di durata della misura, il giudice dell'esecuzione, d'ufficio o su richiesta del pubblico ministero o dell'avvocato del minore, o, se del caso, dell'ente pubblico che gestisce l'esecuzione della misura, può in qualsiasi momento ordinare la cessazione della misura o la riduzione della durata o la sostituzione con un'altra, con ordinanza motivata, a condizione che la modifica sia nell'interesse del minore e che il rimprovero meritato per il suo comportamento sia sufficientemente espresso al minore¹³⁶.

Alla luce della disciplina brevemente esposta, emergono, in particolare, la finalità e il contenuto educativo o terapeutico di tutte

¹³² La personalità e l'interesse del minore devono essere valutati dal giudice in base alle relazioni elaborate da *équipe* di specialisti o da enti pubblici per la tutela e correzione dei minori, che abbiano avuto conoscenza del soggetto per aver precedentemente eseguito nei suoi confronti un provvedimento cautelare (art. 7, c. 3 della *ley organica* n. 5/2000).

¹³³ Art. 7, c. 3 della *ley organica* n. 5/2000.

¹³⁴ Art. 9 della *ley organica* n. 5/2000.

¹³⁵ Art. 8 della *ley organica* n. 5/2000.

¹³⁶ Art. 13 della *ley organica* n. 5/2000.

le misure destinate ai minori; la flessibilità delle modalità esecutive, determinate in funzione di correggere gli aspetti personali che hanno portato il minore a delinquere; la flessibilità delle statuizioni giudiziali in ordine al tipo e alla durata della misura in funzione dei progressi del minore nel percorso rieducativo o terapeutico, pur nel rispetto dei garantistici limiti massimi legislativi.

Dalle suddette caratteristiche possiamo trarre la conclusione che queste misure, pur non qualificate in alcun modo dalla *ley organica* n. 5/2000, possono in senso lato considerarsi misure di sicurezza per minori.