

GABRIELE FORNASARI - EMANUELE CORN

LE MISURE DI *PROBATION* NEL DIRITTO
PENALE SUDAMERICANO: I MODELLI DEL
CILE, DELL'ARGENTINA E DEL PERÙ



GIUFFRÈ FRANCIS LEFEBVRE

Isbn 9788828826347

Estratto al volume:

**LE MISURE SOSPENSIVO-PROBATORIE
ITINERARI VERSO UNA RIFORMA**

a cura di
EMILIO DOLCINI e ANGELA DELLA BELLA

2020

LE MISURE DI *PROBATION* NEL DIRITTO PENALE SUDAMERICANO: I MODELLI DEL CILE, DELL'ARGENTINA E DEL PERÙ

di GABRIELE FORNASARI - EMANUELE CORN (*)

SOMMARIO: 1. Presentazione e metodologia. — 2. La sospensione condizionale della pena nell'esperienza cilena. — 3. Gli altri "sostitutivi penali" in Cile. — 4. La sospensione condizionale della pena in Argentina. — 5. La sospensione condizionale della pena in Perù. — 6. La sospensione del processo con messa alla prova in Cile. — 7. La sospensione del processo con messa alla prova in Argentina. — 8. La "riserva di condanna" nel diritto peruviano. — 9. Considerazioni critiche della dottrina sudamericana. — 10. Conclusioni. — 11. Nota bibliografica.

1. Presentazione e metodologia.

Ordineremo questa esposizione separando la trattazione degli istituti assimilabili alla sospensione condizionale della pena da quella delle situazioni da noi definite come "messa alla prova". In questo senso, seguendo la ripartizione proposta dal Professor Dolcini, concentreremo l'attenzione sulla fase decisoria (par. 2-5) e sulla fase predecisoria (par. 6-8).

In relazione a ciascuna delle questioni avremo cura di confrontare tra loro le esperienze dei paesi dai quali è stato possibile ricevere un rapporto dettagliato, ovvero Cile, Argentina e Perù.

Nel diritto argentino, la nostra sospensione condizionale porta il nome di "*condena condicional*" ed è regolata dal codice penale, agli articoli 26 e seguenti; allo stesso modo, è il codice penale, all'art. 57, a regolarla nel diritto peruviano; nel diritto cileno invece essa è disciplinata fuori dal codice, ovvero

(*) Gli Autori hanno condiviso ogni aspetto della ricerca necessaria alla presente pubblicazione e ne condividono tutti i contenuti. Ai fini concorsuali si segnala che Gabriele Fornasari ha scritto la parte relativa ad Argentina e Perù, mentre Emanuele Corn quella relativa al Cile.

in una legge del 1983 (n. 18216), poi ampiamente riformata nel 2012 (con legge n. 20603).

Abbiamo raccolto le informazioni dai vari paesi grazie al supporto dei professori: José Luis Guzman (Universidad de Valparaíso), Ezequiel Malarino (Universidad San Andres, Buenos Aires) e Diego Collantes (Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima). Le indicazioni bibliografiche principali, distinte per paese, sono proposte nella nota finale per non appesantire il testo con un complesso apparato di note.

2. La sospensione condizionale della pena nell'esperienza cilena.

È già interessante a questo punto notare che, nell'esperienza cilena, il contesto normativo in cui venne originariamente collocata, nel 1983, la sospensione condizionale (quella cioè che riguarda una condanna già pronunciata) è quello dei cosiddetti sostitutivi penali (terminologia che a noi italiani richiama, forse non a caso, l'insegnamento di Enrico Ferri, che ha lasciato tracce consistenti sulla penalistica sudamericana nella prima metà del Novecento), che include, all'interno della medesima legge e con l'evidente intento di trattarle come elementi di un comune disegno di politica criminale, oltre alla sospensione (definita qui come "*remisión condicional*") anche la reclusione notturna e la libertà vigilata.

Il *rapporteur* cileno tiene peraltro a precisare che, al di là delle denominazioni (qualcuno le chiama anche pene sostitutive), risulta chiaro che la *ratio* che le accomunava era essere strumenti volti a sospendere l'esecuzione di pene detentive brevi, normalmente in riferimento a soggetti che avessero commesso il loro primo reato.

Nel diritto cileno sono "pene detentive brevi", di norma, quelle che non superano i tre anni, pur se nel caso della libertà vigilata il limite si eleva a cinque anni.

Ad alcuni anni dalla emanazione della legge n. 18216 il giudizio che si dava circa l'introduzione di queste disposizioni era sostanzialmente positivo, sia secondo la dottrina che secondo gli operatori pratici del diritto, poiché fu dimostrato che esse contribuirono a contenere le dimensioni della popolazione carceraria — nel frattempo cresciuta esponenzialmente negli anni successivi al ritorno della democrazia — ma anche a causa di un'altra importante conseguenza, ovvero che si poté verificare che la maggior parte dei condannati la cui pena era stata sospesa non divennero recidivi.

La legge n. 20603 del 2012 intervenne poi a modificare l'assetto dei cosiddetti sostitutivi penali, introducendone di nuovi e trasformandone alcuni in vere e proprie pene sostitutive.

Bisogna, tuttavia, tenere presente che in nessun caso si tratta di pene alternative già indicate direttamente a livello legislativo in relazione a specifici delitti per i quali è già prevista la reclusione. Al contrario, quando ne siano presenti i presupposti, il tribunale impone con la sentenza di condanna la pena detentiva prevista, già concretamente commisurata secondo i criteri stabiliti, e solo dopo ha la facoltà di rimpiazzarla con una delle pene sostitutive, fermo restando che, se il condannato ometterà di ottemperare agli obblighi che vi sono insiti, vedrà riconvertirsi la sanzione nella originaria pena della reclusione.

Il catalogo di queste modalità sanzionatorie ne prevede sei:

- a) sospensione condizionale (*remisión condicional*);
- b) reclusione parziale (*reclusión parcial*);
- c) libertà vigilata (*libertad vigilada*);
- d) libertà vigilata intensiva (*libertad vigilada intensiva*);
- e) espulsione dello straniero (*expulsión de extranjeros*);
- f) prestazione di servizi di pubblica utilità (*prestación de servicios en beneficio de la comunidad*).

Esse sono disposte tutte dal giudice della cognizione e sono concepite come discrezionali, peraltro sul presupposto che esistano le condizioni normativamente previste per l'applicazione di ciascuna di esse.

In particolare, la sospensione condizionale, di gran lunga la più frequentemente applicata dalla magistratura, consiste di fatto nella sostituzione dell'esecuzione della pena privativa della libertà con un periodo di assistenza e osservazione del condannato, di competenza dell'autorità amministrativa, ovvero della *Gendarmería de Chile*, che peraltro è la stessa autorità che sovrintende all'esecuzione delle pene detentive.

Essa si riferisce a condanne a pene non superiori a tre anni di reclusione e a soggetti che non abbiano commesso in precedenza altri reati; a questo ultimo riguardo, tuttavia, la sospensione è estensibile anche a soggetti che abbiano già terminato di scontare una pena per un precedente crimine o delitto rispettivamente dieci e cinque anni prima della commissione del nuovo reato (non dunque prima della nuova condanna, si badi bene).

Secondo il comune punto di vista dei penalisti cileni, si tratta con tutta evidenza di una misura con finalità specialpreventiva, dato anche che la sua applicazione viene fatta dipendere dal fatto che i suoi precedenti, la condotta precedente e successiva al reato, l'indole, la gravità e i motivi a delinquere

consentano di presumere che il condannato si asterrà dalla commissione di altri reati, cosa che rende non necessaria l'esecuzione della pena originariamente inflitta.

Ha poi inizio un periodo di prova, della durata da uno a tre anni, con l'obbligo di risiedere in un luogo che viene indicato dal condannato e sotto il controllo amministrativo della gendarmeria.

3. Gli altri “sostitutivi penali” in Cile.

Per completezza informativa, diamo qualche indicazione anche riguardo alle altre “pene sostitutive” previste nella legge del 2012, onde chiarire qual è il contesto complessivo di riferimento della sospensione condizionale, come regolata nel diritto cileno.

La reclusione parziale si caratterizza per il fatto che il condannato trascorre 56 ore settimanali o, preferibilmente, nel proprio domicilio o in un luogo o stabilimento fissato dal giudice: queste 56 ore possono essere diurne, notturne o collocate nel fine settimana e la scelta dipende da quale sia considerato il miglior modo di soddisfare le esigenze di prevenzione speciale perseguite con l'introduzione di questa modalità sanzionatoria.

I suoi presupposti sono che la condanna non ecceda i tre anni di pena detentiva e che il soggetto non abbia commesso in precedenza altri reati o, se li ha commessi, la pena complessiva derivante dalla loro commissione non superi i tre anni.

La libertà vigilata è concepita come una sorta di regime di messa alla prova che pure tende al reinserimento sociale del condannato, attraverso un programma individualizzato di attività coordinato da un delegato della gendarmeria.

Sostituisce pene comprese fra due e tre anni di reclusione di condannati non recidivi (o recidivi, con le stesse modalità indicate per l'applicazione della sospensione condizionale), e sempre in base ad un giudizio discrezionale del giudice circa il fatto che si tratti della misura più adeguata, date le caratteristiche del soggetto, al suo reinserimento sociale.

Nella sua forma *intensiva*, la libertà vigilata sostituisce pene detentive fra tre e cinque anni.

In entrambi i casi, è il giudice a dovere verificare ed approvare il piano di intervento individuale predisposto dal delegato della gendarmeria, comprensivo delle norme di comportamento che il condannato deve seguire per evitare di dovere scontare la reclusione, tra le quali si possono segnalare l'ob-

bligo di risiedere in un determinato luogo, il divieto di frequentarne certi altri, il divieto di avvicinarsi alla vittima o di allontanarsi dal proprio domicilio o ancora l'obbligo di partecipare a programmi formativi.

La prestazione di un servizio a beneficio della comunità consiste in attività non remunerate a favore della collettività o di persone che si trovano in situazioni disagiate. Si applica nei casi in cui la pena detentiva individuata dal giudice non superi i trecento giorni, se il condannato accetta di sottoporvisi e se esiste un pronostico favorevole di non recidiva.

A differenza della libertà vigilata e della sospensione condizionale, può essere imposta una sola volta e per il calcolo della sua durata si considera che 48 ore di lavoro compensino 30 giorni di prigione, premesso che l'orario giornaliero non può superare le otto ore.

Anche se l'elenco predisposto dalla legge del 2012 contempla anche l'espulsione dello straniero come "pena sostitutiva", è evidente che in questo caso si tratta di una modalità sanzionatoria abbastanza avulsa dal contesto generale, quanto meno per il fatto di non condividere affatto con le altre sopra menzionate il comune fondamentale carattere di rispondere a finalità special-preventive orientate al reinserimento sociale del condannato; appare pertanto un fuor d'opera descriverne qui le linee normative.

Nel caso della sospensione condizionale, se il soggetto non adempie in modo grave o reiterato agli obblighi fissati dal giudice, ciò comporta la revoca della misura o la sua sostituzione con un'altra più gravosa per il reo.

La sospensione è revocata anche in caso di commissione di un nuovo reato per il quale intervenga sentenza di condanna.

Qualora invece il periodo di prova trascorra positivamente, si ha la cancellazione della sentenza dal registro generale delle condanne.

In Cile, l'insieme delle cosiddette pene sostitutive copre, secondo le statistiche più recenti, circa il 42 per cento di tutte le condanne pronunciate dai tribunali, con la nettissima prevalenza dell'applicazione della sospensione condizionale.

Riguardo ai costi della loro applicazione, un incremento di risorse si è reso necessario essenzialmente in relazione alle misure della libertà vigilata e della reclusione parziale, dato che per taluni soggetti vi è l'obbligo di utilizzare un apparato elettronico di localizzazione geografica.

Riguardo ai tassi di recidiva, anche se non sono disponibili dati statistici scientificamente comprovati, è opinione comune che essi siano decisamente bassi per quanto concerne i soggetti che hanno goduto della sospensione condizionale, notevolmente più elevati invece nel caso dell'applicazione degli altri sostitutivi.

4. La sospensione condizionale della pena in Argentina.

Nell'esperienza argentina, la sospensione condizionale, prevista come detto nel codice penale all'art. 26 e seguenti, opera in caso di prima condanna ad una pena di reclusione non superiore a tre anni, limite che resta fermo anche in caso di concorso di reati.

L'istituto si applica solo se la condanna riguarda la pena della "*prisión*": è dunque escluso che si possano sospendere le pene della "*reclusión*", la pena pecuniaria e le pene principali di natura interdittiva.

Per inciso, va segnalato che tra "*prisión*" e "*reclusión*" non vi sono differenze riguardo al contenuto sanzionatorio, che è il medesimo, ma solo in relazione all'applicabilità di alcuni istituti, tra i quali vi è appunto la sospensione condizionale, che può concernere solo la "*prisión*", che in generale rappresenta la pena detentiva riferibile ai reati comparativamente meno gravi.

Il giudice ne decide l'utilizzazione avendo riguardo, afferma testualmente il codice, "alla personalità morale del condannato, alla sua condotta successiva al reato, ai motivi che lo hanno indotto a delinquere, alla natura del fatto e a tutte le circostanze che dimostrino l'inopportunità dell'effettiva inflizione della privazione della libertà".

Date le sue caratteristiche, è evidente che la misura, che è disposta discrezionalmente dal giudice della cognizione, ha la finalità di evitare gli effetti criminogeni del carcere e di decomprimere il sistema penitenziario.

Nel caso in cui opti per la sospensione dell'esecuzione della pena inflitta al condannato, il giudice è tenuto a imporgli tutte o alcune delle regole di comportamento fissate nell'art. 27-*bis*, nella misura in cui risultino adeguate a prevenire la commissione di nuovi reati.

Tali obblighi potranno avere una durata compresa fra due e quattro anni, a seconda della gravità del reato commesso, e sono i seguenti:

- a) fissare una residenza;
- b) astenersi dal recarsi in determinati luoghi e dal frequentare determinate persone;
- c) non fare uso di stupefacenti o abuso di bevande alcoliche;
- d) frequentare la scuola primaria, se non la si è ancora completata;
- e) realizzare il processo formativo necessario per incrementare le capacità lavorative o professionali;
- f) sottoporsi a un trattamento medico o psicologico, previo accertamento della sua necessità ed efficacia;
- g) dedicarsi ad un'attività d'ufficio, artistica, lavorativa o professionale adeguata alle proprie capacità;

— *b)* realizzare lavori non remunerati a favore dello Stato o di altre istituzioni pubbliche, al di fuori dei propri orari di lavoro.

La sentenza che dispone la sospensione condizionale è immediatamente esecutiva. Nel caso in cui il condannato non adempia a una o più delle regole comportamentali indicate dal giudice, potrà essere in un primo momento stabilito un rinvio del termine di adempimento, ma se il condannato persiste nell'inadempimento la sospensione verrà revocata e dovrà essere scontata la pena originariamente inflitta.

Altra causa di revoca del beneficio è rappresentata dalla commissione di un nuovo reato durante il tempo della sospensione. La pena da scontare verrà stabilita in tal caso in base alle disposizioni in tema di concorso di reati.

Se invece, nel termine stabilito, il condannato adempie gli obblighi fissati e non commette nuovi reati, la sentenza di condanna si intenderà come non pronunciata.

Detto ciò riguardo alle modalità di disciplina della sospensione condizionale nei due ordinamenti, occorre aggiungere che, riguardo alle statistiche circa la frequenza dell'applicazione di questo istituto, esistono alcuni dati nell'esperienza cilena, mentre nel caso dell'Argentina ci si deve affidare a valutazioni approssimative.

In Argentina non vi è una massa consistente di dati empirici riguardo al fenomeno sospensivo; l'unico dato quantitativo affidabile è quello per cui i giudici, nel caso in cui siano presenti i requisiti oggettivi necessari all'applicazione della sospensione condizionale, usano il loro potere discrezionale pressoché sempre nel senso di evitare l'inflizione della pena detentiva.

5. La sospensione condizionale della pena in Perù.

L'esecuzione di una pena privativa della libertà imposta tramite una sentenza di condanna può essere sospesa, nell'ordinamento peruviano, a condizione che si verifichino i seguenti requisiti:

— *a)* che si tratti di una condanna a non più di quattro anni di reclusione;

— *b)* che la natura e le modalità del reato, la condotta processuale e la personalità dell'agente consentano al giudice di inferire che questi si asterrà dalla commissione di nuovi reati;

— *c)* che l'autore del reato non sia recidivo.

In questi casi, la pena sarà sospesa per un periodo da uno a tre anni.

L'ultimo comma dell'art. 57 prevede peraltro una clausola di eccezione, in base alla quale la pena non può mai essere sospesa nei casi in cui il reato consista in frodi commesse da pubblici funzionari a danno della pubblica amministrazione, per esempio nella gestione di appalti, e in condotte di peculato, con esclusione della forma colposa e del peculato d'uso.

All'atto di sospendere la pena detentiva, il giudice deve imporre le regole di condotta che ritiene più confacenti rispetto al caso concreto, scegliendo fra quelle enumerate nello stesso codice penale, all'art. 58, ovvero:

- *a)* divieto di frequentare determinati luoghi;
- *b)* divieto di allontanarsi dal luogo di residenza senza previa autorizzazione del giudice;
- *c)* obbligo di comparire mensilmente davanti al tribunale, per riferire circa le proprie attività;
- *d)* riparare i danni causati dal reato, eventualmente provvedendo mediante pagamento frazionato quando si dimostri la impossibilità di farlo immediatamente;
- *e)* divieto di possedere oggetti atti a facilitare la commissione di altri reati;
- *f)* obbligo di sottoporsi ad un trattamento di disintossicazione da alcool o stupefacenti;
- *g)* obbligo di seguire un trattamento o programmi professionali o educativi, organizzati dall'autorità competente per l'esecuzione penale o da altra istituzione competente;
- *h)* altri obblighi idonei alla riabilitazione sociale dell'agente, sempre che non pregiudichino la sua dignità;
- *i)* obbligo di sottoporsi a un trattamento psicologico o psichiatrico.

La sospensione dell'esecuzione implica che il soggetto non venga recluso in uno stabilimento penitenziario e sia invece sottoposto alle regole di condotta fissate; qualora tuttavia non adempia a tali obblighi o divieti, il giudice, secondo quanto dispone l'art. 59, potrà, in alternativa: ammonire il condannato; prorogare il periodo di sospensione di una metà rispetto al termine inizialmente fissato, ma senza superare i tre anni; revocare la sospensione della pena disponendo l'effettiva esecuzione della reclusione in uno stabilimento penitenziario.

Altra causa di revoca della sospensione è la commissione di un nuovo reato doloso sanzionato con pena superiore a tre anni di reclusione. In questo caso il giudice ordina l'esecuzione di entrambe le pene.

Non sono disponibili dati statistici ufficiali riguardanti il numero di sentenze con cui viene sospesa la pena, ma vi è tuttavia un dato interessante, ri-

ferito ancora al 2016, che dice che in quell'anno, tra le persone detenute nei penitenziari peruviani, circa il 16 per cento erano già state condannate ad una pena sospesa. I reati per cui costoro si trovavano in carcere erano prevalentemente reati contro il patrimonio, in primo luogo furti e truffe, ma anche, in percentuali non insignificanti, lesioni, conduzione di veicoli in stato di ebbrezza e traffico di stupefacenti.

Secondo il *rapporteur* nazionale, ciò permette di affermare che la maggior parte dei detenuti non ha alle spalle una sentenza di condanna a pena sospesa.

Questo darebbe conforto al fatto che, nella concezione propria del diritto peruviano, la sospensione condizionale della pena vuole avere una connotazione essenzialmente specialpreventiva, in linea con la previsione costituzionale che assegna alla pena un fine di risocializzazione.

6. La sospensione del processo con messa alla prova in Cile.

La sospensione del processo con messa alla prova viene regolata in Cile da disposizioni del codice di procedura penale (art. 237 e seguenti), mentre in Argentina trova la sua disciplina all'interno del codice penale (art. 76 e seguenti).

Nell'esperienza cilena, la sospensione è richiesta dal pubblico ministero, d'accordo con l'imputato, qualora la pena che potrebbe imporsi in un'eventuale sentenza di condanna per il reato in esame non possa eccedere i tre anni di reclusione e l'imputato non sia stato condannato in precedenza per un crimine o un delitto.

All'atto di decretare la sospensione del procedimento, il tribunale di garanzia deve imporre al soggetto una serie di obblighi e istruzioni da osservare per un periodo che può andare da uno a tre anni.

Fra queste condizioni figurano l'obbligo di indennizzare le vittime e regole di comportamento come la sottoposizione ad un trattamento medico, la fissazione di un domicilio, l'esercizio di un'attività lavorativa e la periodica presentazione davanti al pubblico ministero.

L'inadempimento grave o reiterato e ingiustificato comporta la revoca della sospensione e la conseguente restaurazione del procedimento; se invece il periodo di prova trascorre positivamente, ne consegue l'estinzione dell'azione penale.

Nel caso di processi per reati contro beni giuridici disponibili, la cui titolarità appartiene a soggetti privati, accordi per la riparazione del danno ven-

gono convenuti direttamente tra autore e vittima contestualmente alla sospensione del procedimento.

Tali accordi devono tuttavia essere approvati dal tribunale di garanzia, benché vi si possa opporre anche il pubblico ministero, qualora ravvisi l'esistenza di un interesse pubblico prevalente alla prosecuzione del processo.

Nel caso in cui non vi siano ostacoli né da parte del tribunale né da parte della pubblica accusa e siano rispettate le condizioni fissate nell'accordo di riparazione o stabilite dall'autorità giudiziaria a favore delle vittime, si estingue la responsabilità penale che avrebbe potuto essere accertata nel giudizio di cognizione.

In mancanza di una fonte di dati ufficiali sul punto, vi sono notevoli discordanze circa la frequenza applicativa della sospensione del processo con messa alla prova nel sistema giudiziario del Cile.

Infatti, dati forniti nel 2017 dalla *Defensoría penal pública* parlano di un 29,8% di procedimenti che si risolvono con la sospensione. La stessa dottrina più accreditata vi vede una stima notevolmente ottimistica ed esagerata, specie in quanto messa a confronto con quella, comunque incerta ma più verosimile, fornita dalla Procura nazionale, secondo la quale la frequenza di processi sospesi con messa alla prova si situa intorno all'8%, dei quali un po' meno della metà sono caratterizzati dal fatto di concludersi con accordi di riparazione tra le parti.

I due numeri, così diversi, potrebbero però non essere così contraddittori in virtù del fatto che la *Defensoría* conteggia solo i processi di propria competenza, ovvero quelli in cui le parti non hanno i mezzi per pagare un avvocato privato.

Gli effetti della messa alla prova sul tasso di recidiva vengono per il momento giudicati positivamente, pur se il periodo posto sotto osservazione è ancora abbastanza breve.

7. La sospensione del processo con messa alla prova in Argentina.

Nell'esperienza argentina, la sospensione del processo con messa alla prova (art. 76 codice penale) può essere deliberata fino all'inizio del dibattimento. In giurisprudenza è controverso se si possa farlo già all'inizio della fase investigativa o se si debba attendere almeno la chiusura delle indagini preliminari, ma da ultimo pare prevalere la tesi più estensiva.

Vi è discussione anche intorno al perimetro applicativo dell'istituto.

Una prima tesi, più restrittiva ed oggi probabilmente minoritaria, va nel senso di ritenere che l'istituto sia applicabile se i requisiti indicati nell'art. 76-*bis* c.p. siano cumulativamente presenti: essi sono rappresentati dal fatto che si proceda per un delitto perseguibile d'ufficio, sanzionato con la pena della *reclusión* o della *prisión* il cui massimo non sia superiore a tre anni, che secondo le circostanze del caso sarebbe possibile sospendere l'esecuzione dell'eventuale sentenza di condanna applicabile all'autore e che vi sia il consenso del pubblico ministero.

La tesi più estensiva, che oggi appare maggioritaria ed è sostenuta anche dalla Corte Suprema, opta per ritenere che sia sufficiente la presenza anche di uno solo dei menzionati requisiti.

Gli altri presupposti che condizionano la scelta a favore della sospensione, secondo la disciplina normativa, sono i seguenti:

— *a*) che l'imputato abbia offerto di farsi carico della riparazione del danno nella misura del possibile (il *rapporteur* nazionale, prof. Malarino, precisa che ciò non implica né la confessione del reato, né il riconoscimento della corrispondente responsabilità civile);

— *b*) che l'imputato abbia pagato il minimo di pena pecuniaria previsto per quel reato, qualora per il reato in esame sia prevista tale pena in forma congiunta o alternativa con quella detentiva;

— *c*) che l'imputato devolva a favore dello Stato i beni che presumibilmente risulterebbero confiscati nel caso si giungesse alla condanna;

— *d*) che non sia concorso nel reato un funzionario pubblico nell'esercizio delle sue funzioni;

— *e*) che non si tratti di un reato per il quale sia prevista l'applicazione di una pena interdittiva;

— *f*) che non si tratti di reati doganali o tributari.

Questo istituto, così come la sospensione condizionale della pena, vuole avere l'effetto di evitare le conseguenze criminogene del carcere e di deflazionare il sistema carcerario e l'autorità competente alla sua applicazione è il giudice delle indagini preliminari, se il processo si trova in quella fase, o il giudice del dibattimento, se invece quella fase è già terminata.

Si tratta di una decisione discrezionale, che in ogni caso deve essere motivata.

Qualora venga sospeso il processo, quale che sia la fase in cui la decisione viene presa, l'autorità giudiziaria è tenuta ad imporre all'imputato, per un lasso di tempo che va da uno a tre anni, tutte o alcune delle otto regole di comportamento che abbiamo già visto essere fissate dal codice penale per il caso dell'applicazione della sospensione condizionale della pena.

Un aspetto che è interessante segnalare è che durante il tempo stabilito dal giudice per la messa alla prova si deve considerare sospeso il decorso del termine di prescrizione.

Il processo sospeso deve essere riavviato e portato a termine se nel periodo di prova l'imputato commette un nuovo reato, non effettua la riparazione del danno nella misura offerta ed accettata o non adempie alle regole di comportamento stabilite.

Allo stesso modo, la sospensione dovrà essere revocata qualora in un momento successivo a quello in cui è stata dichiarata si venga a conoscenza di circostanze idonee a modificare il massimo della pena applicabile al di là dei limiti in cui la sospensione è consentita o i presupposti in base ai quali si dovrebbe decidere sulla sospensione condizionale dell'eventuale sentenza di condanna.

Se invece durante il periodo di prova vengono integrate tutte le condizioni richieste, l'azione penale dovrà considerarsi estinta.

Pur non essendo disponibili dati empirici affidabili riguardo all'ambito applicativo della sospensione del procedimento con messa alla prova, è opinione comune che i giudici tendano a concederla con estrema larghezza, ovvero in sostanza in tutti o quasi tutti i casi nei quali ne sussistano i presupposti oggettivi.

8. La “riserva di condanna” nel diritto peruviano.

Con la formula ambigua di “riserva di condanna” (*reserva de fallo condenatorio*), il codice penale peruviano regola in effetti un caso assimilabile in qualche modo alla messa alla prova, in quanto, come prevede l'art. 62 (modificato in seguito ad una riforma del 2013), il giudice può astenersi dal pronunciare la sentenza di condanna allorché della situazione dell'autore, verificabile al momento in cui sarebbe da emanare la sentenza, sia possibile dedurre che questi si asterrà dalla commissione di un nuovo reato. S'intende che tale pronostico favorevole deve essere adeguatamente motivato dall'autorità giudiziaria.

I casi nei quali la riserva è ammessa sono:

— a) quando il reato è sanzionato con la reclusione non superiore a tre anni o con la multa;

— b) quando la pena che si può imporre non superi i novanta giorni di prestazione di servizio di pubblica utilità o di limitazione di giorni liberi;

— c) quando la pena che si può imporre non superi i due anni di inabilitazione.

Il termine della riserva va da uno a tre anni, che si contano dal momento in cui la decisione passa in giudicato.

Il successivo art. 63 precisa che la riserva consiste nell'astensione dal pronunciare la parte risolutiva della sentenza, ma stabilendo tuttavia l'eventuale responsabilità civile derivante dal fatto.

La riserva deve essere iscritta in un registro speciale, visibile solo, su richiesta scritta, dai giudici della Repubblica; terminato con successo il periodo di prova l'iscrizione nel registro è automaticamente cancellata ed essa non dovrà poter constare in alcun modo.

Le regole di condotta che il giudice può stabilire con la riserva di condanna sono le stesse nove che l'art. 58 sopra citato prevede per il caso della sospensione della pena.

In caso di inadempimento da parte del beneficiario, l'art. 65 offre al giudice le stesse tre opzioni che abbiamo visto indicate nell'art. 59 per il caso della sospensione condizionale, ma con la differenza che l'opzione relativa all'ammonizione del condannato si converte qui in un "severo monito" al beneficiario della misura.

Si potrà avere revoca del regime di prova, secondo il disposto dell'art. 66, nel caso in cui l'agente commetta un nuovo reato doloso per il quale sia condannato alla reclusione superiore a tre anni, mentre la revoca sarà obbligatoria allorché la pena stabilita in astratto per tale delitto superi tale limite.

La revoca determina l'applicazione della pena che sarebbe stata stabilita se non si fosse dato luogo al regime di prova; se invece non vi è revoca, il periodo di prova si conclude allo scadere del termine previsto e il processo dovrà considerarsi come mai instaurato.

9. Considerazioni critiche della dottrina sudamericana.

Il vero problema, che tende a far ritenere che nella realtà dei fatti l'intento che anima l'applicazione degli istituti sospensivi sia di natura essenzialmente deflattiva, è che per esempio nel sistema argentino non esiste una figura assimilabile al *probation officer*, cioè un soggetto incaricato di verificare l'implementazione e l'attuazione effettiva del programma riabilitativo sottostante. Pertanto, non vi è alcuna garanzia del perseguimento delle finalità specialpreventive sottese, risultando l'esito positivo della misura dipendente fondamentalmente dall'adeguata riparazione del danno, spesso circoscritta a

profili meramente risarcitori, dunque con accentuazione dei profili pecuniari rispetto all'idea della composizione fra autore e vittima.

Peraltro, considerazioni critiche non dissimili emergono anche dalle opinioni della dottrina cilena, dal momento che anche in quel paese si osserva che le misure sospensivo-probatorie, in generale, sono connotate da una certa mancanza di coordinamento.

Infatti, la competenza a garantire il funzionamento di tali misure è affidata alla stessa autorità che sovrintende al funzionamento delle carceri e questo provoca notevoli difficoltà data la carenza delle strutture disponibili (e l'alto numero di soggetti sottoposti al regime sospensivo, sia del processo che dell'esecuzione della pena), specie allorché si tratti di effettuare controlli sulla realizzazione di programmi di reinserimento che presuppongano forme di trattamento.

In sostanza, dunque, le misure sospensivo-probatorie funzionano tanto meglio quanto meno siano caratterizzate da condizioni ambiziose, al punto che non appare azzardato constatare che il buon livello di mancata recidiva in caso di applicazione della sospensione condizionale della pena e della sospensione del processo con messa alla prova sia dovuto soprattutto al fatto che i soggetti che ne beneficiano sono in larghissima misura dei delinquenti primari che per di più non hanno commesso reati gravi, per i quali in fondo può essere sufficiente un percorso di non desocializzazione, risparmiando loro la pericolosa esperienza della detenzione, senza dover impegnare seriamente l'ordinamento in un'opera di autentica risocializzazione.

Rischiano però di non essere adeguatamente considerate le situazioni, pur se numericamente poco più che marginali, di soggetti che pur essendo delinquenti primari e autori di reati che non implicano grande allarme sociale, con la loro condotta illecita danno inizio a un percorso criminale che può avere sviluppi socialmente pericolosi.

In relazione a questi casi in entrambi i paesi si lamenta un inadeguato investimento di risorse volte a garantire l'effettiva attuazione di programmi di reinserimento.

Sul punto, non sembra che la situazione sia diversa nell'esperienza peruviana.

Un profilo critico che non emerge tanto dai commenti della dottrina sudamericana, ma che ci sentiamo di avanzare è dato dal fatto che in alcuni casi gli obblighi che condizionano le misure sospensivo-probatorie assomigliano molto a quelli che da noi caratterizzano le misure di prevenzione *ante-delictum* (non frequentare determinati luoghi o persone, obbligo di comparire periodicamente davanti all'autorità) e che non ci paiono molto congruenti con

un percorso riabilitativo. Diverso sarebbe il discorso, per esempio, in relazione ad altri obblighi, come quello di completare la formazione scolastica primaria o di seguire corsi di avviamento professionale.

Almeno per quanto concerne il Cile, non si può affermare che al legislatore e al vertice dell'apparato amministrativo sia mancata l'ambizione di voler cambiare il sistema in essere. Vero è che la formazione del personale specializzato per raggiungere gli obiettivi necessita di tempo ed investimenti prolungati nel tempo (anche se non esageratamente alti). Ecco perché probabilmente è ancora presto, malgrado siano trascorsi sette anni, per valutare gli effetti di una riforma che non può essere sbrigativamente indicata come limitata all'introduzione della cavigliera elettronica.

10. Conclusioni.

I deficit che presentano le situazioni dei tre paesi di cui si è analizzato il sistema non sembrano, *mutatis mutandis*, troppo diversi da quelli che si lamentano in Italia, specie in relazione all'attuazione pratica delle finalità specialpreventive che dovrebbero essere sottese alle misure di *probation*.

Anche qui risuona il ritornello, ben noto, della carenza di risorse idonee a far configurare davvero queste misure come qualcosa di diverso da un semplice strumento di deflazione carceraria, a maggior ragione in considerazione del fatto che in vari casi la loro gestione viene affidata alla stessa autorità che si occupa dell'amministrazione dell'esecuzione della pena detentiva e non ad una autorità specializzata e indipendente.

In sede di commento, un elemento distintivo su cui forse si può riflettere, per saggiarne la suscettibilità di essere proposto in chiave di riforma nel nostro paese, è dato dalla disciplina cilena dei presupposti dell'applicazione della sospensione condizionale, laddove essa è ammessa nel caso di soggetti recidivi, ma non, come in Italia, dipendendo dalla somma delle pene risultanti dalla condanna precedente e da quella del processo al cui interno occorre prendere la decisione, bensì dal fatto che il reato per cui è intervenuta la precedente condanna sia stato commesso a notevole distanza di tempo da quello in cui viene emanata la sentenza della cui sospensione si fa questione.

Un altro spunto utile lo vedremmo nello sfavore che viene mostrato, negli ordinamenti considerati, per l'estensione delle misure sospensivo-probatorie ai casi in cui vengano in questione pene interdittive (tendenziale negazione della sospensione delle medesime e valutazione negativa della sospensione con messa alla prova laddove si presume che si possa giungere ad una

condanna che ne contempli l'applicazione). Per noi sarebbe in sostanza un passo indietro a prima della riforma del 1990, in riferimento alle pene accessorie, che personalmente riterremmo assolutamente meritevole di considerazione, senza dimenticare il fatto che quella riforma, riguardo a questo punto, non fu accolta con favore da buona parte della dottrina.

Infine, riprendendo uno spunto già espresso poco sopra, un ulteriore accenno meritano gli "obblighi scolastici".

Nelle carceri italiane la presenza delle scuole è per i detenuti uno dei pochi strumenti a disposizione perché essi possano credere di potersi ricostruire un futuro diverso e migliore una volta usciti. In un paese come l'Italia di oggi, dove il numero dei laureati cresce, ma al contempo si rafforza l'analfabetismo di ritorno e per tanti giovani-adulti il conseguimento del diploma di terza media è stato solo l'assolvimento di un obbligo cartolare, l'esperienza di questi paesi sudamericani può dire qualcosa. In fondo, se la pena deve tendere a rieducare, il delinquente primario ben potrebbe dimostrare di non aver bisogno del carcere e delle sue scuole per "educarsi" senza perdere la libertà ambulatoria ed altri diritti. Stimolare questi rei a riavvicinarsi alla scuola e alla formazione professionale imporrebbe loro senz'altro un obbligo gravoso, che ne impegnerebbe (ma ne stimolerebbe) le energie intellettive, per un tempo sovente non breve, richiedendo un impegno costante, ma esponendoli a incontri positivi in un ambiente sano. Se il senso di molte di queste misure è impedire ai delinquenti primari di entrare in un carcere che è scuola di criminalità, stimolarli a frequentare una vera scuola può non essere una cattiva idea.

11. Nota bibliografica.

Per quanto concerne il formante legale i codici penali e la legislazione citata è disponibile su internet grazie a pagine istituzionali pubbliche.

In Argentina: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm>

In Cile: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1984>

In Perù: http://spijlibre.minjus.gob.pe/normativa_libre/main.asp

Per i primi due paesi esistono due traduzioni in italiano:

G. FORNASARI, E. CORN, E. FRONZA, A. MENGhini (a cura di), *Il codice penale della nazione argentina*, Cedam, Padova, 2008

G. FORNASARI, E. CORN, E. FRONZA, E. MACULAN (a cura di), *Il codice penale cileno*, Cedam, Padova, 2013

Entrambe le traduzioni sono aperte da note introduttive di D. PASTOR (Argentina) e J.L. GUZMAN DALBORA (Cile). Una concisa presentazione degli aspetti salienti

del Codice penale peruviano, del 1991, è offerta da L. ZUÑIGA RODRÍGUEZ, *El nuevo Código Penal Peruano*, in *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, 1991, 44, 515-524. Per una disamina più ampia rinviando al numero monografico dedicato all'allora nuovo codice penale dalla più prestigiosa rivista giuridica peruviana: AA.VV., *Derecho PUCP*, 1992, 46, 13-276 (www.revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp).

Per quanto concerne la manualistica possiamo rinviare a: E.R. ZAFFARONI, A. ALAGIA, A. SLOKAR, *Manual de Derecho penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2011 (Argentina); E. CURI URZÚA, *Derecho penal. Parte General*, VII ed., Ediciones UC, Santiago, 2005; J.P. MATUS A., M.C. RAMÍREZ G., *Manual de Derecho penal chileno. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019 e M.I. HORVITZ LENNON, J. LÓPEZ MASLE, *Derecho procesal penal chileno*, t. II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004 (Cile); J. HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal*, IV ed., t. I e II, Idemsa, Lima, 2011; P. GARCÍA CAVERO, *Derecho penal. Parte general*, III ed., Ideas, Lima, 2019 (Perù).

Di estremo rilievo rispetto al tema, anche: H. MARTIN DE JESÚS ALEGRE, *Nociones sobre la libertad condicional*, in *Revista Pensamiento Penal*, 2019, www.pensamiento-penal.com.ar J.L. GUZMAN DALBORA, *La pena e la extinción de la responsabilidad penal*, BdeF, Buenos Aires, 2011; J. HURTADO POZO, *Suspensión de la ejecución de la pena y reserva del fallo*, in *Anuario de Derecho Penal (1997-1998)*, <http://perso.unifr.ch/derechopenal/anuario>.