



UNIVERSITÀ  
DEGLI STUDI  
DI PALERMO



# Research NESMeS 2017-2019

## *The New Era of Smuggling in the Mediterranean Sea*

*Salvatore Orlando*

### I traffici illeciti nel Mediterraneo

*Personae, stupefacenti, tabacco*

*Report Spagna*



The Project is funded by PMI IMPACT, a global grant initiative by Philip Morris International to support projects dedicated to fighting illicit trade and related crimes



# I TRAFFICI ILLECITI NEL MEDITERRANEO

*Persone, stupefacenti, tabacco*

Research NESMeS

*“The New Era of Smuggling in the Mediterranean Sea”*

Report Spagna

Salvatore Orlando

*Palermo – dicembre 2019*

ISBN: 978-88-944902-7-5

## SOMMARIO

<b>PARTE I.....</b>	<b>5</b>
<b>IL FAVOREGGIAMENTO DELL'IMMIGRAZIONE CLANDESTINA.....</b>	<b>5</b>
1. <i>Evoluzione normativa: la distinzione con la tratta di persone ed il bene giuridico tutelato .....</i>	5
2. <i>La condotta illecita .....</i>	12
3. <i>Il Radicamento della giurisdizione .....</i>	22
4. <i>Soggetto passivo.....</i>	25
5. <i>Profili sanzionatori e responsabilità degli enti.....</i>	26
<b>APPENDICE NORMATIVA.....</b>	<b>28</b>
<b>PARTE II.....</b>	<b>32</b>
<b>LA TRATTA DI ESSERI UMANI.....</b>	<b>32</b>
1. <i>Evoluzione normativa: la distinzione tra il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina e la tratta di persone. Rinvio.....</i>	32
2. <i>La condotta di tratta di esseri umani .....</i>	35
3. <i>Soggetto attivo.....</i>	46
4. <i>Soggetto passivo.....</i>	46
5. <i>Profili sanzionatori .....</i>	47
6. <i>Giurisdizione e protezione delle vittime.....</i>	48
<b>APPENDICE NORMATIVA.....</b>	<b>52</b>
<b>PARTE III.....</b>	<b>58</b>
<b>IL TRAFFICO DI STUPEFACENTI .....</b>	<b>58</b>
1. <i>Evoluzione normativa interna e disciplina internazionale .</i>	58
2. <i>Le condotte penalmente rilevanti .....</i>	61
3. <i>I soggetti attivi e passivi.....</i>	70
4. <i>La nozione di “stupefacente” .....</i>	71
5. <i>Gli illeciti in materia di stupefacenti commessi dalle organizzazioni criminali .....</i>	72

6.	<i>Profili sanzionatori</i> .....	74
7.	<i>Responsabilità delle persone giuridiche</i> .....	78
8.	<i>Locus commissi delicti e giurisdizione penale</i> .....	78
9.	<i>La distinzione tra tipologie di sostanze stupefacenti</i> .....	80
10.	<i>Le norme che premiano la collaborazione o il recesso</i> ..	82
11.	<i>La confisca</i> .....	83
12.	<i>Il concorso di reati</i> .....	84
<b>APPENDICE NORMATIVA</b> .....		<b>85</b>
<b>PARTE IV</b> .....		<b>98</b>
<b>IL CONTRABBANDO DI SIGARETTE</b> .....		<b>98</b>
1.	<i>Evoluzione normativa interna e disciplina internazionale</i> .	98
2.	<i>Struttura della fattispecie e scopi dichiarati di tutela</i> .....	102
3.	<i>Condotta illecita</i> .....	103
4.	<i>Elemento soggettivo</i> .....	104
5.	<i>Soggetti attivi</i> .....	104
6.	<i>Profili sanzionatori: sanzioni penali ed extrapenali</i> .....	105
7.	<i>Responsabilità delle persone giuridiche</i> .....	106
8.	<i>Concorso di reati</i> .....	106
<b>APPENDICE NORMATIVA</b> .....		<b>108</b>
<b>BIBLIOGRAFIA</b> .....		<b>119</b>

## *Parte I*

# *Il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina*

*Salvatore Orlando\**

SOMMARIO: 1. Evoluzione normativa: la distinzione con la tratta di persone ed il bene giuridico tutelato. – 2. La condotta illecita. – 3. Il radicamento della giurisdizione. – 4. Soggetto passivo. – 5. Profili sanzionatori e responsabilità degli enti.

### *1. Evoluzione normativa: la distinzione con la tratta di persone ed il bene giuridico tutelato*

L'ordinamento spagnolo ha progressivamente implementato la normativa di fonte europea in materia di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, anche intervenendo direttamente sulle fattispecie incriminatrici già presenti nel codice penale spagnolo (*codigo penal*, "CPS") o introducendone di nuove. La relativa disciplina penalistica non è dunque prevista *extra codicem*, ma è il risultato di una evoluzione legislativa eccentrica nel panorama europeo che è segnata da due importanti riforme legislative: la *Ley Organica 5/2010* e, successivamente, la *Ley Organica 1/2015*.

In particolare, sin dal 2000 e fino al 2010, l'ordinamento spagnolo prevedeva un'unica fattispecie incriminatrice in

grado di punire tanto fatti di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina (art. 318-*bis* CPS), quanto – quale circostanza aggravante – casi più gravi riconducibili alla tratta di esseri umani (art. 318-*bis*, comma 2, CPS)<sup>1</sup>.

In seguito, la *Ley Organica 5/2010* è intervenuta direttamente sull'art. 318-*bis* CPS<sup>2</sup>, abrogando il comma 2 ed inserendo nel codice penale spagnolo il Titolo VII *bis*, contenente un'unica disposizione – l'art. 177-*bis* CPS – sulla tratta di esseri umani, in ossequio al nuovo percorso di *armonizzazione legislativa* intrapreso dalla Comunità Europea, all'interno del terzo pilastro relativo alla “cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale (GAI), con la Direttiva 2002//90/CE e la Decisione Quadro 2002/946/GAI<sup>3</sup>.

\* Assegnista di ricerca in diritto penale nell'Università di Palermo.

<sup>1</sup> Il reato di favoreggiamento all'ingresso irregolare nel territorio spagnolo o in altro territorio dell'Unione Europea è stato introdotto nel codice penale spagnolo con la *Ley Organica 4* dell'11 gennaio 2000 (con la riforma della *Ley de la extranjeria*, LOEx) sotto la rubrica “*Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*”. Prima di allora, l'unica forma di favoreggiamento migratorio punita (e peraltro scarsamente ricorrente nella pratica) riguardava il favoreggiamento dell'ingresso irregolare di lavoratori stranieri (cfr. [http://noticias.juridicas.com/base\\_datos/Admin/lo4-2000.html](http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/lo4-2000.html)).

<sup>2</sup> La LO 5/2010 ha inoltre modificato l'art. 313, comma 1, del Codice Penale, limitando il tipo penale ai casi di favoreggiamento dell'emigrazione in modo fraudolento, ed eliminando il riferimento all'immigrazione clandestina. In altre parole, dall'entrata in vigore della riforma del 2010, oltre alla distinta classificazione della tratta di persone rispetto all'immigrazione clandestina, è stata eliminata la tipica duplicazione della stessa condotta (a favore dell'immigrazione) negli articoli 313, comma 1 (per i lavoratori) e 318 bis del codice penale (avente, invece, carattere generale).

<sup>3</sup> Direttiva 2002/90/CE del Consiglio del 28 novembre 2002 “volta a definire il favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali”, nonché alla decisione quadro 2002/946/GAI del Consiglio, del 28

La riforma in questione ha avuto il merito di uniformare l'ordinamento spagnolo agli *standards* internazionali indicati nella Convenzione di Palermo sul crimine organizzato e nei relativi Protocolli sullo *smuggling* e sul *trafficking*, delineando una distinzione normativa tra la fattispecie incriminatrice della tratta di persone e la fattispecie che punisce il traffico illecito di migranti, le quali erano invece in precedenza unificate all'art. 318-*bis* del *codigo penal*. Quest'ultima disposizione, nella versione attuale del codice, sanziona esclusivamente il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina.

Con l'introduzione dell'art. 177-*bis* con la *LO 5/2010*<sup>4</sup>, è stata dunque legislativamente prevista una demarcazione dell'oggettività giuridica dei reati di tratta di esseri umani da un lato, e di traffico di migranti, dall'altro lato. Quest'ultimo è punito dalla fattispecie di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare, che tutela i confini nazionali e funge da strumento di controllo dei flussi migratori.

Tra i beni giuridici protetti si annovera anche il diritto dello Stato di controllare la popolazione e di assicurare e garantire la sicurezza nazionale; così come, l'interesse a proteggere il migrante da pericolose forme di mercificazione<sup>6</sup>. Interessante,

novembre 2002, intesa a rafforzare il quadro penale per la repressione del favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali.

<sup>4</sup> Si tratta della "*Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*", pubblicata sul BOE N: 152, 23/06/2010.

<sup>5</sup> Come espressamente indicato nella Relazione di accompagnamento alla riforma (Tribunale Supremo 330/10, 2-3).

<sup>6</sup> Così si legge nella Relazione di accompagnamento alla riforma, Tribunale n. 512/2016, del 10 giugno: «*Antes de la reforma se solapaban en el art.318 bis dos bienes jurídicos: de un lado, los flujos migratorios del Estado - y de otro los derechos de los extranjeros. La conducta violaba tanto el flujo migratorio como la dignidad del inmigrante y su derecho a no ser tratado como una mercancía. A partir de la reforma queda claro y sin*

a tal proposito, è la rubrica del Titolo XV *bis*, “*Reati contro i diritti dei cittadini stranieri*”, i quali vengono tutelati soltanto in modo indiretto, e dunque *ulteriore*, rispetto al controllo delle frontiere e dei flussi migratori, attraverso la previsione delle ipotesi aggravate in cui venga posta in pericolo la loro vita o integrità fisica (art. 318 *bis*, comma 3)<sup>7</sup>.

*fisuras que la protección del inmigrante ocupa un segundo plano y que el bien jurídico, en un régimen cuasi monopolístico, está representado por la protección de los flujos migratorios como interés común de la Unión. La víctima migrante deja de serlo como tal para ser objeto del delito”; “sancionándose esencialmente la vulneración de la normativa reguladora de la entrada, tránsito o permanencia de extranjeros en el territorio de la Unión (Directiva 2002/90/CE, de 28 de noviembre, y Decisión Marco 2002/946/JAI)».*

<sup>7</sup> Sul punto, ampiamente, si veda Tribunale Supremo, n. 298 del 13 maggio 2015, 9 in cui si evidenzia il *discrimen* tra le due fattispecie delittuose emerse a seguito della riforma, focalizzando l’attenzione sul bene giuridico tutelato, da un lato, la dignità della persona e, dall’altro, il controllo delle frontiere. In particolare, in altra pronuncia (Tribunale Supremo, n. 385 del 10 maggio 2012), si afferma che la riforma “ha cercato di affrontare il fenomeno dell’espansione dell’emigrazione guardandolo dalle sue diverse prospettive in relazione ai beni giuridici tutelati: immigrazione clandestina di cittadini stranieri (art. 318-*bis* c.p.); immigrazione di lavoratori stranieri (art. 313); e tratta di esseri umani (nuovo art. 177-*bis*, Titolo VII-*bis*: “Tratta di esseri umani”). La parziale sovrapposizione dei tre precetti di cui sopra può avvenire con una certa frequenza, poiché in tutti e tre i precetti la dignità e la libertà dei soggetti passivi del reato ne risente, anche se in misura diversa. I casi in cui la lesione di tali beni è grave, fino ai limiti dello sfruttamento degli esseri umani, costituiscono oggi il nuovo reato di cui all’art. 177-*bis*, distinguendo così tali condotte dall’art. 318-*bis*, che fino ad oggi non ha contemplato in modo adeguato e sufficiente il fenomeno della tratta di esseri umani fino al limite dello sfruttamento, fenomeno che, secondo i trattati e le convenzioni internazionali sottoscritti dalla Spagna, ha richiesto una autonoma definizione delittuosa.

Orbene, la tutela dell’articolo 318-*bis* si concentra già maggiormente sulla difesa degli interessi dello Stato nel controllo dei flussi migratori, anche se la norma va interpretata nel senso di rivolgersi ai casi di lesione

Dunque, l'art. 318-*bis* CPS intende proteggere i confini nazionali e migliorare il controllo dei flussi migratori<sup>8</sup>. D'altronde, con la novella legislativa "ciò che viene sanzionato è l'aiuto intenzionale all'ingresso o al transito nel territorio spagnolo di immigrati extracomunitari, in violazione delle disposizioni amministrative, nonché al loro soggiorno nel nostro territorio, in questo caso solo quando la condotta è fatta a scopo di lucro, con l'obiettivo di rispettare il diritto europeo in una materia di interesse comune, come il controllo dei flussi migratori. E solo nei casi aggravati di pericolo per la vita o l'integrità del migrante, si tiene debitamente in conto il bene giuridico riconosciuto nel Titolo, "Delitti contro i diritti dei cittadini stranieri"<sup>9</sup>.

Inoltre, a seguito della riforma del 2010, la tratta di persone punita all'art. 177-*bis* CPS si differenzia dal traffico illecito di persone (art. 318-*bis* CPS), oltre che per il diverso bene giuridico tutelato, anche per le seguenti ragioni<sup>10</sup>:

a) l'art. 177-*bis* CPS si consuma senza il consenso del soggetto, con un consenso viziato o, in ogni caso, nei confronti di minori di età, mentre l'art. 318-*bis* CPS si realizza con il consenso del migrante extracomunitario, salva l'ipotesi aggravata dell'art. 318 *bis*, comma 3 lett. b) CPS, su cui *infra*;

della dignità e della libertà degli stranieri vittime di un flusso migratorio illegale quando il grado di lesione di tali diritti non raggiunge, date le circostanze del caso specifico, la gravità insita in un autentico sfruttamento che possa, invece, consentire di parlare di tratta di esseri umani. Né si può dimenticare che l'art. 318 *bis* continua a riferirsi letteralmente al traffico illegale di persone e non solo all'immigrazione clandestina"

<sup>8</sup> Ampiamente, CORCOY BIDASOLO, MIR PUIG, *Comentarios al Código Penal*, II Ed., Tirant lo Blanch, Madrid, 2015, 652.

<sup>9</sup> Tribunale Supremo, n. 807 del 20 ottobre 2016, 8.

<sup>10</sup> Cfr. CORCOY, MIR PUIG, *cit.*, 662.

b) nell'art. 177-*bis* CPS è indifferente la nazionalità delle vittime;

c) l'art. 318-*bis* CPS prevede il dolo generico, l'art. 177-*bis* CPS prevede invece anche un dolo specifico di sfruttamento;

d) l'art. 177-*bis* CPS non esige il carattere transnazionale della condotta, a differenza di quanto statuito dall'art. 318-*bis* CPS<sup>11</sup>.

In definitiva, trattandosi di due fattispecie di reato eterogenee, è ammessa la possibilità che esse si realizzino in concorso<sup>12</sup>. A seguito della *LO 5/2010*, l'art. 177-*bis* CPS sia nella forma base che in quelle aggravate, prevede pene più severe rispetto all'art. 318-*bis* CPS.

<sup>11</sup> Emblematica di questo percorso argomentativo circa l'individuazione del *discrimen* dei due tipi delittuose è la decisione del Tribunale Supremo, n. 211 del 26 aprile 2016 che ha evidenziato come “la distinzione tra traffico di migranti (di cui all'art. 318-*bis* CPS) e la tratta di persone (art. 177-*bis* CPS) non è stata chiarita nella nostra legge positiva. La gravità delle sanzioni previste per l'immigrazione clandestina ha portato a errori [...]. Entrambi i comportamenti postulano il movimento degli esseri umani, di solito per scopo di lucro. Tuttavia, nel caso della tratta ci devono essere due elementi aggiuntivi rispetto all'immigrazione clandestina: a) una forma di reclutamento che avvenga con violenza, intimidazione, inganno, abuso di potere o pagamento di un prezzo; e b) uno scopo di sfruttamento, soprattutto sessuale. Nel caso della tratta di esseri umani, la principale fonte di reddito per gli autori del reato e il motivo economico alla base del reato sono i proventi ottenuti dallo sfruttamento delle vittime nella prostituzione, nel lavoro forzato, nel prelievo di organi o in altre forme di abuso; mentre nel caso dell'immigrazione illegale, il prezzo pagato dall'immigrato irregolare, se effettuato nella forma aggravata dello scopo di lucro, è l'unica fonte di reddito, e non viene solitamente mantenuto alcun rapporto persistente tra l'autore del reato e l'immigrato una volta giunti a destinazione”.

<sup>12</sup> Così si legge nella relazione di accompagnamento alla riforma, Tribunale Supremo 298/15, 13-5, FJ 5.

Per altro verso, con la riforma intervenuta con la *Ley Organica 1/2015*<sup>13</sup>, si è inteso perseguire principalmente tre finalità<sup>14</sup>:

a) definire con maggiore chiarezza le condotte costitutive dell'immigrazione clandestina in conformità ai criteri della normativa europea, differenziando il traffico illegale di migranti dalla tratta di esseri umani, come stabilito dalla Direttiva 2002/90/CE;

b) armonizzare i limiti edittali, in modo da prevedere una pena più lieve e proporzionata per le condotte di traffico di migranti, rispetto alla più grave condotta di tratta di persone;

c) realizzare una conversione legislativa del contenuto della Direttiva 2009/52/CE.

In questo senso, si pone la giurisprudenza unanime secondo cui la riforma *de qua* ha inteso limitare il ricorso all'art. 318-*bis* soltanto a quelle forme delittuose di “minore entità”<sup>15</sup>, stabilendo, in definitiva, una demarcazione concettuale tra la tratta e il traffico di persone. Ne consegue, dunque, come meglio si dirà, che il reato di traffico di persone sanzionerebbe – atteso peraltro il consenso del migrante –

<sup>13</sup> Si tratta della “*Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*”, pubblicata sul BOE n. 77, 31/03/2015. Si noti che, secondo costante giurisprudenza, a seguito della modifica intervenuta con la LO 1/2015 la nuova formulazione dell'art. 318-*bis* CPS si considera più favorevole al reo, con la conseguenza che – nell'ottica del rispetto del principio del *favor rei* – troverà applicazione la nuova disciplina anche per fatti commessi in precedenza, così Tribunale Supremo, n. 807 del 27 ottobre 2016.

<sup>14</sup> CORCOY, MIR PUIG, cit., 1129. Si veda in particolare il *Preambulo XXV* della *Ley Organica 1/2015* esemplificativo degli obiettivi che il legislatore si era prefissato con la riforma.

<sup>15</sup> Così, Audiencia Provincial, n. 47 del 4 febbraio 2017, 4, in cui parla, per un verso, di “*supuestos de minor entidad*” e, per altro verso, di “*especial gravedad*” con riferimento all'ipotesi di tratta di esseri umani.

soltanto la violazione delle norme in materia di controllo dei flussi migratori<sup>16</sup>.

Secondo la giurisprudenza, non sarebbe sufficiente dimostrare l'eventuale violazione delle norme amministrative in materia di immigrazione<sup>17</sup>, ma deve essere un'azione che, da una osservazione oggettiva, sia dotata di una possibilità minima di incidere negativamente sul bene giuridico. Dal punto di vista del bene giuridico – che, come visto, sarebbe il controllo dei flussi migratori – la sua sistematica collocazione in un nuovo Titolo XV *bis* sotto la rubrica dei reati contro i diritti dei cittadini stranieri, impone che, dalle circostanze concrete in cui si manifesta la condotta, consentano di apprezzare l'esistenza di una qualche forma di offesa rilevante per quel bene protetto *come conseguenza* dell'atto di favorire il traffico illegale o l'immigrazione clandestina. Infatti, sostengono i giudici di legittimità “il precetto richiede un effetto negativo rilevante, attuale o seriamente probabile sui diritti dei cittadini stranieri”<sup>18</sup>, con la conseguenza che “l'interesse dello Stato a controllare i flussi migratori, già tutelato da un'azione amministrativa, trova protezione penale solo se i diritti dei cittadini stranieri sono lesi dalla condotta [...]”<sup>19</sup>.

## 2. *La condotta illecita*

Quanto alla condotta illecita, il comma 1 dell'art. 318 *bis* CPS riguarda la fattispecie base di traffico illecito di migranti.

<sup>16</sup> Tribunale Supremo, n. 188 del 4 marzo 2016.

<sup>17</sup> Tribunale Supremo, n. 678 del 23 ottobre 2014.

<sup>18</sup> Tribunale Supremo, n. 1465/2005.

<sup>19</sup> Tribunale Supremo, n. 1087/2006; altresì, di recente, Tribunale Supremo, n. 188 del 4 marzo 2016.

La condotta tipica è quella di chiunque (reato comune) aiuti – con dolo generico, o anche nella forma del dolo eventuale<sup>20</sup> – un straniero al fine di: a) consentire l’ingresso; oppure, b) far transitare. La norma utilizza l’espressione “*ayudar*”, riprendendo testualmente la *lettera* dell’art. 1 della Dir. 2002/90/CE.

Si tratta di un reato di mezzi determinati (*delito de medios determinados*), ossia di una fattispecie in cui l’aiuto deve essere prestato in modo tale da violare la legislazione nazionale sull’ingresso degli stranieri – ossia, contravvenendo alla LOEx e alle disposizioni complementari del settore. Per tale ragione, la disposizione si considera una “*legge penale in blanco*”<sup>21</sup>, nel senso che – facendo ricorso alle parole del Tribunale Supremo – per integrare gli elementi costitutivi del reato “dobbiamo rimetterci alla normativa *extra codicem* amministrativa sull’ingresso degli stranieri nel territorio nazionale”<sup>22</sup>.

Non appare peregrino evidenziare come lo sforzo giurisprudenziale, in materia, si sia appuntato sulla necessità di

<sup>20</sup> La giurisprudenza ha ritenuta atipico il comportamento di chi accolga o dia ospitalità ad uno straniero, a prescindere anche dalla durata della permanenza – senza avere la consapevolezza che lo stesso non sia in possesso di regolare permesso di soggiorno, così Audencia Provincial di Ourense, n. 47 del 4 febbraio 2017.

<sup>21</sup> A tal proposito, potendosi sovrapporre le mere irregolarità amministrative con le infrazioni della *legislacion de extranjeria* che possono comportare una risposta penale, il Tribunale Supremo impone l’accertamento della concreta infrazione amministrativa: non è sufficiente una mera *irregolarità*, ma è necessaria una condotta qualificabile come violazione delle norme amministrative e, inoltre, che il *modus operandi* sia tale che dal comportamento esteriore dell’autore possa essere ritenuta la volontà di perseguire altre finalità oltre a quella di fare entrare lo straniero nel territorio nazionale.

<sup>22</sup> Audencia Provincial di Ceuta, n. 14 del 27 gennaio 2008.

individuare un *discrimen* tra ciò che deve avere rilevanza penale e ciò che, invece, residua nell’ottica di una sanzione meramente amministrativa. Attesa la formulazione legislativa nei termini sopra descritti in cui la legittimazione repressiva sembra prendere le mosse da una mera violazione di regole amministrative, ci si avvede della preoccupazione del giudice spagnolo di evitare il ricorso allo strumento penalistico *tout court*.

Così, in varie pronunce, il Tribunale Supremo ha chiarito che la violazione delle regole interne sui flussi migratori, di natura amministrativa, deve essere *determinante* per conseguire il risultato dell’ingresso nel territorio nazionale<sup>23</sup>: a tal fine, a titolo esemplificativo, è stata ritenuta *idonea* ad integrare la fattispecie incriminatrice la condotta di colui che facilita l’ingresso in Spagna per mezzo di “pateras” (ossia, letteralmente zattere) che *eludono* i controlli doganali per consentire lo sbarco sulle coste ed in luoghi non autorizzati all’ingresso legale, configurandosi come “mezzo fraudolento” (*medio fraudulento*) per eludere il sistema di controllo istituito dall’Unione Europea per gestire l’accesso dei cittadini stranieri<sup>24</sup>.

Nel caso di specie, dunque l'ingresso in Spagna per mezzo di "pateras" o imbarcazioni che eludono i controlli doganali per sbarcare clandestinamente gli immigrati sulle coste in luoghi non autorizzati all'ingresso legale nel Paese, non solo costituisce una violazione "molto grave" delle norme amministrative, ma si configura come un mezzo fraudolento per eludere il sistema di controllo istituito dall'Unione Europea volto a limitare l'accesso dei cittadini stranieri al di fuori dell'Unione.

<sup>23</sup> Così, Tribunale Supremo, n. 807 del 27 ottobre 2016, 8.

<sup>24</sup> *Idem*, 8.

Per un verso, si pone in debita luce la vera natura del nuovo reato di traffico di migranti, che – secondo la giurisprudenza – integra un’ipotesi di *eterointegrazione amministrativa*. Secondo quanto previsto dall'articolo 318 bis, questa fattispecie di reato, che in realtà tutela la politica dell'immigrazione, pur mantenendo ferma la tutela dei diritti dei cittadini stranieri, richiede in ogni caso la violazione della normativa in materia di ingresso, soggiorno o transito degli stranieri. Mentre nel crimine di tratta di esseri umani questa violazione non si configura come elemento tipico, atteso che gli elementi rilevanti sono il consenso viziato e la finalità dello sfruttamento<sup>25</sup>.

Il reato non si realizza dunque se la condotta di aiuto consiste nell’agevolare un cittadino extracomunitario ad entrare in Spagna legalmente, ossia con la documentazione in regola e per intraprendere un’attività lavorativa legale.

Per altro verso, il concetto di *trafico* di cui all’art. 318-bis CPS ricomprenderebbe anche l’acquisto di biglietti aerei per soggetti che non abbiano il permesso di soggiorno per motivi di lavoro, consentendogli di attraversare il confine in qualità di turisti ed avendo l’intenzione di rimanere illegalmente senza regolarizzare la situazione<sup>26</sup>.

In definitiva, la giurisprudenza appare unanime nel riconoscere che il traffico di persone si risolva in “*qualquier movimiento de personas extranjerias que trate de burlar la legislación española sobre inmigración*”<sup>27</sup>, ossia “qualsiasi

<sup>25</sup> In questi termini, Audiencia Provincial di Lleida, n. 310 del 14 luglio 2017.

<sup>26</sup> Così, Tribunale Supremo, n. 167 del 24 marzo 2015;

<sup>27</sup> Così, tra gli altri, Tribunale Supremo, n. 196 del 23 marzo 2011, in cui i giudici di legittimità distinguono altresì due ipotesi: *permanenza legale* che diventa, in seguito, illegale ed ingresso illegale. Nel primo caso,

movimento di stranieri che cercano di violare la legislazione spagnola sull'immigrazione". In questo senso, assume rilevanza particolare la *Ley de Extranjeria* (LOy), in particolare l'art. 25 che regola i requisiti per l'ingresso nel territorio spagnolo, stabilendo che lo straniero che intende entrare in Spagna deve farlo attraverso i luoghi all'uopo previsti, essere dotato di un passaporto o documento di viaggio che certifichi la sua identità. Allo stesso modo, essi devono presentare i documenti che giustificano lo scopo e le condizioni del soggiorno e dimostrare di disporre di mezzi di sussistenza sufficienti per il periodo in cui intendono soggiornare in Spagna o di essere in grado di ottenere legalmente tali mezzi.

Si tratta, peraltro, di un reato di *mera actividad*, ossia di mera condotta<sup>28</sup>, che si consuma con il compimento indiscriminato di attività di reclutamento, trasporto, intermediazione o qualsiasi altra attività che favorisca l'immigrazione clandestina, e ciò indipendentemente dal risultato effettivamente conseguito<sup>29</sup>.

Le condotte successive all'ingresso clandestino - come ad esempio il fatto di accogliere il migrante o di prelevarlo in un porto o aeroporto, una volta che sia arrivato sul suolo spagnolo, per occultarlo o trasportarlo - si considerano

ritengono i giudici che si incorrerà in una sanzione amministrativa, mentre nel secondo caso la condotta di favoreggiamento ha incontestabile rilevanza penale, a prescindere dalla responsabilità dello straniero che può rispondere solo in sede amministrativa.

<sup>28</sup> In una pronuncia meno recente, il Tribunale Supremo n. 788/2003, a tal proposito, chiarisce che "qualsiasi azione prestata all'inizio o durante il ciclo migratorio e che favorisca la realizzazione della condizioni di irregolarità è inclusa nella condotta tipica".

<sup>29</sup> Così, Tribunale Supremo, n. 196 del 23 marzo 2011

ricomprese nella formulazione dell'art. 318-*bis* CPS, essendo modalità delle condotte di transito o di permanenza illegale.

Il comma 2 prevede una circostanza aggravante che consiste nel favoreggiamento della permanenza irregolare che, in questo caso, deve, invece, essere posta in essere con uno *scopo di lucro*, che è dunque elemento costitutivo del reato. Per altro verso, qualora la condotta di *traffico de migrantes* diretta a consentire l'ingresso dello straniero sia commessa con scopo di lucro, quest'ultimo si atteggia come circostanza aggravante e non come elemento costitutivo del reato: in questo senso, la dottrina ritiene che il bene giuridico tutelato sia innanzitutto il controllo delle frontiere dello Stato e l'interesse al controllo dei flussi migratori, posto che l'elemento dello scopo di lucro – non incidendo sulla lesione del bene tutelato – soltanto come ipotesi di aggravamento della pena<sup>30</sup>.

Inoltre, si ritiene che, sebbene il tipo delittuoso alluda a “persone” (utilizzando, quindi, la forma plurale), non è necessario che l'attività coinvolga più di una persona per essere tipica: peraltro, se sono più le persone colpite, si configurerà un solo reato<sup>31</sup>.

Il comma 3 riguarda due circostanze aggravanti dell'ingresso e permanenza illegale, che ricalcano pedissequamente quanto al contenuto e alle sanzioni (da 4 a 8 anni di reclusione) il disposto dell'art. 1, comma 3, della Decisione Quadro 2002/956/GAI; e segnatamente:

a) aver commesso il fatto all'interno di una organizzazione criminale che si dedichi alla commissione di tali reati. A tal proposito, i requisiti essenziali sono stati individuati in via

<sup>30</sup> CORCOY, MIR PUIG, *cit.*, 1134-5.

<sup>31</sup> Tribunale Supremo, II Sez., 26 giugno 2007, ribadito, tra l'altro, in Tribunale Supremo, 21 dicembre 2012.

giurisprudenziale e sono gli stessi di quelli previsti nel caso di forma aggravata di tratta<sup>32</sup>. In tale ipotesi, i capi, amministratori e responsabili sono puniti più severamente. Modalità operative con un certo grado di organizzazione – idonee ad integrare la circostanza aggravante *de qua* – sono state accertate con riferimento ai flussi migratori dal Latinoamerica<sup>33</sup>, in cui i giudici hanno condannato gli imputati motivando che l'organizzazione "*risulta dall'aver dimostrato l'esistenza di un gruppo di persone che, attraverso questo precedente accordo, si erano impegnate nel traffico illegale di persone, ed in cui vi erano membri che gestivano i viaggi con vari mezzi in Perù e Argentina di cittadini colombiani, fornendo loro biglietti aerei e passaporti [...], mentre altri membri sono stati impiegati per dare alloggio a queste persone e altri ancora impartivano istruzioni affinché sapessero come comportarsi ai posti di frontiera, e, infine, altri che, sia in quei paesi o in Spagna, sono stati dedicati alla raccolta delle somme che sono state richieste a coloro che hanno viaggiato illegalmente*".

<sup>32</sup> Sono numerose le pronunce che giudicano casi di trasporto e favoreggiamento organizzato di stranieri verso la Spagna, tra cui meno di recente – a dimostrazione del fatto che gli attraversamenti illegali delle frontiere in particolare dal Nord Africa verso le coste dell'Andalusia (ossia, principalmente attraverso lo Stretto di Gibilterra) sono fenomeni non soltanto recenti– si veda, Tribunale Supremo, n. 1447 del 30 ottobre 2003, in cui i giudici di legittimità hanno condannato un gruppo criminale basato in Marocco che si dedicava al trasporto di cittadini marocchini nel territorio spagnolo, organizzando professionalmente il viaggio fino alla destinazione finale di Valencia dove gli stranieri venivano accolti in alcuni appartamenti a tal fine predisposti. Stesse dinamiche criminali vengono accertate sulla rotta che termina nelle isole Canarie, a largo delle coste del Marocco, su cui si veda, ad esempio, Tribunale Supremo, n. 270 del 13 maggio 2008.

<sup>33</sup> Su cui si veda Tribunale Supremo, n. 182 del 13 febbraio 2009, 7.

b) aver posto in pericolo la vita delle persone oggetto della violazione, o aver creato un pericolo per la commissione di lesioni gravi. Tale aggravante in particolare trova larga applicazione in giurisprudenza, ad esempio, con riguardo ai casi di viaggio intrapreso con condizioni metereologiche avverse; o guidando sotto effetto di alcol; o ancora, utilizzando mezzi di trasporto – le cc.dd. “pateras” o “cayucos”, zattere o imbarcazioni inidonee alla traversata – inadeguati per il tragitto.<sup>34</sup>

Il comma 4 descrive un’ulteriore forma aggravata di traffico illecito di migranti riguardante i casi di chi commetta “*i fatti avvalendosi della loro condizione di autorità, ufficio o funzionario pubblico*” (anche qui ricorrono i principi enucleati dall’art. 24 del codice penale spagnolo). Viene inquadrato come reato speciale improprio (*delito especial improprio*)<sup>35</sup>, ossia di un reato proprio commesso da un pubblico ufficiale

<sup>34</sup> Ad es. Audiencia Provincial de Las Palmas, n. 59 del 29 dicembre 2014, che ha punito lo scafista per traffico illecito di migranti nella forma aggravata per aver imbarcato 25 migranti senza giubbotti di salvataggio su una imbarcazione da pesca per realizzare una traversata dalle coste del Marocco alle Isole Canarie. Si veda altresì, Tribunale Supremo, 22 del 17 aprile 2013

<sup>35</sup> In Spagna, si distingue tra *delito comun*, che non richiede alcuna qualifica del soggetto agente ed il *delito especial*, che impone, invece, una qualifica specifica del soggetto agente ( si veda, ad esempio, art. 432 CPS). All’interno dei *delitos especiales*, si distinguono ulteriormente *delito especial propio*, che sono fattispecie criminose che descrivono condotte che possono essere commesse soltanto da soggetti qualificati, e *delito especial improprio*, che indica quelle condotte che possono essere commesse tanto da soggetti qualificati che non qualificati: ad esempio, la condotta di malversazioni a danno dello stato di cui all’art. 432 CPS, se commessa da un soggetto non qualificato può integrare il reato di furto).

secondo la descrizione di cui all'art. 24 CPS, il quale, tuttavia, non è necessario che agisca nell'esercizio delle sue funzioni<sup>36</sup>.

Nell'ordinamento spagnolo inoltre, la condotta dello straniero, che fa ingresso, permane o transita irregolarmente, non ha alcuna rilevanza penale e non è dunque presidiata da una sanzione penale. Sono tuttavia previste misure sanzionatorie di carattere c.d. *administrativo-sancionatorio*: si tratta cioè di illeciti amministrativi previsti nella LOEx, introdotta con la *Ley Organica 4/2000* dell'11 gennaio, *sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*<sup>37</sup>.

Tra le novità della riforma del 2015, vi è stata l'introduzione di un'ulteriore fattispecie criminosa che consiste nell'aiutare uno straniero extracomunitario, con scopo di lucro, a rimanere nel territorio spagnolo in violazione della *legislación de extranjería*. Tale previsione ha adeguato la disciplina spagnola ai parametri previsti dalla Dir. 2002/90/CE

<sup>36</sup> Così, CORCOY BIDASOLO, MIR PUIG, *cit.*, 660. L'art. 24 CPS descrive le condizioni di autorità, ufficio o funzionario pubblico nei seguenti termini:

“1. *A los efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal.*

2. *Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas”.*

<sup>37</sup> Legge organica 4/2000, dell'11 gennaio, sui diritti e libertà degli stranieri in Spagna e la loro integrazione sociale - [http://noticias.juridicas.com/base\\_datos/Admin/lo4-2000.html](http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/lo4-2000.html) , vedi altresì nt. 1.

all'art. 1, comma 1, lett. b), ove il dolo specifico dello scopo di lucro svolge una funzione selettiva della tipicità.

Il comma 1, cpv. della norma codicistica inoltre riprende testualmente l'art. 1, comma 2, della Dir. 2002/90/CE e prevede una *causa di giustificazione speciale* per i casi di *soccorso umanitario*<sup>38</sup>, la quale, ad opinione della dottrina, si collocherebbe a metà strada tra lo stato di necessità e l'esercizio di un diritto umanitario<sup>39</sup>. Da questo punto di vista, è bene precisare che la condotta di favoreggiamento, pur non potendo configurare un illecito meritevole di sanzione penale, può tuttavia violare le disposizioni in materia di *extranjeria* integrando dunque un illecito amministrativo, la cui sanzione può essere irrogata anche nei confronti del migrante illecitamente entrato nel territorio nazionale<sup>40</sup>.

L'aiuto umanitario non trova però nel codice penale spagnolo una precisa definizione. A fronte di tale indeterminatezza, la giurisprudenza tende ad interpretarlo restrittivamente, includendovi la nozione ricavabile dalle fonti internazionali. In particolare, si avrebbe soccorso umanitario qualora l'azione umanitaria abbia come finalità quella di salvare vite umane ed è conforme ai tre principi: a) dell'umanità: l'essere umano deve essere trattato umanamente in qualsiasi circostanza; b) dell'imparzialità: secondo cui il trattamento giuridico non deve basarsi sulla nazionalità, la razza, la religione o le opinioni politiche; c) della neutralità: secondo cui non bisogna tenere in considerazione le

<sup>38</sup> Così viene anche espressamente chiarito nell'*Exposicion de Motivos* della LO 5/2010, altresì Tribunale Supremo, n. 188 del 4 marzo 2016; Tribunale Supremo, n. 807 del 27 ottobre 2016.

<sup>39</sup> CORCOY, MIR PUIG, cit., 1133.

<sup>40</sup> Così, Audencia Provincial di Madrid, n. 211 del 26 aprile 2016.

controversie di natura politica, razziale, religiosa ed ideologica.

La disposizione sul soccorso umanitario fa inoltre espresso riferimento all'elemento soggettivo della causa di giustificazione, esigendo che l'obiettivo perseguito sia *unicamente quello di prestare un aiuto umanitario*. In quanto causa di giustificazione (e non *excusa absolutoria*)<sup>41</sup>, essa si applica a tutti i concorrenti nel soccorso umanitario<sup>42</sup>.

In conclusione, secondo le parole del Tribunale Supremo<sup>43</sup>, "in questa tipologia convergono due tipi di interessi complementari: da un lato, l'interesse dello Stato a controllare i flussi migratori, impedendone lo sfruttamento da parte della criminalità organizzata e, dall'altro, evitando situazioni di sfruttamento che minaccino i diritti e la sicurezza delle persone".

### 3. *Il Radicamento della giurisdizione*

La Spagna, come altri Paesi che si affacciano sul Mar Mediterraneo, è porto di destinazione di imponenti flussi migratori via mare dal Nord Africa. Nell'ambito del contrasto al traffico di migranti via mare, anche le autorità spagnole hanno dovuto affrontare rilevanti questioni circa la possibilità di esercitare poteri coercitivi e giurisdizionali nei confronti

<sup>41</sup> L'*excusa absolutoria* è una figura dogmatica, la cui elaborazione si fa risalire agli studi ottocenteschi di Luis Silvela. Si tratta, secondo la dottrina dominante, di circostanze personali che, per ragioni di opportunità o di politica criminale, determinano l'esclusione della pena per un comportamento antiggiuridico e colpevole, cfr. Tribunale Supremo del 26 dicembre 1986; in letteratura, JIMENEZ SEGADO, *La exclusión de la responsabilidad criminal: Estudio Jurisprudencial penal y procesal*, Editorial Dykinson, Madrid, 2003.

<sup>42</sup> CORCOY, MIR PUIG, cit., 1134.

<sup>43</sup> Tribunale Supremo, n. 153 del 28 febbraio 2007.

delle imbarcazioni che vengono intercettare nelle cc.dd. acque internazionali (altresì “Alto Mare”), in cui – secondo disposizioni normative di natura internazionale – non sussiste la giurisdizione di alcun Paese, eccezion fatta per il principio di bandiera previsto dalla Convenzione di Montego Bay.

Le Corti spagnole che hanno giudicato queste ipotesi – sempre nell’ottica di non lasciare impunte condotte comunque lesive dei beni giuridici sopra menzionati a cui la tutela penale del traffico dei migranti è rivolta – si sono trovate a dovere fare buon governo delle categorie penalistiche domestiche, con particolare riferimento alle norme che regolano la validità della legge penale nello spazio.

Prescindendo dalle singole ipotesi venute alla cognizione dei tribunali spagnoli<sup>44</sup> – e che riguardano spesso moduli operativi sofisticati e volti principalmente ad eludere l’esercizio dei poteri coercitivi dello stato rivierasco (in questo caso, la Spagna) – il percorso motivazionale per il radicamento della giurisdizione spagnola prende le mosse dall’art. 23, comma 4, lett. d) della “*Ley Organica del Poder Judicial*”<sup>45</sup>, che include i reati di traffico di migranti tra quelli per i quali è

<sup>44</sup> I casi riguardano principalmente le operazioni di pattugliamento in Alto Mare a largo delle coste delle Isole Canarie e di fronte le coste africane della Mauritania e del Marocco. Le autorità spagnole, sospettando che si stia svolgendo un’attività criminale di traffico di migranti, sono legittimate ad intervenire ed eventualmente adottare misure coercitive consequenziali (Art. 4 Protocollo alla Convenzione di Palermo sul traffico di migranti).

<sup>45</sup> “*Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Jefatura del Estado*”, pubblicata sul BOE, n. 157, del 2 luglio 1985: BOE-A-1985-12666, il cui art. 23, comma 4 recita che “allo stesso modo, si avrà la giurisdizione spagnola per giudicare gli atti commessi da spagnoli o stranieri al di fuori del territorio nazionale che possono essere qualificati, secondo la legge spagnola, come uno qualsiasi dei seguenti delitti, qualora le condizioni ivi formulate siano soddisfatte: [...]

- lett. d) terrorismo, pirateria, traffico di esseri umani [...].”

riconosciuta la giurisdizione universale del giudice spagnolo: si parla in tal caso di *Justicia Universal*<sup>46</sup>, onde indicare quei reati che possono essere perseguiti dal giudice spagnolo ovunque commessi ed a prescindere dalla nazionalità del soggetto attivo e passivo.

Inoltre, come è stato affermato<sup>47</sup>, il diritto interno spagnolo dispone delle misure necessarie per l'efficacia degli accordi internazionali, con riguardo tanto ai profili sostanziali quanto processuali<sup>48</sup>.

Il BOE n. 295 del 10/12/2003 ha pubblicato il ventunesimo strumento del febbraio 2000 che ratifica il Protocollo “contro il traffico di migranti per via terrestre, aerea e marittima”, addizionale alla Convenzione delle Nazioni Unite “contro la criminalità organizzata transnazionale”, fatto a New York il 15 novembre 2000, il cui Protocollo è stato firmato a Palermo, il 13 dicembre 2000.

L'articolo 1 stabilisce che il Protocollo integra la convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale e sarà interpretato congiuntamente alla Convenzione. Si aggiunge che le disposizioni della

<sup>46</sup> Si veda, ampiamente, sul tema GARCÍA ARÁN, *El principio de Justicia Universal en la L.O. del Poder Judicial español*, in García Arán-Lopez Garrido (cur.), *Crimen Internacional y Jurisdicción Universal*, Valencia, 2000, 67; REBOLLO VARGAS, *El delito de tráfico ilegal de personas y la (in)competencia de la jurisdicción española en aguas internacionales*, in *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2009; PEREZ ALONSO, *Las últimas reformas del principio de justicia universal legalizadoras del al jurisprudencia “creativa” del Tribunal supremo español*, in *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIII, 2012, 131-196.

<sup>47</sup> Tribunale Supremo, n. 934/2010, del 23 settembre 2010

<sup>48</sup> L'art. 96 della Costituzione spagnola riconosce che i Trattati internazionali, validamente sottoscritti, entrano a far parte dell'ordinamento interno.

convenzione si applicano, *mutatis mutandis*, al presente protocollo, salvo disposizioni contrarie in esso contenute.

In particolare, l'articolo 8 del Protocollo, come misura contro lo *smuggling* di immigrati via mare, autorizza, al comma 7, che ogni Stato parte, che abbia ragionevoli motivi di sospettare che una nave sia coinvolta nel traffico di immigrati via mare e non abbia nazionalità o batta bandiera di comodo, può visitare e perquisire la nave. Se vengono trovate prove che confermano il sospetto, tale Stato Parte adotterà le misure appropriate in conformità al diritto interno e internazionale, a seconda dei casi<sup>49</sup>.

Infine, quanto al *locus commissi delicti*, il reato si consuma in territorio spagnolo soltanto se il cittadino extracomunitario entra nel territorio nazionale, il quale include il mare territoriale e lo spazio aereo sovrastante compreso all'interno dei confini e le isole adiacenti. Nei casi in cui non dovessero riuscire a fare ingresso in territorio nazionale, la condotta può costituire un illecito amministrativo, secondo la *LEOx*.

#### 4. *Soggetto passivo*

Soggetto passivo del reato di *smuggling* può essere chiunque non sia cittadino comunitario. I cittadini comunitari non entrano in territorio spagnolo ma circolano nello spazio europeo<sup>50</sup>. Per l'integrazione del reato non è necessario che vi siano più soggetti passivi. Tuttavia, l'art. 318-*bis* è consumato una solta volta – e non darebbe luogo a concorso di reato – indipendentemente dal numero di persone che sono oggetto del favoreggiamento, *trafico de migrantes*.

<sup>49</sup> Tribunale Supremo, n. 1166 del 21 dicembre 2010; altresì, Tribunale Supremo RJ/2011/1189

<sup>50</sup> Si veda CORCOY, MIR PUIG, cit., 1131

5. *Profili sanzionatori e responsabilità degli enti*

In conformità con quanto disposto dall'art. 1 della Decisione Quadro 2002/946/CE in merito alle “*sanzioni minime*”, l'art. 318 *bis* CPS prevede le sanzioni penali (*penas alternativas*) della 1) pena detentiva da tre mesi a un anno; 2) pena della multa da tre mesi a un anno.

Si potrà anche applicare la sanzione dell'espulsione, ex art. 89, comma 8 CPS<sup>51</sup> (art. 1, comma 2, della Decisione Quadro 2002/946/GAI).

È prevista anche la confisca dei mezzi di trasporto attraverso i quali si realizza il favoreggiamento/aiuto all'ingresso, o il transito clandestino attraverso il territorio spagnolo<sup>52</sup> (art. 1, comma 2, della Decisione Quadro 2002/946/GAI).

Infine, in conformità con quanto previsto anche dall'art. 2 della Decisione Quadro 2002/946/GAI, il comma 5 prevede la responsabilità degli enti, qualora concorrano i requisiti posti dall'art. 31-*bis* CPS. In particolare, si applica agli enti la pena alternativa della multa da uno a cinque anni, o quella dal triplo

<sup>51</sup> All'interno del capitolo relativo alle pene alternative alla reclusione, art. 89, comma 8: “*Cuando, al acordarse la expulsión en cualquiera de los supuestos previstos en este artículo, el extranjero no se encuentre o no quede efectivamente privado de libertad en ejecución de la pena impuesta, el juez o tribunal podrá acordar, con el fin de asegurar la expulsión, su ingreso en un centro de internamiento de extranjeros, en los términos y con los límites y garantías previstos en la ley para la expulsión gubernativa.*”

*En todo caso, si acordada la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión, ésta no pudiera llevarse a efecto, se procederá a la ejecución de la pena originariamente impuesta o del período de condena pendiente, o a la aplicación, en su caso, de la suspensión de la ejecución de la misma.”*

<sup>52</sup> Audiencia Provincial di Ceuta 16/15, 19-2, che ha confiscato una moto d'acqua; altresì, Audiencia Provincial di Ceuta 14/15, 17-2, che ha confiscato un veicolo.

al quintuplo del vantaggio ottenuto, se la quantità dovesse essere più elevata. Ciò avviene qualora la quantità risultante per la multa secondo il *sistema giornaliero di quantificazione* della multa risulta inferiore rispetto al vantaggio economico ottenuto dalla persona giuridica. In tal caso, dunque, il giudice applica la multa in base al sistema proporzionale (secondo una finalità di prevenzione speciale nei confronti della persona giuridica<sup>53</sup>). Si possono anche applicare le pene indicate nelle lettere da *b*) a *g*) dell'art. 31 *bis*, comma 7.

In Spagna, inoltre, non viene punita la condotta del migrante che commette il reato di ingresso o soggiorno clandestino. In questi casi, sono previste alcune sanzioni all'interno del *derecho administrativo sancionadorio*. Sono anche previste delle infrazioni (illeciti amministrativi) nella *LOEx*, introdotto con la Ley Organica 4/2000 dell'11 gennaio, *sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*<sup>54</sup>, in particolare all'interno del Titolo III “*De las infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador*“, in cui si distingue tra infrazioni lievi (art. 52), gravi (art. 53) e molto gravi (art. 54), nonché sanzioni (art. 55) ed il provvedimento di espulsione (art. 57).

<sup>53</sup> CORCOY BIDASOLO, MIR PUIG, cit., 1137.

<sup>54</sup> Di grandissima importanza è la Legge organica 4/2000, dell'11 gennaio, sui diritti e libertà degli stranieri in Spagna e la loro integrazione sociale, cfr. nt. 1 ed altresì <https://www.boe.es/buscar/pdf/2000/BOE-A-2000-544-consolidado.pdf>.

*APPENDICE NORMATIVA*

<p><b>TÍTULO XV bis</b> <b>Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros</b> <b>Artículo 318 bis</b> 1. El que intencionadamente ayude a una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea a entrar en territorio español o a transitar a través del mismo de un modo que vulnere la legislación sobre entrada o tránsito de extranjeros, será castigado con una pena de multa de tres a doce meses o prisión de tres meses a un año.</p> <p>Los hechos no serán punibles cuando el objetivo perseguido por el autor fuere únicamente prestar ayuda humanitaria a la persona de que se trate.</p> <p>Si los hechos se hubieran cometido con ánimo de lucro se impondrá la pena en su</p>	<p><b>TITOLI XV bis</b> <b>Delitti contro i diritti dei cittadini stranieri.</b> <b>Articolo 318-bis Codice penale.</b></p> <p>1. Colui il quale intenzionalmente aiuti una persona che non sia cittadino di uno stato membro dell'Unione Europea ad entrare nel territorio spagnolo o a transitare attraverso lo stesso in modo da violare la legislazione sull'entrata o il transito di stranieri, è punito con la pena della multa da tre a dodici mesi o una pena detentiva da tre mesi a un anno.</p> <p>I fatti non sono punibili quando l'obiettivo perseguito dall'autore sia unicamente quello del soccorso umanitario alla persona in questione.</p> <p>Se i fatti sono stati commessi con il fine di lucro si applica la pena nella sua</p>
---	--

<p>mitad superior.</p> <p>2. El que intencionadamente ayude, con ánimo de lucro, a una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea a permanecer en España, vulnerando la legislación sobre estancia de extranjeros será castigado con una pena de multa de tres a doce meses o prisión de tres meses a un año.</p> <p>3. Los hechos a que se refiere el apartado 1 de este artículo serán castigados con la pena de prisión de cuatro a ocho años cuando concorra alguna de las circunstancias siguientes:</p> <ul style="list-style-type: none"><li>• a) Cuando los hechos se hubieran cometido en el seno de una organización que se dedique a la realización de tales actividades. Cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones, se les</li></ul>	<p>metà superiore.</p> <p>2. Colui il quale aiuta intenzionalmente, con fine di lucro, una persona che non sia cittadino di uno Stato membro dell'Unione Europea a soggiornare in Spagna, violando la legislazione sul soggiorno di stranieri è punito con una pena della multa da tre a dodici mesi o la pena detentiva da tre mesi a un anno.</p> <p>3. I fatti ai quali si riferisce il comma 1 di questo articolo sono puniti con la pena detentiva da quattro a otto anni quando concorra qualcuna delle seguenti circostanze:</p> <ul style="list-style-type: none"><li>• a) Quando i fatti siano stati commessi all'interno di una organizzazione che si dedichi alla commissione di tali attività. Quando si tratta dei capi, amministratori o responsabili di dette organizzazioni o associazioni, si</li></ul>
---	--

<p>aplicará la pena en su mitad superior, que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• b) Cuando se hubiera puesto en peligro la vida de las personas objeto de la infracción, o se hubiera creado el peligro de causación de lesiones graves.</li> </ul> <p>4. En las mismas penas del párrafo anterior y además en la de inhabilitación absoluta de seis a doce años, incurrirán los que realicen los hechos prevaliéndose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público.</p> <p>5. Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en este Título, se le impondrá la pena de multa de dos a cinco años, o la del triple al quintuple del beneficio obtenido si la cantidad resultante fuese más elevada.</p>	<p>aplica la pena nella sua metà superiore, che si potrà elevare a quella immediatamente superiore di grado.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• B) Quando si sia messo in pericolo la vita delle persone oggetto della violazione, o sia stato creato un pericolo per la commissione di lesioni gravi.</li> </ul> <p>4. Alla stessa pena del paragrafo superiore e con l'interdizione assoluta da sei a dodici anni, incorreranno coloro i quali realizzano i fatti avvalendosi della loro condizione di autorità, funzionario statale o funzionario pubblico.</p> <p>5. Quando ai sensi di quanto stabilito nell'art. 31-bis una persona giuridica sia responsabile dei delitti descritti in questo Titolo, si applica la pena della multa da due a cinque anni, o quella dal triplo al quintuplo del vantaggio ottenuto se la</p>
---	---

<p>Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.</p> <p>6. Los tribunales, teniendo en cuenta la gravedad del hecho y sus circunstancias, las condiciones del culpable y la finalidad perseguida por éste, podrán imponer la pena inferior en un grado a la respectivamente señalada.</p>	<p>quantità dovesse risultare più elevata.</p> <p>Ai sensi delle regole stabilite nell'articolo 66-<i>bis</i>, i giudici e i tribunali possono allo stesso modo applicare le pene indicate nelle lettere b) a g) del comma 7 dell'articolo 33.</p> <p>6. I tribunali, prendendo in considerazione la gravità del fatto e le sue circostanze, le condizioni del colpevole e la finalità perseguita, possono imporre la pena inferiore di un grado a quella rispettivamente prevista.</p>
--	---

## *Parte II*

### *La Tratta di esseri umani*

SOMMARIO: 1. Evoluzione normativa: la distinzione tra il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina e con la tratta di persone. Rinvio. – 2. La condotta di tratta di esseri umani. – 3. Soggetto attivo. – 4. Soggetto passivo. – 5. Profili sanzionatori e responsabilità degli enti. – 6. Giurisdizione e protezione delle vittime.

#### *1. Evoluzione normativa: la distinzione tra il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina e la tratta di persone. Rinvio.*

L'ordinamento spagnolo ha progressivamente implementato la normativa di fonte europea in materia di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina e di repressione della tratta di esseri umani, anche intervenendo direttamente sulle fattispecie incriminatrici già presenti nel codice penale (*codigo penal*) o introducendone di nuove. La relativa disciplina penalistica non è dunque prevista *extra codicem*, ma è il risultato di una evoluzione legislativa eccentrica nel panorama europeo che è segnata da due

importanti riforme legislative: la *Ley Organica 5/2010*<sup>55</sup> e, successivamente, la *Ley Organica 1/2015*<sup>56</sup>.

In particolare, la *Ley Organica 5/2010* ha inserito nel codice penale spagnolo il Titolo VII *bis*, contenente un'unica disposizione - l'art. 177 *bis* CPS *Trata de seres humanos* - sulla tratta di esseri umani, il quale costituiva di fatto la mera trasposizione legislativa del contenuto della Direttiva 2011/36/UE, la quale a sua volta sostituiva la Decisione Quadro del Consiglio 2002/629<sup>57</sup>.

La riforma in questione ha avuto il merito di uniformare l'ordinamento spagnolo agli *standards* internazionali indicati nella Convenzione di Palermo sul crimine organizzato e nei relativi protocolli sullo *smuggling* e sul *trafficking*, delineando una distinzione normativa tra la fattispecie incriminatrice della tratta di persone e la fattispecie che punisce il traffico illecito di migranti, le quali erano invece in precedenza unificate all'art. 318 *bis* del *codigo penal*. Quest'ultima disposizione, nella versione attuale del codice, sanziona esclusivamente il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina.

Con l'introduzione dell'art. 177 *bis* CPS con la *LO 5/2010*, è stata dunque legislativamente prevista una demarcazione dell'oggettività giuridica dei reati di tratta di esseri umani da

<sup>55</sup> Si tratta della “*Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*”, pubblicata sul BOE N: 152, 23/06/2010.

<sup>56</sup> Si tratta della “*Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*”, pubblicata sul BOE n. 77, 31/03/2015.

<sup>57</sup> Direttiva 2011/36/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 5 aprile 2011 “concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime, e che sostituisce la Decisione Quadro 2002/629/GAI del 19 luglio 2002 “sulla lotta alla tratta di esseri umani”.

un lato, e di traffico di migranti dall'altro lato. Quest'ultimo è punito dalla fattispecie di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare (art. 318-*bis* CPS)<sup>58</sup>, che tutela i confini nazionali e funge da strumento di controllo dei flussi migratori<sup>59</sup>.

La giurisprudenza chiarisce che “la tratta di esseri umani di cui all'art. 177-*bis* del codice penale è una *forma* di traffico di persone”<sup>60</sup>. In tal senso, si pone, d'altronde, la c.d. *clausola concorsuale* contenuta – a seguito della riforma del 2010 – nel comma 9 dell'art. 177-*bis* CPS, secondo cui le pene previste per il reato di tratta si infliggono *senza alcun pregiudizio* delle corrispondenti pene previste per il reato di traffico di migranti, di cui all'art. 318-*bis* CPS<sup>61</sup>. Lo sforzo interpretativo volto ad

<sup>58</sup> Più ampiamente sulla distinzione con il *trafico de migrantes*, si veda il *Report* sul favoreggiamento dell'immigrazione clandestina. Il reato di favoreggiamento all'ingresso irregolare nel territorio spagnolo o in altro territorio dell'Unione Europea è stato introdotto nel codice penale spagnolo nel 2000 (con la riforma della *Ley de la extranjería*, LOEx). Prima di allora, l'unica forma di favoreggiamento migratorio punita (e peraltro scarsamente ricorrente nella pratica) riguardava il favoreggiamento dell'ingresso irregolare di lavoratori stranieri.

<sup>59</sup> Come espressamente indicato nella nella Relazione di accompagnamento alla riforma: cfr. Tribunale Supremo, 330/10, 2-3.

<sup>60</sup> Tradotto da Tribunale Supremo, n. 786 del 20 ottobre 2016, in relazione ad un caso in cui le vittime erano state *trasferite* con artifici e raggiri in Spagna e successivamente, senza che ciò fosse stato pianificato già in principio, venivano sfruttate sessualmente: in questa decisione, il Tribunale Supremo, peraltro, ritiene sussistente un concorso formale (secondo il disposto del comma 9 dell'art. 177-*bis*) tra il reato di tratta e quello di sfruttamento della prostituzione di cui all'art. 188 c.p. Sul punto, altresì Audiencia Provincial di Valencia, n. 157 del 30 marzo 2016.

<sup>61</sup> A tal proposito, appare significativo evidenziare che la stessa riforma del 2010 ha abrogato il comma 2 dell'art. 318-*bis* che prevedeva nella formulazione precedente in cui si faceva riferimento a quelle condotte di sfruttamento, contestualmente introdotte nel nuovo art. 177-*bis*, cfr. Tribunale Supremo, n. 17 del 28 gennaio 2014.

accertare l'eventuale concorso di reati si appunta essenzialmente nell'individuazione del bene giuridico tutelato; quest'ultimo, in ipotesi di tratta di esseri umani, sembra agevole individuarsi nella dignità e libertà personale, mentre, nel caso del traffico di persone, si ritiene che esso tuteli confini nazionali quanto altresì, "sebbene tale reato debba essere interpretato nel senso che esso punisca anche le ipotesi di offesa alla dignità e libertà degli stranieri, vittime di un flusso migratorio illegale, qualora il grado di offesa di tali diritti non raggiunga, nelle circostanze del caso specifico, la gravità insita in uno sfruttamento *tipico* che consente di parlare di tratta di esseri umani"<sup>62</sup>.

## 2. *La condotta di tratta di esseri umani*

Le condotte tipiche sono plurime, come previsto dall'art. 2 della Dir. 2011/36/UE, il quale fornisce una struttura triadica, in cui il reato si realizza per il tramite di tre indici classificatori, individuati nell'*azione*, nel *mezzo coercitivo* utilizzato e nel *fine illecito* perseguito.

Per quanto concerne l'*azione*<sup>63</sup>, le condotte tipiche sono il sequestrare (*captar*); il trasportare o trasferire (*transportar* e *trasladar*); l'accogliere (*acoger*)<sup>64</sup>; il ricevere (*recibir*); l'inter-

<sup>62</sup> Tribunale Supremo, n. 17 del 28 gennaio 2014, p. 31. In altre pronunce, si evidenzia la complessità di distinguere – ai fini dell'eventuale concorso di reati – le due forme delittuose, a seguito delle riforme intervenute, cfr. Tribunale Supremo, n. 157 del 30 marzo 2016; Tribunale Supremo, n. 474 del 4 febbraio 2014.

<sup>63</sup> La giurisprudenza chiarisce che si tratta di condotte tra loro alternative, "basta una di esse per essere considerato autore del reato", così Tribunale Supremo, n. 861 del 20 dicembre 2015.

<sup>64</sup> Il termine *acoger*, traducibile come accogliere, ha sostituito la precedente condotta di *alojar*, traducibile come *dare alloggio* (sulla tipicità

cambiare o il trasferire il controllo (*intercambiar o transferir el control*).

Quanto invece al mezzo coercitivo<sup>65</sup>, la fattispecie si configura, per l'appunto, come un *tipo de medios determinados*<sup>66</sup>, in quanto l'azione tipica deve realizzarsi con<sup>67</sup> a) violenza<sup>68</sup>; b) intimidazione; c) inganno; d) abuso di una posizione di superiorità; e) consegna o ricevimento di pagamenti o benefici per ottenere il consenso della persona che eserciti il controllo sulla vittima; f) abuso di una situazione di necessità o vulnerabilità della vittima (che sussiste qualora la vittima non abbia altra alternativa se non quella di sottomettersi all'abuso)<sup>69</sup>.

di tale condotta, cfr. Tribunale Supremo, n. 449 del 25 maggio 2016), che semanticamente avrebbe un campo applicativo più ristretto, come segnalato dal Tribunale Supremo, n. 1002 del 19 gennaio 2017, 8. Altresì, Tribunale Supremo, n. 861 del 20 dicembre 2015 che afferma che si tratta di una modifica letterale, ma non sostanziale.

<sup>65</sup> Nota bene: il comma 2 dello stesso articolo chiarisce che non è necessario il concorso dei mezzi individuati nel comma 1 quando il soggetto passivo è un *minore di età* e la condotta è commessa con una finalità di sfruttamento (previsto anche dall'art. 2, comma 5, Dir. 2011/36/UE).

<sup>66</sup> Un reato di mezzi determinati, ossia che prevede l'uso di determinati strumenti o modalità per la sua esecuzione.

<sup>67</sup> A tal proposito, l'ipotesi incriminatrice costruisce un reato a consumazione prolungata, in quanto, come afferma unanimemente la giurisprudenza, "*el delito no desaparece hasta que no concluya la vulnerabilidad, amenaza o intimidación a la víctima*" (ossia, il reato si considera consumato fino a quando non si concluda la situazione di vulnerabilità, la minaccia o l'intimidazione nei confronti della vittima), cfr. Tribunale Supremo, n. 191 del 9 aprile 2015; altresì, più di recente, Tribunale Supremo, n. 167 del 15 marzo 2017.

<sup>68</sup> Sul concetto di *vis coactiva*, si veda altresì Tribunale Supremo, n. 806 del 27 ottobre 2016.

<sup>69</sup> Questa specificazione legislativa è stata ritenuta come *norma interpretativa* dello stato di necessità e vulnerabilità, secondo il Tribunale

In particolare, la condotta di cui al punto e) - introdotta con la *LO 1/2015* - non ricade direttamente sulla vittima della tratta, ma su colui il quale eserciti il controllo su di essa (ad es., il padre, il tutore o lo sfruttatore) che diviene parte di una controprestazione economica.

Quanto infine al fine illecito perseguito, è richiesto un *dolo specifico* – la cui effettiva realizzazione non è richiesta ai fini della consumazione del reato<sup>70</sup> – che può consistere in<sup>71</sup>:

a) finalità di *sfruttamento lavorativo*, consistente nell'imposizione di un lavoro o un servizio forzato, la schiavitù o pratiche assimilabili alla schiavitù o all'accattonaggio. Tale finalità prevede come comun denominatore l'imposizione di condizioni lavorative che mercificano l'essere umano, qualora non vengono riconosciuti i diritti lavorativi basilari<sup>72</sup>.

Si riscontrano spesso ipotesi di c.d. “*soggezione debitoria*” (*servidumbre por deudas*), qualora la vittima sia tenuta a restituire i debiti contratti per il suo trasferimento, vitto e

Supremo, n. 861 del 20 dicembre 2015, il quale parla altresì di *definizione autentica*.

<sup>70</sup> Tribunale Supremo, n. 20 del 18 maggio 2016.

<sup>71</sup> Si segnala che la giurisprudenza ha chiarito che il proposito criminoso non deve sussistere fin da principio, ben potendosi dare il caso che ad una precedente condotta di favoreggiamento possa sopravvenire solo in seguito la finalità di sfruttamento, su cui si veda Tribunale Supremo, Sentenza, n. 1002 del 19 gennaio 2017.

<sup>72</sup> La giurisprudenza è intervenuta a chiarire i confini della finalità di sfruttamento lavorativo, in particolare, tentando di incasellare le singole finalità di sfruttamento nel solco del bene giuridico tutelato. Si afferma che il fatto è tipico qualora l'offesa al bene giuridico tutelato della dignità dell'uomo – quale bene tutelato in via principale dalla disposizione di cui all'art. 177-*bis* CPS – si concretizzi in una prestazione lavorativa senza alcun corrispettivo economico adeguato, così il Tribunale Supremo, n. 1002-2016 del 19 gennaio 2017.

alloggio attraverso la sottoposizione a condizioni di sfruttamento lavorativo (ma anche sessuale). Per quanto riguarda l'accattonaggio, si fa riferimento alla sottoposizione di altri ad attività di accattonaggio, con relativa apprensione del ricavato da parte dello sfruttatore.

b) finalità di *sfruttamento sessuale, compresa la pornografia*: tale finalità include le condotte di realizzazione di reati contro la libertà o l'indennità sessuale realizzati con o senza il consenso viziato della vittima (violenza sessuale, abuso sessuale cc.), inclusa inoltre la pornografia.

c) finalità di *sfruttamento per la realizzazione di attività delittuose*. Introdotta con la *LO 1/2015* (di conversione dell'art. 2, co. 3, della Dir. europea 2011), fa riferimento a qualsiasi tipo di reato; sebbene i più ricorrenti siano i reati patrimoniali e di traffico di droga.

d) finalità di *estrazione di organi*. Nell'ordinamento spagnolo, è proibita la corresponsione di una prestazione economica per l'estrazione o il trapianto di organi (Art. 2, L 30/79, 27-10 sull'estrazione e il trapianto di organi).

e) finalità di *celebrazione di un matrimonio forzato*. Introdotta anch'essa con la *LO 1/2015*, riprende la nozione di matrimonio forzato ricavabile dal *Report* del 2 aprile 2014 ONU-*Human Rights Council*<sup>73</sup>, L'art. 172-*bis* del codice

<sup>73</sup> Cfr. A/HRC/26/22. Si tratta dell' "Annual report of the United Nations High Commissioner for Human Rights and reports of the Office of the High Commissioner and the Secretary-General Promotion and protection of all human rights, civil, political, economic, social and cultural rights, including the right to development, il quale analizza "*existing measures and strategies to prevent and eliminate child, early and forced marriage with a particular focus on challenges, achievements, best practices and implementation gaps*".

penale spagnolo punisce il matrimonio forzato con una figura autonoma di reato<sup>74</sup>.

La giurisprudenza qualifica la tratta di esseri umani come reato di mera condotta (*mera actividad*), che si considera consumato nel momento in cui viene commessa l'azione illecita di “trasportare, trasferire...”, indipendentemente dall'accertamento se vi sia stata o meno alcuna forma di sfruttamento<sup>75</sup>.

Il riferimento alla finalità di sfruttamento, in realtà, farebbe riferimento all'aspetto soggettivo, sicché il reato di tratta si comporterebbe come reato di *tipo mutilado de dos actos o de resultado cortado*<sup>76</sup>, a seconda che le condotte successive di sfruttamento siano commesse dallo stesso soggetto o da altri, i quali integrano così ulteriori e distinti reati, non imputabili al primo soggetto agente. Inoltre, se si presta attenzione alle condotte tipiche, alcune comportano la qualifica del reato come *tipo de resultado*<sup>77</sup> (ad esempio, trasportare e trasferire, sequestrare) ed altre come reato di mera condotta (ad es.,

<sup>74</sup> Questa modalità delittuosa è stata introdotta – unitamente a quella *sub c)* – con la L.O. 1/2015; art. 172-*bis* CPS: “1. *El que con intimidación grave o violencia compeliere a otra persona a contraer matrimonio será castigado con una pena de prisión de seis meses a tres años y seis meses o con multa de doce a veinticuatro meses, según la gravedad de la coacción o de los medios empleados*” (Colui il quale con minaccia o violenza obblighi qualcuno a contrarre matrimonio è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa da dodici a ventiquattro mesi, a secondo della gravità della coazione e dei mezzi utilizzati).

<sup>75</sup> Tribunale Supremo, n. 615/14, 24-10.

<sup>76</sup> Non è possibile tradurre secondo le categorie tradizionali italiane: tuttavia, si potrebbe pensare ad una traduzione nei termini di un reato a consumazione anticipata o a consumazione frazionata o eventualmente permanente.

<sup>77</sup> Diremmo, reato di evento, in cui il risultato sarebbe la conseguenza dell'azione.

accogliere, ricevere), per i quali sarebbe difficile accertare il tentativo <sup>78</sup>.

In conformità a quanto previsto nell'art. 2, comma 4, Dir. 2011/36/UE, l'art. 177-*bis*, comma 3, CPS elimina qualsiasi effetto che potrebbe produrre l'eventuale *consenso* che – anche se prestato dalla vittima – deve cionondimeno considerarsi sempre nullo o viziato.

Il *comma 4* è stato riformato con la *LO 1/15* e riguarda le *forme aggravate di tratta*:

a) la messa in pericolo della vita o integrità fisica o psichica delle persone oggetto del delitto: come, altresì, indicato dall'art. 4, comma 2, lett. c) Dir. 2011/36/UE.

b) la vittima specialmente vulnerabile a causa di infermità, stato di gravidanza, incapacità o situazioni personali, o per essere minore di età, similmente a quanto disposto dall'art. 4, comma 2, lett. a) Dir. 2011/36/UE)

Il *comma 5* contempla la fattispecie aggravata dell'avvalersi di una condizione di autorità, ufficio o funzionario pubblico: in questa ipotesi, si configura un *reato proprio*. Per integrare la circostanza aggravante, si fa riferimento alle nozioni di autorità e funzionario pubblico come definite dall'art. 24 CPS, che lo configura come *delito especial improprio* (delitto speciale improprio)<sup>79</sup>. In queste ipotesi, non è necessario agire

<sup>78</sup> CORCOY BIDASOLO, MIR PUIG, cit., 656.

<sup>79</sup> L'art. 24 CPS descrive le condizioni di autorità, ufficio o funzionario pubblico nei seguenti termini:

“1. *A los efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal.*

nell'esercizio delle proprie funzioni (altresì, art. 4, comma 3 Dir. 2011/36/UE)<sup>80</sup>.

Il *comma 6* fa invece riferimento all'aggravante dell'*appartenenza ad una organizzazione criminale*<sup>81</sup>, come disposto altresì dall'art. 4, comma 2, lett. b) Dir. 2011/36/UE.

I requisiti per l'integrazione di tale circostanza aggravante sono:

a) che l'organizzazione o associazione sia composta da più di due persone;

b) che questa abbia una certa continuità, anche se in forma transitoria; ciò escluderebbe l'esigenza che si tratti di una organizzazione con carattere di stabilità.

La giurisprudenza, tuttavia, richiede:

1) una rete stabile e gerarchizzata, anche se elementare e transitoria<sup>82</sup>;

2) che si avvalga di mezzi materiali o umani coordinati per il trasporto di soggetti stranieri in Spagna<sup>83</sup>;

3) che non sia sufficiente il mero concorso di più persone, perché altrimenti si applicherebbe la disciplina della *coautoria* (ossia, concorso di persone);

c) che l'organizzazione sia dedita alla commissione di delitti di tratta. Occorrerà a tal fine accertare che siano stati compiuti almeno due o più atti di tratta. Tuttavia, non è necessario che l'organizzazione sia dedita soltanto a tali

*2. Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas”.*

<sup>80</sup> CORCOY BIDASOLO, MIR PUIG, cit., 660.

<sup>81</sup> Tribunale Supremo, n. 860 del 23 dicembre 2015, 12.

<sup>82</sup> Tribunale Supremo, n. 330/10, 2-3: 951/09, 9-10; Audiencia Provincial di Madrid, n. 333/15, 19-5.

<sup>83</sup> Tribunale Supremo, n. 1595/05, 30-12.

attività, potendosi dare il caso di organizzazione dedita anche ad altre attività illecite<sup>84</sup>.

Il comma 8 amplia la punibilità agli *atti c.d. preparatori* (si parla di *formas de participacion intentadas* o *actos preparatorios*) della provocazione, cospirazione e istigazione ai quali si applica la disciplina contenuta negli artt. 17 e 18 del codice penale<sup>85</sup>. Tale ampliamento dell'ambito applicativo della fattispecie incriminatrice sembra conformarsi a quanto previsto nell'art. 3 Dir. 2011/36/UE, secondo cui “Gli Stati membri adottano le misure necessarie affinché siano punibili l'istigazione, il favoreggiamento e il concorso o il tentativo

<sup>84</sup> In una recente decisione (Tribunale Supremo, n. 167 del 15 marzo 2017), i giudici di legittimità – premessa la tipicità del fatto di tratta – hanno ritenuto sussistente l'aggravante dell'appartenenza all'organizzazione criminale, in quanto era stato accertato, attraverso registrazioni e conversazioni tra i membri del gruppo, la presenza di quattro persone, sia in Cina che in Spagna, che avrebbero gestito l'arrivo di più persone. La distribuzione delle funzioni tra i vari partecipanti permette di sussumere le loro condotte all'interno delle dinamiche gestionali di un'organizzazione criminale.

<sup>85</sup> L'art. 17 CPS è stato altresì modificato dalla LO 1/2015 e recita: “1. *La conspiración existe cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo.* 2. *La proposición existe cuando el que ha resuelto cometer un delito invita a otra u otras personas a participar en él.*” (La cospirazione esiste quando due o più persone si accordano per l'esecuzione di un delitto che poi commettono. 2. L'istigazione esiste quanto colui il quale intende commettere un delitto invita un'altra o altre persone a partecipare alla commissione del delitto).

L'art. 18 CPS, invece, prevede la provocazione in questi termini: “*La provocación existe cuando directamente se incita por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante, que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de personas, a la perpetración de un delito*” (La provocazione si ha quando la commissione di un reato è istigata direttamente attraverso la stampa, la radiodiffusione o qualsiasi altro mezzo di analoga efficacia, che faciliti la pubblicità, o davanti a un pubblico di persone).

nella commissione dei reati di cui all'art. 2 (*human trafficking*)”.

Il *comma 9* riguarda invece la *clausola concorsuale* che punisce (“senza pregiudizio”) anche tutti i delitti commessi *in occasione* della commissione del reato di tratta; ed in particolare con riferimento a:

a) i mezzi di commissione del reato, come violenza (omicidio, lesioni), intimidazione (minacce, sequestro di persona), inganno (truffa) e anche ad esempio commettendo la tratta in concorso con il traffico di droga utilizzando la donna come c.d. “*muleras*”.

b) la realizzazione delle finalità tipiche:

b.1) in ipotesi di sfruttamento sessuale, inclusa la pornografia, si applicano altresì i rispettivi delitti di cui al Titolo VIII: in giurisprudenza, si parla di *concurso medial*<sup>87</sup>;

b.2) nei presupposti della finalità di sfruttamento lavorativo, si potrà avere concorso con i reati contro i diritti dei lavoratori (Titolo XV);

b.3) in ipotesi di accattonaggio o di minori di età, il concorso si può avere con il reato di cui all'art. 232 CPS che punisce lo sfruttamento di accattonaggio in termini analoghi<sup>88</sup>

<sup>86</sup> Audiencia Provincial di Madrid, 490/11, 13-4.

<sup>87</sup> Ampiamente, per maggiori riferimenti, si v. Tribunale Supremo, n. 861 del 20 dicembre 2015; altresì, Tribunale Supremo, n. 191/15, 9-4; e, infine, Tribunale Supremo, n. 53/14, 4-2.

<sup>88</sup> Art. 232 CPS: “*Los que utilizaren o prestaren a menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección para la práctica de la mendicidad, incluso si ésta es encubierta, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año*” (Coloro che utilizzano o prestano minori o persone con disabilità che necessitano di particolare protezione per la pratica dell'accattonaggio, anche se occultata, sono puniti con la reclusione da sei mesi a un anno.).

b.4) in caso di estrazione di organo, si avrà concorso con il relativo reato di lesioni personali;

b.5) in caso di matrimonio forzato, si può avere concorso con il reato di cui all'art. 218 o 172-*bis* CPS (cfr. *supra*);

b.6) se la finalità è quella dello sfruttamento per la realizzazione di attività delittuose si avrà concorso materiale con il reato commesso dalla vittima, attraverso la figura dell'autore mediato.

Il comma 11 riguarda una causa di *esclusione della punibilità per la vittima di tratta* per gli illeciti penali commessi per essere stato sottoposto a tratta, qualora concorrano i seguenti requisiti:

a) che la sua partecipazione ai reati sia stata conseguenza diretta della situazione di violenza, intimidazione, inganno o abuso alla quale sia stata sottomessa;

b) che esista una adeguata proporzionalità tra la detta situazione e il fatto illecito realizzato.

Per quanto concerne la *natura* della causa di esclusione della punibilità, vi sono due soluzioni: a) quella della c.d. scusa assolutoria (*excusa absolutoria*<sup>89</sup>), che condizionerebbe soltanto coloro i quali concorrano nel fatto, in quanto avrebbe pur sempre la possibilità di denunciare il fatto; b) quella della

<sup>89</sup> Si comporterebbe come una sorta di causa di non punibilità in senso stretto, cfr. CORCOY, MIR PUIG, cit., 663. L'*excusa absolutoria* è una figura dogmatica, la cui elaborazione si fa risalire agli studi ottocenteschi di Luis Silvela. Si tratta, secondo la dottrina dominante, di circostanze personali che, per ragioni di opportunità o di politica criminale, determinano l'esclusione della pena per un comportamento antigiuridico e colpevole, cfr. Tribunale Supremo del 26 dicembre 1986; in letteratura, JIMENEZ SALGADO, *La exclusión de la responsabilidad criminal: Estudio Jurisprudencial penal y procesal*, Editorial Dykinson, Madrid, 2003.

causa di giustificazione, che è diventata minoritaria (si vedano gli artt. 28<sup>90</sup> e 29<sup>91</sup> CPS).

La nuova fattispecie incriminatrice riprende dunque testualmente le disposizioni della Direttiva, anche sotto il profilo della specificazione della non punibilità delle vittime (art. 177-*bis*, comma 11, CPS), per i reati da esse commessi (Art. 8 della citata Direttiva)<sup>92</sup>.

La giurisprudenza approva tale causa di esclusione della punibilità nei seguenti termini: *“L’obiettivo di questa protezione è quello di salvaguardare i diritti umani delle vittime, di prevenire ulteriori vittimizzazioni e di incoraggiarle a testimoniare nei procedimenti penali contro gli autori dei reati di tratta”*. A tale constatazione, vi è una ulteriore ragione procedurale, secondo cui, a ben vedere, *“sarebbe manifestamente contraddittorio se la possibilità stessa di*

<sup>90</sup> L’art. 28 CPS recita così: *“Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento. También serán considerados autores: a) Los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo. b) Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado”* (Gli autori sono coloro che compiono l'atto da soli, congiuntamente o per mezzo di un altro che viene utilizzato come strumento. Saranno considerati autori: a) Coloro che inducono direttamente un altro o altri ad eseguirlo. b) Coloro che cooperano alla sua esecuzione con un atto senza il quale non sarebbe stato compiuto).

<sup>91</sup> L’art. 29 CPS recita: *“Son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos”* (Sono complici/concorrenti coloro che, non rientrando nell'articolo precedente, cooperano all'esecuzione dell'atto con atti precedenti o simultanei”).

<sup>92</sup> La giurisprudenza precisa, tuttavia, che le condotte illecite delle vittime siano diretta conseguenza della situazione di violenza, inganno, intimidazione ed abuso e che vi sia una proporzione (*adecuada proporcion*) tra detta situazione ed il fatto illecito, Tribunale Supremo, n. 214 del 29 marzo 2017.

*ottenere i benefici legali che proteggono le vittime venisse trasformata in una causa di inutilizzabilità probatoria delle loro dichiarazioni incriminanti*<sup>93</sup>.

### 3. *Soggetto attivo*

La norma punisce chiunque (“*el que*”). Inoltre, come visto, il comma 5 configura un reato proprio commesso avvalendosi della propria condizione di autorità, ufficio o funzionario pubblico *ex art. 24 CPS*.

### 4. *Soggetto passivo*

Soggetto passivo del reato di tratta può essere chiunque a prescindere dalla sua nazionalità. Tuttavia, si registrano pochi casi in cui la vittima sia di nazionalità spagnola o comunitaria<sup>94</sup>. Per la commissione del delitto di tratta è sufficiente che vi sia una sola vittima, dovendo ritenersi la sussistenza di tanti delitti, quante siano le persone oggetto del delitto stesso<sup>95</sup>.

<sup>93</sup> Tradotto da Tribunale Supremo, n. 214 del 29 marzo 2017, p. 10, in cui, peraltro, i giudici evidenziano come l’attendibilità delle testimonianze delle vittime devono essere poi accertate in dibattimento attraverso un giudizio di *corroboracion*, ossia di corroborazione con gli elementi di fatto rilevanti.

<sup>94</sup> CORCOY BIDASOLO, MIR PUIG, cit., 655.

<sup>95</sup> La giurisprudenza tiene ad evidenziare che il reato di tratta di esseri umani postula un soggetto passivo individuale e non collettivo o plurale (parla di *subjecto pasivo plural*), così Tribunale Supremo, n. 178 del 3 marzo 2016, che chiarisce come – nell’ottica del bene giuridico tutelato che consiste nella libertà e autodeterminazione sessuale della vittima – si avranno tanti reati di tratta quante sono le vittime del reato stesso,

### 5. *Profili sanzionatori*

L'opzione criminale a favore di una demarcazione dell'oggettività giuridica con il reato di traffico di migranti ha reso possibile pervenire ad una previsione sanzionatoria più severa in ipotesi di fatti di tratta di esseri umani, rendendo la disciplina generale più coerente e proporzionata rispetto al bene giuridico che si intende tutelare.

Le condotte base di cui all'art. 177-*bis* CPS prevedono dunque la pena detentiva da cinque a otto anni.

Inoltre, il *comma 4* stabilisce due regole di aggravamento della pena:

a) aumento di primo grado, consistente in una pena detentiva da otto anni e un giorno a quattordici anni;

b) aumento di secondo grado, consistente in un aumento della pena da undici anni e un giorno a quattordici anni, che si applica qualora concorrono più di una delle circostanze ivi elencate.

Il *comma 7* – similmente a quanto previsto dall'art. 5 Dir. 2011/36/UE – prevede la responsabilità delle persone giuridiche coinvolte nella commissione dei delitti di tratta di esseri umani. Si applica la disciplina di cui all'art. 31-*bis* CPS e la pena della multa proporzionale (*multa proporcional*): ossia, si applica “la pena della multa dal triplo al quintuplo del beneficio ottenuto”. Inoltre, sono previste sanzioni ben più gravi, sulla base del potere discrezionale attribuito giudice di cui all'art. 66-*bis* CPS, il quale può imporre, ai sensi dell'art. 33, comma 7, la pena della dissoluzione della persona giuridica (lett. b) ed il commissariamento dell'ente, per la

applicandosi dunque la disciplina del concorso materiale (cfr. altresì Tribunale Supremo, n. 538 del 17 giugno 2016).

salvaguardia dei lavoratori dipendenti, per un periodo non superiore ai cinque anni (lett. g).

### 6. *Giurisdizione e protezione delle vittime*

Anche in Spagna, per la consumazione del reato di tratta di esseri umani non è richiesto il superamento delle frontiere nazionali: si può dare il caso tanto della *trata nacional*, quanto della *trata transnacional*.

Da questo punto di vista, da un lato, la Direttiva del 2011 rinuncia al principio di universalità, e si riferisce solo a quello della territorialità e della personalità. Tuttavia, dall'altro, l'art. 23, comma 4, lett. d) della "*Ley Organica del Poder Judicial*"<sup>96</sup> include il reato di tratta di esseri umani tra quelli per i quali è riconosciuta la giurisdizione universale del giudice spagnolo<sup>97</sup>: si parla in tal caso di *Justicia Universal*<sup>98</sup>,

<sup>96</sup> "*Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Jefatura del Estado*", pubblicato sul BOE, n. 157, del 2 luglio 1985: BOE-A-1985-12666, il cui art. 23, comma 4 recita che "allo stesso modo, si avrà la giurisdizione spagnola per giudicare gli atti commessi da spagnoli o stranieri al di fuori del territorio nazionale che possono essere qualificati, secondo la legge spagnola, come uno qualsiasi dei seguenti delitti, qualora le condizioni ivi formulate siano soddisfatte: [...]"

lett. d) terrorismo, pirateria, traffico di esseri umani [...]"

<sup>97</sup> I reati elencati dall'art. 23, comma 4, lett. d) sono: d) "*Delitos de piratería, terrorismo, tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, trata de seres humanos, contra los derechos de los ciudadanos extranjeros y delitos contra la seguridad de la navegación marítima que se cometan en los espacios marinos, en los supuestos previstos en los tratados ratificados por España o en actos normativos de una Organización Internacional de la que España sea parte*".

<sup>98</sup> Si veda, ampiamente, sul tema GARCÍA ARÁN, *El principio de Justicia Universal en la L.O. del Poder Judicial español*, in García Arán-Lopez Garrido (cur.), *Crimen Internacional y Jurisdicción Universal*, Valencia, 2000, 67; REBOLLO VARGAS, *El delito de tráfico ilegal de personas y la (in)competencia de la jurisdicción española en aguas internacionales*, in

onde indicare quei reati che possono essere perseguiti dal giudice spagnolo ovunque commessi ed a prescindere dalla nazionalità del soggetto attivo e passivo.

Il comma 10 prevede la c.d. *recidiva internazionale*, in virtù della quale si equiparano le sentenze di condanna irrevocabili delle corti straniere a quelle pronunciate dalle corti interne. Tuttavia, in virtù del principio della cosa giudicata, non si tiene in considerazione la cancellazione del precedente penale.

Il legislatore portoghese si è mostrato particolarmente sensibile alle istanze internazionali non soltanto in merito alla criminalizzazione del fenomeno delittuoso, ma anche in relazione alla problematica questione della tutela e dell'assistenza alle vittime di tratta. Prima però di delineare brevemente il quadro normativo nazionale sul tema, preme soffermarsi sulla disciplina di cui all'art. 8 della Direttiva e sulla sua parziale implementazione nel contesto spagnolo. La disposizione europea sancisce l'irresponsabilità penale delle vittime di tratta per i reati commessi a seguito del loro sfruttamento, riconoscendo agli Stati ampio margine di discrezionalità nel perseguire tale obiettivo. Come già visto, il legislatore spagnolo ha esercitato la propria discrezionalità, introducendo una specifica clausola di non punibilità, la cui migliore elaborazione è stata demandata all'applicazione pratica della giurisprudenza (art. 177-bis, ult. com. cfr. *supra* cap. 2).

Per altro verso, l'art. 59 bis della *Ley de extranjería* prevede una disciplina complessa di tutela delle "vittime della tratta di

*Revista eletrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2009; PEREZ ALONSO, *La últimas reformas del principio de justicia universal legalizadoras del la jurisprudencia "creativa" del Tribunal supremo español*, in *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIII, 2012, 131-196.

esseri umani” conformemente a quanto previsto dall’art. 10 della Convenzione del Consiglio d’Europa sulla lotta contro la tratta di esseri umani siglata a Varsavia il 16 maggio 2005<sup>99</sup>. In particolare, attesa l’irrinunciabilità della testimonianza e, molto di frequente anche della denuncia, delle vittime di tratta, per la persecuzione dei fatti criminosi di cui all’art. 177-*bis* - si prevede che gli organi amministrativi competenti, che ritengono che vi siano ragionevoli motivi per ritenere che un cittadino straniero presente illegalmente sia vittima di tratta, concedono un periodo di c.d. *reintegrazione e riflessione* di circa 90 giorni. Questo periodo dovrebbe consentire alle vittime di decidere se cooperare con le autorità nelle indagini e nel relativo procedimento penale. Durante questo periodo, la vittima non può essere espulsa o respinta e qualsiasi procedimento sanzionatorio nei suoi confronti deve essere sospeso. Inoltre, la vittima ha diritto ad un permesso di soggiorno e di lavoro: le amministrazioni competenti devono vigilare sul sostentamento e, se necessario, sulla sicurezza e la protezione della vittima e dei suoi figli minorenni o disabili, che si trovano in Spagna. Al termine del periodo di riflessione, è anche possibile, ove sussistano ragionevoli motivi, concedere un’eventuale proroga di novanta giorni.

In questi profili, si evidenzia dunque una forte sensibilità del legislatore spagnolo nei confronti delle vittime di tratta di esseri umani, le quali ricevono una tutela che – all’interno dell’ampia ed organica disciplina di cui alla *Ley de extranjeria* – non si limita soltanto alla sua partecipazione e collaborazione al procedimento penale, ma è altresì volta ad un sostegno tanto economico, quanto morale di natura *extraprocessuale*.

<sup>99</sup> AGUADO, *Comentarios a la ley de extranjeria y su reglamento*, Faustino Cavas Martínez (dir.), 2011, Editorial Aranzadi, 863-878.

**SALVATORE ORLANDO**

*APPENDICE NORMATIVA*

<p style="text-align: center;"><b>Artículo 177bis, TITULO VII-bis</b></p> <p>1. Será castigado con la pena de cinco a ocho años de prisión como reo de trata de seres humanos el que, sea en territorio español, sea desde España, en tránsito o con destino a ella, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima, la captare, transportare, trasladare, acogiere, o recibiere, incluido el intercambio o transferencia de control sobre esas personas, con cualquiera de las finalidades siguientes:</p> <p>a) La imposición de trabajo o de servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, a la servidumbre o a la</p>	<p style="text-align: center;"><b>Articolo 177bis. TITOLO VII bis</b></p> <p>1. È punito con la pena detentiva da cinque a otto anni come autore del delitto di tratta di esseri umani colui il quale, sia in territorio spagnolo che dalla Spagna, in transito o come destinazione, usando violenza, intimidazione o inganno, o abusando di una propria situazione di superiorità ovvero di necessità o di vulnerabilità della vittima cittadina o straniera, o mediante la consegna o la ricezione di pagamenti o benefici per ottenere il consenso della persona o di colui il quale eserciti il controllo sulla vittima, la sequestri, trasporti, trasferisca, ospiti, o riceva, compreso lo scambio o il trasferimento del controllo su queste persone, con qualsiasi delle seguenti finalità:</p> <p>a) L'imposizione di un lavoro o di servizi forzati, la schiavitù o pratiche simili alla schiavitù, o all'assoggettamento o alla mendicizia,</p>
--	--

<p>mendicidad.</p> <p>b) La explotación sexual, incluyendo la pornografía.</p> <p>c) La explotación para realizar actividades delictivas.</p> <p>d) La extracción de sus órganos corporales.</p> <p>e) La celebración de matrimonios forzados.</p> <p>Existe una situación de necesidad o vulnerabilidad cuando la persona en cuestión no tiene otra alternativa, real o aceptable, que someterse al abuso.</p> <p>2. Aun cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado anterior, se considerará trata de seres humanos cualquiera de las acciones indicadas en el apartado anterior cuando se llevara a cabo respecto de menores de edad con fines de explotación.</p> <p>3. El consentimiento de una víctima de trata de seres humanos será irrelevante cuando se haya recurrido a alguno de los medios indicados en el apartado primero de este artículo.</p> <p>4. Se impondrá la pena</p>	<p>b) Lo sfruttamento sessuale, inclusa la pornografia.</p> <p>c) Lo sfruttamento per la commissione di attività delittuose.</p> <p>d) L'estrazione dei suoi organi.</p> <p>e) La celebrazione di matrimoni forzati.</p> <p>Vi è una situazione di necessità o vulnerabilità quando la persona in questione non abbia altra alternativa, reale o accettabile, che sottomettersi all'abuso.</p> <p>2. Altresì, quando non si ricorra a nessuno dei mezzi descritti nel comma precedente, si considera tratta di esseri umani qualsiasi delle azioni descritte nel comma precedente quando sia effettuato nei confronti di minori di età con finalità di sfruttamento.</p> <p>3. Il consenso della vittima di tratta di esseri umani è irrilevante qualora si sia fatto ricorso ai mezzi descritti nel primo comma.</p> <p>4. Si applica la pena superiore di un grado rispetto a quanto previsto nel primo comma di questo articolo quando:</p>
---	--

<p>superior en grado a la prevista en el apartado primero de este artículo cuando:</p> <p>a) se hubiera puesto en peligro la vida o la integridad física o psíquica de las personas objeto del delito;</p> <p>b) la víctima sea especialmente vulnerable por razón de enfermedad, estado gestacional, discapacidad o situación personal, o sea menor de edad.</p> <p>Si concurriere más de una circunstancia se impondrá la pena en su mitad superior.</p> <p>5. Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado 1 de este artículo e inhabilitación absoluta de seis a doce años a los que realicen los hechos prevaliéndose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público. Si concurriere además alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4 de este artículo se impondrán las penas en su mitad superior.</p> <p>6. Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado 1 de este artículo e inhabilitación</p>	<p>a) si sia messo in pericolo la vita o l'integrità fisica o psichica delle persone oggetto del delitto;</p> <p>b) la vittima sia specialmente vulnerabile a causa di infermità, stato di gravidanza, incapacità o situazioni personali, o per essere minore di età.</p> <p>Se concorrono più di una circostanza si applica la pena nella sua metà superiore.</p> <p>5. Si applica la pena superiore di grado a quella prevista nel comma 1 di questo articolo e la inabilità assoluta da sei a dodici anni a coloro i quali realizzano i fatti avvalendosi della loro condizione di autorità, come funzionario statale o funzionario pubblico. Se concorrono altresì alcune delle circostanze previste nel comma 4 di questo articolo si applicano le pene nella metà superiore.</p> <p>6. Si applica la pena superiore in grado a quella prevista nel comma 1 di questo articolo e l'interdizione speciale per professione, ufficio, industria o commercio per il tempo della condanna, quando il colpevole appartenga ad una organizzazione o associazione di più di due persone, incluso il</p>
---	--

<p>especial para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de la condena, cuando el culpable perteneciera a una organización o asociación de más de dos personas, incluso de carácter transitorio, que se dedicase a la realización de tales actividades. Si concurriera alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4 de este artículo se impondrán las penas en la mitad superior. Si concurriera la circunstancia prevista en el apartado 5 de este artículo se impondrán las penas señaladas en este en su mitad superior.</p> <p>Quando se trate de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones, se les aplicará la pena en su mitad superior, que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado. En todo caso se elevará la pena a la inmediatamente superior en grado si concurriera alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4 o la circunstancia prevista en el apartado 5 de este artículo.</p> <p>7. Cuando de acuerdo con</p>	<p>carattere transitorio, che si dedichi alla realizzazione di queste attività. Se concorre qualcuna delle circostanze previste nel comma 4 di questo articolo si applicano le pene nella metà superiore. Se concorre la circostanza prevista nel comma 5 di questo articolo si applicano le pene segnalate in questo nella sua metà superiore.</p> <p>Quando si tratti di capi, amministratori o incaricati di queste organizzazioni o associazioni, si applica la pena nella sua metà superiore, che si aumenta al grado immediatamente superiore. In ogni caso, si eleva la pena al grado immediatamente superiore se concorre qualcuna delle circostanze previste nel comma 4 o la circostanza prevista nel comma 5 di questo articolo.</p> <p>7. Quando in accordo con quanto stabilito nell'art. 31-<i>bis</i> una persona giuridica sia responsabile dei delitti compresi in questo articolo, si applica la pena della multa dal triplo al quintuplo del beneficio ottenuto. Alla luce delle regole stabilite nell'articolo 66-<i>bis</i>, i giudici e i</p>
---	---

<p>lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en este artículo, se le impondrá la pena de multa del triple al quintuple del beneficio obtenido. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.</p> <p>8. La provocación, la conspiración y la proposición para cometer el delito de trata de seres humanos serán castigadas con la pena inferior en uno o dos grados a la del delito correspondiente.</p> <p>9. En todo caso, las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que correspondan, en su caso, por el delito del artículo 318 bis de este Código y demás delitos efectivamente cometidos, incluidos los constitutivos de la correspondiente explotación.</p> <p>10. Las condenas de jueces o tribunales extranjeros por delitos de la misma naturaleza</p>	<p>tribunali possono allo stesso modo imporre le pene incluse nelle lettere b) a g) del comma 7 dell'art. 33.</p> <p>8. La provocazione, la cospirazione e l'istigazione per far commettere il delitto di tratta di esseri umani sono puniti con la pena inferiore in uno o due gradi rispetto al delitto corrispondente.</p> <p>9. In ogni caso, le pene previste in questo articolo si applicano senza pregiudizio di quelle corrispondenti, rispettivamente, per il delitto dell'art. 318-<i>bis</i> del codice penale o oltre ai delitti effettivamente commessi, compresi quelli costitutivi del corrispondente sfruttamento.</p> <p>10. Le condanne dei giudici o tribunali stranieri per delitti della stessa natura che sono previsti in questo articolo producono gli effetti della recidiva, salvo che il precedente penale sia stato cancellato o potrebbe esserlo con l'applicazione del diritto spagnolo.</p> <p>11. Senza pregiudizio dell'applicazione delle regole generali di questo codice, la</p>
---	--

<p>que los previstos en este artículo producirán los efectos de reincidencia, salvo que el antecedente penal haya sido cancelado o pueda serlo con arreglo al Derecho español.</p> <p>11. Sin perjuicio de la aplicación de las reglas generales de este Código, la víctima de trata de seres humanos quedará exenta de pena por las infracciones penales que haya cometido en la situación de explotación sufrida, siempre que su participación en ellas haya sido consecuencia directa de la situación de violencia, intimidación, engaño o abuso a que haya sido sometida y que exista una adecuada proporcionalidad entre dicha situación y el hecho criminal realizado..</p>	<p>vittima di tratta di esseri umani non viene punito per le infrazioni penali che abbia commesso nella situazione di sfruttamento in cui si trovava, sempre che la sua partecipazione a tali delitti sia stato conseguenza diretta della situazione di violenza, intimidazione, inganno o abuso a cui sia stato sottomessa e che esista una adeguata proporzionalità tra questa condizione e il fatto di reato commesso.</p>
---	---

## *Parte III*

### *Il Traffico di stupefacenti*

SOMMARIO: 1. Evoluzione normativa interna e disciplina internazionale. – 2. Le condotte penalmente rilevanti. – 3. I soggetti attivi e passivi. – 4. La nozione di “stupefacente”. – 5. Gli illeciti in materia di stupefacenti commessi dalle organizzazioni criminali. 6. Profili sanzionatori. 7. Responsabilità delle persone giuridiche. – 8. *Locus commissi delicti* e giurisdizione penale. – 9. La distinzione tra tipologie di sostanze stupefacenti. – 10. Le norme che premiano la collaborazione o il recesso. 11. La confisca. – 12. Il concorso di reati.

#### *1. Evoluzione normativa interna e disciplina internazionale*

Le disposizioni penali di contrasto al traffico illecito di stupefacenti sono previste negli articoli 368 a 378 del Codice penale spagnolo, all'interno del *Capítulo III – Delitos contra la salud pública* (ossia, Capitolo III – Delitti contro la salute pubblica).

L'ordinamento spagnolo non prevede una definizione specifica di “*droga*”, che piuttosto per la sua individuazione, in modo anche esplicito, fa riferimento agli strumenti internazionali o alle leggi di rango inferiore. Per questo motivo, in Spagna, si evidenzia il carattere *internazionale* del concetto di *droga* che è, in via di prima approssimazione, definibile come tutte quelle sostanze che sono elencate nelle Convenzioni ratificate dalla Spagna.

Parte della dottrina ritiene che le condotte variamente sanzionate dagli articoli menzionati siano fattispecie autonome di

reato e complete di ogni suo elemento essenziale, mentre altra parte della dottrina ritiene che si tratti di leggi penali in bianco che si integrano alla legge extrapenale per la loro determinazione. Tuttavia, si afferma che se una sostanza, seppur scientificamente tossica, non sia inclusa nelle convenzioni internazionali, non potrà integrare il reato di *traffico di droga*: questo è stato, ad esempio, il caso della c.d. *ketamina*. Infatti, la giurisprudenza più sensibile al rispetto del principio di legalità, di natura costituzionale, ha escluso la rilevanza penale della condotta di cessione di dosi di *ketamina*, perché tale sostanza – nel momento in cui fu oggetto di traffico – non era inclusa nelle liste delle convenzioni internazionali<sup>100</sup>.

In generale, il bene giuridico protetto dalle norme incriminatrici è quello della salute pubblica, come testimoniato, tra le altre cose, dall'espressione utilizzata nel Titolo del Codice Penale all'interno del quale viene punito il traffico di droga: "*Delitos contra la salud publica*". Non si registra alcuna controversia giurisprudenziale sul punto, benché siano stati precisati i confini della tutela penale. Da questo punto di vista, in varie pronunce<sup>101</sup>, il Tribunale Supremo ha chiarito che il bene giuridico della salute pubblica ha una rilevanza "*colletiva*", per cui la fattispecie criminosa punisce quelle condotte di favoreggiamento o promozione soltanto in quanto astrattamente in grado di mettere in pericolo la salute pubblica: con la conseguenza che non vi è lesione del bene giuridico, qualora non si accerti il pericolo di una offesa alla salute di terzi.

<sup>100</sup> Così, Tribunale Supremo del 29 marzo del 2001; altresì, Tribunale Supremo, n. 713 del 24 settembre 2013.

<sup>101</sup> Tra le altre, la risalente sentenza del Tribunale Supremo, n. 573 del 6 settembre 1996. Più di recente, sono varie pronunce di merito, cfr. Audencia Provincial di Madrid, n. 254 dell'8 aprile 2015; Audencia Provincial di Siviglia, n. 278 del 13 giugno 2014; Audencia Provincial di Madrd, n. 20 del 22 febbraio 2012.

I giudici di legittimità, in specie, affermano che “nel caso in cui un parente o persona vicina fornisca piccole quantità di sostanze stupefacenti con l'unica ed esclusiva idea di contribuire alla riabilitazione, o per prevenire i rischi che la crisi di astinenza origina, mossa quindi da un lodevole e altruistico fine, senza alcun vantaggio, il reato non può essere integrato”<sup>102</sup>. Secondo il Tribunale Supremo, difetterebbe in questo caso l’antigiuridicità oggettiva del fatto (*antijuridicidad*)<sup>103</sup>, proprio in quanto non sussisterebbe il pericolo di lesione del bene della salute pubblica.

Tuttavia, la natura eccezionale di questa tesi rende necessario indicare le condizioni di esclusione della punibilità: a) che il farmaco non sia diffuso a terzi; b) che *non vi sia alcun corrispettivo in danaro*; c) che tale donazione sia destinata ad un consumo più o meno immediato, in presenza o meno della persona che effettua la consegna; d) che si persegue solo uno *scopo altruistico e umanitario* e, dunque, l’*accipiens* deve essere sempre tossicodipendente; e) che sono coinvolte quantità minime, anche se questi limiti quantitativi non possono essere stabiliti da regole rigide<sup>104</sup>.

Nel solco di questa impostazione argomentativa, più di recente il Tribunale Supremo ha affermato che “*ciò che viene sanzionato è la messa in pericolo del bene giuridico, motivo per cui possono essere totalmente escluse quelle condotte in cui, anche quando la condotta tipica viene apparentemente posta in essere, a causa*

<sup>102</sup> *Idem*, 3. La tesi non è unanime in giurisprudenza, *contra* Tribunale Supremo 1994/7916 e 1994/5382, che afferma la responsabilità penale anche in ipotesi di cessione di quantitativi di droga con finalità altruistica, ossia per dissuadere il ricevente, tossicodipendente, a proseguire con l’abuso delle sostanze.

<sup>103</sup> “*desde el punto de vista de la antijuridicidad material lo que se requiere es que el hecho no solo infrinja una norma sino que además produzca la lesión de un bien jurídico*” (dal punto di vista dell’antigiuridicità materiale ciò che si richiede è che il fatto non solo violi la norma, ma che inoltre causi una lesione del bene giuridico), Tribunale Supremo del 21.06.2003.

<sup>104</sup> *Idem*.

delle circostanze particolari o eccezionali che si verificano nel caso specifico, non viene accertato un qualsiasi rischio per il bene giuridico protetto [...]”, aggiungendo che “[...] la condotta vietata dal tipo delittuoso dell’art. 368 CPS consiste nella diffusione di droghe, e che il rischio per la salute pubblica non deve essere considerato in relazione al danno che potrebbe essere causato alla salute individuale del potenziale acquirente, ma dovrebbe riferirsi alla diffusione della droga stessa, dato che questo è ciò che il diritto penale intende evitare”, ed infine – quasi pleonasticamente – chiarisce che “la salute pubblica non si ottiene sommando singolarmente la salute individuale di ciascuno”<sup>105</sup>

Come detto, lo stesso concetto di droga in Spagna sembra ricalcare le definizioni offerte dagli strumenti internazionali e comunitari in materia. Per questo motivo, si afferma che il diritto penale sugli stupefacenti è un *diritto di natura internazionale*<sup>106</sup>.

## 2. Le condotte penalmente rilevanti

La condotta tipica descritta dall’art. 368 CPS consiste dunque in:

a) Coltivazione (*cultivo*): si riferisce ad atti che riguardano la lavorazione della terra per estrarre le sostanze che rappresentano la materia prima per l’elaborazione/produzione di una droga.

b) Produzione (*elaboración*): sono le condotte di trasformazione della materia prima in droga.

c) Traffico (*Tráfico*): fa riferimento a qualsiasi condotta che abbia la finalità di introdurre nel mercato le sostanze stupefacenti

d) In qualsiasi altro modo, commissione di condotte di promozione, favoreggiamento o facilitazione del consumo di droga (*realizar de cualquier otro modo actos de promoción,*

<sup>105</sup> Si veda, Audiencia Provincial di Siviglia, n. 278 del 13 luglio 2014, che richiama altresì il Tribunale Supremo dell’11.04.2005.

<sup>106</sup> CORCOY, MIR PUIG, cit., 2015, 1260.

*favorecimiento del consumo legal*): si tratta di una clausola generale (*conducta residual*) che ricomprende qualsiasi altro fenomeno che abbia ad oggetto il consumo di droga. Si noti l'ampiezza della formulazione legislativa in grado di attirare a sé un'ampia gamma di comportamenti comunque ricollegabili al traffico di stupefacenti: è certamente necessario accertare la sussistenza della coscienza e volontà di facilitare il coimputato<sup>107</sup>.

e) Possesso di droga con quelle finalità (*Posesión de la drogas con aquellos fines*): sarebbe la detenzione finalizzata al traffico. Vengono puniti anche gli atti preparatori al traffico vero e proprio.

Si tratta di un delitto di *pericolo astratto*<sup>108</sup>, di *mera condotta*<sup>109</sup>, a *consumazione anticipata*: a tal proposito, infatti, per la consumazione del reato, è sufficiente che la droga si trovi nel dominio o nella signoria del soggetto attivo. Inoltre, come nelle corrispondenti ipotesi delittuose in altri ordinamenti giuridici, la descrizione delle diverse condotte fa ricorso alla tecnica legislativa tipica dei c.d. "*Alternative Mischstrafgesetz*", in cui la commissione di più condotte non importa la molteplice violazione del precetto: da questo punto di vista, le parole del Tribunale Supremo sono decisive, laddove afferma che "*una pluralità di atti compiuti dallo stesso soggetto che favorisce il traffico o il consumo illegale da parte di altre persone costituisce un unico reato, anche se composto da più atti, in quanto servono*

<sup>107</sup> Si può vedere, Tribunale Supremo, n. 1002 del 4 dicembre 2012, 5.

<sup>108</sup> Tribunale Supremo, n. 409 del 21 maggio 2013, in cui si afferma la necessità di accertare l'effettiva tossicità delle sostanze trafficate. Ne consegue che l'atipicità della condotta nei casi di quantità ridotta di sostanze stupefacenti è stata sostenuta dalla constatazione che mancherebbero di anti giuridicità materiale (su cui, Tribunale Supremo 1370/2001; 1716/2002; 977/2003 ; 1067/2003), argomento che è stato integrato facendo riferimento all'incapacità dell'atto di ledere sulla salute pubblica, data l'impossibilità di causare pericolo per la salute pubblica (su cui, Tribunale Supremo 772/1996; 1067/2003).

<sup>109</sup> Così, Tribunale Supremo, n. 730 del 26 settembre 2012; Tribunale Supremo, n. 157 del 9 marzo 2015; Tribunale Supremo, n. 297 dell'11 aprile 2016.

a conformare la descrizione tipica di "chi compie atti di coltivazione, lavorazione, traffico" [...]”<sup>110</sup>. Inoltre, non vi saranno tanti delitti di traffico di stupefacenti, quanti sono gli atti di vendita, negandosi altresì il vincolo della continuazione. Tuttavia, al fine di apprezzare l’eventuale sussistenza di aggravanti relative, ad esempio, alla quantità trafficata, si fa riferimento ad ogni singolo atto accertato<sup>111</sup>: allo stesso modo, le diverse tipologie di sostanze smerciate non danno luogo a più violazioni del precetto, attesa l’identità del bene giuridico tutelato<sup>112</sup>.

Si noti che non è richiesto alcun fine di lucro, con la conseguenza che si ritiene che il bene giuridico tutelato sarebbe leso se la cessione della droga sia onerosa o gratuita ed è per questo motivo che la donazione è stata ritenuta condotta tipica a sensi dell’art. 368 CPS<sup>113</sup>. I giudici di legittimità, più in generale, ritengono che il mero invito a consumare droghe configuri un reato di traffico di stupefacenti, ammettendo, come si vedrà *infra*, solo in alcuni casi, comunque eccezionali, l’atipicità della condotta nel c.d. *consumo condiviso* come forma di autoconsumo non punibile, o in altri casi, anche eccezionali, in cui per un fine lodevole ed altruistico è stata prevista una piccola somma per aiutare coloro che sono tossicodipendenti<sup>114</sup>.

Viene punito anche il c.d. *possesso mediato*, qualora, ad esempio, la merce sia destinata a qualcuno che non abbia ancora la materiale detenzione della droga.

Per l’ampiezza delle condotte punibili che comprendono anche gli atti preparatori, appare difficile configurare un’ipotesi di

<sup>110</sup> Tribunale Supremo, n. 595 del 9 maggio 2005, in cui parla di “*actos que incluyen conceptos globales*”.

<sup>111</sup> *Contra* Tribunale Supremo, n. 11 del 3 febbraio 2014.

<sup>112</sup> Tribunale Supremo, n. 778/2016.

<sup>113</sup> Tribunale Supremo, n. 165 del 22 febbraio 2006.

<sup>114</sup> Tribunale Supremo 1468 del 16 settembre 2000; Tribunale Supremo, n. 658 del 12 aprile 2002.

tentativo<sup>115</sup>. Tuttavia, è ipotizzabile il tentativo soprattutto nei casi di invio di droga dall'estero<sup>116</sup>: quando però l'invio sia diretto allo stesso soggetto agente, si considera il reato consumato perché ne avrebbe il possesso mediato.

Come in altri ordinamenti giuridici, anche il legislatore spagnolo – inserendo la disciplina repressiva già nel codice penale – ha inserito una clausola generale, nell'espressione residuale in cui si puniscono coloro che “*in altro modo promuovano, favoriscano o facilitino il consumo illegale di droghe tossiche, stupefacenti o sostanze psicotrope, o le posseggano per tali finalità*”. Lo scopo della norma è quello di reprimere qualsiasi diffusione di droghe che possano avere un “grave effetto sociale”. La diffusione della droga, che l'art. 368 prevede attraverso varie azioni tipiche, non dipende di per sé dalla quantità di droga diffusa, ma dal rischio di provocare una *dipendenza generalizzata* che sarebbe implicita in ogni atto di distribuzione o cooperazione. Il reato *de quo* tutela, come visto, la salute pubblica ed è dunque un *reato di pericolo astratto*. A bene vedere, dunque, si puniscono le condotte in grado di creare un rischio non consentito per il bene giuridico protetto, anticipando, in tal modo, la tutela penale (*Vorfeldkriminalisierung*), senza esigere la causazione di un risultato dannoso né la successiva concretizzazione di quel pericolo<sup>117</sup>.

Di grande rilevanza tanto pratica quanto teorica, è il concetto di *consumo compartido*, ossia un consumo condiviso, che viene ammesso sia in dottrina che in giurisprudenza<sup>118</sup>. Il *consumo*

<sup>115</sup> CORCORY, MIR PUIG, cit., 1266.

<sup>116</sup> CORCORY, MIR PUIG, cit., 1267.

<sup>117</sup> Audencia Provincial di Siviglia, n. 278 del 13 giugno 2014.

<sup>118</sup> Vi è altresì un filone giurisprudenziale che ammetterebbe una sua variante: il *cultivo compartido*, ossia la coltivazione condivisa, i cui requisiti sono gli stessi di quanto previsto in ipotesi di *consumo compartido*, cfr. Tribunale Supremo, n. 788/2015, 6.

*compartido* è stato equiparato all'autoconsumo<sup>119</sup>, configurabile qualora venga esclusa la lesione del bene giuridico protetto, ossia la salute pubblica, e vengano rispettati alcuni requisiti, di seguito elencati<sup>120</sup>:

a) i consumatori non devono essere tossicodipendenti, ossia *adictos*: tale limitazione ha lo scopo di evitare casi di consumo illegale da parte di terzi non affetti da alcuna dipendenza, la cui salute la norma incriminatrice intende tutelare<sup>121</sup>.

b) il consumo deve avvenire in un luogo chiuso non aperto al pubblico: questo requisito risponde all'esigenza di evitare che terzi sconosciuti possano partecipare al consumo o alla distribuzione di sostanze stupefacenti<sup>122</sup>;

c) la quantità di droga deve essere *insignificante*, il cui significato alluderebbe ad un consumo minimo e adeguato ad una sola sessione o incontro<sup>123</sup>;

d) la compartecipazione al consumo deve avvenire all'interno di un piccolo nucleo di consumatori, come atto sporadico<sup>124</sup> senza

<sup>119</sup> Si argomenta, a tal proposito, che “*El autoconsumo está excluido del radio de acción del art. 368 CP. El autoconsumo colectivo, que no deja de ser una modalidad de consumo personal acompañado, también lo está por extensión lógica y natural de aquella premisa*” (l'autoconsumo collettivo, che continua ad essere una modalità del consumo personal, in quanto estensione logica e naturale di quella premessa), in Tribunale Supremo, n. 788/2015, 8.

<sup>120</sup> In generale, per tutti, Tribunale Supremo, n. 1102 del 23 luglio 2003; Tribunale Supremo, n. 850 del 4 novembre 2013.

<sup>121</sup> Pronunce molto risalenti (ad esempio, Tribunale Supremo del 25 giugno 1993 richiamata da Tribunale Supremo, n. 493 del 22 luglio 2015), facevano già riferimento a tale requisito. Interessante altresì il concetto di “consumatore del fine settimana” che è stato pensato con riferimento alle cc.dd. droghe sintetiche (ad es., MDMA), su cui si veda Tribunale Supremo, n. 493 del 22 luglio 2015.

<sup>122</sup> Tribunale Supremo, n. 210 del 22 aprile 2008; altresì, Tribunale Supremo, n. 761 del 15 ottobre 2013.

<sup>123</sup> Tribunale Supremo, n. 187 del 10 marzo 2014.

<sup>124</sup> Aggiunge la giurisprudenza che l'atto sporadico deve essere *intimo*, che lo stesso termine spagnolo, il cui significato alluderebbe ad un atto che – per

alcuna *trascendenza sociale*: con questa espressione, la giurisprudenza intende riferirsi all'assenza di qualsivoglia rischio di diffusione delle sostanze in luoghi pubblici o nella pubblica strada<sup>125</sup>;

e) le persone devono essere identificabili;

f) deve trattarsi di un consumo immediato delle sostanze stupefacenti: questo dato deve risultare dall'atto di ingresso ai locali sottoscritto dal soggetto consumatore<sup>126</sup>;

g) deve trattarsi di consumo gratuito e senza fine di lucro: quest'ultimo elemento ha sollevato varie perplessità, atteso che, da un lato, non è, in principio, elemento del tipo delittuoso di cui all'art. 368 CPS, né, dall'altro, la sua sussistenza inciderebbe sull'offesa al bene giuridico tutelato della salute pubblica. La giurisprudenza ha ritenuto, tuttavia, necessario ricorrere a questo requisito al fine di evitare che l'attività che si vuole rendere lecita possa mascherare in realtà attività commerciali, che, in definitiva, possano ledere il bene giuridico che la tutela penale intende proteggere: in questo senso, si dice che sarebbe meglio definire questa attività come "*compra compartida*" o "*bolsa común*"<sup>127</sup>.

In definitiva, la giurisprudenza si interroga sulla compatibilità di questa elaborazione concettuale con il diritto europeo, in particolare, con riferimento all'art. 2 della Decisione Quadro 757/2004 del Consiglio dell'Unione Europea<sup>128</sup>, tentando di riportare ad unità l'interpretazione del sistema di repressione del

sua stessa natura – deve essere privato con esclusione di terzi, così Tribunale Supremo, n. 216 dell'11 maggio 2006.

<sup>125</sup> Tribunale Supremo, n. 788/2015, 7, in cui i giudici ritengono insussistenti i requisiti qui elencati con riferimento ad un gruppo, costituito in forma associativa, di 600 persone che si riuniscono al fine di consumare sostanze stupefacenti, tra cui hashish e marijuana.

<sup>126</sup> Tribunale Supremo, n. 788/2015, 7.

<sup>127</sup> In questi termini, Tribunale Supremo, n. 788/2015, 9.

<sup>128</sup> Decisione Quadro "riguardante la fissazione di norme minime relative agli elementi costitutivi dei reati e alle sanzioni applicabili in materia di traffico illecito di stupefacenti" del 25 ottobre 2004.

traffico di stupefacenti che – seppur sensibile alle istanze sociali, come testimonia la dottrina del *consumo compartido* – allo stesso tempo non violi gli *standard* fissati a livello europeo e quindi non si spinga troppo oltre e legittimare condotte comunque vietate a livello europeo<sup>129</sup>.

In merito, invece, al concorso di persone nel reato, qualche puntualizzazione appare necessaria. L'art. 368 CPS, che sanziona nell'ambito dello stesso quadro penale tutte le condotte che costituiscono un contributo causale all'attività degli autori in senso stretto (si rammenta anche “il favoreggiamento o l'istigazione”), ha definito un'ampia nozione di autore<sup>130</sup>. Questo è il motivo per cui il Tribunale Supremo ha stabilito il criterio secondo il quale, di norma, nella fattispecie penale dell'art. 368 CPS. e per espressa volontà del legislatore, ogni forma di partecipazione che implica una collaborazione in attività di narcotraffico è una forma di partecipazione<sup>131</sup>. Tuttavia, non si esclude l'esistenza di eccezioni in casi specifici di *minima collaborazione (mínima colaboración)*, mediante atti di scarsa efficacia causale. Questo orientamento interpretativo ha altresì consentito l'applicazione della complicità (*complicidad*), che consente una più proporzionata individuazione delle responsabilità penali nel reato di traffico di droga, distinguendo quella del vero trafficante da quella di chi fornisce soltanto un servizio ausiliario<sup>132</sup>.

La giurisprudenza ha chiarito che si tratta di ipotesi di cc.dd. “*atti di favoreggiamento di chi favorisce il traffico*”, in cui non si aiuta direttamente il traffico, ma piuttosto la persona che lo

<sup>129</sup> La giurisprudenza fa opportuno cenno al “margine di apprezzamento” (*a margin of appreciation*) che spetta ad ogni Stato membro, cfr. Tribunale Supremo, n. 788/2015, 10.

<sup>130</sup> Tribunale Supremo del 10 marzo 1997 e del 6 marzo 1998.

<sup>131</sup> Tribunale Supremo, n. 1069 del 2 novembre 2006.

<sup>132</sup> Tribunale Supremo del 25.02.2003, citata da Tribunale Supremo, n. 940 del 27 settembre 2011.

favorisce, che è colui che ha l'effettiva disponibilità della droga. A tal proposito, vengono elencati "*ad exemplum*" alcuni casi qualificabili come *complicità*<sup>133</sup>:

a) il mero accompagnamento degli acquirenti con l'indicazione del luogo in cui possono trovare i venditori;

b) l'occultamento occasionale e di breve durata di una piccola quantità di droghe che un altro soggetto possedeva;

c) riferire il numero di telefono del fornitore e il prezzo del farmaco<sup>134</sup>;

d) effettuare telefonate per convincere e concordare con un terzo il trasporto del farmaco<sup>135</sup>;

e) la collaborazione di un terzo nelle fasi precedenti per la ricezione del farmaco inviato dall'estero, senza essere destinatario o averne effettiva disponibilità<sup>136</sup>.

Per quanto riguarda, invece, la *progressione criminosa*, si ritiene che il reato si consumi già con l'acquisto, ad esempio, della droga senza che rilevi la successiva vendita: si applica, in tale ipotesi, la *continuazione dei reati*.

L'art. 369 CPS prevede ben *otto ipotesi aggravate* del reato di traffico di droga. Si tratta di aggravamenti di primo grado in relazione alla fattispecie base di cui all'art. 368 CPS (c.d. *tipo basico*). Di sicura rilevanza pratica – anche nell'ottica del contrasto al narcotraffico internazionale – è il n. 5 dell'art. 369 che punisce più severamente condotte di traffico di stupefacenti (art. 368 CPS), qualora la loro quantità sia di "*rilevante importanza*".

Sembra opportuno rammentare i requisiti che sono stati elaborati dalla giurisprudenza al fine di accertare l'integrazione di siffatta aggravante<sup>137</sup>:

<sup>133</sup> Tribunale Supremo, n. 312 del 20 aprile 2007.

<sup>134</sup> Tribunale Supremo del 25.2.2003, nt. 130.

<sup>135</sup> Tribunale Supremo, 23.1.2003.

<sup>136</sup> Tribunale Supremo, 30.3.2004.

a) il concorso di un elemento oggettivo della condotta, ossia il compimento di un atto di produzione, vendita, scambio o qualsiasi forma di traffico, trasporto, possesso con finalità di traffico o atto di promozione di queste sostanze;

b) che l'oggetto materiale di tale condotta sia una sostanza inclusa negli elenchi delle Convenzioni Internazionali firmate dalla Spagna; e, infine,

c) l'elemento soggettivo della consapevolezza e volontà della finalità di traffico delle sostanze in questione, che sono illegali in assenza di un'autorizzazione e che deve essere dedotta da una serie di circostanze del fatto concreto come, ad esempio, la quantità di droga, i mezzi o gli strumenti utilizzati per la commercializzazione della droga<sup>138</sup>.

In un “*Acuerdo*” del Tribunale Supremo<sup>139</sup>, è stato deciso che la circostanza aggravante di “rilevante importanza” nel traffico di sostanze tossiche, stupefacenti o psicotrope, è determinato dalle cinquecento dosi riferite al consumo giornaliero che viene aggiornato nel Rapporto dell'Istituto Nazionale di Tossicologia del 18 ottobre 2001.

Per quanto riguarda, invece, l'elemento psicologico è richiesto il dolo, anche nella forma del dolo eventuale. Per accertare il dolo, è sufficiente la conoscenza del carattere nocivo per la salute della sostanza stupefacente, e che la condotta contribuisca a promuovere, favorire o facilitare il consumo da parte di terzi (in tal caso, non è necessaria la conoscenza circa la gravità o meno dei danni causati della sostanza per la salute). Peraltro, si è sviluppata in giurisprudenza la teoria della c.d. “*ignoranza deliberata*”, applicabile nei confronti di colui il quale avrebbe

<sup>137</sup> Certamente utile, ai fini processuali, procedere ad operazioni periziali onde apprezzare il grado di tossicità delle sostanze trafficate, su cui si veda, ad esempio, Tribunale Supremo del 07-06.2007.

<sup>138</sup> Audiencia Provincial di Siviglia, n. 278 del 13 giugno 2014.

<sup>139</sup> *Acuerdo* del Tribunale Supremo del 19 ottobre del 2001.

dovuto sapere della nocività della sostanza trafficata e ciò nonostante ne alleggi la propria ignoranza.

L'articolo 371 CPS prevede una fattispecie autonoma di traffico che fa riferimento specifico ai Trattati internazionali ed alle sostanze definite *precursori* (si veda *infra*, *La nozione di stupefacente*). Attesa la maggiore gravità del reato di cui all'art. 371 CPS, la giurisprudenza ritiene che quest'ultimo assorba la fattispecie base di traffico di cui all'art. 368 CPS, in virtù dell'art. 8 CPS che regola il concorso di reati nel sistema penale spagnolo<sup>140</sup>.

Inoltre, l'articolo 373 CPS punisce l'istigazione, la cospirazione e la proposta a commettere delitti di tal fatta: il principio di offensività in questo caso impone che venga accertata un pericolo concreto per la salute pubblica<sup>141</sup>.

In realtà, nella prassi giudiziaria, la fattispecie non ha riscosso molto successo applicativo, per due ordini di ragioni: a) per la punibilità del *possessione mediata*, che determina la consumazione anche senza contatto diretto con l'oggetto delittuoso; b) l'inizio dell'attività punibile a titolo di tentativo opera come limite per l'applicazione di questa figura, per la difficoltà di distinguere tra il tentativo e la consumazione anticipata di questi delitti.

### 3. *I soggetti attivi e passivi*

In generale, soggetto attivo può essere chiunque. L'articolo 372 prevede, tuttavia, una serie di soggetti qualificati o che ricoprono determinati ruoli, funzioni o professioni a cui viene imposta una pena accessoria dell'interdizione dall'ufficio o professione. La stessa pena viene applicata a coloro i quali abusano della loro posizione o del loro incarico o della loro autorità. Quest'ultima viene definita dall'art. 24 CPS<sup>142</sup>. È di tutta

<sup>140</sup> Così, Tribunale Supremo, n. 940 del 27 settembre 2011.

<sup>141</sup> CORCORY, MIR PUIG, cit., 1286.

<sup>142</sup> L'art. 24 CPS descrive le condizioni di autorità, ufficio o funzionario pubblico nei seguenti termini:

evidenza che per l'applicazione di tale misura sanzionatoria ulteriore è necessario accertare il nesso tra la qualifica e/o ruolo/posizione del soggetto agente e il relativo reato di traffico.

#### 4. *La nozione di “stupefacente”*

Viene anche utilizzato il termine *precursor*, traducibile come precursore, che sta ad indicare una sostanza non equiparabile alla droga ma che serve per la sua produzione. Non è una droga nel senso giuridico del termine: detenere un precursore non equivale a detenere una sostanza stupefacente, ma equivale alla detenzione di una sostanza che serve per la sua fabbricazione/produzione<sup>143</sup>. Si tratta molto spesso di prodotti che sono utilizzati nel settore chimico e farmaceutico per la fabbricazione di prodotti leciti<sup>144</sup>.

Inoltre, l'articolo 371 CPS fa riferimento specifico per l'individuazione delle sostanze proibite alla Convenzione ONU di Vienna del 1988 ed ai suoi allegati che elencano le sostanze psicotrope illecite, definibili precursori: si tratta di una norma penale in bianco. Quest'ultima costruisce pertanto una fattispecie autonoma di reato ed è definito come reato di mera condotta e di imperfetta realizzazione (*imperfecta realización*), per cui la risposta penale è anticipata agli atti preparatori.

*“1. A los efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal.*

*2. Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas”*

<sup>143</sup> CORCOY, MIR PUIG, cit., 1283.

<sup>144</sup> CORCOY, MIR PUIG, cit., 1284-85.

5. *Gli illeciti in materia di stupefacenti commessi dalle organizzazioni criminali*

L'articolo 369, n. 2, CPS prevede un aggravamento di pena qualora il reo abbia partecipato ad altre attività criminali organizzate. La giurisprudenza aveva elaborato un concetto di organizzazione criminale – in assenza di definizione positiva da parte del codice penale – secondo cui l'aggravante in parola si applicherebbe a coloro i quali abbiano *“agito all'interno di una struttura caratterizzata da un centro decisionale e da vari livelli gerarchici, con la possibilità di sostituirsi a vicenda in modo da assicurare la sopravvivenza del piano criminoso con una certa indipendenza dai membri dell'organizzazione e che rende difficile accertare i reati commessi [...]”. L'esistenza dell'organizzazione non dipende dal numero di persone che la compongono, anche se questo sarà naturalmente condizionato dalle caratteristiche del piano criminoso; ciò che è, invece, decisivo è proprio la possibilità di sviluppare il piano criminoso indipendentemente dalle singole persone, poiché è questo che permette di parlare di impresa criminale*<sup>145</sup>.

In altre pronunce, i giudici del Tribunale Supremo<sup>146</sup> individuano i requisiti organizzativi nei seguenti termini: a) esistenza di una struttura più o meno consolidata; b) utilizzo di mezzi di comunicazione inusuali; c) pluralità di persone; d) distribuzione differenziata dei compiti o distribuzione delle funzioni; e) esistenza di un coordinamento; e, infine, f) avere sufficiente stabilità temporale. Tuttavia, è anche possibile costituire un'organizzazione per una specifica operazione, a condizione che concorrano gli elementi dell'organizzazione criminale, ossia: un centro decisionale e vari livelli gerarchici, che abbiano la possibilità di sostituirsi a vicenda attraverso una rete

<sup>145</sup> Tribunale Supremo, del 19-1 e 26-6-6-95; 10-2 e 25-5-97 ; e 10-3-2-2000.

<sup>146</sup> Tribunale Supremo 899/2004, dell'8-7; 1167/2004, del 22-10; e, 222/2006

che assicuri la sopravvivenza del progetto criminale con una certa indipendenza rispetto all'apporto specifico delle singole persone, in modo che venga ostacolata l'individuazione dei singoli reati, delineandosi quale "impresa criminale"<sup>147</sup>.

Attesi questi elementi elaborati in via pretoria, la giurisprudenza ha dunque tentato di fissare il *discrimen* tra il concorso nel reato di cui all'art. 368 CPS<sup>148</sup> e l'aggravante dell'organizzazione criminale. Ed in virtù di quanto fin qui argomentato, è stata respinta l'applicazione dell'art. 369, comma 1, n. 2, CPS nel caso in cui venga accertata la mera presenza di più persone nell'esecuzione dei fatti tipici di traffico di stupefacenti: tale ipotesi indicherebbe piuttosto una pluralità di persone in qualità di autori o concorrente nel reato, ma non deve implicare l'applicazione dello specifico aggravamento di pena derivante dalla presenza di una organizzazione criminale<sup>149</sup>.

Dunque, per un verso, l'esistenza di più persone, ancorché tra di loro coordinate, non implica la sussistenza di una organizzazione criminale<sup>150</sup>. Per altro verso, va aggiunto che non è neppure necessario che il gruppo criminale agisca su un'ampia area geografica, con collegamenti internazionali, né che abbia un complesso organigramma di tipo "mafioso"<sup>151</sup>.

Inoltre, partendo da tale figura aggravata, la *LO 5/2010*<sup>152</sup> ha enucleato l'articolo 369-*bis* CPS che è specificamente rivolto a colpire le organizzazioni criminali e i loro soggetti apicali. La

<sup>147</sup> Così, Tribunale Supremo, n. 940 del 27 settembre 2011.

<sup>148</sup> Si veda *supra* in relazione alla *complicidad*, sul concorso di persone nel reato base.

<sup>149</sup> Così, Tribunale Supremo, n. 940 del 27 settembre 2011.

<sup>150</sup> Tribunale Supremo, n. 278 del 10 marzo 2006.

<sup>151</sup> Tribunale Supremo, n. 57 del 23 gennaio 2003.

<sup>152</sup> Si tratta della "*Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*", pubblicata sul BOE n. 152, 23/06/2010.

fattispecie in questione fa riferimento al nuovo art. 570-*bis* CPS<sup>153</sup> – anch'esso introdotto con la LO 5/2010<sup>154</sup> – che punisce l'associazione di due o più persone con il carattere di stabilità e per un tempo indefinito, che in modo coordinato si distribuiscono diversi ruoli e funzioni al fine di commettere reati.

Si ritiene, pertanto, che in questa ipotesi si dia il caso di un concorso di norme con l'art. 570-*bis* CPS che, secondo il principio di specialità, si risolve con l'applicazione dell'art. 369-*bis* CPS<sup>155</sup>.

## 6. *Profili sanzionatori*

L'articolo 368 CPS prevede sanzioni differenti a secondo che si tratti:

<sup>153</sup> L'art. 570-*bis* CPS si trova all'interno del Capitolo VI “*De las organizaciones y grupos criminales*”. A tal proposito, è molto interessante la descrizione della condotta di *partecipazione ad una organizzazione criminale*: il comma 1 dell'art. 570-*bis* CPS punisce “*Quienes promovieren, constituyeren, organizaren, coordinaren o dirigieren una organización criminal serán castigados con la pena de prisión de cuatro a ocho años si aquella tuviere por finalidad u objeto la comisión de delitos graves, y con la pena de prisión de tres a seis años en los demás casos; y quienes participaren activamente en la organización, formaren parte de ella o cooperaren económicamente o de cualquier otro modo con la misma serán castigados con las penas de prisión de dos a cinco años si tuviere como fin la comisión de delitos graves, y con la pena de prisión de uno a tres años en los demás casos*” (Chiunque promuove, costituisce, organizza, coordina o dirige un'organizzazione criminale è punito con la reclusione da quattro a otto anni se lo scopo o l'oggetto dell'organizzazione è la commissione di reati gravi e con la reclusione da tre a sei anni negli altri casi; e coloro che partecipano attivamente all'organizzazione, ne fanno parte o cooperano economicamente o in altro modo con essa sono puniti con la reclusione da due a cinque anni se lo scopo è la commissione di reati gravi e con la reclusione da uno a tre anni negli altri casi).

<sup>154</sup> Tribunale Supremo n. 940 del 27 settembre 2011.

<sup>155</sup> Sul punto, si veda Tribunale Supremo, n. 195/2014. Sui relativi problemi di concorso di norme e/o di reati cfr. FARALDO CABANA, *Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el código penal español*, Madrid 2012, 357 s.

- di droghe che causano grave danno alla salute: una pena detentiva da tre a sei anni e la multa fino al triplo del valore della droga oggetto del delitto
- altri casi: pena detentiva da uno a tre anni e la multa fino al doppio.

L'art. 368, comma 2, CPS introdotto con la LO 5/2010, prevede una circostanza attenuante, la cui applicazione è facoltativa: tuttavia, giurisprudenza recente lo considera obbligatorio, in quanto la ritiene una figura autonoma di reato<sup>156</sup>.

I due criteri adottati per la forma attenuata del reato sono:

- Scarsa entità del fatto (*Escasa entidad del hecho*).
- Le circostanze personali dell'agente (*circunstancias personale*).

Quando concorrono queste circostanze, le pene sono così rimodulate:

- *droghe che causano grave danno alla salute*: pena detentiva da un anno e sei mesi fino a due anni, dieci mesi e ventinove giorni.
- *altri casi*: pena detentiva fino a undici mesi e ventinove giorni.
- *In entrambi i casi*: multa fino al doppio del valore della droga oggetto del reato. In caso di mancato pagamento della multa, è possibile la conversione della sanzione pecuniaria in pena detentiva sostitutiva fino a un anno.

Peraltro, l'articolo 369 CPS prevede, come visto, le aggravanti di reato di traffico di droga. Si tratta di aggravamenti c.d. di primo grado in relazione alla fattispecie base di cui all'art. 368 CPS (*tipo basico*). Le pene previste in tali ipotesi sono, qualora trattasi:

<sup>156</sup> CORCORY, MIR PUIG, cit., 1270.

- *di droghe che causano grave danno alla salute:* pena detentiva da sei anni e un giorno a nove anni e la multa.
- *Altri casi:* pena detentiva da tre anni e un giorno a quattro anni e sei mesi.
- *In caso di concorso di più circostanze:* si applica la aggravante di estrema gravità, art. 370, comma 3.

Inoltre, l'art 370 CPS prevede altre ipotesi aggravate che minacciano le stesse pene di cui all'art. 369 CPS: anche in questo caso l'applicazione è obbligatoria, ma può arrivare fino ad un aumento di due gradi. In particolare, è di interesse l'aggravamento per le *condotte di estrema gravità* (si parla di "*hiperaggravante*")<sup>157</sup> che si avranno qualora:

a) la quantità di droga ecceda notevolmente ciò che viene considerato di rilevante importanza: ossia, si ritiene che sussista qualora ecceda di 500 volte il limite fissato dalla giurisprudenza per la "rilevante importanza", su cui *supra*;

b) quando si utilizzino barche, imbarcazioni o aerei come mezzo di trasporto<sup>158</sup>;

c) quando vengano simulate operazioni commerciali tra imprese;

d) quando l'organizzazione forma parte di reti internazionali dedite al traffico di droga; e) quando concorrano almeno tre aggravanti di cui all'art. 369<sup>159</sup>.

Sembra opportuno richiamare quell'orientamento giurisprudenziale che – nell'ottica di applicare l'aggravante di cui all'art. 370, come altresì quella della "notoria importanza" di cui all'art. 369, comma 1, n. 5 – distingue le sostanze stupefacenti,

<sup>157</sup> Sul punto, tra le altre, Tribunale Supremo, n. 111 del 24 febbraio 2011.

<sup>158</sup> Ai fini dell'art. 370.3 CPS, un'imbarcazione è quella barca con una certa capacità di carico e idonea ad effettuare traversate marittime o fluviali, cfr. Tribunale Supremo, n. 111 de 24 febbraio 2010, 11.

<sup>159</sup> Così, Tribunale Supremo, n. 24 del 29 gennaio 2008.

evidenziando la peculiarità dell'hashish e della marijuana, che devono essere apprezzate non tanto per la loro purezza o capacità tossica, quanto – attesa la loro commercializzazione come sostanze naturali e organiche, che non subiscono alcun trattamento chimico<sup>160</sup> – per il loro peso specifico<sup>161</sup>. In questo senso, viene dunque prevista una griglia valoriale su cui il giudice deve basare la sua decisione circa la sussistenza o meno dell'aggravante di cui all'art. 369, comma 1, n. 5 CPS:

- Marihuana: 10 chili;
- Hashish: 2,5 chili;
- Olio di hashish: 300 grammi.

Per l'applicazione dell'aggravante di cui all'art. 370 CPS, che punisce più gravemente le condotte di *estrema gravità*, le quantità descritte devono essere moltiplicate per 1000<sup>162</sup>.

L'art. 372 CPS prevede la sanzione dell'interdizione, che si applica a “imprenditori, intermediari nel settore finanziario, sanitari, funzionari pubblici, assistenti sociali, docenti ed educatori” i quali, nell'esercizio della loro professione, commettono condotte di *traffico de drogas*: in queste ipotesi, si impone la sanzione dell'interdizione speciale dalla loro professione o ufficio, industria o commercio, da tre a dieci anni.

L'art. 377 CPS prevede, invece, una regola relativa alla determinazione del limite massimo della pena pecuniaria (su cui anche art. 50 c.p. e le regole generali sull'applicazione delle pene art. 61 ss.). Si fa riferimento al “prezzo finale del prodotto” che sarebbe il prezzo medio del mercato; e al “valore della ricompensa o guadagno ottenuto” che è il nostro “profitto”. Si fa inoltre riferimento al “profitto” che si sarebbe potuto ottenere<sup>163</sup>.

<sup>160</sup> Al contrario, per altre sostanze, come l'eroina e la cocaina, che subiscono elaborazioni chimiche e vengono trattate con altri additivi, è previsto che venga accertato il principio attivo della sostanza nonché l'effettiva tossicità.

<sup>161</sup> Così, Tribunale Supremo, n. 111 del 24 febbraio 2011.

<sup>162</sup> *Idem*.

<sup>163</sup> CORCOY, MIR PUIG, cit., 1295.

Infine, l'art. 378 stabilisce delle regole relative all'imputazione dei pagamenti delle sanzioni pecuniari, cioè è disciplinata la modalità attraverso la quale bisogna operare qualora i beni del condannato non siano sufficienti a coprire la multa, la responsabilità civile corrispondente e i costi processuali.

#### 7. *Responsabilità delle persone giuridiche*

L'art. 369bis prevede delle pene specifiche per le persone giuridiche coinvolte nel traffico di droga, facendo altresì applicazione dei principi stabiliti nell'art. 31-bis del codice penale spagnolo. In questi casi, alla persona giuridica responsabile si applica la pena della multa da due a cinque anni, o dal triplo al quintuplo del valore della droga quando la quantità risultante sia più elevata, se il delitto commesso dalla persona fisica preveda una pena detentiva di più di cinque anni (lett. a), ovvero la multa da uno a tre anni, o dal doppio al quadruplo del valore della droga quando la quantità risultate sia più elevata, se il delitto commesso dalla persona fisica preveda una pena detentiva da più di due anni.

#### 8. *Locus commissi delicti e giurisdizione penale*

Anche in materia di traffico di stupefacenti, è ricorrente la questione del radicamento della giurisdizione, in particolare, in ipotesi di avvistamenti e abbordaggi di navi in Alto Mare che siano sospettate di trasportare sostanze illecite.

Secondo la giurisprudenza, innanzitutto, “non si può sostenere che il reato sia stato commesso esclusivamente nel luogo in cui la nave è stata intercettata e posta a bordo. [...] Il luogo in cui il reato deve essere considerato commesso deve essere stabilito attraverso il criterio della cosiddetta *teoria dell'ubiquità*”<sup>164</sup>. Secondo la premessa di base di questa tesi, il reato si consuma in tutti i luoghi in cui l'azione è stata compiuta o nel luogo in cui

<sup>164</sup> Così, Tribunale Supremo, n. 1 del 23 gennaio 2008.

l'evento si è verificato (*en el lugar en el que se haya producido el resultado*).

In caso di tentativo, il luogo della commissione sarà sia il luogo in cui si svolge la preparazione o in cui inizia l'esecuzione, sia il luogo in cui, secondo la rappresentazione dell'atto dell'autore del reato, si sarebbe dovuto verificare l'evento o il compimento dell'azione del reato. In tali casi non si applica nessun altro principio se non quello territoriale, attraverso però una finzione giuridica, in quanto il reato viene ritenuto – solo astrattamente – commesso nel territorio nazionale. Le ragioni di questa speciale applicazione del diritto nazionale ai casi in tentativo trovano un parallelismo con quelle che costituiscono il criterio di ubiquità e possono essere applicate ai reati contro la salute pubblica: il luogo di commissione deve essere determinato non solo dall'esecuzione dell'azione o dalla produzione del risultato, ma anche dal luogo in cui l'autore intende ledere gli interessi dell'ordinamento giuridico domestico<sup>165</sup>.

In applicazione di questi principi, la Corte Suprema spagnola, in una pronuncia recente, ha condannato l'imputato che aveva iniziato l'esecuzione del reato al di fuori delle acque territoriali spagnole, minacciando tuttavia l'ordinamento giuridico spagnolo e il territorio spagnolo in quanto era stato accertato che ivi si intendeva introdurre la droga. Di conseguenza, il reato si considera commesso all'interno del territorio spagnolo, poiché, secondo la volontà degli autori, lo sbarco della droga trasportata avrebbe avuto luogo nel territorio spagnolo. In altre parole, in questi casi viene preso in considerazione solo il principio di territorialità e il reato è considerato commesso nel territorio spagnolo<sup>166</sup>.

<sup>165</sup> Così, Tribunale Supremo, n. 111 del 24 febbraio 2010.

<sup>166</sup> Tribunale Supremo, n. 183 del 18 febbraio 2005; e Tribunale Supremo, n. 409 del 24 marzo 2005.

La LO 5/2010 ha abrogato la circostanza aggravante della transnazionalità, che riguardava il caso in cui il colpevole introduca o porti fuori illegalmente le sostanze stupefacenti dal territorio spagnolo o favorisca una tale condotta. Questo perché in tale materia vi era un concorso di norme con la legge sul contrabbando che si risolveva con l'applicazione del principio di consunzione<sup>167</sup>.

Infine, l'art. 23, comma 4, della *Ley Organica del Poder Judicial*<sup>168</sup> prevede la *giurisdizione universale*, secondo l'ideale della *Justicia Universal*, nei seguenti termini “si avrà la giurisdizione spagnola per giudicare gli atti commessi da spagnoli o stranieri al di fuori del territorio nazionale che possono essere qualificati, secondo la legge spagnola, come uno qualsiasi dei seguenti delitti, qualora le condizioni ivi formulate siano soddisfatte: lett. d) reati di pirateria, terrorismo, traffico illecito di droghe tossiche, stupefacenti o sostanze psicotrope”.

### 9. *La distinzione tra tipologie di sostanze stupefacenti*

Le sanzioni penali irrogate per il traffico di stupefacenti dipendono dalla distinzione che si fa tra le droghe che “causano un grave danno alla salute e le droghe che non causano un grave danno alla salute”. Tuttavia, non vi è alcun criterio legale per distinguere le due ipotesi. Da un lato, vi è che afferma la necessità del concorso cumulativo di quattro circostanze<sup>169</sup>:

- a) per la sua propria lesività;
- b) per il livello di dipendenza che crea;
- c) per il numero di morti che determina il suo consumo;
- d) per il grado di tolleranza.

<sup>167</sup> CORCOY, MIR PUIG, cit., 1276.

<sup>168</sup> “*Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Jefatura del Estado*”, pubblicata sul BOE n. 157, del 2 luglio 1985: BOE-A-1985-12666.

<sup>169</sup> CORCORY, MIR PUIG, 2015, 1262.

Al fine di determinare il minor o maggiore danno alla salute, sono stati elaborati dei requisiti in via pretoria, ossia quelli che

- 1) provochino una tendenza ad aumentare le dosi desiderate;
- 2) producano dipendenza fisica o psichica;
- 3) producano un grave deterioramento all'organismo<sup>170</sup>.

Vi è anche il concetto di minima offensività (*lesividad minima*), che esclude la punibilità se la quantità di droga appare *insignificante*, con relativa assenza dell'oggetto stesso del reato e quindi atipicità della condotta. È un modo per restringere l'ambito di operatività della fattispecie legato al principio di offensività del bene giuridico tutelato<sup>171</sup>. Tuttavia, per quanto ammessa in giurisprudenza ed in dottrina, l'applicazione di un preteso *principio de insignificancia* (ossia, principio di insignificanza) – anche nell'ottica di una concezione finalistica del bene giuridico<sup>172</sup> – non sembrerebbe trovare applicazione in ipotesi di reati gravi, come quelli di traffico di stupefacenti.

<sup>170</sup> Si veda Audiencia Provincial de Madrid, n. 254 dell'8 aprile 2015.

<sup>171</sup> CORCOY, MIR PUIG, 2015, 1267

<sup>172</sup> Sul punto, per la rilevanza delle conclusioni tanto pratiche quanto dogmatiche, sembra opportuno riportare le stesse parole del Tribunale Supremo *“el entendimiento de la construcción jurisprudencial de la insignificancia como lesión irrelevante del bien jurídico, exige, desde luego, alguna puntualización. La consideración del derecho penal como instrumento exclusivo para la protección de bienes jurídicos resulta especialmente útil para limitar el derecho penal a la sanción de las conductas nocivas para la comunidad. De hecho, esa concepción del fin de la norma penal como vehículo para la protección de valores y bienes jurídicos esenciales, forma parte del fundamento del derecho penal moderno, sin descartar algunas voces doctrinales que niegan que la exclusiva idea de tutela de bienes jurídicos pueda explicar la íntegra funcionalidad de la norma penal. Pero de esa concepción no se desprende, sin más, que deba quedar excluida la persecución de conductas que infringen frontalmente el bien jurídico, aunque de forma insignificante. Es preciso, pues, no aferrarnos a una interpretación puramente cuantitativa -y por tanto convencional- que traicione criterios fundados de política criminal, por supuesto, conectados a la escala jerárquica de valores constitucionales.*

*Por ello una asociación mecánica, acrítica y sin matices entre la escasa cuantía de la droga y la falta de antijuricidad, podría chocar frontalmente, no*

10. *Le norme che premiano la collaborazione o il recesso*

È prevista una specifica disposizione volta alla disciplina del regime premiale in caso di collaborazione da parte del reo. Si tratta dell'articolo 376 CPS, che ricalca l'art. 7, comma 18 della Convenzione ONU di Vienna. Nonostante non sia del tutto pacifico in dottrina, questa figura si atteggia quale circostanza attenuante o c.d. *semiexcusa absolutoria*, ossia causa di semigiustificazione assoluta, che ha efficacia attenuante della pena e risponde ad istanze politico criminali: si tratta, a ben vedere, di una figura a cui si fa ampio ricorso in Spagna soprattutto in materia antiterrorismo<sup>173</sup>.

*ya con la expresa voluntad legislativa, sino con el necesario cumplimiento de compromisos y convenios internacionales que expresan la compartida voluntad de todos los Estados suscriptores de definir un marco jurídico de persecución del tráfico ilegal de drogas tóxicas. Todo ello sin olvidar que, de aceptarse, sin más la tesis del principio de la insignificancia, se estaría indirectamente alentando una estrategia delictiva basada en el artificial fraccionamiento de grandes cantidades que serían, de esta forma, presentadas como dosis no psicoactivas. Dicho en otras palabras, si se afirma que el consumo por una persona de esa cantidad es totalmente inocuo para la salud y no comporta riesgo o peligro alguno, no hay forma racional de sostener que el consumo por cien personas de idéntica cantidad sí supondría tal riesgo.*

*En definitiva ante las dificultades técnicas que las cantidades de mínima significación generan, esta Sala ha entendido que es preciso establecer un criterio racional capaz de garantizar una aplicación objetiva e igualitaria del art. 368 CPS . y ha adoptado la posición dogmática de definir el concepto del objeto de la acción de tráfico a partir de consideraciones teleológica y ha llegado a la conclusión de que solo se debería considerar droga tóxica o estupefaciente, en el sentido del art. 368 CPS, aquella sustancia que sea apta para producir los efectos que les son propios”.*

<sup>173</sup> Per un quadro d'insieme, si v. BENÍTEZ ORTÚZAR, *El colaborar con la justicia. Aspectos sustantivos, penitenciarios derivado de la conducta del “arrepentido*, Dykinson SL, 2004, in part. 136 e ss. Vi sono altre ipotesi all'interno dello stesso *codigo penal*, come, ad esempio, l'art. 434 a cui si rinvia.

Sono previsti alcuni requisiti, che ne rendono difficoltosa la sua efficace implementazione:

a) desistenza volontaria dalle attività delittuose, intesa come rottura, libera e definitiva, con il vincolo associativo (c.d. *dissociazione*), in modo da affrancarsi definitivamente dalla sua struttura;

b) collaborazione attiva con le autorità ed i suoi agenti attraverso la messa a disposizione di informazioni rilevanti;

c) la concorrenza di almeno una delle seguenti alternative:

i) impedire la realizzazione del reato;

ii) ottenere prove decisive per l'identificazione e la cattura dei responsabili;

iii) impedire l'attuazione o lo sviluppo delle organizzazioni o associazioni alle quali abbia partecipato o con le quali abbia collaborato.

### *11. La confisca*

L'articolo 374 CPS prevede la sanzione della confisca, quale conseguenza accessoria della condanna, secondo il regime giuridico previsto dagli articoli 127 ss. In particolare, l'art. 128 impone il principio di proporzionalità e richiede sempre un obbligo di motivazione, pena la nullità della sentenza che la irroghi<sup>174</sup>.

Oggetto della confisca possono essere: i precursori, le droghe, i beni, mezzi, strumenti o guadagni, qualunque siano le

<sup>174</sup>Art. 128 CPS: “*Cuando los referidos efectos e instrumentos sean de lícito comercio y su valor no guarde proporción con la naturaleza o gravedad de la infracción penal, o se hayan satisfecho completamente las responsabilidades civiles, podrá el Juez o Tribunal no decretar el decomiso, o decretarlo parcialmente*” (Quando gli effetti e gli strumenti di cui sopra sono di commercio lecito e il loro valore non è proporzionale alla natura o alla gravità dell'infrazione penale, o quando le responsabilità civili sono state completamente soddisfatte, il giudice o il tribunale non può disporre la confisca, o disporre parzialmente).

trasformazioni che sia state sperimentate. La finalità è quella di confiscare qualsiasi cosa sia stata ottenuta dalla commissione da un delitto di questa natura. L'unico limite è quello dell'appartenenza del bene ad un terzo in buona fede che abbia acquistato il bene legalmente.

Il giudice è tenuto a motivare la confisca ed indicare le ragioni per cui ritenga che i beni provengano dalla commissione del reato, anche attraverso prova indiretta o indiziaria.

Si distingue tra confisca provvisoria e definitiva. È possibile anche una confisca allargata e una confisca per equivalente (art. 127 ss.).

#### *12. Il concorso di reati*

È possibile un concorso di reati tra l'articolo 371 CPS (relativo ai c.d. precursori) e l'art. 368 CPS (che individua la fattispecie base del traffico di stupefacenti): il concorso si risolve punendo soltanto per la fattispecie base (art. 368 CPS) qualora vi sia stata una c.d. progressione criminosa in quanto l'autore ha commesso una condotta di produzione o fabbricazione. In questo senso, non è possibile sanzionare l'agente per la condotta di fabbricazione e per la condotta di detenzione dei c.d. precursori, a causa della violazione del *ne bis in idem*.

## *APPENDICE NORMATIVA*

<p><b>Artículo 368</b></p> <p>Los que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o las posean con aquellos fines, serán castigados con las penas de prisión de tres a seis años y multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito si se tratare de sustancias o productos que causen grave daño a la salud, y de prisión de uno a tres años y multa del tanto al duplo en los demás casos.</p> <p>No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, los tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a las señaladas en atención a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable. No se podrá hacer uso de esta facultad si concurriere alguna de las circunstancias a que se hace referencia en los artículos 369 bis y 370.</p>	<p><b>Articolo 368 codice penale.</b></p> <p>1. Coloro i quali commettono condotte di coltivazione, produzione o traffico, o in altro modo promuovano, favoriscano o facilitino il consumo illegale di droghe tossiche, stupefacenti o sostanze psicotrope, o le posseggano con tali finalità, sono puniti con la pena detentiva da tre a sei anni e con la multa fino al triplo del valore della droga oggetto del delitto se si tratta di sostanze o prodotti che causano gravi danni alla salute, e con la pena detentiva da uno a tre anni e la multa fino al doppio negli altri casi.</p> <p>2. Tuttavia, i tribunali possono imporre la pena inferiore in grado a quella indicata con riguardo alla scarsa entità del fatto e le circostanze personali del colpevole. Non si può esercitare tale facoltà qualora concorra qualcuna delle circostanze alle quali si fa riferimento negli articoli 369-</p>
---	---

	<i>bis e 370.</i>
<p><b>Artículo 369</b></p> <p>1. Se impondrán las penas superiores en grado a las señaladas en el artículo anterior y multa del tanto al cuádruplo cuando concurren alguna de las siguientes circunstancias:</p> <p>1.<sup>a</sup> El culpable fuere autoridad, funcionario público, facultativo, trabajador social, docente o educador y obrase en el ejercicio de su cargo, profesión u oficio.</p> <p>2.<sup>a</sup> El culpable participare en otras actividades organizadas o cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito.</p> <p>3.<sup>a</sup> Los hechos fueren realizados en establecimientos abiertos al público por los responsables o empleados de los mismos.</p> <p>4.<sup>a</sup> Las sustancias a que se refiere el artículo anterior se faciliten a menores de 18 años, a disminuidos psíquicos o a personas sometidas a tratamiento de deshabitación o rehabilitación.</p> <p>5.<sup>a</sup> Fuere de notoria importancia la cantidad de las citadas sustancias objeto de las</p>	<p><b>Articolo 369 codice penale</b></p> <p>1. Si applicano le pene superiori in grado a quelle indicate nell'articolo precedente e la multa fino al quadruplo quando concorrano qualcuna delle seguenti circostanze:</p> <p>1°. Il colpevole sia autorità, funzionario pubblico, medico, assistente sociale, docente o educatore e operi nell'esercizio della sua funzione, professione o ufficio.</p> <p>2°. Il colpevole partecipi in altre attività organizzate o la cui esecuzione sia stata facilitata dalla commissione del delitto.</p> <p>3°. I fatti siano realizzati in locali aperti al pubblico dai responsabili o impiegati degli stessi.</p> <p>4°. Le sostanze alle quali si riferisce l'articolo precedente si procurino a minori di 18 anni, ai disabili mentali, o a persone sottoposte a trattamenti di disintossicazione o di riabilitazione.</p> <p>5°. Sia di rilevante importanza la quantità delle</p>

<p>conductas a que se refiere el artículo anterior.</p> <p>6.<sup>a</sup> Las referidas sustancias se adulteren, manipulen o mezclen entre sí o con otras, incrementando el posible daño a la salud.</p> <p>7.<sup>a</sup> Las conductas descritas en el artículo anterior tengan lugar en centros docentes, en centros, establecimientos o unidades militares, en establecimientos penitenciarios o en centros de deshabitación o rehabilitación, o en sus proximidades.</p> <p>8.<sup>a</sup> El culpable empleare violencia o exhibiere o hiciese uso de armas para cometer el hecho.</p>	<p>citare sostanze oggetto delle condotte alle quali si riferisce l'articolo precedente.</p> <p>6°. Le sostanze riferite si alterano, manipolano o mescolano tra di loro o con altre, incrementando il possibile danno alla salute.</p> <p>7°. Le condotte descritte nell'articolo precedente hanno luogo nei centri scolastici, in centri, stabilimenti o unità militari, in stabilimenti penitenziari o in centri di disintossicazione o riabilitazione, o nelle loro prossimità.</p> <p>8°. Il colpevole impieghi violenza o esibisca o faccia uso di armi per commettere il delitto.</p>
<p><b>Artículo 369 bis</b></p> <p>Cuando los hechos descritos en el artículo 368 se hayan realizado por quienes pertenecieren a una organización delictiva, se impondrán las penas de prisión de nueve a doce años y multa del tanto al cuádruplo del valor de la droga si se tratara de sustancias y productos que causen grave daño a la salud y</p>	<p><b>Articolo 369-bis codice penale.</b></p> <p>Quando i fatti descritti nell'articolo 368 siano stati realizzati da coloro i quali appartengano ad una organizzazione criminale, si applicano le pene detentiva da nove a dodici anni e la multa fino al quadruplo del valore della droga se si tratta di sostanze e prodotti che causano</p>

<p>de prisión de cuatro años y seis meses a diez años y la misma multa en los demás casos.</p> <p>A los jefes, encargados o administradores de la organización se les impondrán las penas superiores en grado a las señaladas en el párrafo primero.</p> <p>Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en los dos artículos anteriores, se le impondrán las siguientes penas:</p> <p><b>a)</b> Multa de dos a cinco años, o del triple al quintuple del valor de la droga cuando la cantidad resultante fuese más elevada, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años.</p> <p><b>b)</b> Multa de uno a tres años, o del doble al cuádruple del valor de la droga cuando la cantidad resultante fuese más elevada, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de dos años no incluida en el anterior inciso.</p> <p>Atendidas las reglas</p>	<p>grave danno alla salute e la pena detentiva da quattro anni e sei mesi a dieci anni e la stessa multa negli altri casi.</p> <p>Ai capi, responsabili o amministratori della organizzazione di applicano le pene superiori in grado a quella indicata nel primo capoverso.</p> <p>Quando in accordo con quanto stabilito nell'articolo 31-<i>bis</i> una persona giuridica sia responsabile dei delitti compresi negli articoli precedenti, si applicano le seguenti pene:</p> <p>a) la multa da due a cinque anni, o dal triplo al quintuplo del valore della droga quando la quantità risultante sia più elevata, se il delitto commesso dalla persona fisica preveda una pena detentiva di più di cinque anni.</p> <p>b) La multa da uno a tre anni, o dal doppio al quadruplo del valore della droga quando la quantità risultante sia più elevata, se il delitto commesso dalla persona fisica preveda una pena detentiva da più di due anni non compresa nella lettera precedente.</p> <p>Ai sensi delle regole</p>
---	---

<p>establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.</p>	<p>stabilite nell'articolo 66-bis, i giudici e i tribunali possono allo stesso modo applicare le pene individuate nelle lettere da b a g) del comma 7 dell'articolo 33.</p>
<p><b>Artículo 370</b>                  Se impondrá la pena superior en uno o dos grados a la señalada en el artículo 368 cuando:</p> <p>1.º Se utilice a menores de 18 años o a disminuidos psíquicos para cometer estos delitos.</p> <p>2.º Se trate de los jefes, administradores o encargados de las organizaciones a que se refiere la circunstancia 2.ª del apartado 1 del artículo 369.</p> <p>3.º Las conductas descritas en el artículo 368 fuesen de extrema gravedad.</p> <p>Se consideran de extrema gravedad los casos en que la cantidad de las sustancias a que se refiere el artículo 368 excediere notablemente de la considerada como de notoria importancia, o se hayan utilizado buques, embarcaciones o aeronaves como medio de transporte específico, o se hayan llevado a</p>	<p><b>Articolo 370.</b>                  Si applica la pena superiore da uno a due gradi a quella individuata nell'articolo 368 quando:</p> <p>1º. Si utilizzino minori di anni 18 o disabili mentali per commettere questi delitti.</p> <p>2º. Si tratti dei capi, amministratori o responsabili delle organizzazioni alle quali si riferiscano le circostanze di cui al n. 2 del comma 1 dell'art. 369.</p> <p>3. Le condotte descritte nell'articolo 368 siano di estrema gravità.</p> <p>Si considerano di estrema gravità i casi nei quali la quantità delle sostanze alle quali si riferisce l'articolo 368 ecceda notevolmente quella considerata come di rilevante importanza, o se si siano utilizzate navi, imbarcazioni o aerei come mezzo di trasporto specifico, o si siano stati effettuate le condotte descritte</p>

<p>cabo las conductas indicadas simulando operaciones de comercio internacional entre empresas, o se trate de redes internacionales dedicadas a este tipo de actividades, o cuando concurrieren tres o más de las circunstancias previstas en el artículo 369.1.</p> <p>En los supuestos de los anteriores números 2.º y 3.º se impondrá a los culpables, además, una multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito.</p>	<p>simulando operazioni di commercio internazionale tra imprese, o si tratti di reti internazionali dedicate a questo tipo di attività, o quando concorrano tre o più delle circostanze previste nell'art. 369.</p> <p>Nei presupposti dei precedenti nr. 2 e 3 si applica ai colpevoli altresì una multa fino al triplo del valore della droga oggetto del delitto.</p>
<p><b>Artículo 371</b></p> <p>1. El que fabrique, transporte, distribuya, comercie o tenga en su poder equipos, materiales o sustancias enumeradas en el cuadro I y cuadro II de la Convención de Naciones Unidas, hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988, sobre el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, y cualesquiera otros productos adicionados al mismo Convenio o que se incluyan en otros futuros Convenios de la misma naturaleza, ratificados por España, a sabiendas de que van a utilizarse en el cultivo, la</p>	<p><b>Articolo 371.</b></p> <p>Colui il quali fabbrichi, trasporti, distribuisca, commerci o detenga attrezzi, materiali o sostanze elencate nel Quadro I e Quadro II della Convenzione ONU, fatta a Vienna il 20 dicembre 1998, sul traffico illecito di stupefacenti e sostanze psicotrope, e qualsiasi altro prodotto aggiunto alla stessa Convenzione o che si includa in qualsiasi altro Convenio della stessa natura, ratificate dalla Spagna, consapevolmente utilizzate nella coltivazione, la produzione o la fabbricazione illecita di droghe tossiche,</p>

<p>producción o la fabricación ilícitas de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o para estos fines, será castigado con la pena de prisión de tres a seis años y multa del tanto al triplo del valor de los géneros o efectos.</p> <p>2. Se impondrá la pena señalada en su mitad superior cuando las personas que realicen los hechos descritos en el apartado anterior pertenezcan a una organización dedicada a los fines en él señalados, y la pena superior en grado cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de las referidas organizaciones o asociaciones.</p> <p>En tales casos, los jueces o tribunales impondrán, además de las penas correspondientes, la de inhabilitación especial del reo para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de tres a seis años, y las demás medidas previstas en el artículo 369.2.</p>	<p>stupefacenti o sostanze psicotrope, o per questi fini, è punito con la pena detentiva da tre a sei anni e la multa fino al triplo del valore dei generi o utilità.</p> <p>2. Si applica la pena indicata nella sua metà superiore quando le persone che realizzano i fatti descritti nel comma precedente appartengano ad una organizzazione dedicata alle finalità indicate e la pena superiore in grado quando si tratti di capi, amministratori e responsabili delle riferite organizzazioni o associazioni.</p> <p>In tali casi, i giudici e i tribunali applicano, oltre alla pena corrispondente, quella della interdizione speciale del reo per l'esercizio della sua professione o industria per un periodo di tempo da tre a sei anni, ed inoltre i mezzi previsti nell'articolo 369.</p>
--	---

<p><b>Artículo 372</b></p> <p>Si los hechos previstos en este capítulo fueran realizados por empresario, intermediario en el sector financiero, facultativo funcionario público, trabajador social, docente o educador, en el ejercicio de su cargo, profesión u oficio, se le impondrá, además de la pena correspondiente, la de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, industria o comercio de tres a diez años. Se impondrá la pena de inhabilitación absoluta de diez a veinte años cuando los referidos hechos fueren realizados por autoridad o agente de la misma, en el ejercicio de su cargo.</p> <p>A tal efecto, se entiende que son facultativos los médicos, psicólogos, las personas en posesión de título sanitario, los veterinarios, los farmacéuticos y sus dependientes.</p>	<p><b>Articolo 372.</b></p> <p>Se i fatti previsti in questo capitolo dovessero essere realizzati da imprenditori, intermediari nel settore finanziario, sanitario, funzionari pubblici, assistenti sociali, docenti o educatori, nell'esercizio della loro funzione, professione o ufficio, si applica, oltre alla pena corrispondente, l'interdizione speciale per la propria occupazione o incarico pubblico, professione o ufficio, industria o commercio, da tre a 10 anni. Si applica la pena dell'interdizione assoluta da dieci a venti anni quando i fatti stessi siano stati commessi avvalendosi dell'autorità o l'ufficio dello stesso, nell'esercizio della propria funzione.</p> <p>In tal senso, si intende che sono "facoltativi" i medici, psicologici, le persone in possesso di un titolo sanitario, i veterinari, i farmacisti e i loro dipendenti.</p>
<p><b>Artículo 373.</b></p> <p>La provocación, la conspiración y la proposición para cometer los delitos</p>	<p><b>Articolo 373.</b></p> <p>L'istigazione, la cospirazione e la proposta a commettere i delitti previsti</p>

<p>previstos en los artículos 368 a 372, se castigarán con la pena inferior en uno a dos grados a la que corresponde respectivamente, a los hechos previstos en los preceptos anteriores.</p>	<p>negli articoli da 368 a 372, si puniscono con la pena inferiore da uno a due anni a quella corrispondente, rispettivamente, ai fatti previsti nei capitoli precedenti.</p>
<p><b>Artículo 374</b>                  En los delitos previstos en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 301 y en los artículos 368 a 372, además de las penas que corresponda imponer por el delito cometido, serán objeto de decomiso las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, los equipos, materiales y sustancias a que se refiere el artículo 371, así como los bienes, medios, instrumentos y ganancias con sujeción a lo dispuesto en los artículos 127 a 128 y a las siguientes normas especiales:                  1.<sup>a</sup> Una vez firme la sentencia, se procederá a la destrucción de las muestras que se hubieran apartado, o a la destrucción de la totalidad de lo incautado, en el caso de que el órgano judicial competente hubiera ordenado su conservación.</p>	<p><b>Articolo 374.</b>                  1. Nei delitti previsti nel capoverso secondo del comma 1 dell'articolo 301 e negli articoli da 368 a 372, oltre alle pene che corrispondenti al delitto commesso, sono oggetto di confisca le droghe tossiche, stupefacenti o sostanze psicotrope, gli attrezzi, materiali o le sostanze a cui si riferisce l'articolo 371, così come i beni, mezzi, strumenti e i guadagni con assoggettamento al disposto degli articoli 127 e 128 e le seguenti norme speciali:                  1°. Una volta che la sentenza sia irrevocabile, si procede alla distruzione di quanto era stato sequestro, o alla distruzione della totalità delle cose sequestrate, nel caso in cui l'autorità giudiziaria abbia ordinato la sua conservazione.</p>

<p>2.<sup>a</sup> Los bienes, medios, instrumentos y ganancias definitivamente decomisados por sentencia, que no podrán ser aplicados a la satisfacción de las responsabilidades civiles derivadas del delito ni de las costas procesales, serán adjudicados íntegramente al Estado.</p>	<p>2°. I beni, mezzi, strumenti e guadagni definitivamente confiscati con sentenza, che non possono essere utilizzati per il soddisfacimento delle responsabilità civili derivate dal delitto né per i costi del processo, sono aggiudicati integralmente allo Stato.</p>
<p><b>Artículo 375</b> Las condenas de jueces o tribunales extranjeros por delitos de la misma naturaleza que los previstos en los artículos 361 al 372 de este Capítulo producirán los efectos de reincidencia, salvo que el antecedente penal haya sido cancelado o pueda serlo con arreglo al Derecho español.</p>	<p><b>Articolo 375.</b> Le sentenze di condanna emesse da giudici o tribunali stranieri per i delitti della stessa natura a quelli previsti negli articoli da 361 a 372 di questo capitolo producono gli effetti della recidiva, salvo che il precedente penale sia stato cancellato o possa esserlo secondo il diritto Spagnolo.</p>
<p><b>Artículo 376</b> En los casos previstos en los artículos 361 a 372, los jueces o tribunales, razonándolo en la sentencia, podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley para el delito de que se trate, siempre que el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas y haya colaborado activamente con las autoridades o sus</p>	<p><b>Articolo 376.</b> Nei casi previsti dagli articoli 361 a 372, i giudici o tribunali, motivandolo in sentenza, possono imporre la pena inferiore in uno o due gradi a quella segnalata dalla legge per il delitto di cui trattasi, sempre che il soggetto abbia abbandonato volontariamente le sue attività delittuose ed abbia collaborato attivamente con le autorità o i</p>

<p>agentes bien para impedir la producción del delito, bien para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado.</p> <p>Igualmente, en los casos previstos en los artículos 368 a 372, los jueces o tribunales podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados al reo que, siendo drogodependiente en el momento de comisión de los hechos, acredite suficientemente que ha finalizado con éxito un tratamiento de deshabituación, siempre que la cantidad de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas no fuese de notoria importancia o de extrema gravedad.</p>	<p>suoi agenti, in modo tale da impedire la commissione del delitto, in modo tale da potere ottenere prove decisive per l'identificazione o la cattura di altri responsabili o impedire l'attuazione o lo sviluppo delle organizzazioni o associazioni alle quali abbia appartenuto e con le quali abbia collaborato.</p> <p>Allo stesso modo, nei casi previsti negli articoli da 368 a 372, i giudici o tribunali possono imporre la pena inferiore di un grado o due gradi al reo che, essendo tossicodipendente nel momento di commissione dei fatti, dimostri in modo sufficiente che ha concluso con successo un trattamento di disintossicazione, sempre che la quantità di droga tossica, stupefacenti o sostanze psicotrope non siano di notoria importanza o di estrema gravità.</p>
---	--

<p><b>Artículo 377</b>          Para la determinación de la cuantía de las multas que se impongan en aplicación de los artículos 368 a 372, el valor de la droga objeto del delito o de los géneros o efectos intervenidos será el precio final del producto o, en su caso, la recompensa o ganancia obtenida por el reo, o que hubiera podido obtener.</p>	<p><b>Articolo 377.</b>          Per la determinazione del livello delle multe che si impongono in applicazione degli articoli da 368 a 372, il valore della droga oggetto del delitto o dei generi o delle utilità intervenute sarà il prezzo finale del prodotto o, altrimenti, la ricompensa o il guadagno ottenuto dal reo, o che avrebbe potuto ottenere.</p>
<p><b>Artículo 378</b>          Los pagos que se efectúen por el penado por uno o varios de los delitos a que se refieren los artículos 361 al 372 se imputarán por el orden siguiente:</p> <p>1.º A la reparación del daño causado e indemnización de perjuicios.</p> <p>2.º A la indemnización del Estado por el importe de los gastos que se hayan hecho por su cuenta en la causa.</p> <p>3.º A la multa.</p> <p>4.º A las costas del acusador particular o privado cuando se imponga en la sentencia su pago.</p> <p>5.º A las demás costas procesales, incluso las de la defensa del procesado, sin</p>	<p><b>Articolo 378.</b>          I pagamenti effettuati dal condannato per uno o più delitti ai quali si riferiscono gli articoli da 361 a 372 vengono imputati nei seguenti modi:</p> <p>1º. Alla riparazione del danno causato e compensazione per i relativi pregiudizi causati.</p> <p>2º. Alla compensazione a favore dello Stato per l'importo delle spese che siano state fatte per il processo.</p> <p>3º. Alla multa.</p> <p>4º. Ai costi dell'accusatore particolare o privato quando si liquidino le sue spese nella sentenza.</p> <p>5º. Agli altri costi processuali, incluso quelli per la difesa dell'imputato, senza alcuna preferenza tra gli</p>

I REPORT *NESMES* – LA DISCIPLINA SPAGNOLA

preferencia interesados.	entre	los	interessati.
-----------------------------	-------	-----	--------------

## *Parte IV*

### *Il contrabbando di sigarette*

SOMMARIO: 1. Evoluzione normativa interna e disciplina internazionale. – 2. Struttura della fattispecie e scopi dichiarati di tutela. – 3. Condotta illecita. – 4. Elemento soggettivo. – 5. Soggetti attivi. – 6. Profili sanzionatori: sanzioni penali ed extrapenali.

#### *1. Evoluzione normativa interna e disciplina internazionale*

La normativa di contrasto al contrabbando di sigarette risente delle linee armonizzatrici europee, nonché dei provvedimenti legislativi adottati in sede sovranazionale, che hanno spinto verso approcci repressivi che mirano a restringere l'area del penalmente rilevante, secondo moduli riconducibili al principio di *extrema ratio*. Di recente, la Direttiva 2014/40/UE<sup>175</sup> ha tentato di ravvicinare le disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri in materia di lavorazione, produzione e vendita dei prodotti aventi ad oggetto il tabacco. In questo senso, nel tentativo di adottare un approccio multidisciplinare, in sede europea si è deciso di non occuparsi della materia penalistica, e di limitarsi piuttosto a porre l'accento

<sup>175</sup> Direttiva 2014/40/UE del Parlamento e del Consiglio del 3 aprile 2014 “sul ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri relative alla lavorazione, alla presentazione e alla vendita dei prodotti del tabacco e dei prodotti correlati e che abroga la direttiva 2001/37/CE”.

sull'introduzione di un sistema continentale unico di tracciabilità che possa fungere da valido strumento di contrasto per l'illecito mercato dei tabacchi lavorati. Tale procedura potrebbe infatti assicurare, per il tramite di un sistema di controlli incrociati e di doveri reciproci, la tracciabilità dell'effettivo itinerario di trasporto del prodotto, dal fabbricante fino alla prima rivendita ed includendo altresì tutti i depositi utilizzati. Un siffatto sistema, che potrebbe costituire un considerevole ostacolo per il traffico illecito di tabacco, è inoltre sancito in altri testi internazionali rilevanti, come il Protocollo dell'Organizzazione Mondiale della Sanità per l'eliminazione del traffico illecito di tabacco del novembre 2012<sup>176</sup>, ma da solo non può costituire valido ed efficace strumento di contrasto avverso un mercato altamente dinamico e dalle proporzioni più che ragguardevoli.

Non potendoci dilungare sulle linee di intervento sovranazionale, in Spagna si registra comunque una normativa tendente a sanzionare in modo specifico il fenomeno del contrabbando di tabacco, con disposizioni differenziate rispetto agli illeciti commessi su altri tipi di merci. In tal caso, come si vedrà, da un lato, la condotta di *contrabbando* rimane sostanzialmente identica, dall'altro, è l'oggetto del reato a cambiare e ciò sul presupposto che i tabacchi devono avere – secondo una discrezionalità esercitata dal legislatore domestico – una tutela penale, per così dire, *rafforzata*.

Il contrabbando di sigarette è punito dunque in Spagna nell'ambito della Legge Organica di Repressione del Contrabbando: ossia, la *Ley Organica 12/1995, 12 dicembre, de Represión del Contrabando*, c.d. LORC<sup>177</sup>. Quest'ultima contiene una disciplina dettagliata sull'ampio fenomeno del contrabbando

<sup>176</sup> Si tratta del *Protocol to Eliminate Illicit Trade in Tobacco*, c.d. FCTC, consultabile su [https://www.who.int/fctc/protocol/illicit\\_trade/protocol-publication/en/](https://www.who.int/fctc/protocol/illicit_trade/protocol-publication/en/).

<sup>177</sup> Pubblicata sul BOE, n. 297 del 13 dicembre 1995 (BOE-A-1995-26836), modificato da ultimo il 22 settembre 2015.

di merci e beni, che possono essere tanto oggetto di libero commercio quanto essi stessi “illeciti” (i.e. droghe, armi). All’interno della legge, vi sono, pertanto, degli opportuni riferimenti anche ai c.d. *labores de tabaco* (tabacchi lavorati), ai quali si applicano comunque indistintamente le regole generali disciplinate dalla legge stessa.

In particolare, il preciso riferimento ai tabacchi lavorati è nell’art. 2, comma 3, lett. b) LORC. In particolare, nel comma 3 dell’articolo 2 della Legge Organica sulla Repressione del Contrabbando si definiscono tre *tipi* specifici di delitto la cui peculiarità si concretizza nel suo oggetto materiale o nella circostanza che il delitto di contrabbando venga commesso da una organizzazione criminale.

La caratteristica dei tabacchi lavorati – che lo differenzia dagli altri *tipi* di contrabbando descritti nella stessa legge – sta nel valore monetario, che segna una sorta di *benchmark* – una soglia di punibilità, che è individuata in 15.000 euro: ciò a seguito della riforma del 30 giugno 2011 Ley n. 6, che lo ha aumentato rispetto ai precedenti 6.010,12 euro, restringendo così- in ossequio a nuove istanze politico criminali – l’area del penalmente rilevante<sup>178</sup>. Invece, negli altri tipi delittuosi di contrabbando (stupefacenti, armi e esplosivi), il delitto si integra indipendentemente dal valore delle merci o dei beni contrabbandati.

L’introduzione del delitto è dovuta – secondo la *Exposición de Motivos de la Ley de Représion del Contrabando* – all’impatto sociale, economico e sulla riscossione fiscale causato dal

<sup>178</sup> “Ley Orgánica 6/2011, de 30 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando” pubblicata sul BOE n. 156, del 1 luglio 2011, nel cui preambolo viene affermato che “si considera necessario aggiornare il *quantum* per la corretta delimitazione degli illeciti penali e amministrativi in relazione ai c.d. prodotti *estancados*, in particolare, con riguardo ai tabacchi lavorati”.

commercio illecito dei tabacchi lavorati, che impone una migliore e più efficace repressione penale<sup>179</sup>.

Il tabacco viene considerato come *genero estancado*, cioè di merce sottoposta al monopolio di Stato, nonostante sia una merce c.d. comunitaria.

Il mercato dei tabacchi è stato oggetto di liberalizzazione come conseguenza dell'ingresso della Spagna nella Comunità Economica Europea, a seguito del Trattato di Roma che imponeva nei suoi articoli 37 e 90 la proibizione dei monopoli commerciali. In questo modo, la Ley 13/1998 del 4 maggio *de Ordenación del mercado de tabaco y normativa tributaria* (da ora, LOMTNT)<sup>180</sup> ha soppresso il carattere monopolistico di tutte le attività industriali o commerciali relative al tabacco: cioè, convertì i tabacchi lavorati (senza che rilevi la sua provenienza) in una categoria di merce sottoposta al libero mercato, pur mantenendo tuttavia il monopolio di stato nella vendita al dettaglio: da qui, il tabacco si qualifica come *generos estancados*.

La liberalizzazione di cui si discute ha modificato, infatti, la *qualificazione giuridica* del contrabbando con riferimento a quelle attività che abbiano come oggetto materiale del reato i tabacchi lavorati. In effetti, i tabacchi lavorati sono diventati merce o genere di commercio lecito rimanendo, per il resto, considerati come *generos estancados* in ipotesi di vendita al dettaglio per la sussistenza di monopolio di Stato.

Alla luce di tale considerazione, l'importazione di tabacco all'ingrosso costituisce reato di contrabbando soltanto quando arrivi da un Paese extracomunitario per un valore uguale o superiore ai 150.000 €, secondo la soglia di punibilità stabilita dall'art. 2, comma 1 LORC; mentre per il commercio al dettaglio è configurabile il reato cui all'art. 2, comma 3, lett. b) LORC, in

<sup>179</sup> Così, BUJAN PEREZ, *Los delitos de contrabando*, in FARALDO CABANA-BRANDARIZ GARCIA, *Comentarios a la legislación penal especial*, lex Nova, Thomson Reuters, 2012, 23 s.

<sup>180</sup> Pubblicata sul BOE n. 107, del 5 maggio 1998 (BOE-A-1998-10407).

quanto mantiene la sua condizione di *genero estancado*, sempre che, in assenza della corrispondente autorizzazione amministrativa, la merce abbia un valore uguale o superiore ai 15.000 €.

Tuttavia, tale prospettiva è in parte disattesa dalla giurisprudenza, che in varie occasioni ha considerato che i tabacchi lavorati, in ipotesi di commercio all'ingrosso, siano considerati come beni suscettibili di commercio lecito in virtù dell'art. 2, comma 1 LORC; nonostante in molti altri casi ha continuato a considerare i tabacchi lavorati, in qualsiasi step dell'*iter* commerciale, come *genero estancado*.

Al fine di avere un quadro completo della materia che qui si sta trattando, è, pertanto, opportuno avere un quadro sinottico dell'intera sistema repressivo del contrabbando, quantomeno a livello positivo, che si risolve nel “*Titulo I Delito de Contrabando*”, *Articulo 2 “Tipificacion del delito*”, della menzionata Ley Organica 12/1995, per il quale si rinvia all'*Appendice normativa*.

## 2. *Struttura della fattispecie e scopi dichiarati di tutela*

Nel caso in cui si tratti di tabacchi lavorati destinati al mercato all'ingrosso, il bene giuridico corrisponde a quello tutelato dall'art. 2, comma 1 LORC, ossia l'Economia Pubblica (*Hacienda Publica*); mentre qualora trattasi di tabacchi lavorati destinati al mercato al dettaglio – in qualità di *genero estancado* – la dottrina ritiene che il bene giuridico si debba individuare con il “rafforzamento delle funzioni di polizia e pubblico servizio della Pubblica Amministrazione, in relazione alle operazioni ed alla merce segnalata, al fine di evitare la competenza che supporrebbe la riduzione delle entrate per il fisco o per evitare direttamente tale riduzione di entrate tributarie”, da non confondere, secondo la stessa dottrina, con la sua finalità che è molteplice: tutela del monopolio di stato, dell'ordine pubblico e della salute.

L'oggetto materiale del reato sono i tabacchi lavorati, ossia tutto ciò che abbia il tabacco come materia prima per la sua produzione (ad es. sigarette e sigari). Bisogna, come già accennato, sempre distinguere tra: un commercio all'ingrosso – ed in tal caso, si tratta di beni di libera commercializzazione – riconducibile all'art. 2, comma 1 LORC per cui il valore della merce contrabbandata – per avere rilevanza penale – deve essere uguale o superiore ai 150.000 €; ed un commercio al dettaglio regolato quindi dall'art. 2, comma 3 lett. b) ed in cui i tabacchi lavorati mantengono la caratteristica di *genero estancado* in quanto sottoposti a monopolio di Stato ed in tal caso il valore della merce contrabbandata – per avere rilevanza penale – deve essere superiore ai 15.000 €.

### 3. *Condotta illecita*

Al fine di delineare con esattezza la condotta tipica, è necessario, innanzitutto, fare riferimento all'intero quadro repressivo del contrabbando e, pertanto, alle diverse *finalità* dei tabacchi lavorati nelle due diverse ipotesi in cui siano immessi o sul mercato all'ingrosso o sul mercato al dettaglio. Pertanto, si deve distinguere tra:

1. *Contrabbando di tabacchi lavorati all'ingrosso*: è merce sottoposta al libero mercato, quindi, si può realizzare la condotta tipica descritta dall'art. 2, comma 1, LORC se il loro valore sarà uguale o superiore ai 150.000 €, ossia nelle seguenti ipotesi: a) l'importazione o l'esportazione della merce avviene senza la presentazione alla polizia di dogana (*Administración aduanera*), b) l'occultamento e la sottrazione dei tabacchi del valore appena indicato per eludere l'intervento della polizia di dogana, e c) la realizzazione di operazioni commerciali e introduzione nel mercato senza compiere i requisiti legalmente stabiliti ed infine il contrabbando per via marittima.

2. *Contrabbando di tabacchi lavorati al dettaglio*, considerati come *genero estancado*: è reato ai sensi del 2, comma 3, lett. b)

LORC qualora il valore della merce contrabbandata sia superiore a 15.000 € e si realizzano le condotte descritte nell'art. 2, comma 2, LORC, relativo ai *generos estancados*. In concreto, si integra qualora si realizzino operazioni di *importazione, esportazione, commercio, detenzione, circolazione*, senza avere ottenuto la corrispondente autorizzazione amministrativa.

#### 4. *Elemento soggettivo*

È punibile sia la forma dolosa che la forma colposa. In quest'ultimo caso, si parla di condotta *imprudente*, come disciplinato dall'art. 2, comma 5 LORC, che a seguito della riforma avvenuta con la *Ley Organica 6/2011*, recita: “Le condotte descritte sono ugualmente punibili quando siano commessi con grave imprudenza”.

L'introduzione della forma colposa è rilevante in relazione all'errore evitabile (*error vencible*) su qualche elemento tipico del reato (*elementos del tipo*), come, ad esempio, il valore quantitativo che opera come soglia di punibilità del reato o in ipotesi di errore su un elemento normativo o sulla normativa extrapenale.

#### 5. *Soggetti attivi*

È un reato comune che può essere commesso da “chiunque”. Non vi sono particolari disposizioni in materia. Il comma 7 dello stesso articolo prevede l'applicazione delle sanzioni di cui all'art. 129 del codice penale, qualora il reato sia commesso nell'ambito di una organizzazione criminale, la quale non abbia la personalità giuridica che legittimerebbe le sanzioni di cui all'art. 31-bis CPS (cui meglio *infra, Responsabilità delle persone giuridiche*) relativamente agli enti giuridici. A tal proposito, l'art. 129 CPS, prevede la possibilità di applicare delle sanzioni accessorie nel caso di reati commessi all'interno, con la collaborazione, attraverso o per il tramite di imprese, organizzazioni, gruppi o qualsiasi altra classe di entità o gruppi di entità. persone che, non

avendo personalità giuridica, non rientrano nel campo di applicazione dell'articolo 31 bis: la sanzione accessoria può spingersi fino all'inflizione di un divieto definitivo di svolgere altre attività anche se lecite.

6. *Profili sanzionatori: sanzioni penali ed extrapenali*

In ipotesi di persona fisica che commette il reato con dolo, si applica una pena detentiva da uno a cinque anni e la multa del sestuplo del valore dei beni, merci e generi commerciati, come disposto dall'articolo 3, comma 1, cpv. 2, LORC. In ipotesi di condotta colposa, si applica la pena inferiore di un grado: in questo caso, opera come circostanza attenuante rispetto alla corrispondente pena (*pena inferior de un grado a lo que corresponda*), articolo 3, comma 1 ult. cpv. Si applica la pena superiore di un grado – ed opera, invece, come circostanza aggravante – nell'ipotesi in cui il delitto venga commesso attraverso o a vantaggio di una persona, ente o organizzazione che ne abbia consentito la commissione (articolo 3, comma 2 LORC).

In ipotesi di persona giuridica, si applicano le seguenti pene: la multa proporzionale dal doppio al quadruplo del valore dei beni, merci, generi oggetto del contrabbando e il divieto di ottenere sovvenzioni o aiuti statali per negoziare con la Pubblica Amministrazione e per godere di benefici e incentivi fiscali da uno a tre anni (articolo 3, comma 3 LORC). Se la pena della multa si applica anche alla persona fisica, si applica alla persona giuridica l'art. 31-bis CPS, che appunto prevede, in via generale, le sanzioni contro gli enti. Inoltre, si applica la pena della interdizione da sei mesi a due anni dalle attività di importazione, esportazione o commercio dei beni oggetti del contrabbando (articolo 3, comma 3 lett.b) LORC). Infine, si può imporre la chiusura obbligatoria dei locali o della fabbrica in cui si realizza il commercio dei tabacchi lavorati (articolo 3, comma 3 lett. b) LORC).

È, inoltre, prevista una forma di confisca, che è obbligatoria – ed è qualificata come pena accessoria – in caso di condanna per contrabbando ai sensi della medesima legge: c.d. *comiso*, art. 5 LORC.

#### 7. *Responsabilità delle persone giuridiche*

La Legge 6/2011, in seguito alla riforma al codice penale operata dalla legge LO 5/2010<sup>181</sup>, introduce una disposizione *ad hoc* in relazione alla responsabilità degli enti, qualora - si sensi dell'art. 2, comma 7 LORC – “nell'azione o omissione concorrano le circostanze previste nell'art. 31-*bis* CPS”. Allo stesso modo, secondo l'art. 2, comma 7 LORC, se la condotta illecita è commessa “all'interno, in collaborazione, attraverso o avvalendosi di imprese, organizzazioni, gruppi, enti o associazioni senza personalità giuridica, si applica quanto previsto nell'art. 129 del Codice Penale” (cfr. *supra*, *Soggetti attivi*).

#### 8. *Concorso di reati*

Infine, sul *concorso di reati* ci sono alcune precisazioni da fare. Innanzitutto, occorre fare riferimento ad una particolare situazione in cui il soggetto agente conduca una operazione all'ingrosso ed in seguito distribuisca gli stessi prodotti al dettaglio in questo modo integrando la condotta descritta dall'art. 2, comma 3, lett. b) LORC. Si tratta, in tale ipotesi, di un concorso di reati che si risolve in base all'art. 8, comma 1 CPS<sup>182</sup>,

<sup>181</sup> Si tratta della “*Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*”, pubblicata sul BOE N: 152, 23/06/2010.

<sup>182</sup> L'art. 8 disciplina il concorso di reati nei seguenti termini: “I fatti suscettibili di essere qualificati secondo due o più precetti di questa legge. Codice, e non contemplati dagli articoli da 73 a 77 (che riguardano le regole speciali per l'applicazione della pena: in particolare, cumulo giuridico e cumulo materiale, ndr) e sono puniti osservando quanto segue:

1) *Il precetto speciale sarà applicato con preferenza al generale.*

essendo la legge speciale la norma prevista nella lettera b) dell'art. 2, comma 3 LORC.

In relazione ai reati tributari, se si tratta di contrabbando di tabacchi nella declinazione di *genero estancado*, in questo caso al dettaglio, visto che la valutazione monetaria della merce non copre l'imposta nel caso di frode fiscale, vi potrà essere un concorso materiale se vengono integrate entrambe le ipotesi delittuose. Maggiori problemi sorgono in caso di merce lecitamente commerciabile alla luce del fatto che il loro valore comprende anche l'imposta tributaria: ciò, a ben vedere, potrebbe determinare una violazione del principio del *ne bis in idem*<sup>183</sup>.

Infine, si deve evidenziare la possibilità di accertare un delitto di contrabbando qualora concorrano distinte infrazioni amministrative che – cumulativamente – superino i 15.000€, così come stabilisce l'articolo 2, comma 4 LORC. Non vi è, in tal caso, alcun ostacolo all'applicazione del reato continuato di cui all'art. 74 del codice penale<sup>184</sup>, qualora si siano verificati vari reati di contrabbando e si integrino i requisiti della continuazione, che è pertanto applicabile.

2) Il precetto sussidiario sarà applicato solo in assenza del preponente, sia che tale sussidiarietà sia espressamente dichiarata o tacitamente deducibile.

3) Il precetto penale più ampio o più complesso assorbirà coloro che puniscono le infrazioni in esso consumate.

4) In assenza dei precedenti criteri, il precetto penale più grave escluderà quelli che punire l'atto con una pena minore.”

<sup>183</sup> Si veda, BUJAN PEREZ, *Los delitos de contrabando*, cit., 23 s.

<sup>184</sup> L'art. 74 CPS disciplina la continuazione di reati secondo secondo cui chiunque, in esecuzione di un piano o approfittando della stessa occasione, compie una pluralità di azioni od omissioni che offendono uno o più soggetti e violano lo stesso precetto penale o precetti della stessa natura, è punito come autore del delitto che prevede la pena più grave aumentata nella sua metà superiore.

*APPENDICE NORMATIVA*

<p><b>TÍTULO I Delito de contrabando</b></p> <p><b>Artículo 2. Tipificación del delito.</b></p> <p><b>(1) Cometén delito de contrabando, siempre que el valor de los bienes, mercancías, géneros o efectos sea igual o superior a 150.000 euros, los que realicen alguno de los siguientes hechos:</b></p> <p>a) Importen o exporten mercancías de lícito comercio sin presentarlas para su despacho en las oficinas de aduanas o en los lugares habilitados por la Administración aduanera.</p> <p>La ocultación o sustracción de cualquier clase de mercancías a la acción de la Administración aduanera dentro de los recintos o lugares habilitados equivaldrá a la no presentación.</p> <p>b) Realicen operaciones de comercio, tenencia o circulación de mercancías no comunitarias de lícito comercio sin cumplir los requisitos</p>	<p><b>TITOLO I Reato di contrabbando</b></p> <p><b>Articolo 2. Tipizzazione del delitto.</b></p> <p><b>(1) Commettono il delitto di contrabbando, qualora il valore delle merci, beni o generi o utilità sia uguale o superiore ad € 150.000, coloro i quali realizzano uno dei seguenti fatti:</b></p> <p>a) importano o esportano merci di commercio lecito senza presentarli per il loro uso presso gli uffici della Dogana o nei locali abilitati dalla Amministrazione delle dogane.</p> <p>L'occultamento o la sottrazione di qualsiasi tipo di merce all'intervento dell'Amministrazione delle Dogane all'interno dei locali abilitati equivale alla non presentazione.</p> <p>b) Realizzano operazioni di commercio, detenzione o circolazione delle merci extracomunitarie di commercio lecito senza</p>
---	---

<p>legalmente establecidos para acreditar su lícita importación.</p> <p>c) Destinen al consumo las mercancías en tránsito con incumplimiento de la normativa reguladora de este régimen aduanero, establecida en los artículos 62, 63, 103, 136, 140, 143, 144, 145, 146 y 147 del Reglamento (CE) n.o 450/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, por el que se establece el Código Aduanero Comunitario (Código Aduanero Modernizado), y sus disposiciones de aplicación, así como en el Convenio TIR de 14 de noviembre de 1975.</p> <p>d) Importen o exporten, mercancías sujetas a medida de política comercial sin cumplir las disposiciones vigentes aplicables; o cuando la operación estuviera sujeta a una previa autorización administrativa y ésta fuese obtenida bien mediante su solicitud con datos o documentos falsos en relación con la naturaleza o el destino último de tales productos, o bien de cualquier otro modo ilícito.</p>	<p>compiere i requisiti legalmente stabiliti per accreditare la loro importazione lecita.</p> <p>c) Destinano al consumo le merci in transito senza rispettare la normativa regolamentaria del regime doganale, stabilito dagli articoli 62,63, 103, 136, 140, 143, 144, 145, 146 e 147 del Regolamento CE 450/2008, con il quale viene introdotto il Codice doganale comunitario (Codice doganale aggiornato), e le sue disposizioni di attuazione così come nella Convenzione TIR del 14 novembre 1975.</p> <p>d) Importano o esportano, merci soggette a misure di politica commerciale senza rispettare le disposizioni vigenti applicabili; o quando l'operazione sia soggetta alla previa autorizzazione amministrativa e sia ottenuta mediante la richiesta di informazioni o documenti falsi in relazione alla natura o alla destinazione finale di tali prodotti, o beni in qualsiasi altro modo illeciti.</p> <p>e) Ottengano o cercano di</p>
---	--

<p>e) Obtengan, o pretendan obtener, mediante alegación de causa falsa o de cualquier otro modo ilícito, el levante definido de conformidad con lo establecido en el artículo 123 del Reglamento (CE) n.º 450/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, por el que se establece el Código Aduanero Comunitario (Código Aduanero Modernizado), y sus disposiciones de aplicación o la autorización para los actos a que se refieren los apartados anteriores.</p> <p>f) Conduzcan en buque de porte menor que el permitido por los reglamentos, salvo autorización para ello, mercancías no comunitarias en cualquier puerto o lugar de las costas no habilitado a efectos aduaneros, o en cualquier punto de las aguas interiores o del mar territorial español o zona contigua.</p> <p>g) Alijen o transborden de un buque clandestinamente cualquier clase de mercancías, géneros o efectos dentro de las aguas interiores o del mar territorial español o zona</p>	<p>ottenere, fondandosi su falsa documentazione o in qualsiasi altro modo illegale, la liberazione definita conformemente alle disposizioni dell'articolo 123 del Regolamento (CE) n. 450/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 aprile 2008, che istituisce il codice doganale comunitario (codice doganale aggiornato) e le relative disposizioni di attuazione o autorizzazione per gli atti di cui ai precedenti commi.</p> <p>f) Conducano in una nave di dimensioni inferiori a quelle consentite dal Regolamento, ad eccezione dell'autorizzazione a farlo, merci non comunitarie in qualsiasi porto o luogo delle coste non autorizzate in dogana o in qualsiasi punto delle acque interne o del mare territoriale spagnolo o zona contigua.</p> <p>g) Vendano o trasportino illegalmente qualsiasi tipo di merce, prodotto o effetto all'interno delle acque interne o del mare territoriale</p>
---	--

<p>contigua, o en las circunstancias previstas por el artículo 111 de la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, hecha en Montego Bay, Jamaica, el 10 de diciembre de 1982.</p>	<p>spagnolo o della zona contigua, o nelle circostanze previste dall'articolo 111 della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare. Mare, prodotto a Montego Bay, in Giamaica, il 10 dicembre 1982.</p>
<p><b>COMMA 2.</b>  <b>Cometen delito de contrabando, siempre que el valor de los bienes, mercancías, géneros o efectos sea igual o superior a 50.000 euros, los que realicen alguno de los siguientes hechos:</b></p> <p>a) Exporten o expidan bienes que integren el Patrimonio Histórico Español sin la autorización de la Administración competente cuando ésta sea necesaria, o habiéndola obtenido bien mediante su solicitud con datos o documentos falsos en relación con la naturaleza o el destino último de tales productos o bien de cualquier otro modo ilícito.</p> <p>b) Realicen operaciones de importación, exportación, comercio, tenencia, circulación de:</p> <p><b>Géneros estancados o</b></p>	<p><b>COMMA 2.</b>  <b>Commettono delitto di contrabbando, qualora il valore della merce, beni, generi o utilità sia uguale o superiore a 50.000 €, coloro i quali realizzino uno dei seguenti fatti:</b></p> <p>a) Esportino o rilascino beni che integrano il patrimonio storico spagnolo senza l'autorizzazione dell'Amministrazione competente quando ciò sia necessario, o avendola ottenuta mediante la sua richiesta di informazioni con dati o documenti falsi in relazione alla natura o alla destinazione finale di tali prodotti o in qualsiasi altro modo illecito.</p> <p>b) Effettuino operazioni di importazione, esportazione, commercio, detenzione, circolazione di:</p>

<p><b>prohibidos, incluyendo su producción o rehabilitación, sin cumplir los requisitos establecidos en las leyes.</b></p>	<p><b><i>genero</i> estancados o beni vietati, compresa la loro produzione o riabilitazione, senza soddisfare i requisiti stabiliti dalla legge.</b></p>
<p><b>Artículo 2.4.</b>  4. También comete delito de contrabando quien, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realizar una pluralidad de acciones u omisiones previstas en los apartados 1 y 2 de este artículo en las que el valor de los bienes, mercancías, géneros o efectos aisladamente considerados no alcance los límites cuantitativos de 150.000, 50.000 ó 15.000 euros establecidos en los apartados anteriores de este artículo, pero cuyo valor acumulado sea igual o superior a dichos importes.</p>	<p><b>Articolo 2, comma 4.</b>  Allo stesso modo, commette il reato di contrabbando chiunque, in esecuzione di un piano predeterminato o sfruttando una medesima occasione, realizza una pluralità di azioni o omissioni previste nei precedenti commi 1 e 2 di questo articolo nei quali i valori dei beni, merci o generi o utilità isolatamente considerati non raggiunge i limiti quantitativi di 150.000, 50.000 o 15.000 euro stabiliti nei commi precedenti, il cui valore tuttavia cumulativamente considerato sia uguale o superiore a detti importi.</p>
<p><b>Artículo 3. Penalidad.</b>  1. Los que cometieren el delito de contrabando serán castigados con las penas de prisión de uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo del</p>	<p><b>Articolo 3. Pene.</b>  1. Coloro i quali commettono il delitto di contrabbando sono puniti con la pena detentiva da uno a cinque anni e la multa fino</p>

<p>valor de los bienes, mercancías, géneros o efectos.</p> <p>En los casos previstos en las letras a), b) y e), salvo en esta última para los productos de la letra d), del artículo 2.1 las penas se impondrán en su mitad inferior. En los demás casos previstos en el artículo 2 las penas se impondrán en su mitad superior.</p> <p>En los casos de comisión imprudente se aplicará la pena inferior en un grado.</p> <p>2. Se impondrá la pena superior en un grado cuando el delito se cometa por medio o en beneficio de personas, entidades u organizaciones de cuya naturaleza o actividad pudiera derivarse una facilidad especial para la comisión del mismo.</p> <p>3. Cuando proceda la exigencia de responsabilidad penal de una persona jurídica de acuerdo con lo establecido en el artículo 2.6, y tras aplicar los criterios establecidos en los apartados 1 y 2 de este artículo, se impondrá la pena siguiente:</p> <p>a) En todos los casos, multa proporcional del duplo al cuádruplo del valor de los</p>	<p>al sexto del valore dei beni, merce, generi e utilità.</p> <p>Nei casi previsti nella lettera a), b) ed e), salvo nei casi dei prodotti indicati nella lettera d), dell'art. 2, co. 1, le pene si applicano nella loro metà inferiore. Negli altri casi previsti nell'articolo 2 le pene si applicano nella sua metà superiore.</p> <p>Nei casi di commissione imprudente del reato si applica la pena inferiore di un grado.</p> <p>2. Si applica la pena superiore di un grado quando il delitto sia commesso per mezzo o a beneficio di persone, enti o organizzazioni dalla cui natura o attività possa derivarsi una facilitazione alla commissione del reato.</p> <p>3. Quando vi sia la necessità di ritenere la responsabilità penale di una persona giuridica ai sensi di quanto stabilito dall'art. 2, comma 6, ed a seguito dei criteri stabiliti nel comma 1 e 2 del presente articolo, si applica la seguente pena:</p>
--	---

<p>bienes, mercancías, géneros o efectos objeto del contrabando, y prohibición de obtener subvenciones y ayudas públicas para contratar con las Administraciones públicas y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social por un plazo de entre uno y tres años.</p> <p>b) Adicionalmente, en los supuestos previstos en el artículo 2.2, suspensión por un plazo de entre seis meses y dos años de las actividades de importación, exportación o comercio de la categoría de bienes, mercancías, géneros o efectos objeto del contrabando; en los supuestos previstos en el artículo 2.3, clausura de los locales o establecimientos en los que se realice el comercio de los mismos.</p>	<p>a. In tutti i casi, la multa proporzionale dal doppio a quadruplo del valore dei beni, merci, generi o utilità oggetto del contrabbando ed il divieto di ottenere sovvenzioni o aiuti pubblici per contrattare con la pubblica amministrazione e per godere dei benefici e incentivi fiscali o della sicurezza sociale per un periodo di tempo da uno a tre anni.</p> <p>b. Inoltre, nei casi previsti nell'art. 2, co. 2, la sospensione da sei mesi a due anni dall'attività di esportazione o commercio della categoria dei beni, merci, generi o utilità oggetto del contrabbando; nei casi previsti nell'art. 2, co. 3, la chiusura dei locali o dello stabilimento in cui si realizza il commercio degli stessi.</p>
<p><b>Artículo 5. Comiso.</b><sup>[SEP]</sup></p> <p>1. Toda pena que se impusiere por un delito de contrabando llevará consigo el comiso de</p> <p>los siguientes bienes, efectos e instrumentos:</p>	<p><b>Articolo 5. Confisca.</b></p> <p>(1) Le sanzioni imposte per un delitto di contrabbando comportano la confisca dei seguenti beni, utilità e strumenti:</p> <p>a. la merce che costituisce</p>

<p>a) Las mercancías que constituyan el objeto del delito.</p> <p>b) Los materiales, instrumentos o maquinaria empleados en la fabricación, elaboración, transformación o comercio de los géneros estancados o prohibidos.</p> <p>c) Los medios de transporte con los que se lleve a efecto la comisión del delito, salvo que pertenezcan a un tercero que no haya tenido participación en aquél y el Juez o el Tribunal competente estime que dicha pena accesoria resulta desproporcionada en atención al valor del medio de transporte objeto del comiso y al importe de las mercancías objeto del contrabando.</p> <p>d) Las ganancias obtenidas del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieran podido experimentar.</p> <p>e) Cuantos bienes y efectos, de la naturaleza que fueren, hayan servido de instrumento para la comisión del delito.</p> <p>2. Si, por cualquier circunstancia, no fuera posible el comiso de los bienes, efectos o instrumentos señalados en el apartado anterior, se acordará el</p>	<p>l'oggetto del delitto.</p> <p>b. I materiali, strumenti o macchinari impiegati per la fabbricazione, elaborazione, trasformazione o il commercio dei <i>generi estancandos</i> o proibiti.</p> <p>c. I mezzi di trasporti con i quali si porta a compimento la commissione del reato, salvo che appartengano ad un terzo che non abbia partecipato al delitto ed il giudice o il Tribunale competente ritenga che detta pena accesoria risulta sproporzionata con riguardo al valore del mezzo di trasporto oggetto della confisca ed all'importo della merce oggetto del contrabbando.</p> <p>d. il profitto del reato, qualunque siano le trasformazioni che si sono potute sperimentare.</p> <p>e. tutti i beni e le utilità, a prescindere dalla loro natura, che siano serviti da strumenti per la commissione del delitto.</p> <p>2. Se, per qualunque circostanza, non fosse possibile la confisca dei beni,</p>
--	--

<p>comiso por un valor equivalente de otros bienes que pertenezcan a los criminalmente responsables del delito.</p> <p>3. No se procederá al comiso de los bienes, efectos e instrumentos del contrabando cuando éstos sean de lícito comercio y sean propiedad o hayan sido adquiridos por un tercero de buena fe.</p> <p>4. El Juez o Tribunal deberá ampliar el comiso a los efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización o grupo criminal. A estos efectos, se entenderá que proviene de la actividad delictiva el patrimonio de todas y cada una de las personas condenadas por delitos cometidos en el seno de la organización o grupo criminal cuyo valor sea desproporcionado con respecto a los ingresos obtenidos legalmente por cada una de dichas personas.</p> <p>5. El Juez o Tribunal podrá acordar el comiso previsto en los apartados anteriores de este</p>	<p>utilità o strumenti descritti nel comma precedente, è prevista la confisca del valore equivalente di altri beni che appartengano al responsabile penale del delitto.</p> <p>3. Non si procede alla confisca dei beni, utilità e strumenti del contrabbando quando questi siano oggetto di commercio lecito e siano di proprietà o siano stati acquistata da un terzo in buona fede.</p> <p>4. Il giudice o il Tribunale deve ampliare la confisca alle utilità, beni, strumenti e profitti provenienti da una attività delittuosa commessa nell'ambito di una organizzazione o un gruppo criminale. A questi effetti, si intenderà che provenga dall'attività delittuosa il patrimonio di tutti e ciascuna delle persone condannate per i delitti commessi all'interno di una organizzazione o un gruppo criminale il cui valore sia sproporzionato rispetto ai guadagni ottenuti legalmente per ciascuna di queste persone.</p>
--	---

<p>artículo aún cuando no se imponga pena a alguna persona por estar exenta de responsabilidad criminal o por haberse ésta extinguido, en este último caso, siempre que quede demostrada la situación patrimonial ilícita.</p> <p>6. Los bienes, efectos e instrumentos definitivamente decomisados por sentencia se adjudicarán al Estado. Los bienes de lícito comercio serán enajenados por la Agencia Estatal de Administración Tributaria, con excepción de los bienes de lícito comercio decomisados por delito de contrabando de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, o de precursores de las mismas, tipificados en el artículo 2.3 a) de esta Ley Orgánica, en cuyo caso, la enajenación o la determinación de cualquier otro destino de los mismos corresponderá a la Mesa de Coordinación de Adjudicaciones, conforme a lo dispuesto en el artículo 6.2 a) y c) de la Ley 17/2003, de 29 de mayo, por la que se regula el Fondo de bienes decomisados por tráfico ilícito de drogas y</p>	<p>5. Il giudice o il Tribunale può disporre la confisca prevista nei commi precedenti di questo articolo anche quando non venga imposta una pena per essere la persona non imputabile o per essersi il reato estinto, in quest'ultimo caso, sempre che sia dimostrata la situazione patrimoniale illecita.</p> <p>6. I beni, le utilità e gli strumenti definitivamente confiscati sono attribuiti allo Stato. I beni oggetto di commercio lecito sono ceduti alla Agenzia Statale dell'Amministrazione Tributaria, ad eccezione dei beni dei beni oggetto di commercio lecito confiscati per i reati di contrabbando di droghe tossiche, stupefacenti e sostanze psicotrope, o precursori delle stesse, tipizzati nell'art. 2.3.a della presente Legge Organica, nel cui caso, la cessione o la determinazione di qualsiasi altra destinazione corrisponde alla <i>Mesa de Coordinación de Adjudicaciones</i>, conforme al</p>
---	--

<p>otros delitos relacionados, y en su normativa reglamentaria de desarrollo.</p>	<p>disposto dell'art. 6.2.a) e c) della Legge 17/2003, del 29 maggio, con la quale si disciplina il Fondo dei beni confiscati per il traffico illecito di droghe e reati connessi, e nella sua normativa regolamentare di integrazione.</p>
---	---

## *BIBLIOGRAFIA*

AGUADO, A. L. (2011), *Comentario a la ley de extranjería y su nuevo reglamento*, Faustino Cavas Martínez (dir.), , 863-878;

ALBALADEJO, R. L. (2016), “Delito de trata de seres humanos a la luz del derecho internacional y su influencia en la legislación española”, in *Revista Aranzadi Doctrinal*. N. 5, 169-224;

ALCALDE LOPEZ, M. (2012), “Tráfico de Drogas. Consideraciones del nuevo artículo 368.2 del Código Penal”, in *Revista Aranzadi Doctrinal*, n. 4, 75-79;

BARES BONILLA, P. (2015), “La continuidad delictiva y el delito de tráfico de drogas”, in *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2015, 135-137;

BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F. (2004), *El colaborar con la justicia. Aspectos sustantivos, penitenciarios derivado de la conducta del “arrepentido*, Madrid, Dykinson SL;

BUJAN PEREZ, M (2012), “Los delitos de contrabando”, in FARALDO CABANA-BRANDARIZ GARCIA, *Comentarios a la legislación penal especial*, lex Nova, Thomson Reuters, 23 s.;

CALVO VERGEZ J. (2017), “A vueltas con la aplicación de los tipos de gravamen en el impuesto sobre las labores del tabaco”, in *Rev. Quincena Fiscal*, n. 7, 43-62;

CALVO VERGEZ J. (2019), “El delito de contrabando de labores de tabaco: algunas consideraciones”, in *Revista Aranzadi Doctrinal*, 9;

CANO LINARES, M.A. (2017), *La gestión de las fronteras exteriores de la UE frente a los retos de la inmigración y la seguridad*, Editorial Aranzadi;

CHOCLAN MONTALVO, J. A. (2000), “Delito continuado de tráfico de drogas”, in *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n. 447, 4-5;

CORCOY BIDASOLO M., MIR PUIG S. (2010), *Comentarios al Código Penal*, II Ed., Tirant lo Blanch, Madrid, Art. 318-bis;

CORCOY BIDASOLO M., MIR PUIG S. (2010), *Comentarios al Código Penal*, II Ed., Tirant lo Blanch, Madrid;;

CUESTA AGUADO, P.M. (2013), “Delitos de tráfico ilegal de personas, objetos o mercancías”, in *Revista de derecho penal y criminología*, 53-110;

CUGAT MAURI, M. (2010), *Comentario a los arts. 177 bis, 313 y 318 bis CP relativos a la trata de seres humanos*, Editorial Aranzadi;

DE URBANO CASTRILLO, E. (2012), SAAVEDRA RUIZ, J., *Delitos contra los derechos de los extranjeros, Crónicas de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sala 2a)*, Editorial Aranzadi, 2011/2012;

DURO VENTURA, C. (2007), *Los extranjeros y el Derecho Penal*, in OLMEDA A. P. (cur.), *Tratado de Extranjería*, III Ed., Editorial Aranzadi;

ENÉRIZ OLAECHEA, J. (2017), “Rechazo de extranjeros en las fronteras de Ceuta y Melilla. Alcance de la Disposición Adicional Décima de la Ley Orgánica de Extranjería”, in *Revista Aranzadi Doctrinal*, n. 3;

FARALDO CABANA, P. (2012), *Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el código penal español*, Madrid;

FARALDO CABANA P., BRANDARIZ GARCÍA J.A. (2012), *Comentarios a la legislación penal special*, Thomson Reuters, Valladolid;

GARCÍA ARÁN, M. G. (2000), “El principio de Justicia Universal en la L.O. del Poder Judicial español”, in García Arán-Lopez Garrido (cur.), *Crimen Internacional y Jurisdicción Universal*, Valencia, 67;

GONZALEZ, T., GIL ARAUJO, S., MONTANES SANCHEZ, V. (2013), *Política migratoria y derechos humanos en el mediterráneo español. El impacto del control migratorio en los tránsitos de la migración africana hacia Europa*, Editorial Aranzadi;

GUTIÉRREZ ROMERO, F. M. (2007), *Cuestiones que suscita la aplicación práctica del artículo 318 Bis CP - tráfico ilegal de personas: examen jurisprudencial*, in *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 735;

JIMENEZ SEGADO, (2003), *La exclusión de la responsabilidad criminal: Estudio Jurisprudencial penal y procesal*, Editorial Dykinson, Madrid;

JUDEL PRIETO, A. e al. (2011), *Manual de Derecho Penal. Trafico de drogas*, Tomo II;

LARROYOZ SOLA, I. (2015), “Compatibilidad entre el comiso de tabaco y el pago de la deuda aduanera”, in *Revista Aranzadi doctrinal*, 3, 159-161;

LAURENZO COPELLO, P. (2007), “El modelo de protección penal de los inmigrantes”, in *Nuevo Foro Penal*, No. 71;

LÓPEZ CERVILLA, J. M. (2005), “Tráfico Ilícito de personas, problemas concursales del nuevo art. 318 bis del CP”, nota alle *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales núm.18/2004*, Editorial Aranzadi;

LOPEZ INSUA, B. M. (2018), “Migraciones y trabajo invisible tienen nombre de mujer”, in *Nueva Revista Esp. de Derecho del Trabajo*, n. 205, Editorial Aranzadi;

MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. (2008), “Puede utilizarse el derecho penal en la lucha contra la inmigración irregular? Un análisis del tipo básico del art 318 bis CP en clave de legitimidad”, in *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*;

MOYA GUILLEM, C. (2016), “The crimes of trafficking in human beings in Spain and Chile. Legally protected interest and conflict of laws”, in *Pol. Crim.* Vol. 11;

MUÑOZ MESA, S. (2015), *La reforma del delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros operada por LO 1/2015 de 30 de marzo*, Editorial Aranzadi;

PEREZ ALONSO, E. P. (2012), “La ultimas reformas del principio de justicia universal legalizadoras del al jurisprudencia

“creativa” del Tribunal supremo español”, in *Estudios Penales y Criminologicos*, vol. XXXIII, 131-196;

POMARES CINTAS, E. (2015), “Reforma del Código Penal Español en torno al delito de Tráfico ilegal de migrantes como instrumento de la lucha contra la inmigración ilegal en la Unión Europea”, in *Dialnet*;

REBOLLO VARGAS, R. (2009), “El delito de tráfico ilegal de personas y la (In)competencia de la jurisdicción española en aguas internacionales”, in *Revista Electrónica de Ciencia Penal*.

REBOLLO VARGAS, R. R. (2009), “El delito de trafico ilegal de personas y la (in)competencia de la jurisdicción española en aguas internacionales”, in *Revista eletronica de Ciencia Penal y Criminologia*, 2009;

REY HUDOBRO, L. F. (2010), “La reforma del Codigo Penal por Ley Organica 5-2010, de 22 de junio, en materia de trafico de drogas”, in *Revista Aranzadi Doctrinal*, 8, 149-164;

RUBIO LARA, P., ALBALADEJO, R. L. (2016), “El delito de trata de seres humanos en el derecho penal español- problemas e intentos de solucion”, in *Revista Aranzadi Doctrinal*, 7, 207-250;

SAGARRA TRÍAS, E. (2002), “Un nuevo Status de extranjero en España (el inmigrante, irregular, empadronado, residente trabajando y con orden de expulsión)”, in *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, No. 1, 89-97;

SELMA PENALVA, A. (2014), *La expulsión de extranjeros no europeos del territorio español. Respuesta jurisprudencial ante situaciones atípicas*, Editorial Aranzadi;

SOLANES CORELLA, A. (2008), “¿Cómo gestionar los flujos migratorios para potenciar la inmigración legal? Un análisis jurídico desde españa”, in *Migraciones Internacionales*, v. 4, n. 4, 135-172;

SOTO RODRIGUEZ, M. L. (2012), “El arrepentimiento en el delito de trafico de drogas. Artículo 376 CP”, in *Rev. Aranzadi Derecho y Proceso penal*, n. 29;

TERRADILLOS BASOCO, J. M. (2010), “Reflexiones y propuestas sobre inmigración”, in *InDret*;

URREA SALAZAR, M. (2014), *Régimen Jurídico de la Inmigración en Esp. desde la Constitución de 1978 hasta nuestros días*, Editorial Aranzadi;

VACAS CHALFOUN, L. (2014), “El contrabando de tabaco y los dos años de vigencia de la Ley Orgánica 6-2011”, in *Revista Aranzadi Doctrinal*, 11, 201-2016;

VALLE MUNIZ, J. M. (2008), *Comentarios a la parte especial del Código penal. Comentario al art. 370 CP. Conductas de extrema gravedad- en tráfico de drogas*, Editorial Aranzadi;

VILLACAMPA ESTIARTE, C. (2008), *Comentario al Código Penal*, Tomo III, art. 318 bis, *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Editorial Aranzadi;

VILLACAMPA ESTIARTE, C. (2011), *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, Comentarios al CP*, Editorial Aranzadi;

ZARAGOZA TEJADA, J. I. (2018), “La excusa absolutoria de las víctimas de trata. Análisis del artículo 177BIS.11 del Código Penal”, in *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2, 37-49.