

CONFISCACIÓN URBANÍSTICA SIN CONDENA Y PRESCRIPCIÓN DEL DELITO: INTERROGRANTES SOBRE LOS REMEDIOS PROCESALES ACCIONABLES, LUEGO QUE LA GRAN SALA HA DESTACADO UN POSIBLE “EQUILIBRIO”

**CONFISCATION WITHOUT CONVICTION AND STATUTE OF LIMITATIONS: QUESTIONS
ABOUT THE PROCEDURAL REMEDIES, LATER THAT GRAND CHAMBER HAS
ESTABLISHED A POTENTIAL BALANCE**

Gianrico Ranaldi
Profesor asociado de Derecho procesal penal
Università degli Studi di Cassino e del Lazio Meridionale (Italia)

Fecha de recepción: 8 de agosto de 2019.

Fecha de aceptación: 22 de septiembre de 2019.

RESUMEN

La decisión de la Gran Sala de la Corte EDH - en tema de confiscación urbanística sin condena y prescripción del delito - ha impuesto el tentativo de individuar los remedios procesales accionables para aplicar la obligación de conformidad que incumbe sobre el juez nacional. A tal propósito, el “recorrido” difiere según que se haya definido – o esté todavía pendiente – el procedimiento en el ámbito en el que se ha realizado la violación considerada por la Gran Sala.

ABSTRACT

The decision of the Grand Chamber of the European Court of human rights, concerning confiscation without conviction and statute of limitations, imposed an attempt to identify the procedural remedies operable for the purpose of giving effect to the obligation conformativa of the national judge. In this respect the path diverges depending on whether the proceeding -in which it made violation considered by the Grand Chamber- is pending or concluded.

PALABRAS CLAVE

Confiscación – Prescripción – TEDH – Derecho procesal – Delito urbanístico

KEYWORDS

Confiscation – Limitations – ECHR – Procedural Law – Crime against the urban

ÍNDICE

1. SEÑAS DE “CONTEXTO” Y VIOLACIONES DE LA C.E.D.H.: MÍNIMO RECONOCIMIENTO. 2. CONFISCACIÓN URBANÍSTICA SIN CONDENA DECISIÓN SOBRE EL DELITO EXTINGUIDO Y PRESCRIPCIÓN DEL DELITO: LA OPCIÓN CUMPLIDA. 3. CONFISCACIÓN URBANÍSTICA SIN CONDENA, DECISIÓN SOBRE EL DELITO EXTINGUIDO Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA: INDICACIONES DEL MÉTODO. 4. LAS “RECAÍDAS OPERATIVAS”. 4.1. Los juicios en curso. 4.2. Violación de derechos y recuperación de la relativa efectividad post rem iudicatam.

SUMMARY

1. CONTEXT AND VIOLATIONS OF THE ECHR. 2. CONFISCATION WITHOUT CONVICTION AND LIMITATION OF THE CRIME: THE OPTION. 3. CONFICATION WITHOUT CONVICTION, DECISION ABOUT CRIME AND PRESUMPTION OF INNOCENCE. 4. OPERATIVES RELAPSES.

1. SEÑAS DE “CONTEXTO” Y VIOLACIÓN DE LA C.E.D.H.: MÍNIMO RECONOCIMIENTO

La esperada decisión de la Gran Sala de la Corte EDH del 28 de junio 2018 (caso G.I.E.M. S.r.l. y otros v. Italia) resuelve¹, al estado, y algunas cuestiones controvertidas relacionadas con el régimen de la confiscación urbanística² delineando, en la

¹ En referencia a la sentencia de la Gran Sala de la Corte EDH del 28 de junio 2018, G.I.E.M. S.r.l. y otros c. Italia. A tal propósito, se destaca que es de extremo interés también la lectura de las opiniones – según los casos y de los jueces personas individualmente – coincidentes, parcialmente coincidentes, disidentes y parcialmente disidentes, expresada por los jueces Motoc, Pinto De Albuquerque, Spano, Lemmens, Sajó, Karakas, Kelle, Vehabović, Küris, Grovez. Al respecto, v. BIGNAMI, *Desde Estrasburgo vía libre a la confiscación urbanística sin condena en Questionegiustizia.it*; GALLUCCIO, *Confiscación sin condena, principio de culpabilidad, participación de la entidad al proceso: la esperada sentencia de la Corte EDH, Gran Sala en materia urbanística*, en www.penalecontemporaneo.it

² El art. 44, 2º párr., d.P.R.. 6 de junio 2001, n. 380 prevé que «la sentencia definitiva del juez penal que determina la lotificación abusiva, dispone la confiscación de los terrenos que han sido abusivamente lotificados y de las obras abusivamente construidas».

Por lo tanto, la medida específica ha sido cualificada en sede jurisprudencial como una sanción administrativa obligatoria, independientemente de la condena en el proceso penal, de manera que, no solo estaba dispuesta contra terceros en buena fe, sino también sin ninguna pronunciaci3n formal de condena del sujeto activo del delito de lotificaci3n abusiva; asimismo no fue solicitada la verificaci3n positiva de alg3n coheficiente subjetivo id3neo a demostrar la responsabilidad del autor del hecho material de lotificaci3n. Cuanto dicho, hace posible aplicar la confiscaci3n urbanística también cuando el procedimiento de cognici3n se hubiera definido con un pronunciamiento de absoluci3n por transcurso el plazo de prescripci3n del delito. Salvo que, a raíz de la sentencia de la Corte EDH del 20 de enero del 2009, Sud Fondi S.r.l. y otros c. Italia, que reconoce la naturaleza de sanción sustancialmente penal de la confiscaci3n urbanística – dada su naturaleza esencialmente punitiva y su propósito, por ordenanza reglamentaria del juez penal, a la comisi3n de un delito – se impone la aplicaci3n de una específica medida ablativa de las garantías del art. 7 C.E.D.H., suficiente como para considerarse imprescindible – a efectos de la aplicaci3n de las medidas *de qua* – la demostraci3n de la existencia de un vínculo de

prospectiva del jurista interno, de las disposiciones de los arts. 30, 44, 1° e 2° pár., d.P.R. 6 de junio 2001, n. 380 (rubricado, “Texto único de disposiciones legislativas y reglamentación en materia de construcción”), debe leerse - y explicarse - del mismo modo que el razonamiento articulado y de la interpretación proporcionada por la Corte constitucional con la sentencia n. 49 del 2015³.

naturaleza intelectual entre el hecho de lotificación abusiva cuestionado y la responsabilidad penal del sujeto activo del delito. Por esa razón, el reflejo operativo de los principios citados, en la jurisdicción interna, coincidió con la circunstancia que la confiscación urbanística no pudiera ser aplicada hacia el tercero en buena fe y pudiera ser dispuesta previa constatación de todo los elementos objetivos y subjetivos del delito de lotificación abusiva, incluso ante la falta de una formal sentencia condenatoria que cristalice la responsabilidad penal del sujeto activo en el delito. Sucesivamente, en el alveo interpretativo trazado por la sentencia Sud Fondi y otros c. Italia – la referencia no solo a dicha decisión del 2009, sino también a las decisiones emitidas el 30 de agosto 2007 en el punto de admisibilidad del recurso y el 10 de mayo 2012, en el punto de “equitativa satisfacción”, que resuelve que a efectos de la reparación del daño no era suficiente la mera revocación del embargo. Sino que era necesaria una ulterior condena del Estado italiano a abonar la suma de € 37 millones a favor de la recurrente Sud Fondi s.r.l. y € 12 millones a los restantes recurrentes - la Corte EDH, con la sentencia del 29 de octubre 2013, Causa Varvara c. Italia ha considerado que la aplicación de la confiscación urbanística en la hipótesis de absolucón por extinción del delito constituya una violación del principio de legalidad reconocido en el art. 7 C.E.D.H, que no se limita a imponer una base legal para los delitos y para las penas, sino también implica la ilegitimidad en la aplicación de las sanciones penales por hechos cometidos por otros (en la jurisprudencia anterior ya consideradas en desacuerdo con la presunción de inocencia fijadas en el art. 6, § 2, C.E.D.H) o, aún así, que no esté fundada sobre un dictamen de culpabilidad “*consignée dans un verdict de culpabilité*”. En otros terminos, la aplicación de la confiscación urbanística, en ausencia de formal condena, habría resultado, por consiguiente, incompatible con la “tabla de valores” amparados por el art. 7 C.E.D.H y habría violado la disposición específica.

³ Sobre el punto, v. Corte const., sent. n. 49 del 2015, que declaró admisible las cuestiones de legitimidad constitucional «del art. 44, párrafo 2, del decreto del Presidente de la Republica 6 de junio 2001, n. 380 (Texto único de las disposiciones legislativas y reglamentarias en materia edilicia – Texto A)», que plantea «referido a los art. 2, 9, 32, 41, 42 e 117, primer pár., de la Constitución, de la Corte de Casación, tercera sección penal » y «referido a el ’art. 117, primer pár., Const., del Tribunal ordinario de Teramo, en composición monocrática ». Por una parte, con ordenanza del 20 de mayo 2014 (r.o. n. 209 del 2014), la Corte de Casación, tercera sección penal, plantea, referido a los arts. 2, 9, 32, 41, 42 e 117, 1° pár., Const., una cuestión de legitimidad constitucional del art. 44, 2° pár., d.P.R. 6 de junio 2001, n. 380 «en la parte que prohíbe aplicar la confiscación urbanística «en el caso de declaración de prescripción del delito aún cuando la responsabilidad penal haya sido demostrada en todos sus elementos». Particularmente, la Corte de Casación considerò «que, por efecto de la sentencia de la Corte europea de derechos del hombre 29 ottobre 2013, Varvara contra Italia (ric. n. 17475 del 2009), la norma impugnada» hubiera «asumido el significado que excluye la confiscación de los bienes cuando no viene pronunciada una condena por el delito de lotificación abusiva» y que «La medida no podrá por lo tanto ser adoptada, cuando el delito está prescrito, no obstante haya sido, o pueda ser incidentalmente, comprobada la responsabilidad personal de quien está sometido a la confiscación» y esto ha de surgir «en contraste con los arts. 2, 9, 32, 41, 42 e 117, primer pár., Const., en cuanto determina una forma de sobre protección del derecho de propiedad, no obstante el bien abusivo no cumpla una función de utilidad social (arts. 41 e 42 Const.), con el sacrificio de principios constitucionales de rango constitucionalmente superiores, es decir del derecho a desarrollar la personalidad humana en un ambiente sano (arts. 2, 9 e 32 Const.)». Por otra parte, con la resolución del 17 de enero 2014 (r.o. n. 101 del 2014), el Tribunal ordinario de Teramo, en composición monocrática, planteó «una cuestión de legitimidad constitucional del art. 44, pár. 2, del d.P.R. n. 380 del 2001, referido al art. 117, primer pár., Const., este último al art. 7 de la Convención europea para proteger los derechos del hombre y de la libertades fundamentales (de ahora en mas «C.E.D.H.»), firmada en Roma el 4 de noviembre de 1950, ratificada y aplicada inefectiblemente con la ley del 4 agosto 1955, n. 848, que venga dispuesta en la parte que permite que la confiscación urbanística de los terrenos abusivamente lotificados y de las

El pronunciamiento, que ha llegado tras una espera de casi tres años, se caracteriza por una configuración, al mismo tiempo, innovadora y continuativa y “abre” a ricaiadas aplicativas relevantes.

A este respecto, de hecho – complaciendo una perspectiva causística y clasificatoria – cabe decir que la Corte EDH – pronunciándose sobre la compatibilidad de la susodicha medida ablativa con los arts. 7 (rubricado, “No hay pena sin ley”), 6 § 2 (rubricado, “Derecho a un proceso equitativo”) y 1 Prot. Adic. C.E.D.H. (rubricado, “Protección de la propiedad”) - luego de haber subrayado «que sus sentencias tienen todas el mismo valor jurídico» y que «su carácter vinculante y su autoridad interpretativa no puede por lo tanto depender de la formación jurisdiccional que las ha pronunciado»⁴ - por una parte, contradice la conclusión a la que había llegado la

obras construidas abusivamente «también en una sentencia que declare la extinción del delito por prescripción». En particular, el juez *a quo* consideró que la posibilidad de disponer la confiscación urbanística no obstante haya madurado el plazo de la prescripción contrasta con «el art. 7 della C.E.D.H., en la interpretación por último adoptada mediante la recordada sentenza Varvara contro Italia», en caso de considerarse que «con esta decisión, la Corte de Estrasburgo habría excluido la conformidad al principio de legalidad en materia penal de una confiscación urbanística aplicada conjuntamente a una sentencia declarativa de extinción del delito por prescripción, es decir a falta de condena». Sin embargo la Corte Constitucional, declarando no admisibles ambas cuestiones, considera principalmente no aceptable – permaneciendo firme la necesidad de aplicar el precepto enunciado por la Corte EDH en el caso concreto objeto de juicio *ex art.* 46 C.E.D.H.- reconocer una aislada pronunciación de la Corte EDH (y, por consiguiente, «a la norma individuada por Estrasburgo» en la sentencia Varvara), que concierne una temática respecto a la cual no se ha formado aún un orientamiento consolidado (que se verificaría en presencia de un derecho consolidado o una sentencia piloto), aspecto vinculante para el juez italiano. Al mismo tiempo, la Corte Costituzionale, refiriéndose específicamente al tema de la aplicabilidad de la confiscación urbanística por falta de una formal condena – dada la declaración de extinción del delito por prescripción- subraya que la cuestión en conflicto consiste «en determinar si el juez europeo, cuando razona expresamente en términos de ‘condena’, tiene en mente la forma del pronunciamiento del juez, es decir la sustancia que necesariamente acompaña dicha pronunciación, allí donde la misma inflija una sanción criminal conforme al art. 7 de el C.E.D.H., lo que significa la constatación de responsabilidad» y concluye que «en la legislación jurídica italiana la sentencia que determina la prescripción de un delito no denuncia alguna incompatibilidad lógica o jurídica con una total constatación de responsabilidad. Este último, es más es necesario siempre que se trate de disponer una confiscación urbanística», considerando que se trata «no de la forma en la que viene pronunciada, sino en la sustancia de la comprobación». A este propósito, entre otros, CIVELLO, *La sentenza Varvara c. Italia “no vincula” el juez italiano: dialogo entre Corti o monologos de Corti?*, en www.archiviopenale.it; VIGANÒ, *La Consulta y la tela di Penelope. Osservazione a primissima lettura en C. const., sent. 26 de marzo 2015, n. 49, en materia de confiscación de terrenos abusivamente lotificados y absolución por prescripción*, en www.penalecontemporaneo.it.

⁴ Así, textualmente, Corte EDH, Gran Sala, del 28 de junio 2018, Causa G.I.E.M. S.r.l. y otros c. Italia, párrafo 252. Al respecto, cabe señalar que el específico argumento contrasta, netamente, con el razonamiento en este ámbito articulado por la Corte Costituzionale, en la mencionada sentencia n. 49 del 2015, allí donde se ha subrayado «que el juez común está obligado a adaptarse a la “jurisprudencia europea consolidada en la confiriente normativa” (sentencia n. 236 del 2011 e n. 311 del 2009), “a fin de respetar la sustancia de dicha jurisprudencia” (sentencia n. 311 del 2009; en un mismo sentido, sentencia n. 303 del 2011), no obstante el margen de consideración que corresponde al Estado miembro (sentencia n. 15 del 2012 e n. 317 del 2009). Es, por lo tanto, solo un “derecho consolidado”, generado por la jurisprudencia europea, que el juez interno se ve obligado a fundamentar su propio proceso interpretativo, mientras ninguna obligación existe en ese sentido, ante resoluciones que no expresen una orientación que se ha convertido en definitiva. Del resto, dicha aseveración no solamente concuerda con los principios constitucionales, abriendo el camino a la confrontación constructiva entre jueces nacionales y Corte EDH en el sentido de atribuir a los derechos del hombre, sino que se revela adecuada respecto a las modalidades organizativas del juez de Estrasburgo. De hecho se articula en

misma Corte europea con la sentencia Varvara⁵, declarando que la confiscación urbanística no viola el artículo 7 C.E.D.H. siempre que esté dispuesto el resultado de una verificación jurisdiccional⁶ que presente cuando menos los requisitos sustanciales

secciones, admitiendo la opinión disidente, engloba un mecanismo idóneo para resolver un contraste interno de jurisprudencia, mediante la remisión a la Gran Sala. Es por lo tanto la misma C.E.D.H. a postular el carácter progresivo de la formación del derecho jurisprudencial, incentivando el diálogo hasta cuando la fuerza de los argumentos no haya conducido definitivamente a seguir un camino, en lugar de otro... La noción misma de jurisprudencia consolidada encuentra reconocimiento en el art. 28 de la C.E.D.H., demuestra que, también en el marco de esta última, se admite que el espesor de persuasividad de las resoluciones es objeto a matices de grado, hasta cuando no surja un «*well-established case-law*» que «*normally means case-law which has been consistently applied by a Chamber*», salvo el caso excepcional en cuestión de principio, «*particularly when the Grand Chamber has rendered it*» (así explicado en el art. 8 del Protocolo n. 14, que ha modificado el art. 28 del la C.E.D.H.) [...] Solamente en el caso en el que se encuentre en presencia de un “derecho consolidado” o de una “sentencia piloto”, el juez italiano estará vinculado a aplicar la norma individuada en Estrasburgo, adaptando a la misma su criterio de juicio para superar posibles contrastes con respecto a una ley interna, antes que nada por medio de «cualquier herramienta hermenéutica a su disposición», es decir, si ello no fuera posible, recurriendo al accidente de legitimación constitucional (sentencia n. 80 del 2011). Esta última asumirá consecuentemente, en líneas generales, como norma interpuesta el resultado estabilizado de la jurisprudencia europea, de la cual esta Corte ha en efecto repetidamente declarado que no puede «prescindir» (*ex plurimis*, sentenza n. 303 del 2011), salvo la eventualidad excepcional de una verificación negativa sobre la conformidad de la misma, y, por tanto de la ley de ajuste, a la Constitución (*ex plurimis*, sentencia n. 264 del 2012), de estrecha competencia de esta Corte. Mientras, en el caso que sea el juez común a interrogarse sobre la compatibilidad de la norma convencional con la Constitución, es evidente que esta única duda, ante la falta de un “derecho consolidado”, es suficiente para excluir la misma norma de los potenciales contenidos asignables en vía hermenéutica a la disposición de la C.E.D.H., de esta manera previniendo, con una interpretación orientada constitucionalmente, la proposición de la cuestión de legitimidad constitucional». Sobre el tema específico, para útiles apuntes de reflexión y referencia, se lea también la opinión - parcialmente concordante y parcialmente disidente - expresada por el juez Pinto De Albuquerque “a piè de página” sobre la mencionada sentencia de la Gran Sala. A este propósito, “al margen” de la sentencia de la Corte constitucional, n. 49 del 2015, v. ZAGREBELSKY, [Corte cost. n. 49 del 2015, jurisprudencia de la Corte europea de los derechos humanos, art. 117 Const., obligaciones derivantes de la retificación de la convención](#), en [www.rivistaic.it](#)

⁵ Para un comentario en primera lectura de la sentencia Varvara, v. MAZZACUVA, *La confiscación dispuesta ante la falta de condena viola el art. 7 C.E.D.H.*, en [www.penalecontemporaneo.it](#); DELLO RUSSO, *Prescripción y confiscación de los suelos abusivamente lotizados : tanto va el cántaro a la fuente que al final se rompe*, en [www.archiviopenale.it](#). En orden a la orientación interpretativa actual “en sentido descendente” de la denominada jurisprudencia Varvara, entre otras, v. Cas., Secc. III, 5 de abril 2018, Settani, en esta *Revista*, de la misma forma que «En presencia de un secuestro preventivo finalizado a la confiscación urbanística, el juez del debate, siempre que madure una causa de extinción del delito (en el caso en cuestión, prescripción), no tiene la obligación de una inmediata declaratoria de la causa de no punibilidad ex art. 129 del código de procedimiento penal. Otra consecuencia es que el juez del debate puede disponer la confiscación urbanística, en ausencia de una sentencia de condena, sin embargo en presencia de la necesaria constatación del delito en sus componentes objetivos y subjetivos asegurando a la defensa el más amplio derecho a la prueba y al contradictorio y, a tal fin, debe, si bien ante una sobrevenida causa de extinción del delito (en el presente caso, prescripción), proseguir en la instrucción debatimental, difiriendo, según proceda, la resolución de extinción del delito al éxito del juicio y disponiendo la confiscación urbanística con la condición que venga comprobado el hecho, es decir la lotificación abusiva, en todos sus componentes objetivos y de imputación subjetiva al menos culpable». Con respecto al específico pronunciamiento, v. DELLO RUSSO, *Prescripción y confisca. La tercera Sección pone ulteriores (pero no definitivas) tablillas*, en esta *Revista*.

⁶ El art. 7 C.E.D.H., rubricado “*No hay pena sin ley*” establece que “1. Nadie puede ser condenado por una acción u omisión que, al momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más

de la condena (id est, ante la falta de una cosa juzgada formal de condena) y, por consiguiente, no obstante la maduración del plazo de prescripción de la infracción de lotificación abusiva y la consiguiente pronunciación liberatoria⁷; por otro lado, sin embargo, declara que la confiscación urbanística viola el art. 7 C.E.D.H. en la medida que esté dispuesta hacia personas físicas y jurídicas que no hallan sido «parte en causa» - ni hubieran podido serlo tal como indica el derecho en vigor - en el procedimiento de cognición cuyo objeto el escrutinio de legitimidad de la hipotética lotificación abusiva, conforme con el principio «según el cual una persona no puede ser sancionada por un hecho que afecta la responsabilidad penal ajena», de manera que «una medida de incautación aplicada... a personas físicas o jurídicas que no son parte en causa es incompatible con el artículo 7»; todavía por otra parte, declara que el instituto de quo - de naturaleza obligatoria - infringe el art. 1 Prot. Adic. C.E.D.H.⁸, ya que «la aplicación automática de la confiscación en caso de lotificación abusiva prevista - excepto para terceros en buena fe - por la ley italiana» se contrapone al principio de proporcionalidad respecto a la realización del objetivo, coincidente con la tutela del ambiente, perseguido con la medida de qua; de hecho, el respeto del específico objetivo de tutela debería contemplar la posibilidad para el juez penal de adoptar medidas menos restrictivas (cómo la demolición de obras no conformes a las disposiciones pertinentes) o a la invalidación del proyecto de lotificación es decir incluso la posibilidad de limitar la medida ablativa a las zonas edificadas, teniendo en cuenta el grado de culpabilidad o de imprudencia de los sujetos interesados, cuando menos, la relación entre las conductas y la intregración del hecho de lotificación (id est, la confiscación urbanística se contrapone con los principios apenas citados «en cuanto no permite al juez de evaluar cuales son los instrumentos más apropiados a las específicas circunstancias en el caso en cuestión, desde una perspectiva más amplia, de equilibrar el propósito legítimo subyacente y los derechos de los interesados afectados por la sanción» y esto vale aún más cuando la medida específica afecta assets de personas jurídicas que no han sido «parte en causa» y no se han beneficiado de alguna garantía procesal); por otra parte todavía, la Corte EDH considera integrada, específicamente, la violación del art. 6 § 2 C.E.D.H., según el cual «cada persona acusada de un delito se presumirá inocente hasta cuando su culpabilidad no venga demostrada», puesto que - en el asunto procesal interno - la confiscación urbanística ha sido dispuesta contra el recurrente persona física directamente por la Corte de Casación, si bien haya sido absuelto en apelación y la

grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida. 2. El presente artículo no impedirá el juicio o la condena de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas”.

⁷ En tema, GIUNCHEDI, MUSCELLA, apartado *Delito estinguido (desición sobre)*, en *Disc. Pen.*, revisado. X, Turín, 2018, 642 ss.

⁸ El art. 1 del Prot. Adic. C.E.D.H., rubricado “*Protección de la propiedad*”, prevé que “1. Toda persona física o jurídica tiene derecho al respeto de sus bienes.. Nadie podrá ser privado de su propiedad si no por causas de utilidad pública y en las condiciones previstas por la ley y de los principios generales del Derecho Internacional. 2. Las disposiciones precedentes se entienden sin prejuicios del Derecho que tienen los Estados de dictar las leyes que estimen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos, de otras contribuciones o de las multas”.

Corte haya declarado extinguida la acusación por prescripción del delito (id est, la declaración de culpabilidad subsiguiente a la absolución, en un contexto en el cual el delito ha sido extinguido y no puede haber instrucción de causa probable, constituye una violación del derecho de defensa del acusado y es, incompatible con el artículo 6 § 2 C.E.D.H. que atribuye expressim valor al principio de la presunción de inocencia).

Salvo que, si el reconocimiento sumario de las conclusiones decididas por la Gran Sala no tiene en cuenta el esfuerzo motivacional realizado, la misma tendrá valor de premisa ineludible para señalar algunas de las problemáticas cuestiones abordadas y, sobre todo, para delinear las posibles “recaídas operativas” del específico dictum.

2. CONFISCACIÓN URBANÍSTICA SIN CONDENA, DECISIÓN SOBRE EL DELITO EXTINGUIDO Y PRESCRIPCIÓN DEL DELITO: LA OPCIÓN CUMPLIDA.

La Gran Sala reitera, coherentemente con la sentencia Sud Fondi e Varvara, la atracción de la confiscación urbanística en el paradigma de la de la confisca matière pénale así como los citados “criterios Engel”, que fueron emanados por una sentencia del 1976 de la Corte C.E.D.H. y sucesivamente perfeccionados⁹, de tal modo que la misma se incluye en el grupo de las «penas» contempladas por el art. 7 C.E.D.H.¹⁰: lo que implica, sin hablar del resto, que la relativa aplicación debe realizarse basándose en el resultado de un procedimiento que - si bien al interno de un sistema nacional sea calificado administrativo - presente también el núcleo mínimo de garantías relacionadas, precisamente, a la noción convencional de matière pénale¹¹.

Por consiguiente, la Gran Sala sostiene que, en líneas generales, para la aplicación de «una pena contemplada en el art. 7 se requiere la subsistencia de un

⁹ Corte EDH, sent. 8 de junio 1976, Engel c. Países Bajos, en *Publications de la Cour Européenne des Droits de l'Homme* 1977, Série A, 36. La decisión en discusión ha considerado que la clasificación jurídica del ilícito, en el derecho interno, sea un criterio solo formal y relativo: de hecho, debería atribuirse, en la perspectiva de calificación de la *matière pénale*, mayor consideración a la naturaleza de la violación en el grado de severidad de la sanción que corre el riesgo de padecer el interesado. Por lo que que concierne los denominados criterios Engel, el primero corresponde con la cualificación de el ilícito según el ordenamiento nacional y es, por lo tanto, formal; los otros dos, en cambio, son de naturaleza sustancial y deben ser considerados según la lógica alternativa y se identifican con el carácter de la violación y con la naturaleza, gravedad y finalidad de la sanción, según la determinación de la Corte EDH, y vale en el caso en que falte tal cualificación es decir cuando el legislador nacional califique de otra forma el comportamiento computado. Al respecto v. Corte EDH, sent. 10 de febrero 2009, Zolotoukine c. Rusia, en www.progettoinnocenti.it, que afirmó que el segundo y tercer criterio son alternativos y no necesariamente cumulativos, incluso si es admisible el recurso a ambos caso en que el análisis por separado de cada criterio no permita alcanzar a una “*conclusion claire quant à l'existence d'une accusation en matière pénale*” (§ 53).

¹⁰ La referencia es hacia los tonos y contenidos del § 233 y a la “recuperación” contenida en dicha sentencia de la Corte Constitucional n. 49 del 2015, cit., en www.giurcost.it, allí donde se detecta que es «principio consolidado que la “pena” puede ser aplicada también por una autoridad administrativa, a condición que exista la facultad de impugnar la decisión ante un tribunal que proporcione las garantías del art. 6 de la C.E.D.H., y que no ejerza necesariamente la jurisdicción penal (por último, sentencia 4 marzo 2014, Grande Stevens y otros contra Italia, refiriéndose a una sanción considerada grave). Se añade que la “pena” puede cumplir con la definición de un procedimiento administrativo, incluso en ausencia de una declaración formal de culpabilidad por parte de la jurisdicción penal (sentencia 11 de enero 2007, Mamidakis contra Grecia)».

¹¹ La referencia es a las garantías del *due process of law* (art. 6 C.E.D.H.), al principio de legalidad (art. 7 C.E.D.H.), al principio de *ne bis in idem* processuale es decir al derecho de no ser condenado dos veces por el mismo hecho (art. 4 del Protocolo n. 7 alla C.E.D.H.).

nexo de carácter psicológico mediante el cual sea posible encontrar un elemento de responsabilidad de la conducta del autor material del delito »¹², queda entendido que - como dictaminó la sentencia Varvara - los Estados miembros de la C.E.D.H. pueden, excepcionalmente, establecer formas de responsabilidad objetiva basadas en presunciones de culpabilidad, que de todos modos no pueden producir «el efecto de imposibilitar al autor del hecho de defenderse de las acusaciones en su contra, privándolo de los derechos garantizados por el art. 6.2 de la Convención» (se presta mayor atención, en particular, al reconocimiento de la posibilidad de probar lo contrario y permitir al sujeto agente de ejercer su propio derecho de defensa)¹³ y que el criterio de base por el cual se requiere una relación de tipo psicológico («mental link»), entre el sujeto agente y el hecho antijurídico que justifica la “reprimenda” tiene que encontrar aplicación relacionada con el instituto de la confiscación urbanística¹⁴.

Por el contrario, la Gran Sala “marca” la propia discontinuidad con respecto a la sentencia Varvara, ya que la misma sanciona con los arts. 7 e 6 § 2 C.E.D.H. de la confiscación urbanística aplicada, en relación al delito de lotificación abusiva declarado extinguido por prescripción, en la medida de una investigación sobre la culpabilidad meramente accidental y lo hizo con la condición esencial que «la lógica de la ‘pena’ y del ‘castigo’, y la noción de ‘guilty’ (en la versión en inglés) y la correspondiente noción de ‘personne coupable’ (en la versión en francés), declaran a favor de una interpretación del artículo 7 que exige, para sancionar, una declaración de responsabilidad de parte de los jueces nacionales, que pueda permitir de adeudar el delito y de infligir la pena a su autor. Ante la falta de esto, el castigo no tendría sentido [...] sería de hecho incoherente exigir, por una parte, una base legal accesible y previsible y permitir, por otra parte, un castigo cuando, como en el asunto en cuestión, la persona interesada no ha sido condenada»¹⁵.

Efectivamente, con la decisión del presente caso (G.I.E.M. S.r.l. y otros v. Italia), la Corte EDH establece que la aplicación de la confiscación urbanística, aún cuando se verifique la prescripción del delito, sea compatible con las garantías previstas por el art. 7 C.E.D.H. y cuando todos los elementos constitutivos del delito de lotificación abusiva hayan sido sustancialmente comprobados.

En particular, según la Gran Sala, la imprescindible evaluación -«más allá de las apariencias y del vocabulario utilizado» y según el criterio de «realidad de una situación»- impone que «ir más allá del dispositivo de una decisión interna» y de «tener en cuenta la sustancia, en cuanto la motivación constituye una parte de la decisión»; a esto se añade que es relevante «en una sociedad democrática el hecho de garantizar el Estado del derecho y la confianza en la justicia de las personas sometidas

¹² Así, v. § 260 de la sentencia de la Corte EDH, Gran Sala, 28 de junio 2018, Causa G.I.E.M. S.r.l. y otros c. Italia, cit., en www.giustizia.it.

¹³ Así, v. § 260 de la sentencia de la Corte EDH, Gran Sala, 28 de junio 2018, Causa G.I.E.M. S.r.l. y otros c. Italia, cit., en www.giustizia.it.

¹⁴ Sobre esto, v. § 245 la sentencia de la Corte EDH, Gran Sala, 28 de junio 2018, Causa G.I.E.M. S.r.l. y otros c. Italia, cit., en www.giustizia.it, donde se lee «que teniendo en cuenta la aplicación jurisprudencial de la misma sucesiva al caso Sud Fondi. Las mismas Cortes italianas, efectivamente, adaptándose positivamente al input proveniente de Estrasburgo, han llegado a afirmar tanto la necessità de un vínculo de tipo psicológico entre la ofensa y su autor, como la imposibilidad de aplicar la sanción en cuestión al tercero en buena fe».

¹⁵ Así, textualmente, § 71, Corte EDH, 29 octubre 2013, Causa Varvara c. Italia, cit., en www.giustizia.it

a juicio»; del mismo modo, observa el «régimen aplicado por los tribunales italianos», cuyo objetivo corresponde con «la lucha contra la impunidad derivante del hecho che, por los efectos combinados de delitos complejos y de plazos de prescripción relativamente breves, los autores de estos delitos escaparían sistemáticamente a la acción penal y, sobre todo, a las consecuencias de sus fechorías.»¹⁶, tanto que la aplicación de la confiscación urbanística, aún ante la falta de condena formal, no entraría en contraste con el art. 7 C.E.D.H. « con la condición que los tribunales en cuestión hayan actuado en el pleno respeto de los derechos de defensa previstos en el art. 6 de la Convención» y hayan constatado «que subsisten todos los elementos del delito de lotificación abusiva si bien alcanzando una resolución de sobreseimiento, solamente como consecuencia de la prescripción», de manera que «dichas constataciones, sustancialmente, constituyen una condena en virtud del artículo 7, que en este caso no ha sido violado»¹⁷.

Exepto que, cabe señalar que el razonamiento articulado sobre el punto de la Gran Sala - severamente criticado en la opinión parcialmente conjunta y parcialmente disidente del juez Pinto De Albuquerque¹⁸ - tiene carácter, por decirlo así, dialógico

¹⁶ En este sentido, v. § 260 la sentencia de la Corte EDH, Gran Sala, 28 de junio 2018, Causa G.I.E.M. S.r.l. y otros c. Italia, cit., en www.giustizia.it.

¹⁷ Sobre el punto, todavía, v. § 261 de la sentencia de la Corte EDH, Gran Sala, 28 de junio 2018, Causa G.I.E.M. S.r.l. y otros c. Italia, cit., en www.giustizia.it.

¹⁸ De hecho, en la opinión parcialmente concordante y parcialmente disidente, que puede leerse a pié de página en la sentencia de la Gran Sala de la Corte EDH del 28 de junio 2018, Causa G.I.E.M. S.r.l. y otros c. Italia, cit., en www.giustizia.it, el juez Pinto De Albuquerque ha subrayado que «...como proclama la sentencia Sud Fondi, y como han dictado los jueces las leyes, el principio de legalidad contiene el principio *nulla poena sine culpa*, que debe ser comprobado (tanto la *culpa como la poena*) en los plazos previstos por las normas de prescripción pertinentes. En un Estado basado en la supremacía del derecho y sobre el principio de legalidad, el poder del Estado de perseguir y sancionar delitos complejos esta limitado en el tiempo o, utilizando la elegante formulación de la Corte Constitucional, «transcurrido tiempo desde la ejecución del hecho, se reducen las exigencias de penitencia y madura un derecho al olvido del autor». En caso contrario, los valores de la certeza del derecho y de la previsibilidad inherentes al principio de legalidad, por lo tanto el mismo principio, se sacrificaría en nombre de la eficacia del sistema jurídico [...] En estas condiciones, cuando un delito se prescribe, los motivos del acción penal no subsisten y el objetivo de la pena no prevalece. Declarar que ha prescripto un delito significa propiamente sacrificar la lucha contra la impunidad. Si el objetivo de la lucha contra la impunidad prevaleciera siempre, no prescribiría ningún delito. Este es el elemento central de la sentencia Varvara, «el derecho al olvido», que así viene anulado por la Corte Constitucional. El requisito de una «sentencia de condena» impuesto por la sentencia Varvara es simplemente una consecuencia lógica del requisito de los plazos de prescripción. No puede haber sanción sin una formal declaración de condena, porque una declaración de este tipo no puede intervenir sucesivamente a la prescripción del delito. En otras palabras, el elemento central del famoso párrafo 72 de la sentencia Varvara consiste en reconocer que la prescripción no es una sustancial condena. Mientras la sentencia Sud Fondi establece el principio *nulla poena sine culpa*, la sentencia Varvara ha reconocido la prescripción como parte integrante del principio de legalidad. Por consiguiente, el artículo 7 excluye la imposición de incautación (que es una «pena» según el derecho convencional como lo interpreta la Corte y según el derecho constitucional italiano como lo interpreta la Corte Constitucional) en el caso de un delito prescripto, porque la prescripción tiene el significado de una garantía materia, y no un simple significado procesal, en la Convención como en el derecho nacional». Por lo tanto, «a la luz de estas consideraciones, la decisión actuada por la Corte constitucional italiana de evocar «la función [de la Corte di Estrasburgo que consiste en] percibir la violación del derecho fundamental en su dimensión tangible, precindiendo de la formulación abstracta»

utilizada para calificar el delito, puede interpretarse como un intento de negar la evidencia, es decir que una comprobación «sustancial» de culpabilidad tiene poco sentido si esto no significa una declaración

con respecto a los tonos y contenidos de la sentencia de la Corte Constitucional n. 49 del 2015¹⁹ - según la cual «en el sistema judicial italiano la sentencia que comprueba la prescripción de un delito no denuncia alguna incompatibilidad lógica o jurídica con total constatación de responsabilidad », que «al contrario, es un deber caso en que se trate de disponer una confisca urbanística»²⁰, tanto que la cuestión no estaría en la «forma

formal de culpabilidad por parte de un juez. Tal argumentación es particularmente infeliz en cuanto distorsiona el significado de la teoría del predominio de la sustancia sobre el formal encuadramiento sostenido por la Corte, que ha siempre sido utilizada para garantizar la tutela del acusado de disimuladas formas de sanciones. La Corte Constitucional utiliza el agumento de la tutela de la «sustancia de los derechos humanos» para debilitar los derechos humanos de la persona objeto de la confiscación sin condena. En mi opinión, es inaceptable que la Corte Constitucional utilice *contra reum* una teoría desarrollada por la Corte en beneficio de esta persona. Además, las consideraciones sobre el argumento «valen también para la argumentación basada en la necesidad de combatir la «hipertrofia» del derecho penal. Si es verdad que la política del Estado en materia de derecho penal debe aspirar al principio de la mínima intervención, es inaceptable utilizar esta argumentación en *malam partem*, al fin de privar el acusado de la tutela prestada por el art. 7 y de imponerle la confiscación en ausencia de cualquier tipo de condena formal por trascurso el plazo de prescripción. De tal manera se invierte el principio de subsidiariedad del derecho penal para poder infligir la sanción luego de la prescripción [...] En realidad, al aplicar la confiscación urbanística sin condena, el juez trata de contrastar la inercia de la administración local y la connivencia con los proyectos de lotificación abusiva. En otras palabras, el sistema de justicia penal ejerce funciones administrativas. Desde el punto de vista del derecho constitucional, es evidente que las transformaciones del juez penal en un órgano suplente de la administración es incompatible con el principio de la separación de poderes ».

¹⁹ Corte const., sent. n. 49 del 2015, cit.

²⁰ Corte const., sent. n. 49 del 2015, cit. En tema, en la opinión parcialmente concordante y parcialmente disidente, que puede leerse a pié de página de la sentencia de la Gran Sala de la Corte EDH del 28 de junio 2018, Causa G.I.E.M. S.r.l. y otros c. Italia, cit., en www.giustizia.it, el juez Pinto De Albuquerque ha relevado que «según la Corte Constitucional, una declaración «sustancial» de culpabilidad no suscitara preocupaciones en el ámbito de la Convención. Quedan todavía muchas preguntas sin respuestas, que no han sido siquiera planteadas. » en el que se considera que «El juez constitucional no ha aclarado «los límites que el sistema procesal puede (...) imponer al juez penal en cuanto a las actividades necesarias para alcanzar la constatación de la responsabilidad», tampoco ha indicado si la confiscación urbanística podría ser aplicada únicamente si los elementos objetivos y subjetivos de la responsabilidad han sido verificados antes de la prescripción del delito o si el juez podría concluir las investigaciones luego de dicho plazo al fin de establecer los elementos objetivos y subjetivos de la responsabilidad y, en caso afirmativo, cuáles garantías procesales deberían ser aplicadas. La Corte Constitucional no ha siquiera indicado con exactitud que criterio de prueba el juez debía aplicar para determinar «sustancialmente» los hechos relevantes con la finalidad de imponer la incautación. Si las normas prescriptivas limitan los poderes a disposición del Estado para investigar sobre la vida de las personas, como se podrá alcanzar este objetivo si todos los delitos pueden no obstante dar lugar a investigaciones para llegar a una evaluación «sustancial» de la responsabilidad? O incluso hay delitos especiales que admiten estas «sustanciales» declaraciones de culpabilidad y otros que no lo admiten? [...] En realidad, la declaración «sustancial» de responsabilidad es un cheque en blanco que permite a los jueces nacionales actuar como desean. En la tensión weberiana entre *Wertrationalität* (racionalidad por valores, o axiología) y *Zweckrationalität* (racionalidad por objetivos), los jueces internacionales o nacionales, deben siempre aspirar hacia la primera y no la segunda, que forma parte de la política [...] El punto fundamental es que el juez no debe hacer pesar sobre las personas en cuestión los defectos de una política penal irracional del Estado, particularmente de una política que induce «el efecto combinado de delitos complejos y de plazos de prescripción relativamente breves». Y sin embargo: «Mas generalmente, la noción de declaración «sustancial» de responsabilidad es por si misma contraria a los valores de la certeza del derecho y de la previsibilidad, puesto que la persona o la entidad interesado/a no puede realmente predecir si sus bienes vendrán confiscados [...] A parte, la noción de declaración de responsabilidad «sustancial» esta basada sobre una analogía con una condena... Esta analogía entre motivación y condena es esencialmente incorrecta, en cuanto dicha extensión de la

de la pronunciación», sino en la «sustancia de la constatación»- y resulta coherente con la tendencia que se observa, resultando coherente al ordenamiento interno, a favor del reconocimiento de la decisión sobre la relevancia del delito extinguido, al mismo tiempo, decicionales²¹ y, por así decirlo, incisiva en los derechos de las “partes

noción de «condena» en perjuicio de la persona en cuestión corresponde a una analogía en *malam partem* inammissibile. La farsa jurídica de una «condena sustancial» está contradiciendo la esencia misma de prohibición de analogía a expensas de la persona en cuestión, que es el centro del principio de legalidad (*nulla poena sine lege certa, stricta*); respecto al punto, «La Corte ha siempre rechazado esta analogía. Por ejemplo, en la causa Marguš c. Croazia, la Corte ha declarado inequívocamente que «la desestimación de un procedimiento penal por parte de un fiscal no equivale ni a una condena ni a una absolución» y que la decisión por sobreseimiento no formaba parte del campo de aplicación del artículo 4 del Protocolo n.7 a la Convención. Estos dos éxitos (condena y absolución) se pueden obviamente encontrar solamente en el dispositivo que dictamina la sentencia emitida por un tribunal nacional, es decir allí donde el tribunal competente expone el éxito de la causa. La motivación no es absolutamente relevante a efectos de la aplicación del principio de *ne bis in idem* en los procedimientos penales...Dicho enfoque, en la medida en que mira a la conclusión con una «condena sustancial» sin tener en cuenta el hecho que la persona en cuestión no ha sido declarada formalmente culpable, contrariamente al principio de *ne bis in idem* [...] Por último, la declaración «sustancial» de responsabilidad viola de manera escandalosa el principio de presunción de inocencia». Cuando se considera que «la Corte ha reiteradamente rechazado cualquier declaración de culpabilidad, sea en las decisiones de absolución tanto en aquellas de sobreseimiento o de rechazo de una causa, declaración considerada por la misma una flagrante violación del artículo 6§ 2 de la Convención [83], la «total constatación de responsabilidad» requerida por la Corte Constitucional como base para la confiscación urbanística sin condena incumple claramente el derecho a la presunción de inocencia. En efecto, este punto es tan obvio que es difícil creer que en un Estado de Derecho como Italia pueda aplicarse una «pena» conforme al artículo 7 de la Convención a riesgo de violar directamente el artículo 6 § 2 de la misma Convención... La declaración «sustancial» de responsabilidad me recuerda el veredicto de semi-absolución utilizado en el Medioevo, según el cuál, si bien los imputados hubieran sido absueltos, se demostraba una cierta culpabilidad basada en algunos elementos y las personas interesadas venían de algún modo castigadas. A mi parecer, la situación de una persona que beneficia de una declaración de prescripción, pero que de todos modos es objeto de una ordenanza de confiscación basada en una declaración que indica que los hechos han sido probados y que la culpabilidad acertada, es muy similar a aquella de las personas que un vez habían sido semi-absueltas. Sin embargo, no olvidemos que hubo una revolución en 1789, entre otras cosas para poner fin a tal absurdidad. Extraer enseñanzas de la historia permitiría en algunos casos de no repetir los mismos errores una y otra vez».

²¹ La especificada opción cumplida por la sentencia de la Corte EDH, Gran Sala, 28 de junio 2018, Causa G.I.E.M. S.r.l. y otros c. Italia, cit., en www.giustizia.it, en la parte que sanciona la confiscación urbanística, que esté dispuesta, no obstante la declaratoria de prescripción del delito de lotificación abusiva, no contrastante con el artículo. 7 C.E.D.H. – siempre y cuando el juez interno haya actuado conforme al módulo definido por el art. 6 C.E.D.H. y haya constatado la existencia de todos los elementos del delito de lotificación abusiva- suscita razonables perplejidades, aquí meramente mencionadas, cuando se considera que la legislación italiana atribuye a la normativa sobre prescripciones carácter de normativa de derecho penal y sometiendola al principio de legalidad expresado por el art. 25, párr. 2, Const. Específicamente, la Constitución confiere al principio de legalidad penal un significado más amplio de aquel reconocido por las fuentes europeas, porque este no está limitado a la descripción del hecho de un delito y a su pena, sino que incluye todo perfil sustancial relativo a la punibilidad: en efecto, tal calificación realiza un nivel de protección más elevado de aquel reconocidos a los acusados por el art. 49 de la Carta de los Derechos fundamentales de la Union Europea (denominada Carta de Nizza) y del art. 7 C.E.D.H., tanto que deberá considerarse salvaguardado por el mismo derecho U.E. conforme al art. 53 de dicha Carta, leído a la luz de la relativa explicación. En tales circunstancias, si la prescripción es un instituto que influye sobre la punibilidad de una persona, reconectando al transcurso del tiempo el efecto de impedir la aplicación de la pena y si forma parte, de nuestro ordenamiento jurídico, en el cauce constitucional del principio de legalidad penal sustancial expuesto por los arts. 25, párr. 2, Const. Cual instituto sustancial que el legislador puede modular

Breve.

La Gran Sala parece adherir al actual refrain: lo que vale, a pesar de las cualificaciones jurídicas es la “sustancia” del exequátur judicial y no tanto, en cambio, que el juzgado - del cual descienden prejuicios penalizadores, relevantes, sobre todo de naturaleza patrimonial - venga formalmente condenado. Lo cual - dicho con autolimitado conocimiento - captando una tendencia típica de los tiempos de la justicia penal patrimonial y parece poner en duda algunos principios fundamentales de

mediante un razonable equilibrio entre el derecho al olvido y el interés de perseguir los delitos hasta que una alarma social inducida por el delito no haya venido a menos (pudiendo también excluir la aplicación por delitos de extrema gravedad), entonces queda claro que la configuración de la Gran Sala “institucionalice” la extensión del poder punitivo público, más allá del límite temporal previsto cuando ocurrió el hecho, ante la falta de una base legal cierta y previsible en la medida en que se considera, a título meramente ejemplificativo, no se dará a entender si la confiscación urbanística pueda aplicarse solo cuando el típico hecho y la culpabilidad relativa al delito de lotificación abusiva hayan sido comprobados con anterioridad a la prescripción del delito, es decir, si por el contrario el juez pudiera a tal efecto proseguir y cerrar la actividad probatoria. Breve. La actividad jurisdiccional, concorde con el principio de división de poderes, no persigue objetivos de política criminal, sino que está sujeta al gobierno de la ley que, respetando el principio de determinación en materia penal, debe especificar los medios y en que límite debe desplegarse la potestad punitiva del Estado. Es de opinión contraria, BIGNAMI, *Da Strasburgo via libre a la confisca urbanística sin condena*, cit., según el cual «no existe [...] alguna contradicción entre la afirmación, contenida en las desiciones Taricco (ordenanza n. 24 del 2017 y sentencia n. 115 del 2018), a propósito de la naturaleza sustancial de la prescripción, y aquella, propia del caso Varvara, en la cual se admite que la confiscación urbanística puede dar lugar al delito prescripto (contradicción lamentada, en cambio, en la opinión en parte concursante, en parte disidente del juez Pinto De Albuquerque). Y esto porque, a efectos del ordenamiento jurídico nacional, la confiscación urbanística sigue siendo una sanción administrativa. Con la consecuencia que, por norma general, el poder de aplicarla no se consume por el pasar del tiempo, siendo la prescripción en Italia institución que concierne los delitos. Correspondería, en todo caso, a la Corte EDH afirmar que entre las garantías aseguradas por el art. 7 C.E.D.H. cuanto a las “penas” también subyace un régimen prescripcional, porque en ese caso (y solo en ese caso) Italia se vería obligada a adecuarse». Sobre el carácter sustancial y no procesal del instituto de la confiscación - “al margen” de la denominada “regla Taricco” enucleada por la sentencia de la Gran sección de la Corte de Justicia del 8 de septiembre 2015, en causa C-105/14, Taricco, y reiterada, sustancialmente, por la sentencia de la Gran sección de la Corte de Justicia del 5 de diciembre 2017, en causa C-42/17, M.A.S. e M. B., - resulta paradigmático, entre otras cosas, Cort. Const., ord. n. 24 del 2017, incluso Corte const., sent. n. 115 del 2018, que ha declarado «sin fundamento las cuestiones de legitimidad constitucionales del art. 2 de la ley del 2 de agosto 2008, n. 130 (Ratifica y ejecución del Tratado de Lisboa que modifica el Tratado sobre la Unión europea y el Tratado que establece la Comunidad europea y algunos actos relacionados, con el acto final, protocolos y declaraciones hecho en Lisboa el 13 diciembre 2007), planteado por la Corte de Casación, refiriéndose a los arts. 3, 11, 24, 25, párrafo segundo, 27, párrafo tercero, e 101, párrafo segundo, de la Constitución, y de la Corte de Apelación de Milán, refiriéndose al art. 25, párrafo segundo, Const., con las ordenanzas indicadas en el apígrafe». Al respecto, entre los muchos, CIVELLO, *La sentenza “Taricco-bis” de la Corte de Justicia U.E.: hacia una legalidad sin leyes*, en www.archiviopenale.it; DONINI, [La determinación ante aplicación y el vínculo constitucional a la prescripción sustancial contra-límites a la regla Taricco](http://www.penalecontemporaneo.it), en www.penalecontemporaneo.it; FERRANTE, [La ordenanza de la Corte Constitucional sobre el affaire Taricco: una decisión «diplomática» pero firme an](http://www.dirittifondamentali.it) www.dirittifondamentali.it; GIUNCHEDI, *La Consultación, la “regla Taricco” y la relación entre fuentes europeas*, en esta Revista, 2017, 141; KOSTORIS, [La Corte Constitucional y el caso Taricco, entre tutela de los ‘contra-límites’ y enfrentamiento entre paradigmas i](http://www.penalecontemporaneo.it), en www.penalecontemporaneo.it.

²² A tal efecto, entre otros, también las oportunas referencias doctrinales y jurisprudenciales, v. Ranaldi, Principio de “reservas de códigos” y decisión sobre el delito extinguido: *prolegomenos de una tendencia en progresiva consolidación, Especial Reformas*, en esta Revista.

la teoría del garantismo penal, propia de la democracia de matriz liberal²³.

De hecho, si el garantismo penal describe las técnicas de tutela para la protección de los derechos a la libertad - a partir de la libertad personal, contra medidas arbitrarias de tipo policíaco y judicial - de forma que el significado del mismo no coincide con la mera formalidad, más bien rechaza, como no negociable, la adecuada protección de los derechos fundamentales entre ellos, ante todo, de la presunción de inocencia hasta prueba contraria, entonces la núcleo de la cuestión está en reconocer el carácter normativo al dictum que, si bien formalmente no es de condenar ex art. 533 c.p.p., en todo caso lleva a la comprobación de la fundada legitimidad de la acusación, análoga a la requerida por la ordenanza reglamentaria de responsabilidad del acusado, en relación al método probatorio y a la protección de los derechos judiciales reconocidos por los canones del justo proceso.

En otras palabras, no está en discusión - en relación a la comprobada tendencia al ampliación del campo de operatividad del valor desicional de las resoluciones sobre el delito extinguido²⁴ - que la misma iría, por así decir, "tachada por heresia"²⁵ allí donde no garantizara de todos modos efectividad a los principios y garantías típicas de la materia procesal penal²⁶ y, por lo tanto, los canones jurisdiccionales y acusatorios, de la carga probatoria, del procedimiento contradictorio²⁷ y de la abertura del enjuiciado²⁸.

²³ Sobre el concepto de garantías y garantismo penal, v. FERRAJOLI, *Il paradigma garantista*, Napoli, 2014, 3.

²⁴ En tema, v. RAGNO, APARTADO *Extinción del delito y de la pena*, en *Enc. dir.*, XV, Milán, 1966, 950 ss.; STORTONI, VOCE *Extinción del delito y de la pena*, en *Dig. Pen.*, IV, Turín, 1990, 342 ss.

²⁵ En propósito, v. nota 21.

²⁶ En relación a la tendencia hermenéutica actual en tema de relación entre declaratoria inmediata de una causa de impunidad, instrucción y prescripción de causa probable, v. Cas., Secc. III, 24 de octubre 2017, S.V., S.C., F.R., F.F., F.G. G.M., G.B, en *Rev. pen.*, 2018, 5, 466, según la cual «En tema de Lotificación abusiva, la maduración del plazo de prescripción del delito no exime al juez del poder - deber de comprobar de todas maneras, incluso mediante la ejecución de una mayor actividad instructoria, la subsistencia de el ilícito, al fin de la aplicación (prevista como obligatoria, en presencia de dicha comprobación, del art. 44, párr. 2, del d.P.R. n. 380/2001), de la confiscación de terrenos abusivamente lotificados y de las obras abusivamente construidas, a esto no obstante - en línea con lo expuesto por la Corte Constitucional con la sentencia n. 49/2015 y con la ordenanza n. 187/2015 - la jurisprudencia de la Corte europea de derechos del hombre expresa, en particular, en las sentencias del 29 de septiembre 2013, V. c. Italia y 9 de febrero 1995 W c. Reino Unido, debiendo por el contrario excluir que se pueda dar lugar a retención preventiva finalizada a la adopción de la citada confiscación cuando, por el momento, la prescripción del delito haya vencido y el ejercicio de la acción penal deba por lo tanto considerarse excluida».

²⁷ Sobre el punto, todavía, v. FERRAJOLI, *El paradigma garantista*, cit., 19, que define «derecho penal mínimo» el «paradigma normativo» que «designa el sistema de las garantías penales y procesales idóneas a satisfacer» el doble objetivo que representa la justificación del derecho penal y la fuente de legitimación: Por un lado, la tutela de la vida, de la integridad, de la libertad y de la propiedad de los afiliados; por otro lado, la tutela de los mismos afiliados, en cuanto posibles imputados y condenados, de las prohibiciones inútiles o lesivas de los derechos fundamentales. En particular, las garantías penales corresponden a los principios de retributividad (*En la poena sine crimine*), de estricta legalidad (*Nullum crimen sine lege*), de economía (*Nulla lex [poenalis] sine necessitate*), de ofensiva (*Nulla necessitas sine iniuria*), de materialidad (*Nulla iniuria sine actione*), de culpabilidad (*Nulla actio sine culpa*); mientras, las garantías procesales, corresponden con los principios de jurisdiccionalidad (*Nulla culpa sine iudicio*), acusatoria (*Nulla accusatio sine accusatione*), carga de la prueba (*Nulla accusatio sine probatione*), del contradictorio (*Nulla probatio, sine defensione*). Con respecto a la imposibilidad de proceder al embargo preventivo finalizado a la confiscación de terrenos objeto de la

3. CONFISCACIÓN URBANÍSTICA SIN CONDENA, DECISIÓN SOBRE EL DELITO EXTINGUIDO Y PRESUNCIÓN DE NO CULPABILIDAD: INDICACIONES DE METODOLOGÍA.

La Gran Sala afirma, también, la violación de el art. 6 § 2 C.E.D.H, conforme al cual «cada persona acusada de un delito es supuesta inocente hasta que su culpabilidad no haya sido legalmente comprobada».

Particularmente, en el supuesto asunto procesal, la confisca urbanística se había aplicado – contra el demandante persona física- directamente por la Corte de Casación- y, entonces, en defecto de cualquiera de las actividades de instrucción probatoria – no obstante que él haya sido declarado inocente en la causa de apelación y que la misma Corte de Casación haya declarado extinguido el delito por prescripción.

Sino que, la Gran Sala reitera la importancia axiológica y heurística de la contradicción para la prueba, cual método electivo de investigación de los hechos objeto de contestación, procedente – precisamente - de la presunción de no culpabilidad²⁹, deben considerarse, bajo tal perfil, como norma probatoria (y no, por ello, como norma de tratamiento de la persona contra la cual se procede es decir como norma de juicio) y hace esto padeciendo de manera inverosímil la influencia de las peculiaridades del caso concretamente sometido a su juicio³⁰.

En otras palabras, no debería revocarse en duda, de la misma manera que el razonamiento de la Gran Sala, que la confiscación urbanística pueda ser aplicada junto a la sentencia de absolución por prescripción del delito y resulte compatible con el art. 6 § 2 C.E.D.U.

De hecho, «una vez corroborada la conformidad de legalidad convencional de una comprobación de culpabilidad realizada en vía accidental ex art.7 CE.D.H.», el

hipotética lotificación abusiva, cuando el ejercicio penal resulta inaccesible, en cuanto ha madurado la prescripción del delito, dada la imposibilidad de proceder a la comprobación contradictoria de la hipótesis de acusación, v. Cas., Secc. III, 19 de mayo 2016, I.A.,P.R., T.C.,TO.Ma.,V.E.,F.F.,L.S.,D.F.M.,C.I., en *Cas. pen.*, 2017, 10, 3764, en este caso «la retención preventiva finalizada a la confiscación de los terrenos objeto de hipotética lotificación abusiva no puede ser legítimamente adoptada cuando el ejercicio de la acción penal resulta excluido, al haber madurado el plazo de prescripción del delito, en tal caso el juez esta imposibilitado a cumplir, en el ámbito de un juicio que asegure la incongruencia y la plena participación de los interesados, la constatación del delito (en sus extremos objetivos y subjetivos) y de la subsistencia de perfiles cuanto menos de culpabilidad en los sujetos afectados por la medida, presupuesto necesario para disponer la confiscación también en presencia de una causa de extinción del delito». Además, queda expresamente excluido que el juez de investigación preliminar pueda disponer la confiscación urbanística de los terrenos supuestamente objeto de transformación urbanística y edilicia y de las relativas obras; sobre el punto, véase Cas., Secc. III, 24 de mayo 2016, in *Dir. just.*, 2016, 72, 2016, 62, con nota de GALASSO, *Si el rechazo del caso por prescripción es definitivo, no se podrá disponer la archivación.*

²⁸ A este propósito, entre otros, queriendo v. RANALDI, *Ejecución penal, a cargo de Gaito*, Ranaldi, Milan, 2017, 24.

²⁹ A este propósito, entre otros, v. PAULESU, VOCE *Presunción de no culpabilidad*, en *Dig. Pen.*, VIII, 1995, p. 671, subraya que «La presunción de no culpabilidad refleja, de hecho, un concepto del procedimiento anclado en los valores del individuo y de la legalidad [...] Cual opción ideológica «fuerte», la presunción de inocencia surge como principio informador del entero procedimiento. De tal manera estan lógicamente implicadas las más significativas garantías puestas en defensa del fair trial: el derecho de defensa, el contradictorio, la misma imparcialidad del juez encuentra el momento unificador».

³⁰ Sobre el punto, entre otros, ILLUMINATE, VOZ *Presunción de no culpabilidad*, en *Enc. jurid.*, XXIV, 1991, 7.

resultado sería «de manera indefectible que sea en grado de vencer la presunción de inocencia ex art. 6 C.E.D.H.», tanto que «la opuesta conclusión tratada por la Corte de Estrasburgo en el caso concreto no sirve [...] a poner en discusión el primer postulado (porque sería una irreparable contradicción lógica), sino que es el fruto de la dinámica peculiar observada por las Cortes italianas al determinar la posición de uno de los recurrentes de la sentencia G.I.E.M»³¹.

Es decir.

La Gran Sala «no tiene nada que objetar en abstracto a la aplicación de la confiscación conjuntamente con la prescripción», no obstante considera que, «en el ámbito procesal, la presunción de no culpabilidad», más específicamente, «no podría ser vencida en sede de legitimidad, en función de una comprobación contraria por parte del juez del mérito», cuya “consistencia” e “importancia” continúa a desplegar efectos sobre el juicio suficiente como para impedir «que la culpabilidad pueda ser asumida para fundamentar la decisión de confiscar un bien, careciendo en dicho sentido, a causa de la prescripción, un nuevo juicio de merito»³². Lo que resulta, ante la evidencia, encomiable si bien en tiempos - por así decir - de “Casación sustitutiva” por la consolidada tendencia a la ampliación de la hipótesis de anulación sin remisión, en una óptica deflacionaria de casos de nuevo juicio de merito³³.

Breve.

Si la presunción de no culpabilidad - concebida como regla probatoria³⁴ y, por lo tanto, técnica de comprobación- que vale como auténtica garantía epistemológica y expresa una «exacta opción constitucional sobre como debe establecerse la comprobación de responsabilidad en un moderno proceso penal, cristalizando el principio de la carga acusatoria de la prueba por parte de la fiscalía (nulla accusatio sine probatione)»³⁵ y si la Corte de Casación puede pronunciar sentencia de anulación sin remisión siempre que lo considere superfluo y estime – también al éxito de la evaluación discrecional – de poder decidir la causa con el mismo criterio de los elementos de hecho ya comprobados o sobre la base de las resoluciones adoptadas por el juez de mérito siempre que «no resulten por lo tanto necesarias ulteriores verificaciones de hecho»³⁶, entonces no es discutir que la relectura de la motivación de

³¹ Así, textualmente, BIGNAMI, *De Estrasburgo vía libre a la confiscación urbanística sin condena*, cit.

³² Así, todavía, BIGNAMI, *De Estrasburgo vía libre a la confiscación urbanística sin condena*, cit.

³³ En referencia a las modificaciones del art. 620, párr. 1, lett. l), c.p.p., modificado por el art. 1, párr. 67, l. 23 de junio 2017, n. 103, rubricada “*Modificaciones del código de procedimiento penal, y al ordenamiento penitenciario*”, según el cual la Corte de Casación pronuncia la sentencia de anulación sin remisión «si la Corte considera de poder tomar decisiones, no siendo necesarias adicionales investigaciones de hecho, o de reconsideración de la pena sobre la base de las consideraciones del juez de mérito o de adoptar las medidas necesarias, y en cualquier otro caso en el cual se considere superflua la postergación».

³⁴ Sobre el gravamen “acusatorio” de la prueba, entre otros, v. GAITO, *Gravamen de la prueba y procedimiento penal, Prospectiva de indagación*, en *Just. pen.*, 1975, III, 513.

³⁵ En este sentido, v. PAULESU, *VOCE Presunción de inocencia*, cit., p. 685.

³⁶ Así, v. Cas., Secc. un., 24 de enero 2018, Matrone, en www.giurisprudenzapenale.com comentado por URBINATI, *Presupuestos de la anulación sin remisión por la Casación: entre finalidad deflacionaria e injerencia de mérito*, cit., 6 ss., el cual observa que «Los riesgos de la interpretación ofrecida por las Secciones Unidas son evidentes: privilegiar las exigencias de economía procesal, a raíz de la integración en la Constitución del principio de la razonable duración del procedimiento. Sin embargo, los perfiles problematicos, en primera fase de interpretación de la norma posterior, se atenían

la resolución impugnada – y eventualmente aquellas de primer grado – no pueda conducir a la superación de la presunción de qua, salvo que, la misma se entienda cual mero flatus vocis.

4. LAS “RECAÍDAS OPERATIVAS”

a) los juicios en curso...Delinear las “recaídas operativas” de la decisión de la Gran Sala de la Corte EDH del 28 de junio 2018 (caso G.I.E.M. S.r.l. y otros v. Italia) – allí donde se declara que la confiscación urbanística incumple, al mismo tiempo, el art. 7 C.E.D.H. - si viene dispuesta contra personas físicas y jurídicas que no hayan sido «parte en causa» - el art. 1 Prot. Adic. C.E.D.H.– En el que se considera que la naturaleza obligatoria de la misma contrasta con el principio de proporcionalidad – el art. 6 § 2 C.E.D.H. – si dispuesta por la Corte de Casación contra de un recurrente persona física absuelto en apelación y no obstante la misma Corte declare extinguido el delito de lotificación abusiva por prescripción - significa, en primer lugar, definir la sistemática transposición de la sentencia de la Corte EDH que hayan comprobado un incumplimiento de la Convención o de sus Protocolos y, asimismo, distinguir entre hipótesis y soluciones posibles en función de “casos análogos” – al examinado por la Gran Sala – resulten todavía pendientes es decir definidos por resoluciones irrevocables.

A tal propósito, merece destacar – si bien meritando el tema de los “casos análogos” mayor profundización – que el encuadramiento tradicional de la confiscación, entendida como medida de seguridad patrimonial, cuyo estatuto se encontraría en las disposiciones establecidas en el art. 240 c.p., rubricado “Confiscación”, y se ha puesto en duda precisamente por la jurisprudencia de la Corte EDH que ha reconocido, en varias ocasiones, su carácter de “pena” previsto en el artículo 7 C.E.D.H. no solamente la confiscación urbanística y ha cumplido la específica

particularmente al caso en que la Corte «considera que puede decidir, no siendo necesarias mayores investigaciones»: al contrario, en la otra situación, o sea la reconsideración de la pena sobre la base de las consideraciones del juez de mérito, parecía que «el legislador [hubiera] simplemente entendido confirmar a la orientación consolidada, según la cual la condición previa para que la Corte pueda proceder a la determinación de la pena es la posibilidad de corregir la decisión sin sustituir juicio por mérito, incompatible con las facultades típicas del juez de legitimación». La perplejidad suscitada por la doctrina se desvanece como consecuencia de la interpretación extensiva que las Secciones Unidas ofrecen en el pronunciamiento examinado: las ordenanzas reglamentarias del juez de mérito representan un presupuesto necesario y general para las determinaciones de la Corte de legitimidad. De esto deriva que el riesgo de allanamiento encuentre serios obstáculos en los parámetros vinculantes que la Suprema Corte debe respetar, por el mismo hecho se podría constatar como la real magnitud de la nueva disposición apunte mayormente a una «responsabilización» de los jueces de mérito, los cuales, si se abstendrán a la carga motivacional requerida, verán aumentar las resoluciones por anulación sin remisión y por consiguiente el efecto deflacionario. En cierto sentido, se podría también observar como la formulación actual sea más estricta de la preexistente, puesto que estructurada sobre la base de parámetros individuales de manera más rígida. En el antiguo art. 620, párr. 1, lett. I), de hecho, la mera referencia al concepto de «superfluo» conducía a una inevitable obra integrativa de la jurisprudencia, tanto es así que las demás cuestiones para la determinación de la pena y al adopción de medidas necesarias venían consideradas como dotadas de «valor meramente explicativo», deducible «sea por el empleo de la conjunción “si bien” que tiene (al menos tendencialmente) naturaleza no disyuntiva [...], sea por la naturaleza tautológica mencionada en el presente caso». El carácter superfluo, en la normativa vigente, asume una función residual no solamente en relación a las anteriores cartas, sino también en relación a los parámetros individuados en la primera parte de la carta I)».

operación cualificatoria sobre la premisa que tal medida híbrida y “proteiforme”³⁷ no persiguiera, en los varios casos sometidos, la reparación pecuniaria de un daño, sino que mantuviera, análogamente las sanciones penales, a objetivos preventivos y represivos³⁸.

En otros terminos, si la confiscación urbanística es un instituto de naturaleza híbrida que ha adquirido, desde las últimas décadas del siglo pasado, una fisonomía punitiva y multifuncional, no está en discusión que en el ámbito de los “casos análogos” de aquel examinado por la Gran Sala deberán comprenderse no solo los asuntos procesales relativos la aplicación de la confiscación urbanística, si no también aquellas que conciernen - a mero título ejemplificativo - casos de aplicación de la específica medida ablativa conforme con los arts. 322-ter, 600-septies, 640-quatre, 644, 648-quarter cp art. 2541 cc, art. 187 dLeg. 24 de febrero 1998, n. 58, art. 174, 3° pár., dLeg. 22 de enero 2004, n. 42 en el que la confiscación – cuya función y, por lo tanto, naturaleza sancionadora – resulta aplicada contra una persona física o jurídica que no haya sido puesta en condición de participar al relativo procedimiento aplicativo es decir según las modalidades en que se manifiesta, concretamente, desproporcionadas con respecto al objetivo de tutela perseguido así como al éxito de un procedimiento en el cual no haya sido asegurado el ejercicio de la contradicción probatoria.

En ese contexto, se observa que el tema de las “recaídas operativas” de los dicta de la Corte EDH tienen, desde tiempo, indudable relevancia estratégica para el intérprete que venga llamado a individuar – complaciendo la lógica de los remedios jurídicos procesales – los trayectos procedimentales a observar,³⁹ precisamente, en el

³⁷ Así, textualmente, Cas., Secc. un., 27 de marzo 2008, Soc f. y otros, en *Guida dir.*, 2008, 31,99.

³⁸ Sobre el carácter híbrido de la confisca, entre otros, v. Gaito Furfaro, *Justicia penal patrimonial*, en www.archiviopenale.it; Vergine, apartado *Confisca*, en *Dig. Pen.*, Turín, 2013,181 ss. Sobre el punto, por los debidos puntos de reflexión, v. Cas., Secc. Un., 26 de junio 2015, Lucci, en www.archiviopenale.it según el cual «El juez al declarar la extinción del delito por prescripción, puede aplicar, según las normas del art. 240 c.p., la confiscación del precio del delito y, según las normas del art. 322-ter c.p.p., la confiscación del precio del precio o de las ganancias del delito siempre que se trate de confisca directa. Y haya una precedente pronunciación de condena, respecto a la cual el juicio de mérito permanezca inalterado cuanto a la subsistencia del delito, a la responsabilidad del imputado y a la cualificación del bien por confiscar como precio o provecho del delito».

³⁹ Resulta, al evidencia, paradigmática de la temática de *qua* la saga referida a los llamados “hermanos menores” de Scoppola. La referencia es hacia la obligación conformativa derivante de la sentencia de la Grande Sala de la Corte EDH del 17 de septiembre 2009, Scoppola c. Italia y, por eso, a la extensión, a los casos análogos respecto al del recurrente Franco Scoppola, de los “efectos interpretativos” resultantes del específico *dictum*. Que reconoce la violación del art. 7 C.E.D.H. A tal propósito, las dificultades, por así llamarlas, de trasposición y ampliación de los efectos de la específica decisión, encuentran claro eco, en primer lugar en los tonos de la ordenanza con la cual Cas., Secc., un., 19 de abril 2012, Ercolano, en esta *Revista*, planteó la cuestión de legitimidad constitucional «referidos a los artículos 3 y 117, párrafo primero, de la Constitución este último en relación al artículo 7 de la Convención europea para la salvaguardia de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales (de ahora en adelante: «T.E.D.H.»), firmada en Roma el 4 de noviembre 1950 (ratificada y ejecutable con la ley del 4 de agosto 1955, n. 848) [...] de los artículos 7 y 8 del decreto -ley del 24 de noviembre 2000, n. 341 (“disposiciones urgentes para la eficacia y la eficiencia de la Administración de la justicia”), convertida, con modificaciones, de la ley 19 de enero 2001, n. 4, en la parte en que tales disposiciones internas intervienen retroactivamente y, más específicamente, en relación a la posición de aquellos que, aún habiendo formulado demanda de juicio abreviado en vigor de ley del 16 de diciembre 1999, n. 479 (“modificaciones a las disposiciones sobre el procedimiento ante los tribunales unipersonales y otras modificaciones al código de procedimiento penal. Modificaciones al código penal y al ordenamiento

supuesto en que la Corte acoja la injusticia de un procedimiento judicial interno considerado convencionalmente heterodoxo definiendo, entre otras cosas – así como ha ocurrido en el caso específico – un defecto estructural del estatuto de la confiscación urbanística⁴⁰.

A este propósito, el razonamiento presenta dos “puntos firmes”: de un lado – el art. 46 C.E.D.H., que representa la previsión de referencia en materia de ejecución de

judicial. Disposiciones en materia de contencioso civil pendiente, de indemnización correspondiente al juez de paz y de ejercicio de la profesión forense”), han sido juzgados sucesivamente, cuando, a partir de la fecha de la tarde del 24 de noviembre 2000 (publicación de la Gaceta Oficial, contemplada en el art. 2 del Real decreto 7 de junio 1923, n. 1252, que establece el “Pasaje de la Gaceta Oficial del Reino de la dependencia del Ministerio del Interior a el Ministerio de Justicia y de cultos y requisitos para la compilación y publicación de la misma”), entró en vigor el mencionado decreto-ley, con consiguiente aplicación del menos favorable tratamiento sancionador previsto por el mismo decreto»; asimismo, en los contenidos de la sent. N. 213 del 2010, donde la Corte Constitucional declaró «ilegitimidad constitucional del artículo 7, párr.1, del decreto-ley del 24 e noviembre 2000, n. 341 (“Disposiciones urgentes para la eficacia y la eficiencia de la Administración de la justicia”), convertido, con modificaciones, de la ley del 19 de enero 2001, n.4», en la hipótesis que «el art. 7, párr. 1, del decreto-ley n. 341 del 2000, con efecto retroactivo, ha determinado la condena a cadena perpetua de imputados a los cuales era aplicable el texto precedente del art. 442, párr. 2, cod. proc. pen. y sobre esta base hubieran debido ser condenados a una pena de treinta años de reclusión» y que «la Corte EDH, con la sentencia Scoppola del 17 de septiembre 2009, ha considerado, mutando el propio precedente y consolidado orientamento, que «el art. 7, párrafo 1, de la Convención no sanciona solamente el principio de irretroactividad de las leyes penales más severas, sino también, implícitamente, el principio de retroactividad de las leyes penales menos severas», lo que se traduce «en la norma según la cual, si la ley penal en vigencia al momento de la comisión del delito y las leyes penales posteriores adoptadas antes del pronunciamiento de una sentencia definitiva son distintas, el juez debe aplicar aquella donde las disposiciones son mas favorables a el imputado». Se trata, en el ámbito del art. 7, párrafo 1, de la C.E.D.H., de un principio análogo con respecto al comprendido en el párr. cuarto del art. 2 cod. pen., que de la Corte de Estrasburgo fue elevado al rango de principio de la Convención. Puesto este principio la Corte ha relevado que «el artículo 30 de la ley n. 479 del 1999 se traduce en una disposición penal posterior que prevé una pena menos severa» y que «el artículo 7 de la Convención [...] exigía por lo tanto de beneficiar al recurrente». Por esta razón, según la Corte «en el caso de autos se ha producido la violación del artículo 7, párrafo 1, de la Convención». Como es sabido, a partir de la sentencia n. 348 y n. 349 del 2007, la jurisprudencia de esta Corte es constante en considerar que «las normativas de la C.E.D.H. – en el significado atribuido por la Corte europea de derechos del hombre, específicamente instituida para dar a las mismas interpretación y aplicación (art.32, párrafo 1, de la Convención)- integrando, cuales normas interpuestas, el parámetro constitucional expresado por el art. 117, párrafo primero, Const., en la parte en que impone la configuración de la legislación interna con vínculos derivados por las obligaciones internacionales» (sentencia n. 236, n. 113, n 80- que corrobora la validez de tal reconstrucción sucesivamente la entrada en vigor del Tratado de Lisboa del 13 de diciembre del 2007- y n. 1 del 2011; n.196 del 2010; n. 311 del 2009), y debe por lo tanto concluirse que, constituyendo el art. 7 de la Convención europea de derechos del hombre, respecto al art. 117, párrafo primero, Const., una normativa interpuesta, su violación, corroborada por la Corte europea de derechos del hombre con la sentencia de la Gran Sala del 17 de septiembre 2009, Scoppola contra Italia, comporta la ilegitimidad constitucional de la norma impugnada»; además, en Cas., Secc. un., 24 de octubre 2013, Ercolano, en *esta Revista*. En tema, entre otros, GAITO, SANTORIELLO, *Juicio abreviado y perpetua: una relación todavía difícil*, en *Dir. pen. proc.*, 2012, 1201; VIGANÒ, *Pena ilegítima y juzgado. Reflexiones al margen de la pronunciación de las Secciones unidas que cierra la saga de los “hermanos menores” de Scoppola*, en *Dir. pen. Cont.*, 2014, 250 ss.

⁴⁰ Se hace referencia a la constatación que, según cuanto dispuesto en combinación por los arts. 30, 44, 1° y 2° párr., d.P.R. 6 de junio 2001, n. 380, la confiscación urbanística puede ser dispuesta hacia una persona física o jurídica que no haya participado al proceso y conforme a un mecanismo aplicativo automático que, como tal, puede resultar *contra tenorem rationis* en relación a la finalidad perseguida por la específica medida ablativa.

la sentencia de la Corte EDH y sanciona el carácter vinculante de las resoluciones de la misma Corte ante todos los Estados adherentes al sistema C.E.D.H. en referencia a las discrepancias de las cuales los mismos hacen parte; por otro lado – la interpolación sustitutiva padecida por el art. 117 Const. por efecto del art. 31 Const del 18 de octubre 2001, n. 3, en la medida «la potestad legislativa es ejercida por el Estado y por las Regiones en el respeto de la Constitución, así como de los vínculos derivantes del ordenamiento comunitario y de las obligaciones internacionales».

El art. 46, § 1, C.E.D.H. empeña a los Estados contratantes «a conformarse a las sentencias definitivas de la Corte sobre las divergencias de la cual forman parte», mientras los otros párrafos de la misma disposición regulan las competencias del Comité de los ministros y de la misma Corte en el ejercicio de la actividad de control sobre la ejecución de la sentencia por parte de los Estados responsables de las violaciones de la Convención misma. Particularmente el art. 46 C.E.D.H. debe ser leído en correspondencia lógica con el art. 41 C.E.D.H., considerando que «si la Corte declara que se ha violado la Convención o sus Potocolos y si el derecho interno de la Alta Parte contratante no permite que de manera imperfecta haya que retirar las consecuencias de dicha violación, la Corte otorga, se da el caso, una ecuanime satisfacción a la parte perjudicada»⁴¹.

Por lo tanto, es ya consolidado el principio según el cual cuando la Corte EDH constata una violación, el Estado contratante tiene la obligación jurídica, no solamente de abonar a los interesados las sumas atribuidas a título de justo beneplácido según cuanto dispuesto en el art. 41 C.E.D.H., «sino también de adoptar medidas generales y/o, se da el caso, individuales necesarias»⁴²: de hecho, las sumas asignadas a título de ecuanime satisfacción cumplen exclusivamente una función compensatoria en relación a los daños padecidos por los interesados⁴³, mientras las medidas individuales que el Estado contratante debe adoptar, apuntan a la restitutio in integrum de la situación de la victima, dado que tienen que poner «el recurrente, en lo posible, en una situación equivalente a la que se encontraría si no se hubiera verificado un incumplimiento de las exigencias de la Convención», del momento que «una sentencia que constata una violación comporta para el Estado contratante la obligación jurídica a los efectos del artículo 46 de la Convención de poner fin a dicha violación y de eliminar las consecuencias de modo de restablecer la situación anterior a esta última»⁴⁴; asimismo,

⁴¹ Sobre el art. 41 C.E.D.H., v. SUNDBERG, *Sub art. 41, Comentario en la Convención Europea por la tutela de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales* a cargo de Bartole, Conforti, Raimondi, Padova, 2001, 661.

⁴² Corte EDH, Gran Sala, 17 de septiembre 2009, Scoppola c. Italia; Corte EDH, Gran Sala, 1º de marzo 2006, Sejdic c. Italia.

⁴³ Corte EDH, Gran Sala, 13 de julio 2000, Scozzari e Giunta c. Italia.

⁴⁴ Así, entre otras, Corte EDH, Gran Sala, 17 de settembre 2009, Scoppola c. Italia, cit.; Corte EDH, 8 de febrero 2007, Kollcaku c. Italia; Corte EDH, 18 de mayo 2004, Somogyi c. Italia. Sobre el tema, va dicho que particulares obligaciones de conformación a las resoluciones de la Corte EDH se plantean por las denominadas “sentencia piloto”, enmarcadas en el contexto de la proposición de numerosos recursos que conciernen la misma situación jurídica interna al ordenamiento del Estado contratante. En tales hipótesis, los recursos evidencian un problema de carácter estructural en el ordenamiento del Estado contratante y la Corte, en la sentencia, no se limita a indentificar el problema que el caso presenta, sino que reconoce las medidas más idóneas para resolverlo. Téngase en cuenta que la Corte procede a la cancelación del asunto de los otros recursos relativos a la misma cuestión, allí donde el Estado responsable de la violación comprobada adopte las medidas a tal efecto necesarias, mientras, en caso contrario, reanudará el exámen del caso. La práctica se rige en el nuevo art. 61 del reglamento de

el Estado “perdedor” debe también remover los obstáculos que se anteponen, en la legislatura nacional, a la consecución del predicho objetivo que restablece la situación del recurrente⁴⁵.

A lo expuesto – en orden a la obligación conformativa inminente sobre el Estado ex art. 46 C.E.D.H. - se añaden los tonos y contenidos del Art. 117 Const. Condicionan el ejercicio de la potestad legislativa del Estado «al respecto de las obligaciones internacionales, entre las cuales indudablemente se incluyen aquellas derivadas de la Convención europea por los derechos del hombre», tanto que - no solamente a las previsiones convencionales viene reconocida «una mayor fuerza de resistencia con respecto a normas ordinarias sucesivas» - sino también son atraídas «en la esfera de competencia de la Corte constitucional, puesto que las eventuales contradicciones no generan problemas de sucesión de las leyes en el tiempo o valoraciones sobre la respectiva colocación jerárquica de las normas en contraposición, sino cuestiones de legitimidad constitucional»; por consecuencia, es «admisible la cuestión de legitimidad constitucional puesta sobre la base de la violación de una normativa interna con una disposición incluida en la Convención europea de los derechos del hombre, debiendo ser afirmada la neta distinción entre normativa contenida en dicho tratado y aquellas comunitarias, en cuanto las primeras, aún teniendo gran relevancia ya que tutelan y valorizan los derechos y las libertades fundamentales de las personas, siguen siendo siempre normas internacionales pactadas, vinculantes para el Estado, si bien no producen efectos directos en el ordenamiento, tales de afirmar la competencia de los jueces nacionales a daros aplicación en los litigios a las mismas sometidas mediante la inaplicación de las normas internas en eventual contradicción con las mismas»⁴⁶.

Y este es el punto.

la Corte, en vigor desde el 31 de marzo del 2010. A título de ejemplo, véase Corte EDH, Gran Sala, Broniowski c. Polonia, del 22 de junio del 2004, así como Corte EDH, 8 de enero 2013, Torreggiani y otros c. Italia.

⁴⁵ Corte EDH, Gran Sala, 17 de septiembre 2009, Scoppola c. Italia, cit.

⁴⁶ Así, v. Corte const., sent. n. 348; análogamente, v. Corte const., sent. n. 349 del 2007, según la cual «La C.E.D.H. no crea un ordenamiento jurídico supranacional y no produce, por lo tanto, normas directamente aplicables en los Estados contratantes. El art. 117, párr. 1, Const., condicionando el ejercicio de la potestad legislativa del Estado y de las obligaciones internacionales, entre las cuales indudablemente se incluyen aquellas derivadas de la C.E.D.H., asigna a estas últimas al rango de ‘fuentes interpuestas’, cuya función es de concretizar en el caso de autos la consistencia de las obligaciones internacionales del Estado. Las normativas C.E.D.H., por otra parte, permaneciendo a un nivel sub-constitucional, no están exentas - Tal como las interpretadas por la Corte de Estrasburgo - al control de constitucionalidad. Tal control debe siempre inspirarse al razonable equilibrio entre el vínculo derivante de las obligaciones internacionales, así como establecido en el art. 117, párr.1, Const., y la tutela de los intereses constitucionalmente protegidos incluida en otros artículos de la Constitución. Al juez común compete interpretar la normativa interna conforme a las disposiciones internacionales, dentro de los límites en que eso esté permitido por los textos de las normas. Caso en que no fuera posible, es decir tenga dudas sobre la compatibilidad de la norma interna con la disposición convencional “interpuesta”, él no puede abstenerse de aplicar dicha norma, sino que debe acudir a la Corte Constitucional de la relativa cuestión de legitimidad con respecto al parámetro del art.117, párr. 1, Const.». A tal propósito, entre otros, GAETA, *De la interpretación conforme a la C.E.D.H.: es decir la recombinación génica del proceso penal*, en www.penalecontemporaneo.it.

Sobre el punto, véase, entre otros, MAZZA, *Cedh y derecho interno, en Principios europeos y proceso penal*, a cargo de A. Gaito, Roma, 2016, 26.

Si no se determinan siempre con puntualidad – por las sentencias de la Corte EDH- las modalidades mediante las cuales el Estado miembro debe adecuarse con medidas estructurales a ellas – tanto que no es necesario que las pronunciations de quibus especifiquen las «medidas generales» a adoptar no es sin embargo revocable en duda que los poderes del Estado miembro deban, cada uno en el estricto respeto de las propias atribuciones, procurar que los efectos normativos lesivos de la C.E.D.H cesen.

Por lo tanto, específicamente, el contenido relevante de la sentencia G.I.E.M. S.r.l. y otros v. Italia - id est, en la parte con respecto de la cual se formó, en vía general, la obligación conformativa planteada por el art. 46, § 1, C.E.D.H. - se identifica, independientemente de las meras violaciones constatadas y emergentes del dispositivo, en la prohibición generalizada de aplicación de la confiscación urbanística contra personas físicas y jurídicas que no hayan sido «parte en causa» - ni hubieran podido serlo – en el procedimiento de cognición cuyo objeto es el ecrutinio de la veracidad de la contestada lotificación abusiva, así como la prohibición de la aplicación automática y, por así decir, “desproporcionada/generalizada” de la relativa medida ablativa, que puede ser irrogada sólo al éxito de una instrucción probatoria respetuosa de los canones del process of law y obsecuente de la presunción de inocencia.

Por lo tanto – si bien queriendo momentaneamente no tomar en consideración las modalidades mediante la cuál se concretará, específicamente, la remoción de las consecuencias de las violaciones constatadas - es razonable considerar que el Estado italiano deberá, según los casos, subsanar a la violación constatada a nivel normativo y remover los efectos contra todos aquellos que se encuentren en la misma condiciones de los recurrentes del caso G.I.E.M. y otros v. Italia⁴⁷.

En materia, el objetivo coincidente con la suspensión inmediata y generalizada de los efectos normativos lesivos de la C.E.D.H., derivantes de la violación de la misma detectada y emergente del dispositivo, deberá producirse mediante trayectos procesales diversificados en función del estado y grado del procedimiento donde resulte constatada la violación es decir por sentencia firme que haya concretado las relativas violaciones.

En materia, sin embargo, existe una premisa ulterior que plantear: de hecho, no obstante las obligaciones conformativas que indica la sentencia de la Corte EDH⁴⁸,

⁴⁷ La referencia es a las personas físicas y jurídicas contra las cuales haya sido dispuesta la confiscación urbanística si bien no han sido «parte in causa» es decir respecto a las cuales ha sido aplicada una específica medida ablativa según modalidades desproporcionadas con respecto al *target* de tutela perseguido, no obstante su participación al relativo procedimiento.

⁴⁸ En tema, todavía, v. Corte. Const., sent. n. 311 del 2009, que ha ulteriormente aclarado «el rango y la eficacia de las normas del C.E.D.H. y su función, respectivamente, de los jueces nacionales y de la Corte de Estrasburgo, en la interpretación y aplicación de la Convención europea». Particularmente, «el art. 117, párrafo primero, Const., específicamente la expresión “obligaciones internacionales” en él contenida, se refiere a las normativas internacionales convencionales incluso diferentes de las comprendidas en las previsiones de los arts. 10 y 11 Const. Interpretado de este modo, el art. 117, párrafo primero, Const., colmó la laguna que antes existía en cuanto a las normativas que al nivel constitucional garantizan el cumplimiento de las obligaciones internacionales pactadas», por tanto, que en el caso el «contraste de una norma nacional con una norma convencional, en particular de la C.E.D.H., se traduce en una violación del art. 11, párrafo primero., Const.» y al «juez nacional, en cuanto juez común de la Convención, tiene la tarea de aplicar las normas relativas, en la interpretación porporcionada por la Corte de Estrasburgo, a la cuál dicha competencia ha sido formalmente atribuida

al juez interno compete aún así proceder a la interpretación de la norma considerada en oposición con la C.E.D.H.– así como “reconstruida”, precisamente, por la Corte

por los Estados contratantes. En el caso que se presente una contraposición entre una norma interna y una norma de la Convención europea, el juez nacional común debe, por lo tanto, proceder a una interpretación de la primera conforme a la convencional, hasta donde le sea consentido por el texto de las disposiciones en comparación y sirviéndose de todos los instrumentos de hermenéutica jurídica. Claro está, el reconocimiento de la jurisprudencia europea consolidada sobre la norma concedente va aplicada de modo que respeta la sustancia de aquella jurisprudencia, según un criterio ya adoptado por el juez común y por la Corte europea (Cas. 20 de mayo 2009, n. 10415; Corte eur. der. hombre 31 de marzo 2009, Simaldone c. Italia, ric. n. 22644/03). Solo cuando considere que no sea posible resolver el contraste en vía interpretativa, el juez común, el cual no puede proceder a la aplicación de la normativa de la C.E.D.H. (tal como está, a diferencia de la comunitaria provista de efecto directo) en lugar de la interna contrastante, mucho menos dar aplicación de una norma interna que él mismo ha considerado contrastante con la C.E.D.H., y por lo tanto con la Constitución, debe plantear la cuestión de constitucionalidad (también sentencia n. 239 del 2009), en relación al parámetro del art. 117, párrafo primero, Const., que es también del art. 10, párrafo primero, Const., cuando se trate *de una norma convencional y reconocitiva de una norma* del derecho internacional generalmente reconocida [...] Planteada la cuestión de legitimidad constitucional, es competencia de esta Corte la tarea ante todo de verificar que subsista contraste y sea efectivamente irresoluble mediante una interpretación plausible, también sistemática, de la norma interna respecto la norma convencional, en la lectura realizada por la Corte de Estrasburgo. La Corte también deberá, obviamente, verificar que el contraste sea determinado por un índice de tutela de la norma nacional inferior al garantizado por la norma C.E.D.H., desde el momento que la diversa hipótesis viene expresamente considerada compatible por la misma Convención europea en el art. 53. En caso de contraposición, deberá declararse la ilegitimidad constitucional de la disposición interna por violación del art. 117, párrafo primero, Const., en relación a la invocada norma de la C.E.D.H.». Además a la Corte Constitucional «se impide de cuestionar la interpretación de la Convención europea proporcionada por la Corte de Estrasburgo, dicha función ha sido atribuida por nuestro país sin oponer reservas; aunque ... corresponde, esto sí, verificar si la norma de la C.E.D.H., en la interpretación proporcionada por la Corte europea, no se pone en conflicto con otras normativas trasmisivas de nuestra Constitución. Al verificarse tal hipótesis, además excepcional, excluye la operatividad de reenvío a la norma internacional y, por lo tanto su idoneidad para integrar el parámetro del art.117, párrafo primero, Const.; y, evidentemente no pudiendo incidir sobre su legitimidad, comporta – a el Estado - la ilegitimidad, mutatis mutandi, de la ley de adecuación (sentencia n. 348 y n. 349 del 2007)». En términos análogos, v. Corte const., sent. n 317 del 2009, según la cuál la Corte Constitucional no puede «sustituir la propia interpretación de una disposición de la C.E.D.H. a aquella de la Corte de Estrasburgo, con ello superando los confines de las propias competencias, en incumplimiento de un preciso empeño contraído del Estado italiano con la suscripción y la ratificación sin anotación de reserva, de la Convención (sentencia n. 311 del 2009), pero podrá evaluar como y en que medida el producto de la interpretación de la Corte europea encaje en el ordenamiento constitucional italiano. La norma C.E.D.H., desde el momento en que va a integrar el primer párrafo del art. 117 Const., de aquí se repite su rango en el sistema de las fuentes, con todo lo que figura a continuación, en terminos de interpretación y reajuste, que son las ordinarias operaciones por las cuales esta Corte es llamada en todos los juicios que le competen.

En síntesis, el «margen de consideración» nacional puede ser determinado teniendo en cuenta sobre todo del complejo de los derechos fundamentales, cuya visión estrecha e integrada puede ser obra del legislador, del juez de las leyes y del juez común, cada uno en su ámbito de competencia». En otras palabras, según la Corte Costitucional, una confrontación entre la tutela de los derechos fundamentales que ofrece la Convención EDH y la Carta constitucional debe cumplirse tendiendo a la máxima expansión de las garantías. A pesar de esto, no es en discusión que en el concepto de máxima expansión de las tutelas debe incluir el equilibrio necesario con otros intereses constitucionalmente protegidos (*id est*, con otras normas constitucionales) que aseguren, a su vez, derechos fundamentales, que podrían resultar por la expansión de una única tutela reconocida por la Corte EDH. Sin embargo, el equilibrio de que se trata encuentra sin duda en el legislador su referencia primaria, pero corresponde también a la Corte Constitucional delinear, concretamente, los contenidos, en el ámbito de su actividad interpretativa de las normativas constitucionales.

EDH⁴⁹ - de forma coherente a las disposiciones internacionales y en los límites en que esté permitido por el texto della misma norma interna; como consecuencia, el juez – en el caso en que no sea posible proceder a la interpretación conforme o haya dudas sobre la compatibilidad de la norma interna con la disposición convencional “interpuesta”- deberá investir la Corte Costitucional de la relativa cuestión de legitimidad con respecto al parámetro del art. 117, pár. 1, Const.

En otros términos, el juez interno - en defecto de una norma que permita la exigibilidad directa de las normas convencionales y la eventual inaplicación de las internas que sean contradictorias con las misma (al igual que se hace con las previsiones del derecho UE)- se encuentra ante una doble alternativa, ante un posible contraste entre norma interna y aquella de la C.E.D.H.: o resuelve la contradicción mediante la interpretación conforme a la norma interna a la C.E.D.H. lo que significa, cuando exista contraste irreparable entre las dos disposiciones, plantear una cuestión de legitimidad constitucional de la normativa interna con referencia al art. 117 Const., que impone, entre otras, el respeto de los vínculos derivantes de las obligaciones internacionales – y en relación a las disposiciones de la C.E.D.H. que se consideran violadas – y, por lo tanto, en la medida en que no resulta compatible con la disciplina de la misma Convención⁵⁰.

⁴⁹ La Corte Constitucional ha aclarado un importante perfil en relación a la obligación de interpretación conforme por parte del juez interno, con respecto a las fuentes convencionales de matriz jurisprudencial, confirmando que las normativas C.E.D.H. viven en los ordenamientos nacionales también (y sobre todo) del mismo modo que la actividad hermenéutica cumplida por la Corte EDH, de tal manera que se asumen el rango de norma interpuesta en el juicio de legitimidad *ex art. 117 Const.* exclusivamente cuando la misma jurisprudencia constituya un «derecho consolidado». La referencia es hacia la ya mencionada Corte Const., sent. 49 del 2015, en la medida «es solamente un derecho consolidado generado por la jurisprudencia europea, que el juez interno tiene la obligación de establecer como fundamento del propio proceso interpretativo, mientras ninguna obligación existe en tal sentido, frente a pronunciaciones que no sean expresivas de una orientación que se ha vuelto definitiva». En otros terminos, según la Corte Constitucional, el juez interno tiene la obligación de interpretar el derecho nacional de manera conforme, entre otras, a las normativas C.E.D.H., así como interpretadas por la EDH, siempre que las mismas sean expresión de un «derecho consolidado» o de una «sentencia piloto» ante la falta de las mismas es necesario «excluir esa misma norma de los potenciales contenidos asignables en vía hermenéutica a la disposición de la C.E.D.H.». Al respecto, cabe reiterar que la Gran Sala, al § 252 de la sentencia del 28 de junio del 2018, G.I.E.M. S.r.l. y otros c. Italia, cit., contrapone al suscitado argumentar de la Corte Constitucional que «sus sentencias tienen todas el mismo valor jurídico» y que «su naturaleza vinculante y su autoridad interpretativa no pueden por lo tanto depender de la formación jurisdiccional que las ha pronunciado». Sobre el tema, véase nota 4.

⁵⁰ Por otra parte, dicho planteamiento no ha mutado a continuación de la entrada en vigor del Trattado de Lisboa que, en el art. 6, ha previsto la adhesión de la U.E. a la C.E.D.H.: en efecto, tal innovación no ha conllevado a un mutamento de la colocación de las disposiciones de la C.E.D.H. en el sistema de las fuentes, tal de hacer ineficaces las denominadas “concesión de las normas interpuestas”. De hecho, la Corte Constitucional ha considerado que la entrada en vigor del Tratado de Lisboa no haya determinado de por si la dicha “comunitarización” della C.E.D.H. y, por el efecto, la posibilidad de no aplicar el derecho interno en contraste con la misma. Sobre el tema, véase. Corte Const., sent. n. 80 del 2011, considerando «seguirán siendo validas las consideraciones realizadas por la Corte Costitucional en relación a la imposibilidad, en las materias en que no sea aplicable el derecho de la Unión [...], de hacer derivar la relatividad a la C.E.D.H. del art. 11 Const. de la cualificación de los derechos fundamentales reconocidos en ella como “principios generales” de el derecho comunitario (actualmente, el derecho de la Unión). [...] Los principios en cuestión relevan únicamente en relación a los casos en que el derecho comunitario (actualmente, el derecho de la Unión) sea aplicable, y no solamente a los casos regulados por la sola normativa nacional». Esto también es válido para la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea puesto que se entiende evitar de manera resolutiva la atribución a la Carta del “*mismo*

En tales circunstancias, en el caso de autos hay que mover de los tonos del art. 44, pár. 2, d.P.R. del 6 de junio 2001, n. 380 - según el cual “la sentencia definitiva del juez penal que comprobará que hubo lotificación abusiva, dispondrá la confiscación de terrenos abusivamente lotificados y de las obras abusivamente contruidas”⁵¹ – para verificar si de la disposición de qua pueda extraer, sin levantar un incidente de constitucionalidad, una normativa conforme con la interpretación de la misma efectuada por la Gran Sala⁵².

Al respecto, queda entendido que la actividad hermenéutica no puede subrogarse integralmente a la *prævia lex scripta*, que pretende garantizar a las personas «la seguridad jurídica de las consentidas, libertades de elección»⁵³, de igual modo está claro que la interpretación *in accordance* - es de preferir a las situaciones de “parálisis antinómica”- satisfaga aún así la necesidad de dar a las disposiciones normativas individuales el significado que asegure la mejor coexistencia con todas las otras previsiones, también supranacionales⁵⁴.

valor jurídico de los tratados” en el art. 6, §1, Tratado de la Unión Europea tenga efectos sobre el reparto de las competencias entre Estados miembros e instituciones de la Unión Europea.

Por ora parte esto resulta del art. 51 de la misma Carta de derechos de la Unión Europea.

⁵¹ El mismo apartado, sucesivamente, prevé en prosecución que “Por efecto de la confiscación los terrenos sean adquiridos por derecho y gratuitamente en el patrimonio del municipio del territorio donde tuvo lugar la lotificación. La sentencia definitiva es título para la inmediata transcripción en los registros del inmueble”.

⁵² Sobre la conforme interpretación, también para las oportunas referencias doctrinales y jurisprudenciales, entre otros, v. BIN, *La interpretación conforme. Dos o tres cosas que se de Usted*, en *www.rivistaic.it*, 2015, 1, pp. 1 ss.; CANNIZZARO, *Interpretación conforme entre técnicas hermenéuticas y efectos normativos, La interpretación conforme al derecho de la Unión Europea. Perfiles y límites de un vínculo problemático*, a cargo de Bernardi, Napoli, 2015, 4 ss.; SERGES, *La interpretación conforme a la Constitución entre técnicas procesales y colaboración de los jueces*, en *Escritos en honor de Franco Modugno*, IV, Nápoles, 2011, pp. 1 ss.; GAETA, *De la interpretación conforme a la C.E.D.U.: es decir, la recombinación génica del proceso penal*, cit., en *www.penalecontemporaneo.it* incluso, queriendo, RANALDI, *La interpretación conforme*, en *Las Relaciones entre fuentes europeas y diálogo entre las Cortes*, a cargo de Giunchedi, Pisa, 2018, 67 ss..

⁵³ Así, textualmente, Corte const., sent. n. 364 del 1988, que declara «la ilegitimidad constitucional del art. 5 c.p. en la parte en la que no excluye la injustificabilidad de la ignorancia de la ley penal la ignorancia inevitable».

⁵⁴ Por otra parte, la clave específica del método, con específica referencia al art. 44, párrafo 2, d.P.R. 6 de junio 2001, n. 380, ha sido declaradamente elegida por la Corte Const., sent. n. 239 del 2009, que ha declarado inadmisibile la cuestión de legitimidad constitucional de la específica disposición normativa, luego de haber constatado que el juez a quo «incluso postulando que la interpretación del art. 44, párrafo 2, del d.P.R. n. 380 del 2001 deba mutar a continuación de la sobrevenida jurisprudencia de la Corte europea de los derechos del hombre, no obtiene de esto alguna consecuencia en el cumplimiento de sus propios poderes interpretativos, si bien frente a la formulación literal de la disposición impugnada que, en sí, no parece excluir un tentativo de este tipo. Esta Corte ha expresamente confirmado que, en presencia de un aparente contraste entre disposiciones legislativas internas y una disposición de la C.E.D.H., también como interpretada por la Corte de Estrasburgo, puede planterse la duda de constitucionalidad, conforme al art. 117 Const., solamente si no se puede antes que nada resolver el problema en vía interpretativa. De hecho, «conciene al juez común interpretar la norma interna in modo conforme a la disposición internaciona, en los límites permitidos por los textos de la normativa» y caso en que ello no sea posible, es decir dude sobre la compatibilidad de la norma interna con la disposición convencional ‘interpuesta’ él deberá remitir a esta Corte sobre las relativas cuestiones de legitimidad constitucional respecto al parámetro del art. 117, párrafo primero.» Const. (sentencia n. 349 del 2007, pár. 6 del Considerado en derecho; análogamente sentencia n. 348 del 2007, pár. 5 de lo Considerado en el derecho). Por consiguiente, corresponde a los órganos jurisdiccionales

Por consecuencia, el art. 44, pár. 2, d.D.P. 6 de junio 2001, n. 380, con el mismo criterio del razonamiento “a rimas obligadas” y del dispositivo de la Gran Sala, deberá entenderse en el sentido que la sentencia definitiva del juez penal que compruebe que se ha producido lotificación abusiva dispone la confisca e los terrenos abusivamente lotificados – y de las obras abusivamente construidas – exclusivamente contra las personas físicas y jurídicas que hayan tomado parte en el relativo procedimiento; asimismo, la medida ablativa en tema no deberá ser aplicada de manera automática, sólo si resulta en concreto instrumental y – bajo el perfil modal – proporcionada a la adecuada tutela del ambiente y de la pública potestad planificadora⁵⁵, al éxito de una causa que haya aderido a los canones del *due process of law* y respetuosa de la presunción de inocencia.

De la misma forma de lo expuesto, entonces, la inmediata cesación de los efectos normativos lesivos de la C.E.D.H. reconocidos, en el caso de autos, por la sentencia de la Gran Sala se concretizará caso en que el juez precedente omita la disposición de la confisca urbanística – es decir cuando haya sido aplicada, según el grado del juicio, disponga la revocación reformada de la relativa decisión o decida que cancele la relativa ordenanza reglamentaria – contra las personas (físicas o jurídicas) – propietaria de terrenos objeto de la cuestionada transformación urbanística y edilicia – que no haya formado parte del relativo proceso de cognición⁵⁶.

En caso de que coincidan aquel – o aquellos – contra las que pende el proceso cuyo objeto el escrutinio de una hipótesis de lotificación abusiva y el propietario – o así mismo los propietarios – de los relativos terrenos, nada impedirá según la Gran Sala, la aplicación de la medida ablativa de qua mientras la relativa constatación haya sido llevada a cabo respetando la “tabla de valores” a que se refieren los arts. 6, 7 C.E.D.H.

Por lo tanto, volviendo específicamente a los márgenes de relación actuales entre prescripción del delito de lotificación abusiva y confiscación urbanística, es

comunes la eventual obra interpretativa del art. 44, pár. 2, del d.P.R. n. 380 del 2001 que es efectivamente necesaria para las decisiones de la Corte europea de los derechos del hombre; por esta tarea ha esperado la jurisprudencia de legitimidad con éxito, cuya evaluación no es actualmente sometida a esta Corte. Solo en la medida en que la adaptación interpretativa, resulte imposible o el eventual derecho viviente que se forma en este ámbito levante sospechas sobre su legitimidad constitucional, esta Corte podrá ser llamada a afrontar el problema de la supuesta anticonstitucionalidad de las disposiciones legislativas».

⁵⁵ A tal propósito, véase § 301 de la sentencia de la Corte EDH, Gran Sala, 28 de junio 2018, G.I.E.M. S.r.l. y otros c. Italia, cit., al mismo modo que, de manera ilustrativa, se subraya que «al fin de evaluar la proporcionalidad del embargo, pueden ser tomados en consideración los siguientes elementos: la posibilidad de adoptar medidas menos restrictivas, cuales la demolición de obras no conformes con las disposiciones pertinentes o la anulación del proyecto de lotificación; la naturaleza ilimitada de la sanción deriva del hecho que puede comprender indistintamente áreas edificadas y no edificadas y también áreas pertenecientes a terceros; el grado de culpabilidad o de imprudencia de los recurrentes o, cuando menos, la relación entre su conducta y el delito en cuestión».

⁵⁶ BIGNAMI, *Desde Estrasburgo vía libre a la confiscación urbanística sin condena*, cit., que subraya - teniendo en cuenta la circunstancia que la contravención por lotificación abusiva no forma parte del catálogo de los denominados “delito - presupuesto”, que pueden basar la responsabilidad administrativa del delito de las entidades colectivas en aplicación del Dleg. 8 giugno 2001, n. 231 - rubricado “Disciplina de la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas, de las sociedades y de las asociaciones aún privas de personalidad jurídica, a efectos del artículo 11 de la ley del 29 de septiembre 2000, n. 300” -, que la consecuencia inmediata de la sentencia de la Grande Sala, refiriéndose a aquellos casos en que las personas jurídicas propietarias de terrenos no han participado, es que el «bien, de hecho... no puede ser confiscado».

necesario distinguir en función de que la Corte de Apelación haya dispuesto la confiscación urbanística – confirmando in parte que la sentencia de primer grado o sea en reforma, previa renovación probatoria, de la sentencia misma – es decir haya omitido de aplicar la específica medida ablativa – confirmando la ordenanza reglamentaria exculpativa de primer grado en reforma de pronunciamiento de condena dictada en primer grado.

En el primer caso, parece poder invocarse la aplicación análogica de lo dispuesto del art. 578-bis c.p.p. -rubricado “Decisión sobre la confisca en casos particulares en el caso de extinción del delito por amnistía o por prescripción” – que ha sido dictaminado en relación a la confiscación en casos particulares⁵⁷, cuya reglamentación se ha convertido en parte integrante del código penal previsto en el art. 6 D.Lgs. 1° de marzo 2018, n. 21- rubricado «Disposiciones de aplicación del principio de delegación de reservas del código penal en materia penal con arreglo al artículo 1, párrafo 85, letra q), de la ley del 23 de junio 2017, n. 103”- al igual que “cuando ha sido ordenada la confiscación de casos particulares prevista por el primer párrafo del artículo 240-bis del código penal y de otras disposiciones legales, el juez de apelación o la Corte de Casación, al declarar la extinción del delito por prescripción o amnistía, decidiendo la impugnación al solo efecto de la confiscación, previa comprobación de la responsabilidad del imputado».

En el segundo caso, en cambio, exigiendo la aplicación de la confiscación urbanística una comprobación de culpabilidad por parte del juez en merito, que no es sustituible con la lectura de los actos internos al juicio de legitimidad, la prescripción

⁵⁷ El art. 240-bis c.p. (precedido, primero por el art. 12-sexies rDleg. 8 de junio 1992, n. 306, convertido, con modificaciones, por la ley 7 de agosto 1992, n. 356, sucesivamente por el art. 31 de la l. 17 de octubre 2017, n. 161) - rubricado “Confiscación en casos particulares” – prevé que “1. En casos de condena o de aplicación por petición en virtud del artículo 444 del código de procedimiento penal, por cada delito previsto por el artículo 51, párrafo. 3 – bis, del código de procedimiento penal, de los artículos 314, 316, 316-bis, 316-ter, 317, 318, 319, 319-ter, 319-quater, 320, 322, 322-bis, 325, 416, realizado con el propósito de cometer delitos previstos en los artículos 453, 454, 455, 460, 461, 517-ter e 517-quater, así como por los artículos 452-quater, 452-octies, pár. primero., 493-ter, 512-bis, 600-bis, pár. primero 600-ter, primero y segundo pár., 600-quater.1, relativamente a la conducta de producción o comercialización de material pornográfico, 600-quinquies, 603-bis, 629, 644, 648, excluidos los asuntos contemplados en el pár. segundo, 648-bis, 648-ter e 648-ter.1, del artículo 2635 del código civil, o por algunos crímenes cometidos con finalidades terroristas, también internacionales, o por subversión del ordenamiento constitucional, es siempre dispuesta la confiscación de dinero, de bienes o de otras utilidades de las cuales el condenado no puede justificar la proveniencia y que, incluso por persona física interpuesta, resulta ser titular o tener disponibilidad por cualquier concepto en valor desmesurado a la propia renta, declarado a los efectos de los impuestos sobre la renta, o a la propia actividad económica. En todo caso el condenado no puede justificar la procedencia legítima de los bienes en la presunción que el dinero utilizado para comprarlos sea un ingreso o reutilización de evasión de impuestos, salvo que la obligación tributaria haya sido extinguida mediante cumplimiento según las formas del derecho. La confiscación conforme a las disposiciones que preceden este ordenada en caso de condena o de aplicación de la pena a requerimiento por los delitos contemplados en los artículos 617-quinquies, 617-sexies, 635-bis, 635-ter, 635-quater, 635-quinquies cuando las conductas en el mismo mencionadas abarcan tres o más sistemas. 2. En los casos previstos desde el primer pár., cuando no es posible proceder al embargo del dinero, de los bienes y de las otras utilidades mencionadas en el mismo párrafo, el juez ordena la confiscación de otras sumas de dinero, de bienes y otras utilidades de procedencia legítima por un valor equivalente, de las cuales el infractor ha la disponibilidad, incluso por persona interpuesta». En tema, entre otros, MAUGERI, *La reforma de la confisca (d.lgs. 202/2016). El estatuto de la confisca ampliada ex art. 240-bis c.p.: espada de Damocles sine die sustraída a la prescripción (desde la l. 161/2017 al d.lgs. n. 21/2018)*, en *Especiale reforma*, en esta Revista.

del delito impone la anulación con aplazamiento de la sentencia ex art. 620, let. a), c.p.p., de forma que la adopción de cualquier ordenanza reglamentaria será “puesta” en el procedimiento administrativo según el art. 30 d.P.R. 6 de junio 2001, n. 380⁵⁸: pues así, «en el estado actual de la normativa», parece contra tenorem rationis prefigurar que la Corte de Casación «una vez relevada la prescripción, pueda anular la sentencia de mérito con reenvío, al solo fin de un renovado juicio incidental sobre la culpabilidad», a menos que se opte «por una problemática aplicación analógica del art. 622 c.p.p., que permite la prosecución del juicio, luego del la anulación de la sentencia en Casación, únicamente a los efectos de la decisión sobre la acción civil compensatoria» ivi interpuesta⁵⁹.

Además, en lo que respecta a la “recuperación” – en el ámbito del ordenamiento interno – de la proporcionalidad en hipótesis violada por el trámite de la aplicación, por así decir, automática y “generalizada” de la confiscación urbanística, la Gran Sala señala que “el artículo 1 del Protocolo n. 1 requiere, para cualquier injerencia, una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados para la finalidad perseguida» que se “rompe” «si la persona interesada debe sostener

⁵⁸ Sobre el punto, cabe destacar que, en relación con los casos contemplados en el art. 44, párr. 2, d.P.R. 6 de junio 2001, n. 380, la entidad territorial municipal desempeña lo *status* de parte ofendida ex arts. 90 ss c.p.p., con correlativo reconocimiento a su favor del derecho de notificación del decreto de citación directa a juicio (art. 552, 3º párr., c.p.p.). De todos modos, con respecto a las disposiciones de los párr. 7º ed 8º del art. 30, del d.P.R. 6 de junio 2001, n. 380, rubricado “*lotificación abusiva*”, según el cual, «7. En el caso en que el dirigente o el responsable de la oficina competente compruebe la realización de lotificación de terrenos a los fines de edificar sin la prescrita autorización, con orden a notificar a los propietarios de las zonas y a los otros sujetos indicados en el párrafo 1 del artículo 29, dispone la suspensión. La medida implica la inmediata interrupción de obras en curso y la prohibición de disponer de los suelos y de las obras mismas con actos entre vivos, y debe ser transcrito a tal efecto en el registro inmobiliario. 8. Transcurridos noventa días, cuando no intervenga la revocación de la medida prevista en el párrafo 7, las zonas lotificadas se adquirirán por derecho al patrimonio disponible del municipio cuyo directivo o responsable de las oficinas competentes deberá encargarse de la demolición de las obras». Al respecto, entre otras, v. T.A.R. Nápoles, Sez. IV, 4 agosto 2011, n. 4210, R. y otro c. Com. Nápoles, en *Rev. juríd. edilicia*, 2011, 6, I, 1762, según la cual «El caso de la confiscación urbanística establecida en el art. 44 y aquella de la adquisición de las áreas previstas en el art. 30, párrafo 7 y 8, d.P.R. n. 380 del 2001 presentan – a pesar que las relativas medidas se refieran en el primer caso a la autoridad judicial y en el segundo administrativa – un indudable carácter de afinidad, dada la identidad de las condiciones (realización de un supuesto caso de lotificación abusiva descrita en la misma normativa) y de los efectos (del adquisición del área al patrimonio de la p.a.), idónea a garantizar en línea teórica la extensibilidad a la segunda de las conclusiones alcanzadas por la Corte europea de los derechos del hombre por el instituto de la confiscación urbanística, per cuanto concierne al perfil de la transferencia del derecho de propiedad del privado a la administración sin reconocer una compensación: se trata en ambos casos de sanciones administrativas, cuya función de transferir la propiedad del área incumbe a la administración al fin de restablecer la planificación urbanística violada. La afinidad entre dichos casos impone también de afirmar la vigencia del principio de la necesidad de la aplicación de las sanciones administrativas privativas de la propiedad del bien, que no se presenten estrictamente para restablecer respeto al abuso perpetrado (como en el caso del orden de demolición adoptado contra el propietario actual aunque no sea responsable del abuso), de un elemento subjetivo de carácter culposo por parte del sujeto sometido a la sanción. Particularmente, el comprador de un lote no podrá ser considerado, en cuanto tal, extraneo al delito de lotificación abusiva, al ser obligado a demostrar que sus acciones han sido en buena fe por lo tanto sin darse cuenta - pese a haber tenido la necesaria diligencia en el cumplimiento de los ya citados deberes de información y conocimiento – de participar a una obra de ilícita lotificación».

⁵⁹ En tal sentido, v. BIGNAMI, *Desde Estrasburgo vía libre a la confiscación urbanística sin condena*, cit.

un gasto excesivo y exagerado»⁶⁰; por lo tanto, «con la finalidad de determinar la proporcionalidad de la confiscación, pueden ser tomados en consideración los siguiente elementos: la posibilidad de adoptar medidas menos restrictivas, cuales la demolición de obras no conformes a las disposiciones competentes o la anulación del proyecto de lotificación; la naturaleza ilimitada de la sanción derivante del hecho que puede abarcar indiferentemente áreas edificadas y no edificadas y también áreas pertenecientes a terceros; el grado de culpa o de imprudencia de los recurrentes o, cuando menos, la relación entre sus conductas y el delito en cuestión»⁶¹. En tales circunstancias, quedando entendido que resultan, a la evidencia, diversificadas las formas de manifestación y concretización del procedimiento contravencional de lotificación abusiva, no resulta estar en discusión que el embargo preventivo finalizado a la confisca – que venga dispuesto en el curso de la fase procedimental o procesal – de los terrenos es decir de las obras eventualmente edificadas sobre los mismos debería responder, precisamente, al criterio de el “menor sacrificio necesario” para quien o para aquellos que padezcan los efectos del relativo vínculo de indisponibilidad.

Y se explica.

Si la lotificación abusiva sanciona el comportamiento de quien edifica sin haber obtenido previamente la autorización de lotificación, que debe considerarse necesaria, aunque en hipótesis «caso en que las áreas en relación al asentamiento proyectado venga por primera vez interesada por una actividad capaz de provocar una profunda transformación socio económica - aparte de estructural - de la zona misma, por lo tanto es necesario dotarla de una estructura variada y de todas las relativas infraestructuras [...] teniendo en cuenta las construcciones realizadas en la zona...»⁶² y si tal, que de naturaleza pluriofensiva, protege también la reserva pública de planificación urbanística y tiende a impedir que el “hecho lotificatorio” exija a la pública administración de asumir gastos no esperados, derivados de la concentración imprevista de la carga urbanística y de la consiguiente necesaria intervención de la misma administración pública para garantizar los denominados servicios mínimos a favor de sujetos instalados en las áreas interesadas de dicha lotificación (luz, agua, gas, alcantarillado), ahora está claro que el vínculo cautelar, instrumental a la incautación urbanística⁶³, debe abarcar – de manera puntual – las áreas “interesadas” por la edificación abusiva es decir de la indebida lotificación negociada y no extenderse en manera desproporcionada y, por lo tanto irrazonable, a las proporciones de la misma propiedad territorial que sean, por ejemplo, vecinas a las áreas interesadas por las transformaciones lotificadoras.

b) derechos violados y recuperación de la relativa efectividad post rem

⁶⁰ Así, v. § 300 de la sentencia de la Corte EDU, Gran Sala, 28 giugno 2018, G.I.E.M. S.r.l. y otros c. Italia, cit., en www.giustizia.it.

⁶¹ En tal sentido, v. § 301 Così, v. § 300 de la sentencia della Corte EDH, Gran Sala, 28 de junio 2018, G.I.E.M. S.r.l. y otros c. Italia, cit.

⁶² Así, textualmente, REYNAUD, APARTADO *Urbanística (delitos en materia de)*, en *Dig. Pen.*, Vol. act., Turín, 2008, 81. En términos análogos. Entre otras, Cas., Sec. III, 3 de marzo 2005, D.M., en *Cas. pen.*, 2006, 6, 2254.

⁶³ Sobre el embargo preventivo a los efectos de la confiscación, entre otros, v. VARRASO, *El embargo a los efectos de la confiscación: desde las decisiones del código del 1988 a la ley n. 161 del 2017*, en www.penalecontemporaneo.it; DIDDÌ, *El embargo a los efectos de la confiscación*, en *Embargo y confiscación*, cargo de Montagna, Turín, 2017, 163 ss.

iudicatam

Es notorio que «la instancia de legalidad de la pena» represente un tema que, en fase ejecutiva, deba considerarse constantemente sub iudice y no obstaculada del hecho formal de la denominada “situación agotada” - qué tal sustancialmente no es – no pudiéndose tolerar que un Estado democrático de derecho asista inerte a la ejecución de penas no conformes con la C.E.D.H. y, por lo tanto a la Carta Fundamental⁶⁴.

Igualmente, no está en discusión que el reconocimiento fundamental de la “vitalidad” de la relación procesal vinculado a la ejecución de la pena genere la necesidad de realinear “todas” las sanciones en curso de ejecución a los parámetros de legalidad convencional y constitucional, aunque si dicha violación venga comprobada sucesivamente a la formación del juzgado, que es un término que ha adquirido desde un tiempo una configuración más compleja, debiendo ser mejor encuadrado como relación procesal integralmente acabada: efectivamente, la fase ejecutiva de la pena - es, por lo tanto, la misma definición del tratamiento sancionatorio – se coloca fuera del área de las relaciones “acabadas”, resolviéndose por ser póstumo de la constatación procesal, a la evidencia, vital y no concluido, que debe respetar los parámetros de legalidad “alta” y, por lo tanto, de matriz constitucional y convencional⁶⁵.

Por lo tanto, delinear un trayecto procesal “practicable” para remover in executivis – en situaciones idénticas a aquellas escrutadas por la Gran Sala – las violaciones de la C.E.D.H. por ella constatadas en relación al instituto de la confiscación urbanística - significa tener en cuenta las indicaciones promanadas in parte qua por el “derecho viviente”, siempre que vengan consideradas aceptables por ser sistemáticamente “sostenibles”: referido a la consolidación de la “configuración” por la cuál el incidente de ejecución representa «en línea teórica» - ante la persistente inercia del legislador - «solo uno de los posibles instrumentos de adecuación del ordenamiento interno a las decisiones definitivas emitidas por la C.E.D.H.» - que se presenta, por así decir, «postergado» con respecto a la denominada “revisión europea”⁶⁶ – y a « a quien puede hacerse recurso en el caso en que: a) la decisión, haya

⁶⁴ En tal sentido, entre otras, v. Cas., Sec. Un., 24 de octubre 2013, Ercolano, en *Arch. Gral.*, n. 258650.

⁶⁵ En tal sentido, Cas., Sec. un., 29 de mayo 2014, Gatto, en *Arch. Gral.*, n. 260697. Sobre el caso de autos, v. NACAR, *Los “nuevos” poderes del juez la ejecución de la revalorización de la pena ilegítima*, en *Dir. pen. proc.*, 2, 2016, 177 ss.

⁶⁶ El instituto de revisión (art. 629 ss. c.p.p.) ha sufrido, a continuación de la sentencia de la Corte Constitucional n. 113 del 2001, una mutación del plano funcional: de hecho, la específica impugnación extraordinaria deja de perseguir, exclusivamente, el *target* correspondiente a la aprobación de la resolución de absolución, sino que puede ser útilmente empleada también para obtener la reapertura del proceso, cuando resulte necesario conforme al art.46, § 1, C.E.D.H., para dar cumplimiento a una sentencia (definitiva) de la Corte EDH. De hecho, la ya mencionada sentencia n. 113 del 2001 afronta la problemática generada por la ausencia – en el sistema procesal penal - de un remedio procesal *ad hoc* destinado a aplicar la obligación conformativa inminente sobre el Estado parte de la C.E.D.H. también mediante la eventual rehabilitación del proceso, a las “confirientes” sentencias definitivas de la Corte EDH, cuando se haya constatado la violación de la Convención o de sus Protocolos, según cuanto previsto en el art. 46 C.E.D.H., en el texto modificado por parte del art.16 del Protocolo n. 14, ratificado con la L. del 15 de diciembre del 2005, n. 280. En particular, la Corte Constitucional, sometida a la cuestión de legitimidad constitucional del art. 630 c.p.p. – según una perspectiva interpretativa diferente respecto a la considerada infundada con la sentencia n. 128 del 2009, teniendo en cuenta la amplitud del objeto de la cuestión de constitucionalidad remitida a la diversidad de parámetros de referencia (l’art. 117, párr. 1, Const. y el art. 46 C.E.D.H. y no, por lo tanto, los arts. 3, 10, 27 Const.)- ha declarado ilegitimidad constitucional del art. 630 c.p.p. en la parte en la que no ha

o menos sido adoptada en la forma de la ‘sentencia piloto’, tenga efectivo u objetivo carácter general; b) las situaciones en comparación (caso decidido por la C.E.D.H./caso subjetivamente diferente sometido a escrutinio) sean idénticas; c) no sea necesaria la previa declaratoria de ilegitimidad constitucional de una normativa y la intervención de remoción o modificación del juzgado no presente ningun contenido discrecional, resolviéndose en la aplicación de otro y bien identificado precepto»⁶⁷.

Por lo tanto, específicamente, de las dos una: independientemente de la cosa juzgada formal de condena, ante la constatación intangible de responsabilidad por el “hecho” de lotificación abusiva constatado en el juicio de cognición y sin prejuicios de otros las posibles intervenciones ablativas de la administración pública ex art. 30, 7° e 8° pár., 6 de junio 2001, n. 380, la persona (física o jurídica: es lo mismo) que no haya sido “parte en causa” – y no obstante haya sufrido la confiscación urbanística de los terrenos objetos de transformación urbanística y edilicia y de los edificios sobre ella eventualmente realizados – podrá introducir útilmente, en función revocatoria de la medida ablativa que haya sido dispuesta, el incidente ejecutivo regulado en combinación por los arts. 665, 676 c.p.p.; de igual modo, esto podrá tener lugar siempre que la confisca haya sido dispuesta – de forma convencionalmente heterodoxa- directamente por la Corte de Casación que haya, al mismo tiempo, anulado sin reenvío la sentencia de absolución del imputado, reconociendo la subsistencia del delito de lotificación abusiva del cual haya declarado sin embargo la prescripción es decir resulte, en concreto desproporcionada en relación a los objetivos de tutela por ella perseguidos⁶⁸.

contemplado un “diverso” caso de revisión, respecto a aquellos expresamente regulados, que permitiera – para el juicio definido con una de las resoluciones indicadas en el art. 629 c.p.p. – la reapertura del proceso, funcional también la renovación de la actividad procesal ya ejercida y, se da el caso, del juicio, cuando se considere necesario, conforme al art. 46, § 1, C.E.D.H., para dar cumplimiento a una sentencia definitiva de la Corte EDH. Por lo tanto la reapertura del proceso, determinada por una resolución de la Corte EDH que haya establecido la iniquidad del relativo procedimiento, «implica, sustancialmente, una derogación - impuesta por la exigencia del respeto de las obligaciones internacionales – al principio por el cual las negligencias procesales quedan cubiertas por el juzgado» - así que «el juez de la auditoría valorará también como los motivos de imparcialidad del proceso relevados por la Corte europea deban traducirse, precisamente, en negligencias de actos procesales de la misma manera que el derecho interno, adoptando en el nuevo juicio todas las resoluciones derivadas para eliminarlas». Sobre el punto, en relación a la sentencia de la Corte const., n. 213 del 2013, entre otros, v. GIALUZ, *Una sentencia “aditiva de instituto”: la Corte Constitucional crea la “revisión europea”, en Cas. pen., 2011, 3308*; UBERTIS, *La revisión sucesiva a condenas de la Corte de Estrasburgo, en Juris. const., 2011, 1542*. En relación a la específica cuestión v. GIUNCHEDI, *La tutela de los derechos fundamentales previstos por la CEDH: la Corte europea por los derechos del hombre como juez de cuarta instancia?*, en esta Revista, 2013, 3 ss.

⁶⁷ Así, textualmente, Cas., Sec. I, 11 de octubre 2016, Dell’Utri, en *www.penalecontemporaneo.it*. Al respecto, entre otros, v. S. BERNARDI, *Los “hermanos menores” de Bruno Contrada ante la Corte de casación, en Der. pen. cont., 2, 2017, 258 ss.*

⁶⁸ Con específica referencia a la amplitud de los poderes cognitivos y decisorios del juez de ejecución en materia de confiscación urbanística, entre otras, v. Cas., Secc. III, 24 de mayo 2017, en *Cas. pen., 2018, 7, 1760*, según la cual «En tema de confiscación consecuenta a lotificación abusiva dispuesta al margen de los casos de condena, el juez de ejecución afectado por la oposición del tercero extraño al procedimiento, tiene la obligación de comprobar, desde el punto de vista objetivo, la efectiva existencia de la lotificación y, desde el punto de vista subjetivo, la inexistencia de la buena fe en la conducta del tercer comprador del inmueble, basándose en lo provado por la fiscalía».

