

Homenajes & congresos

Según la expresión que el profesor Jesús Ballesteros hizo suya hace ya varias décadas, la tarea que da sentido al quehacer del filósofo consiste en "Pensar el tiempo presente". Precisamente porque ese ha sido el leitmotiv de su inquietud investigadora, hemos querido que sea también el título de esta obra, en la que los diversos trabajos se agrupan en siete secciones que se corresponden con los grandes temas que han sido objeto principal de su estudio a lo largo de su carrera: 1) El sentido del Derecho, 2) Derechos humanos, 3) Modernidad y postmodernidad, 4) Ecología política, 5) Bioderecho y bioética, 6) Paz y seguridad humana, y 7) Pobreza y capitalismo financiero. Coherente siempre con su comprensión del Derecho como no discriminación y no violencia y con el lugar central que ocupan los derechos humanos en su pensamiento, Jesús Ballesteros ha mostrado en todo momento una profunda inquietud y un renovado afán por buscar salidas y respuestas humanistas a los problemas de nuestro tiempo. Y así, frente a la postmodernidad decadente ha formulado y ha justificado sólidamente la alternativa de una postmodernidad resistente; frente a la destrucción medioambiental que pone en riesgo las condiciones mismas de la vida humana en el planeta, ha argumentado la necesidad de una ecología personalista; frente a los excesos de las tecnologías, tanto en el campo de la biotecnología como de la inteligencia artificial, defiende el valor incondicionado de la humanidad en su fragilidad y vulnerabilidad; frente a las *hard threats* y a las *soft threats* que amenazan la seguridad humana por doquier en forma de guerras y de miseria, la necesidad de que tanto la política y los Estados, como la economía y las finanzas, dejen de ser autorreferenciales y estén al servicio de la seguridad humana.

En este volumen numerosos profesores del área de Filosofía del Derecho y también de otras áreas de diversas universidades españolas y extranjeras, profundizan en todas estas cuestiones, como expresión de reconocimiento y gratitud al profesor Ballesteros y de consideración por su pensamiento. De este modo, se ofrece al público una obra dotada de coherencia temática y de gran interés para la comunidad científica por la actualidad de los temas abordados y por el rigor en su tratamiento.



tirant
lo blanch

Homenajes
& congresos



tirant
lo blanch

coordinadores
JAVIER DE LUCAS MARTÍN
ERNESTO VIDAL GIL
ENCARNACIÓN FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ
VICENTE BELLVER CAPELLA

+ ebook
GRATIS

PENSAR EL TIEMPO PRESENTE

*Homenaje al profesor
Jesús Ballesteros Llompart*

TOMO I

coordinadores

JAVIER DE LUCAS MARTÍN

ERNESTO VIDAL GIL

ENCARNACIÓN FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ

VICENTE BELLVER CAPELLA



tirant
lo blanch

Homenajes
& congresos

PENSAR EL TIEMPO PRESENTE
*Homenaje al profesor
Jesús Ballesteros Llompart*

TOMO I

Ramón Chornet, Consuelo (Universitat de València)
 Ripollés Serrano, Elena (Universidad Nacional de Educación a Distancia)
 Rivas Palá, Pedro (Universidad de A Coruña)
 Robles, Gregorio (Universidad de las Islas Baleares)
 Rodilla González, Miguel (Universidad de Salamanca)
 Rodríguez Marugán, Isidro (Universidad CEU Cardenal Herrera)
 Rodríguez Paniagua, José María (Universidad Complutense de Madrid)
 Romero Saura, Fernando (Universidad Politécnica de Valencia)
 Rubio Castro, Ana María (Universidad de Granada)
 Ruiz Miguel, Jorge Alfonso (Universidad Autónoma de Madrid)
 Ruiz Sanz, Mario (Universitat Rovira i Virgili)
 Salcedo Romo, Alejandro (Universidad Panamericana)
 Sánchez Cámara, Ignacio (Universidad Rey Juan Carlos)
 Sánchez Lissen, Encarnación (Universidad de Sevilla)
 Sanjosé Gil, Amparo (Universitat de València)
 Santos, José Antonio (Universidad Rey Juan Carlos)
 Saraceni, Guido (Università degli Studi di Teramo)
 Sartea, Claudio (Università degli Studi di Roma «Tor Vergata»)
 Sauquillo, Julián (Universidad Autónoma de Madrid)
 Sellés, Juan Fernando (Universidad de Navarra)
 Seoane Rodríguez, José Antonio (Universidad de A Coruña)
 Serna Bermúdez, Pedro (Universidade A Coruña)
 Serrano Moreno, José Luis (Universidad de Granada†)
 Serrano Ruiz-Calderón, José Miguel (Universidad Complutense de Madrid)
 Solanes Corella, Ángeles (Universitat de València)
 Soriano, Ramón (Universidad Pablo de Olavide, Sevilla)
 Soriano González, María Luisa (Universidad Pablo de Olavide, Sevilla)
 Talavera, Pedro (Universitat de València)
 Torralba López, José María (Universidad de Navarra)
 Trujillo, Isabel (Universidad de Palermo)
 Valiño Arcos, Alejandro (Universitat de València)
 Velarde, Caridad (Universidad de Navarra)
 Vergara Lacalle, Óscar (Universidad de A Coruña)
 Vidal Gil, Ernesto J. (Universitat de València)
 Vidal Martínez, Jaime (Universitat de València)
 Vilata, Salvador (Universitat de València)
 Viola, Francesco (Università degli Studi di Palermo)
 Zaccaria, Giuseppe (Università degli Studi di Padova)
 Zapatero, Virgilio (Universidad de Alcalá)

Índice general

TOMO I

<i>Presentación</i>	19
<i>Semblanza del Profesor Jesús Ballesteros Llompart</i>	21
<i>Publicaciones de Jesús Ballesteros Llompart</i>	27
1. EL SENTIDO DEL DERECHO	
<i>Diritto Penale e mondo contemporaneo</i>	39
AGATA C. AMATO MANGIAMELI	
«Restorative Justice», <i>víctima y mediación. Tres conceptos en el nuevo paradigma de la entrópica justicia penal</i>	53
SILVIA BARONA VILAR	
<i>Algunas reflexiones sobre la coercibilidad del derecho a la luz de la STC 42/2014, de 25 de marzo</i>	79
TOMÁS DE DOMINGO PÉREZ	
<i>Derecho, discriminación, violencia. Recordando a Atticus Finch</i>	101
JAVIER DE LUCAS	
<i>Las cabezas de la Justicia: ¿«Antígona-Ismena»? ¿«Antígona e Ismena»? ¿«Antígona»?, ¿«Ismena»?...</i>	119
AURELIO DE PRADA GARCÍA	
<i>El Derecho como no discriminación y no violencia</i>	141
ENCARNACIÓN FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ	
<i>Lecturas de Giuseppe Capograssi en España: la Filosofía Jurídica de Jesús Ballesteros</i>	169
ALFREDO DE J. FLORES	
<i>Sobre el sentido del Derecho: una visión principal al Derecho financiero</i>	183
FERNANDO HERNÁNDEZ GUIJARRO	
<i>Cicerón y el Derecho natural</i>	209
FERNANDO H. LLANO ALONSO	

Diritto Penale e mondo contemporaneo

AGATA C. AMATO MANGIAMELI

Università degli Studi di Roma «Tor Vergata»

1. Il catalogo dei reati è frutto di una elaborazione complessa e stratificata, come pure del susseguirsi di interpretazioni che rispondono a nuove necessità, a nuove condizioni e a nuove questioni giuridiche. Del resto, la legislazione penale non scaturisce *ex abrupto* dalla mente del legislatore, ma viene elaborata sulla spinta delle esigenze che, in un determinato momento storico, si manifestano nella società. Più in particolare, è sulla spinta dei valori (dei *valori sociali*) che in una certa fase dello sviluppo culturale si chiede la protezione del diritto penale, si formula e si integra l'elenco dei reati, si motiva la necessità —o meglio il dovere— di punire. E, come osservava Bettiol, una volta inquadrato il diritto penale nei valori etici-politico-sociali, «abbiamo già superata una fase puramente tecnico formalistica nello studio delle fonti e ci siamo aperta anche una strada per poter procedere ad una indagine circa il contenuto “metagiuridico” della volontà statale espressa in forma di legge»¹.

2. Il diritto penale, con il suo catalogo dei reati, è animato da quello stesso principio di giustizia che anima tutto il diritto: *naeminem ledere, suum cuique tribuere*. Altrimenti detto: il diritto penale è una finestra aperta sul diritto naturale², anzi —come tutto il diritto positivo, quando è obbligatorio per la giustificazione della sua deonticità— costituisce il diritto naturale vigente³, un diritto che trova il suo fondamento nella giustizia, quale regola o misura comune, alla quale vengono subordinate tanto le esigenze e le volontà individuali, così come quelle di gruppo.

Si badi: diritto penale quale finestra aperta sul diritto naturale, diritto penale come diritto naturale vigente, diritto penale e giustizia, e non in-

¹ *Diritto penale*, Padova 1978, 109 ss.

² Battaglini, G., «La questione delle fonti specialmente in rapporto al diritto penale», in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1930, n. 4, pp. 528 ss.

³ In tal senso si veda Cotta, S., *Giustificazione e obbligatorietà delle norme*, Milano 1981, pp. 131 ss.

vece diritto penale come minimo etico, come morale cristallizzata in un suo momento, come forma superata e assorbita dalla morale (volontà già voluta). Quando si qualifica il reato come male morale si corre il rischio di affermare che più del diritto ad essere violato, contraddetto e vanificato, sia per l'appunto l'ordine morale e che il diritto altro non sia se non epifenomeno della morale stessa.

È vero, «se il male riscuotesse bene, o, per lo manco, andasse impunito, l'ordine morale supremo sarebbe rotto e sconvolto»⁴, altrettanto vero è che nel processo di identificazione morale-diritto si può finire col sottacere quegli elementi strutturali dell'uno e dell'altro ambito, non rendendo così ragione dell'una (la morale) e/o dell'altro (il diritto). Ad esempio, soltanto nella morale alcune dimensioni assumono la valenza di oblatività oltre la giustizia, d'altra parte soltanto nel diritto le diverse dimensioni non possono mai trascurare, né menomare, la giustizia, quale misura oggettiva che non avvantaggia alcuno e non conosce alcuna eccezione.

3. Reato e pena: il primo consiste in un comportamento che reca danno, o pregiudizio, a un individuo (la vittima) e che può compromettere la stessa coesistenza sociale, la seconda è prevista dall'ordinamento giuridico quale conseguenza del reato medesimo, perché sia ristabilito l'ordine violato. E ancora: il reato è individuato e qualificato all'interno di quella unità sistematica oggettiva del diritto, ed è una condotta lesiva di un diritto o di un interesse (di un individuo, di una famiglia, di un gruppo); la pena è individuata entro quella stessa unità sistematica delle norme giuridiche ed è comminata dal giudice penale che è giudice competente della malvagità dell'atto, piuttosto che della malvagità dell'uomo⁵. In breve: *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

4. Pur nella evidente diversità dei diritti e dei beni violati o messi in pericolo —da qui la distinzione tra i reati (in contravvenzioni e in delitti) e la progressione delle pene (per le contravvenzioni, dall'ammenda all'arresto, per i delitti, dalla multa all'ergastolo)—, quel che rileva in modo significativo è che la condotta criminosa, e di conseguenza punibile, è tale perché è in grado di compromettere un diritto e di danneggiare un bene e, quindi,

⁴ Mamiani, T., in Mamiani, T., Mancini, P. S., *Fondamenti della filosofia del diritto e singolarmente del diritto di punire*, Livorno 1875, p. 39.

⁵ Come sottolineava Carrara, *Programma del corso di diritto criminale*, parte generale, vol. II, Firenze 1902, p. 167.

perché capace di minacciare quel dato strutturale dell'essere uomo che è la coesistenza⁶.

Altrimenti detto, qui è in gioco l'essere o il non-essere. La coesistenza non è un mero dato empirico, bensì strutturale dell'essere uomo: «dalla coesistenza non si esce più di quanto non si possa uscire dalla propria pelle. La coesistenza può quindi ben essere qualificata (a differenza dello Stato) la causa finale della pena»⁷.

E proprio perché è in gioco la coesistenza —e con essa l'essere o il non-essere dell'uomo— il diritto, e soprattutto il diritto penale, non può mai trascurare, né menomare, la giustizia.

5. Calcolante, freddo, rigido: il diritto richiede che la decisione sia libera da interessi e condizionamenti soggettivi, ovvero che sia assunta ispirandosi a criteri e parametri oggettivi.

Calcolante, freddo, rigido: il diritto penale richiede che la pena venga inflitta sempre e comunque, anche quando si sia realizzata la condizione per la quale si è degni del perdono e cioè anche nel caso in cui si registri il reale e spontaneo pentimento del colpevole e dunque sembri possibile il suo reinserimento nell'ordine della libertà.

Jean Valjean si è ben convertito accettando il perdono del santo vescovo Myriel, ma per il diritto rimane l'evaso del bagno di Tolone, degno del perdono di tutti, non della società che applica la legge!⁸.

6. Se si guardasse al reato solo come ad un male morale e alla pena semplicemente come ad uno strumento di espiazione, si considererebbe espriato il male del reato solamente quando lo stesso autore, fatto volontario ritorno a comportamenti moralmente irreprensibili, sottoponesse sé stesso ad un male che fosse proporzionato alla sua colpa. In altri termini, ogni colpevole dovrebbe provare di essersi già punito da sé e di aver così soddisfatto la giustizia assoluta.

⁶ Al riguardo si vedano le sempre attuali osservazioni di Ballesteros, J., *Sobre el sentido del derecho*, Madrid, 1986.

⁷ Così D'Agostino, F., *L'anima del reo. Osservazioni in margine alla teoria hegeliana del diritto penale*, in Id., *Diritto e secolarizzazione. Pagine di filosofia giuridica e politica*, Catania 1982, p. 89.

⁸ Mathieu, V., *Perché punire? Il collasso della giustizia penale*, Milano 1980, p. 195.

Ma a fronte di una simile ricostruzione del reato e della pena, la giustizia penale risulterebbe di fatto assolutamente inutile. Ed infatti, perché siano soddisfatte la morale e la giustizia assoluta è sufficiente che il colpevole reclami il diritto ad essere punito. Più in particolare, con la confessione e con il pentimento si riaffermano e vengono nuovamente consacrati quel valore e quel bene che il male morale ha provato a cancellare o a violare, così da rendere in quelle circostanze la pena e la giustizia penale ormai prive di senso.

Inoltre, se si ricostruisce il reato solo come male morale e la pena solo come espiazione, diventerebbe necessario ammettere la possibilità che la pena giuridica non solo può non condurre ad un reale cambiamento del reo, ma può anche non ottenere dal reo una concreta accettazione della punizione, condizioni queste che sono essenziali perché siano soddisfatte la morale e la giustizia assoluta. Di qui, ancora una volta, l'inutilità della pena e della giustizia penale: la pena giuridica «può anche essere analoga a quella dell'inferno, dove la *metánoia* non avverrà mai»⁹.

7. Solo con la pena giuridica si *cancella* il reato, ovviamente non nel senso che la pena ripara materialmente il danno. Per di più, se per un verso, il pericolo per l'offeso è ormai purtroppo passato e a volte il danno che egli ha subito è in senso proprio irreparabile, per un altro verso permane comunque sempre il rischio che la stessa offesa si rinnovi contro altri e da parte di altri.

La pena cancella il reato nel senso che attraverso la pena, il diritto riprende il suo pieno vigore nella vita umana e sociale, contro la forza brutta, contro la violenza¹⁰ e il desiderio di opprimere e di sopraffare l'altro, contro la volontà di potenza. Altrimenti detto, grazie alla pena, *negazione della negazione*¹¹, il diritto è di nuovo ripristinato e il reato viene giudicato per quello che è: una condotta con la quale si violano diritti e beni, si deteriorano i rapporti intersoggettivi, si crea disordine e si fomenta la disobbedienza.

⁹ *Ivi.*, p. 213.

¹⁰ Sulla differenza (e contrapposizione) strutturale che si dà fra diritto e violenza cfr. quanto osservato da Ballesteros, J., *A modo de introducción: La violencia hoy. Sus tipos. Sus raíces*, in Id., *Repensar la paz*, Madrid 2006, 17 ss.

¹¹ «Il diritto si ristabilisce di nuovo, col negare questa sua negazione, col quale processo della sua conciliazione, di ritornare dalla sua negazione a sé, si determina come *reale e valido*» (Hegel, *Lineamenti di filosofia del diritto*, trad. it., Bari 1974, § 82, 100).

8. È difficile, se non impossibile, prescindere da ciò che dà rilievo etico all'azione, ovvero dalla possibilità di muovere un giudizio di rimprovero. Allo stesso modo, è difficile di fronte a precisi atti trattarsi dal sostenere e dall'esclamare: *a male deve seguire male!*

E tuttavia, è il diritto, con quel suo non *si dà pena* al di fuori dell'azione, a mitigare e a razionalizzare tanto il rimprovero quanto l'esclamazione, così da permetterne il più corretto compimento.

Dall'affermazione perentoria che non si può essere chiamati a rispondere penalmente di ciò che si è, se questo modo di essere è indipendente da un'azione concreta e se l'azione compiuta dal soggetto non è un'azione che ha violato una norma giuridica, deriva la distinzione tra *status* e azione, o più propriamente tra *status* ed *azione* antiggiuridica.

Al diritto, certo, non spetta sciogliere la complessità del nesso agente-azione e tuttavia esso è chiamato a gestirla: la sanzione giuridica è tale soltanto se risponde all'azione e rimuove la contraddizione che la caratterizza.

L'azione ha «valore in sé in quanto non si contraddica, in quanto segua la traccia e la logica della sua stessa spinta, in quanto realizzi la sua sostanza. Se si contraddice il valore è perduto [...]». E la sanzione è tale se è «determinazione che la legge fa della necessità assoluta che la legge dell'azione si adempisca nell'azione»¹².

9. Il divieto dell'analogia —che impedisce al giudice di erigersi lui solo a giudice della moralità dell'atto criminale— ci dice che la valutazione dell'azione deve essere compiuta sulla base di fattispecie illecite già previste dal dettato normativo.

L'imparzialità del giudizio, poi, non ci dice semplicemente che la valutazione deve basarsi su prove oggettive e oggettivamente verificabili, ma ci dice anche che gli organi giudicanti e gli organi esecutivi devono essere meri strumenti di un'azione dettata dalla forma: dalla forma dei rapporti del caso giudicato e dalla *forma* delle leggi, *necessariamente* presupposte.

Leggi necessariamente presupposte e nient'altro, né ordine etico, né morale sociale, né ragione politica. L'azione *contra legem* infatti pur non violando sempre l'ordine etico e la morale corrente (si pensi ai reati colposi), qualche volta si rende indispensabile anche solo per anticipare e preparare

¹² Capograssi, G., *Studi sull'esperienza giuridica*, in *Opere*, vol. II, Milano 1959, pp. 350 e 351.

la formazione di nuove valutazioni etiche. Inoltre, può capitare che, in alcune precise circostanze storico-politiche, o in comparazione tra diversi ordinamenti, una medesima azione assuma ora una valenza positiva, risultando quindi giuridica, e ora una valenza negativa, ponendosi come anti-giuridica. Così, a proposito dei delitti politici, non c'è alcun dubbio che il legislatore sia ispirato dal principio *salus rei publicae suprema lex*. È quindi indotto a ricomprensione anche atti, quali ad esempio lo spionaggio compiuto dallo straniero nell'interesse del suo Stato, che forse possono considerarsi immorali, ma che certo sono volti a turbare l'ordine politico di un determinato paese e a rafforzare l'ordine politico del proprio. Fra i delitti politici, poi, ve ne sono parecchi che dipendono in modo esclusivo dal particolare indirizzo politico o sociale del gruppo, o dei gruppi che reggono lo Stato, e che quindi sono riprovevoli solo da un particolare punto di vista¹³.

10. Cosa significa esattamente che il giudice non può perdonare, ma solo condannare o assolvere, in quanto la sua azione non obbedisce alla volontà, bensì alla forma?

Per rispondere conviene ricordare quanto osservato da Ricoeur: «il mito comincia quando la coscienza morale tenta di trasporre nella sfera dell'interiorità una logica della pena che ha *solamente senso giuridico* e che riposa sul duplice presupposto dell'esteriorizzazione della libertà in una cosa e del rapporto esteriore della volontà in un contratto... *ogni tentativo di moralizzare la pena si perde nelle antinomie della coscienza giudicante e della coscienza giudicata*»¹⁴.

La questione, infatti, non è se e quante norme sono immediatamente riferibili alla morale, esiste certo un nucleo importante di norme incriminatrici —e non— che si pone tra le esigenze del diritto e quelle dell'etica. La questione non è neppure se il diritto nel suo complesso abbia un fondamento morale, vista l'esistenza di *leges mere poenales*, quel che è certo è che ha una sua morale, probabilmente più statica, più ferma, più obiettiva, in quanto «il diritto non può scendere alla radice dell'azione per coglierne la più lieve sfumatura, il più remoto ondeggiamento, il più sottile motivo sul quale ha fatto perno, ma per evidenti ragioni di uniformità ed eguaglianza sociale si preoccupa di fissare il lato esterno dell'azione»¹⁵.

¹³ Così Antolisei, F., *Manuale di diritto penale (Parte generale)*, Milano 2003, pp. 12-13.

¹⁴ *Interpretazione del mito della pena*, in P. R., *Il conflitto delle interpretazioni*, cit., pp. 379-380.

¹⁵ Bettiol, G., *Diritto penale*, cit., p. 113.

La questione è che con la fusione di diritto e morale la pena non riesce più a spiegarsi se non per antifrasi, o, in altri termini, perde il proprio senso giuridico per divenire un'azione diversa.

11. Ogni tentativo di moralizzare la pena si perde nelle antinomie della coscienza giudicante e della coscienza giudicata, e simili antinomie non sono riconciliabili attraverso il diritto, un diritto, che per essere ristabilito, richiede la punizione di chi ha commesso intenzionalmente un delitto, attraverso un giudizio che non può conservare un carattere immediato o intuitivo, come se fosse divino, ma che anzi si deve rassegnare, per ovviare ed evitare possibili abusi, alle vie non facili del giudizio formale.

Un giudizio, ancora, che per essere tale, non può concedere la non applicazione della pena, quale frutto di *clemenza giuridica*, ma solo l'assoluzione nei limiti in cui il diritto non sia stato violato.

Un diritto e un giudizio che per essere tali non si spiegano alla luce della vera clemenza che «(quando esiste, quando non è interessata, quando cioè non si fa complice del delitto) ci proietta al di fuori della logica della coesistenzialità; nei limiti in cui la clemenza è se stessa, attiene alla dimensione del perdono e come questo, essa è ben possibile, ma non programmabile né prevedibile»¹⁶.

Diritto, morale, politica: una fusione può giustificare altre fusioni, una riduzione può motivarne altre.

12. Il tentativo di risolvere il diritto nella morale, nella politica, nell'economia, non è com'è ovvio nuovo.

Nel caso del diritto penale, poi, la punizione consacra la distanza fra la coscienza giudicante e la coscienza giudicata. Il suo superamento è invece l'equiparazione delle due coscienze, «la riconciliazione, che si chiama "perdono", nel linguaggio della religione, o «comunità» nel linguaggio della moralità oggettiva, cioè ultimamente della politica»¹⁷.

È sicuramente preferibile la purificazione delle coscienze, la riconciliazione-perdono-comunità. Eppure, la considerazione per la quale la pena richiede come orizzonte reale di conciliazione quello della comunità —e in definitiva dello Stato in quanto momento dialetticamente onnicompren-

¹⁶ D'Agostino, F., *La teoria retributiva della pena*, cit., p. 69.

¹⁷ Ricoeur, P., *Interpretazione del mito della pena*, cit., p. 379.

sivo (*legge che penetra tutti i suoi rapporti, ethos e coscienza dei suoi individui*)¹⁸ ne costituisce anche il suo limite.

Se quel che veramente rileva è che la pena si svolga entro gli ambiti, e per i fini, di una comunità politica organizzata, se cioè è *l'eticità concreta statutale* il fondamento della pena, la legge penale allora finirebbe con l'essere posta in funzione dello Stato o di un determinato gruppo di potere, poiché sarebbe lo Stato, o il gruppo al potere, a dar forma e contenuto al diritto penale per difendersi e proteggersi.

Ma se così, e dunque nel caso in cui fosse la logica della politica e dello Stato a giustificare il contenuto del reato e la corrispondente pena, potrebbe essere superata persino la differenza tra pena e misura di sicurezza. *L'eticità concreta statutale*, infatti, potrebbe non avere bisogno di sanzioni giuridiche e, d'altra parte, essa potrebbe richiedere anche l'eliminazione della responsabilità penale nella sua accezione più pregnante di responsabilità per un fatto proprio e colpevole. Di qui, per l'appunto, il possibile superamento del distinguo tra la pena e la misura di sicurezza.

13. La differenza tra la pena e la misura di sicurezza non può non essere mantenuta.

Nell'ordinamento giuridico italiano, le misure di sicurezza (quali ad esempio: l'assegnazione ad una colonia agricola o ad una casa di lavoro, l'assegnazione ad una casa di cura e di custodia, il ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario) rappresentano dei provvedimenti speciali che si applicano nei confronti di quegli autori di reato che sono ritenuti socialmente pericolosi.

Tali misure si distinguono dalla pena in quanto non hanno una funzione retributiva, ma solamente una funzione rieducativa e di difesa. Per questo motivo esse possono trovare applicazione anche nei confronti di soggetti non imputabili. La durata della loro applicazione — stabilita dalla legge nel minimo — è indeterminata nel massimo, giacché è impossibile determinare in anticipo il momento in cui si potrà ritenere cessata la pericolosità del soggetto, ed è proprio per questo che, una volta decorso il termine minimo, le misure di sicurezza devono essere sottoposte ad un riesame. Se la pericolosità persiste, la misura sarà rinnovata e verrà fissato un nuovo termine per un ulteriore esame, diversamente — ovvero nel caso

¹⁸ Hegel, *Lineamenti di filosofia del diritto*, cit., § 274, 273.

in cui la pericolosità del soggetto sia venuta meno — essa potrà essere revocata dal tribunale di sorveglianza anche prima della scadenza del termine.

14. Solo il diritto può qualificare un'azione come reato. Di qui la definizione formale: è reato ogni atto umano, commissivo o omissivo, al quale la legge ricollega una sanzione penale. Più in particolare, poi, il reato presenta le seguenti caratteristiche: è di *creazione legislativa*, poiché soltanto la legge può disciplinarne gli elementi costitutivi; è di *formulazione tassativa*, giacché la legge deve fissare in modo il più possibile definito i fatti costituenti reato; è a *carattere personale*, perché è vietata ogni forma di responsabilità per fatto altrui e perché il reato deve atteggiarsi a fatto *colpevole*.

Di qui anche la definizione formale-sostanziale: è reato ogni atto umano che aggredisce (lede o mette in pericolo) un bene, o un insieme di beni, «meritevole di protezione da un legislatore che si muove nel quadro dei valori costituzionali, sempreché la misura dell'aggressione sia tale da far apparire inevitabile il ricorso alla pena e sanzioni di tipo non penale non siano sufficienti a garantire un'efficace tutela»¹⁹.

Di qui infine la definizione sostanziale: è reato ogni atto umano, commissivo o omissivo, che viola o minaccia un bene (o un insieme di beni), e che il legislatore non può non qualificare come reato per la sua valenza strutturalmente antisociale, tale da non potere essere dipendente dai valori e dagli interessi di una determinata società, né dalla relatività storico-culturale. Detto altrimenti, vi sono atti che, a prescindere dai costumi di un popolo o dalle ideologie di un gruppo, sono *naturalmente* reati: è il caso dell'omicidio e del femminicidio, della riduzione in schiavitù, della tortura, del lenocinio, e così via.

15. Solo il diritto può chiedere, nel caso in cui la prassi coesistenziale l'abbia leso, che la sua regola costitutiva, e cioè la giustizia, sia di nuovo ristabilita. La pena dunque partecipa del diritto e della giustizia, proprio perché li riconferma.

Se, infatti, la clemenza, nel riconfermare l'altra giustizia (e cioè la giustizia assoluta) e nel proiettarci oltre la logica della coesistenzialità, è «un perdono senza interlocutore (poiché) il clemente non pronuncia le parole del perdono per un vero partner in carne e ossa»²⁰, la pena è invece inflitta

¹⁹ Fiandaca, G., Musco, E., *Diritto penale. Parte generale*, Bologna 2010, p. 150.

²⁰ Così Jankélévitch, V., *Il perdono*, trad. it., Milano 1968, pp. 19-20.

al colpevole in carne e ossa, è un fine in sé, perché il diritto quale *iustitia ad alterum* continui ad assicurare qui e ora una libera e pacifica coesistenza.

16. Il diritto penale, con il suo criterio di valutazione lecito/illecito, è sempre stato oggetto dei condizionamenti della società che è chiamato a regolamentare, subendone i possibili regressi oppure giovandosi degli auspici progressi.

Anche oggi, e non potrebbe essere altrimenti, accade la stessa cosa. I principi e gli istituti del diritto penale classico, qualche volta, si scontrano con la crescente globalizzazione dei rapporti sociali, qualche altra, si mostrano inadeguati rispetto al significativo sviluppo tecnologico e, qualche volta ancora, sembrano attratti da vecchie tentazioni. In ogni caso, si richiedono sempre più nuove formulazioni e integrazioni, come pure nuove modalità di attuazione ed esecuzione.

Si pensi all'esperienza giuridica internazionale degli ultimi anni e in particolare al ruolo svolto dalla Corte penale internazionale. Si pensi altresì all'attuale esperienza giuridica europea e all'obiettivo che l'Unione europea si è data: l'istituzione di uno spazio di libertà, di sicurezza e di giustizia, anche attraverso misure di prevenzione e di lotta contro la criminalità, misure di coordinamento e cooperazione tra forze di polizia e autorità giudiziaria, nonché tramite il riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie penali e il ravvicinamento delle legislazioni penali.

L'una e l'altra esperienza, l'uno e l'altro diritto, accomunati dalla funzione di equilibrare gli interessi degli Stati ora con gli interessi della comunità internazionale, ora con quello dell'Unione europea, e caratterizzati da una sovrapposizione di fonti di produzione diverse, pongono agli ordinamenti degli Stati nazionali — ai loro diritti interni, compreso il diritto penale — questioni inedite, non solo sul piano delle procedure, ma anche sul piano del sistema delle fonti e del principio di legalità.

17. Oltre alle sollecitazioni del diritto penale internazionale e del diritto penale europeo, la crescente globalizzazione dei rapporti sociali — esito anche dell'incremento dei flussi migratori — richiede soluzioni non sempre facili, che assai spesso sollevano dubbi di legittimità e non solo di efficacia. È il caso, questo, dei cd. reati culturali: comportamenti che in un determinato contesto nazionale integrano un reato, ma che in un altro contesto culturale non presentano i caratteri dell'illiceità. Gli strumenti attualmente a disposizione si rivelano insufficienti e, in ogni caso, ben lonta-

ni dal rispondere efficacemente alla necessità di armonizzare le legislazioni imposta dal tema dei reati culturali.

E non è tutto, perché tanto la crescente globalizzazione dei rapporti sociali, quanto l'importante sviluppo tecnologico nei diversi settori e la rivoluzione informatica, richiedono una produzione normativa specifica anche per la società dell'informazione. Una lunga serie di reati si fa per così dire strada e, tra questi, i *computer crimes* (spionaggio elettronico, pirateria del *software*, *e-mail bombing*, *password-sniffers*, *phishing*, frodi telematiche, ecc.) occupano ormai uno spazio significativo e esigono soluzioni giuridiche adeguate.

18. La società è in continuo mutamento, in continua evoluzione, così può ben capitare che qualche crimine e che qualche aggravante perdano di senso, oppure può succedere che qualche altro crimine acquisisca un rilievo particolare e che alcune circostanze diventino motivo di incremento della pena o di comminazione di una pena diversa, in ogni caso più grave di quella che invece era stata prevista sino ad allora.

E nel suo evolversi, la società può aprirsi ad altri gruppi, diventare multiculturali, così, alcuni crimini e alcune aggravanti — dipendendo da un caleidoscopio di opzioni politiche, religiose e sociali — possono prevedere, pur nello stesso luogo e nello stesso tempo, reazioni giuridiche diverse. *Nulla quaestio*, se non fosse che modelli sanzionatori diversi possono finire col mettere in crisi il principio giuridico di parità dei soggetti e persino il valore universale dei diritti dell'uomo.

19. La società evolve, i costumi mutano, alcune accuse e alcune pratiche penali per fortuna si abbandonano.

Lontanissimi — e non solo dal punto di vista cronologico — i tempi di Remy, giudice di Lorena, che bruciò circa ottocento streghe e con orgoglio soleva dire che la sua giustizia era così perfetta, e soprattutto *tanto buona*, che le imputate non attendevano neppure il verdetto, perché si uccidevano prima: *ben sedici l'altro giorno non attesero la tortura e si strozzarono!*

Neppure il pentimento o la rinuncia a manifestare le proprie convinzioni, poteva garantire alle donne-streghe la salvezza. Al contrario, la confessione integrava addirittura una sorta di diritto al rogo. La strega, violentata e torturata dal diavolo, era sua complice nella pratica delle *sporcizie carnali*, di qui la spietata persecuzione: la sventurata, pur abiurando al demonio e confessando ogni sua colpa, non poteva quindi non finire sul rogo.

20. La società si trasforma, e mentre taluni pregiudizi e talune preclusioni vengono messi da parte, altri crimini diventano particolarmente odiosi e altre circostanze diventano motivo di aumento della pena o di una pena diversa, comunque più grave.

La legge italiana sul femminicidio —a suo modo— prova la diffusione di una cultura dei diritti, di una nuova e più significativa attenzione per la donna, per la donna in gravidanza, per le donne straniere, per tutte quelle donne che subiscono maltrattamenti e violenza domestica.

Di qui le nuove aggravanti: quella della relazione affettiva che, a prescindere dalla convivenza o dalla sussistenza di un vincolo matrimoniale, costituisce un'aggravante in base alla quale devono essere regolate le misure di prevenzione; l'aggravante della violenza in presenza di minori in ambito domestico; e, ancora, l'aggravante specifica della violenza sessuale praticata nei confronti delle donne in gravidanza.

Di qui anche i nuovi strumenti sanzionatori e l'inasprimento delle pene: per un verso, l'irrevocabilità della denuncia qualora ci siano state gravi minacce ripetute, e per l'altro, l'ammonizione, l'arresto, l'allontanamento, l'espulsione dello straniero, il braccialetto elettronico, le intercettazioni.

Di qui, ancora, una più ampia tutela processuale: dal gratuito patrocinio alla priorità e rapidità dei processi, sino al permesso di soggiorno per le donne straniere che subiscono violenza in famiglia.

21. La società si apre ad altri gruppi, diventando multiculturale e ponendo con forza la questione della convivenza con gli stranieri, con le loro culture, con le loro rappresentazioni e sensibilità etiche e con le loro religioni. E nel porre con forza il tema del rapporto con l'*altro* emerge un ventaglio estremamente ampio di tesi e di contro-tesi: ad esempio, la tesi radicale che in nome dell'approvazione entusiastica della differenza (*straniero è bello!*) considera ingiustificato il giudizio su culture diverse dalla propria, oppure la tesi moderata, secondo la quale invece esistono dei criteri di valutazione sia delle culture, sia dei gruppi che possono essere inclusi all'interno di una società liberaldemocratica.

22. Va da sé che nella società aperta e multiculturale, pure la politica criminale diventi più complicata. Si profila infatti il tema già detto dei reati culturalmente motivati: reati che, se commessi da migranti o da soggetti appartenenti a minoranze religiose, potrebbero non costituire reato, oppure essere considerati meno gravi e quindi richiedere uno sconto di pena e un trattamento più favorevole.

Potrebbe accadere così —e anzi accade— che alcuni reati restino senza clamore impuniti, alcune discriminazioni siano tollerate, alcune pratiche siano considerate legittime. Il tutto in nome di una specifica esimente, per l'appunto quella culturale.

23. La creazione di una specifica esimente consente di aprirsi alle manifestazioni culturali diverse da quelle recepite nelle norme incriminatrici, e, tuttavia, si corre il rischio di legittimare condotte contrarie a beni giuridici importanti e a tutela dei quali si è ritenuto di prevedere una sanzione penale.

Un esempio fra i più noti è sicuramente quello delle mutilazioni genitali femminili: pratiche che, in alcune culture, sono considerate necessarie per l'inserimento sociale della donna, e che con la legge 9 gennaio 2006 n. 7 sono state ritenute lesioni personali particolarmente gravi, al punto da essere punite con la «reclusione da quattro a dodici anni».

C'è dunque da chiedersi se la previsione di un'eventuale esimente culturale potrebbe valere anche in questa ipotesi? E, se sì, quali effetti comporterebbe?

24. Da questo punto di vista il discorso sui reati culturali e sulla possibile creazione di una specifica esimente si inserisce nelle difficoltà —e nel paradosso— della società multietnica e multiculturale.

In una simile società infatti può accadere che la centralità sia del gruppo, anziché dell'essere umano in quanto tale. In pratica, l'individuo varrebbe in quanto membro di un certo gruppo e i suoi diritti sarebbero, in prima battuta, dei diritti collettivi, ovvero diritti posti a garanzia del gruppo, e solo in subordine diritti individuali, e cioè garanzie della libertà e dell'autonomia di ogni singolo uomo. In altri termini, ci sarebbero i cattolici, gli ebrei, i musulmani..., e, solo successivamente, Paolo, Anna, Ali..., questi ultimi avrebbero valore innanzitutto come membri ognuno del proprio gruppo (culturale, politico, religioso) e soltanto in subordine in quanto singoli.

Potrebbe quindi accadere che non sia ammessa alcuna ingerenza negli usi e nei costumi del gruppo, e che diventi arduo qualsiasi giudizio critico, anche quello a difesa di chi è condannato alla pena capitale solo perché apostata. Detto altrimenti ciò che appartiene alla tradizione, e che è consuetudine o norma di un gruppo, dovrebbe sempre —in quanto tale— essere rispettato, anche nel caso in cui la libertà del gruppo comporti la

schiavitù del singolo, anche quando —riprendendo Sartori— *si rischia di inventare una nuova servitù, quella dell'etnia!*

«Restorative Justice», *víctima y mediación.* *Tres conceptos en el nuevo paradigma de la* *entrópica justicia penal**

SILVIA BARONA VILAR

Universitat de València

I. EL ENTRÓPICO PAISAJE PENAL ACTUAL

La sociedad actual encuentra en los momentos en que vivimos un complejo, inquietante y paradójicamente contradictorio paisaje penal, en el que una imparable y abracadabrante producción legislativa nos invade, en el que la esquizofrenia entre la proclamada *ultima ratio* del Derecho Penal y la expansión masiva del mismo se hace presente como eje central de las reformas legales, y en el que la tensión entre la tutela y protección del ciudadano y una sobredimensionada búsqueda de la «seguridad» —para la sociedad— encuentra su acomodo perfecto en sede penal.

Los cambios, los bienes jurídicos protegidos, el imparable aumento en calidad y cantidad de la criminalidad y la regresión de los modelos procesales penales, más allá de la conquista inicial de los nuevos códigos procesales, produce vértigo. Y sin apenas darnos cuenta se ha ido colando incluso una nueva idea de Justicia, y especialmente de Justicia penal, en la que lo local dio paso a lo global, ofreciendo una suerte de nuevo significado de tutela efectiva o en terminología anglosajona, universalmente aceptada, un nuevo concepto de «*Access to Justice*», que nos lleva, cuanto menos, a reflexionar sobre el mismo.

1. Reflexiones iniciales

El Derecho Penal, a lo largo de los avatares de la historia, se ha anudado a la ideología política y a la concepción de Estado con los postulados polí-

* Redactado en el marco de los Proyectos de Investigación DER 2013-44749-R (MINECO), PROMETEO II 2014/081 (GV), ISIC/2012/017 «Justicia global».