



**UNIVERSITÀ  
DI TRENTO**

**Facoltà di  
Giurisprudenza**

**IL PROCESSO DI RIFORMA  
COSTITUZIONALE CILENO  
2019-2023.  
PROFILI PENALISTICI**

a cura di  
**GABRIELE FORNASARI  
CARLOS CABEZAS  
EMANUELE CORN**

2023





**UNIVERSITÀ  
DI TRENTO**

**Facoltà di  
Giurisprudenza**

**QUADERNI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA**

**74**

**2023**

Al fine di garantire la qualità scientifica della Collana di cui fa parte, il presente volume è stato valutato e approvato da un *Referee* esterno alla Facoltà a seguito di una procedura che ha garantito trasparenza di criteri valutativi, autonomia dei giudizi, anonimato reciproco del *Referee* nei confronti di Autori e Curatori.

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

© *Copyright 2023*  
*by Università degli Studi di Trento*  
*Via Calepina 14 - 38122 Trento*

ISBN 978-88-5541-050-2

ISSN 2284-2810

Libro in Open Access scaricabile gratuitamente dall'archivio IRIS - Anagrafe della ricerca (<https://iris.unitn.it/>) con Creative Commons Attribuzione-Non commerciale-Non opere derivate 3.0 Italia License.

Maggiori informazioni circa la licenza all'URL:

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/it/legalcode>

Il presente volume è pubblicato anche in versione cartacea  
per i tipi di Editoriale Scientifica - Napoli  
con ISBN 979-12-5976-834-6  
grazie al contributo della Struttura Dipartimentale Facoltà di  
Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Trento nell'ambito  
dell'iniziativa "Dipartimenti di eccellenza - legge 232/2016 art. 1  
commi da 314 a 338" - MUR,  
grazie al contributo della Universidad de Antofagasta  
e nell'ambito dell'accordo con la Universidad Central de Chile.

*Dicembre 2023*

IL PROCESSO DI RIFORMA  
COSTITUZIONALE CILENO  
2019-2023.  
PROFILI PENALISTICI

a cura di  
GABRIELE FORNASARI  
CARLOS CABEZAS  
EMANUELE CORN

Università degli Studi di Trento 2023



*Como soy reina  
y fui mendiga,  
ahora vivo  
en puro temblor  
de que me dejes,  
y te pregunto,  
pálida, a cada hora,  
«¿Estás conmigo aún?  
¡Ay, no te alejes!»*

*Gabriela Mistral*

A Franco Bricola  
a 50 anni dalla pubblicazione de La Voce  
“*Teoria generale del reato*”  
perché tutte e tutti noi siamo debitori del suo pensiero  
dagli Appennini alle Ande





## INDICE

	Pag.
Gabriele Fornasari <i>Costituzione e diritto penale. L'eredità di Franco Bricola nell'interpretazione del diritto penale</i> .....	1
Carlos Cabezas, Emanuele Corn <i>Introduzione. Verso una nuova Costituzione, ancora: tra tradizioni liberali e innovazioni necessarie</i> .....	33
PRIMA SEZIONE	
IL PROCESSO COSTITUZIONALE CILENO 2019-2023	
Jerson Valencia Carrizo <i>La stella implosa. La prima fase del processo costituente 2019-2022 e i suoi difetti "genetici"</i> .....	41
Simone Penasa <i>Una nuova Costituzione per il Cile? Osservazioni costituzionalistiche sulla "riapertura" del processo costituente cileno</i> .....	49
Marta Tomasi <i>I diritti fondamentali nel processo costituente cileno: verso un costituzionalismo sociale, ambientale, intergenerazionale e tecnologico?</i> .....	75

SECONDA SEZIONE  
 PROFILI PENALISTICI

Carlos Cabezas, Emanuele Corn <i>Il diritto penale applicabile alle persone che si dichiarano appartenenti a popoli originari alla luce del riconoscimento costituzionale</i> .....	105
Diva Serra Cruz, Ximena Marcazzolo Awad <i>Il principio di offensività dei beni giuridici dovrebbe essere riconosciuto esplicitamente dalla Costituzione?</i> .....	127
Agustina Alvarado Urizar, Rocío Sánchez Pérez <i>Il lungo cammino verso una Costituzione paritaria. L'esperienza cilena nella convenzione costituzionale</i> .....	147
Andrea Perin <i>Giustizia penale egualitaria e cultura della colpevolezza. Garanzie liberali, politica identitaria e “prospettiva di genere” verso una nuova Costituzione per il Cile</i> .....	179
Sem Sandoval Reyes <i>Basi costituzionali per l'azione e il processo penale nel contesto della nuova iniziativa costituzionale cilena</i> .....	227
Mario Durán Migliardi <i>Finalità della pena nella proposta di nuova Costituzione del 2022: prevenzione della violenza e della criminalità e inserimento sociale dei condannati</i> .....	259
Silvio Cuneo Nash, Nicole Selamé Glenda <i>Dignità umana, prigionia e carcerazione di massa</i> .....	279
Ignacio E. Ackermann Hormazábal <i>Principi costituzionali ed effettiva durata della privazione della libertà nell'ergastolo qualificato</i> .....	295
<i>Nota su Autrici e Autori</i> .....	313

# COSTITUZIONE E DIRITTO PENALE. L'EREDITÀ DI FRANCO BRICOLA NELL'INTERPRETAZIONE DEL DIRITTO PENALE

*Gabriele Fornasari*

*SOMMARIO: 1. Le radici storico-politiche della Costituzione italiana. 2. I problemi di compatibilità tra il codice penale fascista e i principi dello Stato democratico di diritto. 3. Primi cenni sul contenuto delle disposizioni penali della Costituzione. 4. Meriti e responsabilità dell'indirizzo tecnico-giuridico. 5. Il faticoso inizio della valorizzazione dei principi costituzionali in materia penale. 6. I presupposti congiunturali di un cambiamento. 7. Le modalità di influsso delle norme costituzionali sul diritto penale. 8. L'affermazione del volto costituzionale dell'illecito penale. 9. Sull'eredità di Franco Bricola. 10. Conclusioni (in chiaroscuro).*

Parole chiave: Diritto penale - Costituzione - Interpretazione - Franco Bricola - Depenalizzazione

## *1. Le radici storico-politiche della Costituzione italiana*

Nell'aprile 1945, con la definitiva liberazione dalle truppe nazifasciste che ancora occupavano la parte settentrionale del Paese, l'Italia usciva dalla Seconda guerra mondiale e dal lungo periodo del regime fascista, iniziato con un colpo di Stato nel 1922 e perpetuatosi, dopo l'estate del 1943, solo nel centro e nel nord con la repubblica sociale italiana, protetta militarmente dalla presenza dell'esercito tedesco di occupazione.

Il Paese era letteralmente a pezzi, sul piano materiale e morale, anche a causa di una guerra civile durata quasi due anni, tra fascisti e partigiani antifascisti.

La resistenza opposta da questi ultimi, solo in parte appoggiata dalle truppe alleate angloamericane, fu il fondamento di valori su cui le forze

democratiche cercarono di risollevarlo il Paese riportandolo nell'ambito delle nazioni civili<sup>1</sup>.

Dopo la scelta popolare del 1946, con cui fu sostituita la repubblica alla monarchia, da molti ritenuta corresponsabile dell'ascesa al potere del fascismo, il passaggio fondamentale per la rinascita italiana fu rappresentato dai lavori che portarono all'approvazione della Costituzione, entrata in vigore all'inizio del 1948.

La Costituzione repubblicana subentrava allo Statuto del re Carlo Alberto (esattamente di cento anni precedente) e segna un passaggio fondamentale non solo per la storia politica, data la modernità dei suoi contenuti, ma anche per la storia istituzionale, poiché per la prima volta l'Italia si dotava di una Costituzione rigida, ovvero contenente disposizioni di rango superiore rispetto alla legge ordinaria, mentre ancora lo Statuto albertino era una Costituzione elastica, ovvero in pratica una elencazione di generici principi privi di un reale effetto vincolante.

## *2. I problemi di compatibilità tra il codice penale fascista e i principi dello Stato democratico di diritto*

Queste brevissime premesse sono essenziali per poter entrare *in medias res* nel discorso riguardante il diritto penale e in particolare l'impatto che sull'esperienza penalistica ebbero le scelte dei padri costituenti.

Questo impatto, per la verità, si manifestò realmente solo alcuni decenni dopo l'entrata in vigore della Costituzione, per alcune ragioni che ora cercherò di esaminare sinteticamente, prima di trattare più ampiamente dell'attuale intensa relazione tra norme costituzionali e norme penali ordinarie e in particolare il ruolo che giocarono a questo riguardo il pensiero e l'opera del mio Maestro, il Professor Franco Bricola.

Prima di avviare le mie considerazioni, voglio precisare che, anche al fine di poter contenere questo contributo entro accettabili limiti di spazio, in esso mi occuperò esclusivamente dei riflessi sul diritto penale

---

<sup>1</sup> Un ottimo quadro storico, a questo riguardo, è offerto dal libro di C. PAVONE, *Una guerra civile. Saggio storico sulla moralità della Resistenza*, Torino, 2006.

sostanziale, non entrando, se non con qualche rapido cenno, nell'ambito del diritto processuale penale.

Peraltro, anche se questa scelta è obbligata per ragioni pratiche, non posso non sottolineare che anche sul versante del processo l'influenza del testo costituzionale è stata notevolissima, specialmente se si pensa che esso interveniva durante la vigenza di un codice di procedura penale risalente, come quello penale, all'epoca fascista e caratterizzato anch'esso, come l'altro, da venature fortemente autoritarie e dalla sostanziale negazione di alcuni dei più elementari diritti dell'accusato, nonché da una decisa prevalenza del ruolo della polizia su quello della magistratura inquirente e dalla dipendenza gerarchica del pubblico ministero dal potere esecutivo, così come nel suo complesso il sistema processuale prevedeva una serie di giudici speciali, il cui ruolo era essenzialmente quello di favorire e dare veste giuridica alla repressione di ogni forma di dissenso politico.

Appare evidente come in un contesto siffatto affermazioni come quelle relative al diritto alla difesa in ogni stato e grado del procedimento (art. 24/2 Cost.), al principio del giudice naturale precostituito per legge (art. 25/1 Cost., chiaramente volto a vietare l'istituzione di giudici speciali) e alla presunzione di innocenza dell'imputato fino alla sentenza definitiva di condanna (art. 27/2 Cost.) assumono un significato a dir poco rivoluzionario.

Tornando dunque nell'alveo del diritto penale sostanziale, la situazione spirituale in cui esso in Italia esce dalla guerra mondiale e si lascia alle spalle l'esperienza fascista è carica di tensioni.

Nel 1931 era entrato in vigore il nuovo codice penale, approvato l'anno precedente da un parlamento in cui era rappresentato il solo partito nazionale fascista.

Esso sostituiva il codice penale dell'età liberale – entrato in vigore nel 1889 come primo codice penale dell'Italia unita – e voleva rappresentare, nelle intenzioni del legislatore, un elemento di rottura rispetto alla tradizione sul piano ideologico, ma mantenendo viva laddove possibile la miglior tradizione penalistica italiana sul piano della costruzione concettuale e dell'affinamento della tecnica legislativa.

L'elemento ideologico caratterizzante il nuovo codice (che pur avendo conosciuto numerose riforme è ancora oggi vigente) è ravvisa-

bile soprattutto in alcune scelte, come per esempio quella di reintrodurre le pena di morte – irrogata per un numero consistente di reati – e più in generale di costruire un sistema di sanzioni di particolare durezza, soprattutto in relazione a reati offensivi di interessi dello Stato; nonché quella di dedicare alla tutela del regime e più in generale al diritto penale politico una quantità assai elevata di disposizioni (i reati contro la personalità interna ed esterna dello Stato)<sup>2</sup>, tutte assistite da sanzioni particolarmente elevate.

È vero peraltro che nella parte generale si ricalca in qualche modo lo schema di un diritto penale liberale (laddove negli articoli 1 e 2 si richiama il principio di legalità, nei suoi fondamentali aspetti della riserva di legge, della determinatezza e della irretroattività delle norme penali) ed è anche vero che almeno sul piano formale questi riferimenti non furono abbandonati quando invece nella vicina Germania nazista si passò al *Täterstrafrecht*, a un diritto penale dell'autore in cui la fissazione dei contorni della fattispecie era lasciata interamente al giudice, autorizzato a usare l'interpretazione analogica, sulla base del sano sentimento popolare incarnato dalla volontà del *Führer*<sup>3</sup>.

E ciò fece sì che nei primi mesi successivi alla sconfitta del fascismo alcuni penalisti accademici provarono a sostenere la tesi secondo la quale in fondo i principi fondamentali del diritto penale liberale erano stati conservati anche nel codice dell'età fascista e che pertanto esso non aveva bisogno di essere riformato alla radice, se non con l'elimina-

---

<sup>2</sup> Per una efficace sintesi della sistematica di questi reati posso rinviare a M. PELISERO, *Delitti contro la personalità dello Stato*, in ID. (a cura di), *Reati contro la personalità dello Stato e contro l'ordine pubblico*, Torino, 2010, soprattutto i primi due capitoli (pp. 3-22).

<sup>3</sup> E questo nonostante il fatto che voci importanti si fossero levate affinché si imitasse il modello tedesco: il caso più rilevante è quello di Giuseppe Maggiore, professore nell'Università di Palermo di diritto penale e filosofia del diritto, il quale senza indugio, volendo impostare un diritto penale autenticamente totalitario, propose di sostituire la formula dell'art. 1 c.p. con la seguente: "È reato ogni fatto espressamente previsto come reato dalla legge penale e represso con una pena da essa stabilita. È altresì reato ogni fatto che offende l'autorità dello Stato ed è meritevole di pena secondo lo spirito della Rivoluzione fascista e la volontà del Duce unico interprete della volontà del popolo italiano" (G. MAGGIORE, *Diritto penale totalitario nello Stato totalitario*, in *Rivista italiana di diritto penale*, 1939, p. 160).

zione di alcune parti più evidentemente incompatibili con l'instaurazione di uno Stato democratico di diritto, ritenendo che queste fossero poche e che per il resto l'impalcatura potesse senz'altro tenere anche in un contesto politico non più autoritario<sup>4</sup>.

In realtà quelle affermazioni, non del tutto innocenti e disinteressate – alcuni professori universitari e alti magistrati erano fortemente implicati nel fascismo e avevano collaborato alla redazione delle leggi penali di quel periodo e potevano aver ragione di temere una epurazione dall'accademia o dalla magistratura –, avevano anche poco fondamento nella realtà, dato che l'esistenza del principio di legalità, al di là della sua astratta previsione, era ampiamente illusoria, poiché essendo previsto in norme ordinarie poteva essere sufficiente una qualunque legge per derogarvi impunemente (come ripetutamente avvenne specie nell'ambito del diritto penale politico) e poiché esso veniva apertamente contraddetto anche in alcune disposizioni di parte speciale dello stesso codice, costruite in modo completamente indeterminato, senza che vi fosse la possibilità che un organo costituzionale indipendente, come è oggi la Corte costituzionale, intervenisse per sanare quella situazione.

La difesa d'ufficio del codice penale fascista è difficilmente sostenibile anche alla luce, per esempio, del fatto che, al di là delle scelte politiche in senso stretto, anche alcune scelte riguardanti le categorie del reato erano del tutto impresentabili al cospetto di uno Stato di diritto, come testimoniato da una presenza massiccia di casi di responsabilità oggettiva, che il legislatore non aveva nemmeno tentato di occultare, regolando anzi espressamente questa opzione nell'art. 42 del codice<sup>5</sup>; è evidente come una responsabilità fondata sulla mera relazione causale tra la propria condotta e un evento antigiuridico non possa avere legittima cittadinanza in un diritto penale che metta la persona al centro del suo progetto, imputando i fatti illeciti solo a chi possa meritare la san-

---

<sup>4</sup> Da ricordare a questo riguardo gli interventi di T. DELOGU, *L'elemento politico nel Codice penale*, in *Archivio penale*, 1945, p. 168 ss. e di G. LEONE, *La scienza giuridico-penale nell'ultimo ventennio*, in *Archivio penale*, 1945, p. 23 ss.

<sup>5</sup> Art. 42/3 c.p.: “La legge determina i casi nei quali l'evento è posto altrimenti [s'intende, senza né dolo né colpa, disciplinati dal comma precedente] a carico dell'agente, come conseguenza della sua azione od omissione”.

zione a causa della presenza di un rilevante coefficiente psicologico che lega il suo comportamento alla lesione cagionata.

### *3. Primi cenni sul contenuto delle disposizioni penali della Costituzione*

Il fatto però è che, benché sostenuta con argomenti contestabili, questa posizione alla fine ebbe almeno in parte successo, a causa di una grave e colpevole inerzia del legislatore democratico, il quale, pur avendo attivato nel tempo il lavoro di numerose commissioni ministeriali per la riforma, non andò mai fino in fondo con questa operazione, limitandosi solo a interventi idonei a eliminare dal codice alcuni degli aspetti più evidentemente autoritari, oltre a eliminare, naturalmente, le giurisdizioni speciali istituite dal fascismo a fini di persecuzione dei dissidenti e anche di tutte le persone che potevano essere sospettate di attività non in linea con i desideri del regime.

La riforma simbolicamente più rilevante fu rappresentata, prima ancora della fine della guerra, nel 1944, dall'abolizione della pena di morte, che rimase però inizialmente in vigore solo per alcuni reati.

Dunque, è in questo quadro, con il codice penale fascista ancora in vigore, che iniziano i lavori dell'assemblea costituente, che produrranno un testo nel quale la presenza di disposizioni concernenti il diritto e il processo penale è molto consistente, certo più che nella media delle Costituzioni europee<sup>6</sup>: nell'ambito del solo diritto penale sostanziale, si tratta degli artt. 25/2 e 25/3 (che fissano il principio di legalità per reati, pene e misure di sicurezza), dell'art. 27/1 (che fissa il principio della personalità della responsabilità penale, ovvero il principio di colpevolezza), dell'art. 27/3 (che stabilisce che le pene non possono essere contrarie al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato) e dell'art. 27/4 (che bandisce la pena di morte dal nostro ordi-

---

<sup>6</sup> A mia conoscenza, la sola Costituzione democratica del Portogallo contiene un così elevato numero di disposizioni concernenti il diritto e il processo penale, fondamentalmente concentrate negli articoli da 24 a 33 (Capitolo 1 do Titolo segundo: "Direitos, liberdades e garantias pessoais").



namento anche a livello costituzionale, con l'esclusione di alcuni casi relativi alla giurisdizione penale militare di guerra)<sup>7</sup>.

La forza di questi principi sta nel loro contenuto, ma soprattutto nel loro rango gerarchico – in ogni caso superiore a quello delle leggi ordinarie – e nel fatto che la stessa Costituzione prevede un nuovo importantissimo organo, la Corte costituzionale, che fra gli altri rilevanti compiti ha quello di verificare la legittimità delle norme ordinarie alla luce dei principi costituzionali, con il potere di abrogarle in caso di incompatibilità.

#### *4. Meriti e responsabilità dell'indirizzo tecnico-giuridico*

A questo punto si pone il problema, molto serio, dell'effettiva attuazione dei principi costituzionali nell'ambito del diritto penale.

Anche a questo riguardo, si rende necessaria una premessa storica.

La situazione della dottrina penalistica italiana della prima metà del ventesimo secolo è caratterizzata dal progressivo affermarsi del cosiddetto indirizzo tecnico-giuridico, che trae origine da un importante scritto di Arturo Rocco, che riporta la sua prolusione tenuta all'Università di Sassari nel 1910.

Volendo semplificare al massimo una questione che in realtà è abbastanza complessa, l'intento di questo importante studioso (che poi sarà anche presidente della commissione che scriverà il codice penale) era quello di superare il conflitto in atto a quel tempo nella dottrina italiana tra la scuola classica e la scuola positiva, conflitto che aveva portato a una polarizzazione che, a suo avviso, finiva per impedire di fare veramente scienza giuridica.

Infatti, da un lato la scuola classica, rappresentata per esempio da un grande studioso liberale come Francesco Carrara, si muoveva nell'orizzonte concettuale di un diritto penale fondato su principi di ragione, elaborando in sostanza un'impostazione di natura soprattutto filosofica, volta alla costruzione di un diritto ideale e immutabile; ma d'altro lato

---

<sup>7</sup> In seguito all'entrata in vigore di una legge costituzionale del 2007, tuttavia, anche tali eccezioni sono state eliminate e oggi la pena di morte non è ammessa in nessun caso in Italia.

la scuola positiva, da Lombroso in avanti, aspirava a porre il diritto penale sullo stesso piano delle scienze naturali, al limite con estensione alla sociologia, nell'intento essenziale di ragionare sui profili eziologici del crimine orientando tutto il discorso verso la pericolosità sociale<sup>8</sup>.

Quello che in entrambe le scuole era andato perduto, secondo l'opinione di Rocco, era proprio la specificità del diritto: il giurista che esse immaginavano, benché con connotati molto diversi, aveva la comune caratteristica di svolgere il suo lavoro di interprete delle norme più con l'atteggiamento del filosofo, dello storico, del politico, del sociologo, dello psicologo, dello scienziato naturale, che non con quello dello scienziato del diritto, che deve avere come punto di riferimento solo il diritto vigente, ovvero le norme che formano attualmente l'ordinamento; ad altri spetta il pur importante ruolo di ipotizzare riforme o di interrogarsi sulle cause del crimine.

Alla base del ragionamento di Rocco vi erano preoccupazioni non del tutto infondate, poiché in effetti la contrapposizione fra le due scuole aveva raggiunto un livello patologico che obiettivamente ostacolava lo sviluppo della scienza giuridico-penale per quello che riguardava l'analisi normativa, dato che ormai quelle che si contrapponevano erano due ideologie più che due indirizzi giuspenalistici<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> Il rimprovero che dunque Rocco rivolge alle due scuole penalistiche è, per la prima, di voler fondare una scienza del diritto penale senza diritto positivo, per la seconda, di volerla fondare addirittura senza diritto: cfr. A. ROCCO, *Il problema e il metodo della scienza del Diritto penale*, in *Rivista di Diritto e procedura penale*, 1910, che qui però cito da ID., *Opere giuridiche*, vol. III, Scritti giuridici vari, Roma, 1933, p. 268 e p. 272.

<sup>9</sup> Come ricorda P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Milano, 2000, p. 67, l'impostazione metodologica di Rocco si iscrive all'interno di un orientamento che era già emerso da tempo nella dottrina del diritto pubblico, in particolare nell'opera di Vittorio Emanuele Orlando, un Autore molto importante, che, non a caso, Rocco cita nella parte iniziale del suo contributo (A. ROCCO, *Il problema e il metodo della scienza del Diritto penale*, cit., p. 273 ss.), attribuendole il merito di avere separato le discipline del diritto pubblico dalla sociologia, dalla politica e dalla filosofia, poiché l'unica condizione per garantire il progresso di questo ramo del nostro diritto è l'eliminazione delle "forme più astruse di metafisica [che] soffocano il criterio giuridico, giungendo quasi a ucciderlo" (citazione da V.E. ORLANDO, *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del Diritto pubblico*, in *Archivio Giuridico*, vol. XVII, 1889, p. 113).

L'istanza che voleva un ritorno del penalista a privilegiare il ruolo di interprete delle norme vigenti e di costruttore di un edificio dogmatico funzionale alla coerenza del sistema e non ad aspirazioni politico-ideologiche ebbe successo e aveva indubbiamente dei meriti, tanto che molti studi sugli istituti penalistici che ne derivarono indagarono con grande raffinatezza istituti penalistici di primaria importanza, garantendo progressi innegabili sul profilo della tecnica interpretativa sia della parte generale che della parte speciale.

Tuttavia, questo nuovo orientamento recava in sé un germe, che avrebbe prodotto conseguenze anni dopo, quando fu facile al fascismo imporre la propria impronta autoritaria al diritto penale facendo anche affidamento su una classe di giuristi alla quale era stato insegnato che un discorso critico non faceva parte delle loro competenze, dovendosi invece concentrare sulla sistemazione interpretativa delle norme vigenti, senza troppo preoccuparsi del valore intrinseco dei loro contenuti<sup>10</sup>.

Se c'è un paradosso in questa vicenda è che se da un lato durante il fascismo la classe accademica dei penalisti e i magistrati, in applicazione dei dettami dell'indirizzo tecnico-giuridico, fecero ben poca resistenza all'introduzione nel codice penale e nelle leggi speciali di norme liberticide e di carichi sanzionatori in alcuni casi palesemente sproporzionati alla gravità delle condotte punibili, dall'altro lato però, in applicazione dei medesimi dettami, si rifiutarono meritoriamente di declinare l'interpretazione delle norme secondo i presupposti ideologici del regime, come fecero invece i penalisti tedeschi durante il nazismo<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> Resta celebre – e tante volte ripetuta nei corsi universitari di diritto penale – l'affermazione, enunciata come un manifesto programmatico per cui “Così essendo [...] non c'è altro rimedio che [...] tenersi fermi, religiosamente e scrupolosamente attaccati allo studio del diritto, non già di un ipotetico diritto naturale o razionale o ideale [ma] soltanto del diritto positivo vigente, il solo che l'esperienza ci addita e il solo che possa formare l'oggetto di una scienza giuridica, quale la scienza del diritto penale è, e quale, sbugiardati ormai gli oracoli di una comoda, quanto inesatta, antropologia, esso deve e vuol rimanere”: A. ROCCO, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, cit., p. 274 s.

<sup>11</sup> A questo riguardo, sono ben note le dure critiche svolte da E.R. ZAFFARONI, *Dottrina penal nazi. La dogmatica penal nazi entre 1933 y 1945*, Buenos Aires-Valencia, 2017, soprattutto p. 128 ss.

Infatti, suscitando spesso le critiche dello stesso Mussolini, la magistratura, con l'appoggio della dottrina, si attenne solitamente – perfino quella dei giudici speciali che trattavano i delitti politici – al principio di legalità, applicando senza fiatare le norme del regime, ma al contempo rinnegando interpretazioni basate sull'analogia *in malam partem* o sulla retroattività delle norme sfavorevoli, o peggio ancora su inafferrabili concezioni come quella del rispetto della volontà del capo supremo<sup>12</sup>.

Certo, vi furono eccezioni, ma queste rimasero effettivamente casi marginali.

### *5. Il faticoso inizio della valorizzazione dei principi costituzionali in materia penale*

Ma questo non è l'unico paradosso dell'indirizzo tecnico-giuridico.

Ne emerge un altro, non meno significativo ma, direi, di segno contrario, dopo la restaurazione della democrazia e l'entrata in vigore della Costituzione.

Una classe di giuristi ormai educata da decenni – prima alla fine dell'età liberale poi in epoca fascista – al culto del diritto positivo e dell'interpretazione di stampo esegetico-dogmatico e convinta di non doversi curare dei profili politico-criminali fa molta fatica – anzi almeno

---

<sup>12</sup> Un esempio significativo è quello del modo in cui i giudici affrontarono la questione dell'applicazione della legislazione razziale del 1938, voluta da Mussolini per compiacere il prossimo alleato tedesco e fortemente discriminatoria soprattutto verso la popolazione ebraica: di fatto, ciò che avvenne è che la magistratura, utilizzando quelli che oggi verrebbero definiti come tecnicismi formali riusciti, sia in ambito penalistico che in relazione ad altri rami del diritto, a contenerne in buona parte i possibili effetti: ne tratta di recente un interessante saggio di G. SPECIALE, *La giustizia della razza*, in L. LACCHÈ (a cura di), *Il diritto del duce. Giustizia e repressione nell'Italia fascista*, Roma, 2015, p. 249. È interessante osservare che un analogo moderato atteggiamento, in riferimento a questioni più strettamente penalistiche, risulta ravvisabile, sempre attraverso l'uso di strumenti tecnici, perfino tra i magistrati di carriera chiamati a integrare il tribunale speciale che trattava i delitti politici, anche se ciò provocò una diminuzione solo parziale della sua efficacia repressiva: si veda L.P. D'ALESSANDRO, *Per una storia del Tribunale speciale: linee di ricerca tra vecchie e nuove acquisizioni*, ivi, 151 ss.

all'inizio non riesce proprio – a concepire l'idea di dover interpretare le norme alla luce di principi sovraordinati come quelli affermati nella Costituzione, sicché nei primi anni di vigenza di questa si manifesta una singolare situazione in cui sono le sue disposizioni a essere interpretate alla luce di quelle del codice penale, con una evidente inversione metodologica.

Questa si spiega, anche se naturalmente non si giustifica, partendo dalla premessa sociologica che magistrati e professori di diritto, alla metà del ventesimo secolo e ancora per un paio di decenni, erano categorie che selezionavano i loro rappresentanti nelle classi sociali privilegiate, dunque si trattava di persone in larghissima parte caratterizzate da mentalità e ideologie conservatrici e poco inclini a un pensiero riformatore come quello che animava la Costituzione democratica del 1948<sup>13</sup>.

Se questo fatto aveva consentito di tener ferma, durante il fascismo, una certa adesione al principio di legalità contro possibili derive irrazionalistiche<sup>14</sup>, d'altro canto, dopo il fascismo, produsse l'effetto di un ancoramento al codice vigente, trattandosi le norme della Costituzione, ovvero l'elemento di novità del panorama giuridico-penale, come mere norme programmatiche, non veramente vincolanti e dunque irrilevanti al momento di orientare l'interpretazione<sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> Si pensi, a dimostrazione di ciò, al fatto che allora l'ingresso alle Facoltà di Giurisprudenza era riservato soltanto a coloro che avevano conseguito il diploma del liceo classico, ovvero la scuola superiore frequentata per tradizione dai figli di imprenditori, funzionari, dirigenti e professionisti, con esclusione di tutti gli altri diplomati.

<sup>14</sup> Ciò viene segnalato per esempio da Giuseppe Bettioli: mi riferisco ai suoi due importanti studi: *Bene giuridico e reato*, in ID., *Scritti giuridici*, I, Padova, 1966, p. 318 ss. (pubblicato originariamente in *Rivista italiana di diritto penale*, 1938) e *Azione e colpevolezza nelle teorie dei «tipi» di autore*, in ID., *Scritti giuridici*, II, Padova, 1966, p. 535 ss. (pubblicato originariamente in *Rivista italiana di diritto penale*, 1942).

<sup>15</sup> Bisogna tenere presente, a questo riguardo, che dopo la fine del fascismo non fu effettuata di fatto alcuna epurazione delle classi dirigenti del Paese, in omaggio alla necessità di garantire la pace sociale dopo anni di conflitti (e anche per l'oggettiva ragione che non era facile dall'oggi al domani sostituire in blocco chi aveva occupato i posti di responsabilità per due decenni); così si poté verificare che un ex ministro della giustizia, Alfredo De Marsico, fosse confermato come titolare della cattedra di diritto penale dell'Università La Sapienza di Roma o che Gaetano Azzariti, presidente negli anni Quaranta del "tribunale della razza", chiamato ad attuare le politiche antisemite del regime, sia poi divenuto addirittura presidente della Corte costituzionale...

Anche la dottrina penalistica, negli anni Cinquanta e Sessanta, continuò a concepire il proprio ruolo al servizio della costruzione dogmatica. Anche i non molti studi aventi ad oggetto le disposizioni penali della Costituzione avevano un taglio prettamente esegetico, di spiegazione del contenuto normativo, senza davvero coglierne la rivoluzionaria rilevanza politica<sup>16</sup>.

Inoltre, anche la stessa analisi esegetica era spesso poco soddisfacente.

Solo per fornire gli esempi più rilevanti di questa carenze, si pensi a tre fondamentali luoghi interpretativi.

Il primo riguarda il principio di legalità.

A lungo la dottrina (e con essa la giurisprudenza) ha ritenuto che del secondo comma dell'art. 25 Cost.<sup>17</sup> si dovesse dare un'interpretazione meramente letterale, con la conseguenza di vedervi affermati i soli sotto-principi della riserva di legge e della irretroattività *contra reum*, mentre in seguito, correttamente, si è utilizzato un canone ermeneutico di natura sistematica, che permette – anzi, impone – di considerare costituzionalizzato anche il sotto-principio di determinatezza, o tassatività, della fattispecie e della pena<sup>18</sup>.

Il secondo riguarda il principio di colpevolezza.

Facendo leva su un'interpretazione restrittiva (idonea in sostanza a togliere ogni autentica rilevanza alla disposizione) si è a lungo ritenuto che il carattere personale della responsabilità penale dovesse essere inteso nel senso di escludere la configurazione di una responsabilità per fatto altrui, un'affermazione talmente ovvia da secoli da non meritare

<sup>16</sup> A questo riguardo, Loredana Garlati parla senza mezzi termini di una dottrina penalistica che, in quegli anni, esercita una vuota liturgia in cui il tecnicismo diviene pretesto per disertare l'impegno culturale e scientifico: L. GARLATI, *Arturo Rocco inconsapevole antesignano del fascismo nell'Italia liberale*, in I. BIROCCHI, L. LOSCHIAVO (a cura di), *I giuristi e il fascino del regime (1918-1925)*, Roma, 2015, p. 204; è un giudizio che non si può generalizzare e certamente va contestualizzato, tuttavia nella sua durezza è sostanzialmente condivisibile.

<sup>17</sup> “Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso”.

<sup>18</sup> In effetti, il primo lavoro monografico che dà spazio alla costituzionalizzazione del principio è quello di F. PALAZZO, *Principio di determinatezza nel diritto penale. La fattispecie*, Padova, 1979.

certo di essere sancita a livello costituzionale<sup>19</sup>; con ben altra ricchezza di significato, ormai da più di trent'anni si riconosce che l'autentica portata della disposizione va colta nella fissazione dell'obbligo di condannare penalmente solo chi abbia tenuto una condotta tipica con un coefficiente psicologico minimo rapportabile alla categoria della colpa, dunque con rigoroso divieto di ogni ipotesi di responsabilità oggettiva<sup>20</sup>.

Il terzo, infine, concerne i fini della pena.

A questo riguardo, la discussione è tuttora accesa, dato che pochi ritengono che vi possa essere un solo scopo; tuttavia, si è ormai abbandonato il punto di vista, autorevolmente sostenuto nei primi anni di vigenza della Costituzione, secondo il quale la finalità rieducativa menzionata nel testo dell'art. 27 non aveva altro significato che quello di un mero auspicio, di una indicazione tendenziale<sup>21</sup>, a favore di un'opinione che vuole invece valorizzare il dato normativo come fonte di un obbligo per il legislatore di prevedere strumenti idonei a costruire percorsi di risocializzazione per gli autori di reati e per il giudice di adottare, in sede di sentenza o a livello di misure sospensive, le modalità sanzionatorie più indicate per non scongiurare la possibilità di un recupero sociale del condannato<sup>22</sup>.

---

<sup>19</sup> Ancora in tal senso, tuttavia, P. NUVOLONE, *Norme penali e principi costituzionali*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1956, p. 1262 e G. VASSALLI, *Sulla illegittimità costituzionale dell'art. 57 n. 1 c.p.*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1956, p. 221 ss.; diversamente, la dimensione di questa norma come espressione del principio *nullum crimen sine culpa* fu colta subito da M. PORZIO, *La illegittimità costituzionale delle "praesumptiones iuris et de iure" di responsabilità penale*, in *Giustizia penale*, 1957, I, p. 331 ss.

<sup>20</sup> Sulla base di argomenti sviluppati in modo approfondito da D. PULITANÒ, *Ignoranza (Dir. pen.)*, voce in *Enciclopedia del Diritto*, Milano, XX, 1970, p. 36 ss. e F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Novissimo Digesto Italiano*, XIX, Torino, 1973, p. 53 s.

<sup>21</sup> In questo senso diversi contributi di Giuseppe Bettiol, tra cui segnalerei G. BETTIOL, *Il mito della rieducazione*, in ID., *Scritti giuridici*, II, Padova, 1966, p. 995 ss.

<sup>22</sup> A questo riguardo c'è una precisazione che forse è necessaria quando si espone questo tema a una platea di lettori stranieri, ai quali potrebbe apparire singolare che una Costituzione democratica nata sulle ceneri di una odiosa dittatura contenga una disposizione che favorisce la rieducazione del condannato, dato che questa terminologia sembrerebbe idonea a evocare istituzioni tipiche proprio di esperienze dittatoriali, nelle quali per "rieducazione" si intende talvolta un percorso forzato, implicante anche l'uso

Quello che è molto interessante notare è che in tutti tre i casi menzionati, oltre all'impulso della dottrina penalistica più avanzata, è stato fondamentale per l'affermazione di questi principi l'intervento della Corte costituzionale, che con sentenze "storiche" ha rispettivamente utilizzato il principio di tassatività come fondamento per dichiarare costituzionalmente illegittima la fattispecie penale del plagio<sup>23</sup>, il principio di colpevolezza per dichiarare illegittima la norma che negava ogni rilevanza scusante all'errore sul precetto<sup>24</sup> e ha ribadito con forza la rilevanza centrale della finalità rieducativa<sup>25</sup>.

In tutti i casi, queste sentenze hanno aperto la strada ad altre pronunce che hanno poi confermato il valore di quei principi costituzionali, così che oggi non c'è manuale o commentario di diritto penale che non li tratti come una pacifica e sedimentata acquisizione<sup>26</sup>.

---

di violenze fisiche o psichiche, volto a inculcare nel soggetto da rieducare principi o ideologie che si rifiuta di condividere; bisogna quindi chiarire che con questo termine si vuole qui invece intendere un'offerta di risocializzazione, una chance di recupero sociale che fornisca al condannato l'opportunità di rientrare nella comunità rimuovendo, per quanto possibile, gli ostacoli di natura personale e sociale che lo hanno allontanato da essa. Per fare qualche esempio concreto si può pensare alla possibilità di acquisire un'istruzione o una professionalità, oppure di affrontare un percorso guidato per l'eliminazione di tossicodipendenza o alcolodipendenza, sempre su base volontaria.

Una buona sintesi di questo percorso intellettuale italiano si trova nella monografia di E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, Padova, 1979, p. 18 ss., in cui si coglie la dimensione "laica" del concetto giuridico di rieducazione del condannato.

<sup>23</sup> Corte cost. 9 aprile 1981, n. 96, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1981, p. 806 ss.

<sup>24</sup> Corte cost. 23 marzo 1988, n. 364, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1988, p. 686 ss., con nota di D. PULITANÒ, *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*.

<sup>25</sup> Corte cost. 2 luglio 1990, n. 313, in *Foro Italiano*, 1990, I, p. 2385 ss., con nota di G. FIANDACA, *Pena «patteggiata» e principio rieducativo: un arduo compromesso tra logica di parte e controllo giudiziale*.

<sup>26</sup> Con una particolare menzione per il manuale di Ferrando Mantovani, che fin dalla prima delle sue edizioni, risalente al 1979, è strutturato proprio per principi, dato che nella parte dedicata alla teoria del reato vi è una suddivisione in capitoli che hanno come titolo i diversi principi costituzionali che incidono sui suoi profili dogmatici e politico-criminali: così, da ultimo, F. MANTOVANI, *Diritto penale, Parte generale*, Padova, 2020.



### 6. I presupposti congiunturali di un cambiamento

È alla fine degli anni Sessanta e poi in tutto il corso degli anni Settanta che lo scenario comincia a cambiare. Come vedremo, in ciò hanno un ruolo essenziale l'opera e il magistero di Franco Bricola.

Ma indubbiamente, per quanto importante, il lavoro di un autorevole studioso non potrebbe essere di per sé sufficiente a produrre una svolta rivoluzionaria come quella che conobbe il diritto penale italiano in quegli anni, a livello dottrinale e non solo.

Occorre che vi sia un contesto favorevole, un *humus* nel quale i semi delle idee possano fruttificare, in cui nuove gerarchie di valori possano trovare apprezzamento: l'inizio degli anni Settanta, in Italia, presenta proprio questo contesto.

Il discorso sarebbe generale, non riguardando certamente soltanto l'esperienza del diritto (e in particolare quella penalistica), ma naturalmente non vi è qui lo spazio per un'analisi sociologica a largo raggio, sicché mi concentrerò sulla dimensione più vicina all'oggetto di questo contributo<sup>27</sup>.

In questo periodo le cattedre universitarie di diritto penale cominciano a essere occupate da giovani professori che non si sono formati durante il fascismo, né negli ultimi anni dell'età liberale sotto il dominio dell'indirizzo tecnico-giuridico; le Facoltà di Giurisprudenza sono state aperte ai diplomati di scuole superiori diverse dal liceo classico e dunque anche a rappresentanti di classi sociali diverse da quelle dominanti e ciò ha avuto effetti sulla partecipazione ai concorsi per entrare in magistratura, nel frattempo aperti, contrariamente a prima, anche alle donne; pure ai vertici della magistratura cominciano ad accedere perso-

---

<sup>27</sup> All'interno del discorso sul diritto, basti dire che gli anni Settanta videro varare alcune riforme epocali come lo Statuto dei lavoratori, che rivoluzionava i rapporti giuslavoristici a vantaggio dei diritti dei prestatori d'opera; la legge che introduceva il divorzio e più in generale la radicale riforma del diritto di famiglia che chiudeva l'epoca dei rapporti quasi gerarchici fra l'uomo e la donna; la profonda riforma del diritto penitenziario, rivolta in primo luogo, anche se fra luci e ombre, a conseguire l'obiettivo di una umanizzazione del carcere; la legalizzazione dell'interruzione della gravidanza, cardine di un processo di laicizzazione del diritto penale; è del 1981, ma sull'onda del dibattito degli anni Settanta, la prima importante legge di depenalizzazione che fonda il sistema dell'illecito amministrativo punitivo.

ne formatesi nell'età democratica, a Costituzione già vigente, ma soprattutto moltissimi giovani giudici e pubblici ministeri hanno occupato le giurisdizioni di primo grado – specie monocratiche – e gli uffici delle Procure della Repubblica, portando con sé le istanze della tutela di nuovi diritti e interessi, sanciti al livello costituzionale ma non ancora del tutto affermati nella società conservatrice del dopoguerra, come nei casi paradigmatici della tutela dell'ambiente e della sicurezza del lavoro e del diritto allo studio e a una abitazione dignitosa.

Si tratta, come è evidente, di riflessi di un fenomeno più ampio, che ha la sua origine nella multiforme e per certi versi contraddittoria vicenda del Sessantotto europeo, che tra i suoi vari effetti certamente provoca conseguenze significative anche riguardo al modo di concepire la giustizia penale.

### *7. Le modalità di influsso delle norme costituzionali sul diritto penale*

Il cambio di paradigma che viene avviato in quegli anni nell'ambito degli studi penalistici parte proprio dall'intento di dare piena valorizzazione al testo costituzionale come insieme di norme vincolanti e non di meri principi programmatici.

E il loro modo di essere vincolanti nel settore del diritto penale si articola essenzialmente in due diverse modalità.

Da un lato, attraverso le disposizioni specificamente dedicate alla materia penalistica, condizionando le scelte legislative con il divieto dell'adozione di norme contrastanti con i principi in esse affermati, pena l'intervento abrogativo della Corte costituzionale o, come avviene sempre più di frequente, condizionando l'interpretazione giudiziale delle norme vigenti, con l'obbligo di scegliere tra più interpretazioni rese possibili dal dato letterale e sistematico quella più compatibile con i principi sovraordinati (e rinviando la questione alla Corte per un giudizio di illegittimità solo allorché una simile opzione non sia possibile).

Dall'altro lato, con una portata più generale, attraverso l'imposizione al legislatore di prendere sul serio la considerazione del diritto penale come *ultima ratio*, elevando a illeciti penali solo comportamenti davvero idonei a ledere o almeno porre concretamente in pericolo beni di

rilevanza costituzionale, ovvero interessi menzionati o presupposti dalla Costituzione come particolarmente significativi per l'organizzazione sociale del Paese.

Un corollario importante di quest'ultima modalità di influenza delle norme costituzionali sul diritto penale è dato dall'emergere di un ulteriore principio, quello della necessaria offensività del reato, che, sebbene sia stato contestato da autorevoli rappresentanti della dottrina<sup>28</sup>, a sua volta ha dato luogo negli ultimi anni non solo a sviluppi dottrinali, ma anche e soprattutto a interventi della Corte costituzionale che hanno determinato la dichiarazione di illegittimità costituzionale di fattispecie incriminatrici giudicate inoffensive<sup>29</sup>.

È chiaro che in casi come questi la Corte si muove su un crinale che può essere pericoloso sul piano dei rapporti politico-istituzionali, poiché può esporsi all'accusa di sostituirsi al legislatore e di svolgere sostanzialmente un ruolo di decisore politico che non le compete.

Mi pare tuttavia che l'uso che essa finora ha fatto di questo suo potere non dia luogo a dubbi sulla correttezza della sua condotta, essendosi sempre trattato dell'abrogazione di norme chiaramente caratterizzate dall'assenza, nei fatti incriminati, di qualunque profilo offensivo di beni giuridici rilevanti: ne rappresenta un esempio significativo la disposizione emanata in epoca fascista che vietava l'esposizione di bandiere nazionali estere nel corso di manifestazioni pubbliche, il cui intento politico evidentemente discriminatorio era quello di impedire alle minoranze etniche stanziati nei territori di confine di dare espressione alla propria identità nazionale<sup>30</sup>, così come quella che configurava come

---

<sup>28</sup> G. ZUCCALÀ, *Sul preteso principio di necessaria offensività del reato*, in *Studi in memoria di Giacomo Delitala*, vol. III, Milano, 1984, p. 1700 ss.

<sup>29</sup> Per un panorama aggiornato posso rinviare a G. FORNASARI, *Offensività e post-modernità. Un binomio inconciliabile?*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2018, p. 1531 ss.

<sup>30</sup> Corte cost. 21 maggio 1987, n. 189, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1987, p. 1375 ss.; la vicenda riguardava la nutrita minoranza slovena che viveva (e tuttora vive) nella regione italiana del Friuli-Venezia Giulia, al confine con l'attuale Slovenia (allora Regno di Jugoslavia).

reato all'art. 670 c.p. la mendicizia, riguardando non tanto una condotta, quanto un modo di essere<sup>31</sup>.

### 8. *L'affermazione del volto costituzionale dell'illecito penale*

Nel determinare le fortune di una visione costituzionalmente orientata del diritto penale in Italia è fuori dubbio che abbia giocato un ruolo di straordinaria importanza l'insegnamento di Franco Bricola, certamente con il suo fondamentale contributo sulla teoria generale del reato<sup>32</sup>, ma anche, già prima, con alcuni spunti nella sua monografia sulla

---

<sup>31</sup> Corte cost. 15 dicembre 1995, n. 519, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1995, p. 4354 ss., in cui la Corte, nel punto focale della sua argomentazione, afferma che, nel mutato quadro sociale in cui si attribuisce valore costituzionale alla solidarietà, la figura criminosa della mendicizia non invasiva appare costituzionalmente illegittima, alla luce del canone della ragionevolezza, non potendosi ritenere in alcun modo necessitato il ricorso alla regola penale; e che il bene giuridico della tranquillità pubblica certo non può dirsi posto in pericolo da una mera richiesta di aiuto. L'insistenza sul rilievo della mancata messa in pericolo del bene giuridico appare ancora più significativa – come sottolinea anche V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005, p. 227, n. 46 – alla luce del fatto che nella medesima sentenza la Corte ha ritenuto invece legittimo il secondo comma dell'art. 670 c.p., concernente la mendicizia invasiva, disposizione reputata invece idonea a tutelare rilevanti beni giuridici.

Altre importanti sentenze che qui mi limito a menzionare sono: Corte cost. 26 marzo 1986, n. 62, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1986, p. 408 ss.; Corte cost. 24 luglio 1995, n. 360, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1995, p. 2668 ss.; Corte cost. 11 luglio 2000, n. 263, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2000, p. 2064 ss.; Corte cost. 2 ottobre 1996, n. 370, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1996, p. 335 ss.; Corte cost. 17 luglio 2002, n. 354, in *Foro Italiano*, 2003, I, c. 2393 ss.; Corte cost. 8 luglio 2010, n. 349, in *Rivista Italiana di Diritto e procedura penale*, 2010, p. 1349 ss., con nota di L. MASERA, *Corte costituzionale e immigrazione: le ragioni di una scelta compromissoria*; Corte cost. 11 giugno 2014, n. 172, <http://www.giurcost.org/decisioni/2014/0172s-14.html>.

Per un'efficace ricostruzione della storia e dell'attualità dell'approccio costituzionalistico del principio di offensività si può rinviare ad A. VALENTI, *Principi di materialità e offensività*, in G. INSOLERA, N. MAZZACUVA, M. PAVARINI, M. ZANOTTI (a cura di), *Introduzione al sistema penale*, I, IV ed., Torino, 2012, p. 365 ss.

<sup>32</sup> F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 7 ss., ora anche in ID., *Scritti di diritto penale*, Volume I, Dottrine generali, teoria del reato e sistema sanzionatorio, Tomo

discrezionalità del giudice penale<sup>33</sup> e, dopo, con diversi altri saggi nei quali volle integrare il proprio punto di vista di fronte a obiezioni che esso aveva suscitato in diversi settori della dottrina.

Il punto di partenza, a mio modo di vedere, è l'idea che il diritto penale debba essere fortemente selettivo – alla luce della sofferenza che è in grado di irrogare e in particolare del fatto che ha la potenzialità di aggredire un bene costituzionalmente tutelato come la libertà personale – e che questa selettività debba essere guidata da principi, declinati in criteri la cui determinazione deve essere dedotta dal testo costituzionale, in cui confluiscono le fondamentali scelte di valore di un ordinamento democratico.

All'accusa di incarnare in tal modo una sorta di giusnaturalismo moderno, si poteva replicare che nell'età contemporanea una Costituzione democratica non è diritto naturale, ma a tutti gli effetti diritto positivo, per di più in posizione gerarchica sovraordinata, con la rilevante particolarità che può adeguarsi nel tempo a nuove esigenze emergenti dal contesto sociale di riferimento, senza cioè avere la pretesa, tipica invece del diritto naturale, di essere valido senza limiti di tempo.

E da questo punto di vista Bricola era un ultra-positivista, in quanto per lui la Costituzione rappresentava una norma giuridica alla quale ci si doveva attenere e doveva essere fatta oggetto di interpretazione, esattamente come ogni altra norma del diritto positivo, al fine di trarne ogni possibile indicazione come guida per dare al diritto penale vigente un volto garantista e compatibile con i principi dello Stato di diritto e per fornire al legislatore le direttive di riforma idonee a dare attuazione ai valori democratici in essa solennemente affermati.

Dare un volto costituzionale al diritto penale è stato dunque il grande obiettivo della sua opera, un obiettivo che non era per niente scontato nell'Italia in cui apparve la *Teoria generale del reato*: le spinte con-

---

I, Dal 1960 al 1973, Milano, 1997, p. 539 ss. Una eccellente traduzione in lingua castigliana è stata pubblicata alcuni anni fa in una prestigiosa collana editoriale sudamericana, ad opera della penalista colombiana Diana Restrepo Rodríguez, con un ampio prologo curato da Massimo Donini: cfr. F. BRICOLA, *Teoría general del delito*, Montevideo-Buenos Aires, 2012.

<sup>33</sup> F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale. Nozione e aspetti costituzionali*, Milano, 1965.

servatrici erano ancora forti, la convinzione che la dottrina per fare davvero scienza del diritto penale dovesse limitarsi a un ruolo esegetico cominciava a essere declinante rispetto al passato, ma era tutt'altro che abbandonata, tuttavia ormai si era entrati in una stagione nella quale la tendenza riformatrice che animava l'intera società italiana aveva un influsso favorevole anche nei confronti di interventi legislativi, giurisprudenziali e dottrinali sul diritto penale.

Per precisare meglio il ruolo di Bricola, bisogna sottolineare che la sua opera di costituzionalizzazione riguardava sia i profili politico-criminali che quelli dogmatici del diritto penale.

Questa affermazione potrebbe essere contestata in base all'assunto che egli lavorava soprattutto sui principi e che pertanto almeno a prima vista il suo sforzo interpretativo pareva riflettersi essenzialmente sulle scelte di politica criminale (beni giuridici da tutelare, modalità tecniche della loro tutela) e in particolare sui confini del diritto penale, come delimitati dal principio di legalità, dal principio di colpevolezza, del principio rieducativo della pena e da quel principio di offensività di cui fu un grande precursore in un momento in cui pochi ne compresero le potenzialità, oggi riconosciuta invece in pronunce significative della Corte costituzionale, ma anche della Corte Suprema di Cassazione<sup>34</sup> e in importanti contributi dottrinali.

Ma invece, a ben guardare, il settore della dogmatica, dell'analisi cioè degli istituti penalistici, è tutt'altro che estraneo alle ripercussioni della concezione bricoliana, nella quale anzi, in modo parallelo, pur con non piccole differenze, con l'opera coeva dell'influente penalista tedesco Claus Roxin<sup>35</sup>, dogmatica e politica criminale sono strettamente intrecciate in una trama che le considera interdipendenti.

Infatti, Franco Bricola, che tra l'altro era un dogmatico di prim'ordine, come dimostrano le sue prime monografie in tema di dolo e di im-

---

<sup>34</sup> Importante citare soprattutto, per il fatto di venire dalle Sezioni Unite, l'organo più autorevole della Corte Suprema, Cass. SS.UU., 25 febbraio 2016, n. 3727, in [www.deiustitia.it/cms/cms\\_files/20160301073011\\_hntc.pdf](http://www.deiustitia.it/cms/cms_files/20160301073011_hntc.pdf). A essa ha fatto seguito, sulla stessa linea, Cass. 12 luglio 2017, n. 34090, in *Giurisprudenza Italiana*, 2017, p. 2729, con nota di E. CORN, *Il ladro temerario e il proprietario sbadato*.

<sup>35</sup> L'impostazione di questo autore è ben sintetizzata in C. ROXIN, *Strafrecht AT*, Band I, Grundlagen. Aufbau der Verbrechenslehre, 3<sup>e</sup> Aufl., München, 1997, p. 174 ss.

putabilità<sup>36</sup>, perseguiva l'obiettivo di dare un volto costituzionale innanzi tutto all'*illicito penale*; è vero che egli non si pose mai l'obiettivo di realizzare una sistematica del reato particolarmente articolata come poteva essere quella del finalismo welzeliano o quella post-finalista che poi si è sostanzialmente affermata in Italia nell'ultima parte del XX secolo – di fatto condivideva la classica concezione bipartita del reato che vedeva la cause di giustificazione come elementi negativi del fatto tipico e ancorava il dolo e la colpa all'elemento della colpevolezza, secondo uno schema conforme alla tradizione italiana<sup>37</sup>, ma seguito allora da autorevoli penalisti anche in Germania<sup>38</sup> – ma la sua attenzione ai principi fondamentali della Costituzione imponeva in qualche caso anche di rimodellare categorie penalistiche essenziali, come risulta evidente in primo luogo in relazione allo studio del dolo, dell'errore sul precetto, dei reati di pericolo, del reato impossibile e delle condizioni obiettive di punibilità.

Così, in omaggio ai principi costituzionali, il dolo dovrebbe avere ad oggetto non soltanto, come sembrerebbe prevedere il codice penale, il risultato materiale della condotta, ma tutti gli elementi del fatto e soprattutto il suo carattere offensivo<sup>39</sup>; all'errore sul precetto, contraria-

---

<sup>36</sup> Rispettivamente F. BRICOLA, *Dolus in re ipsa. Osservazioni in tema di oggetto e di accertamento del dolo*, Milano, 1960 e Id., *Fatto del non imputabile e pericolosità*, Milano, 1961.

<sup>37</sup> Sebbene negli anni in cui apparve la *Teoria generale del reato* qualche penalista italiano avesse già adottato la sistematica tripartita del reato – così G. BETTIOL, *Diritto penale*, XI ed., Padova, 1982, p. 239 (ma già nelle edizioni precedenti risalenti agli anni Cinquanta) e prima ancora il suo Maestro G. DELITALA, *Il fatto nella teoria generale del reato*, Padova, 1930, p. 13 ss., attribuendo autonomia sistematica alla categoria delle cause di giustificazione – la concezione bipartita era certamente dominante, anche in virtù del fatto di essere sostenuta nel manuale di Francesco Antolisei, certamente il più influente nel primo scorcio della seconda metà del Novecento, nonché per risalire all'insegnamento di Francesco Carrara, il gigante del pensiero penalistico italiano dell'Ottocento, che distingueva gli elementi del reato in forza fisica e forza morale, antecedenti della partizione fra elemento oggettivo ed elemento soggettivo.

<sup>38</sup> Per tutti Arthur Kaufmann e Karl Engisch.

<sup>39</sup> Per l'art. 43/1 c.p., “il delitto è doloso, o secondo l'intenzione, quando l'evento dannoso o pericoloso, che è il risultato dell'azione od omissione e da cui la legge fa dipendere l'esistenza del delitto, è dall'agente preveduto e voluto come conseguenza della propria azione od omissione”.

mente a quanto stabilito nella versione originaria del codice, non si dovrebbe negare in qualsiasi caso efficacia scusante, compresi quelli di inevitabilità dell'ignoranza della norma<sup>40</sup>; i reati di pericolo meramente presunto dovrebbero essere espulsi dall'ordinamento o essere trasformati in illeciti in relazione ai quali può essere eccepita dall'accusato la mancata concretizzazione del pericolo; il reato impossibile regolato dall'art. 49/2<sup>41</sup> del codice non può essere banalmente inteso come un rovescio negativo del tentativo volto a ribadire quando è già chiaro nell'art. 56, ovvero che non è punibile il tentativo inidoneo, ma deve essere interpretato come una disposizione che fissa una soglia minima di punibilità, escludendo la configurabilità del reato laddove il fatto commesso sia effettivamente corrispondente sul piano materiale a quello previsto da una fattispecie incriminatrice, ma non risulti concretamente offensivo del bene giuridico protetto dalla norma stessa<sup>42</sup>; le condizioni obiettive di punibilità potrebbero essere ammesse solo in quanto non rappre-

---

<sup>40</sup> Esattamente come affermerà alcuni anni dopo la Corte costituzionale, nella sentenza citata alla nota 24, la quale deve davvero molto all'impostazione di Bricola, specialmente laddove collega l'illegittimità della disposizione del codice che nega qualsiasi rilevanza alla *ignorantia legis* al mancato rispetto non di un singolo principio costituzionale, ma del complesso disegno politico-criminale della Carta Fondamentale che combina fra loro il principio di colpevolezza e il principio della finalità rieducativa della pena.

<sup>41</sup> "Il reato è [...] escluso quando, per la inidoneità dell'azione o per la inesistenza dell'oggetto di essa, è impossibile l'evento dannoso o pericoloso"; il quarto e ultimo comma dello stesso articolo prevede poi che in tal caso il giudice può ordinare che l'imputato prosciolto sia sottoposto, in quanto risulti socialmente pericoloso, alla misura di sicurezza della libertà vigilata.

<sup>42</sup> Si tratta della cosiddetta "concezione realistica" del reato, che Bricola condivide con altri Autori (Marcello Gallo, Guido Neppi Modona, Carlo Fiore) sul piano dogmatico, ma dandole l'importante contributo aggiuntivo di ancorarla non soltanto a un pur condivisibile ragionamento ermeneutico sulla norma del codice, bensì anche alla prospettiva costituzionale del principio di offensività. Va precisato che questo punto di vista è peraltro accolto solo da una parte della dottrina italiana. Per un bilancio attualizzato sul dibattito sul punto, rinvio a G. FORNASARI, *Art. 49*, in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, P. VENEZIANI (a cura di), *Codice penale commentato con dottrina e giurisprudenza*, Torino, 2018, p. 308 ss.



sentino un *escamotage* per sottrarre elementi del fatto tipico alla necessità di far parte dell'oggetto del dolo<sup>43</sup>.

Un simile modo di intendere l'esercizio dell'attività dogmatica segna una via che è molto italiana e peculiare nel panorama internazionale; si pensi infatti che il più importante modello di esportazione della dogmatica penalistica del XX secolo, quello tedesco, non seguiva affatto questa prospettiva, ma vedeva nelle categorie del reato degli *a priori* concettuali con portata universale, specialmente nella versione che prende spunto dal finalismo welzeliano, sostanzialmente indifferenti a condizionamenti normativi, fossero essi derivanti da legge ordinaria o da legge gerarchicamente sovraordinata<sup>44</sup>; una parziale eccezione è rappresentata, come ho già anticipato, dalla costruzione dogmatica di Claus Roxin, il quale peraltro si limita (anche se certamente non è operazione di piccola portata) a condizionare l'interpretazione degli elementi del fatto illecito alla luce dei fini della pena, realizzando così certamente un'interdipendenza fra dogmatica e politica criminale, ma senza giungere a dare copertura costituzionale a tali condizionamenti.

Oggi, peraltro, è molto interessante notare come questo metodo, che appunto ha caratterizzato la scienza penalistica italiana distinguendola da quella tedesca, da quella spagnola, da quella francese e ancor più da quella di *common law*, trova un moderno riscontro, sempre più emergente e attuale, nell'età del cosiddetto diritto penale europeo, ovvero di un diritto penale dei diversi Stati che resta formalmente nazionale, ma deve conformarsi, per quanto riguarda i Paesi che ne fanno parte, ai principi statutari dell'Unione europea, che sono vincolanti quanto quelli di una Costituzione, nonché, nel caso di un numero molto più ampio di Stati, nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo e nella sempre

---

<sup>43</sup> Questo spunto è già contenuto in F. BRICOLA, *Punibilità (condizioni obiettive di)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, XIV, Torino, 1968 (qui citato da ID., *Scritti di Diritto penale*, vol. I, tomo I, cit., p. 416).

<sup>44</sup> Tanto che il grande dogmatico e finalista ortodosso Hans-Joachim Hirsch poteva concludere un suo celebre saggio degli anni Novanta, che raccoglieva peraltro una sintesi del pensiero maturato nei decenni precedenti, affermando che non esiste una dogmatica tedesca, italiana o giapponese, ma solo o una dogmatica giusta o una dogmatica sbagliata ("entweder eine richtige oder eine falsche Dogmatik"): cfr. H.-J. HIRSCH, *Gibt es eine national unabhängige Strafrechtswissenschaft?*, in M. SEEBODE (Hrsg.), *Festschrift für Günter Spindel zum 70. Geburtstag*, Berlin, 1992, p. 58.

più fitta e incisiva giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, che a essa deve dare attuazione vincolando i paesi aderenti al rispetto dei suoi principi, che molto spesso incidono proprio su situazioni governate dal diritto penale<sup>45</sup>.

Nell'atteggiamento della giurisprudenza e della dottrina nazionali, di conseguenza, si manifesta con sempre maggior frequenza un modo di ragionare e di interpretare che è esattamente in linea con la vecchia indicazione bricoliana di modellare le categorie non solo in base ai dati ermeneutico-sistematici interni, ma tenendo conto di principi sovraordinati che hanno natura non ontologica ma squisitamente normativa<sup>46</sup>.

---

<sup>45</sup> Per una intelligente e aggiornata presentazione di questa importante svolta nella scienza del diritto penale, giustamente orientata a valutarne le conseguenze sia sul piano del diritto penale sostanziale che sul piano del diritto penale processuale, si può segnalare il volume di V. MANES, M. CAIANIELLO, *Introduzione al diritto penale europeo. Fonti, metodi, istituti, casi*, Torino, 2020.

<sup>46</sup> A questo riguardo, può porsi e in effetti si è posto un altro problema, non poco delicato, ovvero quello di come decidere nel caso in cui sulla stessa questione giuridico-penale insistano principi sovraordinati, riferibili agli strumenti internazionali (CEDU, Trattato UE) e alle Costituzioni statali, che confliggano tra di loro. Non è una situazione del tutto eccezionale e per quanto mi è noto non è sconosciuta all'esperienza degli stati latinoamericani, per esempio riguardo alla tensione fra il principio di legalità e la giurisprudenza CIDH in tema di giustizia di transizione, che impone che non vi siano ostacoli alla punibilità degli autori di gravi crimini internazionali durante le dittature del XX secolo, a costo di applicare retroattivamente la legge penale. In Europa alcune Corti costituzionali, come quella tedesca (con la cosiddetta *Lissabon Urteil* del giugno 2009) e quella italiana, si sono pronunciate sul caso di conflitto fra principi interni e sovranazionali, in genere con il risultato di considerare comunque prevalenti quelli interni nel caso in cui questi riguardino i fondamenti del sistema costituzionale. In un'importante vicenda recente la Corte italiana ha ritenuto che tra questi vi sia il principio di legalità in materia penale (nel caso in questione la Corte di Giustizia dell'Unione europea aveva accolto il ricorso di una Procura della Repubblica, dichiarando che la magistratura italiana, in osservanza del Trattato UE, avrebbe dovuto applicare retroattivamente una nuova norma *in malam partem* in tema di prescrizione del reato in un processo per un reato tributario in omaggio all'obbligo di finanziamento dell'Unione, poiché il tributo in questione era proprio uno di quelli che lo Stato versa ai fini del funzionamento degli organismi europei; la Corte di Cassazione investì della questione la Corte costituzionale, che si pronunciò – con la sentenza 10 aprile 2018, n. 115 – nel senso della prevalenza della garanzia rappresentata dal principio di irretroattività). Per ripercorrere questa istruttiva vicenda giurisprudenziale può essere utile la consultazione del contributo di

### 9. Sull'eredità di Franco Bricola

Franco Bricola fu giurista interdisciplinare, avendo insegnato anche diritto processuale penale e diritto costituzionale, ma non ebbe mai la pretesa di essere un teorico generale del diritto o un filosofo del diritto penale. Anche nel proficuo dialogo con Alessandro Baratta che caratterizzò la sua attività negli anni Settanta (soprattutto nella breve ma densissima stagione della loro comune direzione della rivista “La Questione Criminale”) restarono ferme in lui le specificità di un giurista che, *attraverso il lavoro sulle norme*, punta a un programma volto ad adeguare il diritto penale vigente non a un ideale a-storico, ma all'insieme dei principi umanistici di uno Stato democratico e sociale di diritto, quale i nostri padri costituenti hanno voluto costruire sulle ceneri di una orribile dittatura con la scrittura della Costituzione, attenta a fondare quegli ideali di solidarietà<sup>47</sup> che impongono di sanzionare, certamente, le condotte criminose, ma non dimenticando che nemmeno il delinquente perde il diritto alla dignità umana, che spesso la società ha una corresponsabilità nella commissione dei reati per quanto ha omesso in termini di tutela dell'eguaglianza e che le scelte del legislatore nel senso di caratterizzare certe condotte come delittuose devono essere prese con metodo democratico e rese chiaramente percepibili alla collettività.

Sono pertanto d'accordo con Massimo Donini nell'affermare che, del modello di interpretazione razionale del diritto penale fondato sull'esegesi del testo di rango superiore rappresentato dalla Costituzione, Bricola fu il fondatore e un altro studioso molto conosciuto e influente in America Latina, Luigi Ferrajoli, fu il sistematizzatore, il filosofo che ha dato veste speculativa a quello che era un metodo giuridico<sup>48</sup>.

---

C. CUPELLI, *La Corte costituzionale chiude il caso Taricco e apre a un diritto penale europeo 'certo'*, in *Diritto penale contemporaneo*, 6/2018, p. 227 ss.

<sup>47</sup> Art. 2 Cost.: “La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali, ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale”.

<sup>48</sup> Questo punto di vista è sostenuto nel già citato *Prologo* di M. DONINI all'edizione castigliana della *Teoria generale del reato* (p. XXIII e s.), facendo evidentemente riferimento a L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, 1989 (di cui è disponibile un'edizione in lingua castigliana: *Derecho y Razon. Teoria del garantismo penal*, Madrid, 1995); secondo Donini, proprio il fatto che Ferrajoli, a distanza di

In definitiva, l'eredità di Franco Bricola riguarda sia il metodo che i contenuti, sia la dogmatica che la politica criminale, ma è necessario precisare che non si tratta di un lascito di pensiero intriso di dogmatismo che non si può sottoporre a riesame critico.

Egli, infatti, era il primo a mettere sé stesso in discussione, a non pensare per dogmi.

Ai suoi allievi ha insegnato innanzi tutto a pensare in modo libero e dialettico e non ha mai preteso che la nostra opera scientifica fosse solo lo sviluppo ulteriore e coerente di elementi del suo pensiero.

L'orizzonte comune nel quale tutti noi ci siamo mossi è sempre stato quello del diritto penale come *extrema ratio*, delle garanzie liberali come fondamento del sistema, del rispetto di qualunque persona come titolare del diritto alla dignità umana, del valore della libertà personale, insomma di una serie di valori che compongono un programma politico che l'orientamento riferibile a Bricola ritiene essere l'unico compatibile con l'idea di Stato di diritto prevista dalla Costituzione.

In questo senso, allievi del Maestro non sono solo i componenti della cosiddetta scuola bolognese che sono cresciuti scientificamente sotto la sua guida, ma indirettamente anche molti altri penalisti di altre scuole che si sono riconosciuti in questo programma, pur non condividendone tutte le declinazioni, dato che esso ormai è la grammatica comune che organizza il nostro linguaggio e i nostri concetti.

D'altro canto, è altresì vero che vi sono lavori di allievi che, pur all'interno di quell'orizzonte, divergono da alcune acquisizioni del Maestro, ma questo non è mai stato sentito come un problema: in alcuni casi in cui ciò è avvenuto, Bricola o ha ritenuto meritevoli di consenso punti di vista che non combaciavano con le sue idee iniziali sui temi trattati, o ha accettato una serena contrapposizione dialettica con punti di vista che magari ha continuato a non condividere, ma ha reputato sostenuti dal necessario rigore scientifico. Con varie modalità, questa è stata la sorte dei primi lavori monografici di alcuni esponenti della mia genera-

---

15 anni dall'opera di Bricola, abbia scritto con un linguaggio di stampo filosofico, più facilmente esportabile in contesto internazionale rispetto all'approccio giuridico e in effetti anche molto tecnico usato nella *Teoria generale del reato*, è alla base della diffusione molto maggiore che ha avuto il suo pensiero, molto più assimilabile fra i giuristi stranieri. Ma, come sottolinea lo stesso Donini, senza Bricola non ci sarebbe stato Ferrajoli.

zione di allievi, come nel caso del libro di Stefano Canestrari in materia di delitto preterintenzionale, di quello di Massimo Donini sulla relazione tra illecito e colpevolezza e anche di quello del sottoscritto in tema di principio di inesigibilità<sup>49</sup>.

Prima di dedicarmi a qualche considerazione conclusiva, vorrei sottolineare che, parlando di eredità del pensiero scientifico di Bricola, non si può non formulare un pur brevissimo cenno sul modo in cui egli divulgava il suo pensiero, cioè sulla sua qualità di professore, nel senso di insegnante.

Il suo obiettivo fondamentale, sia verso gli studenti sia verso gli allievi accademici, era trasmettere il sapere attraverso la sollecitazione del massimo spirito critico da parte di chi ascoltava, offrendo tutti i punti di vista e ricordando che il diritto non è una monade isolata, ma un fenomeno che si iscrive nella realtà più complessa delle relazioni sociali.

#### *10. Conclusioni (in chiaroscuro)*

Essere stato allievo di Bricola per una dozzina d'anni (prima che scomparisse prematuramente nel 1994 non ancora sessantenne) e avere condiviso con convinzione le idee fondamentali sottostanti al suo programma non mi esime dal ricordare che, se sul piano dell'influenza sulla scienza penalistica e anche, in molti settori, sull'atteggiamento della giurisprudenza ordinaria e costituzionale, la sua eredità è stata raccolta ed è ben viva, come dimostrano ancora oggi i contributi contenuti in articoli e monografie che si confrontano col suo pensiero e le sentenze che concretizzano il volto costituzionale dell'illecito penale e delle finalità della sanzione, lo stesso non si può dire riguardo all'influenza nei confronti dell'attività del legislatore.

Sappiamo bene che non si tratta di un fenomeno solo italiano, ma è inutile negare che anche da noi l'atteggiamento del legislatore penale, ormai da qualche decennio, si orienta verso un'espansione quasi fuori

---

<sup>49</sup> Rispettivamente S. CANESTRARI, *L'illecito penale preterintenzionale*, Padova, 1989; M. DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano, 1991; G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Padova, 1990.

controllo dell'ambito di illiceità, che solo in parte si giustifica con la necessità di realizzare una tutela efficace di beni giuridici di nuova emersione che a loro volta hanno assunto rilevanza costituzionale, come nel caso dell'ambiente, o di approntare strumenti più idonei a contrastare fenomeni criminali già fronteggiati per mezzo di norme penali.

Al contrario, una componente probabilmente maggioritaria delle numerose leggi penali che continuano a essere emanate dal Parlamento non risponde affatto a questi criteri, ma segue un'onda populistica sempre più forte<sup>50</sup>, nella convinzione, facilmente smentita dagli studi scientifici più rigorosi, che la massima estensione dell'ambito di azione del diritto penale sia garanzia di una sua maggiore efficacia repressiva e preventiva<sup>51</sup>.

A fronte di questo incalzante incremento di nuove fattispecie penali (e di nuove circostanze aggravanti), gli interventi di depenalizzazione, che Bricola invocava come necessari strumenti di razionalizzazione del sistema in quanto accompagnati da un rafforzamento dei settori dell'il-

---

<sup>50</sup> La relazione fra diritto penale e populismo sta diventando quasi oggetto di uno specifico genere letterario: due interessanti contributi per intenderne bene il significato nell'ambito italiano sono: D. FALCINELLI, *Dal diritto penale "emozionale" al diritto penale "etico". Il garantismo costituzionale contro l'illusione di giustizia del populismo penale*, in S. ANASTASIA, M. ANSELMI, D. FALCINELLI, *Populismo penale: una prospettiva italiana*, Milano-Padova, 2015, p. 21 ss. e D. PULITANÒ, *Populismi e penale. Sull'attuale situazione spirituale della giustizia penale*, in *Criminalia*, 2013, p. 123 ss.

<sup>51</sup> Un'applicazione basica di elementari criteri di analisi economica del diritto, scevra da ogni implicazione ideologica, ci illustra immediatamente come la struttura pubblica chiamata a dare attuazione pratica al diritto penale (giudici ordinari e onorari, pubblici ministeri, cancellieri di tribunale, stenografi giudiziari, periti, ufficiali e agenti di polizia giudiziaria) sia dotata di risorse umane, professionali ed economiche inevitabilmente limitate, con le quali si deve necessariamente fare i conti e che inevitabilmente impediscono di gestire adeguatamente l'immane carico che deriva dalla sua attuale ipertrofia, diffondendo di conseguenza un senso di ingiustizia a causa dei molti processi che non è di fatto possibile portare a termine o che vengono portati a termine in tempi lunghissimi. L'utilità dello strumento dell'analisi economica del diritto penale ai fini di una corretta allocazione delle risorse nell'ambito dell'attività legislativa è ben descritta dalla prima parte del recente libro di F. PESCE, *L'analisi economica del diritto penale dalla teoria alla pratica. Il livello di efficienza delle opzioni normative in tema di tossicodipendenza e criminalità correlata*, Napoli, 2019, p. 40 ss.

lecito amministrativo punitivo e dell'illecito civile, sono stati assai timidi, riguardando spesso fattispecie bagatellari sostanzialmente già quasi disapplicate dalla magistratura e di rado cercando di strutturare veramente ambiti extrapenali per perseguire in modo efficace fatti illeciti non così significativi da meritare il ricorso alla sanzione penale per i loro autori<sup>52</sup>.

Negli ultimissimi anni vi è stato un tentativo di andare controcorrente, sia all'interno del diritto penale, con misure deflattive come il potenziamento dei casi di *probation*<sup>53</sup> e del ruolo delle condotte riparatorie come alternativa alla pena<sup>54</sup> e con la causa di non punibilità per partico-

---

<sup>52</sup> Si può quasi dire che, rispetto all'opera di depenalizzazione del legislatore, sia stato più efficace l'intervento della Corte costituzionale, che in effetti ha abrogato numerose norme, dichiarandole illegittime.

<sup>53</sup> Con il nuovo art. 168-*bis* c.p. si è introdotto il nuovo istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato, in virtù del quale, nel caso reati punibili con la pena pecuniaria o con la pena detentiva fino a quattro anni (sola o congiunta con la pena pecuniaria), nonché di alcuni altri reati di media gravità espressamente previsti, l'imputato può chiedere appunto che il processo venga sospeso con messa alla prova, che consiste nella prestazione di condotte volte all'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose derivanti dal reato, nonché, ove sia possibile, il risarcimento del danno cagionato; l'imputato viene affidato ai servizi sociali per realizzare un programma di recupero sociale e deve obbligatoriamente prestare un lavoro di pubblica utilità. L'esito positivo della prova estingue il reato. Per un'analisi essenziale di questa disposizione di possono vedere A. MARANDOLA, *La messa alla prova dell'imputato adulto: ombre e luci di un nuovo rito speciale per una diversa politica criminale*, in *Diritto penale e processo*, 2014, p. 674 ss. e R. BARTOLI, *La sospensione del procedimento con messa alla prova: una goccia deflattiva nel mare del sovraffollamento?*, in *Diritto penale e processo*, 2014, p. 659 ss.

<sup>54</sup> Significativo è il nuovo art. 162-*ter* c.p., che, nei casi reati perseguibili a querela non irrevocabile, permette al giudice di estinguere il reato, una volta sentite le parti e la persona offesa, se l'imputato ha riparato interamente, prima dell'apertura del dibattimento di primo grado, il danno cagionato dal reato e ne ha eliminato, ove possibile, le conseguenze dannose o pericolose; per un esame dei tratti essenziali di questo istituto si può vedere E. MATTEVI, *Estinzione del reato attraverso la riparazione*, in S. DALLA BONTÀ, E. MATTEVI, *Conciliazione, mediazione e deflazione nel procedimento davanti al giudice di pace. Esperienze euroregionali*, Trento, 2020, p. 125 ss. (consultabile in open access a <https://iris.unin.it/retrieve/handle/11572/259285/326818/Quaderni%20della%20Facolt%c3%a0%20volume%2044.pdf>).

lare tenuità del fatto<sup>55</sup>, sia all'esterno, con alcuni provvedimenti di depenalizzazione, i quali presentano la novità di riguardare figure di reato che sono state riformulate non, come avveniva di consueto, come illeciti amministrativi, bensì come illeciti civili<sup>56</sup>.

Bisogna tuttavia segnalare che questo tentativo, ambizioso nei propositi ma solo in parte soddisfacente nei risultati (che hanno tradotto in pratica solo alcune delle idee di partenza), si è rivelato come il progetto di un solo ministro della giustizia: una volta andato al potere, nel 2018, un governo di diverso colore politico tutto è tornato come prima e si è ricominciato a legiferare penalmente in base alla supposta necessità di

---

<sup>55</sup> Con il nuovo art. 131-*bis* primo comma c.p., si dispone che nei reati per i quali è prevista la pena detentiva non superiore nel massimo a cinque anni, o con la pena pecuniaria, sola o congiunta alla pena detentiva, la punibilità è esclusa quando, per le modalità della condotta e per l'esiguità del danno o del pericolo, l'offesa è di particolare tenuità e il comportamento risulta non abituale. Nel comma successivo si prevedono alcune eccezioni all'applicabilità di questa causa di non punibilità, coincidenti con determinate circostanze aggravanti riguardanti soprattutto i motivi a delinquere, l'oggettiva gravità del fatto, l'impatto sulla vittima o il fatto di rivestire (sia l'autore che la vittima) cariche pubbliche. Per un approfondimento posso rinviare a G. AMARELLI, *Particolare tenuità del fatto (diritto penale)*, in *Enciclopedia del Diritto. Annali*, X, Milano, 2017, p. 557 ss.

<sup>56</sup> Più nel dettaglio, è stata prevista l'abrogazione di alcune norme incriminatrici presenti nel codice penale, tra le quali: le falsità in scrittura privata e in fogli firmati in bianco (artt. 485 e 486 c.p.); l'ingiuria (art. 594 c.p.); la sottrazione di cose comuni (art. 627 c.p.); l'appropriazione di cose smarrite, del tesoro e di altre cose avute per errore o per caso fortuito (art. 647 c.p.). Sono state apportate poi alcune modifiche alle norme incriminatrici attigue e connesse a quelle abrogate (realizzando l'opportuno coordinamento) e si è intervenuti altresì sulla figura del danneggiamento (art. 635 c.p.), modificando la norma incriminatrice in modo tale da escludere la rilevanza penale del fatto, non aggravato, di cui all'art. 635, c. 1 c.p., trasformato anch'esso in illecito civile punitivo. Per un esame più dettagliato di questo nuovo meccanismo, applicato a poche disposizioni e dunque per il momento sostanzialmente sperimentale, rinvio ai contributi di L. RISICATO, *L'illecito civile punitivo come irrocervo giuridico: brevi considerazioni su pregi, difetti e possibili degenerazioni della privatizzazione del reato*, in *Rivista italiana di Diritto e Procedura penale*, 2019, p. 490 ss. ed E. MATTEVI, *L'illecito civile punitivo disciplinato dal d. lgs. 15 gennaio 2016, n. 7. Alcune riflessioni su di un nuovo modello di depenalizzazione*, in G. FORNASARI, E. MATTEVI, *Un dialogo interdisciplinare sulla sanzione*, Napoli, 2020, p. 55 ss.



soddisfare spinte popolari tendenti verso un recupero della centralità del classico diritto penale da *law and order* fondato sul carcere.

Questo atteggiamento ondivago del legislatore, unico (ma importantissimo) soggetto che mostra di recepire con difficoltà le idee che formano l'eredità di Franco Bricola, rappresenta certamente un ostacolo rilevante all'affermazione pratica del diritto penale selettivo e costituzionalmente orientato che caratterizzava la sua linea di pensiero, ma cionondimeno costituisce uno stimolo per chi ne ha raccolto il testimone per continuare, seppur spesso controcorrente, una battaglia giusta per l'affermazione della visione avanzata e umanistica del diritto penale come *una delle forme* di controllo sociale, nel quadro di uno Stato di diritto che deve violare la libertà dei consociati solo quando strettamente necessario per la tutela di beni di primaria rilevanza riconosciuti dalla Costituzione e deve altresì, come impone l'art. 3/2 Cost., rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale (oggi potremmo aggiungere anche: culturale) che, limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana; credo che questa fondamentale disposizione, certamente pensata come espressione generale della fondazione di uno Stato sociale, possa oggi adeguarsi perfettamente anche al ruolo di norma-guida che vincola ad affrontare preventivamente il problema delle cause del crimine.



## INTRODUZIONE

### VERSO UNA NUOVA COSTITUZIONE, ANCORA<sup>1</sup>: TRA TRADIZIONI LIBERALI E INNOVAZIONI NECESSARIE

*Carlos Cabezas*

*Emanuele Corn*

Il processo di riforma costituzionale cileno, formalmente inaugurato nel novembre 2019, ma di fatto avviato alcuni anni prima con il progetto promosso dal secondo governo della presidente Michelle Bachelet Jeria, è entrato in un momento di apparente stasi.

Mentre scriviamo questa introduzione, nel mese di ottobre 2023 i sondaggi più accreditati indicano l'opzione "contro" come vincente al referendum sul nuovo testo costituzionale che si terrà in dicembre.

Si replicherebbero così i risultati del primo processo, conclusosi nel settembre 2022 con la schiacciante bocciatura del progetto riformatore.

Oggi, sebbene gli attori siano diversi – un Consiglio costituzionale dominato da forze politiche di destra ed estrema destra, rispetto a una Convenzione costituzionale, dominata due anni orsono dalla sinistra e dagli indipendenti – lo scenario presenta molte analogie.

Nuovamente assistiamo, infatti, al desiderio di (auto)affermazione di un settore politico che, forte del favore delle urne, ha elaborato un testo che riflette solo la visione del mondo della propria ideologia politica.

Nuovamente il dibattito è stato gestito con smaccata sciatteria.

---

<sup>1</sup> A quattro anni dall'inizio delle manifestazioni di piazza che hanno dato avvio all'attuale processo di riforma costituzionale in Cile, vogliamo con questo titolo rendere omaggio al maestro Emilio Dolcini, che ne ha dedicati più di quaranta allo studio della sanzione penale: cfr. C.E. PALIERO, F. VIGANÒ, F. BASILE, G.L. GATTA, *La pena, ancora: tra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, Milano, 2020.

Nuovamente chi si è trovato in maggioranza è stato incapace di costruire ponti con la minoranza e ha infarcito il testo di sviste ed errori tecnici.

In entrambi i processi, sebbene il diritto penale non sia stato al centro dei dibattiti e delle controversie, esso ha generato alcune discussioni, anche se le necessità più impellenti sono rimaste nodi non affrontati.

Nel primo processo (2020-2022), l'attenzione è stata concentrata sul diritto e sui diritti dei popoli originari e sui loro riflessi in ambito penale. Nel secondo processo (2022-2023), la maggioranza si è spesa per l'adozione di una norma che conceda la sostituzione della pena ai condannati anziani, il che significherebbe che molti detenuti per crimini contro l'umanità commessi durante il governo della giunta militare e di Augusto Pinochet potrebbero essere rilasciati. Oltre a ciò, non ci sono state innovazioni rilevanti né nei principi classici né in altri che risulterebbero innovativi per l'esperienza cilena.

Questo non dovrebbe sorprendere, dato che i processi costituzionali vanno ben oltre la disciplina dei reati e delle pene, ma è comunque sorprendente perché la preoccupazione più importante dell'opinione pubblica cilena negli ultimi anni è stata certamente la "sicurezza", sia pure nelle vaghe sembianze di "sicurezza dei cittadini" anziché in quelle del bene giuridico noto come sicurezza pubblica.

In realtà, entrambi i progetti, riflettendo le loro diverse ideologie, hanno fornito risposte diverse al problema, o forse nessuna. Nel primo, la costituzionalizzazione di un diritto fondamentale a vivere in un ambiente privo di violenza; nel secondo, un rafforzamento costituzionale della polizia.

Ciò che colpisce maggiormente nel progetto che ora si va definendo e verrà votato prossimamente è la proposta di restituire alla giustizia militare la competenza a giudicare i casi in cui la polizia o i militari sono stati coinvolti, anche in presenza di civili, ribaltando così la modifica promossa dalla giurisprudenza della Corte Suprema a questo proposito.

Per l'osservatore esterno, perplessità e spunti di interesse non mancano. Il Cile è l'unico Paese del Sud America con un Indice di Sviluppo Umano "molto alto" e, dal ritorno alla democrazia, è uno dei Paesi politicamente più stabili del continente.

È vero che gli eventi del 2019, noti come *estallido* o *revuelta social*, hanno messo in discussione molte delle conquiste della democrazia cilena, ma è stato lo stesso processo costituente a cercare di incanalare la rabbia, il fastidio e il disagio collettivo in un canale istituzionale e democratico.

Tuttavia, la scommessa sembra, per ora, persa.

E sebbene molti autori affermino che un risultato negativo nel prossimo referendum non fermerà il processo costituente per sostituire il testo del 1980 imposto dalla dittatura, è difficile ipotizzare che esso, poco dopo aver compiuto quattro anni, non subirà un notevole rallentamento.

In materia penale, è interessante constatare, per il lettore europeo e straniero in generale, come le “questioni penali della Costituzione” non coincidano con quelle rilevanti per la classe politica, indipendentemente dal settore di appartenenza.

In entrambi i processi erano presenti avvocati e giuristi, sia in assemblea che come “esperti”; tuttavia, le innovazioni apportate sono molto poche. Ne discende che i principi classici del diritto penale non sembrano, almeno nell’esperienza cilena, essere minacciati dalle innovazioni populiste che abbondano nelle vicinanze.

Si può anche aggiungere che, almeno nei processi assembleari, la discussione “penale” sembra concentrarsi su aspetti congiunturali (nel primo processo, la liberazione dei “prigionieri della rivolta”; nel secondo, la liberazione dei condannati per crimini contro l’umanità). Potremmo vedere in ciò, purtroppo, un riflesso del generale deterioramento della democrazia rappresentativa, non solo in Cile, ma nella maggior parte dei sistemi occidentali.

Tutto questo considerato, non vogliamo però che il velato pessimismo che attraversa sin qui questa breve introduzione proietti una luce negativa sui contenuti di tutta l’opera.

Dato per vero lo stallo verso il quale la dinamica storica si sta avviando e preso atto del fatto che, attualmente, del molto che poteva esservi nel testo di nuova Costituzione, troviamo ben poco, ciò non significa che le ragioni di un’opera come questa scarseggino. Anzi.

Questo libro e le ricerche in esso contenute sono, infatti, la seconda tappa di un percorso di ricerca ideato e intrapreso pochi mesi dopo

*l'estrallido social*, in occasione dell'ultimo viaggio di ricerca a Trento del professor Carlos Cabezas, nel febbraio 2020, nell'ambito della convenzione che da diversi anni lega le facoltà giuridiche dell'ateneo trentino e di quello antofagastino.

Nel 2021 abbiamo avuto il piacere di dirigere e pubblicare in lingua spagnola il volume: “Derecho penal y nueva Constitución” (Santiago, DER, 2021). In quel libro abbiamo cercato di proporre una fedele fotografia delle prime fasi del percorso di riforma costituzionale, realizzata con il contributo di alcuni dei più validi penalisti cileni della “nuova generazione”, quella cioè che si è affacciata alla ribalta quando l'esperienza della *Concertación* di centro-sinistra, che guidò il Cile del post-Pinochet, era ormai al tramonto.

In questo secondo volume, in lingua italiana, ci poniamo in linea di continuità con la prima fase della ricerca.

Abbiamo in primo luogo l'aspirazione di offrire una testimonianza del processo di riforma costituzionale che duri nel tempo. Se, infatti, i resoconti e le analisi della prima fase non mancano, molto meno è stato scritto e si sta scrivendo su quanto è accaduto negli ultimi due anni. Perciò, quando il presente si sarà fatto storia, confidiamo (certo con presunzione) che costituzionalisti e penalisti dei prossimi decenni e secoli ci saranno grati per non esserci lasciati guidare dallo scoramento.

Proprio osservando la storia, d'altra parte, dobbiamo essere consapevoli che la durata dei processi di riforma costituzionale, negli angoli più disparati del mondo, si è sempre misurata in anni, con fasi altalenanti, e non in mesi o settimane, con buona pace dei tempi di attenzione dell'opinione pubblica, dei *mass media* e dei *social network*.

In secondo luogo, è un piacere constatare come il gruppo di ricerca si sia allargato ed arricchito di nuove voci, senza perdere le caratteristiche di (relativa) gioventù ed equilibrio di genere che, d'altra parte, sono una scelta obbligata se l'intento è offrire al lettore italiano un'immagine veritiera del Cile di oggi.

In terzo luogo, anche dal punto di vista dei contenuti, in questa seconda pubblicazione abbiamo potuto dare spazio a tematiche completamente nuove, che non era stato possibile affrontare, per limiti di spazio, nel primo volume. Ecco che allora questo volume dedica uno spazio significativo al tema della pena sia per quanto concerne i suoi fini

sia per quanto riguarda i suoi limiti e la terribile realtà applicativa, avendo il piacere di ospitare, tra tutte le nuove firme, quella di Mario Durán Migliardi, studioso che più di ogni altro, in Cile, si è fatto promotore della conoscenza del pensiero del professor Franco Bricola.

Nella loro varietà, alcuni dei contributi proposti guardano ai contenuti della prima proposta di riforma, mentre altri confrontano quel primo testo con quello prossimamente oggetto di referendum (come fa assai bene lo scritto del prof. Sem Sandoval Reyes in tema di riforma processuale penale). Altri capitoli del libro si astraggono del tutto dai testi dei progetti e altri ancora si interrogano sui principi in generali.

Si è trattato di una scelta meditata, tesa all'obiettivo di assicurare, con equilibrio, una vita utile più lunga possibile a questo libro, prescindendo dalle sorti referendarie della singola proposta di riforma.

Lungo la strada delle riforme possono esserci cadute, pause e ripensamenti, ma la speranza nel cambiamento non può venire meno.

Come curatori desideriamo esprimere un sincero ringraziamento ai direttori della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento che si sono susseguiti negli anni di vigenza della convenzione con l'Università di Antofagasta e che hanno seguito e sostenuto questo progetto di ricerca così particolare, ovvero i professori Fulvio Cortese e Paolo Carta.

Un grazie, infine, al paziente e certosino lavoro di chi ci ha aiutato nella redazione e nella revisione del testo, ovvero le dottoresse Lucrezia Franceschetti e Francesca Moro e i dottori Giacomo Gallo, Vittorio Cama, Mattia Cutolo e Christoph Thun, con la professionale supervisione della dott.ssa Valentina Lucatti, autentica levatrice di ogni progetto editoriale della facoltà trentina.

Trento, Antofagasta, 18 ottobre 2023





PRIMA SEZIONE

IL PROCESSO COSTITUZIONALE CILENO 2019-2023



# LA STELLA IMPLOSA

## LA PRIMA FASE DEL PROCESSO COSTITUENTE 2019-2022 E I SUOI DIFETTI “GENETICI”

*Jerson Valencia Carrizo*

SOMMARIO: 1. *L’esplosione sociale del 18 ottobre 2019*. 2. *Effetto farfalla?* 3. *Dall’accordo per la pace e la nuova Costituzione al referendum confermativo del 4 settembre 2022*.

### *1. L’esplosione sociale del 18 ottobre 2019*

Il 14 ottobre 2019 ebbe inizio una serie di proteste a Santiago del Cile, principalmente da parte di studenti delle scuole superiori che – motivati dal rifiuto dell’aumento di 30 pesos (0,04 euro) delle tariffe del trasporto pubblico – adottarono azioni di evasione collettiva del pagamento del sistema di trasporto.

Con il passare dei giorni, però, questo processo di mobilitazione e protesta, tutto sommato normale in uno Stato democratico, si intensificò, con una evidente responsabilità governativa. L’allora presidente Sebastián Piñera, per parte sua, non aprì alcun canale di comunicazione con i manifestanti, rifiutando di accettare la dimensione politica che aveva la protesta e mantenendo l’aumento delle tariffe deciso – in prima istanza – da un gruppo di esperti economici.

Quattro giorni dopo l’inizio di questo processo di mobilitazione politico-sociale, il conflitto mutò in scontri aperti tra manifestanti e polizia, attacchi alla metropolitana di Santiago e, infine, l’incendio di alcune stazioni, costringendo il governo dell’epoca a chiudere tutte le stazioni.

Il 18 ottobre 2019 è, pertanto, la data generalmente considerata come l’inizio del *estrallido social* “lo scoppio sociale”.

Questo scoppio o crisi, che si diffuse nel resto del Paese attraverso proteste, manifestazioni, scontri tra la popolazione civile e le forze di sicurezza e attacchi incendiari in luoghi pubblici e privati, lasciò sul terreno un altissimo numero di vittime: trentaquattro morti per colpi d'arma da fuoco o investiti, soffocati e picchiati, oltre a centinaia di persone con ferite agli occhi, tra cui bulbi oculari scoppiati o perdita della vista a causa delle bombe lacrimogene lanciate contro i civili dalle forze di polizia. Per settimane le principali città cilene furono teatro di violenze, saccheggi e proteste.

Di fronte a un conflitto politico-sociale che il governo di Sebastián Piñera non seppe né prevedere né risolvere, furono i rappresentanti del Congresso Nazionale e gli stessi presidenti dei partiti politici che, con il determinante intervento di Gabriel Boric (eletto presidente nel dicembre di due anni dopo) e Mario Desbordes, riuscirono nella notte del 15 novembre 2019 a raggiungere un accordo.

Il denominato “Accordo per la pace e la nuova Costituzione” permise di creare un percorso istituzionale in grado di risolvere il conflitto permettendo di canalizzare positivamente l'energia sociale espressa nelle manifestazioni di piazza, alcune delle quali furono davvero imponenti, come quella che coinvolse più di un milione di persone a Santiago il 25 ottobre.

L'obiettivo principale di questo accordo era quello di impegnare il Congresso nazionale allora in carica a realizzare una riforma costituzionale che regolasse la convocazione di un processo costituente.

La promessa di una nuova Costituzione, come nuovo patto sociale capace di modificare gli equilibri di potere cristallizzati per decenni negli assetti previgenti alla caduta del governo del generale Augusto Pinochet, permise nelle settimane successive un progressivo ritorno alla normalità nella gestione dell'ordine pubblico.

L'Accordo costituì il canovaccio poi utilizzato per la stesura della riforma vera e propria. L'elettorato sarebbe stato consultato, tramite un referendum, sull'accettazione o meno di modificare la Costituzione politica della Repubblica del 1980 (d'ora in poi Rpc) e sull'organo che avrebbe dovuto redigere il progetto costituzionale; le alternative per quest'ultimo quesito erano: una Convenzione costituzionale mista o una Convenzione costituzionale.

Per l'osservatore italiano è importante sottolineare allora come il potere costituente non si esprime direttamente con una convocazione *sui generis*. Si scelse di percorrere, invece, una via estremamente formale e istituzionale, anche a considerare che il testo costituzionale in vigore dal 1981 (e che fornì la base della riforma) non era e non è considerato come tale da una porzione importante dell'opinione pubblica cilena.

## 2. *Effetto farfalla?*

Per dare una risposta politico-istituzionale all'esplosione sociale, la scelta, senz'altro saggia e lungimirante, fu quella di rinunciare a una repressione della protesta che avrebbe causato soltanto ulteriori vittime e danni, per imboccare la via di quel processo costituente che dagli anni Novanta in poi era il convitato di pietra di ogni tornata elettorale nel Paese.

Una protesta iniziata per un biglietto dell'autobus che finisce per modificare la Costituzione potrebbe ricordare, guardando al campo delle scienze meteorologiche e della teoria del caos, il famoso effetto farfalla del matematico Edward Lorenz ("Può il batter d'ali di una farfalla in Brasile provocare un tornado in Texas?" fu il titolo di una sua conferenza nel 1972).

Come proprio lo scienziato statunitense evidenziava nelle sue ricerche, ogni studioso deve prestare massima attenzione agli arrotondamenti solo apparentemente irrilevanti (anche nel campo del diritto e delle scienze giuridiche aggiungiamo noi).

Infatti, la riforma della Costituzione è tema latente in Cile sin dal momento stesso del ritorno alla democrazia dopo il governo militare.

Il testo di legge fondamentale attualmente vigente in Cile è a tutt'oggi quello introdotto l'11 marzo 1981 dal governo presieduto dal generale Augusto Pinochet in sostituzione della Costituzione del 1925.

È pur vero che, specie nella parte relativa all'assetto istituzionale, molto, anzi moltissimo, è nel frattempo cambiato, specie durante il secondo governo della presidente Michelle Bachelet, ma per altri versi la struttura generale è rimasta la stessa e riforme parziali non sembravano in grado di scalfirla.

Il dato politico a tutti noto in Cile è, in effetti, che il mantenimento del testo del 1981 fu la condizione politica che dovettero accettare i vincitori del referendum del 5 ottobre del 1988, il cui quesito riguardava la continuità politica del generale Pinochet.

Nel successivo referendum del 30 luglio 1989 furono sì votate, a larghissima maggioranza, ben 54 riforme al testo costituzionale, ma si trattò pur sempre di modifiche letteralmente “concesse” da Augusto Pinochet, quando era ancora al comando sia del Paese che delle forze armate, cedendo l’incarico solo l’11 marzo 1990.

L’approccio neoliberista nei rapporti tra lo Stato e i cittadini, il riconoscimento limitato dei diritti umani di matrice sociale e collettiva, come la salute e l’istruzione, il centralismo statale, l’exasperazione del presidenzialismo a discapito delle prerogative parlamentari, il silenzio sulle diverse matrici culturali del Paese rimasero intatte, allora come oggi.

Se trent’anni prima, il silenzio su questi aspetti fu la pietra di scambio per un progressivo ritorno alla democrazia senza altri morti, nel 2019, allo scoppio delle proteste, questi argomenti non erano più comprensibili.

Quando nulla, in trent’anni, era stato sufficiente perché i cileni vedessero riconosciuti i loro diritti grazie a una nuova Costituzione, una enorme protesta fu l’occasione tanto inattesa quanto utile perché la parte politica che da sempre l’aveva promossa avesse modo di chiederla in cambio di un ripristino dell’ordine pubblico, tanto indispensabile per l’esigua minoranza del Paese che ne detiene a tutt’oggi l’intero potere economico.

### *3. Dall'accordo per la pace e la nuova Costituzione al referendum confermativo del 4 settembre 2022*

L'Accordo per la pace e la nuova Costituzione del 15 novembre 2019 venne consolidato, il 24 dicembre 2019, dalla legge di riforma costituzionale n. 21.200, che permise di dare avvio formalmente a un processo costituente, in cui l'elettorato poté:

- 1) votare se sostituire o meno la Costituzione politica della Repubblica;
- 2) scegliere, tra una Convenzione costituzionale mista e una Convenzione costituzionale, l'organo incaricato di redigere la nuova Costituzione;
- 3) ratificare o respingere successivamente il progetto costituzionale adottato dall'organo costituzionale scelto.

Relativamente ai due punti oggetto di votazione, il costituente derivato optò per la convocazione di un referendum nazionale che, a causa dell'epidemia di Covid 2019, dovette attendere per essere svolto il 25 ottobre 2020.

In quell'occasione l'elettorato, con il 78,31% dei voti validi, si espresse nel senso della sostituzione della Costituzione politica del 1980 e nella seconda scheda elettorale, con il 79,18%, per una Convenzione costituzionale come organo incaricato di redigere il progetto costituzionale. Il Parlamento in carica non avrebbe dunque avuto alcuna voce in capitolo nella stesura del nuovo testo.

Si tenga presente però che, nonostante le alte percentuali ottenute dalle opzioni vincitrici, a votare fu una percentuale contenuta del corpo elettorale, ovvero il 50,9% degli aventi diritto.

Per quanto riguarda l'elezione dei membri della Convenzione costituzionale – l'organo incaricato di redigere il testo –, la riforma costituzionale del 24 dicembre 2019 prevedeva originariamente che fossero eletti a suffragio universale e secondo le stesse regole per l'elezione dei membri della Camera dei Deputati. In base ad esse, si sarebbe dovuto utilizzare un sistema elettorale proporzionale con collegi plurinominali assai piccoli e ricorso al coefficiente D'Hondt. Inoltre, solo i partiti politici avrebbero potuto presentare liste di candidati.

Tuttavia, a causa di varie pressioni, soprattutto da parte di settori progressisti, il Congresso nazionale approvò, a partire da marzo 2020,

una serie di modifiche al sistema di dichiarazione delle candidature e al sistema elettorale originariamente stabilito, che alterarono l'ipotetica composizione della futura Convenzione costituzionale.

Riteniamo che la diversa composizione che assunse la Convenzione in virtù delle modifiche successive alla legge costituzionale del 24 dicembre 2020, nel suo complesso, sia da annoverare tra le concause dell'insuccesso del successivo referendum confermativo del 4 settembre 2022.

A scanso di equivoci, affermiamo anche che, per la maggior parte, tali modifiche non furono promosse da settori conservatori del Parlamento o da soggetti che comunque potevano essere interessati a un fallimento del processo di riforma costituzionale, ma da settori progressisti.

Tali modifiche possono essere riassunte come segue:

- 1) un sistema di parità di genere nell'elezione della Convenzione;
- 2) l'autorizzazione di liste di candidati indipendenti;
- 3) la riserva di 17 seggi alle popolazioni indigene.

Esse, in particolare la seconda e la terza, sono state parte delle cause che hanno determinato il fallimento del processo costituente in Cile, poiché, a nostro avviso, hanno contribuito all'esistenza di un organo con una rappresentatività carente, lontano dalle posizioni ideali delle grandi maggioranze e comunque prive del loro sostegno.

Lungi dal voler proporre un discorso elitario, un gruppo troppo esiguo dei suoi membri poteva effettivamente vantare competenze e formazione sufficiente per elaborare un testo costituzionale.

Per quanto riguarda il sistema di parità di genere nella composizione della Convenzione costituzionale, il Congresso nazionale stabilì che, al fine di garantire la parità tra donne e uomini, una serie di correzioni doveva essere effettuata dopo l'atto elettorale.

In particolare, dopo il conteggio dei voti e la determinazione dei candidati con il maggior numero di voti, dovevano essere applicati – se del caso – meccanismi di correzione di genere per mantenere l'equilibrio.

Questo ha portato a un'alterazione dell'esito malgrado le preferenze espresse dagli elettori alle urne, facendo sì che candidati che originariamente non sarebbero stati eletti conquistassero un seggio nella Convenzione costituzionale.



Paradossalmente, rispetto all'idea secondo la quale tali meccanismi sarebbero serviti soltanto a beneficio del genere femminile, nei fatti si diede luogo a un totale di tredici correzioni per motivi di genere: otto sono andate a beneficio di candidati uomini e solo cinque a beneficio di candidate donne.

Per quanto riguarda le liste di candidati indipendenti, esse potevano essere presentate soddisfacendo dei requisiti minimi così bassi da mettere in dubbio l'effettiva rappresentatività potenziale del/la candidato/a:

- a) la raccolta di sottoscrizioni da parte degli elettori, corrispondenti allo 0,5% di coloro che avevano votato nella circoscrizione elettorale nella precedente elezione periodica dei deputati, a meno che questa cifra non fosse inferiore a cinquecento, nel qual caso erano necessarie cinquecento firme;
- b) l'esistenza di uno slogan comune che identificasse la lista e la redazione di un programma elettorale *ad hoc* in cui la lista potesse esporre le sue idee principali. Questa modifica costituzionale portò alla creazione di 63 liste di indipendenti in tutto il Paese che, sommate ai candidati del patto elettorale, a quelli dei partiti politici non aderenti al patto e ai singoli candidati, hanno fatto sì che la Convenzione costituzionale si disperdesse in sette gruppi durante la sua prima fase di funzionamento, raggiungendo un totale di 15 gruppi all'interno dell'organo costituente alla fine del suo mandato (su un totale di 154 membri).

Infine, per quanto riguarda l'esistenza di 17 seggi riservati a persone dichiarantesi appartenenti a popolazioni originarie, sono state sollevate due questioni:

- 1) la mancanza di un'analisi rigorosa da parte del Congresso nazionale, in quanto non si tenne conto della scarsa rappresentanza che alcuni di questi popoli hanno nel Paese;
- 2) il fatto che la riserva di questi 17 seggi sia stata approvata il 23 dicembre 2020, cioè dopo il plebiscito del 25 ottobre 2020. In tal modo, riteniamo che il Congresso abbia alterato un processo costituente in corso e senza consultare un elettorato che si era già espresso a favore delle alternative inizialmente previste, che non contemplavano tale opzione.

Sebbene la destra e l'ultradestra, che erano in netta minoranza nella Convenzione, abbiano condotto una campagna aggressiva e ai limiti della diffamazione contro i lavori che questa realizzò tra il luglio del 2021 e il luglio del 2022, non riteniamo che essa sia stata il fattore determinante del fallimento della Convenzione stessa.

In questo senso, gli errori di forma e di sostanza dei membri della Convenzione costituente, la distanza dalle posizioni ideali e culturali della maggioranza dei cileni e, infine, l'approvazione di alcune norme lontane da una tradizione costituzionale bicentenaria sono stati i motivi principali della bocciatura della Convenzione costituzionale.

Tuttavia, riteniamo che la fonte del fallimento di questo processo non risieda esclusivamente nella Convenzione costituzionale, ma anche nel Congresso nazionale che, dopo aver regolato il processo costituente, modificò le "regole del gioco" per questo organo di rappresentanza nazionale.

Le modifiche al sistema di dichiarazione dei candidati e al sistema elettorale nel marzo e nel dicembre 2020, che hanno portato all'esistenza di liste indipendenti, a un sistema di parità di genere nell'elezione dei membri della Convenzione e all'esistenza di diciassette seggi riservati alle popolazioni indigene, sono state all'origine di un organo incapace di rappresentare le speranze delle maggioranze il 4 settembre 2022.

In quella data, un'ampia maggioranza di un ben più consistente corpo elettorale, questa volta sì motivato a recarsi alle urne nel rispetto del voto obbligatorio, si esprime nel senso del rifiuto del testo proposto dalla Convenzione.

Una parte considerevole della campagna elettorale che aveva promosso il rifiuto del testo di nuova Costituzione aveva motivato la propria scelta sostenendo di non voler interrompere il processo costituente, affermando di votare *rechazo* solo perché quella specifica nuova proposta di testo non era sufficientemente buona.

Ecco perché il 4 settembre 2022 non provocò la fine politica del processo, ma determinò l'avvio di una seconda fase.

# UNA NUOVA COSTITUZIONE PER IL CILE?

## OSSERVAZIONI COSTITUZIONALISTICHE SULLA “RIAPERTURA” DEL PROCESSO COSTITUENTE CILENO

*Simone Penasa*

SOMMARIO: 1. *Il Plebiscito di settembre 2022: game over o re-start di un processo costituente?* 2. *Le due fasi costituenti, tra continuità e discontinuità: partecipazione popolare, rappresentazione sociale, rigidità costituzionale. 2.1. Dalla “hoja en blanco” alle “bases institucionales y fundamentales”: limiti al potere costituente o principi costituzionali inviolabili?* 3. *Una discontinuità istituzionale e procedimentale? La natura e le funzioni degli organi costituenti.* 4. *La complessità del quadro istituzionale e delle procedure di approvazione quale garanzia della natura compromissoria e condivisa della Nuova Costituzione?* 4.1. *La sfida di una base costituzionale condivisa: la piena valorizzazione dell’idea di Costituzione pluralista (anche) attraverso l’organo di giustizia costituzionale.* 5. *Il “re-start” del processo costituente cileno: verso una “casa” costituzionale nuova.*

### *1. Il Plebiscito di settembre 2022: game over o re-start di un processo costituente?*

Il processo che avrebbe dovuto portare alla redazione, approvazione ed entrata in vigore di una «nueva Constitución de la República» in Cile, attivato dalla legge n. 21200 del 24 dicembre 2019<sup>1</sup>, ha subito una brusca ma per certi versi non inaspettata battuta d’arresto nel settembre 2022, quando una rilevante maggioranza del popolo cileno, chiamato a confermarne l’entrata in vigore attraverso un Plebiscito generale, ha

---

<sup>1</sup> Per una descrizione diacronica di tale processo, *ex plurimis* F. PÉREZ-CRESPO VIANADER, *Crónica inacabada del proceso constituyente chileno, ideas e interrogantes*, in *Icade. Revista de la Facultad de Derecho*, 112, 2021, 1-11; D. FERNÁNDEZ CAÑUETO, *Chile: de la democracia limitada de Pinochet al proceso constituyente de 2020*, in *Revista de Estudios Políticos*, 193, 2021, 175-211.

manifestato la propria contrarietà all'entrata in vigore della Costituzione, precedentemente approvata dalla *Convención Constitucional*<sup>2</sup>.

Successivamente a tale esito, che ha posto bruscamente fine al percorso costituente incentrato sui lavori della *Convención* eletta *ad hoc*<sup>3</sup>, nel dicembre 2022 i Presidenti del Senato e della Camera cileni hanno presentato il documento “Acuerdo por Chile”. In tale documento, le forze politiche che lo hanno sottoscritto al termine di un percorso di dialoghi costituenti hanno condiviso l'obiettivo di riattivare ciò che nel testo dell'Accordo viene esplicitamente definito come processo costituente.

Analogamente a quanto avvenuto come risposta agli *estallidos sociales* che hanno provocato l'avvio di un percorso costituente nel 2019, anche in questo caso la ripresa di tale percorso, successivamente al prevalere del *rechazo* nel plebiscito avente ad oggetto il testo di Nuova Costituzione presentato dalla *Convención*, è passato attraverso un canale prettamente politico-istituzionale. Ulteriore elemento che rispecchia il *modus operandi* della prima fase costituente è rappresentato dal fatto che anche l'Accordo di dicembre 2022 ha determinato in modo esplicito un cronoprogramma che identifica anche temporalmente le varie tappe del processo, prevedendone la conclusione entro la fine del 2023<sup>4</sup>.

Se, dal punto di vista formale e procedurale, le due fasi esprimono elementi comuni, è possibile identificare anche aspetti di discontinuità, i quali riguardano in particolare i limiti che gli organi costituenti dovranno rispettare – o, altrimenti detto, gli elementi dei quali dovranno garantire la presenza – all'interno del processo politico di redazione del

<sup>2</sup> Nella dottrina italiana, per un commento R. IANNACONE, *Cronache di una morte annunciata? L'eredità del processo costituente cileno*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, 2, 2022, 1-20.

<sup>3</sup> Per un'analisi critica del processo costituente, svolta prima del Plebiscito di chiusura, G. GÓMEZ BERNALES, *Revisión y crítica al proceso constitucional chileno*, in *Cuadernos anual Giménez Abad*, 23, 2022, 106-136; I. ZEGARRA LLANOS, *Comentarios y análisis sobre el proceso constituyente en Chile. Entrevista a la profesora Marisol Peña Torres*, in *Derecho & Sociedad*, 58, 2022, 1-15.

<sup>4</sup> Successivamente la scansione temporale del processo è stata costituzionalizzata dalla *Ley 21.533, de modifica de la Constitución política de la República con el objeto de establecer un procedimiento para la elaboración y aprobación de una nueva constitución política de la República*, 17 gennaio 2023.

testo della Nuova Costituzione, oltre che l'individuazione degli organismi che prenderanno parte a tale processo. Alla luce di tali caratteristiche, appare opportuno soffermarsi sull'analisi – per quanto inevitabilmente preliminare – dei caratteri di continuità e di discontinuità che caratterizzano (o potranno caratterizzare) le due fasi costituenti che si stanno susseguendo all'interno dell'ordinamento e della società cileni, anche al fine di tentarne una collocazione rispetto ai possibili diversi approcci – o modelli – di teoria costituzionale nei quali possono essere rispettivamente sussunti. In tale ultima prospettiva, al termine di tale sintetica indagine, ci si riferirà alla dottrina del *neoconstitucionalismo*<sup>5</sup>, il quale verrà utilizzato quale parametro al fine di identificare i possibili aspetti connotativi di tale rinnovato momento costituente.

## *2. Le due fasi costituenti, tra continuità e discontinuità: partecipazione popolare, rappresentazione sociale, rigidità costituzionale*

In termini generali, o di teoria generale del costituzionalismo, il rilievo riconosciuto, non solo a livello fattuale – per esempio, come causa scatenante del successivo processo politico-istituzionale – ma anche giuridico alla partecipazione popolare può rappresentare indiscutibilmente un fattore qualificante un processo costituente. Da questo punto di vista, la “prima” fase costituente è stata fin dalla sua configurazione originaria concepita come altamente partecipato<sup>6</sup>, dal momento che le scelte relative tanto all'*an* dell'avvio del processo costituente (attraverso la risposta al quesito «Quiere (...) una Nueva Constitucìon»), quanto al *quomodo* di quest'ultimo<sup>7</sup> sono state riservate alla consultazione popolare diretta attraverso la convocazione di un Plebiscito nazionale<sup>8</sup>.

---

<sup>5</sup> V. CELIS ZORONDO, N. VIDELA CANESSA, *El constitucionalismo latinoamericano como fuente para el proceso constituyente chileno*, in *Revista de Ciencias Sociales*, 79, 2021, 187-225.

<sup>6</sup> Sottolinea la centralità della partecipazione popolare come chiave di lettura dell'intero processo costituente N. VIZIOLI, *Da un plebiscito all'altro. La parabola partecipativa del procedimento costituente cileno*, in *DPCE Online*, 2, 2022, 1209-1226.

<sup>7</sup> Attraverso la scelta tra una Convencìon Mixta Constitucional, «integrada en partes iguales por miembros elegidos popularmente y parlamentarios o parlamentarias en ejer-

In termini di legittimazione sociale delle decisioni assunte in sede deliberativa, occorre inoltre richiamare il fatto che la composizione della *Convención* ha espresso la volontà di rappresentare la pluralità della società attraverso l'imposizione di una composizione paritaria di genere e la garanzia di una rappresentanza per i popoli indigeni, elemento – quest'ultimo – che ha trovato un riflesso istituzionale e simbolico nella elezione a Presidente dell'organo di Elisa Loncón Antileo, appartenente al popolo indigeno mapuche<sup>9</sup>.

Queste misure hanno senza dubbio rappresentato uno sforzo, non solo simbolico ma anche effettivo, di riflettere nell'organo costituente la composizione plurale della società cilena, tentando di aumentare il livello di legittimazione sociale dell'organismo e, di conseguenza, del testo che ne è risultato. Come richiamato in altra sede<sup>10</sup>, le caratteristiche del processo hanno espresso le due condizioni individuate da Bassa per poter qualificare come democratica e legittima la manifestazione del potere costituente: il carattere rappresentativo, in grado di riflettere il pluralismo politico e sociale della comunità, dell'organo che redige il progetto di Costituzione e l'approvazione maggioritaria della comunità politica, attraverso forme di partecipazione elettorale diretta<sup>11</sup>. Proprio su questo secondo carattere la prima fase costituente si è, forse solo momentaneamente, infranta nel settembre 2022.

---

cicio», e una «Convención Constitucional», che sarebbe «integrada exclusivamente por miembros elegidos popularmente».

<sup>8</sup> Il 26 ottobre 2020 è stato indetto il Plebiscito nazionale. Gli elettori hanno votato inequivocabilmente a favore di una Nuova Costituzione politica (78,27% dei votanti) e hanno scelto di delegare questo compito a una Convenzione costituzionale, che sarà quindi composta esclusivamente da membri eletti direttamente (78,99%). Per un commento, M. OLIVETTI, *Il plebiscito del 25 ottobre 2020, prima tappa del processo costituente cileno*, in *DPCE Online*, 1, 2021, 811-820.

<sup>9</sup> Su tale aspetto, E. BUONO, “*Chile, la alegría ya viene?*”: *la Ley de escaños reservados para pueblos originarios e la composición “plurinacional” della Convenzione costituente cilena*, in *DPCE Online*, 1, 2021, 863-886.

<sup>10</sup> Sia consentito il rinvio a S. PENASA, *Una nueva idea de Constitución para una nueva Constitución: Reflexiones desde la mirada italiana*, in C. CABEZAS, E. CORN (coord.), *Derecho penal y nueva Constitución*, Lunes a Viernes, 2021, 1-32.

<sup>11</sup> J. BASSA MERCADO, *Notas para una teoría democrática del poder constituyente*, in *Nomos*, 1, 2008, 28.

Il rinnovato momento costituente, inaugurato nel dicembre 2022, non ha rinunciato, quantomeno in riferimento alla caratterizzazione popolare del processo, a individuare nella partecipazione democratica e diretta del popolo alla definizione della Nuova Costituzione uno dei suoi elementi connotativi. Infatti, nell'Accordo si prevede l'indizione di un referendum "di uscita" nel dicembre 2023, al fine di sottoporre il progetto di Costituzione al vaglio della volontà popolare tramite «Plebiscito ratificatorio» (e voto obbligatorio). Anche dal punto di vista della rappresentatività sociale dell'organo costituente, che assumerà la denominazione di *Consejo Constitucional*, si ribadiscono il principio della parità della rappresentanza dei generi e della rappresentanza garantita ai popoli indigeni, anche se – significativamente – attraverso lo strumento di seggi «*indígenas supranumerarios*», che verranno attribuiti alla luce della percentuale di voto effettivamente raggiunta in occasione delle elezioni.

Il carattere della elevata partecipazione popolare e della natura *reflective* del processo costituente rappresenta uno dei fattori connotativi del c.d. *nuevo constitucionalismo* latinoamericano<sup>12</sup>, attraverso il quale trova espressione «l'anima politica» delle Costituzioni riconducibili a tale filone del costituzionalismo. In tale prospettiva, che esprime anche una volontà rivendicativa di affermazione e riconoscimento sociale e giuridico di gruppi sociali tradizionalmente esclusi o comunque marginali, «il momento costituente diviene momento di rivendicazione politica, di emersione (...)» e a ciò risultano funzionali «(...) la garanzia di un processo partecipato, la costruzione di una legittimazione dal basso, la salvaguardia del potere costituente inteso nella sua complessità, come attività che plasma il corpo politico e la sua fisionomia»<sup>13</sup>.

Senza pretesa di voler forzare concettualmente dottrine e teorie costituzionalistiche che esprimono una indiscutibile originalità culturale e giuridica<sup>14</sup>, tale concezione sembra evocare l'idea di Costituzione come norma costitutiva e come «forma di convivenza» che deve essere distin-

---

<sup>12</sup> Per un inquadramento, nella dottrina italiana, A. MASTROMARINO, *Il nuevo constitucionalismo latinoamericano: una lettura in prospettiva*, in *DPCE Online*, 2, 2020, 317-362. *op. cit.*

<sup>13</sup> A. MASTROMARINO, *op. cit.*, 329.

<sup>14</sup> A. MASTROMARINO, *op. cit.*, 332 ss.

ta (e prevalere sulla) dalla «forma di forza» che caratterizza il diritto legislativo<sup>15</sup>. Dalla identificazione della Costituzione come forma di convivenza deriva un'ulteriore caratteristica della stessa: la sua natura inclusiva in senso politico e sociale<sup>16</sup>.

La Costituzione, in questa prospettiva, costruisce «lo spazio dell'inclusione politica e sociale»<sup>17</sup> e allo stesso tempo definisce il perimetro concreto della sfera entro cui la pluralità sociale e politica può legittimamente manifestarsi. La forza di una Costituzione, quindi, si misura anche dalla sua capacità di metabolizzare la più ampia pluralità sociale, culturale e ideologica, senza compromettere i propri principi fondanti. In questo senso, è stata individuata una dimensione sostanziale di rigidità costituzionale, che costituirebbe un vero e proprio tratto distintivo tra le costituzioni flessibili del XIX secolo e le costituzioni della seconda metà del XX secolo<sup>18</sup>.

Questo non sarebbe identificabile solo e principalmente nella capacità formale di resistere a modifiche non conformi a una speciale procedura di revisione codificata dalla Costituzione stessa, ma per il carico valoriale e conformativo della struttura sociale e del rapporto tra pluralità sociale e istituzioni pubbliche rappresentative. Secondo tale concezione, il carattere connotativo delle Costituzioni contemporanee va individuato nel «posizionamento del conflitto sociale rispetto alla Costituzione e alle sue istituzioni»<sup>19</sup>. La forza di resistenza – e di sviluppo costante – di una Costituzione consiste nella sua apertura e capacità di metabolizzare molteplici espressioni sociali, anche quando queste risultino in conflitto con le dinamiche istituzionali e politiche definite dalla maggioranza. L'integrazione del conflitto sociale all'interno – e non la sua esclusione attraverso la forza istituzionalizzata di cui la legge del Parlamento è stata posta come massima, assoluta e unica espressione – delle istituzioni costituzionali rappresenta quindi il tratto distintivo di una costituzione rigida anche in senso sostanziale: la volontà e la forma

---

<sup>15</sup> G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008, 22.

<sup>16</sup> G. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, 135.

<sup>17</sup> G. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, *ibidem*.

<sup>18</sup> R. BIN, *Che cos'è la Costituzione?*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 2007, 12 ss.

<sup>19</sup> R. BIN, *op. cit.*, 16.



di convivenza<sup>20</sup>, che si esprime attraverso l'apertura agli "altri", agli "esclusi" dalle istituzioni rappresentative, dai diritti e dalle procedure costituzionalmente garantite<sup>21</sup>.

Pertanto, la rigidità di una Costituzione, che coincide con la capacità di imporsi come forma di convivenza alla legge come forma di forza, non deriverebbe solo dal suo testo e dai suoi contenuti specifici: il suo carattere superiore, direttamente applicabile e inderogabile, dipenderebbe necessariamente dalla legittimazione sociale, dalla credibilità che l'opinione pubblica le attribuisce<sup>22</sup>. In tale prospettiva, quindi, attraverso l'adesione a tale concezione anche sostanziale della rigidità costituzionale, si produce l'effetto di un definitivo superamento di una concezione monodimensionale ed escludente dei valori costituzionali<sup>23</sup>.

Se si adotta tale prospettiva ideologica, l'immagine della "pagina bianca" (*hoja en blanco*), utilizzata per identificare il carattere realmente rifondativo e originario di una Costituzione "nuova", che fosse l'esito non di una semplice riforma costituzionale ma di un vero e proprio momento costituente, risulta particolarmente efficace. Il principio della "pagina bianca" può essere pertanto interpretato non solo in senso formale, riferendosi alla possibilità di definire *ex novo* i contenuti e la struttura del nuovo testo costituzionale, ma anche in senso sostanziale, rappresentando questa immagine l'idea – la volontà – di partire da una rinnovata – autentica – base democratica e partecipativa che garantisca a tale processo una legittimazione popolare originale e realmente costituente.

### 2.1. Dalla "hoja en blanco" alle "bases institucionales y fundamentales": limiti al potere costituente o principi costituzionali inviolabili?

Nella misura in cui venga interpretato in senso fondativo, il riferimento al principio della "pagina bianca" può consentire di metabolizzare la previsione, nella Costituzione vigente, di limiti di contenuto alla

---

<sup>20</sup> G. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, 22.

<sup>21</sup> R. BIN, *op. cit.*, 16.

<sup>22</sup> R. BIN, *op. cit.*, 18.

<sup>23</sup> R. BIN, *op. cit.*, 19.

Nuova Costituzione<sup>24</sup>. Durante la prima fase costituente, il testo della Costituzione vigente (1980) è stato riformato al fine di costituzionalizzare il procedimento per elaborare una nuova Costituzione politica della Repubblica<sup>25</sup>. All'interno della riforma costituzionale, l'art. 135 della Costituzione vigente ha individuato una serie di principi fondamentali che sarebbero risultati indisponibili e inviolabili nella redazione del testo della Nuova Costituzione e che, quindi, si ponevano come veri e propri limiti per il potere costituente che avrebbe esercitato la Convenzione eletta. Questi ultimi erano stati individuati nella forma repubblicana, nel regime democratico della forma di stato, nelle sentenze passate in giudicato e nei trattati internazionali ratificati dal Cile<sup>26</sup>.

La formalizzazione a livello costituzionale di limiti espliciti, che sono destinati a orientare l'esercizio concreto delle funzioni dell'organo costituente, rappresenta un elemento di continuità tra le due fasi, in quanto anche nell'Accordo del dicembre 2022<sup>27</sup> si prevede un elenco di «bases constitucionales», istituzionali e fondamentali, che sono esplicitamente individuati come elementi necessari della Nuova Costituzione, i quali – cioè – dovranno trovare spazio all'interno del progetto costituzionale<sup>28</sup>. In particolare, l'art. 154 della Costituzione vigente, introdotto dalla richiamata *Ley* 21.533, prevede che la proposta di nuova Costituzione che verrà sottoposta a referendum confermativo dovrà contenere, almeno, le seguenti «bases institucionales y fundamentales»:

---

<sup>24</sup> Peralto, tale scelta sembra inserirsi nel solco di quella tendenza a una più o meno forte giuridicizzazione o razionalizzazione del potere costituente, che caratterizza il costituzionalismo contemporaneo (*ex plurimis*, G. MORBIDELLI, M. VOLPI, G. CERRINA FERRONI, *Diritto costituzionale comparato*, Torino, 2020, 72-73).

<sup>25</sup> *Ley* n. 21.200 de 24 dicembre de 2019 (*Modifica el Capítulo XV de la Constitución política de la República*).

<sup>26</sup> Analizzano il concetto di “hoja en blanco”, S. RAGONE, J.I. NÚÑEZ LEIVA, *Algunas coordinadas esenciales sobre la Convención Constitucional*, in *DPCE Online*, in particolare 848 ss.

<sup>27</sup> Nonchè nella *Ley* 21.533, *de modifica de la Constitución política de la República con el objeto de establecer un procedimiento para la elaboración y aprobación de una nueva constitución política de la República*, 17 gennaio 2023.

<sup>28</sup> Nell'Accordo ci si riferisce a tali «bases» in termini di «consensos mínimos en la redacción de ella».

- la forma repubblicana e democratica dello Stato e il principio di sovranità popolare
- i principi di unità e decentramento dello Stato
- la dignità della persona umana e i diritti umani riconosciuti dai trattati internazionali vigenti, che siano stati ratificati dallo Stato
- il principio secondo cui il terrorismo, in ogni sua forma, risulta sempre contrario ai diritti umani
- il riconoscimento costituzionale dei popoli indigeni come parte della nazione cilena, che è una e indivisibile, nonché il principio di tutela e promozione dei diritti e delle culture dei medesimi
- la natura di Stato sociale e democratico di diritto, la cui finalità è di promuovere il bene comune e che riconosce i diritti e le libertà fondamentali, promuove il progressivo sviluppo dei diritti sociali, nel rispetto del principio della responsabilità fiscale e attraverso istituzioni statali e private. istituzioni private
- il principio della separazione e indipendenza tra poteri dello stato, che vengono espressamente identificati nel potere esecutivo, con un capo del governo con iniziativa esclusiva nella presentazione di disegni di legge che incidano direttamente sulla spesa pubblica; nel potere giudiziario, caratterizzato dalla unità della giurisdizione e dal pieno rispetto delle sentenze definitive ed esecutive; nel potere legislativo bicamerale, composto da un Senato e da una Camera dei Deputati e dei Rappresentanti, fatti salvi i loro poteri e competenze particolari
- l'individuazione di una serie di diritti e libertà fondamentali che lo Stato protegge e garantisce, tra i quali sono espressamente richiamati il diritto alla vita, l'uguaglianza davanti alla legge, il diritto alla proprietà nelle sue varie manifestazioni, la libertà di coscienza e di culto, l'interesse superiore dei bambini e degli adolescenti, la libertà di educazione e il diritto e il dovere preferenziale delle famiglie di scegliere l'educazione dei propri figli
- il principio del dovere di prendersi cura e conservare la natura e la sua biodiversità.

Si tratta di principi che, in prospettiva, potranno essere qualificati in sede di redazione della Nuova Costituzione come “principi fondamentali”, potendo acquisire eventualmente una particolare forza di resisten-

za anche nei confronti di eventuali revisioni costituzionali future, in quanto principi identificativi e connotativi dell'impianto politico-assiologico dell'ordinamento costituzionale. Mutuando l'espressione utilizzata dalla Corte costituzionale italiana, si tratterebbe di un nucleo di «principi supremi che non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali», in quanto appartenenti all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione (sent. n. 1146/1988). Da questo punto di vista, le «bases constitucionales» richiamate *supra* sono destinate a trovare spazio nella proposta di Nuova Costituzione che verrà sottoposta a referendum popolare nel novembre 2023, potendo evidentemente trovare, nei vari ambiti che tradizionalmente caratterizzano la struttura di una Costituzione, declinazioni e concretizzazioni la cui effettiva definizione è rimessa al confronto e al dibattito all'interno e tra gli organi che parteciperanno alla seconda fase costituente.

Occorre in tal senso richiamare il fatto che la Proposta presentata al popolo cileno in occasione del referendum del settembre 2022 si apriva con l'affermazione di una precisa connotazione ideologica, dal momento che si qualificava il Cile come «Estado social y democrático de derecho», oltre che «plurinacional, intercultural, regional y ecológico». Si definiva la Repubblica come «solidaria», «inclusiva» e «paritaria», riconoscendo la dignità, la libertà, l'uguaglianza sostanziale degli esseri umani, nonché la relazione di questi ultimi con la natura, come «valores intrínsecos e irrenunciables» (art. 1)<sup>29</sup>.

Dal punto di vista del principio di unità nazionale, la Proposta richiamava il concetto di unità e indivisibilità del territorio, del quale viene valorizzata la diversità geografica, naturale, storica e culturale (art. 3). La presenza storica di popoli indigeni trovava copertura costituzionale nel testo della Proposta attraverso il riconoscimento della «coesistenza di diversi popoli e nazioni nel quadro dell'unità dello Stato», richiamando formalmente il dovere dello Stato di rispettare, promuovere, proteggere e garantire l'esercizio della libera determinazione, diritti collettivi e individuali dei quali sono titolari tali popoli e nazioni

---

<sup>29</sup> Per un'analisi complessiva, *ex plurimis*, A. OVALLE et al., *Análisis de la propuesta de Nueva Constitución a la luz de principios del constitucionalismo*, in *Revista Chilena de Derecho*, 2, 2022, V-XXXIII.

indigeni e la loro effettiva partecipazione nell'esercizio e distribuzione del potere (art. 5). Nell'ottica di una piena valorizzazione della natura plurinazionale dello Stato, si affermava la natura plurilingue del medesimo, attribuendo alle lingue indigene lo status di lingua ufficiale, all'interno dei rispettivi territori e nelle aree ad alta densità di popolazione di ogni popolo e nazione indigena (art. 12).

In tale prospettiva, si affermava il principio del rispetto dell'unità e integrità dello Stato, che risulta costituito da entità territoriali autonome e territori speciali, in un contesto di equità e solidarietà (art. 7). Anche la tutela e promozione della natura ha trovato ampio riconoscimento nella Proposta, nella quale tra i principi generali e fondamentali è ricompreso anche quello di interdipendenza delle persone con la natura (con la quale formano un insieme inscindibile) e di «buen vivir» (inteso quale «relación de equilibrio armónico entre las personas, la naturaleza y la organización de la sociedad»)<sup>30</sup>.

### *3. Una discontinuità istituzionale e procedimentale? La natura e le funzioni degli organi costituenti*

Proseguendo lungo il filo della continuità e discontinuità tra le due fasi costituenti, appare opportuno soffermarsi sulle caratteristiche procedurali e istituzionali dei rispettivi processi decisionali. Nella prospettiva della continuità si pone l'attuazione del principio della parità di genere della composizione degli organi costituenti, rispetto ai quali si garantisce una composizione paritaria in termini di rappresentanza maschile e femminile<sup>31</sup>. Limitatamente alla composizione del *Consejo Constitucional*, si prevede che «(...) el Consejo Constitucional podrá estar integrado, además, por uno o más miembros de los pueblos originarios reconocidos en la ley N° 19.253, que establece normas sobre

---

<sup>30</sup> Art. 8, Proposta di Costituzione. Sul concetto di “buen vivir”, nella dottrina italiana, S. BALDIN, *Il «buen vivir» nel costituzionalismo andino. Profili comparativi*, Torino, 2019; S. BAGNI (a cura di), *Dallo stato del bienestar allo stato del buen vivir. Innovazione e tradizione nel costituzionalismo latino-americano*, Bologna, 2013.

<sup>31</sup> Art. 144 Cost. per il *Consejo Constitucional*; art. 145 Cost. per la *Comisión Experta*; art. 146 Cost. per il *Comité Técnico de Admisibilidad*.

protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, vigente a la fecha de publicación de la presente reforma», lasciando in tal senso alla disciplina attuativa la definizione concreta delle modalità di attuazione di tale principio. Occorre peraltro notare come, da un punto di vista formale, l'utilizzo del verbo «podrá», in riferimento alla integrazione di rappresentanti dei popoli indigeni, sembra declinare in termini meramente eventuali – e certamente non obbligatori – la scelta di caratterizzare in tal senso la composizione dell'organo chiamato a redigere il testo della Nuova Costituzione.

Si è in precedenza sottolineato come entrambe le iniziative costituenti si reggano su un preventivo accordo politico e una conseguente revisione costituzionale, finalizzata a incorporare nel testo della Costituzione vigente la disciplina relativa ai rispettivi procedimenti costituzionali. Tuttavia, le caratteristiche concrete dei rispettivi processi, alla luce degli organi istituiti e delle funzioni attribuite a questi ultimi, sembrano presentare rilevanti elementi di discontinuità. Tale esito rappresenta probabilmente una conseguenza di una sorta di bilancio dell'esito del referendum confermativo avente ad oggetto la proposta di Costituzione redatta dalla *Convención*<sup>32</sup>: a fronte di tale – negativo – esito, probabilmente le istituzioni rappresentative cilene hanno ritenuto opportuno tracciare un percorso costituzionale diverso, attraverso il quale «costruire con le forze politiche e la società civile un nuovo percorso costituente, che sia in grado di far tesoro dell'esperienza della Convenzione, per produrre un testo capace di agglutinare il consenso della maggioranza dei cileni»<sup>33</sup>.

Dal punto di vista dei caratteri del processo e della natura degli organi istituiti al suo interno, è possibile affermare che la centralità della partecipazione popolare a ogni fase del medesimo è stata – a partire dall'Accordo del dicembre 2022 – razionalizzata, subendo, per un ver-

---

<sup>32</sup> Per un commento sull'esito del plebiscito di settembre 2022, T. GROPPI, *Il Cile da un "plebiscito" all'altro. Il rechazo del nuovo testo costituzionale nel referendum del 4 settembre 2022, visto dall'Italia*, in *Federalismi.it*, 23, 2022, iv-xiii.

<sup>33</sup> S. BAGNI, «Era un gioco, non era un fuoco». *Una lettura del processo costituente cileno alla luce del risultato del plebiscito del 4 settembre 2022*, in *DPCE Online*, 4, 2022, 1805.

so, una riduzione in termini di coinvolgimento diretto, e, per altro verso, una integrazione da parte di ulteriori istanze di natura tecnico-specialistica. Da un lato, infatti, la scelta di proseguire il percorso costituente, così come quella di pronunciarsi sulla natura e i caratteri degli organi istituiti a tal fine, non viene rimessa alla volontà popolare diretta, dal momento che non si prevede l'indizione – come avvenuto in precedenza – di un referendum (*Plebiscito Nacional*) avente ad oggetto l'an e il *quomodo* di tale processo. Al contrario, la determinazione delle caratteristiche del processo, nonché dell'architettura istituzionale che lo dovrà sviluppare, è avvenuta in sede esclusivamente politica, attraverso l'Accordo già citato e la successiva *Ley* di revisione costituzionale n. 21.533.

Gli organi istituiti dalla *Ley* appena citata sono tre, in quanto – e a differenza di quanto avvenuto in occasione dei lavori della *Convención* – all'organo che è legittimato a discutere e approvare una proposta di testo di nuova Costituzione – denominato *Consejo Constitucional*, composto da 50 membri a elezione diretta, composizione paritaria ed eventualmente integrata da una rappresentanza dei popoli indigeni (art. 144 Cost.) – si affiancheranno altri due organi, in tal modo distinguendosi dal primo tentativo costituente, nel quale non si prevedevano organi ulteriori rispetto alla *Convención Constitucional*, vero e proprio organo costituente esclusivo e originario in tale fase.

L'istituzione di organi ulteriori rispetto a quello al quale viene attribuita la funzione di redigere il testo della nuova Costituzione rappresenta indiscutibilmente uno degli aspetti più originali e innovativi del secondo tentativo costituente cileno; tali caratteri risultano ancor più evidenti se si analizzano le funzioni che saranno chiamati a svolgere i diversi organi che integreranno il *Consejo* all'interno del processo: la *Comisión Experta* (art. 145 Cost.) e il *Comité Técnico de Admisibilidad* (art. 146 Cost.).

La *Comisión Experta*, anche da un punto di vista comparato, rappresenta una sorta di *unicum*, in quanto è chiamata a discutere e approvare – per un periodo di tre mesi a partire da marzo 2023 – un *anteproyecto* di proposta di nuova Costituzione e a proporlo al *Consejo Constitucional*. Merita di essere evidenziata la costituzionalizzazione di tale organo (la *Comisión*), che quindi deve essere considerato non come mero orga-

no ausiliario del *Consejo*, a istituzione eventuale all'interno o a integrazione del procedimento decisionale che andrà a svolgere quest'ultimo, ma come vera e propria sede e fase procedimentale autonoma e indipendente all'interno del complessivo processo costituente.

È inoltre opportuno sottolineare la derivazione politica della *Comisión Experta*, dal momento che si prevede che i suoi membri, individuati nel numero di ventiquattro e a composizione paritaria in termini di genere, vengano eletti da Camera e Senato, in modo equilibrato (dodici membri per ramo parlamentare) e in modo di rispecchiare proporzionalmente l'attuale composizione dei medesimi (art. 145 Cost. vigente). Per quanto riguarda i requisiti di eleggibilità, si prevede il possesso di una laurea o titolo accademico di almeno otto semestri e di almeno dieci anni di esperienza professionale, tecnica e/o accademica, nel settore pubblico o privato. Nell'Accordo di dicembre 2022, in riferimento al ruolo della *Comisión*, si chiarisce che il progetto/bozza preliminare dovrà servire come «base para la discusión y redacción del nuevo texto constitucional, al estilo de una idea matriz del mismo».

Inoltre, probabilmente al fine di assicurare un canale di dialogo e confronto tra i due organi, l'art. 145 Cost. prevede che i componenti della *Comisión Experta* andranno a integrare la composizione del *Consejo Constitucional*, con diritto di parola durante la discussione, ma non di voto all'interno del medesimo *Consejo*. Quale ulteriore elemento di coordinamento, che peraltro conferma la natura pienamente costituzionale e centrale della *Comisión Experta*, la nuova Costituzione, una volta approvata dal *Consejo*, sarà oggetto di un «informe» da parte della *Comisión*, la quale potrà formulare osservazioni al fine di migliorarne il testo.

Le proposte contenute in tale relazione dovranno essere trasmesse al *Consejo*, il quale si pronuncerà tramite voto su ciascuna di esse, potendole approvare o rigettare (in tale fase è previsto un quorum dei 3/5 dei membri del *Consejo*). Nell'ottica di raggiungere soluzioni più condivise possibili, le proposte respinte dal *Consejo* saranno oggetto di una ulteriore fase «conciliativa», all'interno del quale una commissione mista, composta da sei membri del *Consejo* e sei della *Comisión Experta*, le analizzerà e potrà proporre una versione alternativa, che dovrà essere votata a maggioranza dei 3/5 della commissione e successivamente ap-



provato in seno al *Consejo Constitucional* (con la medesima maggioranza). Nel caso in cui la commissione mista non raggiunga un accordo entro il termine di cinque giorni, la *Comisión Experta*, entro tre giorni e a maggioranza dei 3/5, dovrà presentare una nuova proposta al *Consejo Constitucional*, il quale si pronuncerà anch'esso a maggioranza dei 3/5.

Le funzioni attribuite al terzo organo istituito dalla *Ley 21.533* – il *Comité Técnico de Admisibilidad* (art. 155 Cost.) – possono essere qualificate come di controllo e garanzia della compatibilità delle proposte adottate durante il processo costituente, tanto in seno al *Consejo Constitucional* quanto alla *Comisión Experta*, con le «bases constitucionales y fundamentales», le quali sono state – come anticipato – tipizzate nell'art. 154 Cost. Dal punto di vista della composizione, il *Comité* sarà costituito da quattordici membri, eletti dalla Camera dei Deputati nel rispetto del principio di parità di genere, successivamente confermati dal Senato (art. 146 Cost.) e selezionati tra quanti siano in possesso del titolo di avvocato (con almeno dodici anni di esperienza nel settore pubblico o privato) e di una eccellente carriera giudiziaria, professionale o accademica.

Il *Comité* non si potrà pronunciare *ex officio*, ma esclusivamente a seguito di un ricorso presentato da almeno 1/5 dei membri del *Consejo Constitucional* o 2/5 della *Comisión Experta*. Tentando di sussumere la natura della funzione attribuita al *Comité* all'interno di quelle tipiche del costituzionalismo, si potrebbe qualificare tale organo come un organo di controllo di costituzionalità sui generis: è infatti chiamato a garantire il rispetto di quelli che si pongono quali veri e propri limiti espliciti al potere costituente del *Consejo Constitucional* – i principi fondamentali predeterminati dalla Costituzione vigente (art. 154 Cost.) – oltre che a quello di proposta della *Comisión Experta*; deve giudicare tale compatibilità – legittimità – delle disposizioni costituzionali proposte dai due organi richiamati *supra* applicando esclusivamente e direttamente le «bases constitucionales y fundamentales», che si pongono quindi come parametri di costituzionalità all'interno di tale scrutinio; può dichiarare esclusivamente la corrispondenza o la contraddizione della norma censurata con tali principi fondamentali, non potendo – quindi – proporre una diversa versione della medesima; nel caso in cui venga accertata l'incompatibilità, la disposizione oggetto di scrutinio

non potrà essere proposta; infine, le decisioni assunte non potranno essere oggetto di ricorso di fronte ad alcuna autorità giurisdizionale.

*4. La complessità del quadro istituzionale e delle procedure di approvazione quale garanzia della natura compromissoria e condivisa della Nuova Costituzione?*

Alla luce di tale sintetica analisi, l'architettura istituzionale che caratterizzerà il secondo tentativo costituente in Cile appare indubbiamente più complessa rispetto a quanto avvenuto in precedenza: una serie di organi, con funzioni rispettivamente di proposta (*Comisión Experta*), approvazione (*Consejo Constitucional*) e controllo (*Comité Técnico de Admisibilidad*), sono chiamati a interagire e integrare le rispettive prerogative, al fine di giungere a un testo di nuova Costituzione che risulti tecnicamente adeguato, politicamente e socialmente condiviso e costituzionalmente sostenibile. Va sottolineata in particolare l'opportunità di favorire, anche nella prospettiva del Plebiscito popolare confermativo che chiuderà tale fase costituente, scelte politiche condivise e inclusive, che esprimano una volontà compromissoria. Quest'ultimo carattere va inteso in senso positivo e fisiologico, come avvenuto nell'esperienza costituzionale italiana del secondo dopoguerra, avendo condotto a un testo – la Costituzione repubblicana del 1948 – che rappresenta «un “alto” compromesso fra parti che, pur muovendo da prospettive diverse, avevano molto in comune»<sup>34</sup>.

In tal senso, la previsione di maggioranze qualificate (3/5), in seno tanto al *Consejo Constitucional*, quanto alla *Comisión Experta*, potrebbe essere interpretata come una scelta funzionale a favorire scelte condivise da una porzione dell'organo superiore alla mera maggioranza politica che emergerà dalle elezioni. L'idea di mediazione<sup>35</sup> fa parte fisiologicamente di ogni momento costituente; infatti, come affermato in dottrina proprio in riferimento al “fallimento” del primo tentativo costituente, «un processo costituente (...) necessita tanto della parteci-

---

<sup>34</sup> L. CARLASSARE, *Nel segno della Costituzione. La nostra carta per il futuro*, Milano, 2012, 26.

<sup>35</sup> S. BAGNI, «*Era un gioco, non era un fuoco*», cit., 1801.

pazione e del consenso della maggioranza della società, quanto di una contrattazione politica tra gli attori della democrazia rappresentativa (...)»<sup>36</sup>.

In tale prospettiva, la scelta di prevedere una maggioranza qualificata dei 3/5 all'interno del processo di approvazione della nuova Costituzione<sup>37</sup> deve essere interpretata come espressione procedurale di un processo caratterizzato da un elevato livello di partecipazione democratica e di una volontà costituente di un cambiamento di paradigma costituzionale e sociale per l'ordinamento cileno, il quale non può che fondarsi – anche, utilitaristicamente, per evitare di infrangersi sugli scogli della consultazione popolare diretta come avvenuto nel settembre 2022 – su un compromesso “alto” tra le forze politiche rappresentate nel *Consejo Constitucional*, come in precedenza nella *Convención*<sup>38</sup>. Tale volontà sembra essere stata individuata anche almeno da una parte della dottrina giuridica cilena, la quale ha sottolineato – in riferimento alla prima fase costituente – come «el quórum de 2/3 acordado busca que la nueva Constitución sea el producto de grandes acuerdos (...) en la constituyente el quórum de 2/3 hace que la Constitución sea el producto de la voluntad de las grandes mayorías porque se parte de una hoja en blanco que no da ventaja a ningún sector político en particular»<sup>39</sup>.

Se si aderisce all'idea di Costituzione pluralista, basata sulla definizione consensuale e concordata di contenuti che siano caratterizzati dalla presenza di «accordi parzialmente teorizzati su un principio generale»<sup>40</sup>, i quali «agevolano la convergenza, riducono i costi dei disac-

---

<sup>36</sup> S. BAGNI, «*Era un gioco, non era un fuoco*», cit., *ibidem*.

<sup>37</sup> L'articolo 133 della Costituzione vigente, in riferimento ai lavori della *Convención Constitucional*, prevedeva un quorum dei 2/3.

<sup>38</sup> T. GROPPI, *Chile 2021: Una Constitución para el Siglo XXI*, in *DPCE Online*, 1, 2021, 805.

<sup>39</sup> Dichiarazione firmata da 262 professoressa e professori di diritto e scienza politica, 18 novembre 2019, '*El Acuerdo por la Paz Social y la Nueva Constitución*' no es una trampa (<https://www.ciperchile.cl/2019/11/18/el-acuerdo-por-la-paz-social-y-la-nueva-constitucion-no-es-una-trampa/>).

<sup>40</sup> C.R. SUNSTEIN, *A cosa servono le Costituzioni*, Bologna, 2001, in particolare 80 ss., il quale attraverso tale espressione veicola l'idea per la quale «le persone che accettano quel principio non devono necessariamente essere d'accordo su quello che esso comporta nei singoli casi» (*ivi*, 80).

cordi e portano a dimostrare umiltà e mutuo rispetto»<sup>41</sup>, «todo aquello sobre lo que no haya acuerdo, quedará fuera de la Constitución, entregado a la política democrática en la que gobiernan las mayorías democráticas que ahora podrán expresar la voluntad de la ciudadanía libre de los impedimentos que imponía la Constitución de 1980»<sup>42</sup>.

#### 4.1. *La sfida di una base costituzionale condivisa: la piena valorizzazione dell'idea di Costituzione pluralista (anche) attraverso l'organo di giustizia costituzionale*

In tale ottica, una base condivisa a livello sociale e politico, sulla quale identificare la concreta formula politica che dovrà caratterizzare la nuova Costituzione, può essere rappresentata dalla volontà di superare l'impostazione assiologica della Costituzione del 1980, la quale mirava, almeno secondo parte della dottrina cilena, a «hacer imposible que el proyecto de la dictadura fuera afectado por decisiones políticas democráticas, salvo cuando se trataba de reformas o modificaciones que fueran aprobadas por los herederos de la dictadura»<sup>43</sup>. In tal senso, in dottrina si è fatto riferimento all'immagine della presenza di chiavistelli (*cerrojos*)<sup>44</sup>, all'interno del testo costituzionale vigente, che ne qualificano la struttura ideologica originaria nel senso di assicurare che «con independencia de las manifestaciones políticas del pueblo, el proyecto político de la dictadura siga en pie»<sup>45</sup> e che si pongono in evidente contrasto con la natura inclusiva e plurale delle costituzioni del pluralismo.

---

<sup>41</sup> C.R. SUNSTEIN, *op. cit.*, 88.

<sup>42</sup> Dichiarazione firmata da 262 professoressa e professori di diritto e scienza politica, 18 novembre 2019, '*El Acuerdo por la Paz Social y la Nueva Constitución' no es una trampa*, cit.

<sup>43</sup> F. ATRIA, *La Constitución tramposa*, Santiago, 2013, 45.

<sup>44</sup> F. ATRIA, *op. cit.*, 55: secondo l'Autore citato, si potrebbe parlare di «nueva constitución» solo a seguito della «(...) eliminación de todo cerrojo (...) y su reemplazo por reglas que busquen habilitar al pueblo para actuar y no neutralizarlo», il che produrrebbe la sostituzione della Costituzione di Pinochet con una costituzione effettivamente democratica.

<sup>45</sup> F. ATRIA, *op. cit.*, 46.

È quindi opportuno giungere a un testo costituzionale – e quindi a un’idea di norma fondamentale – all’interno del quale i *rasgos claves*<sup>46</sup> del sistema non siano considerati “chiavistelli” da forzare per consentire il libero e plurale manifestarsi delle diverse istanze economiche, culturali, politiche e valoriali che emergono in modo progressivo e sempre rinnovato dalla società, ma piuttosto garanzie – il controllo di costituzionalità delle leggi, la procedura aggravata di revisione costituzionale, eventualmente la previsione di leggi organiche e costituzionali per dare attuazione ai contenuti e ai diritti costituzionali – che risultano funzionali ad assicurare la supremazia della Costituzione e la sua attuazione progressiva, in senso pluralista e inclusivo, da parte di tutti i poteri dello Stato.

In tale ottica, appare particolarmente interessante la sussunzione, proposta da parte della dottrina costituzionalistica cilena, del vigente *Tribunal Constitucional* cileno all’interno di quei meccanismi costituzionalizzati nel 1980, che risultano finalizzati a garantire una delle finalità fondanti la Costituzione del 1980, ovvero la neutralizzazione della volontà popolare<sup>47</sup>. Insieme ad altri elementi del sistema costituzionale originario, il *Tribunal Constitucional* è stato considerato non come un organo costituzionale che garantisce la «rigidez consociativa y democrática», ma come parte di «un sistema que quiere hacer pasar por “consenso” lo que no es otra cosa que una imposición forzada, sostenida en el tiempo por dispositivos diseñados para mantener el *statu quo*»<sup>48</sup>. In particolare, il *Tribunal* è stato criticato in quanto sarebbe venuto progressivamente a svolgere, mediante l’esercizio del potere di controllo preventivo delle leggi, una sostanziale funzione di blocco e di conservazione nei confronti di iniziative legislative che miravano a superare lo spirito originario della Costituzione del 1980<sup>49</sup>.

---

<sup>46</sup> C. HEISS, *Participación política y elaboración constitucional: el caso de Chile*, in *Derecho y Crítica Social*, 1, 2018, 126.

<sup>47</sup> C. HEISS BENDERSKY, *Soberanía popular y “Momento constituyente” en el debate sobre cambio constitucional en Chile*, in *Anales de la Universidad de Chile*, 10, 2016, 114.

<sup>48</sup> C. HEISS BENDERSKY, *op. cit.*

<sup>49</sup> B. ASTE LEIVA, *Estallido social en Chile: la persistencia de la Constitución neoliberal como problema*, in *DPCE Online*, 1, 2020, 14, definisce il *Tribunal* come «un

Alla luce di quanto affermato, quindi, il modo in cui questo organo sarà configurato e il posto che occuperà all'interno del nuovo sistema costituzionale potranno rappresentare una rilevante cartina di tornasole del tipo di formula politica con la quale gli organi costituenti, eventualmente con l'avallo del popolo attraverso il Plebiscito confermativo, vorranno caratterizzare il nuovo modello costituzionale. Da questo punto di vista, operando un'analisi retrospettiva del modello di giustizia costituzionale che era stato proposto nel testo di Costituzione sottoposto a referendum nel settembre 2022, alcuni elementi appaiono particolarmente interessanti.

Dal punto di vista formale, probabilmente al fine di segnare una netta discontinuità rispetto all'assetto vigente, l'organo di giustizia costituzionale ha assunto il *nomen* di *Corte Constitucional*, sostituendosi quindi all'attuale *Tribunal Constitucional*. Dal punto di vista sostanziale, tra i molti che sono stati sottolineati dai primi commenti, tre elementi risultano di particolare interesse ai fini del presente scritto.

In primo luogo, vengono enumerati, a differenza del testo vigente della Costituzione del 1980, una serie di principi fondamentali, che avrebbero dovuto ispirare l'esercizio delle funzioni previste nell'art. 381 della proposta di nuova Costituzione. L'art. 377 della Proposta qualificava infatti la Corte come «órgano autónomo, técnico y profesional», chiamato a garantire la supremazia della Costituzione nel rispetto dei principi di deferenza all'organo legislativo, presunzione di costituzionalità della legge e ricerca di una interpretazione conforme alla Costituzione (art. 377).

Il tentativo di costituzionalizzare una serie di criteri ermeneutici, destinati a orientare l'esercizio delle proprie funzioni nel senso del rispetto della discrezionalità legislativa e di economicità, appare di particolare rilievo, sia in termini comparati, sia tenuto conto delle critiche rispetto a possibili sconfinamenti in spazi riservati agli organi democratico-

---

órgano que en el contexto del ejercicio del control preventivo de constitucionalidad, se entromete en el proceso legislativo, actuando como tercera cámara, al decidir cuestiones que previamente han sido aprobadas por el órgano de deliberación democrática, pero requeridas por grupos de parlamentarios o por el Presidente de la República en aquellos casos en no se está de acuerdo con la aprobación que han hecho las cámaras acerca de un proyecto de ley».

rappresentativi da parte dell'attuale *Tribunal Constitucional*. Si tratta, evidentemente, di un confine labile – quello che caratterizza rispettivamente l'esercizio della funzione legislativa e di controllo di costituzionalità – rispetto al quale la formalizzazione a livello costituzionale dei principi richiamati *supra* può solo definire il perimetro metodologico e funzionale di tale relazione tra poteri, la quale risulta comunque soggetta a variabili normative, contestuali e istituzionali inevitabilmente destinate a caratterizzarla in senso dinamico, evolutivo e flessibile.

Nell'ottica del rapporto tra organo di giustizia costituzionale e organo legislativo, va richiamato anche il fatto che nella Proposta di nuova Costituzione si prevedeva la regola secondo la quale «La Corte Constitucional solo podrá acoger la inconstitucionalidad o la inaplicabilidad de un precepto cuando no sea posible interpretarlo de modo de evitar efectos inconstitucionales» (art. 382)<sup>50</sup>. Inoltre, veniva prevista la soppressione della funzione di controllo preventivo di costituzionalità delle leggi<sup>51</sup>; scelta, quest'ultima, che – secondo i primi commenti alla Proposta – avrebbe comportato un mutamento significativo rispetto al ruolo dell'attuale *Tribunal Constitucional*, coerentemente con il principio – costituzionalizzato *ex art. 377* – di deferenza all'organo legislativo e con le principali critiche che vengono rivolte al *Tribunal*, in particolare quella di operare in concreto come “terza camera” legislativa, in grado di interferire nel contenuto dei progetti di legge approvati dal Congresso, in mancanza di una corrispondente legittimazione democratica<sup>52</sup>.

---

<sup>50</sup> C. NASH, *Una nueva Constitución para Chile. Evaluación del borrador constitucional*, in *DPCE Online*, 2, 2022, 1202, rileva che «(...) lo que se busca en el nuevo diseño de la Justicia Constitucional, principalmente, es evitar que este órgano intervenga en el debate de las leyes y que su rol sea posterior y no coetáneo con el proceso político».

<sup>51</sup> Secondo il medesimo Autore, «este órgano contramayoritario tendrá atribuciones más acotadas que el Tribunal Constitucional», v. C. NASH, *op. cit.*

<sup>52</sup> Secondo il BOLETÍN DEL MONITOR CONSTITUCIONAL, *¿Quién cuidará la futura Constitución?*, 36, 11 aprile 2022, URL: <https://www.plataformaconstitucionalcep.cl/boletin/quien-cuidara-la-futura-constitucion/>, «El TC tiene hoy unacompetencia excesiva, que no se limita sólo a las cuestiones de forma o de distribución deámbitos de competencia entre la Presidencia de la República y el Congreso como colegisladores, sino que también de fondo, relativas al mérito sustantivo de los proyectos de ley».

In riferimento all'esperienza italiana, in particolare nell'ambito dei diritti, la Corte costituzionale ha spesso svolto un ruolo anticipatore o addirittura sostitutivo – per la dottrina critica verso un eccessivo protagonismo<sup>53</sup> della Corte stessa – dell'attività normativa del legislatore<sup>54</sup>. Nel processo di attuazione costituzionale, il dialogo tra la Corte e il Parlamento è stato una dei principali fattori di spinta verso l'effettivo riconoscimento giuridico delle istanze sociali, emergenti nei diversi ambiti della vita individuale e relazionale<sup>55</sup>. Questo dialogo si è concretizzato nella complessa ricerca di un equilibrio tra la pervasività del controllo operato dalla Corte costituzionale e la necessità di rispettare la discrezionalità politica del legislatore nel disciplinare le forme e le modalità concrete di esercizio dei diritti riconosciuti a livello costituzionale<sup>56</sup>.

La Corte costituzionale italiana tende a privilegiare una lettura rigorosa del primato della legittimità costituzionale sulla legalità legislativa, nella misura in cui l'esigenza di garantire il principio di costituzionalità richiede che lo scrutinio operato occupi lo spazio più ampio possibile dell'ordinamento giuridico, in modo che non vi siano ambiti automaticamente esclusi dal controllo di costituzionalità<sup>57</sup>.

In questo modo, la Corte costituzionale ha riconosciuto la propria competenza a esaminare, tra l'altro, la costituzionalità delle leggi elettorali e delle leggi in materia di diritti fondamentali. Ciò che risalta è che la Corte tende a estendere l'ambito di applicazione del suo potere di

---

<sup>53</sup> *Ex plurimis*, A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2019, 251-289.

<sup>54</sup> N. OCCHIOCUPO, *Costituzione e Corte costituzione. Percorsi di un rapporto "genetico" dinamico e indissolubile*, Milano, 2010, 110, che cita T. ASCARELLI, *Norma giuridica e realtà sociale*, in ID., *Problemi giuridici*, I, Milano, 1959, 69 ss., utilizza l'immagine della Corte costituzionale italiana come «ponte essenziale» tra il *corpus iuris* e le trasformazioni che caratterizzano costantemente la società.

<sup>55</sup> N. OCCHIOCUPO (a cura di), *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, Bologna, 1978.

<sup>56</sup> Recentemente, sul rapporto tra Corte costituzionale italiana e legislatore, A. RUGGERI, *Verso un assetto viepiù "sregolato" dei rapporti tra Corte costituzionale e legislatore?*, in *Dirittifondamentali.it*, 3, 2022, 406-428.

<sup>57</sup> *Ex plurimis*, Corte costituzionale, sentenze n. 387 del 1996, 1 del 2014 e 162 del 2014.



controllo con l'obiettivo di garantire uno strumento di tutela dei diritti fondamentali coinvolti e di evitare la creazione di "zone franche" nel sistema di giustizia costituzionale, proprio in ambiti strettamente connessi all'ordine democratico e alla tutela dei diritti<sup>58</sup>. Secondo la Corte, il contrario produrrebbe un *vulnus* intollerabile per l'ordine costituzionale nel suo complesso<sup>59</sup>. In applicazione di tale approccio, per esempio, la Corte ha riconosciuto l'illegittimità di una legge che negava in modo assoluto l'accesso alla donazione di gameti esterni alla coppia nel campo delle tecniche di riproduzione umana assistita<sup>60</sup>, nella misura in cui tale scelta politica finiva con il produrre una violazione ingiustificata della libertà fondamentale della coppia di fondare una famiglia con dei figli.

D'altra parte, la legge n. 87 del 1953 prescrive che il controllo di legittimità operato dalla Corte costituzionale italiana escluda qualsiasi valutazione di natura politica e qualsiasi controllo relativo all'uso del potere discrezionale del Parlamento<sup>61</sup>. I limiti volti a garantire uno spazio intangibile di autonomia e discrezionalità a favore del legislatore hanno portato la Corte a utilizzare un atteggiamento di *self-restraint* di fronte a questioni che esprimono un elevato grado di complessità politica o etico-sociale. In questi casi, la Corte tende a riconoscere la posizione privilegiata del legislatore nell'individuare il bilanciamento concreto tra i beni costituzionali rilevanti e afferma coerentemente che la Corte stessa non è legittimata a sostituire le proprie valutazioni a quelle del legislatore. Questo criterio porta la Corte ad adottare uno scrutinio debole di costituzionalità, limitato alla valutazione dell'eventuale manifesta irrazionalità o arbitrarietà del quadro legislativo. Una siffatta impostazione, espressione di una deferenza per il potere che esprime una

---

<sup>58</sup> Analizza l'evoluzione dell'utilizzo di questo concetto da parte della Corte costituzionale P. ZICCHITTO, *La Corte costituzionale di fronte alle "zone franche"*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 18 maggio 2018.

<sup>59</sup> Corte costituzionale, sent. n. 1/ 2014 (R. BIN, "Zone franche" e legittimazione della Corte, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1, 2014, 640-645).

<sup>60</sup> Legge n. 40 del 2004.

<sup>61</sup> Legge n. 87 del 1953 (Norme sulla costituzione e funzionamento della Corte costituzionale), art. 28. Cfr. C. DRIGO, *Le Corti costituzionali tra politica e legislatore*, Bologna, 2016, 427 ss.

legittimazione democratica e rappresentativa di cui la Corte risulta priva, può certamente provocare un rallentamento nel processo di progressiva espansione delle istanze sociali che possono trovare copertura a livello costituzionale, ma rappresenta un “costo” necessario per garantire un rapporto fisiologico tra i poteri, in una logica di *checks and balances*, di rispetto reciproco delle rispettive funzioni e di leale collaborazione.

### 5. Il “re-start” del processo costituente cileno: verso una “casa” costituzionale nuova

Quando queste brevi riflessioni andranno in stampa, il percorso costituente in Cile, in quello che è il suo tratto successivo al referendum che nel settembre del 2022 ha impedito l’entrata in vigore della nuova Costituzione adottata in seno della *Convención Constitucional*, sarà in pieno svolgimento, in quanto la sua conclusione coinciderà con l’indizione di un «plebiscito costituzionale» da indire a fine 2023 (l’art. 159 Cost. vigente ne fissa la data nel 17 dicembre 2023), rispetto al quale è sancita l’obbligatorietà del voto (art. 160 Cost. vigente).

Anche alla luce dell’esito del primo tentativo costituente, l’attenzione degli organi chiamati a prendere parte al processo in corso dovrà rivolgersi, in prima battuta, al metodo che caratterizzerà quest’ultimo, prima che sui contenuti puntuali che caratterizzeranno la proposta di nuova Costituzione. Chiudendo alcune riflessioni relative alla fase costituente conclusasi nel 2022, ci si era auspicati che il “prodotto” finale di tale sforzo – giuridico, politico, sociale e culturale – esprimesse e si fondasse sull’idea di compromesso, finalizzato a identificare un

«minimo comune denominatore» costituzionale, che è sostenuto dalla generale adesione attiva di tutti coloro che partecipano al compromesso e che costituisce la solida base per costruire una convivenza comune, capace di andare al di là dei rapporti di forza contingenti<sup>62</sup>.

---

<sup>62</sup> G. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, 144.

Tale auspicio non può che essere rinnovato, anche alla luce dell'esito negativo della precedente tornata referendaria. In tal senso, la formalizzazione a livello costituzionale di «bases institucionales y fundamentales» che la proposta di nuova Costituzione dovrà necessariamente contenere, secondo quanto previsto dall'art. 154 della Costituzione vigente, può essere interpretata come la volontà non tanto – o non solo – di vincolare o limitare l'ambito di esercizio del potere costituente attribuito al *Consejo Constitucional*, quanto piuttosto di individuare una base costituzionale comune, a partire dalla quale si svolgerà il confronto politico, sociale e culturale che caratterizzerà il processo costituente nel suo complesso. Dalla selezione delle «bases» effettuata prima a livello politico (attraverso l'Accordo di dicembre 2022) e poi giuridico (mediante la riforma costituzionale introdotta dalla *Ley 21.533*), sembra emergere una formula politica caratterizzata da elementi di rottura con l'impostazione della Costituzione del 1980<sup>63</sup>.

Si afferma infatti, in continuità con la proposta approvata in senso alla *Convención* nel 2022, la natura “sociale” dello Stato, la cui forma è individuata in quella repubblicana e la cui finalità è rappresentata dalla promozione del bene comune («bien común», art. 154.5 Cost.). Ciò pare esprimere la volontà di superare la tensione neoliberale che caratterizza la Costituzione vigente<sup>64</sup>, nel senso di una concezione dello Stato volta a valorizzarne la natura sociale, solidaristica e personalista<sup>65</sup>. Tale scelta si inserisce all'interno di un quadro di principi fondamentali,

---

<sup>63</sup> Sull'evoluzione costituzionale in Cile, a partire dalla Costituzione del 1980, si sofferma nella dottrina italiana E. AURELI, *Verso un momento costituente in Cile?*, in *Rivista AIC*, 4, 2020, 182-207.

<sup>64</sup> B. ASTE LEIVA, *op. cit.*, 11: sottolinea come tale paradigma non sia formalizzato esplicitamente nel testo della Costituzione del 1980, ma che tuttavia «si bien en la Constitución chilena no se consagra expresamente un modelo económico determinado, de su contenido se desprende un enfoque neoliberal que condiciona el tipo de relaciones económicas que se dan entre los particulares y entre estos y el Estado».

<sup>65</sup> Analizzano criticamente il modello “sussidiario” ricavabile dalla Costituzione del 1980, proponendo la formula dello Stato sociale e democratico come alternativa, C. VIERA ÁLVAREZ, M.J. CASTRO HERNÁNDEZ, F. VERA ABARZÚA, *El caso chileno: de la Constitución neoliberal a la Constitución social y democrática*, in *Hybris. Revista de Filosofía*, Numero speciale “Procesos constituyentes latinoamericanos”, 12, 2021, 91-133.

inderogabili in sede costituente e garantiti dalla funzione di controllo di compatibilità attribuita al *Comité Técnico de Admisibilidad*, all'interno dei quali si afferma in particolare il dovere di proteggere e garantire – tra gli altri – il diritto di proprietà nelle sue diverse manifestazioni, l'uguaglianza davanti alla legge e il diritto alla vita<sup>66</sup>; e si individua nel rispetto della dignità della persona umana e dei diritti umani riconosciuti a livello internazionale un limite formale alla sovranità, che viene attribuita al popolo.

Appare rilevante che anche principi quali il riconoscimento dei popoli indigeni come «parte della nazione cilena» e del dovere per lo Stato di rispettarne e promuoverne i diritti e le culture, oltre che dell'impegno costituzionale («compromiso constitucional») alla cura e conservazione della natura e della biodiversità, abbiano trovato formale copertura costituzionale, potendo quindi essere considerati quali veri e propri principi fondamentali della Nuova Costituzione.

Evidentemente, i principi richiamati potranno trovare concretizzazioni e declinazioni diverse, tanto nel testo della futura Costituzione, quanto nella successiva opera di progressiva attuazione che dovrà essere sviluppata dai poteri costituiti individuati dalla medesima. In ogni caso, una Costituzione «pluralistica» dovrà esprimere lo «sforzo comune di dettare, attraverso un compromesso, un disegno sociale e politico generale», che sia in grado di dare vita a un «sistema aperto», conformemente alla pluralità di forze che trovano espressione nello Stato e nella società, ma che pretenda di «disegnare in generale i nuovi assetti sociali e politici»<sup>67</sup>.

---

<sup>66</sup> «Chile protege y garantiza derechos y libertades fundamentales como el derecho a la vida, la igualdad ante la ley, el derecho de propiedad en sus diversas manifestaciones, la libertad de conciencia y de culto, el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, la libertad de enseñanza y el derecho-deber preferente de las familias de escoger la educación de sus hijos, entre otros».

<sup>67</sup> G. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, 358.

# I DIRITTI FONDAMENTALI NEL PROCESSO COSTITUENTE CILENO: VERSO UN COSTITUZIONALISMO SOCIALE, AMBIENTALE, INTERGENERAZIONALE E TECNOLOGICO?

*Marta Tomasi*

**SOMMARIO:** 1. *La tutela dei diritti fondamentali come elemento connotativo del processo di transizione costituzionale.* 2. *I diritti fondamentali nei testi costituzionali precedenti.* 3. *La concezione più recente dei diritti fondamentali.* 4. *I diritti fondamentali al centro della proposta di Costituzione del 2022.* 5. *Nuove e rinnovate titolarità dei diritti.* 5.1. *I “nuovi” titolari di diritti.* 5.2. *I titolari “vulnerabili” e l’approccio intersezionale.* 6. *Un ampio – troppo ampio? – catalogo di diritti.* 6.1. *I diritti di matrice storica.* 6.2. *La costituzionalizzazione dei diritti tecnologici e digitali.* 6.3. *Ambiente e clima: una Magna Carta ecologica.* 7. *L’eredità di un tentativo fallito. Il costituzionalismo fra forme tradizionali e contenuti nuovi.*

## *1. La tutela dei diritti fondamentali come elemento connotativo del processo di transizione costituzionale*

I movimenti sociali che hanno rappresentato la scaturigine del processo costituente attualmente in corso in Cile, richiamati con la locuzione *Estallido social*, sono stati accompagnati da fatti che l’*Instituto Nacional de Derechos Humanos* ha definito come “*las más graves violaciones a los derechos humanos desde el retorno a la democracia*”<sup>1</sup>. Secondo il rapporto rilasciato dall’Istituto alla fine del 2019, le istituzioni statali, in quel periodo, si sarebbero rese responsabili di significative violazioni al diritto alla vita, all’integrità fisica, alla libertà personale, alla sicurezza, alla libertà di espressione, di domicilio, di coscienza e di culto. Ed è all’interno di questo già compromesso terreno di crisi

---

<sup>1</sup> INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, *Informe anual. Sobre la situación de los Derechos Humanos en Chile en el contexto de la crisis social (17 octubre-30 noviembre 2019)*, Santiago de Chile, 2019, 5.

politica e sociale del Paese che si è innestata, nel 2020, la pandemia da Covid-19, che ha comportato ulteriori compressioni delle libertà fondamentali<sup>2</sup>.

È dunque evidente che l'attenzione alla sfera dei diritti fondamentali e l'esigenza di ripristino di un loro pieno rispetto fossero iscritte nel DNA stesso del processo di transizione costituzionale, sin dai suoi momenti primigeni. Si esprime in questo senso l'*Acuerdo por la Paz Social y una Nueva Constitución*, del 15 novembre 2019, il quale segnala, fra le altre cose, che “[l]os partidos que suscriben este acuerdo vienen a garantizar su compromiso con el restablecimiento de la paz y el orden público en Chile y el total respeto de los derechos humanos y la institucionalidad democrática vigente” (p. 1).

Da un lato, quindi, preme il bisogno di ristabilire un contesto favorevole al rispetto dei diritti umani e, dall'altro, si impone l'esigenza di mettere i diritti al centro di un nuovo testo costituzionale, capace di modernizzare, in un quadro sistematico, la Costituzione vigente (la cui eredità totalitaria non sembra mai essere stata pienamente superata), mantenendo una traccia di continuità con la tradizione costituzionale democratica ormai consolidata<sup>3</sup>.

La tutela dei diritti fondamentali rappresenta, dunque, uno dei cuori pulsanti del processo rifondativo che l'ordinamento cileno sta vivendo, dato confermato anche dall'indicazione dei diritti umani riconosciuti dal diritto internazionale e di alcuni diritti fondamentali come una delle imprescindibili «bases institucionales y fundamentales» delle quali tenere conto, anche nella fase inaugurata di recente<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, *Informe anual. Covid y Derechos Humanos en Chile 2020*, Santiago de Chile, 2020.

<sup>3</sup> L'impegno sancito nella *Ley de Reforma Constitucional* n. 21.200, del 24 dicembre 2019, si orientava proprio in questo senso: “El Texto de Nueva Constitución que se someta a plebiscito deberá respetar el carácter de República del Estado de Chile, su régimen democrático, las sentencias judiciales firmes y ejecutoriadas y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes” (art. 135, ultimo inciso).

<sup>4</sup> Si v. l'art. 154 Cost., introdotto con *Ley 21.533 de modifica de la Constitución política de la República con el objeto de establecer un procedimiento para la elaboración y aprobación de una nueva constitución política de la Republica*, 17 gennaio 2023. Il richiamo ai “derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales ratifica-

Il presente contributo mira a comprendere quali siano state le sfide e le opportunità che si sono poste in questo percorso e perché proprio una delle chiavi imprescindibili della rinnovazione in corso sembra aver costituito anche una delle ragioni fondanti la sua prima battuta di arresto, concretizzatasi nel rigetto del progetto di Costituzione con il referendum del 4 settembre 2022.

L'analisi, tuttavia, deve necessariamente prendere le mosse dai testi costituzionali precedenti la proposta del 2022 per comprendere a pieno la traiettoria evolutiva che si va sviluppando e prevederne eventuali futuri riorientamenti.

## *2. I diritti fondamentali nei testi costituzionali precedenti*

La Costituzione del 1925, il cui testo originario è rimasto in vigore fino al colpo di stato del 1973, conteneva un articolo (art. 7) concernente il diritto all'elettorato attivo e un intero capitolo (il terzo) dedicato alle garanzie costituzionali che presidiavano alcuni diritti della persona, fra i quali l'uguaglianza, la libertà di coscienza e di culto, la libera manifestazione del pensiero, il diritto di riunione e di associazione, il diritto di proprietà, la libertà di domicilio e di circolazione, il diritto a un giusto processo, la libertà di insegnamento e il diritto all'istruzione<sup>5</sup>.

Si trattava di un elenco di diritti tassativo, il cui godimento poteva essere limitato a fronte di particolari condizioni emergenziali, come minacce esterne o disordini interni<sup>6</sup>. Queste erano, tuttavia, ipotesi residuali, ben delimitate, anche dal punto di vista temporale (meno di sei mesi), collocate all'interno di un quadro di equilibri istituzionali definiti

---

dos por el Estado de Chile" (inc. 3) si affianca a quello di alcuni diritti fondamentali: "el derecho a la vida, la igualdad ante la ley, el derecho de propiedad en sus diversas manifestaciones, la libertad de conciencia y de culto, el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, la libertad de enseñanza y el derecho-deber preferente de las familias de escoger la educación de sus hijos, entre otros" (inc. 9).

<sup>5</sup> La Costituzione del 1925 è consultabile sul sito <https://www.constituteproject.org/>.

<sup>6</sup> Art. 44, inc. 13.

fra poteri dello stato, al verificarsi delle quali permanevano comunque le garanzie della giurisdizione e dell'*habeas corpus*.

Dopo il colpo di Stato militare dell'11 settembre 1973, la *Junta de gobierno* diede avvio a un processo di accentramento dei poteri costituenti, legislativi ed esecutivi, introducendo importanti modificazioni al testo della Costituzione del 1925, che formalmente restava in vigore. Fra gli interventi più indicativi si possono segnalare quelli concernenti i procedimenti per la revisione costituzionale e le conseguenti ricadute sui diritti, sulle loro garanzie e sui limiti a essi imposti in condizioni di emergenza. In particolare, il *Decreto Ley* n. 788 del 1974<sup>7</sup> andava a incidere in maniera profonda sul sistema delle fonti, stabilendo che tutti i decreti emanati dalla *Junta* (già in vigore e futuri)<sup>8</sup> che fossero in contrasto con il testo costituzionale, dovessero essere considerati come una modifica formale a esso.

Il catalogo dei diritti costituzionali fu presto sostituito con quello contenuto nella legge costituzionale n. 3 del 1974, che ne riprendeva in gran parte i contenuti, con l'aggiunta del diritto alla salute e del diritto a vivere in un ambiente libero da inquinamento, oltre che del dovere di aiutare a preservare la sicurezza nazionale e di rispettare la Costituzione e le leggi.

Grazie al descritto "rilassamento" della gerarchia delle fonti, comunque, il periodo di transizione verso la Costituzione del 1980 è stato caratterizzato da una serie alluvionale di provvedimenti (nella maggior parte dei casi decreti legge) che hanno esteso e semplificato le condizioni per dichiarare uno degli stati d'eccezione (lo stato d'assedio o lo stato d'emergenza)<sup>9</sup> che consentivano la limitazione dei diritti, espanso il novero dei diritti comprimibili in situazioni di emergenza, ridimensionato i rimedi concessi a loro tutela, rafforzato i poteri del Presidente

---

<sup>7</sup> *Decreto Ley* n. 788, del 4 dicembre 1974.

<sup>8</sup> Richiedendo solo per i decreti futuri che la *Junta* dichiarasse esplicitamente di agire nell'esercizio del potere costituente (art. 3).

<sup>9</sup> Lo stato d'emergenza è stato in essere fra il 1973 e il 1988, quando si svolse il plebiscito; lo stato d'assedio fra il 1973 e il 1978 e fu poi reinvocato nel 1980, 1984, 1986.



e implementato ampiamente la giurisdizione militare, estendendo l'applicabilità della pena di morte<sup>10</sup>.

Il regime costituzionale successivo, autorizzato dal generale Pinochet e approvato, nella vigenza di uno stato di assedio e di emergenza, con un plebiscito nazionale, ha consolidato questa tendenza, rompendo definitivamente con il passato democratico del Cile<sup>11</sup>.

All'interno della versione originale della Costituzione del 1980, la lista di diritti prevista dal Capitolo III era piuttosto nutrita, andando a comprendere, fra gli altri, il diritto alla vita<sup>12</sup> e all'integrità fisica e mentale, il diritto all'eguaglianza davanti alla legge, il diritto alla vita privata e pubblica e all'onore, la libertà e inviolabilità del domicilio, la libertà religiosa e di coscienza, il diritto alla libertà personale e alla sicurezza, il diritto di proprietà, il giusto processo, il diritto di difesa, il principio di non retroattività della legge e il principio di tassatività del diritto penale, l'invioabilità del domicilio e della corrispondenza, la libertà religiosa, il diritto a vivere in un ambiente non inquinato e il diritto alla salute, la libertà di espressione e molti altri<sup>13</sup>.

Estensive, però, erano – e in alcuni casi sono – le possibilità di limitare e comprimere questi diritti. Nello specifico, possono servire a questo scopo le clausole facenti riferimento alla moralità e all'ordine pubblico<sup>14</sup> e, in senso più problematico, alla sicurezza nazionale, un concetto giuridicamente vago e aperto a ogni interpretazione<sup>15</sup>. L'art. 8 della

<sup>10</sup> Le vicende di questi anni sono riassunte con maggior dettaglio nel Report sulla situazione dei diritti umani in Cile della Commissione interamericana sui diritti umani del 9 settembre 1985, par. 47.

<sup>11</sup> Si v. E.C. SNYDER, *The dirty legal war: human rights and the rule of law in Chile 1973-1995*, in *Tulsa Journal of Comparative and International Law*, 2, 1994, 253-287.

<sup>12</sup> L'art. 1 consentiva alla legge di prevedere le condizioni per l'applicazione della pena capitale, ipotesi significativamente ampliate dalle leggi contro il terrorismo introdotte da Pinochet nel 1984 (si v. il *Decreto Ley* n. 18.314 del 17 maggio 1984).

<sup>13</sup> Tutti questi diritti sono catalogati all'interno dell'art. 19, che apre il Capitolo III.

<sup>14</sup> Che fungevano – e fungono – da limite alla libertà di coscienza e di culto riconosciute dall'articolo 19, paragrafo 6, della Costituzione.

<sup>15</sup> La clausola è ancora prevista come condizione per limitare il diritto di proprietà (art. 19, inc. 24), la libertà di insegnamento (art. 19, inc. 11), la libertà di associazione (art. 19, inc. 15), il diritto di sciopero (art. 19, inc. 16), le attività economiche (art. 19,

Costituzione, inoltre, dichiarava l'illegalità di ogni atto individuale o di gruppo "destinado a propagar doctrinas que atenten contra la familia, propugnen la violencia o una concepción de la sociedad del Estado o del orden jurídico, de carácter totalitario o fundada en la lucha de clases". Limitazioni specifiche concernevano poi i partiti politici che non potevano svolgere attività "ajenas a las que les son propias" (art. 19, inc. 15) e i sindacati ai quali era precluso lo svolgimento di "actividades político partidistas" (art. 19, inc. 19). Era inoltre previsto che fossero passibili di sanzione ai sensi della legge i gruppi intermedi della comunità e i loro leader che facessero "mal uso de la autonomía" concessa dalla Costituzione, senza che questo comportamento fosse inquadrato con maggiore precisione. Merita infine di essere segnalato il paragrafo 26 dell'art. 19, ai sensi del quale "las normas relativas a los estados de excepción constitucional" possono incidere sui diritti fondamentali "en su esencia". Si tratta di una regola generica, la cui portata è resa evidente dalla considerazione del fatto che il potere costituente fosse, negli anni della dittatura, ancora nelle mani della *Junta*, contribuendo a determinare una situazione di incertezza giuridica, la cui portata è resa evidente dall'analisi dei casi di emergenza previsti.

A completamento del quadro si deve tenere in considerazione anche la previsione transitoria n. 24, rimasta in vigore dal 1981 sino al 1989. La disposizione conferiva al presidente, a fronte di atti di violenza volti a turbare l'ordine pubblico o di pericolo di turbativa della pace interna, il potere di dichiarare lo stato di emergenza<sup>16</sup> per un periodo di sei mesi (rinnovabile) e di adottare significativi provvedimenti limitativi della libertà personale, libertà di riunione e di informazione e di circolazione (dentro e fuori il Paese).

Se si analizza nel dettaglio la disposizione, che richiedeva il mero pericolo che una situazione di turbativa della pace interna al paese si potesse verificare, con atti di violenza intesi a provocarla, è evidente che essa rappresentasse l'espressione di un potere sostanzialmente di-

---

inc. 21). La tutela della sicurezza nazionale è inoltre un obiettivo generale dello Stato (art. 1) e un dovere dei cittadini (art. 22).

<sup>16</sup> Stato che integrava le previsioni relative alle altre tipologie di stati di eccezione, così come disciplinati dalla disposizione transitoria n. 15, ovvero, in particolare, allo stato di emergenza e allo stato di assedio, che richiedevano l'approvazione della *Junta*.

screzionale e illimitato. L'esercizio di questo, che si esprimeva attraverso un decreto del Ministero dell'Interno, non richiedeva l'accordo con la *Junta*, né forma alcuna di motivazione e si poteva esplicitare in misure rinnovabili senza limiti di tempo, che non potevano essere oggetto di riesame, se non da parte del Presidente stesso<sup>17</sup>. Come è stato sostenuto, la Costituzione del 1980, sostenendo un modello neoliberale<sup>18</sup> favorevole alla privatizzazione delle risorse umane e di servizi fondamentali come quello sanitario e quello educativo, produrrebbe sensibili rischi di compressione di diritti economici, sociali e culturali<sup>19</sup>.

Gli anni della dittatura militare di Pinochet hanno prodotto una infinita scia di violazioni di diritti fondamentali, sanciti sia dalla Costituzione del 1925, sia da quella del 1980, soprattutto attraverso l'attivazione del meccanismo dello stato d'eccezione, che ha perdurato per più di quindici anni<sup>20</sup>. Le azioni del regime hanno dunque mostrato le debolezze di una Carta fondamentale che non trovava la sua origine nel principio democratico – all'interno della quale erano evidenti le tracce della prospettiva autoritaria – e si sono poste in aperto contrasto con i precetti di alcune carte internazionali dei diritti, ratificate dal Cile stesso. I poteri concentrati nelle mani dell'esecutivo risultavano talmente ampi, i rimedi nelle mani dei cittadini talmente risicati e le condizioni per l'esercizio degli stessi talmente arbitrarie, che nel 1980 la Commissione interamericana per i diritti dell'uomo ha dichiarato che la Costitu-

---

<sup>17</sup> Si v. ancora il report sulla situazione dei diritti umani in Cile della Commissione interamericana sui diritti umani, cit.

<sup>18</sup> Un paradigma non esplicitato nel testo della Costituzione, ma chiaramente desumibile da essa: in questo senso B. ASTE LEIVA, *Estallido social en Chile: la persistencia de la Constitución neoliberal como problema*, in *DPCE Online*, 1, 2020.

<sup>19</sup> C. NAVARRO, *¿Por qué cambiar la Constitución chilena de 1980?: Aportes para un debate democrático*, Centro de Derechos Humanos UDP, 2019, online: <https://derechoshumanos.udp.cl/por-que-cambiar-la-constitucion-chilena-de-1980-aportes-para-un-debate-democratico>.

<sup>20</sup> Sulla configurazione più recente degli stati di eccezione nella Costituzione cilena, si rinvia a V. PIERGIGLI, *Dagli "stati di eccezione" al processo costituente. Una ricostruzione della recente esperienza cilena*, in *DPCE online*, 1, 2021, 829-842.

zione “gravely injure[s] the international order in matters protecting human rights”<sup>21</sup>.

Il progressivo ritorno alla democrazia, marcato dall’elezione del Presidente Aylwin nel 1989, è stato orientato anche dal prioritario obiettivo del contrasto agli abusi contro i diritti fondamentali perpetrati dal regime precedente. Si pensi, in particolare, alla *Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación* – istituita nel 1990<sup>22</sup>, con lo scopo di chiarire la realtà dietro a esecuzioni, torture e sparizioni degli anni precedenti, al fine di promuovere “the moral climate indispensable for reconciliation and peace”<sup>23</sup> – e ai tentativi, inani, di riforma della *Ley de Amnistía*, che dal 1978 rappresentava uno dei principali ostacoli alle indagini per l’individuazione dei responsabili delle violazioni dei diritti<sup>24</sup>.

I rapporti che hanno concluso le attività delle due Commissioni<sup>25</sup> hanno prodotto un forte impatto sull’opinione pubblica, alimentando il dibattito intorno ai diritti umani. Bisogna riconoscere, tuttavia, che mentre le raccomandazioni relative alle forme di riparazione simbolica e socioeconomica hanno prodotto significative ricadute pratiche, quelle di natura istituzionale, volte a prevenire le violazioni dei diritti umani, hanno avuto scarso seguito<sup>26</sup>.

Anche in questi anni, in effetti, il rispetto dei diritti umani è rimasto lacunoso, in gran parte a causa dell’eredità del precedente regime mili-

---

<sup>21</sup> Si v. sempre il report sulla situazione dei diritti umani in Cile della Commissione interamericana sui diritti umani, cit., par. 42.

<sup>22</sup> All’operato di questa Commissione si è affiancato, in anni più recenti, quello della *Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura* che ha operato fra il 2003 e il 2011. Entrambe hanno avuto lo scopo di indagare le violazioni dei diritti umani commesse dalla dittatura fra il 1973 e 1990.

<sup>23</sup> Così la INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS & CENTRE FOR THE INDEPENDENCE OF JUDGES AND LAWYERS, *Chile: a time of reckoning*, 1993, par. 130-131, dove si cita il discorso alla nazione del Presidente Aylwin del 23 aprile 1990.

<sup>24</sup> Si tratta del *Decreto Ley* n. 2.191 del 1978, meglio conosciuto come *Ley de Amnistía*, che vieta di perseguire le persone coinvolte in atti criminali commessi tra l’11 settembre 1973 e il 10 marzo 1978, quando il Paese era in stato di assedio.

<sup>25</sup> Si tratta del c.d. *Informe Rettig* del 9 febbraio 1991 e dei due *Informe* della *Comisión Valech*, pubblicati nel novembre 2004 e maggio 2005.

<sup>26</sup> Si v. il rapporto del Chr. Michelsen Institute, *Comisiones de la Verdad de Chile: Verdad y Reparaciones como Política de Estado*, n. 14 del 2018.

tare. A queste incertezze hanno contribuito, ovviamente, la *Ley de Amnistía*, che ha continuato a rappresentare un enorme ostacolo alle indagini e al perseguimento degli abusi commessi tra il 1973 e il 1978<sup>27</sup>; la nomina da parte dei militari molti membri della magistratura, l'ampiezza della giurisdizione dei tribunali militari<sup>28</sup> e, negli anni più recenti gli ampi poteri delle forze di polizia<sup>29</sup>.

Come noto, la Costituzione del 1980 ha subito innumerevoli modifiche, fra le quali la più significativa è certamente quella del 2005, anno in cui il governo di Ricardo Lagos ha presentato la *Ley 20.050*, con lo scopo generale di rinforzare il sistema democratico<sup>30</sup>. Queste modifiche si sono aggiunte a quelle già attuate alla fine degli anni Ottanta, con la conseguenza che dei 129 articoli originari solo 28 non hanno subito modificazioni<sup>31</sup>.

### 3. La concezione più recente dei diritti fondamentali

Negli anni più recenti, la centralità dei diritti fondamentali nel sistema costituzionale cileno è stata in più occasioni richiamata dal *Tribunal Constitucional*, che ricorda come essi siano “superiores y anteriores al Estado y a la Constitución, que no los crea sino que reconoce y asegura” e non siano “[...] meramente declarativos sino que constituyen disposiciones expresas que obligan a gobernantes y gobernados tanto en sí mismas, como también, en cuanto normas rectoras y vitales

---

<sup>27</sup> Solo nel 1998 la Corte Suprema ha dichiarato che questa legge non trovi applicazione nel caso di violazione dei diritti umani.

<sup>28</sup> Questa è stata circoscritta solo con la *Ley n. 20477* del 2010, che l'ha esclusa ove siano coinvolti civili o minori di età (art. 1).

<sup>29</sup> Questa e le altre problematiche segnalate sono evidenziate in moltissimi dei World report annuali di Human Rights Watch, reperibili online: <https://www.refworld.org/>.

<sup>30</sup> J. DÍAZ, *La Reforma Constitucional del año 2005: contexto, impacto y tópicos pendientes*, in *Revista Actualidad Jurídica*, 20, 2009, 35-69.

<sup>31</sup> E. NAVARRO, *Reformas constitucionales 2005. Un año después*, in *Revista de Derechos público*, 69, 2006, 17-32.

que coadyuvan a desentrañar el verdadero sentido y espíritu de las disposiciones de la Constitución”<sup>32</sup>.

Fra gli elementi che più hanno segnato l’evoluzione della concezione dei diritti fondamentali in Cile, un ruolo nodale è certamente rivestito dall’apertura nei confronti della dimensione internazionale, dalla quale oggi non si può prescindere per definire l’ampiezza della “Costituzione dei diritti”.

Tale apertura è espressione di una concezione condivisa con altre Costituzioni dell’America latina<sup>33</sup> che ha fatto il suo ingresso nel testo della Costituzione cilena con la riforma del 1989, nel contesto del processo di transizione dal regime autoritario alla democrazia. In particolare, la legge di riforma costituzionale n. 18.825 del 1989 ha aggiunto una frase finale al secondo paragrafo dell’articolo 5, che opera oggi come *cláusula constitucional de inclusión*, introducendo il dovere degli organi dello Stato di rispettare e tutelare i diritti garantiti dalla Costituzione, così come dai trattati internazionali ratificati dal Cile. Tale disposizione ha consentito di incorporare nella Carta fondamentale l’insieme degli attributi e delle garanzie dei diritti sanciti a livello internazionale<sup>34</sup>.

Nella giurisprudenza e nella dottrina costituzionalistica cilena, quindi, si parla oggi di un *bloque* unitario di diritti costituzionali che emanano come attributi dalla dignità umana, indipendentemente dal fatto che essi siano riconosciuti direttamente dal testo costituzionale oppure dal diritto internazionale pattizio o consuetudinario o delle norme imperative di *ius cogens*. In linea con quanto avviene nel panorama comparato, poi, il blocco è integrato anche da diritti impliciti o non enumerati, che

---

<sup>32</sup> Sentenza del *Tribunal Constitucional*, Rol N° 943-07-INA, del 10 giugno 2008, considerando 16.

<sup>33</sup> Analogo meccanismo si rinviene, per esempio, nelle Costituzioni di Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, México, Nicaragua, Repubblica Dominicana e Venezuela. Si v. H. NOGUEIRA ALCALÁ, *El Bloque Constitucional de Derechos en Chile, el parámetro de control y consideraciones comparativas con Colombia y México: doctrina y jurisprudencia*, in *Estudios Constitucionales*, 2, 2015, 301-350.

<sup>34</sup> E ha animato intensi dibattiti relativi alle relazioni fra diritto interno e internazionale. Si v., *ex multis*, H. NOGUEIRA, *Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídicos chileno*, in *Revista Ius et Praxis*, 2(2), 1997, 9-43.

vengono esplicitati dalla giurisprudenza<sup>35</sup>. Questi diritti si caratterizzano per la loro “natura fondamentale”, nella misura in cui costituiscono attributi fondati e derivati dalla dignità umana, che, come esplicita la Costituzione vigente nell’incipit dell’articolo 5, comma 2, costituiscono una limitazione all’esercizio della sovranità stessa<sup>36</sup>. Secondo alcuni autori, i diritti fondamentali che devono essere assicurati, rispettati promossi e garantiti dagli ordinamenti giuridici a livello nazionale, sovranazionale e internazionale rappresenterebbero – in un’ottica di tutela multilivello – un vero e proprio sottosistema interno a questi, funzionalizzato alla realizzazione delle esigenze di dignità, libertà, uguaglianza e sicurezza<sup>37</sup>.

E tuttavia, la Costituzione del 1980 richiama il concetto di diritti umani una sola volta, nell’art. 9 che, sin dalla sua formulazione originaria, prevede che qualunque forma di terrorismo debba essere considerata contraria a tali diritti. L’unico altro richiamo è presente nella nota a piè pagina al citato art. 5, inc. 2, la quale specifica a quali trattati internazionali fare riferimento per individuare i limiti alla sovranità popolare. La locuzione non compare nemmeno nella versione alternativa e più propriamente costituzionale di “derechos fundamentales”, che vengono richiamati unicamente nella descrizione delle funzioni del *Tribunal Constitucional* (art. 93, inc. 16).

Questa considerazione è particolarmente indicativa, a fronte del rilievo che, nella bozza di Costituzione del 2022, la locuzione “diritti umani” è presente 56 volte al plurale, 5 volte al singolare, mentre “derechos fundamentales” compare 29 volte. Inoltre, il secondo capitolo è significativamente intitolato “Derechos fundamentales y garantías”.

---

<sup>35</sup> *Ibidem*.

<sup>36</sup> H. NOGUEIRA, *Lineamientos de Interpretación constitucional y del Bloque Constitucional de Derechos*, Santiago, 2006.

<sup>37</sup> H. NOGUEIRA ALCALÁ, *Derechos fundamentales y garantías constitucionales*, Tomo I, Santiago, 2010, 23.

Anche considerato isolatamente, tale dato numerico mostra con tutta evidenza il cambiamento di paradigma che si è cercato di perseguire con il processo costituente in corso<sup>38</sup>.

#### 4. I diritti fondamentali al centro della proposta di Costituzione del 2022

Come si è detto, mentre la Costituzione vigente riserva al tema dei “Derechos y deberes constitucionales” quattro articoli del Capitolo terzo, la bozza di Costituzione sottoposta agli elettori nel 2022 riservava l’intero Capitolo secondo al tema “Derechos fundamentales y garantías”, andando a includervi 110 articoli, ai quali si possono aggiungere alcuni riferimenti presenti nel primo Capitolo.

Pur collocandosi nel solco condiviso delle Costituzioni lunghe tipiche dell’America latina, è chiaro, come si diceva, come il testo proposto dalla Convenzione all’apprezzamento dei cittadini cileni abbia cercato di mantenere fede alla promessa che i diritti divenissero uno dei cuori pulsanti della nuova Costituzione, in una linea di continuità, ma anche di espansione e progresso della tradizione costituzionale esistente.

Tale obiettivo risulta evidente dalla lettura del primo Capitolo che fissava *Principios y disposiciones generales*. La protezione e la garanzia dei diritti umani – che irradiano dalla dignità umana (2.1.) – rappresentavano il fondamento stesso dello Stato, la linea direttrice di ogni suo agire (artt. 1, inc. 3 e 16, inc. 1) e il limite per l’esercizio della sovranità (art. 2, inc. 1). Costituiva un dovere primario dello Stato quello di consentire al popolo di godere in condizione di eguaglianza dei diritti, rappresentando la loro tutela una condizione dello sviluppo individuale di ciascuno (art. 1, inc. 3 e art. 4)<sup>39</sup>.

---

<sup>38</sup> L. BASUALTO PORRA, *Los derechos humanos como pilar de la nueva Constitución. Desde contextos de vulneración a horizontes de resguardos*, in *Revista del Departamento de Trabajo Social de la Universidad Alberto Hurtado*, 12(1), 2022, 22-40.

<sup>39</sup> L’impegno dello Stato nel rispetto, nella promozione, protezione e garanzia del pieno esercizio dei diritti fondamentali è poi ripreso, nei termini di doveri positivi, nell’art. 19, inc. 1, del Secondo Capitolo della bozza del 2022.



Particolarmente significativo, poi, era l'art. 15, che conferiva *status* costituzionale a tutto il diritto internazionale, dei trattati e consuetudinario, in tema di diritti umani. Questa disposizione avrebbe portato sicuramente nuova linfa al nutrito dibattito relativo alla collocazione da darsi al diritto internazionale all'interno dell'ordinamento cileno e alle interazioni fra i due sistemi di tutela dei diritti<sup>40</sup>. Quel che è certo è che questa disposizione, per essere compresa, doveva essere collocata all'interno del tessuto costituzionale complessivo. Il diritto internazionale dei diritti umani, non avrebbe giocato più il vecchio ruolo di “sanatore” di una Costituzione deficitaria dal punto di vista delle previsioni relative ai diritti, ma si sarebbe inserito in una cornice di diritti nuova, ampia e sistematica con la quale deve entrare in relazione<sup>41</sup>.

##### 5. Nuove e rinnovate titolarità dei diritti

Per quanto riguarda il Capitolo secondo, lo schema costituzionale rifletteva quanto previsto nella proposta di lavoro interno della *Comisión de Derechos Fundamentales* della Convenzione costituente, secondo la quale la prima questione da affrontare era quella della *Titularidad de los derechos fundamentales*<sup>42</sup>. Da questo punto di vista, il testo della Costituzione proposta risultava particolarmente innovativo, non solo rispetto alla storia precedente del Cile, ma anche nel panorama comparatistico.

Se dapprima, tradizionalmente, tutte le persone naturali venivano riconosciute come titolari dei diritti fondamentali<sup>43</sup>, la Costituzione passava poi ad alcuni riferimenti e specificazioni di particolare interesse.

---

<sup>40</sup> Per una sintesi dei dibattiti relativi ai meccanismi di ingresso del diritto internazionale nell'ordinamento cileno, si veda P. CONTRERAS VÁSQUEZ, D. LOVERA PARMO (a cura di), *Nueva Constitución y derecho internacional de los derechos humanos; problemas y desafíos*, in ASOCIACIÓN CHILENA DE DERECHO CONSTITUCIONAL, *Una nueva Constitución para Chile*, Santiago, 2018, 113-129.

<sup>41</sup> *Ibidem*, 122.

<sup>42</sup> COMISIÓN SOBRE DERECHOS FUNDAMENTALES, *Metodología y cronograma*, approvato nelle sessioni del 3, 6 e 17 gennaio 2022, reperibile sul sito della Convenzione costituente.

<sup>43</sup> Art. 18, inc. 1.

### 5.1.1 “nuovi” titolari di diritti

Da un lato, infatti, veniva introdotto un riferimento a titolari “nuovi”. In questo senso l’art. 18, inc. 2 si riferiva ai popoli indigeni quali titolari di diritti collettivi, mentre l’inc. 3 richiamava i diritti della Natura.

In riferimento ai popoli indigeni, il primo elemento che marcava la differenza dalla Costituzione vigente, era il riconoscimento di 11 popoli originari, che sarebbero potuti uscire dalla situazione di invisibilità costituzionale nella quale versavano<sup>44</sup>. L’individuazione dei popoli indigeni come titolari di diritti collettivi porta l’attenzione su uno dei punti cruciali e più contestati della proposta costituzionale<sup>45</sup>. Questa indicazione era la conseguenza naturale dell’art. 1 (che riconosceva al Cile il carattere di stato plurinazionale)<sup>46</sup> e dell’art. 5 (che richiamava la necessaria coesistenza, pur nel segno dell’unità dello Stato, di più popoli e più nazioni). Questi articoli generali trovavano poi un precipitato più specifico nell’art. 34 che riconosceva ai popoli e alle nazioni indigeni, in virtù della loro autodeterminazione, la titolarità di alcuni diritti collettivi e individuali. Questi, specificati negli articoli successivi, erano, in particolare, il diritto all’autonomia, all’autogoverno, alla propria cultura, all’identità e alla visione del mondo, al patrimonio, alla lingua, al riconoscimento e alla protezione delle loro terre, dei loro territori e delle loro risorse (nella loro dimensione materiale e immateriale) e al legame speciale che mantengono con essi, alla cooperazione e all’integrazione, al riconoscimento delle istituzioni, delle giurisdizioni e delle autorità proprie o tradizionali e alla piena partecipazione, se lo desiderano, alla vita politica, economica, sociale e culturale dello Stato.

Tali estrinsecazioni del diritto all’autodeterminazione dei popoli – che avrebbero rappresentato uno dei più ampi cataloghi di diritti delle

---

<sup>44</sup> Questi sono: Mapuche, Aymara, Rapanui, Lickanantay, Quechua, Colla, Diaguita, Chango, Kawésqar, Yagán y Selk’nam. È inoltre possibile che l’elenco sia integrato per via legislativa (art. 5, inc. 2).

<sup>45</sup> A. ÁLVEZ, *Derechos colectivos indígenas culturales y territoriales*, in P. CONTRERAS, C. SALGADO (a cura di), *Curso Derechos Fundamentales*, Valencia, 2020, 987-1020.

<sup>46</sup> Anche Bolivia (art. 1) ed Ecuador (art. 6) si definiscono stati plurinazionali nelle rispettive Costituzioni.

popolazioni indigene al mondo – si snodavano lungo due assi principali: da un lato un diritto all'autonomia in relazione alla gestione degli affari interni dei diversi popoli e nazioni (che si sarebbe realizzato attraverso il diritto dei gruppi di preservare e sviluppare le proprie istituzioni politiche, culturali, giuridiche, sociali ed economiche) e, dall'altro, un diritto alla partecipazione alla vita dello Stato (che si sarebbe concretizzato attraverso l'esercizio dei diritti alla partecipazione generale nelle istituzioni politiche, culturali, giuridiche, sociali ed economiche dello Stato, a essere consultati previamente per decisioni che possono riguardarli, al mantenimento delle relazioni tra i gruppi). A completamento del sistema assumevano, ovviamente, un ruolo chiave, anche nell'ottica di un rapporto orientato ai principi della cooperazione e dell'integrazione fra sistemi, tutte le norme dedicate dal Capitolo nono della proposta ai rapporti fra il sistema di giustizia, i popoli indigeni e la giurisdizione indigena, quale sistema parallelo a quello statale<sup>47</sup>.

Il quadro emergente era il risultato di una scelta precisa, attuata fin dall'istituzione della Convenzione costituente, una “asamblea representativa, paritaria y plurinacional, de carácter autónomo, convocada por el pueblo de Chile para ejercer el poder constituyente originario”, nella quale 17 seggi erano riservati ai rappresentanti dei popoli indigeni<sup>48</sup>.

Il tentativo, che sembrava ben riuscito nel testo della proposta, ha tuttavia rappresentato uno dei punti più problematici, intorno al quale si è sviluppata una buona parte della campagna a favore del *rechazo*<sup>49</sup>.

In alcuni casi, per esempio, le previsioni non parevano del tutto chiare. Un esempio molto discusso è quello dell'art. 191 della proposta che, in via generale, prevedeva la partecipazione agli enti territoriali. Il secondo paragrafo richiedeva che i popoli indigeni fossero consultati e che essi dovessero dare il consenso rispetto a possibili provvedimenti che incidessero sui loro diritti. In riferimento a tale disposizione si sono

---

<sup>47</sup> Su questi aspetti, si v. E. BUONO, “Chile, la alegría ya viene?”: la Ley de escaños reservados para pueblos originarios e la composición “plurinacional” della Convenzione costituente cilena, in *DPCE Online*, 1, 2021, 863-886.

<sup>48</sup> Questa previsione è stata introdotta in Costituzione con la Ley 21.298, pubblicata nel *Diario Oficial* il 23 dicembre 2020.

<sup>49</sup> A. LANKES, *Los derechos indígenas, en el centro de la polémica por la nueva Constitución chilena*, in *The New York Times*, 2 settembre 2022.

confrontate le opinioni dei sostenitori del progetto (che hanno ritenuto che tale consenso riguardasse solo la questione della partecipazione territoriale affrontata nell'articolo) e quella dei detrattori dello stesso (che hanno letto nel testo una forma di "veto" indigeno capace di bloccare qualunque riforma possa toccare i loro interessi).

Queste incertezze hanno probabilmente inciso sulla solidità della proposta, facendola apparire come una soluzione intermedia, inadatta a soddisfare tanto gli interessi di coloro che leggono in queste norme un ingiustificato regime di favore per i popoli indigeni, quanto quelli dei favorevoli a forme ben più marcate di autonomia e indipendenza<sup>50</sup>.

Nella fase attuale l'approccio pare piuttosto mutato, se si considera che il nuovo organo costituente, il *Consejo Constitucional*, "podrá estar integrado, además, por uno o más miembros de los pueblos originarios" riconosciuti dalla legge. La rappresentatività, in questo caso, pare porsi come eventuale.

Per quanto riguarda la natura, poi, attingendo al linguaggio ecocentrico che ha iniziato a comparire nei testi giuridici e nelle dichiarazioni di diritti di tutto il mondo<sup>51</sup>, essa veniva dichiarata titolare del diritto "all'esistenza, alla rigenerazione, al mantenimento e al ripristino delle sue funzioni e del suo equilibrio dinamico, compresi i cicli naturali, gli ecosistemi e la biodiversità" (art. 103) e si conferiva allo Stato il compito di garantire e promuovere tali diritti.

La natura, dunque, in una affascinante e inedita evoluzione,<sup>52</sup> si sarebbe trasformata da oggetto di tutela (quale è, per esempio, nell'art.

---

<sup>50</sup> Segnala questo "cortocircuito rappresentativo", questa incapacità della Convenzione di filtrare e rappresentare le istanze della società, Silvia Bagni (S. BAGNI, «*Era un gioco, non era un fuoco*». *Una lettura del processo costituente cileno alla luce del risultato del plebiscito del 4 settembre 2022*, in *DPCE Online*, 4, 2022, 1805). L'Autrice evidenzia le probabili ragioni interne ed esterne che hanno contribuito a determinare il fallimento del progetto costituzionale (1802), approvato in solo otto dei trecentoquarantasei comuni in cui risulta diviso il Cile, "nessuno dei quali a maggioranza di popolazione indigena" (1790).

<sup>51</sup> R. O'GORMAN, *Environmental Constitutionalism: A Comparative Study*, in *Transnational Environmental Law*, 6(3), 2017, 435-462.

<sup>52</sup> L'unico precedente è quello contenuto nell'art. 71 della Costituzione dell'Ecuador del 2008: "Nature, or Pacha Mama, where life is reproduced and occurs, has the right to integral respect for its existence and for the maintenance and regeneration of

19, inc. 8 della Costituzione vigente) a soggetto titolare di diritti che possono entrare in tensione con quelli delle persone e talvolta prevalere su questi<sup>53</sup>.

A fronte dell'attuale esistenza di un richiamo costituzionale (come si è visto piuttosto risalente) a un diritto a un ambiente privo di inquinamento e alla preservazione della natura (art. 19, inc. 8), alcuni elementi di incertezza sembravano emergere. Al di là del carattere simbolico-evocativo della previsione – una funzione che peraltro nel linguaggio costituzionale non deve essere sottovalutata<sup>54</sup> – ci si chiede quale sarebbe stata l'innovazione concreta indotta da questa nuova previsione e, in particolare, chi sarebbe stato legittimato a rivendicare i diritti della natura e come si sarebbero conciliati tali diritti con le esigenze degli esseri umani.

### 5.2. I titolari “vulnerabili” e l'approccio intersezionale

Oltre a questi titolari “nuovi”, il testo costituzionale introduceva alcune specificazioni relative alla generale categoria delle “persone naturali” che avrebbero goduto dei diritti in esso riconosciuti. Prendendo le mosse dall'art. 25, che sanciva in via generale il principio di eguaglianza, la proposta di Costituzione proseguiva con l'individuazione di alcune categorie di soggetti vulnerabili, ai quali conferiva esplicitamente il godimento di determinati diritti. Alcune erano categorie comunemente riscontrabili nei testi costituzionali contemporanei, come i minori di età (accuratamente identificati come bambini, bambine e adolescenti), le donne, i richiedenti asilo e protezione internazionale e i detenuti, altri meno frequentemente oggetto di previsioni specifiche, come le persone

---

its life cycles, structure, functions and evolutionary processes. All persons, communities, peoples and nations can call upon public authorities to enforce the rights of nature” (traduzione in inglese dal sito <https://www.constituteproject.org/>).

<sup>53</sup> Non solo la proposta di Costituzione identifica nella protezione della natura un possibile limite all'esercizio della libera iniziativa economica (art. 80, inc. 1), ma stabilisce anche che la legge possa prevedere restrizioni all'esercizio di alcuni diritti per proteggere l'ambiente e la natura (art. 106).

<sup>54</sup> Sul tema si v. P. CARETTI, *Lingua e Costituzione*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, maggio 2005.

con disabilità e gli anziani, altri tendenzialmente o decisamente inediti, come “las personas de las diversidades y disidencias sexuales y de género” (art. 27) o “las personas neurodivergentes” (art. 29)<sup>55</sup>.

Quest’ultimo riferimento, in particolare, mostra con tutta evidenza la natura pionieristica della proposta costituzionale che ambiva a farsi portatrice di una visione inclusiva dei diritti fondamentali e che, tuttavia, ha fatto riaffiorare i più classici dibattiti relativi al grado di specificità dei testi e del linguaggio costituzionali, legati anche all’esigenza di aggiornamento degli stessi.

Leggendo il testo, comunque, si coglieva agevolmente come eguaglianza e inclusione che hanno animato, dal punto di vista metodologico, l’operato della Convenzione costituente<sup>56</sup>, permeassero l’intero testo della proposta e, in particolare, la parte dedicata ai diritti fondamentali. Alla radice di essa, in effetti, è impossibile non notare il richiamo a due assi trasversali, che ne costituivano la spina dorsale.

Il primo, più specifico, era quello dell’eguaglianza di genere. Il riferimento al “género” compariva ben 46 volte nel testo della bozza e, in particolare nei primi due capitoli, l’attenzione al genere si presentava quale elemento essenziale dell’intero assetto ordinamentale, rappresentando uno dei cardini dell’eguaglianza, condizione di esercizio della democrazia (art. 6, inc. 1), obiettivo dello stato (6.3 e 25.3, anche nei termini di un contrasto alla violenza di genere, art. 27) e criterio guida nel disegno istituzionale e nell’esercizio delle funzioni pubbliche (6.4).

Il riferimento tornava, poi, nella declinazione di alcuni specifici diritti, rappresentando uno degli elementi chiave – fra gli altri – non solo dell’identità personale (art. 64), ma anche del diritto all’istruzione (35.4), dei diritti riproduttivi (61) e del diritto alla cura (art. 50)<sup>57</sup>.

---

<sup>55</sup> Nel testo emergono poi anche altre categorie, ancora più specifiche: es. *las personas sordas* (art. 12, inc. 2), *las personas con enfermedades graves o terminale*, ma anche *quienes ejercen trabajos de cuidados* (art. 50, inc. 3), o *el pueblo tribal afrodescendiente chileno* (art. 93).

<sup>56</sup> Discute del carattere rappresentativo della pluralità sociale dell’organo costituente S. PENASA, *Una nueva idea de Constitución para una nueva Constitución: Reflexiones desde la mirada italiana*, in C. CABEZAS CABEZAS, E. CORN (a cura di), *Derecho penal y nueva Constitución*, Santiago de Chile, 2021, 1-32.

<sup>57</sup> Il principio rappresenta inoltre il fondamento del *Sistema Nacional de Salud* (art. 44).

Un riferimento a parte, per la sua originalità, merita l'art. 49 che riconosceva i lavori domestici e di cura come lavori socialmente necessari e indispensabili per la sostenibilità e lo sviluppo della società. A tal proposito, il secondo inciso dell'articolo richiamava il dovere dello Stato di promuovere la co-responsabilità sociale e di genere, mettendo in atto meccanismi di redistribuzione del lavoro domestico e di cura, garantendo che esso non rappresentasse uno svantaggio per coloro che lo svolgono.

Più in generale, la bozza di Costituzione abbracciava un approccio fondato sull'intersezionalità<sup>58</sup> che avrebbe ambito a fronteggiare situazioni di disegualianza complesse, derivanti dalla sovrapposizione di diversi fattori (quali, per esempio il genere, la razza, l'etnia, l'età, la situazione di disabilità) che determinano situazioni di esclusione. La norma più eloquente, in questo senso, è quella contenuta nel quinto inciso dell'art. 25, relativo all'eguaglianza sostanziale: qui si rimarcava il dovere dello Stato di “tener especialmente en consideración los casos en que confluyan, respecto de una persona, más de una categoría, condición o motivo”.

## 6. *Un ampio – troppo ampio? – catalogo di diritti*

Venendo poi all'ampio catalogo dei diritti, la prima caratteristica che emerge con tutta evidenza – e che potrebbe certamente rappresentare uno dei punti fermi anche per gli sviluppi previsti per questo 2023 – era la forte apertura nei confronti delle carte internazionali dei diritti

---

<sup>58</sup> Nel 2018 la Secretaría Técnica de Igualdad de Género y No Discriminación della Corte Suprema ha pubblicato un *Cuaderno de buenas prácticas para incorporar la perspectiva de género en las sentencias*, all'interno del quale un capitolo è dedicato proprio a “La interseccionalidad”. In questo documento essa è definita come “aquella herramienta metodológica que permite entender cómo se cruzan y concurren en una persona o en un colectivo diferentes categorías sospechosas de discriminación (ejemplo: mujer, mapuche, adolescente, pobre, embarazada que reclama un servicio de salud), tornando más grave la experiencia de desventaja. La figura de la interseccionalidad ayuda en la comprensión de cómo estos casos comportan mayor gravedad y, por lo tanto, requieren de un análisis de mayor complejidad en la toma de las decisiones judiciales”. Secondo il testo, l'intersezionalità “rappresenta un meccanismo utile per il perseguimento dell'obiettivo di tutela dei diritti fondamentali”.

umani<sup>59</sup>. In via generale, l'art. 15 della proposta del 2022 prevedeva che costituissero parte integrante della Costituzione i diritti e gli obblighi stabiliti nei trattati internazionali sui diritti umani ratificati e vigenti in Cile, i principi generali di diritto internazionale sui diritti umani e il diritto internazionale consuetudinario (co. 1), essendo dovere dello Stato prevenire, indagare, punire e risarcire pienamente le violazioni dei diritti umani (co. 2).

Inoltre, tutti gli articoli relativi ai diritti civili e politici (1-21) della Dichiarazione dei diritti umani del 1948 trovavano un corrispettivo all'interno della bozza di Costituzione, in alcuni casi con assonanze quasi letterali. La differenza più significativa era probabilmente rinvenibile in riferimento all'art. 16 della Dichiarazione ONU, relativo alla libertà di sposarsi e fondare una famiglia. La proposta cilena, invece, conteneva una indicazione ben più ampia, desumibile dalla lettura congiunta dell'art. 62 – relativo al principio di autodeterminazione – e dall'art. 10 – che imponeva allo Stato il dovere di riconoscere e tutelare le famiglie “en sus diversas formas, expresiones y modos de vida, sin restringirlas a vínculos exclusivamente filiativos o consanguíneos, y les garantiza una vida digna”.

Notevoli somiglianze si riscontravano anche in riferimento ai diritti economici, sociali e culturali (in particolare, il diritto al lavoro e alla retribuzione, alla salute, alla sicurezza sociale, all'istruzione), anche se la Carta proposta in Cile conteneva una formulazione molto più estesa e comprensiva di questi diritti, prendendo in considerazione, per ciascuno di essi, la dimensione dell'uguaglianza di genere, i diritti dei popoli indigeni e delle persone storicamente soggette a discriminazione. Più nel particolare, molti diritti “classici” avevano trovato, nel testo del 2022, una serie di articolazioni molto specifiche e di dettaglio o forme di attualizzazione che ne esaltavano il volto più recente<sup>60</sup>. L'inclinazio-

---

<sup>59</sup> Come anticipato, la *Ley* 21.53, che ha modificato l'art. 154 della Costituzione ha individuato i diritti umani tutelati dal diritto internazionale come una delle «bases institucionales y fundamentales» delle quali tenere conto anche nella più recente fase costituente (inc. 3).

<sup>60</sup> L'esempio più significativo è certamente quello del diritto all'identità personale che avrebbe compreso “todas sus dimensiones y manifestaciones, incluyendo las carac-



ne alla specificità, che già si poteva intuire dal computo numerico degli articoli dedicati ai diritti fondamentali, è così confermata dall'analisi di alcune disposizioni dedicate a diritti più tradizionali, come il diritto all'istruzione, la cui definizione impegnava ben 9 articoli della bozza costituzionale (35-43).

Inoltre, come si diceva, diritti classici svelavano articolazioni peculiari: così, per esempio, trovano riconoscimento, nel diritto all'istruzione del quale si sta dicendo, il diritto all'educazione ambientale o all'educazione sessuale (artt. 39 e 40) e all'educazione digitale (90); e, nel diritto al lavoro, il diritto alla disconnessione digitale (46.1).

### 6.1. I diritti di matrice storica

Il novero dei diritti umani di matrice internazionale – con tutte le descritte peculiarità – era integrato dal richiamo ad altri diritti, più intimamente connessi alle vicende storiche dell'ordinamento cileno, sinteticamente richiamate in apertura, o saldamente radicati nei dibattiti più attuali.

Alcuni articoli, per esempio, si ponevano come paradigmatici in riferimento alla natura reattiva dei testi costituzionali<sup>61</sup>, che rispondono con un argine alle violazioni del passato: così, giocavano un ruolo di primo piano, trovando collocazione negli artt. 22, 23 e 24, il diritto alla memoria, alla verità, alla giustizia e alla riparazione<sup>62</sup>. Pur nella inevitabile vaghezza dei contenuti richiamati, l'introduzione in Costituzione di tali principi, che avrebbe implicato anche il superamento definitivo ed esplicito delle difficoltà date dalla *Ley de Amnistía* della quale si è detto, avrebbe rappresentato un passaggio non solo simbolico di estre-

---

terísticas sexuales, identidades y expresiones de género, nombre y orientaciones sexuales” (art. 64, inc. 1).

<sup>61</sup> Avvicinandosi in questo senso a quelle Costituzioni nate dalla resistenza, descritte in P. CARROZZA, *Constitutionalism's Post-modern Opening*, in M. LOUGHLIN, N. WALKER (a cura di), *The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form*, Oxford, 2007, 169-188.

<sup>62</sup> Sui testi costituzionali come oggetti di memoria, A. MASTROMARINO, *Quando la Costituzione si fa memoria. Perché le piazze cilene chiedono una nuova Costituzione?*, in *DPCE Online*, 46(1), 2021, 821-827.

ma rilevanza. Questi valori non avrebbero più potuto essere intesi come meri principi della transizione, ma sarebbero assurti ad aspetti immanenti alla pratica quotidiana di esercizio del potere pubblico, il cui rispetto è essenziale per la costruzione di un'etica sociale di cura e rispetto dei diritti fondamentali. L'ambizione inclusiva e sistematica di questo approccio emerge anche dall'*Informe Final de Verdad Histórica, Reparación Integral y Garantías de No Repetición*<sup>63</sup>, prodotto dalla *Comisión Transitoria de Derechos Humanos*, che ha allargato lo spettro di analisi, prendendo in considerazione le opinioni e le memorie di soggetti non contemplati nelle commissioni per la verità che avevano operato in passato, né politiche di riparazione della transizione alla democrazia. Molti degli esiti di questo lavoro sono confluiti nell'art. 24 della bozza di Costituzione.

A questi richiami, che guardano al passato, perché a esso non si faccia mai ritorno, se ne affiancavano altri, tutti orientati con lo sguardo al futuro. Si trattava, in particolare, di diritti che possono essere ascritti nelle categorie dei diritti di terza o quarta generazione, ammesso che queste abbiano un senso che va oltre quello di soddisfare mere esigenze descrittive di catalogazione.

## 6.2. La costituzionalizzazione dei diritti tecnologici e digitali

Per quanto riguarda i diritti che traggono la propria origine dallo sviluppo tecnologico, si segnala come il Cile, a partire dagli anni Novanta, abbia mostrato un'attitudine innovatrice in questo ambito, che ha raggiunto il proprio punto di massima espansione con il riconoscimento costituzionale, nel 2018, di un diritto fondamentale alla protezione dei dati personali, sancito come parte del dovere dello Stato di rispettare e proteggere la vita privata e l'onore di un individuo<sup>64</sup>. Il quadro che

---

<sup>63</sup> Il report è stato prodotto dalla *Subcomisión de Verdad Histórica, Reparación Integral y Garantías de No Repetición* della *Comisión de Derechos Humanos* della *Convencción Constitucional* nel dicembre del 2021.

<sup>64</sup> Attualmente, l'art. 19, inc. 7 prevede che "El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia, reputándose la afectación de ambos bienes jurídicos, como patrimonialmente reparables.

emergeva dalla bozza di Costituzione del 2022 era tuttavia quello di un ben più articolato statuto costituzionale dei diritti tecnologici e digitali<sup>65</sup>, che è il risultato dei meccanismi partecipativi promossi nel contesto del concluso primo processo costituente. In particolare, della possibilità di presentare iniziative della cittadinanza, ha approfittato il *Centro de Estudios en derecho informatico* dell'Università del Cile, con una proposta indirizzata al riconoscimento costituzionale di tre aree di interesse: la privacy, la protezione dei dati personali e la *cybersecurity*. L'iniziativa ha raccolto, in una sola settimana, più di 18.000 firme, diventando una delle 78 iniziative che hanno raggiunto la soglia di ammissibilità per entrare nella discussione costituzionale.

I lavori della Convenzione costituzionale hanno portato al riconoscimento dei diritti digitali negli artt. 70, da 85 a 89, 97 e 98.

Fra le innovazioni più significative quella sulla privacy, che viene riconosciuta non solo come diritto individuale, ma anche come diritto collettivo, l'art. 85 che introduce l'accesso universale alla connettività digitale e alle tecnologie dell'informazione e della comunicazione come forma di servizio pubblico e l'art. 87 che, occupandosi di computer e *cybersecurity*, estende le garanzie relative alla sicurezza dallo spazio fisico a quello digitale.

### 6.3. Ambiente e clima: una Magna Carta ecologica

Il secondo tratto profondamente innovativo e caratterizzante il progetto bocciato con il referendum di settembre 2022 era l'attenzione rivolta alla più pressante sfida della contemporaneità, quella ambientale e climatica.

Anche in questo caso la rilevanza era quantitativa, prima ancora che qualitativa: 8 degli 11 Capitoli nei quali era divisa la proposta del 2022 e 98 dei 388 articoli totali contenevano un riferimento all'ambiente.

---

Toda persona tiene derecho a la protección de sus datos personales. La ley regulará el tratamiento de los datos de carácter personal y las sanciones que acarrearán su incumplimiento o vulneración”.

<sup>65</sup> D. ZAROR MIRALLES, *Chile's draft constitution looks to the future: digital rights as fundamental rights*, in *ConstitutionNet*, 2 luglio 2022, online: <https://constitutionnet.org/>.

Il fulcro era certamente il Capitolo III, interamente dedicato alle questioni ambientali, che avrebbe potuto rappresentare il primo esempio di testo costituzionale volto a impegnare esplicitamente il governo nella lotta al cambiamento climatico<sup>66</sup>. E, tuttavia, questo capitolo si inseriva in un approccio complessivo che passava anche per l'individuazione di alcuni innovativi diritti fondamentali.

La norma di apertura del testo connotava immediatamente l'intero ordinamento in questo senso, rompendo con la tradizione neoliberale e definendo il Cile uno stato sociale<sup>67</sup>, democratico, plurinazionale, interculturale e, per quanto qui più interessa, ecologico. La "relazione indissolubile degli esseri umani con la natura" rappresentava un valore fondamentale (art. 1) e lo Stato, tenuto conto dell'interdipendenza stretta fra individui e popoli e natura, avrebbe avuto il dovere di promuovere un "equilibrio armonioso fra le persone, la natura e l'organizzazione della società" (art. 8).

Oltre a quanto già detto in riferimento alla Natura come soggetto di diritti e fonte di limiti per i diritti individuali, la bozza confermava il diritto umano a un ambiente sano – che diventava anche "ecologicamente bilanciato" (art. 104) – e all'aria pulita (art. 107), impegnava lo Stato a garantire una "educazione ambientale" (art. 39), ad assicurare la sovranità e la sicurezza alimentare (art. 54) e a promuovere "sistemi alimentari ecologicamente responsabili" (art. 54). Un'altra previsione fondamentale riguardava l'acqua, in riferimento alla quale, diversamente da quanto avviene nella Costituzione vigente, si perdevano i riferimenti ai diritti individuali, rimarcandone fortemente la natura di bene pubblico. Il diritto all'acqua si presentava, insieme al diritto a servizi igienici sufficienti, sicuri, accettabili, economici e accessibili, in una

---

<sup>66</sup> L'art. 129 prevede il dovere dello Stato di adottare azioni di prevenzione, adattamento e mitigazione dei rischi, delle vulnerabilità e degli effetti causati dalla crisi climatica ed ecologica, mentre ai sensi dell'art. 128, chiunque danneggi l'ambiente ha il dovere di ripararlo, senza pregiudizio per sanzioni amministrative, penali e civili previste dalla legge.

<sup>67</sup> Su questa trasformazione, si v. C. VIERA ÁLVAREZ, M.-J. CASTRO HERNÁNDEZ, F. VERA ABARZÚA, *El caso chileno: de la Constitución neoliberal a la Constitución social y democrática*, in *Hybris. Revista de Filosofía*, Numero speciale "Procesos constituyentes latinoamericanos", 12, 2021, 91-133.

nuova veste: tali diritti, infatti, dovevano essere garantiti dallo Stato alle generazioni presenti e future (art. 57), aprendo la possibilità a una ulteriore espansione dei destinatari di diritti.

Il ruolo prioritario e strategico di tali diritti era confermato dall'atteggiamento pratico-operativo del Capitolo 3 che prevedeva la creazione di un organo autonomo, l'Ufficio del Difensore civico della natura, per promuovere e proteggere i diritti ambientali e i diritti della natura (art. 148). La Costituzione, infine, prevedeva anche la creazione di tribunali ambientali (art. 133) ai quali i cittadini avrebbero potuto rivolgersi direttamente, senza dover esaurire i ricorsi amministrativi e dunque garantendo, almeno in potenza, una tutela celere e concreta dei diritti sanciti.

### *7. L'eredità di un tentativo fallito. Il costituzionalismo fra forme tradizionali e contenuti nuovi*

In conclusione, quello contenuto nella proposta del 2022 era un catalogo ampio e innovativo che, tuttavia, non è stato accolto con il favore che alcuni auspicavano. Le ragioni che hanno condotto al rigetto della proposta e aperto una nuova fase costituente, richiedono un'analisi complessa e approfondita che trascende lo scopo di questo contributo. Pare, però, che la parte del testo relativa ai diritti fondamentali, in ragione dei tratti che si sono descritti, possa essere considerata sede di una parte significativa di responsabilità del fallimento del progetto.

I limiti intrinseci di uno strumento di democrazia diretta come il referendum confermativo si sono palesati con evidenza di fronte a una carta forse fin troppo estesa e pionieristica di diritti. Avalla questa affermazione il fatto, per esempio, che il 4 settembre 2022 il popolo cileno si sia trovato a dover decidere, con un *apruebo* o con un *rechazo*, anche di diritti apertamente divisivi che, dal punto di vista della comparazione, faticano a trovare riconoscimento nei testi costituzionali.

Gli ovvi riferimenti, già accennati, vanno qui al diritto alla morte degna – che implicava un diritto delle persone di prendere decisioni libere e informate sulle proprie cure e sui trattamenti alla fine della vita (art. 68) – e ai diritti sessuali e riproduttivi – che si traducono, da un

lato, nel diritto “a decidir de forma libre, autónoma e informada sobre el propio cuerpo, sobre el ejercicio de la sexualidad, la reproducción, el placer y la anticoncepción” e, dall’altro, nel dovere dello Stato di garantire, per il loro esercizio, informazione, servizi e prestazioni necessari, oltre che le condizioni per una gravidanza, un’interruzione volontaria di gravidanza, un parto e una maternità volontari e protetti (art. 61) –.

Si tratta di diritti che in alcuni (sempre più) ordinamenti si sono trattati, facendo ricorso al metodo deduttivo, dai principi costituzionali (ampiamente condivisi), con sorti alterne, in diversi momenti storici, con differenti modalità di elaborazione e con peculiarità proprie di ciascun ordinamento. La recente vicenda Dobbs, negli Stati Uniti, è solo un indice di quanto difficilmente questi diritti possano essere sottratti all’arena della discussione politica.

Per quanto concerne i diritti fondamentali, dunque, la proposta del 2022 potrebbe essere risultata eccessivamente ambiziosa, connotata secondo alcuni da previsioni molto di dettaglio, che si occupano più di porre auspici e aspirazioni, che di fornire indicazioni chiare rispetto alle priorità e agli strumenti di attuazione.

Le esigenze di pluralismo, che hanno rappresentato l’inedita chiave metodologica dell’operato della Convenzione costituente, richiedono, probabilmente, di coniugare l’esigenza di riconoscimento di diritti nuovi<sup>68</sup> – intesi come bisogni che emergono nel contesto di un conflitto sociale – con quella di attenersi ad alcuni caratteri del linguaggio costituzionale tradizionale, prediligendo, nel testo, un maggior grado di generalità (a sacrificio del dettaglio) e di flessibilità, lasciando aperte le vie a processi successivi di interpretazione e sviluppo<sup>69</sup>.

---

<sup>68</sup> L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Bari, 2007. Analogamente, ricorda Häberle che non esiste «un numerus clausus delle dimensioni di tutela a garanzia dei diritti fondamentali, come non c’è un numerus clausus dei pericoli» (P. HÄBERLE, *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale*, Firenze, 1993, 187).

<sup>69</sup> In questi termini si è espressa la Commissione di Venezia con l’opinione n. 1075/2022 *On the drafting and adoption of a new Constitution*, adottata il 18-19 marzo 2022, su sollecitazione della Presidente del Senato cileno e di alcuni senatori (par. 20). Nelle parole della Commissione, “it would seem necessary that the new constitution strike a balance among competing requests and aspirations. This in turn often requires resort to a higher degree of generality in the constitutional language and a lesser

L'esito del recente referendum, tuttavia, non deve impedire di cogliere la spinta innovativa intessuta nella proposta del 2002 che, per certi aspetti, sembra cogliere a pieno i tratti sempre più pressanti di un costituzionalismo sociale, ambientale, intergenerazionale e tecnologico<sup>70</sup>.

---

degree of detail, leaving appropriate flexibility in the text for the interpretation and development of the fundamental principles contained in the constitution by the ordinary state institutions: parliament, the government, the judiciary, and the Constitutional Court”.

<sup>70</sup> Su questi concetti, si v., rispettivamente, T. GROPPI, *Oltre le gerarchie. In difesa del costituzionalismo sociale*, Bari, 2021; J.R. MAY, E. DALY, *Environmental Constitutionalism*, Cheltenham, 2016 e, di recente, D. AMIRANTE, *Costituzionalismo ambientale*, Bologna, 2022; I. GONZÁLEZ-RICOY, A. GOSSERIES (a cura di), *Institutions for future generations*, Oxford, 2016; G. DE GREGORIO, *Digital Constitutionalism in Europe. Reframing Rights and Powers in the Algorithmic Society*, Cambridge, 2022; O. POLLICINO, *Judicial Protection of Fundamental Rights on the Internet: A Road Towards Digital Constitutionalism?*, Oxford, 2021.





SECONDA SEZIONE

**PROFILI PENALISTICI**



# IL DIRITTO PENALE APPLICABILE ALLE PERSONE CHE SI DICHIARANO APPARTENENTI A POPOLI ORIGINARI ALLA LUCE DEL RICONOSCIMENTO COSTITUZIONALE

*Carlos Cabezas  
Emanuele Corn*

*SOMMARIO: 1. Multiculturalismo e pluralismo giuridico. 2. Esperienze comparate: giurisdizione penale indigena in Messico e Colombia. Speciale riferimento al limite posto dal rispetto dei diritti umani. 2.1. Caratteristiche generali. 2.2. Reato e sanzione. 2.3. Diritto comparato: Messico e Colombia. 3. Il pluralismo giuridico in Cile nel diritto vigente ed il progetto respinto di nuova Costituzione. 3.1. Pluralismo giuridico in Cile nel diritto vigente. 3.2. Multiculturalismo, pluralismo giuridico e necessità di norme costituzionali che lo riconoscano. 3.3. Disanima delle norme relative alla giustizia indigena nel progetto respinto di nuova Costituzione. 3.4. La prospettiva interculturale nella giurisprudenza penale cilena, con speciale riguardo ai popoli altiplanici del nord del Paese. 3.5. Giurisprudenza relativa al multiculturalismo nella casistica afferente ai popoli andini del nord del Cile, con speciale riferimento al problema della foglia di coca. 4. Conclusioni.*

## *1. Multiculturalismo e pluralismo giuridico*

In quasi tutti i Paesi del mondo il multiculturalismo è un dato di fatto. All'interno degli stessi confini vivono persone che si riconoscono in gruppi culturali diversi e questo non potrebbe che essere così, dato che nel mondo ci sono migliaia di gruppi culturali, mentre il numero di Stati non supera le duecento unità. Inoltre, i trattati che decidono le linee di confine spesso non considerano il rispetto delle somiglianze e delle differenze culturali come un principio fondamentale.

L'idea della sinergia tra uno Stato (come istituzione) e la legge penale che regola un determinato territorio probabilmente ha toccato il suo apice a cavallo degli anni Ottanta del secolo scorso.

Ma non è sempre stato così, o meglio: quasi mai<sup>1</sup>, e solo un certo modo di concepire lo Stato e il concetto di nazione ha potuto far prevalere l'idea che le regole da rispettare seguissero i confini territoriali, abbandonando progressivamente una visione contraria che per secoli, con il suo apice nel Medioevo, ha enfatizzato, invece, lo *status* degli individui.

Attualmente, e almeno dall'inizio del secolo, ci troviamo in un momento in cui il pendolo della storia sembra oscillare nella direzione opposta. In Cile e in altri Paesi dell'America Latina, alcune differenze culturali vengono nuovamente valorizzate<sup>2</sup>. Lo si nota in molti aspetti e in particolare nel linguaggio: nessuno di noi, fino a pochi anni fa, si riferiva agli Aymara o ai Mapuche con l'espressione "popolo originario" che, più corretta dal punto di vista storico, sta sostituendo "popolo indigeno" che prima veniva usato frequentemente.

Non spetta al diritto spiegare le molte ragioni che hanno determinato questo cambio di prospettiva, essendo comunque suo dovere trovare una disciplina ordinata che permetta lo sviluppo equilibrato di tutti i principi e valori coinvolti.

Le modalità giuridiche per garantire spazio alle diverse componenti culturali di un Paese sono così varie che è difficile trovare modelli univoci. In Europa la gamma è molto ampia: in Belgio, ad esempio, le macroaree della Vallonia e delle Fiandre sono chiaramente divise dal punto di vista culturale ed entrambe sono governate da istituzioni separate che conferiscono una quantità limitata di poteri allo Stato federale, che le unisce<sup>3</sup>. In Italia, invece, le minoranze linguistiche sono costituzionalmente riconosciute, il che determina (per fare un esempio "penalistico") che in provincia di Bolzano, l'imputato possa scegliere la lingua

---

<sup>1</sup> R. SACCO, *Antropologia giuridica. Contributo a una macrostoria del diritto*, Bologna, 2007, 59-74. V. anche: I. RUGGIU, *Il giudice antropologo. Costituzione e tecniche di composizione dei conflitti multiculturali*, Milano, 2012, 217-267.

<sup>2</sup> R. STAVENHAGEN, *Los pueblos originarios. El debate necesario*, Buenos Aires, 2010, 5-30.

<sup>3</sup> G. CONTI, *Il procedimento di revisione costituzionale in deroga all'art. 195 della Costituzione belga. Dall'Accordo Papillon alla nuova riforma dello Stato*, in *Osservatorio dell'Associazione italiana dei costituzionalisti*, 1, 2014, 1 s.

del processo, ed è dovere dello Stato fare in modo che si svolga in tedesco se questi lo preferisce<sup>4</sup>.

Questo esempio ci permette di introdurre un altro concetto chiave di questo lavoro, ovvero il “pluralismo giuridico”<sup>5</sup>. Quando si usa questo termine, si può fare riferimento a costruzioni ordinarie che non hanno nulla a che fare con le differenze culturali, poiché, ad esempio, si può pensare all’Argentina, che ha un codice penale per tutto il suo enorme territorio, ma tanti codici di procedura quante sono le entità che compongono il Paese<sup>6</sup>.

Tuttavia, vediamo giustamente abbinati sempre più spesso i concetti di “multiculturalismo” e “pluralismo giuridico”, quest’ultimo come possibile espressione istituzionale delle differenze insite nelle diverse culture di un Paese.

Il collante giuridico che collega multiculturalismo e pluralismo giuridico è il diritto all’autodeterminazione dei popoli, ovvero uno dei concetti che hanno segnato la seconda parte del XX secolo<sup>7</sup>, determinando fenomeni di vasta portata come la rapida decolonizzazione dell’Africa.

Si tratta di un diritto a cui la bozza della nuova Costituzione del 2022<sup>8</sup> faceva grande riferimento e che, al contrario, non ha alcun riferimento nel testo attualmente ancora in vigore come legge fondamentale.

---

<sup>4</sup> F. CORAN, *Processo penale e diritto alla lingua in Alto Adige-Südtirol*, in F. RUGIERI, T. RAFARACI, G. DI PAOLO, S. MARCOLINI, R. BELFIORE (a cura di), *Processo penale, lingua e Unione europea*, Padova, 2013, 247-266.

<sup>5</sup> R. SACCO, *op. cit.*, 75-88. Dà conto di questo rispetto al Messico M.E. MALDONADO SMITH, *Pluralismo giuridico nelle società multiculturali. Il caso della giurisdizione speciale indigena in Messico*, in *Diritto penale XXI secolo*, 2, 2020, 267-268. Si tratta di teorizzazioni non del tutto nuove per il diritto. Il giurista italiano le ha apprese attraverso l’opera di S. ROMANO, *L’ordinamento giuridico*, II ed., Firenze, 1946, 106-122.

<sup>6</sup> D. PASTOR, *Presentazione*, in G. FORNASARI, E. CORN, E. FRONZA, A. MENGHINI (a cura di), *Il Codice penale della Nazione Argentina*, Padova, 2008, XI-XIX.

<sup>7</sup> G. GUARINO, *Autodeterminazione dei popoli e diritto internazionale*, Napoli, 1984.

<sup>8</sup> La proposta di Costituzione politica della Repubblica del Cile del 2022 sancisce il principio dell’autodeterminazione dei popoli all’articolo 14. Nel Capitolo I (Principi e disposizioni generali) ci sono molti altri riferimenti allo stesso principio, ad esempio: l’art. 1 (Lo Stato è plurinazionale e interculturale), l’art. 5 (nel suo insieme) e, con riferimenti minori, il 2, il 7, l’8, l’11 e il 12. Nel testo in vigore a fini costituzionali dal

Nonostante questo silenzio, figlio di un'epoca e di un'ideologia politica che fortunatamente hanno pochi legami con il Cile di oggi, ci sono molte possibilità che la dimensione multiculturale entri nel sistema giuridico cileno (compresi gli aspetti penali). Senza che finora ci sia stato molto clamore, nella prassi dei tribunali il multiculturalismo è un elemento che trova spazio e legittimazione, anche se attende che gli venga assegnato il giusto quadro dogmatico a livello nazionale<sup>9</sup>.

## 2. *Esperienze comparate: giurisdizione penale indigena in Messico e Colombia. Speciale riferimento al limite posto dal rispetto dei diritti umani*

### 2.1. *Caratteristiche generali*

Prima di passare all'analisi del contesto cileno, riteniamo utile offrire alcune informazioni, seppur sintetiche, sulle esperienze più significative di altri Paesi dell'America Latina, che a nostro avviso sono Colombia e Messico.

È chiaramente impossibile esaminare nel dettaglio le caratteristiche specifiche di tutti i popoli nativi nell'amministrazione della giustizia, ma vi sono alcuni elementi che li separano quasi sempre dal modello istituzionalizzato dei Paesi occidentali.

---

1980, non c'è alcun riferimento ai popoli e alle nazioni che abitavano e governavano il territorio prima della conquista spagnola.

<sup>9</sup> Di seguito verranno fornite indicazioni in merito alla dottrina cilena. Per quella italiana, si vedano A. BERNARDI, *Modelli penali e società multiculturale*, Torino, 2006; C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati. Ideologie e modelli penali*, Pisa, 2010; F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, Milano, 2010; G. FORNASARI, *Le categorie dogmatiche del diritto penale davanti alla sfida del multiculturalismo*, in W. HASSEMER (a cura di), *In dubio pro libertate. Festschrift für Klaus Volk Zum 65. Geburtstag*, München, 2009, 177-192; ID., *Mutilazioni genitali femminili e multiculturalismo: premesse per un discorso giuspenalistico*, in A. BERNARDI, B. PASTORE, A. PUGIOTTO (a cura di), *Legalità penale e crisi del diritto, oggi. Un percorso interdisciplinare*, Milano, 2008, 179-202.

In primo luogo<sup>10</sup>, non esiste una divisione chiara e definita delle categorie di diritto civile, penale e amministrativo. Dall'altro lato, invece, trovano spazio concetti che non hanno mai avuto un ruolo nel diritto istituzionalizzato in Occidente, o che lo hanno perso nel tempo: la religione, la natura e le forme di spiegazione di eventi e fenomeni diverse da quella scientifica in senso stretto.

In secondo luogo, quasi tutte le esperienze di diritto indigeno sono meno sviluppate in termini di diritti dell'individuo singolarmente inteso<sup>11</sup>. Ciò non deve sorprendere, dato che l'individualismo (con i suoi aspetti positivi e negativi) è una delle caratteristiche più emblematiche del mondo occidentale contemporaneo. Non diversamente da alcune esperienze locali che sono sopravvissute fin dal Medioevo nel diritto dei Paesi occidentali, nel diritto indigeno la titolarità di vari diritti è collocata nella famiglia allargata, nella comunità o nel villaggio nel suo complesso.

L'oralità<sup>12</sup> è il terzo elemento da considerare. Non si tratta semplicemente dell'oralità dei processi, poiché l'assenza di scrittura si riferisce anche alle fonti scritte e ai precedenti giudiziari. La memoria ha quindi un valore e un ruolo decisivo, anche se, allo stesso tempo, i processi decisionali finiscono per essere più rapidi, dinamici e pragmatici di quelli realizzati con materiale scritto.

Questo elemento è l'aspetto esterno e strumentale dello scopo del sistema processuale indigeno, il cui obiettivo principale non è la punizione in sé, ma il riequilibrio dell'ordine sociale interno alla comunità, che deve autoconservarsi e prosperare. A volte questo obiettivo viene raggiunto ricorrendo a misure conciliative, anche se non è sempre così, poiché è importante considerare che il diritto indigeno non è necessariamente più "leggero" del diritto occidentale istituzionalizzato.

---

<sup>10</sup> R. SACCO, *op. cit.*, 237-246.

<sup>11</sup> R. SACCO, *op. cit.*, 247-261; M.E. MALDONADO SMITH, *op. cit.*, 270.

<sup>12</sup> C.H. DURAND ALCÁNTARA, M.D. SILVA MALDONADO, *Los indios ante el derecho mexicano, un intrincado proceso*, in *Política y Cultura*, 35, 2011, 82; J.A. GONZÁLEZ GALVÁN, *El estado, los indígenas y el derecho*, México, 2010, 380; R. SACCO, *op. cit.*, 192-202.

In quarto luogo, la selezione per le cariche pubbliche<sup>13</sup> utilizza sistemi diversi dai due più comuni nei sistemi di tipo occidentale: l'elezione e il concorso pubblico. Da un lato si registrano ancora esperienze di successione per eredità, ma dall'altro anche di selezione tramite percorsi *ad honorem*: chi ha ottenuto i migliori risultati in incarichi minori può aspirare a ricoprire cariche sempre più importanti.

In questo aspetto, come in un altro molto importante, che è quello della competenza, l'ibridazione del diritto indigeno gioca un ruolo significativo. Non esistono più comunità che vivono isolate senza aver avuto alcun contatto con il contesto occidentale: non sorprende pertanto che nel diritto di alcuni popoli indigeni siano entrati (e siano rimasti) elementi risalenti addirittura all'epoca coloniale<sup>14</sup>.

## 2.2. *Reato e sanzione*

Chiariti questi elementi sistemici, è possibile rivolgere l'attenzione a ciò che nel contesto indigeno è considerato un reato e alla sua sanzione.

Partendo da quest'ultima, il dato centrale è che la privazione della libertà non trova praticamente applicazione come pena<sup>15</sup>, essendo utilizzata al massimo sotto forma di detenzione preventiva prima e durante il processo.

Pertanto, se da un punto di vista formale definiamo i reati come illeciti che provocano come reazione dello Stato le sanzioni che chiamiamo pene (e che corrispondono a una lista chiusa) nel contesto indigeno, la differenza è notevole. Anche guardando la questione da un punto di vista sostanziale, non c'è corrispondenza, poiché i reati più gravi non sono legati a concettualizzazioni come la lesione di beni giuridici.

Nel diritto dei popoli indigeni, i reati sono quei comportamenti che mettono in pericolo o mettono a repentaglio l'equilibrio della comunità<sup>16</sup>.

---

<sup>13</sup> E. BORJA JIMÉNEZ, *Derecho indígena, sistema penal y derechos humanos*, in *Nuevo Foro Penal*, 73, 2009, 14.

<sup>14</sup> Tuttavia, R. SACCO, *op. cit.*, 79-86.

<sup>15</sup> M.L. SORIANO GONZÁLEZ, *El derecho a un sistema jurídico propio y autónomo en los pueblos indígenas de América Latina*, in *Universitas Revista de Filosofía, derecho y política*, 16, 2012, 205.

<sup>16</sup> E. BORJA JIMÉNEZ, *op. cit.*, 21 s.



La punizione non trova quindi il suo fondamento nell'idea di retribuzione: un male che risponde a un altro male finirebbe per aumentare i problemi della comunità, anziché diminuirli.

La rieducazione ha quindi maggiori margini di manovra, anche se è necessario considerarla non tanto a beneficio dell'individuo quanto della comunità.

Ciononostante, vi sono molti elementi di tensione con il rispetto dei diritti umani del condannato<sup>17</sup>. Anzi, insisto nel sottolineare come il frequente tentativo di favorire la conciliazione e la mediazione non determini di per sé la flessibilità del diritto indigeno nel suo complesso.

Comportamenti come l'ozio, l'adulterio, l'ubriachezza sono reati in molte comunità indigene, mentre nel diritto occidentale istituzionalizzato hanno progressivamente cessato di esserlo, man mano che le istituzioni dello Stato liberale sono diventate progressivamente più stabili e strutturate. Ciò non deve sorprendere: l'adulterio palese è un evento insignificante per uno Stato in cui vivono milioni di persone, mentre, nello spazio di un villaggio, è un evento profondamente disturbante. Questa frattura dell'equilibrio può infatti mettere a repentaglio il benessere della comunità che richiede l'intervento, a poco rilevando se per proteggere questo verrebbero sacrificate la *privacy* e lo sviluppo della personalità individuale (per non parlare della magia e dell'esoterismo).

Se questo vi sembra troppo poco, considerate le sanzioni. Laddove la giustizia si esprime in forma dialogica, con strumenti che potremmo definire di giustizia riparativa<sup>18</sup>, non possiamo fare a meno di notare il

---

<sup>17</sup> M.E. MALDONADO SMITH, *op. cit.*, 277.

<sup>18</sup> La giustizia esercitata dai vari popoli indigeni si avvale spesso di uno o più degli strumenti elencati dall'ISPAC. ISPAC è l'acronimo di *International Scientific and Professional Advisory Council of the United Nations Crime Prevention and Criminal Justice Program*. Questa lista si trova nel documento preparatorio della *Tenth United Nations Congress in the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders*, Vienna, 10-17 aprile 2000, *An overview of restorative justice programmes and issues* (A/CONF.187/NGO/13 6), ispirandosi ai suggerimenti contenuti nel § 7 della risoluzione 53/10 dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite del 9 dicembre 1998 e nei §§ 5 e 11 della risoluzione 54/125 del 17 dicembre 1999. Lo stesso elenco è stato pubblicato, accompagnato da ampie riflessioni, in G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, Milano, 2003, 127-130. Chia-

fascino nostalgico di una foresta che sembra un paradiso terrestre, rispetto alle nostre prigioni.

Quando, andando un po' più a fondo, compaiono le condanne pubbliche e l'acquisizione di beni da destinare all'uso collettivo, si cominciano a sentire alcune note che al penalista sembrano stonate. Così, le condanne pubbliche ci ricordano la gogna, mentre non ci sentiremmo dei buoni penalisti se in qualche occasione pubblica non avessimo invocato limiti maggiori per la confisca e condannato come barbaro l'istituto della nazionalizzazione dei patrimoni.

Quando, infine, si mettono sul tavolo le punizioni corporali, le frustate e l'espulsione dei membri delle rispettive comunità, il diritto dei popoli nativi perde ogni interesse per la maggior parte dei penalisti<sup>19</sup>. Finisce per assumere le sembianze del coccodrillo, il dinosauro del passato che fortunatamente è sopravvissuto da solo, perché se i suoi "fratelli maggiori" esistessero ancora, gli esseri umani vivrebbero nel terrore.

### 2.3. *Diritto comparato: Messico e Colombia*

Sia in Messico che in Colombia, privilegiando il diritto dei popoli all'autodeterminazione, i processi per stregoneria e le punizioni corporali sono accettati dal sistema giuridico<sup>20</sup>.

---

ramente esistono varie liste alternative: cfr. E. MATTEVI, *Una giustizia più riparativa*, Napoli, 2017, 120 s.

<sup>19</sup> E. BORJA JIMÉNEZ, *Sobre la existencia y principios básicos del sistema penal indígena*, in ID. (a cura di), *Diversidad cultural: Conflicto y Derecho. Nuevos horizontes del Derecho y de los derechos de los pueblos indígenas de Latinoamérica*, Valencia, 2006, 259-372.

<sup>20</sup> In Messico, la tradizione orale dei popoli indigeni non consente di rendere pubblici molti di questi casi, perché non esistono sentenze scritte. Così come il riparto di competenze da parte delle istituzioni statali a favore dei popoli indigeni è una novità, lo sono anche i ricorsi giudiziari contro le decisioni prese dalle autorità indigene. Da parte sua, la Colombia, che ha riconosciuto questi sistemi dal 1991, può avvalersi delle indicazioni contenute in molte sentenze della sua Corte costituzionale in materia di punizioni corporali, lavoro forzato ed esilio. Cfr. Corte costituzionale colombiana (CCC), sentenze T-346/96, dell'8 agosto 1996 (lavori forzati); T-254/94, del 30 maggio 1994 (esilio) e T-523/97, del 15 ottobre 1997 (frustate).

Come è possibile? E quali sono i limiti da porre per non turbare il delicato equilibrio dello Stato di diritto?

Deve essere chiaro come il sistema sia comunque guidato dal principio di unitarietà dell'ordinamento giuridico. Non ci sono tanti ordinamenti giuridici quanti sono i popoli: sia in Messico che in Colombia, l'unico ordinamento giuridico è quello statale<sup>21</sup>, nell'ambito del quale i diritti dei popoli indigeni sono riconosciuti secondo le forme e i limiti indicati nelle rispettive costituzioni.

La soglia principale che viene solitamente indicata è il rispetto dei diritti umani (degli accusati), espressione tanto indiscutibile nella sua purezza quanto discutibile<sup>22</sup> proprio per la presenza delle pene e degli atti illeciti che abbiamo appena citato.

In Messico, la Corte Suprema ha predeterminato un protocollo generale in materia che incoraggia i professionisti del diritto, riconoscendo la natura multiculturale dello Stato messicano, a interpretare il diritto in chiave interculturale alla luce dei principi costituzionali<sup>23</sup>.

Il compito consiste in un delicato lavoro di armonizzazione che (risalendo alla giurisprudenza della Corte costituzionale colombiana)<sup>24</sup> non può andare oltre uno zoccolo duro formato da: a) il diritto alla vita; b) il divieto di schiavitù; c) il divieto di tortura; d) la legalità procedurale.

Un punto di vista esterno all'esperienza indigena non può essere sufficiente, perché se lo fosse, per rispetto del principio di legalità nel suo aspetto di riserva di legge, non solo la frusta ma qualsiasi pena non indicata nei codici penali dei diversi Stati messicani dovrebbe essere rifiutata *in toto*.

Si deve tenere conto anche del punto di vista interno di coloro che attuano tali pratiche e solo se non è possibile un'armonizzazione, dopo

---

<sup>21</sup> M.E. MALDONADO SMITH, *op. cit.*, 267-268.

<sup>22</sup> B. BELTRÁN GUTIÉRREZ, *El proceso penal indígena: desde el delito hasta la sanción*, in *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2006, 807-813; E. BORJA JIMÉNEZ, *op. ult. cit.*, 260.

<sup>23</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren Personas, Comunidades y Pueblos Indígenas*, México, 2014.

<sup>24</sup> CCC, sent. T-523/97, 15 ottobre 1997.

un esame trasparente, l'azione può essere considerata contraria ai diritti umani<sup>25</sup>.

L'esempio della stregoneria chiarisce molto, se si considera che in numerose comunità il contatto con ciò che non sembra rientrare nelle regole scientifiche è un aspetto fondamentale della vita. L'armonia della comunità può essere minacciata da un esercizio inappropriato di contatto con la dimensione del mondo soprannaturale, e questa appropriatezza corrisponde a un esercizio che potremmo definire "professionale" di quella che spesso viene definita stregoneria, con parole non prive di discredito.

Se si esamina il comportamento illecito in una prospettiva interculturale<sup>26</sup>, si può allora prescindere dall'etichetta di "stregoneria" e considerare che ciò che viene punito è lo svolgimento di un comportamento proprio di una carica pubblica (lo stregone), senza la dovuta autorizzazione data da chi è stato legittimato dalla comunità a farlo.

Se la questione è vista in questo modo, bisogna considerare che chi si veste da poliziotto e/o si comporta come se lo fosse, approfittando di chi lo considera tale, in Cile e in Italia<sup>27</sup> è punito con la reclusione.

### *3. Il pluralismo giuridico in Cile nel diritto vigente ed il progetto respinto di nuova Costituzione*

#### *3.1. Pluralismo giuridico in Cile nel diritto vigente*

In Cile, di fronte alla diversità culturale o al multiculturalismo, ci sono tre atteggiamenti che, nella letteratura nazionale, possono essere contemplati: il primo è il riconoscimento di un sistema giudiziario differenziato, con norme, procedure e autorità diverse da quelle dello Stato

---

<sup>25</sup> M.E. MALDONADO SMITH, *op. cit.*, 282.

<sup>26</sup> SCJN, *Protocollo*, cit., 39. Il Protocollo chiarisce come ogni soggetto parte del sistema, in uno Stato multiculturale, ha l'obbligo di «leggere il diritto in chiave interculturale» alla luce dei principi costituzionali.

<sup>27</sup> Ci sia concesso citare E. CORN, *Art. 497 ter Possesso di segni distintivi contraffatti*, in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, P. VENEZIANI (a cura di), *Codice penale commentato con dottrina e giurisprudenza*, Torino, 2018, 1858-1860.

– che intendiamo come riconoscimento del pluralismo giuridico –, il secondo corrisponde alla rinuncia statale all'applicazione di alcune norme di diritto penale sostanziale a determinati gruppi etnici e il terzo ipotizza l'esistenza – in materia penale – di cause di esenzione o attenuazione della responsabilità quando l'autore del reato è membro di un popolo originario<sup>28</sup>.

È evidente, ancor più dopo il 4 settembre 2022, che il Cile non riconosce il pluralismo giuridico delle comunità, dei popoli o dei gruppi etnici presenti sul suo territorio, cioè il primo degli atteggiamenti che lo Stato può avere nei confronti della diversità culturale. L'attuale testo costituzionale, in linea con la filosofia che lo ispira, non menziona in alcun modo i popoli originari che hanno abitato e abitano tuttora il Cile.

Questo mancato riconoscimento, basato su una presunta uguaglianza materiale, ha portato a rendere invisibile l'esistenza di questa diversità culturale. Allo stesso tempo, è anche chiaro che non riconosce la seconda delle opzioni proposte, cioè la rinuncia al diritto penale sostanziale di uno Stato per alcuni gruppi etnici.

Le norme derivate dalla Legge Rapa Nui<sup>29</sup> e dalla Legge Indigena (in part.: art. 54 *Ley* 19.253) potrebbero essere interpretate solo come parte del terzo atteggiamento, cioè quello che riconosce motivi di esenzione dalla responsabilità penale basati su differenze culturali.

---

<sup>28</sup> S. MILLALEO, *Informe en Derecho: Derecho Consuetudinario indígena y Derecho penal estatal en Chile: sentido y alcance del artículo 54 de la Ley Indígena y el reconocimiento de la costumbre como eximente y atenuante, a la luz del Convenio 169 de la OIT y la declaración Universal de Derechos de los pueblos indígenas*, in *Estudios y capacitación. Aspectos culturales de la Defensa de imputados indígenas*. Centro de Documentación, Defensoría Penal Pública, Santiago, 2016, 19.

<sup>29</sup> Rapa Nui è il nome che l'Isola di Pasqua aveva prima della colonizzazione europea. Nella legislazione cilena sono numerose le norme che stabiliscono regole differenziate per chi vive o viaggia sull'isola. La principale è la *Ley de isla de pascua* n. 16.641, modificata dalla *ley* 21.451 che abrogò gli artt. 13 e 14 che prevedevano riduzioni di pena per il delitto di violenza sessuale. Sulla controversia sollevata per la prima volta da un'azione di inapplicabilità per incostituzionalità di queste norme, prima della loro abrogazione, si veda L. VILLAVICENCIO, Y. ZÚÑIGA, *El caso de la "Ley Pascua". Un enfoque más allá del todo o nada*, in *Rev. derecho (Valdivia)*, vol. 35 no.1, jun. 2022.

### 3.2. *Multiculturalismo, pluralismo giuridico e necessità di norme costituzionali che lo riconoscano*

A questo proposito, durante l'elaborazione della nuova Costituzione, è stata discussa la necessità di inserire nella futura Carta fondamentale norme che riconoscessero il sistema giudiziario indigeno. La stessa Convenzione, a seguito delle modifiche apportate dopo il plebiscito che ha dato il via al processo costituzionale, ha previsto dei seggi riservati ai rappresentanti dei popoli nativi o indigeni e, in questo modo, sono state inserite delle norme nel capitolo sul sistema giudiziario.

Prima di passare in rassegna il modo in cui questo riconoscimento è stato previsto nel testo, è opportuno notare che la necessità di norme in questo senso è stata discussa<sup>30</sup> sulla base della consapevolezza generale dell'esistenza di giurisdizioni speciali *praeter legem* rispetto al dispositivo dell'attuale art. 73 del testo pinochetista vigente. Di fatto, la (le) giustizia(e) indigena(e) ha continuato a essere utilizzata nelle comunità dei popoli originari, soprattutto come forma di risoluzione dei conflitti alternativa o preventiva rispetto al sistema giudiziario ordinario.

Infatti, sarebbe ingenuo supporre che un diritto consuetudinario che si è evoluto nel corso di diverse migliaia di anni non abbia continuato a essere applicato nelle rispettive comunità di origine, ad avviso delle quali l'amministrazione della giustizia statale è lenta, inefficiente o comunque lontana dai valori perseguiti dalla comunità.

Concordiamo sul fatto che l'esistenza di norme costituzionali non è una *conditio sine qua non* per il funzionamento della giustizia indigena, ma riteniamo anche che, da un punto di vista politico, tale riconoscimento sarebbe un passo positivo verso l'accoglimento generale delle istanze di questi popoli, che è stato assente dalle azioni dello Stato cile-

---

<sup>30</sup> M. VILLEGAS, *Sistemas sancionatorios indígenas y Derecho penal. ¿Subsiste el Az Mapu?*, in *Política criminal*, Vol. 9, 17, 2014, 213-247, 237; J.L. GUZMAN DALBORA, *Derecho penal y minorías étnicas: planteamiento y liquidación criminalista de un problema político*, in *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 11, 2014, 113. Contesta il fatto che il semplice recepimento delle norme costituzionali in materia sia sufficiente: S. MILLALEO, *¿Para qué sirve una Constitución?: reflexiones sobre la inclusión constitucional de los pueblos indígenas*, in *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. XXXII, 1, 2019, 46.

no e che ha generato conseguenze lontane dal rafforzamento dell'unità nazionale, obiettivo che sembra essere alla base della sua completa negazione. Un sistema giudiziario indigeno non è esente da difficoltà, alcune delle quali complesse, come l'opposizione al valore di alcune usanze ancestrali, che potrebbe avere un impatto negativo sui diritti fondamentali dei membri di queste stesse comunità, la cui capacità di scegliere liberamente tali usanze potrebbe essere messa in discussione<sup>31</sup>.

### *3.3. Disanima delle norme relative alla giustizia indigena nel progetto respinto di nuova Costituzione*

Le norme sulla giustizia indigena si trovavano nel Capitolo IX del progetto della nuova Costituzione, intitolato "Sistemi di giustizia". Il nome del capitolo indicava già l'orientamento del costituente: un disegno che riconosceva più di un sistema di risoluzione dei conflitti con giurisdizione, il che costituiva indubbiamente una novità nel nostro sistema giuridico.

Così, l'articolo 307.2 stabiliva espressamente che la giurisdizione "sarà esercitata esclusivamente dalle corti di giustizia e dalle autorità dei popoli e delle nazioni indigene riconosciute dalla Costituzione o dalle leggi emanate in conformità con essa". Questa era la chiave di volta del sistema che permetteva di affermare due cose: che l'amministrazione della giustizia aveva, in questo disegno, una duplice integrazione (tribunali di giustizia e autorità dei popoli e delle nazioni) e che, in base all'art. 309, la Costituzione riconosceva la pre-esistenza di una giurisdizione (cioè autorità, norme e processi per la risoluzione dei conflitti), dichiarandola, ma non costituendola. In questo senso, si può no-

---

<sup>31</sup> Se è vero che fa onore alla dignità umana, base di ogni sistema liberale, accettare che gli individui si sottomettano a regole diverse per rispetto della loro libertà (J.L. GUZMAN DALBORA, *op. cit.*, 113 s.), non si può ignorare che molte consuetudini indigene sono imposte in modo autarchico (come del resto ogni norma giuridica) a soggetti che, per la stessa visione del mondo di questi popoli, sono subordinati o non sono necessariamente su un piano di parità con gli altri, il che fa dubitare che la libertà di sottomettersi a queste regole sia davvero spontanea, come nel caso delle donne (M. CASTILLO GALLARDO, *Pueblos indígenas y derecho consuetudinario. Un debate sobre las teorías del multiculturalismo*, in *Nueva antropol.*, vol. 22, 71, 2009, 26).

tare come i membri della Convenzione avessero ragione, in quanto la giustizia indigena e il diritto consuetudinario di questi popoli sono stati applicati con maggiore o minore regolarità e con o senza riconoscimento statale fin dai processi di colonizzazione. Non ci sfugge come una dichiarazione di questo tipo svolgesse anche una funzione rivendicativa e inclusiva, come già accaduto in molti processi di riconoscimento della giustizia indigena<sup>32</sup>, il che rende ancora più sorprendente il fatto che la proposta costituzionale sia stata bocciata in modo così clamoroso, soprattutto nelle circoscrizioni che in Cile si riconoscono come composte da una maggioranza di membri dei popoli indigeni<sup>33</sup>.

A questo proposito, è importante notare che l'art. 309.2 rafforzava questa idea, stabilendo che la legge avrebbe determinato i meccanismi di cooperazione, coordinamento e risoluzione dei conflitti di competenza tra i sistemi giuridici indigeni e le autorità statali. Pertanto, e contrariamente a quanto sottolineato da alcuni membri della Convenzione nei media e nelle reti sociali prima del plebiscito – membri che sostenevano l'esistenza di una giustizia indigena – la legge non determinerebbe le competenze *ratione materiae* di questi sistemi (al plurale), poiché queste sarebbero ampiamente estese a tutte le questioni di loro interesse, con l'unica limitazione del rispetto dei diritti umani e dei diritti della natura. Ciò si comprende anche dal fatto che, come già detto, il diritto indigeno non era necessariamente diviso in rami in cui è possibile di-

---

<sup>32</sup> Così, S. MILLALEO, *op. cit.*

<sup>33</sup> Infatti, nei comuni con la più alta residenza di membri di popolazioni indigene, il voto di approvazione per la nuova Costituzione proposta ha ottenuto un risultato scadevole, superato da un alto voto di rifiuto, oscillante tra il 60 e il 70 per cento. A Colchane, una città al confine settentrionale del Cile con una popolazione in gran parte indigena, l'opzione di rifiuto ha raggiunto il 94%. È ancora presto per ipotizzare le ragioni di questi risultati, ma sono stati fatti dei tentativi: l'elitarizzazione della nozione di plurinazionalità discussa nella Convenzione; la mancanza di lavoro territoriale e la distorsione mediatica della comunicazione politica; il fatto che il concetto sia diventato “un significante vuoto di contenuto”; la mancanza di demarcazione dei membri della Convenzione rispetto alla violenza politica abbracciata da alcuni settori del mondo indigeno a partire dal 1997; la scarsa popolarità del processo. Cfr. S. MILLALEO, *Como aprendices de brujo: el rechazo a la plurinacionalidad en Chile*, in *Debates indígenas*, 2022, in <https://www.debatesindigenas.org/notas/193-aprendices-de-brujo-rechazo-plurinacionalidad-chile.html>.



stinguere tra diritto privato e pubblico (tutto tende a essere di diritto pubblico). La legge statale si sarebbe limitata a regolare eventuali controversie giurisdizionali, soprattutto con il sistema giudiziario ordinario, ma senza che il testo del progetto di Costituzione limitasse in alcun modo l'estensione del loro diritto.

### *3.4. La prospettiva interculturale nella giurisprudenza penale cilena, con speciale riguardo ai popoli altiplanici del nord del Paese*

Storicamente, il riconoscimento delle popolazioni indigene del Nord è stato determinato in particolare dal processo di annessione di questi territori allo Stato cileno alla fine del XIX secolo, che ha portato alla loro invisibilità nei primi decenni successivi alla Guerra del Pacifico, nonché alla loro considerazione come barbari o incivili, in quanto inizialmente assimilati ai cittadini delle nazioni perdenti – Perù e Bolivia<sup>34</sup> –, con un processo che è stato invertito o almeno bilanciato rispetto alle altre etnie indigene solo nella seconda metà del XX secolo.

I popoli nativi del Cile settentrionale appartengono a una comunità linguistica di oltre 2 milioni di persone e sono i popoli Aymara, Quechua e Atacameño o Likanantay (a cui se ne aggiungono altri di minore popolazione come i Chango e i Colla). In molte comunità lo spagnolo è parlato come lingua utilitaria ed è fortemente “aymarizzato” o “quechuizzato”. Dal punto di vista culturale, si tratta in genere di popoli transumanti, dediti principalmente all'agricoltura grazie alla padronanza di conoscenze avanzate delle risorse naturali, della flora e della fauna dell'altipiano, una regione che abbraccia quattro Paesi ed è caratterizzata da temperature rigide e altitudine. Le loro nozioni spaziali, che possono essere estolate ad altre aree e che fanno parte della loro visione del mondo, si basano su dualismi (alto/basso, maschio/femmina, destra/sinistra). La nozione che unisce il temporale allo spaziale è il Pacha, un concetto legato alla luce, alla terra e all'abbondanza<sup>35</sup>.

---

<sup>34</sup> H. GUNDERMANN, *Los pueblos originarios del Norte de Chile y el Estado*, in *Diálogo Andino*, 55, 2018, 105.

<sup>35</sup> F. FERNÁNDEZ DROGUETT, *Sociedad y cultura pueblos indígenas del norte*, in *Estudios y capacitación: Aspectos culturales de la defensa de imputados indígenas*, Centro de documentación Defensoría penal pública, 2016, 167-168.

Il gruppo sociale di base è stato l'ayllu o hatha e attualmente si configura attraverso i gruppi familiari, caratterizzati dal fatto di essere una democrazia limitata, in quanto prende la maggior parte delle decisioni che riguardano la sua comunità, ma è composta solo da uomini sposati. In questo senso, si tratta di villaggi in cui la visione dominante è quella maschile, con le donne che sono soggetti piuttosto complementari e, in ogni caso, subordinati agli uomini, soprattutto dopo il matrimonio. Le cariche di rappresentanza sono a rotazione e non volontarie. In uno Stato che non riconosce le autorità indigene in quanto tali, questi individui che rappresentano le loro comunità esercitano altre funzioni, come quella di presidente del consiglio di quartiere o del comitato per l'acqua, il che conferisce loro una rappresentanza limitata di fronte alle autorità pubbliche cilene<sup>36</sup>.

La foglia di coca è una parte importante della cultura delle popolazioni del Cile settentrionale, grazie alle sue proprietà stimolanti che aiutano a combattere la fatica e il freddo prodotto dall'alta quota. È anche una forma di pagamento, ma è stata anche venerata come una divinità. Oggi fa parte della dieta regolare delle popolazioni andine<sup>37</sup>.

I conflitti sono stati solitamente risolti a livello comunitario e pubblico attraverso il diritto consuetudinario<sup>38</sup>. I fini perseguiti da una giustizia così concepita (e regolarmente applicata) sono più vicini al ripristino dell'armonia e della riconciliazione piuttosto che alla punizione<sup>39</sup>. Nei Paesi andini in cui la giustizia indigena è riconosciuta come una manifestazione del pluralismo giuridico, come nel caso del Perù (che ha una grande popolazione aymara, soprattutto nel sud), si può fare una distinzione tra i conflitti di coppia o familiari (legati ai maltrattamenti nel matrimonio, all'adulterio, alla separazione, ecc.) e quelli che coinvolgono o interessano maggiormente la comunità, come le risse o le

---

<sup>36</sup> *Ibidem*, 172.

<sup>37</sup> *Ibidem*, 178.

<sup>38</sup> *Ibidem*, 179. Come detto si tratta di un elemento comune a diversi popoli indigeni e al loro diritto. Cfr. E. BORJA JIMÉNEZ, *Introducción a los fundamentos del Derecho penal indígena*, Valencia, 2001, 118.

<sup>39</sup> *Ibidem*, 179.

violazioni contrattuali<sup>40</sup>. È degno di nota il fatto che, in linea con altre esperienze di diritto indigeno, nessun conflitto è eminentemente privato, ma piuttosto tutti partecipano all'armonia della comunità, evidenziando così la minore rilevanza dell'individuo rispetto alla collettività. I conflitti più privati o familiari sono risolti da autorità che di solito sono direttamente legate alla famiglia, come i genitori, gli anziani, i compadres e, in ultima analisi, gli anziani di maggiore ascendenza; i conflitti comunitari, invece, sono risolti da autorità che hanno un certo grado di riconoscimento comunitario e, nel caso peruviano, che ricoprono una delle posizioni riconosciute dalla legge peruviana per la risoluzione dei conflitti. Gli obiettivi di questo tipo di giustizia, in particolare quella riconoscibile come "penale", sono stati riorientati verso quella che potremmo modernamente riconoscere come prevenzione speciale positiva<sup>41</sup>, con ingredienti di espiazione, soprattutto di fronte a certe punizioni fisiche come le percosse con le ortiche o i bagni di acqua ghiacciata: entrambe le "punizioni" sono finalizzate più all'espiazione del soggetto, affinché comprenda il suo errore, che alla punizione in quanto tale. A differenza dei villaggi del Cile centro-meridionale, si usa una sorta di punizione detentiva: la reclusione nella casa comune, ma di solito accompagnata da lavori come piccole riparazioni o pulizia del luogo<sup>42</sup>.

### *3.5. Giurisprudenza relativa al multiculturalismo nella casistica afferente ai popoli andini del nord del Cile, con speciale riferimento al problema della foglia di coca*

In primo luogo, è importante notare che nel nostro sistema giudiziario ordinario del Cile non esiste una giurisprudenza penale che si occupi di eventuali reati commessi attraverso l'applicazione della giustizia indigena, almeno non per quanto riguarda le popolazioni andine del nord del Cile. Ciò si spiega con la mancanza di un riconoscimento ufficiale

---

<sup>40</sup> A. PEÑA JUMPA, *Justicia y Derecho en las comunidades aymaras-Perú en Peña Jumpa*, in A. PEÑA JUMPA, V. CABEDO MALLOL, F. LÓPEZ BÁRCENAS (a cura di), *Constituciones, Derecho y Justicia en los pueblos indígenas de América Latina*, Lima, 2002, 327.

<sup>41</sup> M. VILLEGAS, *op. cit.*, 219.

<sup>42</sup> *Ibidem*, 233.

che faccia sì che questioni di questo tipo, sicuramente risolte dalle autorità che i membri di queste comunità riconoscono come competenti, e le eventuali sanzioni applicabili non siano oggetto di denuncia e apre un interessante campo di discussione sulla possibilità che queste sanzioni siano considerate giustificate, sia dall'esercizio di un diritto sia dal consenso (quest'ultimo potrebbe anche fungere da causa di atipicità se si considera, ad esempio, la reclusione nella casa comune, fermo restando che questa sanzione avrebbe il consenso della persona sanzionata stessa). Noi che scriviamo siamo dell'opinione che in questi casi, e fintanto che le sanzioni rispettano minimamente i diritti fondamentali – compresa la libertà in senso lato – debbano essere considerate come un legittimo esercizio di un diritto.

Una seconda questione da esaminare, data la mancanza di giurisprudenza sull'applicazione del diritto indigeno come forma di risoluzione dei conflitti, è il modo in cui, per quanto riguarda i popoli andini, sono stati considerati gli aspetti della loro cultura nella conoscenza dei fatti che costituiscono reati nella nostra legislazione. Questa giurisprudenza non è né abbondante né scarsa a livello nazionale, ma è più limitata per quanto riguarda i popoli andini, motivo per cui ci concentreremo su tre reati: il traffico di foglie di coca, l'ingiuria e un caso di diritto sanzionatorio amministrativo.

Probabilmente il caso più noto e frequente è quello del traffico di foglie di coca. In questo ambito troviamo sentenze che considerano e allo stesso tempo ignorano il *background* culturale già spiegato in precedenza come rilevante per la condanna o l'assoluzione. Così, ad esempio, nella sentenza della Corte d'Appello di Arica, ruolo 281-2012, si esclude la possibilità di applicare l'art. 54 della legge indigena, tra le altre ragioni, perché, a parere della corte, la quantità trafficata superava i fini dichiarati, come si legge nel nono paragrafo della sentenza<sup>43</sup>. In

---

<sup>43</sup> “Che inoltre, se è vero che in questa città si vendono foglie di coca, non è meno vero che questa commercializzazione è destinata a scopi medicinali, senza che si possa in ogni caso ritenere che l'imputato, essendo di origine aymara, abbia trasportato 57 chili di questo alcaloide per scopi leciti, dato che, come hanno dichiarato i giudici di prima istanza, ha indicato di aver accettato di trasportare questa merce in cambio di denaro offerto da alcune donne, che non sono mai state rintracciate; inoltre, l'imputato è un uomo di 47 anni, che per più di sette anni ha lavorato come trasportatore di merci

altre parole, per la Corte il solo fatto di appartenere all'etnia aymara non sarebbe sufficiente a provare un uso e una destinazione delle foglie diversi dal traffico di droga; sembra che la Corte stia ragionando in termini di quantità di droga sequestrata piuttosto che di aspetti della cultura dell'imputato, poiché la sola quantità non potrebbe essere una prova sufficiente del traffico, in quanto le foglie avrebbero potuto essere destinate a un'intera comunità. Ci sono anche sentenze che, invece, considerano proprio le caratteristiche della visione del mondo aymara rispetto alla foglia di coca: ad esempio, nella sentenza del Tribunale penale orale di Calama rit n° 66-2007 riguardante due sorelle boliviane di etnia aymara arrestate quando sono state sorprese a trasportare quasi 5 chili di foglia di coca. Il tribunale ha respinto la versione del pubblico ministero e ha ritenuto che entrambe le sorelle stessero trasportando foglia di coca per una festa e che, pertanto, godessero del legittimo esercizio di un diritto, respingendo la linea dell'accusa basata sull'errore del divieto<sup>44</sup>.

Nel caso di un altro reato, in questo caso l'ingiuria, è particolarmente interessante, anche se il modo in cui si giunge all'assoluzione è criticabile, la sentenza della Corte d'Appello di Iquique, ruolo n. 254-2014,

---

tra la Bolivia e il Cile, vale a dire che è una persona abituata ad attraversare la frontiera tra i due Paesi e, pertanto, anche al fatto che il veicolo che guida sia soggetto a controlli, soprattutto per quanto riguarda l'ingresso di droghe in questo Paese, Questa situazione è ben pubblicizzata dai cartelli di avvertimento al controllo di frontiera di Chungara, che è proprio il luogo in cui l'imputato entra nel Paese da più di sette anni, per cui, date le sue caratteristiche personali, nonostante la sua origine aymara, i giudici hanno applicato correttamente la legge”.

<sup>44</sup> Il caso in questione è stato successivamente risolto dalla Corte d'Appello di Antofagasta (rol 250-2007), confermando la sentenza del Tribunale Penale Orale di Calama ai sensi dell'art. 27 del Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici. Per I. BARRIENTOS, *Licitud del porte y uso de la hoja de coca*, in *Política Criminal*, 5, 2008, 7, l'interpretazione che rifiuta l'errore indiretto di divieto può essere uno sbaglio e la fondatezza della causa di giustificazione è piuttosto ambigua. La confusione tra errore sul divieto e causa di giustificazione non è rara. Si può trovare anche nella sentenza del Tribunale Penale Orale di Arica, rit. n. 27-2015, nel caso di fatti simili. Anche in quel caso l'assoluzione è piuttosto ambigua. Cfr. J. LUCERO, *Respuesta del derecho penal al multiculturalismo: un acercamiento a los modelos de tratamiento de cultural defences y culturally motivated crimes y sus niveles de coherencia*, in *Dikaion*, 30, 2021, 107.

vertente su una lettera inviata da una comunità ad alcune autorità, in cui si alludeva all'ignoranza dei membri di questi gruppi etnici<sup>45</sup>.

Simile è il caso del diritto sanzionatorio amministrativo, nella sentenza della Corte d'Appello di Antofagasta 63-2014 che, di fronte alla chiusura di un ristorante per violazione delle norme relative alla conservazione e vendita di pesce e molluschi, sostiene argomentazioni peggiorative nei confronti dei membri delle etnie indigene del nord del Cile per sostenere l'assoluzione<sup>46</sup>.

---

<sup>45</sup> “OTTAVO: il giudice stabilisce che manca un elemento importante per poter configurare il reato di ingiuria, ovvero l'intento lesivo, e lo sottolinea ripetutamente, comprendendo che non c'è dolo da parte dell'imputato nel momento in cui presenta la missiva in rappresentanza di quelli che ritiene essere diritti ancestrali, sia suoi che delle comunità che rappresenta, e, inoltre, anche sulla base della sua ignoranza, si esclude il dolo che il querelante vuole invocare, e infine il Giudice di Garanzia conclude che comprende come questo elemento determinante del reato di ingiuria non sia presente, e pertanto analizzare gli altri elementi del tipo gli sembra inutile. NONO: Pertanto, la sentenza impugnata rispetta tutti i requisiti richiesti dalla legge, in particolare quelli indicati nella lettera c) dell'articolo 342 del Codice di Procedura Penale, per cui, non essendo accreditata la causa di nullità invocata dal ricorrente, non resta che rigettare il ricorso”.

<sup>46</sup> “SESTO: nonostante quanto sopra, nella legislazione nazionale, in armonia con la Legge 19.253, è in vigore in Cile la Convenzione 169 dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro sui Popoli Indigeni e Tribali nei Paesi Indipendenti, alla luce delle disposizioni dell'articolo 5 della Costituzione Politica della Repubblica e degli articoli 26 e 27 del Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici, il cui articolo 4 richiede l'adozione di misure speciali necessarie per salvaguardare le persone, le istituzioni, i beni, il lavoro, la cultura e l'ambiente delle popolazioni interessate. L'articolo 9 stabilisce inoltre che, nei limiti della compatibilità con l'ordinamento giuridico nazionale, devono essere rispettati i metodi tradizionalmente utilizzati dai popoli interessati per reprimere i reati e l'articolo 10 richiede che le sanzioni penali tengano conto delle caratteristiche economiche, sociali e culturali. Ciò obbliga il giudice ad avere una speciale considerazione dell'intero problema sopra discusso, che oggi deve essere mitigato proprio in rapporto alle condizioni socio economiche e culturali di una società di artigiani, rispetto alle popolazioni indigene che non possiedono nemmeno le minime conoscenze di base per poter comprendere una contravvenzione così confusa come la commercializzazione di prodotti idrobiologici nell'ambito di un processo civile, che rompe ogni giusto processo, quando la denuncia stessa costituisce una fondata presunzione dell'esistenza del fatto. Questa situazione merita necessariamente una correzione da parte del giudice che deve prendere in considerazione tutta la legislazione e soprattutto

Nelle ultime due sentenze citate, emerge l'idea che i membri dei popoli indigeni sarebbero quasi inimputabili<sup>47</sup> a causa del loro minore contatto con la cultura dominante o egemonica, una posizione che è stata storicamente difesa in questi casi per chiedere ed ottenere l'applicazione di scusanti. Ciò è particolarmente evidente nell'ultima delle sentenze, dove si afferma che sarebbe difficile per gli imputati, in quanto aymara, comprendere gli aspetti della biologia, dimenticando che nella cosmovisione di quel popolo e di tutte le popolazioni originarie andine, in generale, l'equilibrio con la natura è essenziale e che un divieto del tipo di quello violato potrebbe essere perfettamente compreso in questo contesto.

Il dato giuridicamente rilevante attraverso il quale si sarebbe potuta, o dovuta, motivare l'assoluzione era invece la scarsissima o inesistente lesione dell'interesse protetto, mentre i riferimenti a incapacità e mancanza di cultura, oltre a essere umilianti, sono accondiscendenti e dietro ogni atto di accondiscendenza c'è, in fondo, un atteggiamento di disprezzo.

#### 4. Conclusioni

Il pluralismo giuridico non è una chimera, né si può circoscrivere nell'ambito di atteggiamenti filantropici nei confronti dei popoli originari. L'esistenza e la validità di sistemi di giustizia differenti, al di là del riconoscimento positivo, non può più essere ignorata, malgrado strida con le nostre convinzioni culturali: ci sono buone ragioni per aprire la porta al diritto indigeno. Tuttavia, oltre all'inevitabile sostegno

---

l'ordinamento giuridico come espressione della Legge il cui oggetto principale è la giustizia.

SETTIMO: Che, da quanto sopra scritto, va tenuto presente come nel caso di persone con scarsissime conoscenze, che non sanno leggere e ancor meno scrivere e che hanno una quantità minima di prodotti idrobiologici, e di quantità di prodotto così limitate da non poter in alcun modo nuocere alla salute o all'ambiente, non resta che assolvere l'imputato dal fatto contestato nella denuncia".

<sup>47</sup> La soluzione dell'inimputabilità risponde, secondo J. LUCERO, *op. cit.*, 117, a un modello di risposta "incoerente", nel momento in cui si imprime un sigillo "etnocentrista" nella applicazione della teoria del delitto.

politico e popolare per la sua introduzione, sia all'interno dell'ordinamento vigente sia in una nuova Costituzione, è necessario un processo di progressivo accertamento che lasci da parte i formalismi che non contribuiscono alla discussione.

Il diritto indigeno è *anche* diritto penale e, nella misura in cui si approfondisce il suo studio, l'approccio privo di pregiudizi e di condiscendenza verso i vari attori e un dibattito serio sui limiti e sulla portata delle sue norme possono essere considerati un passo positivo verso un modello autentico in cui diverse visioni del mondo coesistono con un ragionevole grado di coordinamento e tensione.

Finché ciò non avverrà, non crediamo che il diritto indigeno, in particolare il diritto penale, possa trovare spazio in un testo costituzionale.



# IL PRINCIPIO DI OFFENSIVITÀ DEI BENI GIURIDICI DOVREBBE ESSERE RICONOSCIUTO ESPLICITAMENTE DALLA COSTITUZIONE?\*

*Diva Serra Cruz  
Ximena Marcazzolo Awad*

SOMMARIO: 1. Introduzione. 2. Brevi note sullo sviluppo storico del concetto di bene giuridico. 3. Sul significato del principio di lesività o offensività penale. 4. Riconoscimento espresso o tacito? Proposte di formulazione e conseguenze. 5. Conclusioni.

## *1. Introduzione*

Lo scopo di questo articolo è fornire una risposta alla domanda circa l'eventuale incorporazione del principio di offensività dei beni giuridici all'interno della Costituzione cilena.

La questione sollevata non è pacifica perché direttamente collegata alla funzione del diritto penale, materia sulla quale le opinioni sono diverse<sup>1</sup>. Questa si collega al ruolo che detto principio svolge rispetto al

---

\* Traduzione dall'originale spagnolo di Emanuele Corn.

<sup>1</sup> La protezione dei beni giuridici come funzione sistematica per il Diritto penale corrisponde alla tesi maggioritaria. In Cile la sostengono: J. MATUS, M. RAMÍREZ, *Manual de derecho penal chileno, parte general*, Valencia, 2021, pp. 60 ss.; M. RETTIG, *Derecho penal parte general. Tomo I: Fundamentos*, Santiago, 2019, pp. 63 ss.; E. CURY, *Derecho penal parte general*, Santiago, 2020, pp. 44 s.; C. CABEZAS, *El principio de ofensividad y su relación con los delitos de peligro abstracto en la experiencia italiana y chilena. Un breve estudio comparado*, in *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, 2, 2013, p. 94. Tra i sostenitori della tesi avversa (in base alla quale la protezione dei beni giuridici non è una funzione del Diritto penale) si è soliti citare Jakobs, secondo il quale essa sarebbe la protezione delle norme, poiché il sistema permette di dar loro garanzia. In base a questa concezione, l'Autore afferma che si protegge la protezione delle aspettative normative in contrasto alla frustrazione prodotta, al contrario, dalla commissione dei reati. Così, in G. JAKOBS, *Derecho Penal parte gene-*

potere punitivo dello Stato, il che potrebbe spiegare la necessità di recepirlo nel testo costituzionale.

A un secondo livello di analisi – sempre che la risposta alla prima domanda sia affermativa – spetta stabilire se la sua eventuale consacrazione nella Costituzione debba essere espressa o se, invece, basti che essa possa essere desunta da altri suoi precetti. In definitiva, vanno stabilite e giustificate le possibili conseguenze che il riconoscimento di tale principio comporterebbe per il diritto penale.

Per rispondere alle questioni sollevate, in prima battuta, è opportuno fare un breve accenno al concetto di bene giuridico, alla sua evoluzione storica e al suo ruolo sistematico. Successivamente, è rilevante sviluppare il suo collegamento con il principio di offensività o tutela esclusiva dei beni giuridici. La dottrina, in generale, ammette che tale principio costituisca un limite materiale al diritto di punire in capo allo Stato, in connessione con le restrizioni rivolte al legislatore nella tipizzazione dei comportamenti che costituiscono reato, in modo tale che la portata della sanzione penale sarebbe circoscritta alla tutela dei beni giuridici di rilevanza costituzionale, escludendo quelle condotte che eccedano tali margini.

Tale principio, inoltre, si ricollegherebbe alla messa in pericolo o alla lesione di beni giuridici già individuati come oggetto di tutela nelle rispettive fattispecie penali, rispetto alle quali i giudici del caso concreto possono ritenere che il comportamento degli autori reato sia o meno di rilevanza tale da incidere sull'oggetto della tutela giuridica della rispettiva fattispecie.

L'origine del concetto di bene giuridico deriva dalle tesi del giurista tedesco Birnbaum, che individua come oggetto giuridico del reato un "bene" che la legge cerca di tutelare. L'Autore aggiunge che il diritto penale ha lo scopo e la funzione di garantire che tutti gli uomini possano godere di determinati beni. Questi possono essere stati forniti dalla natura o essere il risultato dello sviluppo della società stessa. Tali beni sono posti in capo ai vari membri che compongono una comunità e sono protetti dal legislatore attraverso la punizione di comportamenti che

---

*ral. Fundamentos y teoría de la imputación*, Madrid, 1997, p. 43 ss. (trad. di Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo).

li feriscono o li mettono in pericolo. In questo ordine di idee, l'individuazione di chi siano i titolari dei beni lesi o minacciati è rilevante per distinguere gli oggetti di tutela di natura collettiva o che sono legati al benessere comune, rispetto ai classici beni giuridici individuali<sup>2</sup>. Tale benessere comune è stato oggetto di dibattito, poiché la visione illuministica del bene giuridico (secondo la concezione personalista) limita fortemente – senza escludere – la possibilità di tutelare beni collettivi o sovraindividuali, che d'altra parte sono sempre più rilevanti nelle società moderne e complesse<sup>3</sup>.

Ebbene, al di là delle diverse costruzioni dogmatiche che cercano di spiegare il concetto di bene giuridico, i postulati possono essere riuniti sotto due concezioni. Secondo il primo gruppo, la loro nozione si identifica con l'oggetto di tutela della norma penale. Si tratta di una definizione formale di bene giuridico, in quanto corrisponde alla *ratio legis*. Successivamente, von Liszt lo eresse a elemento fondamentale della teoria del reato e, in tal senso, a limite al diritto di punire da parte dello Stato<sup>4</sup>. Questa seconda concezione del bene giuridico si incardina all'interno del secondo gruppo di posizioni chiamate materiali. Secondo quest'ultimo, detti beni giuridici sono preesistenti alla norma penale e la tutela o meno di essi condiziona la validità delle disposizioni che li riconoscono<sup>5</sup>.

In altre parole, mentre le tesi formali affermano che il bene giuridico tutelato è quello protetto dalle vigenti disposizioni penali, le tesi materiali sostengono il contrario, cioè che il diritto penale deve essere fondato sulla base di beni giuridici che, grazie alla loro rilevanza per la

---

<sup>2</sup> J. BIRNBAUM, *Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito*, Buenos Aires, 2021, p. 57-59 (traduzione di José Luis Guzmán Dálbora).

<sup>3</sup> M. CORCOY, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídicos-penales supraindividuales*, Valencia, 1999, p. 175-179.

<sup>4</sup> Quanto al concetto di bene giuridico si veda: J. LASCURIAN, *Bien jurídico y legitimidad de la intervención penal*, in *Revista Chilena de Derecho*, 2, 1995, p. 254 ss.; F. SZCZARANSKI, *Sobre la evolución del bien jurídico penal: un intento de saltar más allá de la propia sombra*, 14, 2012, p. 378 ss.; L. MAYER, J. VERA, *El principio de ofensividad en la nueva Constitución chilena*, in [www.criminaljusticenetwork.eu](http://www.criminaljusticenetwork.eu), 2022.

<sup>5</sup> J. LASCURIAN, *Bien jurídico y legitimidad de la intervención penal*, in *Revista Chilena de Derecho*, 2, 1995, p. 254 ss.

società, devono essere protetti da fattispecie penali create dal sistema del diritto penale.

In questo lavoro sosteniamo la tesi materiale del bene giuridico, cosa che, come si vedrà, genera conseguenze per il principio offensività essenzialmente connesso a detti valori.

Dalla nozione di bene legale si sviluppa il principio di offensività, fortemente promosso dalla dottrina italiana. Come afferma la dottrina, grazie agli italiani, non solo il bene giuridico determina l'interpretazione che si propone delle figure penali, ma derivano anche importanti conseguenze per l'opera legislativa, che deve adeguarsi ai limiti imposti da tale principio, ragion per cui si afferma che la teoria costituzionale del diritto penale raggiunse in quel paese il suo massimo splendore<sup>6</sup>.

In base a quanto detto, il principio di offensività ha un ruolo trascendentale per la teoria del reato, in quanto, a seconda della posizione assunta, può influenzare in modo determinante non solo la classificazione e l'interpretazione delle fattispecie penali, ma anche l'orientamento legislativo nel momento in cui si decide di crearne di nuove. Sebbene ciò sia sempre rilevante per l'ordinamento penale, il discorso diventa ancora più sostanziale quando si attraversa un processo di discussione ed eventuale modifica della Costituzione.

Quanto espresso significa che occorre pronunciarsi sull'inserimento di tale principio nel testo costituzionale. Entrambe le questioni sono della massima importanza. Per tali ragioni, nel prosieguo del presente lavoro, si analizzerà il significato di offensività, il suo possibile inserimento nel testo costituzionale e le conseguenze che ne potrebbero derivare. Questo compito porta a sostenere la tesi della rilevanza della sua inclusione quale strumento per affrontare l'esacerbato expansionismo del diritto penale, oggi strumento di populismo punitivo anziché di *ultima ratio*.

---

<sup>6</sup> M. DONINI, *Ragioni e limiti della fondazione del diritto penale sulla Carta costituzionale. L'insegnamento dell'esperienza italiana*, in *Il Foro italiano*, 2, 2001, p. 30.

## 2. *Brevi note sullo sviluppo storico del concetto di bene giuridico*

È interessante osservare come la questione della determinazione dell'oggetto giuridico del reato, oggi per lo più risolta attraverso l'utilizzo del concetto di bene giuridico, abbia rappresentato fin dall'inizio del Novecento: "una delle questioni più importanti e allo stesso tempo più difficili e controverse che ha dovuto affrontare la scienza del diritto penale"<sup>7</sup>.

In tal senso, è importante tenere presente che, sebbene la discussione sulla rilevanza del bene giuridico non sia mai stata abbandonata, *ad portas* di una nuova disciplina o di un'importante riforma della parte speciale, il dibattito sulla sua validità e ambito riprende la fase per decidere se sia necessario dare un nuovo slancio al riconoscimento del concetto, e con esso, al principio di offensività, o se, in realtà, sia giunto il momento di abbandonare questo paradigma<sup>8</sup>. Ciò, tenendo presente, tra l'altro, la necessità di aumentare l'efficienza dell'azione penale in una società, come quella contemporanea, che è stata battezzata come la "società del rischio"<sup>9</sup>.

---

<sup>7</sup> A. ROCCO, *El objeto jurídico del delito y de la tutela jurídica penal*, Montevideo-Buenos Aires, 2017, p. 1. Inoltre, evidenziando l'importanza del concetto di bene giuridico e indicando che esso è legato al centro del sistema, si può consultare: F. ANTOLISEI, *Il problema del bene giuridico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, XI, 1939, p. 3-36.

<sup>8</sup> Recentemente, sulla discussione circa la possibilità di abbandonare una concezione critica del bene giuridico a favore di scenari alternativi di legittimazione del diritto penale, *versus* l'idea di aggiornare il principio costituzionale di offensività per rimetterlo al centro dell'ordinamento costituzionale modello, difendendo questa seconda idea, si può consultare: G. FORNASARI, *Offensività e postmodernità. Un binomio inconciliabile?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3, 2018, p. 1514-1539.

<sup>9</sup> Per una spiegazione di come l'emergere di nuovi interessi e nuovi rischi abbia portato all'espansione del diritto penale, cfr. J. SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, 2006, Montevideo-Buenos Aires, p. 11-15. Sul punto, è importante notare come la dottrina italiana abbia evidenziato il pericolo che comporta per il diritto penale un'interpretazione della società attuale in termini di "società del rischio", poiché porterebbe a concepire un diritto penale appiattito sul loro controllo anziché interessato alla tutela dei beni giuridici: cfr. A. FIORELLA, *Le strutture del diritto penale. Questioni fondamentali di parte generale*, Milano, 2018, p. 224. Si raccomanda, inoltre, C.E. PALIERO, *La funzione delle scienze sociali nella recente evoluzione del diritto penale*, in L. STORTONI, L. FOFFANI

In altre parole, mentre i difensori dell'importanza dell'offensività dei beni giuridici propugnano un più esplicito riconoscimento del principio, che consenta loro di incidere non solo a livello interpretativo, ma anche nelle decisioni legislative sulla criminalizzazione, i loro oppositori si oppongono a questa lettura, ritenendo legittime anche quelle nuove norme che non rispondono necessariamente alla logica della lesività o lo fanno in misura minore.

Tuttavia, il concetto di 'bene giuridico' non ha sempre operato come baluardo contro l'espansione del diritto penale, anzi, inizialmente è stato utilizzato per ampliare le possibilità di tutela del diritto penale. Ciò si è espresso, in opposizione alla teoria, in precedenza vigente – l'opera di Feuerbach – che ricostruiva l'oggetto giuridico del reato attraverso la nozione di diritto e, quindi, il concetto di reato come "lesione contenuta in una legge penale, o un'azione contraria al diritto dell'altro, minacciata da una legge penale"<sup>10</sup>. Tale concezione, come noto, è stata criticata soprattutto perché ha portato a cadere "nell'errore di lasciare che l'importanza del reato rimanesse eclissata dietro i suoi rapporti con l'immagine formale del diritto"<sup>11</sup>.

In questo modo, il concetto di bene giuridico nasce per superare le difficoltà causate dall'uso del concetto di diritto soggettivo, come risposta alla domanda circa l'oggetto giuridico del reato. In questo senso Birnbaum, il suo ideatore, nell'opera *Über das Erforderniß einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens*, afferma che le azioni tendenzialmente punibili come reati ledono o mettono in pericolo beni e non diritti, proprio perché sono quelli che "sono esposti ad una perdita o ad un decremento dovuto ad azioni di altri soggetti"<sup>12</sup>. Da parte sua, l'uso del concetto di violazione dei diritti porta solo a errori che posso-

---

(a cura di), *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio di secolo*, Milano, 2004, p. 280 s.

<sup>10</sup> P.J.A. FEUERBACH, *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania*, Buenos Aires, 2007, pp. 55 ss. L'autore aggiunge che i diritti garantiti dalle leggi penali danno origine al concetto di reato in senso stretto (§22), e che, poiché la conservazione dei diritti è l'obiettivo generale delle leggi penali, saranno oggetto delle loro ingiunzioni protettive sia i diritti dei sudditi, sia i diritti in capo allo Stato (§23).

<sup>11</sup> A. MERKEL, *Derecho penal, parte general*, Buenos Aires-Montevideo, 2018, p. 21; nello stesso senso: A. ROCCO, *op. cit.*, p. 40.

<sup>12</sup> J. BIRNBAUM, *op. cit.*, p. 60.

no essere corretti verificando che l'idea di "bene" renda meglio conto della realtà di ciò che le norme penali proteggono o tutelano, in tale modo che la storia del diritto penale possa essere intesa come: «la storia degli interessi che l'umanità eleva a diritto giuridico»<sup>13</sup>.

Tuttavia, anche se il concetto di diritto soggettivo, come risposta alla questione circa l'oggetto giuridico del reato, ha rapidamente ceduto terreno alla nozione di bene giuridico, la concettualizzazione di quest'ultimo ha storicamente generato, e continua a generare, una importante disputa, che può essere sistematizzata alla luce della grande distinzione tra posizioni critiche e acritiche<sup>14</sup>.

In questo modo, mentre le prime concepiscono il bene giuridico come un valore previo rispetto alla norma<sup>15</sup>, le seconde affermano che il bene giuridico coinciderebbe con l'oggetto della norma o con la *ratio legis*, cioè che il bene giuridico sarebbe tutto ciò che il legislatore tutela attraverso la minaccia della punizione, concetto, però, che è stato ampiamente criticato, proprio a causa del nullo potere critico che la contraddistingue<sup>16</sup>. In altre parole, tale concezione è osteggiata perché non aiuterebbe a stabilire quando un intervento penale è legittimo e quando, invece, il legislatore ha oltrepassato quel limite, cancellando quello che potrebbe essere considerato il grande merito delle posizioni critiche circa il bene giuridico, cioè che "non si può dedurre dall'esistenza di una fattispecie penale l'automatica esistenza di un relativo bene giuridico"<sup>17</sup>. Ciò dovrebbe portare all'abrogazione delle norme penali che non rispondono al paradigma della tutela dei beni giuridici, poiché andrebbero contro anche alle finalità del diritto penale.

---

<sup>13</sup> F. VON LISZT, *La idea de fin en el derecho penal*, Valparaíso, 1994, p. 89.

<sup>14</sup> La sistematizzazione tra posizioni "critiche" e posizioni "acritiche" attorno al concetto di bene giuridico protetto si deve al lavoro di V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005, p. 19 ss. Inoltre, i diversi concetti che sono stati adottati nella storia per definire i beni giuridici, al di là della divisione delle posizioni in critiche e acritiche, possono essere consultati nel lavoro di F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983, p. 20 ss.

<sup>15</sup> A. FIORELLA, *op. cit.*, p. 206.

<sup>16</sup> Si veda, per esempio: F. CARNELUTTI, *Il danno e il reato*, Padova, 1930, p. 51.

<sup>17</sup> F. ANGIONI, *op. cit.*, p. 98, che pone in evidenza come si tratti di una delle grandi conquiste delle posizioni critiche liberali del bene giuridico.

All'interno delle posizioni critiche spicca, per i suoi meriti, la concezione personale del bene giuridico, che comincia a delimitare quello che potrebbe essere considerato un bene giuridico, indicando che saranno “solo quei beni o interessi che servono all'uomo per la sua libera autorealizzazione”<sup>18</sup>.

Ciò entra direttamente in rapporto con l'esigenza di tutelare beni giuridici universali o sovraindividuali, cioè “beni non direttamente ancorabili ad una persona”<sup>19</sup>, azione che “costituisce una delle moderne tecniche del diritto penale per l'anticipazione della tutela penale”<sup>20</sup>, ragione per cui la tutela di questa tipologia di beni è strettamente connessa alla configurazione dei reati di pericolo astratto<sup>21</sup>.

Tuttavia, la grande aspirazione delle teorie critiche e, soprattutto, della concezione personale del bene giuridico, che coincide con l'esigenza di “sviluppare una politica penale chiara, controllabile e orientata alla persona”<sup>22</sup>, si confronta sempre più con il “fenomeno di una legislazione schizofrenica e simbolica, iperpunitiva, spesso slegata da pilastri essenziali quali *ultima ratio*, laicità, proporzione”<sup>23</sup> e, ovviamente, con la tutela dei diritti giuridici e il principio di offensività.

Ebbene, non solo i beni giuridici sovraindividuali minacciano il rispetto illimitato della necessaria offensività delle condotte punite dalla legge penale, ma anche l'esistenza di nuove forme di criminalità organizzata, economica e finanziaria<sup>24</sup>. Esse aumentano la domanda sociale

---

<sup>18</sup> M. MARX, *Zur Definition des Begriffs 'Rechtsgut'. Prolegomena einer materialen Verbrechenhre*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1972, p. 62 s.

<sup>19</sup> M. GAMBARDILLA, *Condotta economica e responsabilità penale*, Torino, 2018, p. 30.

<sup>20</sup> G. PRADO, M. DURÁN, *Sobre la evolución de la protección penal de los bienes jurídicos supraindividuales. Precisiones y limitaciones previas para una propuesta de protección penal del orden público económico en Chile*, in *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, 1, 2017, p. 267.

<sup>21</sup> In questo senso: G. PRADO, M. DURÁN, *op. cit.*, p. 267 s.

<sup>22</sup> W. HASSEMER, F. MUÑOZ CONDE, *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, Valencia, 1989, p. 112.

<sup>23</sup> G. FORNASARI, *op. cit.*, p. 1516.

<sup>24</sup> L. FERRAJOLI, *Sul diritto penale minimo (risposta a Giorgio Marinucci e a Emilio Dolcini)*, in *Il Foro Italiano*, 4, 2000, p. 125.



di efficienza dell'azione penale a scapito del rispetto delle garanzie di un diritto penale razionale.

Lungi dal portarci ad abbandonare un paradigma così rilevante come quello qui discusso, esso dovrebbe portarci a ripensare il problema “rendendo più evidente che mai il nesso indissolubile tra diritto penale minimo e garanzie, ma anche tra diritto penale minimo ed efficienza”<sup>25</sup>. Quanto espresso si otterrebbe, tra l'altro, provvedendo ad eliminare dal catalogo dei reati quelli che non comportano la lesione di un bene giuridico, sia esso individuale o collettivo, poiché la nozione di bene giuridico non è affatto contraria alla possibilità di tutelare i beni collettivi, neppure se condotta attraverso la lettura delle teorie personali del bene giuridico<sup>26</sup>.

È solo, però, quando si propone l'approccio costituzionale al bene giuridico che si risolve il problema dell'inesistenza di un parametro oggettivo di riferimento per determinare cosa possa realmente essere considerato un 'bene giuridico' per il diritto penale. Per questo, il grande merito delle teorie costituzionali è che, senza perdere “la loro capacità critica, hanno un certificato di cittadinanza nel sistema”<sup>27</sup>, che ne assicura la capacità vincolante.

Per Bricola, il grande fondatore della concezione costituzionale del diritto penale, la Magna Carta funzionerebbe come fondamento non solo della pena, ma anche del diritto penale, in quanto contiene una scala gerarchica di valori<sup>28</sup> che consente di distinguere chiaramente che

---

<sup>25</sup> L. FERRAJOLI, *op. cit.* Si veda, con la medesima posizione: L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 1989, p. 325 ss.

<sup>26</sup> A questo riguardo W. HASSEMER, F. MUÑOZ CONDE, *op. cit.*, p. 109, che, difendendo la concezione personale del bene giuridico, affermano che si possono riconoscere legittimamente gli interessi generali, nella misura in cui servano agli interessi personali. In senso conforme: L. FERRAJOLI, *Sul diritto penale minimo*, cit., p. 127; L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 901 ss., che spiega come non vi siano problemi derivanti dal fatto che il diritto penale protegge diritti sociali come quello all'alimentazione, alla salute o al lavoro, assieme a beni giuridici che non sono diritti, come nel caso dell'interesse collettivo a una amministrazione non corrotta.

<sup>27</sup> V. MANES, *op. cit.*, p. 42.

<sup>28</sup> F. BRICOLA, *Teoria generale del Reato*, in S. CANESTRARI, A. MELCHIONDA (a cura di), *Scritti di diritto penale. Dottrine generali, teoria del reato e sistema sanzionatorio*, Milano, 1997, p. 542 e 576 ss.

cosa può essere tutelato per mezzo di un procedimento di tipo criminale e che cosa dovrebbe essere escluso da questo ramo dell'ordinamento giuridico. Si stabilisce, in altri termini, un vincolo contenutistico rivolto al legislatore derivante dal valore che il testo attribuisce alla libertà personale come diritto fondamentale, collocato in uno spazio privilegiato nell'apertura della Parte I della Costituzione italiana, dedicata alla trattazione dei diritti e doveri dei cittadini<sup>29</sup>.

Di conseguenza, la sanzione penale, tradizionalmente identificata con la privazione o restrizione della libertà personale, «può essere adottata solo in presenza della violazione di un bene, ancorché non di pari rango rispetto al bene sacrificato, almeno dotato di rilevanza costituzionale»<sup>30</sup>. Tale criterio consente di delimitare con sufficiente chiarezza la sfera di ciò che è punibile, ma lascia ancora irrisolta la questione di quanto significativo debba essere l'attentato a tale bene perché possa essere giustificato l'intervento criminale. Ecco perché, di seguito, dovrà essere chiarito cosa implica il parametro dell'offensività, vale a dire, come e quanto uno dei beni selezionati come rilevanti debba essere leso o messo in pericolo, affinché l'intervento criminale appaia giustificato.

### *3. Sul significato del principio di lesività o offensività penale*

Come sopra accennato, il principio di offensività o lesività è direttamente correlato al concetto di bene giuridico e al ruolo che esso svolge nella teoria del reato. Come spiegato, la sua nozione è cambiata nel tempo e, fino ad oggi, non è stato possibile generare consenso riguardo al suo significato.

Le critiche rivolte alla nozione di bene giuridico riguardano soprattutto la sua mancanza di determinazione; il dibattito se sia individuato dal legislatore nel momento in cui si introducono nell'ordinamento le fattispecie penali che lo tutelano o se esista esternamente e indipendentemente dalla legge, provoca differenti discussioni a cascata circa i limiti del diritto di punire da parte dello Stato.

---

<sup>29</sup> F. BRICOLA, *op. cit.*, p. 564.

<sup>30</sup> F. BRICOLA, *op. cit.*, p. 564.

Nel respingere la tesi formale, Miguel Díaz y García Conlledo sostiene giustamente che le norme penali non hanno senso in sé, ma il loro fondamento deriva piuttosto dal bene giuridico da esse tutelato. Egli cita, come esempio, la disposizione che vieta di uccidere, la cui validità si spiega con la necessità di proteggere la vita umana, che è reale e tangibile. Per questo egli afferma che: “il rifiuto di ogni realtà ontologica, fisica o psichica, di ogni fondamento cognitivo in materia penale mi sembra inspiegabile, così come lo sarebbe un assoluto disprezzo della dimensione normativa in un ambito che, per definizione, disciplina e valuta”<sup>31</sup>.

La tesi antagonista è la nozione materiale secondo la quale il bene giuridico legittima il mandato o imperativo proibitivo che sta alla base della norma. Ciò genera, di conseguenza, che l’ordinamento penale seleziona i comportamenti vietati o ordinati in base all’esigenza di tutelare detti valori, perché rilevanti per quella società. In questo senso, Roxin ha affermato che lo scopo del diritto penale è facilitare la convivenza pacifica dei cittadini, il che si traduce nella tutela dei beni giuridici, aggiungendo che questi sono necessari per lo sviluppo delle persone, per garantire l’esistenza dei loro diritti essenziali e il funzionamento del diritto penale<sup>32</sup>.

Che i beni giuridici siano tutelati dal diritto penale e non che il sistema tuteli se stesso, implica riconoscere l’esistenza di un oggetto di tutela esterno al reato, il quale, a sua volta, è legato ai valori rilevanti per la persona umana che si configurano in modo più o meno immediato. Ora, come sottolinea Ferrajoli, a seconda della concezione che si adotta, cioè se il diritto penale sia rivolto alla tutela dei beni giuridici individuali e collettivi o se l’oggetto della tutela sia determinato dall’ordinamento, il significato del principio di offensività e le sue implicazio-

---

<sup>31</sup> M. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *El principio de lesividad u ofensividad. Breves reflexiones y ejemplos sobre su actual vigencia debilitada. Un (modesto y sentido) homenaje al Profesor Gonzalo Quintero Olivares*, in <https://ficip.es/wp-content/uploads/2018/11/D%C3%ADaz-y-G.-Conlledo.-Principio-de-lesividad-u-ofensividad-homenaje-Quintero-Foro-FICP.pdf>, p. 5.

<sup>32</sup> C. ROXIN, *El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen*, in *Revista Electrónica de Ciencias Penales y Criminología*, 2013, p. 5.

ni cambieranno sostanzialmente. Nel caso della seconda posizione, più che un limite all'espansione del diritto penale e quindi al diritto di punire dello Stato, la creazione di fattispecie penali può essere utilizzata per giustificare la punizione di determinati comportamenti che l'ordinamento stesso considera rilevanti<sup>33</sup>. In senso opposto, il riconoscimento di un diritto penale che trova i suoi limiti fuori di sé garantisce che l'oggetto del divieto si determini intorno a oggetti di tutela preesistenti, la cui rilevanza è giustificata a prescindere dalla fattispecie penale, in modo tale che le condotte che non incidono su tali beni dovrebbero essere scartate perché insignificanti e prive di validità materiale.

Assumendo la concezione materiale del bene giuridico, secondo la quale ciò che viene tutelato dai reati sono valori o beni extra-penali, resta ancora la domanda relativa alla loro selezione, o in altri termini: perché alcuni di questi interessi siano meritevoli di tutela penale? Naturalmente, la definizione dei reati è una questione che spetta al legislatore al momento della creazione delle fattispecie penali. Questa decisione, come sottolinea Hormazábal, non è neutrale perché implica una certa visione di quello specifico Stato<sup>34</sup>. In tal modo, il bene giuridico incide direttamente sulla tipicità della condotta che verrà vietata, poiché oggetto della tutela della legge penale è proprio quel bene. D'altra parte, il bene giuridico è legato all'antigiuridicità perché è necessario che il compimento del fatto nel caso concreto leda o metta in pericolo il bene giuridico che giustifica l'esistenza del reato.

Così stando le cose, è evidente che il principio di nocività o offensività nel diritto penale è fondamentale perché oltre a incidere sulla creazione delle fattispecie penali, conferisce loro materialità, in modo tale che l'assenza di affettazione penale, in termini di lesione o la messa in pericolo di beni giuridici, influenza la fondatezza del stesso del reato.

Tale principio è stato esplicitato sotto la formula romana *nullum crime sine iniuria*, che dovrebbe tradursi nell'insussistenza del reato in assenza di danno. Ciò è coerente con un sistema di diritto penale che non punisce la mera disobbedienza, ma, al contrario, crea fattispecie

---

<sup>33</sup> L. FERRAJOLI, *El principio de lesividad como garantía penal*, in *Revista Nuevo Foro Penal*, 79, 2012, p. 107 ss.

<sup>34</sup> H. HORMAZABAL MALAREE, *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho, el objeto protegido por la norma penal*, Santiago, 1992, p. 153 ss.

connotate dalla presenza di danno o pericolo. Ciò spiega perché quando la condotta posta in essere è priva di sostanza materiale, la pena non ha senso.

Come è stato spiegato, il principio di offensività si pone come freno alla sanzione di comportamenti privi di materiale illiceità. Ciò è della massima rilevanza perché impone limiti all'esercizio del potere punitivo dello Stato, ogni volta che in questo paradigma si evita la punizione di idee, valutazioni etiche o ideologie, in virtù dell'inidoneità lesiva. Al contrario, solo i comportamenti che causano lesioni o mettono in pericolo i beni giuridici giustificano la punizione statale. Ecco perché, allora, lo Stato di diritto dovrebbe aspirare a privilegiare la tutela di quei comportamenti che incidono sui beni giuridici che la Costituzione riconosce e tutela<sup>35</sup>. Cosa che dovrà essere verificata esclusivamente nel caso degli attacchi più rilevanti.

Quanto sopra spiega perché la funzione del diritto penale sia la protezione dei beni giuridici e non della semplice disobbedienza<sup>36</sup> o di infrazioni prive della materialità già più volte menzionata. Ciò, a sua volta, conferisce legittimità democratica alla scelta degli oggetti di protezione riconosciuti nella Costituzione dello Stato e, con essa, alla politica criminale di detta società che riconosce i suoi limiti nella legge più alta di quello Stato.

Ora, il testo costituzionale oggi vigente in Cile non riconosce esplicitamente il principio di offensività o lesività, ma la dottrina interna ritiene che esso sia desumibile dal principio di legalità che, invece, è espressamente indicato nel suo testo.

In questo senso, Mera spiega che dal principio di legalità deriva quello di tassatività e che la fattispecie penale si comprende soltanto a partire dal bene giuridico che essa tutela. Per configurare la fattispecie è necessario considerarne il contenuto materiale, sia di lesione che di pe-

---

<sup>35</sup> Nello stesso senso: M. RETTIG, *op. cit.*, p. 203 ss.

<sup>36</sup> Mera afferma che non è possibile punire la disobbedienza, intesa come il semplice tradimento o la slealtà rispetto all'ordinamento giuridico. L'autore aggiunge che quando ciò avviene ci si trova di fronte a un sistema totalitario, incompatibile con lo stato di diritto. Cfr. J. MERA, *Derechos humanos en el Derecho Penal Chileno*, Santiago, 1996, p. 147 ss.

ricolo rispetto al bene giuridico tutelato, perché altrimenti il mandato costituzionale non sarebbe adempiuto<sup>37</sup>.

Tuttavia, malgrado la dottrina nazionale ritenga che il riconoscimento dell'offensività derivi dal principio di legalità, in quanto limite formale al diritto penale, il modo di spiegare il contenuto del mandato lesivo rivolto al legislatore deriverebbe dalla definizione materiale di reato, letta congiuntamente con l'utilizzo di detto concetto nell'articolo 19 n. 3, comma 7 della legge fondamentale vigente, quando, per definire il principio di legalità, precisa che: «Nessun reato sarà punito con pena diversa da quella stabilita da una legge emanata prima della sua perpetrazione, a meno che una nuova legge non favorisca l'imputato»<sup>38</sup>.

Per chi sottoscrive una concezione materiale del bene giuridico e, allo stesso modo, la rilevanza primaria del principio di offensività dei beni giuridici, indispensabile in tempi in cui il diritto penale ha abbandonato la sua vocazione sussidiaria, appare tragica la constatazione di come la stessa dottrina nazionale difenda del suo riconoscimento costituzionale fondato sul principio di legalità (articolo 19 n. 3, comma 7) malgrado tale idea sia lungi dal rappresentare un accordo in materia. Per questo, mentre è in corso una nuova tappa del processo costituzionale, appare ineludibile la sfida di rispondere alla domanda circa l'opportunità di un riconoscimento più esplicito o, almeno, costruito a partire da altre regole.

#### *4. Riconoscimento espresso o tacito? Proposte di formulazione e conseguenze*

Accertata l'insufficienza del riconoscimento costituzionale del principio di offensività dei beni giuridici basato sul principio di legalità, è indispensabile esplorare altre possibili risposte.

In questo senso, costituisce un punto di riferimento essenziale l'interpretazione data dalla dottrina italiana al testo della Costituzione del 1948, laddove si indica che questa riconoscerebbe "tacitamente" il

---

<sup>37</sup> J. MERA, *op. cit.*, p. 148-149.

<sup>38</sup> J.P. MATUS, *Sobre la necesidad constitucional de la existencia de un bien jurídico a proteger por los tipos penales*, in *Revista UNIVERSUM*, 11, 1996, p. 127 ss.

principio di offensività dei beni giuridici sulla base del contenuto dell'articolo 25, che distingue, da un lato, la pena come conseguenza giuridica del reato basata sulla colpevolezza (secondo comma) e, dall'altro, la misura di sicurezza come risposta dell'ordinamento giuridico basata sulla pericolosità del soggetto (terzo comma)<sup>39</sup>.

Ciò va letto in combinato disposto con quanto previsto dall'art. 27, terzo comma, dello stesso testo, che indica che le pene “non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato”<sup>40</sup>. La dottrina ha compreso che “non si può mai applicare una pena per un fatto privo di offesa, proprio perché, a fronte di un fatto inoffensivo, verrebbe meno l'obiettivo della rieducazione, data l'inesistente necessità di rieducazione”<sup>41</sup>. Ciò sarebbe legato anche al principio di proporzionalità delle conseguenze giuridiche, come affermato dalla stessa Corte costituzionale<sup>42</sup>.

Inoltre, la dottrina deduce il riconoscimento del principio da una lettura coordinata degli articoli 2, 3 e 13 della Costituzione italiana, nella misura in cui vietano l'introduzione di limiti arbitrari al libero sviluppo della persona, questione che verrebbe ostacolata nel caso in cui venissero sanzionati atti privi di offesa<sup>43</sup>.

In tal modo, la dottrina sostiene che la necessaria offensività o lesività dei fatti penalmente perseguibili abbia forza vincolante e costitui-

---

<sup>39</sup> In merito al sistema del doppio binario nell'ordinamento giuridico italiano, si rinvia a M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario*, Torino, 2008.

<sup>40</sup> Articolo 27 della Costituzione italiana.

<sup>41</sup> In questo senso, A. FIORELLA, *op. cit.*, p. 215. Nello stesso senso, si consulti, tra gli altri, F. BRICOLA, *op. cit.*, p. 772 ss.; G. MARINUCCI, *Il reato come azione: critica di un dogma*, Milano, 1971, p. 165 ss.; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, Milano, 2017, p. 234, che indicano come l'offesa al bene o ai beni giuridici tutelati corrisponda a un elemento costitutivo del reato di carattere fondamentale; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Costituzione e politica dei beni giuridici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2, 1994, p. 335.

<sup>42</sup> Sentenza della Corte costituzionale italiana n. 313 del 1990, che indica espressamente che l'art. 27 inciso 3 Cost. impone al giudice il dovere di operare un bilanciamento tra il rispetto del principio di proporzionalità della pena e gravità dell'offesa. In dottrina, in tema del principio di proporzionalità: F. COPPOLA, *Le scelte sanzionatorie alla prova del principio di proporzionalità. Un'ipotesi di “valorizzazione” dal confronto con il Sentencing System inglese*, in *Archivio penale*, 3, 2018, p. 1-23.

<sup>43</sup> A. FIORELLA, *op. cit.*, p. 215.

sca un principio di rango costituzionale estraibile dalle varie disposizioni. Ciò implicherebbe, di conseguenza, l'assunzione della veridicità dell'affermazione originariamente difesa da Bricola<sup>44</sup>, ovvero che l'unico modello di diritto penale compatibile con la Carta fondamentale è quello della tutela dei beni giuridici e l'unico modello possibile di reato, quello che pone al centro l'offesa a un bene giuridico<sup>45</sup>.

Quanto detto dimostrerebbe che "il bene giuridico è l'elemento attorno al quale si costruisce la tutela penale"<sup>46</sup>. Ciò avrebbe conseguenze dirette sul legislatore<sup>47</sup>, che dovrebbe ritenersi impossibilitato a configurare reati di mera disobbedienza che non possano tradursi in una concreta offesa a un bene giuridico tutelato<sup>48</sup>. Deve però considerarsi coinvolto anche l'interprete che, nel caso in cui il legislatore abbia commesso eccessi, dovrebbe "reindirizzare la repressione penale entro i limiti stabiliti dal principio di offensività"<sup>49</sup> nell'applicazione della norma.

Tuttavia, la costituzionalizzazione del principio di offensività non dovrebbe esaurire la sua efficacia nella correzione che l'interprete dovrebbe effettuare di fronte a norme eccessive, ma piuttosto dovrebbe raggiungere la sua massima espressione nella possibilità, in quei casi, di contestare la legittimità costituzionale. Ciò garantirebbe la cancellazione nell'ordinamento del precetto che non rispetta il principio, senza azzardare interpretazioni che possono variare da restrittive a estensive.

---

<sup>44</sup> F. BRICOLA, *op. cit.*, p. 772 ss.

<sup>45</sup> Così, per esempio, G. MARINUCCI, *op. cit.*, p. 165 ss.; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 234, ID., *Costituzione e politica*, cit., p. 335; F. MANTOVANI, *Il principio di offensività nella Costituzione*, in *Scritti in onore di Mortati*, Milano, 1977, p. 466; A. FIORELLA, voce "Reato in generale", in *Enc. dir.*, vol. XXXVIII, 1987, p. 789 ss.; F. RAMACCI, *Corso di diritto penale*, Torino, 2013, p. 30 ss., il quale, nel riferirsi alla rivalutazione del concetto di bene giuridico, indica che non si è abbandonata la prospettiva di utilizzarlo come limite del potere punitivo, ma si è concretizzato attraverso l'individuazione della rilevanza penale dell'offesa e l'effettività del vincolo nei confronti del legislatore; affermando poi che «nel concetto di reato diventa centrale l'offesa di un bene giuridico tanto che, senza l'offesa, non sarebbe configurabile il reato».

<sup>46</sup> M. GAMBARDELLA, *op. cit.*, p. 28.

<sup>47</sup> G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Costituzione e politica dei beni*, cit., p. 336.

<sup>48</sup> G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Costituzione e politica dei beni*, cit., p. 337.

<sup>49</sup> G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Costituzione e politica dei beni*, cit., p. 337.



Eppure, proprio in merito a questa possibilità, nel diritto italiano sono emerse alcune voci che evidenziano, secondo l'opinione espressa nel presente lavoro, che non è sufficiente che il riconoscimento sia tacito, basato su una serie di disposizioni legate a sanzioni, libertà o dignità. Sarebbe invece necessario un riconoscimento esplicito che non lasci dubbi quando si tratta di chiedere la dichiarazione di incostituzionalità di una proposta di reato che riesce a superare l'intero iter legislativo, nonostante la mancanza di offensività.

Il problema si pone soprattutto perché attualmente si tende, sulla base delle esigenze di prevenzione generale, a “normalizzare come reati di danno quei reati che ne sono irrimediabilmente privi”<sup>50</sup>. In questo gruppo, la dottrina include i reati privi di oggetto giuridico, come quelli che contemplano beni giuridici vaghi, come l'economia o l'ambiente, nonché i reati che tutelano funzioni. D'altra parte, lo stesso gruppo comprende i reati di scopo oppure i reati ostativi e i reati a dolo specifico. Per questo motivo, parte della dottrina italiana propone una riforma volta a specificare il contenuto del principio, in vista di una sua corretta applicazione, considerando soprattutto i problemi che il suo confronto con il principio di legalità può generare<sup>51</sup>.

In questo modo, l'argomento della prevenzione può essere utilizzato per affermare, sulla base dello stesso testo costituzionale, che il principio di offensività ammette deroghe parziali in quanto ha un valore relativo. La questione si basa su quanto stabilito nell'articolo 2 del testo stesso, dove si impone alla Repubblica il dovere di riconoscere i diritti umani fondamentali, che si è inteso debba essere attuato attraverso l'adozione di tecniche repressive ma anche preventive<sup>52</sup>, spazio dal quale la finalità rieducativa e, quindi, l'offensività, perderebbe parzialmente la sua validità.

Riconducendo il dibattito estero a quello costituzionale interno, si potrebbe affermare, in relazione a questo punto, che la proposta di Co-

---

<sup>50</sup> F. MANTOVANI, *op. cit.*, p. 324; F. RAMACCI, *op. cit.*, p. 33.

<sup>51</sup> F. MANTOVANI, *op. cit.*, p. 466.

<sup>52</sup> F. MANTOVANI, *Diritto penale parte generale*, Padova, 2020, p. 183 ss.; in senso contrario, ovvero propendendo per il sostegno alla finalità preventiva della pena, ma non per questo promuovendo una deroga parziale del principio di offensività, L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 482 ss.

stituzione recentemente bocciata non riconosceva espressamente il principio di offensività dei beni giuridici, ma concedeva uno spazio importante alla proporzionalità come garanzia processuale penale minima. Tale riconoscimento avrebbe richiesto che le persone siano “punite in modo proporzionato al reato commesso” (art. 111 lett. i) e, forse, avrebbe reso possibile un tacito riconoscimento dell’offensività, come è avvenuto in Italia, dove il principio di proporzionalità è stato considerato intimamente legato al rispetto della finalità rieducativa della pena<sup>53</sup>.

In definitiva, sulla base di quanto detto, si può concludere che questa strada appare insufficiente, perché anche se un riconoscimento tacito del principio di offensività apre porte che un mancato riconoscimento chiude, la sua costruzione sotto l’ala della finalità rieducativa della pena, o come emanazione di un altro principio, genera il rischio di portare a interpretazioni relative come quelle enunciate in relazione alla sua parziale deroga. In particolare, quest’ultima situazione si può verificare quando la finalità preventiva acquista rilievo di fronte alla necessità di tutelare i “beni primari”, che sono ogni giorno di più.

Così, in un momento in cui la società sembra chiedere a gran voce più diritto penale e più efficacia nell’azione penale, si fa sempre più pressante l’esigenza di norme costituzionali che favoriscano la razionalità del diritto penale, l’unico modo per realizzare quello che Ferrajoli ha definito “diritto penale minimo”, cioè quello che non ammette la punizione di reati minori o di reati senza offesa, assicurando così un’efficacia rispettosa delle garanzie fondamentali. Così facendo, si assicura il rispetto non solo della necessaria offensività, ma anche della sussidiarietà, della frammentarietà e della proporzionalità, come garanzie classiche indispensabili perché il diritto penale resti nel mondo della giustizia e non continui a correre il rischio di diffondere più violenza di quanta ne voglia prevenire.

---

<sup>53</sup> Si veda *supra* nota 44.

## 5. Conclusioni

Contrariamente a quanto sostiene gran parte della moderna dogmatica penale, la quale afferma che il rispetto del principio di offensività dei beni giuridici è in ritirata, dando più spazio ad altre teorie che cercano di spiegare la funzione del diritto penale, in questo lavoro si è cercato di dimostrare la necessità di rilanciarlo. In questo senso, il modo migliore per rendere conto del suo carattere di principio indispensabile per il diritto penale, è evidenziare gli effetti che la sua assenza può generare. In particolare, tali problematiche si riscontrano nell'emergere e nel proliferare di figure criminali per infrazione di un dovere e di tutela della funzione.

Tuttavia, è complicato approfondire il principio di offensività dei beni giuridici, senza addentrarsi nella portata del bene giuridico stesso come oggetto giuridico del reato. In questa linea, nel corso dello sviluppo del lavoro, si è esplicitata una posizione a favore della concezione materiale del bene giuridico, prendendo le distanze da nozioni formali, che le impediscono di funzionare come limite per l'attività legislativa e giudiziaria. La nozione materiale, al contrario, consente di assolvere una funzione critica nella decisione legislativa di penalizzazione, questione che si realizza nella misura in cui vi sia qualche parametro di diritto positivo che renda vincolante ciò che altrimenti non significherebbe altro che un suggerimento proveniente dall'esterno dell'ordinamento giuridico.

Infine, stando a quanto precede, il modo ottimale per garantire la piena validità del principio di offensività è attraverso il suo riconoscimento costituzionale, unico modo in cui la sua funzione fondativa può essere resa compatibile con quella di limite. Tale riconoscimento deve necessariamente essere espresso, poiché quello tacito, che si deduca da altri principi o da altre norme relative alla libertà o alla dignità, comporta il rischio che esso finisca per subire parziali deroghe. Ciò accade quando, attraverso le condotte vietate, si creano fattispecie penali non ancorate a beni giuridici effettivamente ledibili dalla condotta astrattamente punita.

L'esistenza di un sistema di diritto penale composto da fattispecie penali irrispettose del principio di offensività è la triste fotografia del-

l'ordinamento giuridico cileno. Per questo motivo è importante osservare la realtà italiana, soprattutto l'evoluzione del dibattito sulla rilevanza del programma penale della Costituzione, potendo verificare come ciò che appariva rivoluzionario nel 1948 dopo aver smarrito la propria validità per un certo tempo, l'abbia recuperata oggi. Ciò risulta particolarmente rilevante per coloro che ritengono essenziale promuovere un diritto penale che combatta l'espansionismo strisciante della "società del rischio".

# IL LUNGO CAMMINO VERSO UNA COSTITUZIONE PARITARIA

## L'ESPERIENZA CILENA NELLA CONVENZIONE COSTITUZIONALE\*

*Agustina Alvarado Urizar  
Rocío Sánchez Pérez*

**SOMMARIO:** *1. Verso la configurazione di una Costituzione paritaria. 1.1. Movimento sociale femminista come antecedente preliminare. 1.2. Movimento femminista studentesco: il c.d. “Maggio femminista del 2018”. 1.3. Estallido social di ottobre del 2019 e ruolo protagonista dei movimenti femministi. 1.4. Convenzione costituente e “parità alla cilena”. 2. Iniziative all’interno della Convenzione costituente con prospettiva di genere e norme approvate. 3. Interpretazione con prospettiva di genere come strumento metodologico. 4. Mandato di prospettiva di genere nel sistema di giustizia. 4.1. Funzione pubblica e prospettiva di genere. 4.2. Prospettiva di genere e sistema giudiziario. 5. Conclusioni dopo il tentativo fallito.*

### *1. Verso la configurazione di una Costituzione paritaria*

#### *1.1. Movimento sociale femminista come antecedente preliminare*

Come osserva Zúñiga, “la metafora delle ‘onde femministe’ descrive i picchi dell’agitazione femminista e i suoi ritiri (i silenzi femministi, a cui faceva riferimento Julieta Kirkwood)”<sup>1</sup>. Anche in Cile, come nel mondo, è possibile identificare una certa ondata, anche se non tutte le tappe storiche sono sempre state registrate. Sebbene un primo episodio degno di nota sia il caso delle donne cilene che si presentarono a votare nella città di San Felipe nel 1875, sostenendo che la Costituzione politica del 1833 garantiva l’uguaglianza, la verità è che l’emergere di una

---

\* Traduzione dall’originale spagnolo di Emanuele Corn.

<sup>1</sup> Y. ZÚÑIGA, *Nunca más sin nosotras*, Santiago, 2022, 37.

“coscienza femminista nazionale” può essere rintracciata solo nel XX secolo, di pari passo con le richieste di diritti civili e la lotta per il suffragio. Ci si riferisce al famoso *Movimiento Pro-Emancipación de las Mujeres en Chile* (MENCH), fondato nel 1935, con il suo dichiarato pluralismo, multiclassismo e programma politico trasversale volto all’emancipazione giuridica, politica, economica e biologica delle donne.

Tuttavia, con il raggiungimento del suffragio universale per le donne nel 1949 e la persecuzione delle simpatizzanti comuniste (alla base di alcune organizzazioni femministe locali), la mobilitazione femminista cilena si diluì sotto la presidenza di González Videla<sup>2</sup>.

Così, la seconda ondata femminista cilena riapparve alla fine degli anni Settanta, nella lotta contro la dittatura per il recupero della democrazia. Tuttavia, dopo la sconfitta della dittatura nel plebiscito del 1989, l’azione comune femminista ha conosciuto una nuova interruzione, dovuta alla disarticolazione tra forze politiche di opposizione al regime militare ed organizzazioni sociali femministe, con la conseguente frammentazione di queste ultime<sup>3</sup>.

Come sottolinea Zúñiga, nei primi decenni di democrazia il femminismo nazionale ha perso la sua presenza pubblica, con risultati modesti in termini di inserimento delle donne nell’arena istituzionale. Infatti, la loro presenza si limitava al Servizio Nazionale della Donna (SERNAM) e a portafogli ministeriali femminilizzati (come quello dell’istruzione o della sanità). Secondo la citata autrice, questi risultati sono dovuti al fatto che il femminismo cileno<sup>4</sup> «non è riuscito a permeare le logiche negoziali dei partiti politici che, alla lunga, hanno finito per disattivare agende di genere a lungo coltivate, come l’abrogazione della legge sull’aborto imposta dalla dittatura».

Tuttavia, nonostante questo letargo femminista, i governi di Michelle Bachelet, prima donna presidente, hanno rappresentato un innegabile progresso nell’agenda di genere. A titolo esemplificativo, si possono citare i seguenti esempi<sup>5</sup>:

---

<sup>2</sup> Y. ZÚÑIGA, *op. cit.*, 56.

<sup>3</sup> Y. ZÚÑIGA, *op. cit.*, 57.

<sup>4</sup> Y. ZÚÑIGA, *op. cit.*, 58.

<sup>5</sup> Y. ZÚÑIGA, *op. cit.*, 59.

la nomina del primo gabinetto ministeriale con parità di genere e un aumento significativo del numero di donne nei sottosegretariati ministeriali e nelle intendenze regionali (2006); la riforma delle pensioni, che ha incluso un pilastro di equità di genere e ha riconosciuto il lavoro domestico delle donne (2008); la creazione del Ministero della Donna e dell'Equità di Genere (2016), che ha assorbito il SERNAM; e l'approvazione della legge che depenalizzò parzialmente l'interruzione volontaria di gravidanza (Ley n° 21.030, D.O. 23.09.2017).

La riattivazione del movimento femminista cileno è dovuta all'influenza di diverse ONG femministe che, dopo i risultati delle elezioni municipali del 2012 – che hanno mostrato un calo significativo della presenza femminile – hanno generato una campagna per incorporare le quote di genere nelle elezioni cilene<sup>6</sup>, sia per migliorare la qualità della rappresentanza politica in generale, sia delle donne in particolare. Questo, soprattutto se si considera che l'incorporazione di un meccanismo di azione positiva era già una tendenza a livello internazionale e latinoamericano, dato che quasi 54 Paesi avevano leggi che regolavano la nomina dei candidati per garantire un maggior numero di donne nella competizione, a partire dall'Argentina nel 1991 (PNUD, 2018).

Così, per progredire in questo ambito, dopo decenni di dibattiti e vari progetti di legge presentati, nel 2015, nell'ambito della riforma del sistema elettorale binominale, è stata approvata l'incorporazione delle quote di genere per le elezioni legislative. In questo senso, è stato stabilito che nelle liste di candidati alla carica di deputato e senatore presentate dai partiti politici, nessun genere poteva superare il 60% delle quote.

L'entrata in vigore delle quote elettorali è stata molto positiva nelle elezioni del 2017, con un aumento impetuoso del numero di donne in lizza e delle percentuali di donne presenti nel Parlamento. Come evidenziato dal PNUD, nel caso della Camera dei Deputati e delle Deputate, il numero di donne elette è passato dal 15,8% del 2013 al 22,6% del 2017, per arrivare al 35,5% nella seconda elezione legislativa con quote nel 2021<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> Y. ZÚÑIGA, *op. cit.*, 60.

<sup>7</sup> PROGRAMMA DELLE NAZIONI UNITE PER LO SVILUPPO (PNUD, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo), *El camino de las mujeres hacia la Convención*

## 1.2. *Movimento femminista studentesco: il c.d. “Maggio femminista del 2018”*

Nei primi mesi del 2018, l’istruzione superiore cilena è stata scossa da una serie di mobilitazioni studentesche autodefinitesi femministe, espressione di una profonda critica al sistema androcentrico e patriarcale che caratterizza le istituzioni educative<sup>8</sup>. L’apice è stato raggiunto nel maggio dello stesso anno, quando le studentesse universitarie paralizzarono gli atenei del Paese.

In realtà, il primo episodio si verificò il 17 aprile 2018, presso la Universidad Austral de Chile, quando iniziò un’occupazione femminista che durò 67 giorni. Dieci giorni dopo fu occupata la Facoltà di Giurisprudenza dell’Università del Cile, in segno di rifiuto dell’esito dell’indagine interna contro il professore ed ex presidente della Corte costituzionale Carlos Carmona. Il 17 maggio tra le istituzioni occupate si contavano più di 30 facoltà e 15 università, con l’aggiunta di alcuni licei come l’iconico Carmela Carvajal.

Il 16 giugno si svolse la più grande marcia femminista del Cile, indetta da settori studenteschi e organizzazioni sociali femministe con lo slogan “per un’educazione non sessista e per la non violenza verso le donne”. Come notano Alfaro e De Armas<sup>9</sup>,

la portata massiccia del movimento sorprende i media nazionali e internazionali, l’immagine che si sta diffondendo attraverso social network è quella di giovani donne con il busto nudo sulla statua di Giovanni Paolo II all’esterno dell’Università Cattolica, una delle entità più conservatrici dell’establishment legato alla Chiesa cattolica, un’entità che definisce la donna come cura degli altri e il femminismo come un’ideologia che genera divisioni controproducenti.

---

*Constitucional. Paridad de género y representación descriptiva en la elección de convencionales constituyentes*, Santiago, 2022, 7.

<sup>8</sup> C. DUARTE, V. RODRÍGUEZ, *Políticas de igualdad de género en la educación superior chilena*, in *Rumbos TS*, N° 19, 2019, 41.

<sup>9</sup> J. ALFARO, T. DE ARMAS, *Estudiantes universitarias chilenas: discursos y prácticas contra la violencia sexista*, in *Revista Nómadas*, N° 51, 2019, 36.



Come riassunto dalle autrici citate, tra il 2001 e il 2015, il movimento studentesco per l'educazione senza scopo di lucro ha acquisito importanza e molte donne sono apparse sullo schermo in posizioni di leadership e di portavoce, in particolare sulle questioni di genere. È proprio in questo ambito che germoglia un insieme di “collettivi” che, da prospettive diverse, si appropriano della discorsività critica femminista, per poi consolidare i processi di mobilitazione studentesca che mettono in discussione l'educazione di mercato tra il 2011 e il 2015. I contorni sfumati della futura ondata del 2018, che si costituisce performativamente come rivoluzione con lo slogan: “La rivoluzione sarà femminista, o non ci sarà”, è fortemente influenzata dalla formazione di consigli o segreterie di genere all'interno delle federazioni studentesche e dall'organizzazione di congressi nazionali per un'educazione non sessista<sup>10</sup>. In seguito,

la cosiddetta ondata femminista si conclude con la fine dell'occupazione dell'UPLA di Valparaíso, l'ultima ad aderire al movimento, rimasta però in mobilitazione per più tempo, e la prima a intraprendere lo sciopero della fame – da parte di sette giovani – come misura estrema di pressione di fronte al chiuso rifiuto delle autorità di accettare il movimento<sup>11</sup>.

Fu nel nostro maggio femminista 2018, quando per la prima volta nella sua storia, il movimento studentesco cileno si definì femminista. L'appello fu lanciato dalla Coordinadora Feminista Universitaria (COFEU), e non dalla Confederación de Federaciones de Estudiantes de Chile (CONFECH), anche se è quest'ultima l'organismo che rappresenta gli studenti di tutte le università statali – ed è diventata uno dei principali attori politici del Paese –. Come spiegano Alfaro e De Armas<sup>12</sup>,

la COFEU è nata dalla Commissione di genere della Confederazione degli studenti cileni ed è composta dai diversi comitati e segretariati di genere delle varie università del Paese. Le sue richieste sono contro la violenza di genere, la lotta per l'educazione femminista, la visibilità della dissidenza sessuale, la rivendicazione dei diritti sessuali e ripro-

---

<sup>10</sup> J. ALFARO, T. DE ARMAS, *op. cit.*, 35.

<sup>11</sup> J. ALFARO, T. DE ARMAS, *op. cit.*, 42.

<sup>12</sup> J. ALFARO, T. DE ARMAS, *op. cit.*, 36. Corsivo nostro.

duttivi, il miglioramento delle condizioni di lavoro tra i diversi settori universitari (docenti/studenti/amministrazione) e la depatriarcalizzazione dei/lle compagni/e.

In questo contesto storico, le studentesse promossero varie petizioni dalle distinte università mobilitate, ovvero documenti che includevano una serie di richieste rivolte alle autorità governative e studentesche. Questi strumenti costituivano, in sostanza, dei veri e propri programmi di trasformazione per le università cilene<sup>13</sup>, essendo possibile osservare dalla loro lettura due assi principali vertenti entrambi sul tema della violenza di genere: la fine dell'educazione sessista e la promozione di un'educazione senza violenza. Tra le richieste principali tema ricorrente era la stesura di "protocolli di genere" e "parità" nell'ambito universitario.

È stato questo stesso contesto sociopolitico a motivare la discussione, all'interno del Parlamento nazionale, su come regolamentare il contrasto alle molestie sessuali negli istituti scolastici, considerando che all'epoca solo 11 università avevano progettato e pubblicato protocolli di genere<sup>14</sup>.

Il raggiungimento dell'obbligatorietà di questo tipo di regolamentazione arriva – come conquista femminista – grazie alla legge n. 21.369 del settembre 2021, recentemente pubblicata, che regola in modo preciso le molestie sessuali, la violenza e la discriminazione di genere nel campo dell'istruzione superiore. Certo, gli aspetti che si riferiscono alle richieste di parità sono ancora tenui e insufficienti a soddisfare le richieste in tal senso.

### *1.3. Estallido social di ottobre del 2019 e ruolo protagonista dei movimenti femministi*

La cosiddetta "esplosione sociale" del 2019 si riferisce a una serie di proteste di massa in strada, inizialmente orchestrate il 18 ottobre 2019

---

<sup>13</sup> I. PALMA, *Debates abiertos en la coyuntura sobre las instituciones universitarias por las estudiantes del movimiento mayo feminista*, in *Anales de la Universidad de Chile*, N° 14, 2018, 92.

<sup>14</sup> A.L. MUÑOZ, L. FOLLEGATI, L. JACKSON, *Protocolos de acoso sexual en universidades chilenas: Una deuda pendiente*, in *CEPPE Policy Briefs*, N° 20, 2018, 1.

da migliaia di giovani cileni, per chiedere una società più giusta, avviando così un processo di cambiamento costituzionale e di cittadinanza.

In effetti, la caratteristica distintiva di questa “esplosione sociale” è che la sua origine è da ricercarsi nell’azione organizzata di migliaia di studenti delle scuole superiori, a partire da atti di fuga di massa nella metropolitana di Santiago. In questo contesto, un’apparente inezia come l’aumento di 30 pesos (0,04 dollari) della tariffa della metropolitana della capitale – un sistema di trasporto già particolarmente oneroso – ha fatto esplodere “tutte le caldaie”, come segno dell’estrema oppressione a cui la cittadinanza resisteva da tempo.

Il calderone delle richieste insoddisfatte, dal punto di vista studentesco, aveva già iniziato a ribollire nel 2001, quando circa 50.000 studenti delle scuole superiori scesero in piazza, nel cosiddetto *mochilazo* (da *mochila*: zainetto), per rifiutare il modello neoliberale, gridando uno slogan rivoluzionario: “L’assemblea comanda”.

Nel 2006, non 50.000 a Santiago, ma 1.400.000 adolescenti sono scesi in piazza in tutto il Cile, nelle proteste note come *pingüinazo* (perché la divisa scolastica ricordava il colore degli uccelli piuttosto comuni nel sud del Cile), dove la denuncia era la stessa. Le mobilitazioni di massa del 2011 e del 2012, così come quelle femministe del maggio 2018, hanno seguito la stessa logica.

Come sottolinea Zúñiga, queste proteste, e quelle che seguirono nel 2019, lasciavano intravedere una rabbia concentrata soprattutto nelle giovani generazioni. Si trattava di un sentimento generalizzato che vedeva nell’attività politica un’offesa al senso di giustizia e una significativa distanza dall’orizzonte dell’uguaglianza<sup>15</sup>. Non è un caso che gli slogan sotto i quali si è strutturato il movimento siano stati: “Non sono 30 pesos, sono 30 anni” o il noto hashtag #Chiledespertó, poiché entrambi gli slogan cercano di spiegare il fatto che milioni di persone, in tutto il Paese, erano scese in piazza per esprimere il loro dissenso e il loro disaccordo rispetto al modo in cui, per decenni, i governi della Concertación e della destra, con le loro politiche e i loro programmi,

---

<sup>15</sup> Y. ZÚÑIGA, *op. cit.*, p. 52.

avevano colpito le classi socio-economiche più deboli, cioè la classe media salariata<sup>16</sup>.

Secondo Morales, questa sorta di tempesta perfetta potrebbe essere spiegata dalla contraddizione della democrazia cilena, che consisteva, da un lato, nell'esistenza di indicatori economici e di stabilità politica che si distinguevano a livello internazionale e, dall'altro, nel deficit di partecipazione elettorale e di rappresentanza politica. In questo scenario, l'autore individua quattro "crisi" che potrebbero spiegare lo sconvolgimento sociale del Paese. In primo luogo, una crisi di partecipazione, aggravata dall'introduzione del voto volontario nel 2012. In secondo luogo, una crisi di rappresentanza che si riflette nel calo del sostegno ai partiti politici e nella perdita di fiducia nelle principali istituzioni democratiche (governo, tribunali, Parlamento). Terzo, una crisi di fiducia nelle istituzioni di ordine pubblico e sociale (Carabineros e chiese). Quarto, una crisi della correttezza pubblica e privata che si riflette nell'aumento dei casi di finanziamento irregolare delle campagne politiche e di collusione imprenditoriale<sup>17</sup>. Purtroppo, la risposta dello Stato alla mobilitazione sociale non ha fatto altro che esacerbare le suddette "crisi".

Al di là del dibattito sull'esistenza di violazioni sistematiche dei diritti umani, il rapporto sulla "Situazione dei diritti umani in Cile", pubblicato dalla Commissione interamericana per i diritti umani (CIDH) durante la sua visita in loco dal 25 al 31 gennaio 2020, afferma che, durante i disordini sociali, si sono verificati episodi di uso eccessivo della forza da parte dello Stato, a scapito dell'esercizio del diritto alla protesta pacifica. In questo senso, si evidenzia che la risposta dello Stato alle manifestazioni, da parte degli organi preposti all'ordine, è stata caratterizzata da modelli di violenza e uso eccessivo della forza, che hanno causato la perdita di 5 vite umane per azione diretta di agenti

---

<sup>16</sup> Per una sintesi illustrativa si veda: C. JIMÉNEZ-YÁÑEZ, *#Chiledespertó: causas del estallido social en Chile*, in *Revista Mexicana de Sociología* 82, N° 4, 2020, 949-957.

<sup>17</sup> M. MORALES, *Estallido social en Chile 2019: participación, representación, confianza institucional y escándalos públicos*, in *Análisis Político*, N° 98, 2020, 3-25.

dello Stato e 26 morti nel contesto della “esplosione sociale”, oltre a centinaia di persone ferite, in particolare con lesioni agli occhi<sup>18</sup>.

Nel suddetto rapporto, la Commissione ha anche espresso allarme per l’elevato numero di denunce di violenza sessuale che sarebbero state perpetrate nel contesto di arresti e custodie cautelari, sia nei confronti di donne e uomini che di bambini e adolescenti. Gli atti di violenza sessuale riportati includono stupro, percosse sui genitali, perquisizioni corporali intrusive e piegamento o accovacciamento forzato per esporre i genitali delle vittime, filmati, scherni di natura o connotazione sessuale, insulti con connotazioni sessuali e/o omofobiche, lesbofobiche o misogine, toccamenti, minacce di stupro o di tortura sessuale, nonché simulazioni di stupri<sup>19</sup>.

In questo contesto, anche il femminismo cileno è “esploso” ed è stato reso visibile dal collettivo LasTesis, che il 20 novembre 2019 ha presentato in anteprima la sua performance di protesta “Un violador en tu camino”<sup>20</sup>.

Come suggerisce Zúñiga, il libretto utilizzato mescola due tipi di denuncia: una che indica l’uso della violenza sessuale come pratica di repressione poliziesca durante i disordini sociali; e un’altra, più generale, che allude alla natura strutturale della violenza subita dalle donne e, soprattutto, alla tolleranza degli organi statali e della società nel suo complesso riguardo al fenomeno<sup>21</sup>. Così, secondo la suddetta autrice, la combinazione di disagio femminile individuale e collettivo fu decisiva per la trasformazione di queste emozioni in un’azione politica concerta-

---

<sup>18</sup> COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Situación de Derechos Humanos en Chile*, 2022, disponibile all’indirizzo [https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/2022\\_chile.pdf](https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/2022_chile.pdf).

<sup>19</sup> COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *op. cit.*, par. 260-262.

<sup>20</sup> “Il patriarcato è un giudice, che ci giudica alla nascita, e la nostra punizione è la violenza che non vedete”; “È un femminicidio. Impunità per il mio assassino. È sparizione. È uno stupro”; “E non è stata colpa mia, né di dove mi trovavo o di come ero vestita. Lo stupratore sei tu”; “Sono i poliziotti, i giudici, lo Stato, il Presidente. Lo Stato oppressivo è uno stupratore maschio. Lo Stato oppressivo è uno stupratore maschio. Lo stupratore eri tu. Lo stupratore sei tu”; “Dormi tranquilla, ragazza innocente, senza preoccuparti del bandito che veglia sul tuo dolce e sorridente sonno, del tuo amovole carabiniere. Lo stupratore sei tu (...)”.

<sup>21</sup> Y. ZÚÑIGA, *op. cit.*, 64-65.

ta che chiedeva che la Costituzione fosse scritta dalle donne e per le donne, con lo slogan “Non senza di noi”<sup>22</sup>.

#### 1.4. *Convenzione costituente e “parità alla cilena”*

Una volta consolidato il cosiddetto “Accordo per la pace e la nuova Costituzione” del 15 novembre 2019 per aprire una soluzione istituzionale alla crisi politica e sociale, è stato programmato un plebiscito nazionale per decidere l’apertura di un processo costituente e, se necessario, il meccanismo responsabile della stesura della nuova Costituzione, pur senza contemplare alcun tipo di azione affermativa per i gruppi storicamente esclusi da questi spazi nel futuro organo costituente<sup>23</sup>.

In effetti, nessuna norma di questo tipo è stata presa in considerazione nell’itinerario costituente originale, approvato con la legge n. 21.200 del dicembre 2019. Il dibattito sull’incorporazione di meccanismi speciali di rappresentanza per alcuni gruppi di popolazione e sulla parità in particolare è stato inserito nel dibattito pubblico solo dopo gli effetti collaterali internazionali della suddetta performance dell’Inno di LasTesis. Solo successivamente, infatti, la questione è stata posta al Parlamento, l’organo incaricato di realizzare le riforme costituzionali necessarie per avviare il processo costituente delineato nel suddetto accordo.

In particolare, diverse organizzazioni femminili (come Comunidad Mujer, Corporación Humanas, Coordinadora 8M, ABOFEM, Asamblea Feminista Plurinacional, Red de Politólogas, tra le altre), leader politiche e attiviste femministe hanno sollevato la richiesta di un meccanismo che permettesse alle donne di partecipare ed essere rappresentate in modo paritario nell’organo costituente (Ríos, 2021). Questa richiesta di un organo costituente paritario si è concretizzata nel ciclo di manifestazioni e mobilitazioni femministe che si sono svolte nel Paese a partire dal maggio 2018 e che sono riuscite a porre l’uguaglianza di genere al centro dell’agenda pubblica come requisito fondamentale per avanzare

---

<sup>22</sup> Y. ZÚÑIGA, *op. cit.*, 77-78.

<sup>23</sup> PNUD, *op. cit.*, 3 e 7.

verso una maggiore e migliore democrazia (Reyes-Housholder & Roque, 2019)<sup>24</sup>.

L'idea centrale e politicamente quasi trasversale era quella di garantire la piena parità, non solo nella competizione tra uomini e donne – attraverso le quote di genere –, ma anche e soprattutto nel risultato, istituendo un meccanismo che correggesse i risultati elettorali nel caso in cui nell'organo costituente non si fosse raggiunto un numero equo ed equilibrato in termini di genere. Si dice “quasi trasversale” perché durante l'elaborazione del disegno di legge sulla parità non sono mancate le voci dell'allora partito di governo e delle organizzazioni conservatrici che hanno accusato la “parità dei risultati” come un modo per “mettere le mani nelle urne”.

In questo contesto, l'intervento di donne parlamentari di diversi settori politici, alcune delle quali avevano già beneficiato di quote elettorali di genere, è stato fondamentale per il successo dell'iniziativa, nonostante le differenze e i grandi interrogativi sulle specifiche procedure elettorali per l'applicazione del principio di parità.

Nel marzo 2020, dopo meno di due mesi di discussione, è stata approvata l'incorporazione della parità di genere nelle preferenze e nella composizione della Convenzione costituzionale, rendendo il Cile il primo Paese al mondo ad avere un organo costituente con un totale equilibrio di genere nella sua composizione.

A tal fine, sono stati combinati due gruppi di misure: uno volto a migliorare le condizioni per la competitività delle donne in questi processi (requisito del 50% di presenza femminile nelle liste dei candidati, indicazione di capoliste e sistema di alternanza tra candidati uomini e donne); l'altro volto a correggere il processo di assegnazione dei seggi per garantire un risultato rigorosamente equilibrato. Come sottolinea Zúñiga, quest'ultimo meccanismo non era stato applicato prima per l'elezione di nessun altro organo costituente, rappresentando la più grande innovazione cilena<sup>25</sup>.

Così, dopo il trionfo del voto “approvo” nell'ottobre 2020 con il 78,3% delle preferenze, il 79,2% ha deciso che la Magna Carta sarebbe

---

<sup>24</sup> PNUD, *op. cit.*, 8.

<sup>25</sup> Y. ZÚÑIGA, *op. cit.*, 80.

stata redatta da una Convenzione costituzionale composta da persone elette appositamente e secondo le regole della parità, dando vita al primo organo democraticamente eletto nel Paese incaricato di presentare una proposta per un nuovo testo costituzionale. Nelle elezioni indette a tale scopo il 15 e 16 maggio 2021, sono stati scelti 155 seggi, di cui 138 eletti nei 28 distretti utilizzati per l'elezione della Camera dei Deputati e 17 riservati alle popolazioni indigene.

Per l'elezione dei 138 seggi generali, sono stati presentati 1.278 candidati, di cui 651 donne (50,9%), come richiesto dal meccanismo di parità di genere nella composizione delle liste, costituendo un significativo avanzamento rispetto al 41,4% di donne candidate che hanno partecipato alle elezioni dei parlamentari del 2017, secondo il minimo richiesto dalla quota di genere implementata per la prima volta nelle elezioni del 2017<sup>26</sup>. Più precisamente, delle 155 cariche elettive, compresi i seggi riservati, le donne hanno ottenuto il 50,3% delle preferenze, oltre il 49,7% conquistato dai candidati uomini; tuttavia, le stesse regole di parità hanno favorito gli uomini, assegnando loro un seggio in più rispetto ai 77 assegnati alle donne.

Come osserva Zúñiga, la correzione della parità ha favorito specificamente 11 uomini e solo 5 donne, in uno scenario in cui queste ultime erano straordinariamente più competitive, riproducendo la controversia vissuta nelle elezioni dell'Ordine degli Avvocati di quasi un anno prima. Tuttavia, ciò si spiega con una concezione della parità, attualmente dominante, che impedisce a uno dei due sessi di occupare più della metà dei seggi in discussione. Così, quando le candidature femminili sono più competitive, e da sole possono contrastare gli svantaggi storici che le donne hanno dovuto affrontare nell'arena elettorale, le regole della parità finiscono per avere un effetto boomerang, ritorcendosi contro le donne<sup>27</sup>. Tuttavia, è importante mantenerle perché, fatti salvi eventuali aggiustamenti, riducono il rischio egemonico di espellere le donne dalle sfere decisionali più alte.

È quindi necessario analizzare se questa parità nella composizione della Convenzione costituzionale abbia influenzato il funzionamento

---

<sup>26</sup> PNUD, *op. cit.*, 11.

<sup>27</sup> Y. ZÚÑIGA, *op. cit.*, 82.



interno della Convenzione e se abbia permeato la configurazione di un contenuto femminista.

## *2. Iniziative all'interno della Convenzione costituente con prospettiva di genere e norme approvate*

Come era prevedibile, il lungo cammino percorso dal movimento femminista negli ultimi anni nel dibattito pubblico cileno ha generato un'ampia gamma di iniziative presentate alla discussione della Convenzione costituente.

Tenendo conto del regolamento interno della Convenzione, i membri della stessa hanno presentato più di 160 iniziative per incorporare disposizioni nel testo costituzionale. Alcune si sono concentrate esclusivamente su questioni relative all'applicazione della prospettiva di genere, mentre altre si sono occupate di modifiche istituzionali, in cui la parità è un elemento strutturale degli organi che si vogliono progettare.

Per quanto riguarda le iniziative presentate dai membri della Convenzione che si occupavano esclusivamente di normative relative alla prospettiva di genere, sono state registrate almeno 26 proposte. Considerando l'ampiezza degli argomenti, ne elencheremo alcune raggruppate sotto la stessa voce. In termini generali, spiccano: l'istituzione del principio guida dell'intersezionalità e della non discriminazione, al fine di raggiungere l'uguaglianza sostanziale per i gruppi storicamente vulnerabili; l'uguaglianza delle donne di fronte alla legge; la definizione di linee guida per la democrazia paritaria; il riconoscimento generale dei diritti delle donne.

In particolare, si è cercato di regolamentare esplicitamente le seguenti prerogative: il rispetto dei diritti sessuali e riproduttivi; il riconoscimento del diritto all'assistenza e al lavoro domestico e di cura non retribuito; i diritti del lavoro e la sicurezza sociale da una prospettiva di genere, compresa la parità di retribuzione; oltre alla consacrazione dei diritti umani delle persone transgender; i diritti delle donne indigene; l'istituzione costituzionale del matrimonio egualitario. Hanno inoltre sostenuto la necessità di garantire un ambiente privo di violenza di genere, il riconoscimento della dissidenza di genere e l'uguaglianza di

figli e figlie, la protezione dell'orientamento e dell'identità, l'uguaglianza formale, il diritto a un'educazione sessuale completa, la protezione della gravidanza e della maternità e il riconoscimento dell'esercizio del lavoro genitoriale; l'affermazione dei diritti delle persone anziane; l'istituzione di un sistema giudiziario femminista; l'affrancamento dei gruppi storicamente esclusi; la definizione di linee guida per un'amministrazione della giustizia equa e sensibile alle differenze di genere e per il rispetto dei diritti umani; l'esecuzione delle sentenze sensibile alle differenze di genere.

Inoltre, nel corso del dibattito sono state presentate e discusse iniziative popolari, provenienti dalla società civile o dalle comunità indigene, tutte incentrate sui diritti delle donne. Alcune sono state incluse nella proposta costituzionale respinta nel plebiscito di settembre del 2022.

Le iniziative popolari, che si riferivano esclusivamente a questioni di genere, si sono concentrate su vari aspetti. Spiccano: la necessità di incorporare una prospettiva di genere nell'amministrazione della giustizia; il riconoscimento del diritto all'identità, comprese le caratteristiche sessuali, le identità di genere, le espressioni di genere e gli orientamenti sessuali; il riconoscimento delle comunità e delle diverse forme di famiglia; la consacrazione del diritto a un'istruzione femminista, laica, pubblica e non sessista; il diritto a una vita libera dalla violenza contro le donne, i bambini, le diversità e la dissidenza sessuale e di genere; il diritto alla salute sessuale e riproduttiva; il riconoscimento del lavoro di cura domestico e retribuito.

A sua volta, per quanto riguarda le iniziative popolari che hanno incluso una qualche dimensione della prospettiva di genere, evidenziamo: la necessità di garantire l'accesso all'acqua per soddisfare le esigenze soprattutto di donne, bambini e adolescenti; il diritto a un alloggio dignitoso con attrezzature adeguate, soprattutto per le donne capofamiglia. A ciò si aggiunge il diritto alla salute in una prospettiva di genere; il diritto a un'istruzione diversificata, inclusiva, decolonizzante, multilingue e interculturale, ecologica e libera da ogni discriminazione, sessismo, razzismo e incitamento all'odio; il diritto a un'istruzione completa, di qualità, inclusiva, equa e gratuita. Infine, il riconoscimento della discriminazione multipla subita da donne e ragazze con disabilità.

Dopo le sessioni di discussione della Convenzione costituzionale, il testo finale ha incluso molte delle iniziative presentate. Alcune di esse sono state inserite in ampie disposizioni, come quelle contenute nel Capitolo I sui Principi e le Disposizioni Generali e nel Capitolo II sui Diritti e le Garanzie Fondamentali. Altre norme sono state inserite nel Capitolo IV sulla partecipazione democratica, nel Capitolo VII che regola il ramo legislativo e nel Capitolo VII che fornisce il quadro normativo per il ramo esecutivo.

Per quanto riguarda i principi guida dello Stato che tentano esplicitamente o implicitamente di riconoscere la prospettiva di genere, l'uguaglianza di fronte alla legge compare nel Capitolo I sui principi, agli articoli 4 e 6, e nel catalogo dei diritti e delle garanzie fondamentali, nel Capitolo II, in particolare all'articolo 25, contemplando la sua dimensione formale e sostanziale. A ciò si aggiunge il riconoscimento dell'approccio di genere come strumento per raggiungere questo obiettivo. Tutto ciò è garantito dalla disposizione contenuta nell'articolo 19 della proposta costituzionale, che ha voluto sancire l'esistenza di garanzie effettive, tempestive, pertinenti e universali dei cittadini nei confronti dello Stato, al fine di ottenere il pieno esercizio e la soddisfazione dei diritti fondamentali.

Ciò significava sviluppare una sorta di architettura istituzionale che riconoscesse espressamente i diritti delle donne. L'obiettivo è generare una base giuridica che contribuisca allo sviluppo di misure legislative applicabili dalla magistratura e alla progettazione di politiche pubbliche. Questa proposta ha cercato di modificare il modello tradizionalmente predominante in Cile, "che concepisce la discriminazione come una rottura dell'indifferenziazione, che maschera i pregiudizi di genere"<sup>28</sup>.

Un'altra disposizione rilevante è l'articolo 15.1, che riconosce la gerarchia costituzionale dei trattati internazionali sui diritti umani. Lo scopo della sua incorporazione è quello di risolvere i dubbi sulla gerarchia di tali organismi normativi, in particolare sui loro effetti. Questa decisione politica riduce il margine di discrezionalità delle corti di giustizia, facilitando un'interpretazione armoniosa ed equa del loro contenuto.

---

<sup>28</sup> Y. ZÚÑIGA, *Igualdad de género en la Nueva Constitución*, in F. MUÑOZ, V. DE LEÓN (a cura di), *Conceptos para una nueva constitución*, Santiago, 2020, 252.

Successivamente, nel capitolo sui diritti e le garanzie fondamentali, l'articolo 27 ha sancito il diritto a una vita libera dalla violenza. Questa disposizione è nata come risposta all'entità del fenomeno della violenza, soprattutto contro le donne, sperimentato in Cile e in tutta l'America Latina. La necessità di affrontare questo problema da diverse prospettive è stata riconosciuta da tempo, soprattutto considerando gli obblighi assunti dallo Stato cileno nel ratificare i trattati internazionali che cercano di sradicare questo tipo di violenza<sup>29</sup>.

Un'altra esigenza che è stata espressamente affrontata nel testo costituzionale proposto è stata la regolamentazione dei diritti delle donne incinte private della libertà, all'articolo 30.3. Questa disposizione rispondeva strettamente alle condizioni del sistema penitenziario nazionale.

Recenti ricerche sull'argomento dimostrano che la maggior parte delle donne private della libertà ha figli, anche più della media nazionale. L'88% di loro sono madri. Per quanto riguarda il numero di figli, "il 21,4% ne ha uno, il 22,1% ne ha due, il 19,4% ne ha tre, l'11,5% ne ha quattro, il 9,7% ne ha cinque o più e il 14,9% non lo indica. Il numero medio di figli è del 2,6%" e solo lo 0,9% non ha figli<sup>30</sup>.

Inoltre, lo studio sulla reintegrazione, la desistenza e la recidiva nelle donne sottolinea che

le donne riferiscono un senso di identità ancorato alla cura dei bambini. Quando partono, dichiarano che questo sarà il loro ruolo centrale. Tuttavia, questo ruolo diminuisce nel tempo, mentre aumenta il ruolo di casalinga<sup>31</sup>.

Attualmente, secondo il Piano di lavoro in materia di condizioni carcerarie per le donne private della libertà per l'anno 2023, emanato dal Ministero della Giustizia e dei Diritti Umani, si riconosce che le donne in gravidanza o durante il periodo post-parto o di allattamento si trovano in una condizione di particolare vulnerabilità che richiede un'attenzione con un approccio intersettoriale. Sebbene la loro situazione abbia

<sup>29</sup> AA.VV., *Nueva Constitución con perspectiva de género*, 15.

<sup>30</sup> P. PÉREZ, *Las mujeres privadas de libertad y el enfoque de las capacidades*, Santiago, 2021, 55.

<sup>31</sup> P. LARROULET, C. DROPELMANN, S. DAZZA, P. DEL VILLAR, A. FIGUEROA, *Reinserción, Desistimiento y Reincidencia en Mujeres*, Santiago, 2021, 5.

iniziato a essere riconosciuta in diverse sentenze giudiziarie, esistono ancora ostacoli associati al soddisfacimento adeguato dei bisogni di salute, in particolare all'accesso all'igiene, a un'alimentazione adeguata durante il periodo di allattamento e alla cura dei figli minori<sup>32</sup>.

Un altro tema che è stato espressamente sancito è quello dei diritti sessuali e riproduttivi, nella sua regolamentazione all'articolo 61.1. In termini generali, la proposta costituzionale ha cercato di contribuire al superamento delle barriere all'accesso alle prestazioni sanitarie e riproduttive.

Come già osservato, si tratta di una forma comune di discriminazione nel trattamento, che mette a rischio la vita e l'integrità fisica e psicologica delle donne, rappresentando un caso tangibile di discriminazione di genere<sup>33</sup>. Pertanto, questa disposizione era anche legata al riconoscimento dell'autonomia personale, disciplinata nell'articolo 62, e dell'identità di genere, contenuta nell'articolo 64 proposto.

Per quanto riguarda la partecipazione delle donne alla vita democratica, è stato denunciato, per molti decenni, che siamo state sistematicamente escluse dagli spazi di decisione politica e di deliberazione pubblica. Questo ha portato a una scarsa rappresentanza delle donne nelle istituzioni e negli organi democratici.

Nello studio elaborato dal PUND si legge:

In Cile, negli ultimi decenni un certo numero di donne si è insediato nelle più alte posizioni di potere, passando in totale dal 10% al 20% tra il 1995 e il 2018, considerando tutte le posizioni nel loro insieme. In altre parole, le donne hanno raddoppiato la loro presenza nelle posizioni di potere. Tuttavia, è chiaro che i progressi sono ben lunghi dall'essere soddisfacenti, considerando come orizzonte una società più equa con parità nelle posizioni di potere. In nessuno dei principali settori studiati – economico, politico, simbolico, sociale – le donne rappresentano più del 27%. All'interno di questi settori, solo 8 su 36 hanno più del 33% di donne (esecutivo centrale, istituzioni pubbliche autonome e legali, magistratura, organizzazioni culturali, società di ricerca di mercato, organizzazioni studentesche e ONG e fondazioni) e solo 2 hanno più del 50% (società di comunicazione strategica e alte cariche in riviste di

---

<sup>32</sup> MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS, *Plan de trabajo condiciones carcelarias de mujeres privadas de libertad*, Santiago, 2023, 34.

<sup>33</sup> AA.VV., *op. cit.*, 11.

massa). In altre parole, la stragrande maggioranza delle posizioni di potere continua a essere nelle mani degli uomini o, in altre parole, l'élite che guida il destino del Paese continua a essere maschile<sup>34</sup>.

Per ovviare a questa situazione, la configurazione di uno stato di parità è stata espressamente proposta come segue:

Art. 6. 1. Lo Stato promuove una società in cui le donne, gli uomini, la diversità sessuale e di genere e la dissidenza partecipino in condizioni di sostanziale uguaglianza, riconoscendo che la loro effettiva rappresentanza è un principio e una condizione minima per il pieno e sostanziale esercizio della democrazia e della cittadinanza. 2. Tutti gli organi collegiali dello Stato, gli organi costituzionali autonomi, gli organi di vertice ed esecutivi dell'amministrazione, nonché i consigli di amministrazione delle aziende pubbliche e semipubbliche, devono avere una composizione paritaria che garantisca che almeno il cinquanta per cento dei loro membri sia costituito da donne. 3. Lo Stato promuoverà la parità nelle altre istituzioni e in tutti i settori pubblici e privati e adotterà misure per la rappresentanza di persone di sesso diverso attraverso i meccanismi stabiliti dalla legge. 4. I poteri e gli organi dello Stato adotteranno le misure necessarie per adattare e promuovere la legislazione, le istituzioni, i quadri normativi e la fornitura di servizi al fine di raggiungere l'uguaglianza e la parità di genere. Essi dovranno integrare una prospettiva di genere nella loro progettazione istituzionale, nella politica fiscale e di bilancio e nell'esercizio delle loro funzioni.

Ciò ha dato origine a diverse norme che prevedevano il funzionamento paritario dei partiti politici, sancito dall'articolo 163, e del Parlamento nazionale, sancito dall'articolo 252, N°1. Il contesto che giustifica la loro incorporazione è il basso numero di donne in queste posizioni.

In particolare, secondo lo studio *Nuevo mapa del poder y género en Chile* (1995-2018) elaborato dal Programma delle Nazioni Unite per lo Sviluppo (PNUD):

Di conseguenza, nel 2018, il 23% dei membri del Parlamento nazionale è costituito da donne (Figura 19), una percentuale vicina alla media mondiale (24%), ma inferiore alla media latinoamericana (31%) (Unione parlamentare internazionale, informazioni aggiornate a maggio 2019),

---

<sup>34</sup> PNUD, *Nuevo mapa del poder y género en Chile (1995-2018)*, Santiago, 2020, 78.

e che in effetti mostra un aumento sistematico a partire dalla prima misurazione<sup>35</sup>.

Per quanto riguarda gli effetti della regolamentazione delle quote di genere, nelle ultime elezioni si è registrato un basso livello di efficacia. Questo fenomeno potrebbe essere spiegato dalle caratteristiche del meccanismo regolamentato in Cile, sommate al breve periodo di vigenza, che ha rallentato il cambiamento culturale che si sperava di ottenere con la sua incorporazione<sup>36</sup>.

Considerando l'esperienza nazionale, il testo costituzionale proposto prevedeva anche l'inclusione della prospettiva di genere nelle forze di polizia, disciplinata dall'articolo 297, e nelle forze armate, come previsto dall'articolo 299.

Inoltre, su questa dimensione del fenomeno della sottorappresentazione, il già citato studio del PNUD mostra che

L'istituzionalizzazione del dominio della forza e della violenza nella pratica, allora come oggi, è appartenuta al dominio maschile. Ciò si riflette, infatti, sul totale degli effettivi delle diverse divisioni. In Cile, secondo gli ultimi dati, le donne rappresentano il 14,9% nell'esercito, l'11% nella marina, il 18% nell'aeronautica, il 17% nei Carabineros e il 31% nella polizia investigativa. In tre delle cinque istituzioni analizzate – l'Esercito, la Marina e l'Aeronautica – mai nella loro storia una donna ha ricoperto una delle posizioni analizzate. Nel 2018, le Carabineros de Chile erano gli unici ad avere due donne in organico come generali donna a ricoprire posizioni di vertice in questo tipo di istituzioni (una come responsabile dell'area prevenzione e protezione della famiglia e l'altra come direttrice della salute, anche se nel 2019 una delle due era già andata in pensione)<sup>37</sup>.

---

<sup>35</sup> PNUD, *Nuevo mapa del poder y género en Chile (1995-2018)*, cit., 44.

<sup>36</sup> PNUD, *Nuevo mapa del poder y género en Chile (1995-2018)*, cit., 46.

<sup>37</sup> PNUD *Nuevo mapa del poder y género en Chile (1995-2018)*, cit., 40.

### 3. Interpretazione con prospettiva di genere come strumento metodologico

L'accettazione del genere come categoria che permette di costruire l'identità delle persone, al di là di una visione basata esclusivamente sul sesso biologico<sup>38</sup>, ha contribuito allo sviluppo di una struttura di analisi del pensiero che ha messo in discussione il modo in cui erano tradizionalmente intese la posizione delle persone nella società e la costruzione neutrale della conoscenza scientifica.

Considerando queste variabili, si è riconosciuto che la descrizione dei fenomeni era fondamentalmente volta a evidenziare una configurazione maschile, bianca ed eterosessuale, escludendo le donne e coloro che fanno parte della diversità sessuale. Pertanto, la prospettiva di genere ha permesso di ripensare l'individuo, nelle sue relazioni sociali, l'ordine sociale, analizzato come sistema, riconoscendo l'esistenza di un'umanità complessa e variegata in cui coesistono persone diverse, la cui identità è il risultato di un processo sociale e non deriva solo dall'attribuzione del sesso alla nascita.

Secondo Lagarde, la prospettiva di genere:

ha come uno dei suoi obiettivi quello di contribuire alla costruzione soggettiva e sociale di una nuova configurazione basata sulla ri-significazione della storia, della società, della cultura e della politica a partire dalle donne e con le donne<sup>39</sup>.

Il suo utilizzo come metodo di analisi ha contribuito direttamente a distinguere i fattori biologici da quelli sociali, facilitando la comprensione delle dinamiche sociali che rendono visibili le caratteristiche di uomini e donne, rivelando l'esistenza di relazioni di potere e denunciando le disuguaglianze<sup>40</sup>.

---

<sup>38</sup> SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE MÉXICO, *Protocolo para juzgar con perspectiva de género*, México DF, 2020, 79.

<sup>39</sup> M. LAGARDE, *Género y feminismo. Desarrollo humano y democracia*, Madrid, 1997, 9.

<sup>40</sup> E. SERRET, J. MÉNDEZ, *Sexo, género y feminismo*, México DF, 2011, 80.



Non va dimenticato, quindi, che l'impatto politico dell'assunzione di una prospettiva di genere come punto di partenza presuppone che l'osservatore

analizzi le possibilità di vita di donne e uomini: il significato della loro vita, le loro aspettative e opportunità, le complesse e diverse relazioni sociali tra i due generi, nonché i conflitti istituzionali e quotidiani che devono affrontare e i modi in cui lo fanno. Uno degli obiettivi di questa revisione è quello di tenere conto delle risorse e dell'agency di cui donne e uomini dispongono per affrontare le difficoltà della vita e la realizzazione degli obiettivi<sup>41</sup>.

Questa visione permise alla proposta costituzionale, respinta nel plebiscito dell'ottobre 2022, di porre l'accento sul riconoscimento delle differenze tra uomini e donne e sulla necessità di avvicinarsi all'uguaglianza formale e materiale tra tutte le persone che compongono la comunità cilena, superando così le differenze derivanti dal disegno del sistema sociale.

Di conseguenza, l'impatto che l'incorporazione di queste decisioni politiche nel testo costituzionale avrebbe potuto avere è stato enorme: la generazione di un sistema che promuovesse effettivamente l'uguaglianza sociale tra uomini, donne e minoranze sessuali, attraverso la costruzione di un quadro normativo che ne garantisse l'attuazione nei diversi contesti e istituzioni nazionali.

Come già individuato, un pilastro fondamentale era legato all'uguaglianza e alla garanzia dell'applicazione di una prospettiva di genere nel funzionamento di tutti gli organi statali e nelle relazioni tra gli individui. Un'altra espressione si è rivelata nella distribuzione del potere attraverso istituzioni paritarie e l'incorporazione di tale prospettiva in istituzioni particolarmente sensibili, come la polizia, le forze armate e il sistema giudiziario, tra le altre.

---

<sup>41</sup> M. LAGARDE, *op. cit.*, 15.

#### 4. Mandato di prospettiva di genere nel sistema di giustizia

##### 4.1. Funzione pubblica e prospettiva di genere

Come già indicato, la prospettiva di genere è uno strumento metodologico che cerca di chiarire il modo in cui le diverse forme di organizzazione (sociale, economica, politica e giuridica) influenzano la vita delle donne in tutte le sue dimensioni. Pertanto, una Costituzione femminista deve integrare questa prospettiva nel funzionamento di ogni suo organo e istituzione. Questa è l'idea che sembra trasmettere l'articolo 165.1, nel capitolo V, sul buon governo e la funzione pubblica, quando afferma espressamente che l'esercizio delle funzioni pubbliche obbliga i titolari a rispettare i principi di probità, trasparenza e responsabilità in tutte le loro azioni. Inoltre, è regolato dai principi di efficienza, efficacia, responsabilità, pubblicità, buona fede, interculturalità, prospettiva di genere, inclusione, non discriminazione e sostenibilità.

È necessario sottolineare che la prospettiva di genere, come categoria descrittiva della situazione di discriminazione vissuta dalle donne, è stata espressamente accettata e convalidata dalle Nazioni Unite. Inoltre, gli Stati sono tenuti a integrarla in tutte le politiche e i programmi, nonché nella loro legislazione<sup>42</sup>. In particolare, le Nazioni Unite definiscono il *mainstreaming* di genere come

una strategia per rendere gli interessi e le esperienze delle donne e degli uomini una dimensione integrale della progettazione, dell'attuazione, del monitoraggio e della valutazione delle politiche e dei programmi in tutte le sfere dell'attività umana, in modo che tutte le persone ne tragano uguale beneficio e che non si perpetui la disuguaglianza del femminile rispetto al maschile<sup>43</sup>.

---

<sup>42</sup> A. FACIO, L. FRIES, *Feminismo, género y patriarcado*, in *Revista sobre Enseñanza del Derecho de Buenos Aires, Academia*, N° 6, 2005, 273.

<sup>43</sup> GRUPO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO, *Manual para la incorporación de la perspectiva de género en la programación común a escala nacional*, <https://unsdg.un.org/sites/default/files/Manual-incorporacion-perspectiva-genero-programacion-comun.pdf>, 2018, che ribadisce quanto già indicato dal Consiglio Economico e Sociale delle Nazioni Unite, ECOSOC, nel 1997.

In questo senso, va chiarito che, sebbene gli studi sulle donne abbiano lasciato il posto agli “studi di genere”, con il progredire di queste analisi sono emersi i limiti insiti nella prospettiva unidirezionale con cui si sono avvicinati al loro oggetto di studio.

Di conseguenza, anche la categoria degli uomini ha iniziato a essere problematizzata e si è ritenuto che la prospettiva di genere (come categoria di analisi) non solo cerca di rendere visibile e decostruire l'esistenza di un modello unitario maschile, ma piuttosto di un soggetto androcentrico egemone, cioè il maschio bianco, libero, eterosessuale, adulto, proprietario di beni, normodotato e alfabetizzato<sup>44</sup>.

Come sintetizza efficacemente Ibarra<sup>45</sup>:

Uno dei maggiori contributi, più o meno recenti, degli studi femministi e di genere è stato la prospettiva intersezionale che emerge dai femminismi razziali negli Stati Uniti ed è ripresa dalle agende femministe *post-coloniali* in America Latina.

Da questa prospettiva, la stessa autrice aggiunge:

Si ritiene che una visione che tenga conto solo dei processi di violenza legati al genere perda di vista altri elementi che sono determinanti nell'esperienza di vita delle persone; pertanto, è necessario costruire una visione che tenga conto delle dimensioni di genere, etnia e classe.

Pertanto, un'analisi intersezionale non si riferisce semplicemente a una somma di oppressioni, come spesso viene caratterizzata, ma cerca di identificare il modo in cui questi vari elementi interagiscono nell'esperienza di vita delle persone, e può dare maggiore o minore enfasi a ciascuno di essi. Nelle parole di Castellanos<sup>46</sup>:

---

<sup>44</sup> N. PAPALÍA, *¿Qué hacer con los varones que ejercen violencia? Un repaso de los estándares normativos aplicables en materia penal*, in D. MAFFÍA (a cura di), *Intervenciones feministas para la igualdad y la justicia*, Buenos Aires, 2020, 152.

<sup>45</sup> L. IBARRA, *De musas, impostoras y tejedoras: la propiedad intelectual desde una perspectiva feminista*, in *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. XXXIV - N°2, 2021, 84.

<sup>46</sup> G. CASTELLANOS, *Aproximaciones a la articulación entre el sexismo y el racismo*, in *Revista Nómadas*, N° 51, 2019, 2.

Tale concezione significa, tra l'altro, che ogni volta che ci relazioniamo direttamente o indirettamente con altri membri della nostra società, tutti e tre gli elementi saranno presenti, che adatteremo invariabilmente il nostro comportamento, consciamente o inconsciamente, all'apprezzamento del fatto che il nostro interlocutore o interagente appartenga o meno allo stesso sesso, alla stessa razza o alla stessa classe, (...) come fattori condizionanti che sono così profondamente intrecciati nel tessuto della nostra cultura, che spesso agiscono in modo cieco, (...) come causali di un dominio che spesso rimane invisibile a chi lo esercita.

È quindi importante sottolineare come la proposta di nuova costituzione, oltre a fare riferimento alla “prospettiva di genere”, sottolinei anche il dovere di governare il servizio pubblico secondo altri principi, come l'interculturalità, l'inclusione e la non discriminazione, in quanto la consacrazione di tutti questi riflette i contributi degli studi di genere, come evoluzione dell'originaria prospettiva unidirezionale di alcune correnti femministe.

#### *4.2. Prospettiva di genere e sistema giudiziario*

Nel quadro dei principi che regolano la funzione pubblica, più specificamente, per quanto riguarda il Sistema di Giustizia contemplato nel Capitolo IX della nuova Costituzione proposta, l'articolo 311 stabilisce che la funzione giurisdizionale deve essere esercitata secondo un approccio intersezionale e deve garantire l'uguaglianza sostanziale e il rispetto degli obblighi internazionali in materia di diritti umani in questo ambito. Specifica che questo dovere si estende a tutti gli organi giurisdizionali e ausiliari, ai funzionari del Sistema giudiziario nazionale, durante l'intero corso del processo e in tutte le azioni che compiono.

Successivamente, sulla stessa linea, l'articolo 312 contempla una serie di obblighi costituzionali per l'azione dei tribunali. Si inizia affermando che “la funzione giudiziaria è regolata dai principi di parità e di prospettiva di genere” e che “tutti gli organi e le persone coinvolte nella funzione giudiziaria devono garantire l'uguaglianza sostanziale”. Successivamente, nel numero 3, si afferma con enfasi che “i tribunali, qualunque sia la loro competenza, devono governare con una prospettiva di genere”. Il numero 4 culmina con una forte consacrazione di obblighi che attualmente hanno solo una fonte internazionale, ovvero che “i si-

stemi giudiziari devono adottare tutte le misure per prevenire, punire e sradicare la violenza contro le donne, le diversità sessuali e di genere e le dissidenze, in tutte le sue manifestazioni e ambiti”.

Come ha rilevato l’Osservatorio Costituzionale di Genere della Facoltà di Giurisprudenza dell’Università del Cile, le disposizioni citate mostrano un’incorporazione sostanziale molto chiara di due principi fondamentali per l’approfondimento della democrazia e l’espansione dei diritti fondamentali: la parità e la prospettiva di genere, che, nel loro insieme, articolano un quadro giuridico che avrebbe potuto rendere possibile un cambiamento superlativo in termini di uguaglianza di genere.

In questo senso, il movimento femminista ha svolto un ruolo importante nello svelare le falsità del sistema patriarcale come ideologia che non solo spiega e costruisce le differenze tra donne e uomini come biologicamente intrinseche e naturali, ma mantiene e aggrava anche altre (o meglio, tutte) le forme di dominio. Come spiegano Facio e Fries, dopo aver portato a termine questo compito, il femminismo – attraverso le teorie e le prospettive di genere e la successiva elaborazione di teorie sul sistema sesso-genere come parte dell’eredità teorica del femminismo – “si è proposto di svelare il sessismo presente in tutte (o quasi) le strutture o istituzioni sociali”<sup>47</sup>, tra i quali c’è senza dubbio la messa in discussione del ruolo della legge e della sua applicazione da parte delle corti di giustizia in relazione alle disuguaglianze e alle esclusioni basate sul genere.

In questo modo, la proposta di regolamentazione del sistema giudiziario mira ad affrontare le profonde critiche all’attuale sistema giudiziario e alla sua struttura gerarchica, producendo e riproducendo varie manifestazioni di discriminazione di genere che colpiscono sia i suoi membri che l’amministrazione della giustizia, non garantendo l’uguaglianza e la non discriminazione di tutte le persone nell’accesso alla giustizia.

Prevedendo che la prospettiva o l’approccio di genere sia esplicitamente richiesto come metodo di argomentazione legale in tutti i tipi di decisioni giudiziarie, si cerca di evitare che i giudici risolvano le que-

---

<sup>47</sup> A. FACIO, L. FRIES, *op. cit.*, 262.

stioni loro sottoposte sulla base di stereotipi sociali e culturali che, degradando il femminile e considerando idee preconcepite sugli attributi, i ruoli e le caratteristiche che corrispondono a ciascuno in un sistema di cisgenere, contribuiscono a mantenere tale subordinazione e discriminazione nelle loro decisioni.

In effetti, gli stereotipi di genere sono costrutti sociali e culturali, ovvero un insieme strutturato di credenze sugli attributi di uomini e donne, basati sui loro diversi ruoli fisici, biologici, sessuali e sociali. Per esempio, gli stereotipi sulle donne possono includere il fatto che siano madri – e quindi principalmente responsabili della cura dei bambini, caste e obbedienti – e, in termini di tratti della personalità, nervose o squilibrate. Gli stereotipi implicano riduzioni e generalizzazioni che precludono qualsiasi considerazione delle caratteristiche individuali. E, nella misura in cui stabiliscono gerarchie di genere e assegnano categorizzazioni peggiorative o svalutazioni alle donne, sono discriminatori. Pertanto, come spiega Rivas:

Affinché l’uguaglianza sostanziale diventi un fatto concreto, è necessario che i giudici identifichino gli stereotipi che colpiscono le donne e vi si oppongano, smantellando le presunzioni giudiziarie o le massime di esperienza costruite su idee sbagliate, su ciò che le donne sono o dovrebbero essere solo perché sono donne. Solo in questo modo è possibile giudicare con vera imparzialità, rafforzando l’accesso delle donne alla giustizia<sup>48</sup>.

Gli sforzi istituzionali internazionali, come la Raccomandazione generale n. 33 del Comitato per l’eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne (Comitato CEDAW) sull’accesso delle donne alla giustizia, hanno indicato questa direzione. Questo rapporto già rifletteva su come le decisioni giudiziarie non sensibili al genere minassero la qualità delle leggi e la fiducia delle donne in sistemi giudiziari liberi da miti e stereotipi, evitando decisioni parziali e di parte. A livello interno, invece, sono degne di nota alcune iniziative della magistratura in questo ambito, come si evince dal Quaderno di buone pratiche per l’incorporazione della prospettiva di genere nelle sentenze della magi-

---

<sup>48</sup> C. RIVAS, *La perspectiva de género como método de argumentación jurídica en las decisiones judiciales*, Santiago, 2022, 12.

stratura, nonché dal “Manuale per l’uso di un linguaggio inclusivo non sessista”, un documento preparato e curato dalla Segreteria tecnica per l’uguaglianza di genere e la non discriminazione della Corte Suprema, il cui scopo è:

raccomandare usi pratici che possano essere intesi come un avanzamento dei diritti delle donne e di altri gruppi, con la consapevolezza che l’amministrazione della giustizia deve salvaguardare la parità di trattamento, ma allo stesso tempo affrontare le particolarità che caratterizzano le diverse forme di discriminazione che possono colpirla, compreso l’uso della lingua.

Tuttavia, con l’espresso obbligo contenuto nell’articolo 312 n. 3, giudicare con una prospettiva di genere non è più un’opzione o una semplice raccomandazione per la buona pratica della funzione giurisdizionale. La lettura completa di questa disposizione mostra un simbolico atto di fede nei riguardi dell’impegno internazionale – già assunto e in vigore – contenuto negli articoli 5 e 15.2 della Convenzione sull’eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne (CEDAW). Il primo si riferisce all’obbligo degli Stati parte di adottare tutte le misure appropriate per modificare i modelli di comportamento sociale e culturale degli uomini e delle donne, al fine di ottenere l’eliminazione dei pregiudizi e delle pratiche consuetudinarie e di ogni altro tipo che si basano sull’idea dell’inferiorità o della superiorità di uno dei due sessi o su ruoli stereotipati per gli uomini e le donne. Il secondo si riferisce all’uguaglianza tra uomini e donne in tutte le fasi del processo giudiziario.

In questo senso, la premessa di lavoro è riconoscere che i giudici (a prescindere dal fatto che siano uomini o donne), facendo parte di un certo gruppo sociale, sono immersi in una certa cultura, nutrita dalle informazioni che ne derivano, compresi i suoi pregiudizi, stereotipi e preconcetti, che, in definitiva, in modo più o meno consapevole, riproducono ruoli e radicano forme di violenza. Ancora più grave, condividendo un’aspra critica al diritto in generale, è il fatto che nello sviluppo della funzione giurisdizionale, tale trattamento discriminatorio tende a svolgersi sotto una certa apparenza di neutralità che si sovrappone alla pratica machista che questo implica. Nelle parole di García Amado, il problema non è che la base diretta della decisione o il contenuto norma-

tivo abbiano un carattere sessista, ma piuttosto che, in modo più sottile, si intende che la legge presenta un impegno verso il genere maschile attraverso i principi, i metodi e i modi di procedere con cui la legge opera<sup>49</sup>.

Pertanto, da un approccio psicologico al giudizio, questo tipo di problemi è spesso facilitato da quelle che vengono chiamate euristiche di “aggiustamento e ancoraggio”. Come spiega Vera Sánchez, le persone possiedono determinate informazioni su ciò che accade nell’ambiente, in base alle quali interpretano le situazioni della vita quotidiana. In altre parole, il soggetto possiede una serie di modelli mentali che vengono articolati per fornire nuove soluzioni a circostanze non familiari. In questo senso, l’euristica dell’ancoraggio e dell’adattamento significa che l’individuo, venendo a conoscenza di una nuova situazione, tenderà a interpretarla in base ai modelli mentali che possiede. In questo modo cercherà di adattare la spiegazione del nuovo evento, ad esempio, in base alle strutture mentali di cui dispone. Una conseguenza che se ne può trarre in ambito giudiziario è che gli individui riterranno sufficiente la sola presenza di indizi per considerare provato un fatto. Questo, nella misura in cui tali indicazioni ratificano ciò che essi considerano in accordo con i loro modelli mentali. Ciò è estremamente pericoloso, in quanto una semplice indicazione può essere sopravvalutata da un punto di vista probatorio nella misura in cui è coerente con il modo in cui le cose sono intese accadere nel mondo.

In questo contesto, la legittimità delle decisioni giudiziarie, come è noto, dipende dal fatto che la ricostruzione dei fatti avvenga nel modo più aderente alla verità dei fatti, poiché solo questo garantisce la dovuta applicazione del diritto oggettivo e, quindi, delle finalità preventive generali insite nel senso comunicativo delle decisioni giudiziarie. Per questo, in materia di violenza di genere in particolare e nella valutazione delle prove in generale, è fondamentale controllare il rischio di errore che può comportare la ricostruzione dei fatti, basata su pregiudizi e stereotipi spuri, che contribuiscono solo al mantenimento della sistematica svalutazione del femminile.

---

<sup>49</sup> J. GARCÍA AMADO, *¿Tienen sexo las normas? Temas y problemas de la teoría feminista del Derecho*, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, IX, 1992, 12 e 14.



In questo modo, l'esercizio della funzione giurisdizionale deve prestare particolare attenzione a garantire che la cosiddetta "socializzazione di genere" non venga perpetuata attraverso di essa, ed è per questo motivo che è stata incorporata la cosiddetta "prospettiva di genere":

un concetto e uno strumento sviluppato e costruito dal femminismo per identificare, svelare e correggere le diverse situazioni e contesti di oppressione e discriminazione contro le donne e le persone LGBTTTIQ<sup>50</sup>.

Si tratta quindi, in primo luogo, di mettere i giudici in grado di individuare "categorie sospette", ossia circostanze il cui utilizzo come criterio di differenziazione in una decisione giurisdizionale può costituire motivo di discriminazione secondaria, consentita solo nella misura in cui se ne dimostri la legittimità, l'obiettività, la ragionevolezza e la proporzionalità. Per quanto riguarda la fase di valutazione probatoria, le suddette circostanze devono essere analizzate in particolare quando si stabiliscono le generalizzazioni inerenti alla costruzione di massime di esperienza, come limite razionale a tale valutazione.

Pertanto, il dovere di applicare una prospettiva di genere per affrontare gli stereotipi discriminatori non implica un nuovo standard di valutazione delle prove, né l'adozione di un certo lassismo per quanto riguarda lo *status* di garanzie per l'imputato. Si tratta di rafforzare la garanzia che l'attività probatoria e, in particolare, la sua valutazione siano condotte in modo razionale, vale a dire, libero da pregiudizi eteronormativi. Inoltre, l'applicazione di tale approccio non è solo un imperativo dal punto di vista dell'impegno dello Stato a sradicare ogni forma di violenza contro le donne, ma anche dal punto di vista del rispetto dei diritti dell'imputato, in particolare in ambito penale, in quanto tende a promuovere un'adeguata revisione del procedimento probatorio volta a ribaltare la presunzione di innocenza dell'imputato con piena legittimità.

Infine, non meno importante, è la notevole ampiezza con cui il testo della proposta configura il dovere di svolgere la funzione giurisdizionale in una prospettiva di genere. Da un lato, si richiede di "risolvere con una prospettiva di genere", qualunque sia la competenza del tribunale;

---

<sup>50</sup> R. GAMA, *Prueba y perspectiva de género. Un comentario crítico*, in *Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, N° 1, 2020, 288.

dall'altro, ci si riferisce “all'intero corso del procedimento e a tutte le azioni che vengono compiute”. Di conseguenza, il compito non si riferisce solo alla risoluzione finale del caso attraverso la cosiddetta sentenza definitiva, ma è un dovere che deve governare tutti i tipi di decisione all'interno del processo, comprese le misure cautelari o altri tipi di risoluzioni intermedie. In materia penale, si tratta indubbiamente di una regola che deve guidare le decisioni giudiziarie necessarie nella fase investigativa, anche quando l'indagine non è formalizzata.

### *5. Conclusioni dopo il tentativo fallito*

I movimenti delle varie ondate femministe hanno raggiunto il nucleo del processo costituzionale che si è espresso nella Proposta di Costituzione del 2022.

Le forze sociali, espresse per più di dieci anni in manifestazioni pubbliche e in varie riforme introdotte nel sistema politico, che richiedevano una maggiore uguaglianza tra uomini e donne, si sono concretizzate in numerose iniziative per una convenzione costituzionale, iniziative popolari per la legislazione e iniziative popolari presentate dai rappresentanti dei popoli indigeni.

Il risultato è stato la progettazione di un'architettura istituzionale che garantisse non solo l'uguaglianza formale, ma anche quella sostanziale. A tal fine, si è cercato di sancire diversi diritti fondamentali e garanzie procedurali. A ciò si è aggiunta la parità nella composizione di tutti gli organi statali.

Un altro strumento rilevante è stato il riconoscimento della necessità di incorporare una prospettiva di genere nella progettazione e nel funzionamento delle varie istituzioni e organizzazioni, compreso il sistema giudiziario. In questo modo, si è cercato di incorporare uno strumento di analisi per svelare il trattamento discriminatorio differenziato derivante dal sistema patriarcale imperante.

Questo è stato inquadrato all'interno di una norma chiave, che ha riconosciuto la gerarchia costituzionale dei trattati internazionali sui diritti umani ratificati dal Cile, tra i quali vi sono numerosi strumenti nor-

mativi che riconoscono alle donne diritti umani specifici, tenendo conto della nostra posizione sociale e degli svantaggi che questa comporta.

Si è trattato probabilmente del più importante processo democratico degli ultimi tempi, aperto ai cittadini e regolato da meccanismi che hanno permesso di inserire regole e principi fondamentali. Tuttavia, il testo proposto non ha convinto la grande maggioranza degli elettori. Ci sono indubbiamente lezioni da imparare. Le molteplici cause del fallimento costituzionale devono essere analizzate da specialisti del settore. L'esperienza del fallimento dovrebbe aiutare, perché le richieste di maggiore uguaglianza per le donne e per la comunità LGBTTTIQ+ rimangono e continueranno a essere espresse, proprio come lo erano decenni fa, come le onde del mare, che entrano ed escono, bagnando da sud a nord le coste del nostro lungo e stretto Paese.



# GIUSTIZIA PENALE EGUALITARIA E CULTURA DELLA COLPEVOLEZZA

## GARANZIE LIBERALI, POLITICA IDENTITARIA E “PROSPETTIVA DI GENERE” VERSO UNA NUOVA COSTITUZIONE PER IL CILE

*Andrea Perin\**

*SOMMARIO: 1. Giustizia egualitaria e diritto penale: verso una “nuova costituzione”? 2. L’ulteriore sanzione penale del motivo discriminatorio: i c.d. “bias-motivated crimes”. 3. Cenni al contesto sociale e politico cileno. 4. Elementi della proposta (respinta) per una nuova costituzione. 5. Diritto penale ed eguaglianza sostanziale. 6. Legittimità e limiti del diritto penale antidiscriminatorio. 6.1. L’eguaglianza come ratio politico-criminale. 6.2. L’eguaglianza sostanziale come fonte di un obbligo generale di tutela penale? 6.2.1. Obblighi costituzionali di tutela penale. 6.2.2. Segue. Obblighi sovranazionali di tutela penale antidiscriminatoria: il caso del “femminicidio”. 6.3. Tensioni fra le garanzie liberali e la politica-penale identitaria. 6.3.1. Quali i limiti della discriminazione punitiva ragionevole? 6.3.2. Agire per “motivi abietti” rende necessariamente più colpevoli? 6.3.3. L’atto discriminatorio è più offensivo? 7. Il “femminicidio” nel diritto penale cileno. 7.1. Riduzionismo antropologico e tassonomia criminologica. 7.2. Presunzioni di “quote” di colpevolezza e comprensione del fenomeno. 7.3. Codificazione di stereotipi e discriminazioni arbitrarie indirette. 8. Rilievi conclusivi.*

### *1. Giustizia egualitaria e diritto penale: verso una “nuova costituzione”?*

Anche in Cile, come già in altre esperienze, la strategia politico-criminale è segnata da un attivismo identitario orientato a promuovere la tutela delle minoranze e delle identità tradizionalmente discriminate, la parità di genere e il contrasto alla violenza di genere attraverso la

---

\* Questo contributo ripropone, con alcuni ritocchi e aggiornamenti, anche nel titolo e nella struttura, un articolo apparso in *Diritto penale contemporaneo - Rivista trimestrale*, 2022/3. Si ringraziano l’editore e i curatori per averne autorizzato l’anticipazione.

previsione dei c.d. “crimini d’odio”, cioè reati o circostanze che assegnano valore aggravante ai motivi discriminatori. Questa tendenza si traduce in riforme che, ispirate da un’esigenza di giustizia sociale espressa dal principio di eguaglianza, ne valorizzano la dimensione sostanziale.

Il presente contributo esamina questo modello punitivo in chiave costituzionale, alla luce del processo costituente in corso in Cile (2019-) e delle indicazioni pervenute dalla sua prima fase (2019-2022), conclusasi con la bocciatura del progetto per una “nuova costituzione” all’esito del referendum del 4 settembre 2022<sup>1</sup>.

Dopo aver messo il modello punitivo dei “crimini d’odio” alla prova dei principi, si prenderà come esempio l’attuale disciplina cilena del reato di femminicidio “non intimo”, quale esempio paradigmatico di *gender-based hate crime*. Nelle conclusioni potremo avvertire il rischio di scadere in un “diritto penale del tipo d’autore” tendenzialmente illiberale sul piano delle garanzie, inefficace su quello preventivo e fuorviante, oltre che controproducente, su quello simbolico-comunicativo.

## 2. L’ulteriore sanzione penale del motivo discriminatorio: i c.d. “bias-motivated crimes”

L’indirizzo politico-criminale segnato dalla c.d. *identity politics*, come noto, è orientato anche a promuovere l’introduzione dei c.d. *bias crimes* (*hate crimes*, o *bias-motivated crimes*), cioè reati, per lo più violenti, mossi o provocati dal disprezzo dell’autore nei confronti della vittima per la sua appartenenza a un gruppo etnico o religioso, il sesso di nascita, l’orientamento sessuale o il genere di appartenenza<sup>2</sup>, una disabilità o l’età, fra gli altri fattori<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> La storia cronologica e documentale dell’intercorso processo costituente (2019-2022) è disponibile in <https://www.bcn.cl/historia-de-la-constitucion/propuesta-2022>.

<sup>2</sup> Su questa distinzione, cfr. per es. J.P. MAÑALICH, *Ontología sexual y derecho penal. Sobre la constitución de la heteronormatividad como prestación jurídica*, in *En reversa. Primeras Jornadas Estudiantiles de Teoría de Género*, Santiago de Chile, 2011, p. 75, 76 ss.; L. GOISIS, *Crimini d’odio. Discriminazioni e giustizia penale*, Napo-

I *bias-motivated crimes* possono comportare un inasprimento della pena che si applicherebbe al medesimo fatto offensivo senza considerare l'autonomo disvalore rappresentato dai sottostanti motivi discriminatori<sup>4</sup> (salva l'eventuale applicabilità di circostanze aggravanti generiche idonee a dar rilievo ai medesimi motivi)<sup>5</sup>.

Le soluzioni tecniche che consentono di concretizzare la scelta politica di sanzionare ulteriormente l'atteggiamento discriminatorio possono essere le seguenti: (a) la previsione di circostanze aggravanti per motivi così connotati<sup>6</sup>; (b) la disciplina di circostanze o fattispecie penali costruite a partire da specifiche categorie di vittime; (c) la previsio-

li, 2019, p. 32 ss., 339 ss.; C. DE MAGLIE, *Verso una lingua del diritto penale non sessista*, in *Criminalia*, 2020, p. 71, 73 ss.

<sup>3</sup> In argomento, anche per altri riferimenti, A. DILLOF, *Punishing Bias: An Examination of the Theoretical Foundations of Bias Crime Statutes*, in *Northwest U. L. Rev.*, vol. 91, 3, 1997, 1015; C. LEWIS, *Tough on Hate?*, New Brunswick-New Jersey-London, 2014; T. BRUDHOLM, B. SCHEPELERN, *Hate, Politics, Law. Critical Perspectives on Combating Hate*, New York, 2018. Nella nostra dottrina, A. GALLUCCIO, *Punire la parola pericolosa? Pubblica istigazione, "discorso d'odio" e libertà di espressione nell'era di internet*, Milano, 2020, p. 115 ss.; L. GOISIS, *op. cit.*, p. 15 ss., spec. 35 ss., circa l'appartenenza dei *gender-based hate crimes* alla categoria generale dei *bias crimes*. Quanto alle obiezioni mosse alla riconduzione del "femminicidio" all'insieme dei "crimini d'odio", P. LAURENZO, *Apuntes sobre el femminicidio*, in *Rev. Der. Pen. Crim.*, 2012/8, p. 119, 120 ss.

<sup>4</sup> Il motivo non assume quindi, generalmente, valore "fondante" la responsabilità, come avviene invece, per es., nell'art. 660 c.p. it.; al riguardo, criticamente, P. VENEZIANI, *Motivi e colpevolezza*, Torino, 2000, p. 159 ss.

<sup>5</sup> Per un ripasso di alcuni precedenti storici che danno rilievo – aggravante o attenuante – ai motivi dell'autore del fatto, nella prospettiva della commisurazione della pena e delle circostanze, P. VENEZIANI, *op. cit.*, p. 63 ss., 263 ss. Sull'evoluzione della disciplina delle circostanze in Italia, A. MELCHIONDA, *Le circostanze del reato: origine, sviluppo e prospettive di una controversa categoria penalistica*, Padova, 2000, p. 425 ss., 712 ss.; sul diverso rilievo delle circostanze in sede di commisurazione della pena fra Italia e Cile, G. FORNASARI, J.L. GUZMÁN, *La agravante de delinquir por discriminación. Un estudio comparativo del efecto penal de la intolerancia en Chile e Italia*, in *Rev. der. pen. crim.*, 2015/13, p. 195, 200 ss.

<sup>6</sup> Come quella prevista in Italia dall'art. 604-ter, c.p. it., applicabile a qualunque reato punibile con pena diversa dall'ergastolo, qualora venga commesso «per finalità di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso» (disposizione che si riferisce però allo *scopo*, non al *motivo* dell'atto).

ne di reati discriminatori autonomi<sup>7</sup>. A sua volta, la previsione di fattispecie penali volte a reprimere la discriminazione in quanto tale, prescindendo dai presupposti di altri reati, può avvenire mediante: (*c*<sup>1</sup>) la criminalizzazione dei reati di propaganda o incitamento all'odio razziale, xenofobo, misogino ecc. (*hate speech*), che implicano un'anticipazione della soglia dell'intervento repressivo, che colpisce l'espressione di idee connotate da *motivi* o *finalità*<sup>8</sup> a cui è giuridicamente attribuito un valore etico-sociale negativo; (*c*<sup>2</sup>) la criminalizzazione di specifici atti di discriminazione, non contemplati da altre fattispecie penali<sup>9</sup>.

Nel sistema penale cileno, tra le norme appartenenti a questo gruppo eterogeneo, troviamo: (*i*) la circostanza aggravante dell'art. 12, n. 21, del *Código penal* (d'ora in poi: C.p.), inserita dalla Legge 20.609 del 2012<sup>10</sup>; (*ii*) la disciplina del reato di femminicidio (artt. 390-*bis* e ss., C.p.), riformata da ultimo dalla Legge 21.212 del 2020<sup>11</sup>.

Di seguito ci concentreremo su questo secondo esempio. Prima, però, a beneficio del lettore italiano, vale la pena soffermarsi, sia pur brevemente, sul contesto sociale e politico cui si riferisce questa riflessione.

### 3. Cenni al contesto sociale e politico cileno

Il regime civico-militare retto dal generale Augusto Pinochet a partire dal *golpe* dell'11 settembre 1973 portò all'adozione, nel 1980, della

---

<sup>7</sup> Come quello previsto in Italia dall'art. 604-*bis*, c.p. it. (Propaganda e istigazione a delinquere per motivi di discriminazione razziale, etnica e religiosa).

<sup>8</sup> Sul diverso rilievo dei *motivi* e delle *finalità*, sul duplice piano concettuale e probatorio, cfr. E. DOLCINI, *Omofobia e legge penale. Note a margine di alcune recenti Proposte di legge*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011/1, p. 24, 32 ss.; G. FORNASARI, J.L. GUZMÁN, *op. cit.*, p. 222; L. D'AMICO, *Omofobia e legislazione antidiscriminatoria. Note a margine del d.d.l. Zan*, in *Leg. pen.*, 2021, p. 9, 35.

<sup>9</sup> In Cile, per es., l'art. 8 della Legge 19.253, c.d. *Ley Indígena*, sanziona atti discriminatori nei confronti degli appartenenti ai popoli originari.

<sup>10</sup> Circostanza aggravante che consiste nel: «Cometer el delito o participar en él motivado por la ideología, opinión política, religión o creencias de la víctima; la nación, raza, etnia o grupo social a que pertenezca; su sexo, orientación sexual, identidad de género, edad, filiación, apariencia personal o la enfermedad o discapacidad que padezca».

<sup>11</sup> *Infra*, § 7.



vigente *Constitución de la República*. Quel testo, elaborato dalla *Comisión Ortúzar*<sup>12</sup>, di contestata legittimità, configurò un modello che rese il Cile quel che in essenza è tutt'oggi: uno “stato sussidiario” nel quale sul principio di solidarietà prevalgono la libertà d’iniziativa economica e le regole del mercato; un Paese che negli ultimi decenni ha sperimentato una notevole crescita economica, ma che – oltre alle atrocità commesse da quella dittatura – paga ancora il prezzo di drammatiche disuguaglianze sociali<sup>13</sup>.

Nonostante le numerose riforme costituzionali intervenute<sup>14</sup>, il modello liberista sopravvive al tramonto del regime<sup>15</sup> e al successivo avviarsi di governi democratici di diverso orientamento politico<sup>16</sup>.

La particolarità del caso cileno, che lo rende interessante anche dal punto di vista comparatistico, è che il ritorno alla democrazia avviene senza raggiungere un patto costituzionale nuovo. Tuttavia, negli ultimi

---

<sup>12</sup> Un organismo creato nel 1973 dalla Giunta militare di Governo, presieduto da Enrique Ortúzar e composto da giuristi di orientamento politico conservatore, i cui lavori terminarono nel 1978 con la predisposizione del progetto della Costituzione politica approvata nel 1980. Per un'introduzione a questa fase del «costituzionalismo autoritario» cileno, P. CONTRERAS, D. LOVERA, *La Constitución de Chile*, Valencia, 2020, p. 29 ss.

<sup>13</sup> Il progetto segnato dalla riduzione al minimo dell'intervento dello Stato e dalla prevalenza della libertà d'iniziativa economica è chiaramente rappresentato dalle parole di Jaime Guzmán Errázuriz, costituzionalista al servizio del regime militare e membro della *Comisión Ortúzar*: J. GUZMÁN E., *El camino político*, in *Rev. Realidad*, vol. 1, 7, 1979, p. 13, 17 ss. Nel testo costituzionale del 1980, cfr. l'art. 19, n. 1 (sul principio di eguaglianza formale) e n. 21 ss. (sui principi e i diritti economici). Sul suo impianto ideologico, P. CONTRERAS, D. LOVERA, *op. cit.*, p. 41 ss.

<sup>14</sup> La cronologia dettagliata delle riforme costituzionali intervenute dal 1989 è consultabile nella *Biblioteca del Congreso Nacional de Chile* (<https://www.bcn.cl>).

<sup>15</sup> Tramonto segnato dalla vittoria del *NO* al plebiscito del 1988.

<sup>16</sup> Eloquenti ancora le affermazioni di Jaime Guzmán (*supra*, nt. 13), sull'obiettivo – in buona parte raggiunto dalla Costituzione del 1980 – di «neutralizar la agencia política del pueblo»; circoscrivere cioè un terreno costituzionale che, «qualora arrivino a governare gli avversari», faccia sì che «si vedano costretti a seguire una linea d'azione non tanto diversa da quella che uno desidererebbe», facendo cioè in modo «che – si perdoni la metafora – il margine di alternative che il campo di gioco effettivamente impone ai giocatori sia sufficientemente ridotto da rendere estremamente difficile agire altrimenti»: J. GUZMÁN E., *op. cit.*, p. 19. Sull'inganno democratico di quella carta, F. ATRIA, *La constitución tramposa*, Santiago de Chile, 2013, p. 57 ss.

dieci anni è porsa sempre più sentita l'esigenza di trovare un diverso compromesso tra lo sviluppo dell'economia di mercato – che domina su quasi tutte le sfere della vita, compresa l'istruzione – e le protezioni sociali (ovvero, fra *libertà* ed *eguaglianza*)<sup>17</sup>, come testimoniato anche dalla presentazione di un progetto per una nuova costituzione da parte del penultimo governo di centro-sinistra<sup>18</sup>.

Istanze di cambiamento – per il superamento dello schema politico *concertacionista* che, avendo governato il Cile dal 1990 al 2010, è stato accusato di aver conservato e promosso il modello neoliberale<sup>19</sup> – vengono avanzate dai movimenti sociali che attraversano il Paese dal 2011 e, più di recente, nel corso delle proteste che nel 2017 hanno interessato quasi tutte le università.

Il clima politico che si viene a creare, turbolento e denso di contraddizioni, concorre a spiegare il momento presente, compresi alcuni tratti del processo costituente intercorso (*infra*). Al centro del dibattito pubblico s'impongono – tra le altre istanze di *giustizia sociale* – la riforma dell'accesso gratuito all'istruzione e il sostegno all'educazione pubblica, il rafforzamento del sistema sanitario nazionale, la riforma di quello previdenziale e, infine – tema che sul piano della *giustizia penale* as-

---

<sup>17</sup> Alla ricerca di questo equilibrio, sul piano politico-costituzionale, sono dedicate le riflessioni, debitrice del pensiero di Norberto Bobbio, di uno dei più lucidi filosofi del diritto cileni (nonché membro della *Convención constituyente* a cui si farà cenno, *infra*, nel § 4): A. SQUELLA, *Libertad e igualdad. Las promesas cumplidas e incumplidas de la democracia*, in *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. VI, 1989, p. 253; più di recente, E. VITALE, *Eguaglianza ed egualitarismo, oggi. Da Bobbio a Babeuf e ritorno*, in *Teoria politica*, vol. 9, 2019, p. 301, spec. 312 ss.

<sup>18</sup> Un progetto presentato al Congresso dal secondo governo presieduto da Michelle Bachelet (centro-sinistra), nel 2017, appena cinque giorni prima della fine del mandato presidenziale e poi archiviato: v. per es. P. CONTRERAS, D. LOVERA, *op. cit.*, p. 41 ss.

<sup>19</sup> La coalizione *Concertación de Partidos por la Democracia* fu istituita il 2 gennaio 1988, in vista del referendum che lo stesso anno consentì il ritorno alla democrazia, come *Concertación de partidos por el NO* e fu composta da 16 partiti e gruppi politici di opposizione al regime militare: democristiani, radicali, socialisti, socialdemocratici, liberali, sinistra cristiana, umanisti. V. la scheda *Concertación de Partidos por la Democracia*, in <https://www.bcn.cl>.

sume un rilievo centrale –, l'*eguaglianza di genere* e il contrasto alla *violenza di genere*<sup>20</sup>.

Il 18 ottobre 2019, dopo giorni di proteste innescate dall'aumento di 30 pesos delle tariffe dei mezzi pubblici nella capitale, improvvisi attentati simultanei a diverse stazioni della metropolitana di Santiago scatenano un'ondata di rivolte che prende il nome di *estallido social* (letteralmente, *esplosione sociale*). Seguono settimane di manifestazioni e scontri, anche molto violenti, segnati da una cruenta reazione repressiva delle forze dell'ordine e da un evidente rischio di cedimento del sistema democratico.

Giunge in questo stato di cose l'accordo parlamentare (*Acuerdo por la paz social y la Nueva Constitución*, del 14 novembre 2019) che dà inizio al processo costituente<sup>21</sup> e, con la promessa di una svolta radicale, alla progressiva ricomposizione dell'ordine pubblico (seguirà, di lì a poco, l'inizio dell'emergenza pandemica, nei primi mesi del 2020).

#### 4. Elementi della proposta (respinta) per una nuova costituzione

La stesura del nuovo testo costituzionale viene affidata a una *Convención* di 155 membri eletti a suffragio universale in base a un sistema proporzionale, con parità di genere e quote riservate a rappresentanti dei popoli indigeni. La composizione dell'assemblea garantisce oltre i

---

<sup>20</sup> In Cile, negli ultimi decenni, diverse riforme in materia penale sono state adottate con l'obiettivo di combattere la violenza di genere: la Legge 19.325, del 1994, in materia di violenza domestica; la Legge 20.066, del 2005, che prevede il *delito de maltrato habitual*; nel 2010, come vedremo in seguito, la Legge 20.480 riforma il *Código penal* e introduce, nel solco della fattispecie di *parricidio*, quella di *femicidio*, poi ulteriormente riformata dalla Legge 21.212 del 2020 (*infra*, § 7).

<sup>21</sup> La Legge 21.200, del 24 dicembre 2019, di riforma del Cap. XV della vigente *Constitución Política* (artt. 127 ss.), stabilì la disciplina della nuova fase costituente. Con il *plebiscito nacional* del 25 ottobre 2020 (c.d. *plebiscito de entrada*), i cittadini cileni approvarono il suo inizio decidendo, con il 79% dei voti, che la redazione della nuova Costituzione sarebbe stata affidata a una *Convención constitucional* democraticamente eletta: v. M. OLIVETTI, *Il plebiscito del 25 ottobre 2020, prima tappa del processo costituente cileno*, in *DPCE Online*, vol. 46, 1, 2021, nonché ulteriori contributi nella medesima sez. monografica.

2/3 (*quorum* stabilito dal Regolamento generale dell'organo per l'approvazione di ciascun articolo e del testo definitivo) a esponenti di sinistra, indipendenti o proposti dai partiti, messi pertanto in condizione di non dover mediare con le altre forze politiche.

L'adozione della proposta presentata il 4 luglio 2022 avrebbe comportato un mutamento radicale del modello statale, consentendo, con il riconoscimento del principio di "eguaglianza sostanziale" (*infra*, §§ 5 ss.), ripetutamente evocato, l'abbandono del modello sussidiario per quello social-democratico.

In base all'art. 1, co. 2, di quel testo, ormai archiviato, il Cile:

Se constituye como una república solidaria. Su democracia es inclusiva y paritaria. Reconoce como valores intrínsecos e irrenunciables la dignidad, la libertad, la igualdad sustantiva de los seres humanos y su relación indisoluble con la naturaleza<sup>22</sup>.

Sul terreno dell'eguaglianza, nella proposta in esame, la composizione degli organi pubblici collegiali deve rispettare il «principio della

---

<sup>22</sup> Il principio viene evocato, in modo talvolta tecnicamente discutibile e comunque ripetitivo, anche in altre disposizioni. Per es.: art. 6, co. 1. - «El Estado promueve una sociedad donde mujeres, hombres, diversidades y disidencias sexuales y de género participen en condiciones de igualdad sustantiva, reconociendo que su representación efectiva es un principio y condición mínima para el ejercicio pleno y sustantivo de la democracia y la ciudadanía»; art. 25, co. 2. - «El Estado garantiza a todas las personas la igualdad sustantiva, en tanto garantía del reconocimiento, goce y ejercicio de los derechos fundamentales, con pleno respeto a la diversidad, la inclusión social y la integración»; art. 161, co. 1. - «Para las elecciones populares, la ley creará un sistema electoral conforme a los principios de igualdad sustantiva, paridad, alternabilidad de género y los demás contemplados en esta Constitución y las leyes (...); art. 108, co. 2. - «Es deber del Estado remover los obstáculos sociales, culturales y económicos que impidan o limiten la posibilidad de acudir a los órganos jurisdiccionales para la tutela y el ejercicio de sus derechos». Criticamente, specie riguardo ad alcune disposizioni, indicate di seguito nel testo, si è sottolineato il rischio che «l'iperprotezione e la sovrabbondanza di diritti riconosciuti ai diversi collettivi tenda a imporre una visione basata sul primato dei gruppi piuttosto che su quello dell'essere umano, facendo dipendere il valore delle persone – espresso da una tutela costituzionale rafforzata – dalla loro appartenenza o identificazione con alcuni di questi collettivi»: A. OVALLE et al., *Análisis de la propuesta de nueva Constitución a la luz de principios del constitucionalismo*, in *Revista Chilena de Derecho*, vol. 49, 2, 2022, v, p. 7.

parità» (artt. 6, co. 2 e 163, co. 1); inoltre, la c.d. «prospettiva di genere» è indicata ai tribunali di giustizia quale principio valutativo ineludibile nell'esercizio della funzione giurisdizionale (art. 312)<sup>23</sup>, oltre che come pilastro del modello educativo (art. 35, co. 4)<sup>24</sup>.

Queste e altre disposizioni riflettono l'idea programmatica secondo cui lo Stato è chiamato ad adottare politiche pubbliche di promozione dell'eguaglianza di fatto, allo scopo di rimuovere gli ostacoli alla pari dignità – oltre che su quello dei diritti sociali, anche – sul piano dei diritti civili. Ma la sua declinazione sul terreno del divieto di discriminazioni per ragioni di genere – in primo piano, anche alla luce delle norme che citeremo fra poco – si traduce nell'indicazioni di azioni positive che, coinvolgendo persino l'ordine giudiziario (senza escludere i criteri di interpretazione della legge penale!), sollevano notevoli perplessità. Osservazione, questa, rilevante atteso quanto diremo a proposito della disciplina del delitto di “femminicidio”.

---

<sup>23</sup> Art. 312, co. 2. - «La función jurisdiccional se regirá por los principios de paridad y perspectiva de género. Todos los órganos y personas que intervienen en la función jurisdiccional deben garantizar la igualdad sustantiva». / co. 3. - «Los tribunales, cualquiera sea su competencia, deben resolver con enfoque de género». L'art. 310, co. 1, riconosce però al contempo i canoni di indipendenza e imparzialità.

Sul controverso rilievo che la «prospettiva di genere», quale criterio interpretativo e applicativo delle disposizioni penali, può assumere in materia di *legittima difesa, stato di necessità e imputabilità*, sul terreno della violenza di genere, cfr. per es. J.P. MATUS, M.C. RAMÍREZ, *Manual de derecho penal chileno. Parte general*, Valencia, 2021, p. 344-5; J.P. MATUS, M.C. RAMÍREZ, *Manual de derecho penal chileno. Parte especial*, Valencia, 2021, p. 74 ss.; R. SÁNCHEZ PÉREZ, *Una revisión de la utilización del síndrome de la mujer maltratada como argumento de defensa de las mujeres que matan a sus parejas*, in A. PERIN (a cura di), *Imputación penal y culpabilidad*, Valencia, 2020, 467; J.P. CASTILLO MORALES, *Legítima defensa, trastorno mental transitorio y violencia contra la mujer*, in *Libro homenaje al profesor Carlos Künsemüller*, Santiago de Chile, 2023; di recente, C. PECORELLA, *Violenza domestica e legittima difesa*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2022/3, p. 1 ss. Sull'uso della «prospettiva di genere» nell'analisi giuridica, E. CORN, *Il femminicidio come fattispecie penale. Storia, comparazione e prospettive*, Napoli, 2017, p. 97 ss.

<sup>24</sup> Art. 35, co. 4. - «La educación se rige por los principios de cooperación, no discriminación, inclusión, justicia, participación, solidaridad, interculturalidad, enfoque de género, pluralismo y los demás principios consagrados en esta Constitución. Tiene un carácter no sexista y se desarrolla de forma contextualizada, considerando la pertinencia territorial, cultural y lingüística».

Quanto ai profili costituzionali del diritto punitivo, il testo presentato esprime – forse con maggior convinzione rispetto alla Costituzione del 1980 – la funzione “contenitiva” che ci si aspetta da una carta fondamentale. In quella vigente, infatti, ancorché alcuni principi ricevano espresso riconoscimento (quello di legalità, nell’art. 19, co. 3, n. 8 e 9), altri, come quelli di proporzionalità, colpevolezza/personalità e offensività, sono tutt’al più riconoscibili in via implicita o indiretta e comunque incompleta<sup>25</sup>.

Nella proposta per una nuova costituzione, invece, oltre all’abolizione della pena di morte<sup>26</sup>, vanno evidenziate la riaffermazione del divieto di pene crudeli, disumane e degradanti (art. 21, co. 2)<sup>27</sup> e l’adozione dell’idea finalistica del reinserimento sociale, anche tramite il riconoscimento di diritti fondamentali alle persone private di libertà (artt. 30, 31, 32, 337, co. 2)<sup>28</sup>. Sul piano sostanziale si riafferma, con luci e ombre<sup>29</sup>, il principio di legalità (art. 112) e si accoglie quello di proporzio-

---

<sup>25</sup> Sul mancato riconoscimento di quei principi nella Costituzione del 1980, L. MAYER, J. VERA, *El principio de ofensividad en la nueva Constitución chilena*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2022/1, 63. Quanto, in particolare, al principio di colpevolezza/personalità, alcuni autori hanno inteso la disposizione di cui all’art. 19, co. 3, n. 7 («La ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal») come idonea a riflettere un suo riconoscimento *indiretto* (non si richiama espressamente) e *parziale* (consente al legislatore di prevedere presunzioni di colpevolezza): cfr. M. SOTO, *Una Jurisprudencia histórica: hacia el reconocimiento del “principio de culpabilidad” en el Derecho Penal Chileno*, in *Rev. Der. U. Finis Terrae*, vol. III, 3, 1999, p. 233, 240 ss.; J. NÁQUIRA et al., *Principios y penas en el Derecho penal chileno*, in *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, 2008, p. 1, 15; per altri riferimenti, ancora L. MAYER, J. VERA, *op. cit.*, p. 68 ss.; nonché *infra*, nt. 32.

<sup>26</sup> Già eliminata nel 2001 e sostituita dalla pena di *presidio perpetuo calificado* dalla Legge 19.734.

<sup>27</sup> «Ninguna persona puede ser condenada a muerte o ejecutada, sometida a torturas, ni penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes».

<sup>28</sup> Art. 32, co. 1. - «Toda persona privada de libertad tiene derecho a la inserción e integración social. Es deber del Estado garantizar un sistema penitenciario orientado a este fin (...); in termini simili, l’art. 337, co. 1.

<sup>29</sup> Evidenziate da H. HERNÁNDEZ, *Sobre el Derecho penal en tiempos de debate constitucional (editorial de Julio de 2022)*, in *Controversias penales*, 2022.

nalità<sup>30</sup>. Su quello processuale, inoltre, si configura un «giusto processo» contrassegnato dal riconoscimento di alcune garanzie fondamentali (artt. 109-111), a partire dalla presunzione di innocenza (art. 111, lett. c).

Manca, invece, di nuovo, un riferimento al principio di lesività/offensività<sup>31</sup> e a quello di colpevolezza/personalità, salvo riproporre la formula per cui «no se presume de derecho la responsabilidad penal» (art. 111, lett. d)<sup>32</sup>. Osservazione, anche questa, rilevante ai fini dell'analisi che seguirà.

Sono previsti inoltre degli obblighi di criminalizzazione (sui quali pure torneremo). Un mandato esplicito e inderogabile è posto in materia di «gravi violazioni dei diritti umani» (artt. 15, co. 2 e 24)<sup>33</sup>, con l'obbligo di adempiere ai trattati internazionali (art. 15). Altre, numerose disposizioni prevedono doveri di tutela, anche penale, pur concedendo

<sup>30</sup> Art. 111. - «Toda persona tiene derecho a las siguientes garantías procesales penales mínimas: (...) i) Ser sancionada de forma proporcional a la infracción cometida».

<sup>31</sup> Proponevano un suo esplicito riconoscimento, quale «limite cardinale all'esercizio del potere punitivo nello Stato democratico di diritto», L. MAYER, J. VERA, *op. cit.*, p. 64 ss., 72 ss.; per una comparazione fra l'esperienza italiana e quella cilena, C. CABEZAS, *El principio de ofensividad y su relación con los delitos de peligro abstracto en la experiencia italiana y chilena. Un breve estudio comparado*, in *Rev. Der. UCN*, 20/2, 2013, p. 85.

<sup>32</sup> Nota criticamente H. HERNÁNDEZ, *Sobre el Derecho penal*, cit., come in luogo del principio di colpevolezza sopravviva quel «malinteso monumentale». Al riguardo, quindi, non v'è nessuna evoluzione rispetto alla Costituzione del 1980 (*supra*, nt. 25).

<sup>33</sup> Art. 15, co. 2. - «El Estado debe prevenir, investigar, sancionar y reparar integralmente las violaciones a los derechos humanos»; art. 24: co. 1.: «Las víctimas y la comunidad tienen derecho al esclarecimiento y conocimiento de la verdad respecto de graves violaciones a los derechos humanos, especialmente cuando constituyan crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra, genocidio o despojo territorial» / co. 2.: «La desaparición forzada, la tortura y otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad, el genocidio y el crimen de agresión son imprescriptibles e inamnistiables» / co. 3.: «Son obligaciones del Estado prevenir, investigar, sancionar e impedir la impunidad. Tales crímenes deben ser investigados de oficio, con la debida diligencia, seriedad, rapidez, independencia e imparcialidad. La investigación de estos hechos no será susceptible de impedimento alguno» / co. 4.: «Las víctimas de violaciones a los derechos humanos tienen derecho a la reparación integral».

spazio alla concreta definizione, su base democratica, della politica criminale<sup>34</sup>.

Va quindi segnalato il collegamento stabilito fra il divieto di discriminazioni arbitrarie (art. 25) e il dovere dello Stato di adottare le misure necessarie a

corregir y superar la desventaja o el sometimiento de una persona o grupo. La ley determinará las medidas de prevención, prohibición, sanción y reparación de toda forma de discriminación, en los ámbitos público y privado, así como los mecanismos para garantizar la igualdad sustantiva. El Estado debe tener especialmente en consideración los casos en que confluyan, respecto de una persona, más de una categoría, condición o motivo (art. 25, co. 5).

Di seguito, l'art. 27, co. 2, prevede l'obbligo di prendere le misure necessarie al fine di

erradicar todo tipo de violencia de género y los patrones socioculturales que la posibilitan, actuando con la debida diligencia para prevenirla, investigarla y sancionarla, así como brindar atención, protección y reparación integral a las víctimas, considerando especialmente las situaciones de vulnerabilidad en que puedan hallarse.

E l'art. 312, co. 4, rende ancor più esplicito che il sistema di giustizia deve mirare a «prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra mujeres, diversidades y disidencias sexuales y de género, en todas sus manifestaciones y ámbitos».

La proposta per una nuova costituzione esaminata, come si diceva, è stata sottoposta all'approvazione popolare. Questa fase costituente si è però conclusa con una bocciatura netta (l'opzione *rechazo* ha raggiunto il 62%) all'esito del referendum costituzionale celebratosi, con voto obbligatorio, il 4 settembre 2022.

Una nuova fase costituente, avviata da un ulteriore accordo siglato da diverse forze politiche il 12 dicembre 2022 (c.d. *Acuerdo por Chile*),

---

<sup>34</sup> Cfr. per es. gli artt. 53 (prevenzione della violenza), 128 (in materia ambientale), 170 (in materia di corruzione e integrità nell'esercizio delle funzioni pubbliche), 182 (sugli abusi di mercato), 253 (malversazione di fondi pubblici e corruzione), 315 (corruzione giudiziale), 365 (reati contro gli interessi finanziari dello stato).



è in corso nel momento in cui si scrive. Non è possibile, pertanto, prevederne gli esiti. Ad ogni modo, quanto osservato ci consente ora di riflettere sui rapporti fra politica identitaria e cultura della colpevolezza nella definizione del “volto costituzionale” del diritto penale (cileño e non solo).

### 5. Diritto penale ed eguaglianza sostanziale

Il progetto archiviato per una “nuova costituzione”, facendosi interprete delle istanze politiche favorevoli alla costruzione di uno stato sociale, fondava la sua architettura costituzionale sulla affermazione del principio di “eguaglianza sostanziale”. La sottolineatura è rilevante perché quel medesimo principio, come mostrano alcune disposizioni dell’articolato, era chiamato a sostenere gli obblighi statali di tutela rafforzata nei confronti di determinati gruppi o collettivi tradizionalmente discriminati (con particolare attenzione alla violenza di genere o motivata dall’orientamento sessuale); pertanto, anche l’ulteriore sanzione penale dei *bias-motivated crimes*.

Facciamo allora un passo indietro.

Il dovere dello Stato di adottare azioni positive orientate a ridurre o eliminare le disuguaglianze di fatto diviene un architrave del modello social-democratico che riconosce costituzionalmente il principio di eguaglianza non solo nella sua dimensione formale, “classica” e liberale – per cui ogni persona è *uguale davanti alla legge* –, ma anche nella sua dimensione solidaristica sostanziale<sup>35</sup>. In questo modo, atteso il

---

<sup>35</sup> Sull’eguaglianza sostanziale, quale espressione di un principio emerso nell’ambito del socialismo democratico, cfr. per es. A. D’ALOIA, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale. Contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale*, Padova, 2002, p. 3 ss., 57 ss.; N. OCCHIOCUPO, *Costituzione e Corte costituzionale. Percorsi di un rapporto genetico dinamico e indissolubile*, Milano, 2010, p. 22 ss.; S. CASSESE, *L’eguaglianza sostanziale nella Costituzione: genesi di una norma rivoluzionaria*, in *Le Carte e la Storia, Rivista di storia delle istituzioni*, 1, 2017, p. 5; C. GIORGI, *L’eguaglianza tra diritto e storia (italiana). Momenti e figure di un principio costituzionale*, in *Costituzionalismo*, 2017/3, p. 54 ss.; nella manualistica, F. DAL CANTO, *I principi fondamentali*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Manuale di diritto costituzionale italiano ed europeo*, Torino, 2021, p. 111, 135 ss.; fra i penalisti, G. DODARO, *Ugua-*

principio di solidarietà<sup>36</sup>, allo Stato (sociale e democratico di diritto) è attribuito il dovere di correggere le situazioni di *diseguaglianza di fatto*, proprio allo scopo di rendere *effettiva* l'eguaglianza, adottando misure finalizzate a sostenere/favorire chi si trovi in situazioni di svantaggio o fragilità, eliminando gli ostacoli che impediscono il pieno sviluppo della persona e il corretto esercizio dei suoi diritti (allo studio, al lavoro, all'abitazione, all'integrità e alla salute etc.)<sup>37</sup>.

Questa duplice dimensione del principio di eguaglianza, quella liberale (formale) e quella solidaristica (materiale), si avverte anche nel diritto penale.

Dalla prima, quella formale, discende l'eguaglianza davanti alla legge penale e il divieto di trattamenti iniqui o discriminatori arbitrari (per es., logiche del "tipo di autore"). La seconda, quella sostanziale, aprendo gli occhi dell'ordinamento di fronte alle *diversità di fatto*, consente di calibrare l'intervento punitivo al cospetto di particolari caratteristiche soggettive idonee a condizionare, in particolar modo, la misura della rimproverabilità: per esempio, in ragione del diverso grado di autonomia dell'agente (minore o comunque limitato nella sua autonoma «capacità di intendere e di volere»), che può portare a escludere in tutto o in parte la sua imputabilità; oppure, attesa la sua provenienza culturale o l'estrazione sociale, eventualmente rilevante sul piano del giudizio sull'evitabilità/inevitabilità dell'errore di diritto (in virtù della sentenza della Corte cost. 364 del 1988, che contiene un riferimento esplicito all'art. 3, co. 2, Cost.)<sup>38</sup>.

---

*gianza e diritto penale. Uno studio sulla giurisprudenza costituzionale*, Milano, 2012, p. 9 ss.

<sup>36</sup> Affermato, nella Costituzione italiana del 1948, all'art. 2, nel richiedere «l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale».

<sup>37</sup> V. l'art. 3, co. 2, Cost. italiana e i riferimenti cit. *supra*, nt. 35. Cfr. l'art. 9, co. 2, della *Constitución española* del 1978, ispirato dal nostro art. 3 e, in letteratura, L. PRIETO, *Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial*, in *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 22, 1995, p. 17, 21 ss.

<sup>38</sup> Sul punto, già F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. It.*, XIX, Torino, 1973, 7, p. 54 ss. Saluta con favore quella sentenza, nella dottrina cilena, M. SOTO, *op. cit.*, p. 233 ss.; ma si tratta di un approdo, conviene riconoscerlo, ancora parzialmente disatteso dalla nostra prassi giudiziaria, che tende ad anteporre (anche surrettiziamente) la "tenuta del sistema" disconoscendo l'approdo della Corte costitu-

L'eguaglianza sostanziale può così esprimere effetti disculpanti<sup>39</sup>, consentendo al giudice di sostenere, attese determinate caratteristiche dell'agente, che non lo si può ritenere – o considerare del tutto – in grado di agire altrimenti, oppure, che una condotta alternativa lecita non gli era (sufficientemente) esigibile, venendo perciò meno, in tutto o in parte, il fondamento stesso della rimproverabilità penale.

Altre volte, il medesimo principio acquisisce la funzione di legittimare forme di intervento penale ispirate dalla necessità di riconoscere una protezione qualificata a categorie di soggetti deboli o vulnerabili, riaffermando però, al contempo, la vigenza dei principi liberali. Per esempio, come ha avuto modo di rilevare la Corte cost. italiana<sup>40</sup> a margine del noto “caso Cappato”, la *ratio* di tutela sottesa al reato di *istigazione o aiuto al suicidio* (art. 580 c.p. it.) può essere identificata con l'esigenza *egualitaria* ma, al tempo stesso, genuinamente *liberale*, di garantire l'autonomia individuale. Alla *concezione astratta* di una persona razionale che decide autonomamente quando e come porre fine alla propria vita, la Corte contrappone l'*immagine concreta* di una persona – eventualmente – vulnerabile, alla quale lo Stato deve poter prestare aiuto per evitare che il suicidio scaturisca da una scelta eterodeterminata. Attraverso l'art. 580 c.p. it., rileva la Corte, lo Stato «gli crea intorno una “cintura protettiva”, inibendo ai terzi di cooperare in

---

zionale. Sulla distanza che ancora separa sia il diritto positivo sia quello vivente da un ideale rispetto del canone di colpevolezza/personalità, ampiamente, M.L. MATTHEUDAKIS, *L'imputazione colpevole differenziata. Interferenze tra dolo e colpa alla luce dei principi fondamentali in materia penale*, Bologna, 2020.

<sup>39</sup> Per ulteriori riferimenti ai profili del penale, compresi quelli citati nel testo, sui quali l'eguaglianza sostanziale può incidere in senso *disculpante* o *attenuante*, A. D'ALOIA, *op. cit.*, p. 68 ss. C'è poi l'ulteriore – ma contiguo, atteso il principio di proporzionalità – terreno dei criteri generali per la *determinazione della pena*, laddove, oltre che dei *motivi* eventualmente catturati da circostanze attenuanti (v. P. VENEZIANI, *op. cit.*, p. 166 ss.), il giudice deve tenere conto – alla luce del fine rieducativo a cui dovrebbe tendere la pena (art. 27, co. 3, Cost.) – delle «condizioni di vita individuale, familiare e sociale del reo» (art. 133, co. 2, n. 4, c.p. it.).

<sup>40</sup> Circa la funzione assunta dal principio di eguaglianza nella giurisprudenza costituzionale in materia penale, v. già G. DODARO, *op. cit.*, *passim*.

qualsiasi modo con lui»<sup>41</sup>. Trattasi pertanto di un'espressione di paternalismo «indiretto» e «moderato»<sup>42</sup> di cui lo Stato si fa interprete proprio in base al principio di eguaglianza sostanziale, cioè in virtù del diritto a godere di un regime giuridico differenziato in ragione di uno svantaggio di fatto che ci si propone di attenuare o superare mediante un'azione positiva di tutela rafforzata. Non giustificabile – anzi, contraddittoria – alla luce di quella medesima *ratio* è apparsa invece la parte della disposizione incriminatrice relativa all'*agevolazione materiale*, sulla quale la Corte, in quella vicenda, è intervenuta dichiarandone l'incostituzionalità per difetto di «eguaglianza-ragionevolezza»: in particolare, per l'irragionevole diseguaglianza che si genererebbe tra i soggetti che, in base alla Legge 219/2017, esercitando il diritto al rifiuto delle cure, possono accedere a una morte rapida e quelli che, in considerazione delle loro *particolari condizioni cliniche*, non avrebbero la stessa possibilità<sup>43</sup>.

---

<sup>41</sup> Corte cost., Ordinanza 207/2018, §§ 4-6. La Sentenza 242/2019 ribadisce che la legittima finalità del reato di “aiuto al suicidio” consisterebbe nel *proteggere le persone più deboli e vulnerabili che attraversino momenti di grave difficoltà e sofferenza*, evitando che, qualora debbano prendere la decisione estrema e irreversibile di togliersi la vita, subiscano indebite interferenze da parte di terzi. Per altri riferimenti a questo profilo e su questa vicenda, nel contesto di una riflessione sull'autonomia del paziente di fronte al “fine vita” nel diritto cileno, A. PERIN, *El 'derecho a morir con dignidad' y su base axiológica: relevancia y combinación de los principios constitucionales de autonomía e igualdad sustancial en el 'caso Cappato'*, in N. ACEVEDO et al. (a cura di), *La Justicia como legalidad. Estudios en homenaje a Luis Ortiz Quiroga*, Santiago de Chile, 2020, p. 613, 622 ss.

<sup>42</sup> In termini generali, ci si riferisce al concetto di *soft paternalism* quando si tratta di prevenire comportamenti essenzialmente involontari, ovvero di proteggere le persone dalle proprie azioni non autonome. Cfr. per es. A. CAVALIERE, *Introduzione a uno studio sul paternalismo in diritto penale*, in *Arch. pen.*, 2017/3, p. 1, 12; G. MENDES DE CARVALHO, *Suicidio, eutanasia y Derecho penal. Estudio del art. 143 del Código penal español y propuesta de lege ferenda*, Granada, 2009, p. 1 ss., 17.

<sup>43</sup> Poiché, non essendo del tutto dipendenti dalle macchine, la mera interruzione del trattamento li costringerebbe a patire un processo di morte più lento e, forse, più doloroso – ferma restando la possibilità di ricorrere alla sedazione profonda. In *quei casi*, seguendo il ragionamento della Corte, la sanzione dell'*agevolazione materiale* al suicidio si tradurrebbe nella negazione del *diritto del paziente* a «sottrarsi, nel rispetto del proprio concetto di dignità della persona, a un mantenimento artificiale in vita non più

Il duplice pronunciamento della Corte nel “caso Cappato” consente di rilevare come il principio di eguaglianza sostanziale sia in grado di esprimersi al contempo: (i) come *principio solidaristico*, in senso *criminalizzante* (lo Stato fornisce una *tutela penale rafforzata* ai diritti di determinate *categorie di soggetti fragili* – riconoscendo quindi una diseguaglianza di fatto –, potenzialmente esposti a manipolazioni altrui), in virtù di una ragione qualificata di tutela; (ii) come *canone di ragionevolezza* (eguaglianza-ragionevolezza), idoneo a condurre a una parziale *depenalizzazione* (il potere punitivo arretra, valorizzando l'autonomia decisionale di una *sottocategoria dei medesimi soggetti*, consentendo loro di esercitare effettivamente un diritto altrimenti negato)<sup>44</sup>. In fondo, quindi, anche nel secondo versante è il medesimo canone di eguaglianza sostanziale a guidare il giudizio di ragionevolezza: il fondamento *generale* della norma (incriminatrice) non vale più al cospetto delle *peculiari esigenze* di alcuni *casi particolari*, ai quali, grazie alla dichiarazione di parziale incostituzionalità, viene riconosciuto il diritto “compensativo” di ricorrere all’aiuto materiale al suicidio.

La Corte procede in questo modo alla «rimozione degli ostacoli» che limitano di fatto l’eguaglianza delle persone, consentendo di *riequilibrare condizioni di partenza diseguali*.

Il rapporto fra il principio di eguaglianza sostanziale e i principi liberali può invece cambiare in materia antidiscriminatoria, laddove il primo, oltre a esprimere un’esigenza di tutela *selettiva e rafforzata* e, quindi, una funzione criminalizzante, può assumere – a seconda della tecnica di intervento impiegata, come vedremo – anche un ruolo *pre-*

---

voluta e che egli ha il diritto di rifiutare in base all’art. 32, secondo comma, Cost.» (Corte cost., Ordinanza 207/2018, § 8).

<sup>44</sup> Questa duplice funzione – di *limite e fondamento* – dell’eguaglianza sostanziale riflette del resto quella che i diritti dell’uomo, «sorti come strumenti “liberali” di garanzia dalla coercizione statale», giocano rispetto allo strumento penale, quando «vengono reinterpretati come fondamento della potestà punitiva»: D. PULITANÒ, *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, p. 484, 495; più di recente, cfr. S. MANACORDA, *«Dovere di punire»? Gli obblighi di tutela penale nell’era della internazionalizzazione del diritto*, in M. MECCARELLI et al. (a cura di), *Il lato oscuro dei diritti umani*, Madrid, 2014, p. 307, 337 ss.; F. VIGANÒ, *La arbitrariedad del no punir. Sobre las obligaciones de tutela penal de los derechos fundamentales*, in *Polít. crim.*, vol. 9, 18, 2014, p. 428, 434 ss.

*ponderante* rispetto ai secondi, quali garanzie asseritamente rinunciabili in favore di un intervento punitivo spinto e selettivo, orientato al perseguimento di obiettivi di giustizia sociale: segnatamente, il contrasto alle discriminazioni arbitrarie (razziali, xenofobe o di genere, fra le altre). Il diritto penale diviene così un'espressione – talvolta, apertamente antiliberale<sup>45</sup> – della tendenza a concepire il processo penale, più che come meccanismo di accertamento *fatti colpevoli dei singoli*, come strumento di lotta e di contrasto a *fenomeni di ampia portata*<sup>46</sup>.

Allora possiamo chiederci: (i) fino a che punto, con riguardo ad autori e vittime, l'orizzonte teleologico dell'eguaglianza sostanziale sia in grado di legittimare l'inasprimento delle pene previste per determinati reati o la punibilità di reati propriamente discriminatori; cioè a quali condizioni il compito dello Stato di rimuovere gli ostacoli di ordine sociale all'eguaglianza possa essere svolto attraverso l'esercizio del potere punitivo, anche in base a discriminazioni ragionevoli<sup>47</sup>; (ii) se sia possibile ricavare dal medesimo principio – o da interpretazioni asseritamente evolutive di esso – *obblighi costituzionali di intervento penale* che impongano al legislatore di prevedere reati di lotta alla discriminazione; (iii) infine, se regimi differenziati o diseguali (forme di *discriminazione penale positiva*) possano spingersi al sacrificio delle garanzie

---

<sup>45</sup> Cfr. per es. M. BONET, *Derecho penal y mujer: ¿debe ser redefinida la neutralidad de la ley penal ante el género?*, in D. HEIM, E. BODELÓN (a cura di), *Derecho, género e igualdad: cambios en las estructuras jurídicas androcéntricas*, Barcelona, 2010, p. 27, 28-9, sul superamento del principio di eguaglianza formale, a favore di interventi punitivi configurati a partire dall'eguaglianza materiale e dal diritto a non essere discriminati, che legittimerebbero un approccio alla materia penale basato sul «conflitto di genere inerente alla società». Cfr., con maggior prudenza, circa l'idea di riconiugare il rapporto fra eguaglianza formale e sostanziale al fine di prevedere sanzioni differenziate per alcuni reati connessi alla violenza di genere, E. CORN, *Il femminicidio come fattispecie penale*, cit., p. 227-229; L. GOISIS, *op. cit.*, p. 451-452, favorevole a «non scardinare l'attuale impianto *gender-neutral* delle fattispecie del diritto penale classico».

<sup>46</sup> Cfr., anche con riguardo al diritto penale internazionale, alla giurisprudenza della Corte EDU e al diritto penale dell'Unione europea, F. VIGANÒ, *op. cit.*, p. 434 ss., 438 ss., 444 ss.; S. MANACORDA, *op. cit.*, p. 313 ss., 336 ss.; M. DONINI, *Integrazione europea e scienza penale*, in *disCrimen*, 2020, 1; toccando anche il dibattito sul diritto penale antidiscriminatorio, G. FIANDACA, *Politica, panpenalismo, ddl Zan e nuovi diritti*, in *Il Dubbio* (ripubblicato in *disCrimen*), 3 novembre 2021.

<sup>47</sup> In argomento, già E. DOLCINI, *op. cit.*, p. 24 ss.

liberali, attesa la necessità di contrastare le disuguaglianze e gli atteggiamenti (i motivi) discriminatori.

## 6. Legittimità e limiti del diritto penale antidiscriminatorio

### 6.1. L'eguaglianza come ratio politico-criminale

Sotto il profilo dell'oggettività giuridica, si può anzitutto riflettere sull'identificazione dell'eguaglianza come fondamento dell'esercizio del potere punitivo attraverso la sanzione dei *bias-motivated crimes* (come tipi autonomi o circostanziali)<sup>48</sup>.

Esaminando la circostanza aggravante per motivi discriminatori prevista dall'art. 12, n. 21, C.p.<sup>49</sup>, si è argomentato che il diritto penale antidiscriminatorio non poggierebbe in realtà sull'eguaglianza – o il *diritto a non essere discriminati* – quale bene giuridico rilevante<sup>50</sup>. Disvalore e offensività dell'atto discriminatorio starebbero nel disprezzo manifestato *nei confronti delle diversità*. In gioco, insomma, ci sarebbero «differenze, non la eguaglianza delle persone (...)». «La pratica abietta della discriminazione riduce la vittima a uno stereotipo, ricalcandone una caratteristica particolare, mostrando la (...) miopia umana del vittimario»<sup>51</sup>.

Questa lettura, apparentemente intesa a discostarci dal piano dell'eguaglianza, non fa che confermare che il disvalore della discriminazione attiene proprio a questo principio<sup>52</sup>. La politica antidiscriminazio-

---

<sup>48</sup> Per un'impostazione del problema, nella dottrina cilena, H. HERNÁNDEZ, *Discriminación y Derecho Penal*, in *Rev. Chil. Der. Ciencias Penales*, vol. II, 3, 2013, p. 157, 158 e *passim*.

<sup>49</sup> *Supra*, nt. 10.

<sup>50</sup> G. FORNASARI, J.L. GUZMÁN, *op. cit.*, p. 203-204, 208 ss.

<sup>51</sup> G. FORNASARI, J.L. GUZMÁN, *op. cit.*, p. 211-213.

<sup>52</sup> Come conferma la collocazione degli artt. 604-*bis* e *ter*, c.p. it. (Capo III, Sez. I-*bis*: «Dei delitti contro l'eguaglianza»). Sull'eguaglianza come principio offeso dalla discriminazione, G. DODARO, *op. cit.*, p. 75 ss.; E. CORN, *Il femminicidio come fattispecie penale*, cit., p. 227-229; L. GOISIS, *op. cit.*, p. 237 ss., 240 ss., 251 ss., 275 ss.; A. GALLUCCIO, *op. cit.*, p. 144 ss. (con specifico riguardo al discorso d'odio); L. D'AMICO, *op. cit.*, p. 14 ss. In Cile, F. MALDONADO, *Razón de género, femicidio, cosificación y*

ne fa appello al riconoscimento della *pari dignità* o dell'*eguale valore* delle persone nelle loro *diverse, molteplici e libere identità* – in questo senso, alla dimensione formale dell'eguaglianza –, ponendosi però anche l'obiettivo di superare (eventualmente, reprimere) le condizioni di *disuguaglianza di fatto* provocate, in questo contesto, dai comportamenti consistenti nel «trattare un'altra persona come inferiore in base a una qualche generalizzazione»<sup>53</sup>; cioè in quanto persona *anziana, disabile, transessuale, migrante* etc., identificata in base a *una caratteristica* elevata a unica rilevante (scatenante il disprezzo discriminatorio).

Il dovere di dare sostegno a chi si trovi in situazioni di svantaggio (cioè a chi appartenga a gruppi storicamente/attualmente discriminati) e di correggere situazioni di disuguaglianza (cioè superare la discriminazione nei loro confronti) verrebbe quindi adempiuto – anche – attraverso la previsione di sanzioni orientate a reprimere comportamenti lesivi così *motivati*. Ed è su questo terreno che, come vedremo in seguito, si osservano diversi modi di valorizzare la dimensione sostanziale dell'eguaglianza.

In sintesi: l'atto discriminatorio offende l'*eguaglianza formale*, cioè l'eguale dignità – *senza distinzione di sesso, di lingua* etc. – di ciascuno; la reazione (eventualmente punitiva) volta a rimuovere o impedire le cause della discriminazione poggia invece sull'idea di *eguaglianza sostanziale*, che, mostrando le differenze, consente di intervenire al fine di rimuoverle, differenziando eventualmente l'azione positiva di sostegno alle persone discriminate.

Queste precisazioni, insieme a quanto esposto circa il rilievo dell'eguaglianza sostanziale nel diritto penale in generale, sono più rilevanti di quanto possa sembrare a prima vista, poiché, come capiremo,

---

*negación de la personalidad (artículo 390 ter N°1 del Código Penal)*, in C. SCHEECHLER (a cura di), *El delito de femicidio en la legislación chilena*, Santiago de Chile, 2021, 153, p. 161-3, rispetto all'ipotesi particolare del *femicidio (infra)*, rileva che sotteso al «motivo di genere» vi è non soltanto un trattamento discriminatorio e pertanto diseguale, ma soprattutto un ulteriore elemento di disprezzo nei suoi confronti, in quanto intesa come persona inferiore, sottomessa al volere e al servizio dell'uomo; insomma, un'autentica *cosificación* della donna che si manifesta – spesso, con violenza – proprio quando è vista come colpevole di insubordinazione.

<sup>53</sup> G. FORNASARI, J.L. GUZMÁN, *op. cit.*, p. 197.



consentono di cogliere alcune contraddizioni in cui può incorrere, se non opportunamente bilanciato, il diritto penale antidiscriminatorio.

## 6.2. *L'eguaglianza sostanziale come fonte di un obbligo generale di tutela penale?*

### 6.2.1. *Obblighi costituzionali di tutela penale*

Atteso il riconoscimento dell'eguaglianza, nella sua duplice dimensione formale (egual valore e dignità delle differenze, divieto di discriminazione) e sostanziale (legittimante azioni positive volte a rimuovere gli ostacoli alla pari dignità), possiamo chiederci se possano da esso ricavarsi obblighi costituzionali, diretti o indiretti, di intervento penale.

In materia di *gender-based bias crimes*, l'esistenza di obblighi di criminalizzazione basati sull'eguaglianza sostanziale è stata sostenuta argomentando che il principio sarebbe idoneo a riflettere l'«ampio consenso» esistente circa il carattere strutturale della discriminazione nei confronti delle donne nella società contemporanea e la loro condizione di «svantaggio nei confronti dei loro compagni di specie *uomini*»<sup>54</sup>.

In termini generali, va rilevato che accettare l'esistenza di obblighi costituzionali significa avallare un certo modo, per nulla scontato, di intendere il rapporto tra diritto penale e Costituzione: a quest'ultima si richiede non soltanto di *limitare* l'esercizio del potere punitivo, eventualmente *legittimandolo*<sup>55</sup>, ma anche di *imporre* la previsione di san-

---

<sup>54</sup> Così, per es., M. BONET, *op. cit.*, p. 28 ss., a proposito dell'esperienza spagnola (segnatamente, la disciplina di cui agli artt. 153 e 173, C.p. spa.) e con particolare riguardo alla sent. del *Tribunal Constitucional* spagnolo 59/2008, del 14 maggio 2008. Criticamente, M. POLAINO-ORTS, *La legitimación constitucional de un Derecho penal sui generis del enemigo frente a la agresión a la mujer. Comentario a la STC 59/2008, de 14 de mayo*, in *InDret*, 2008/3, p. 15 ss. Prudente, quanto alla configurabilità di obblighi di criminalizzazione, richiedendo il sostegno integrativo delle indagini criminologiche, L. GOISIS, *op. cit.*, p. 255.

<sup>55</sup> Nell'ambito della "teoria generale" di F. BRICOLA, *op. cit.*, la Costituzione definirebbe non solo i «margini di manovra» della politica democratica, ma anche, in termini positivi, il «volto costituzionale» dell'illecito penale. Dobbiamo però ricordare che non si trattava di obblighi di criminalizzazione, prospettandosi un programma politico-criminale di riduzione dell'intervento criminale. Cfr. M. DONINI, *L'eredità di Bricola e il*

zioni penali. In tal senso, il potere della Costituzione di vincolare la discrezionalità del legislatore penale (la politica-criminale in senso stretto) viene sostenuto attraverso il riconoscimento di interessi sicuramente meritevoli di tutela penale; beni giuridici la cui offesa non ammette l'astensione dell'intervento repressivo, poiché verrebbe percepita come *impunità*. L'obbligo costituzionale s'identifica così, in termini evidentemente problematici, con una *presunzione di assenza di ragioni di sussidiarietà*, un limite rigido alla loro sostenibilità politica.

Oltre che sull'eventuale previsione di doveri espliciti<sup>56</sup>, in questo contesto è utile soffermarsi sul controverso riconoscimento, per via interpretativa, di obblighi costituzionali "impliciti" o "indiretti" di penalizzazione.

Storicamente, come noto, la vigenza di un particolare obbligo implicito di tutela penale è stata sostenuta contro la depenalizzazione dell'aborto, quando, a partire dagli anni Settanta, diversi Paesi adottarono riforme per consentire, a determinate condizioni (termini e/o motivi, a seconda del modello), l'interruzione volontaria di gravidanza. Ciò spinse i settori più conservatori – spesso adesi a determinati valori religiosi

---

*costituzionalismo penale come metodo. Radici nazionali e sviluppi sovranazionali*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2012/2, 51, p. 54-55, 66 ss.; H. HORMAZÁBAL, *Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho. El objeto protegido por la Norma Penal*, Santiago de Chile, 2006, p. 106 ss., 111 ss., 114, con attenzione alle critiche della dottrina posteriore a Bricola e rispetto all'opportunità di intendere la Costituzione come un «sistema aperto» che lasci spazio a un «processo politico libero»; M. DURÁN, *El planteamiento teleológico constitucional de la Escuela de Bologna y la obra de Franco Bricola como antecedentes históricos y metodológicos de la noción de Derecho penal constitucional*, in *Rev. Der. UCN*, vol. 20, 2, 2013, p. 305, 307 ss.; l'affresco di F. LONDOÑO, *Il 'romanico' nella dogmatica penale italiana del XX Secolo. Note al 'fatto' di Delitala, alla 'discrezionalità' di Bricola e all' 'azione' di Marinucci*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, vol. 62, 4, 2019, p. 1943, 1950 ss.

<sup>56</sup> Quali per es. quello previsto dall'art. 13, co. 4, della Cost. Italiana (al riguardo, C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, Pisa, 2009, p. 90); o quelli previsti dagli artt. 45, co. 3 e 46 della Cost. spagnola; cfr. inoltre *supra* (§ 4), i doveri di tutela previsti dalla proposta (respinta) di una nuova costituzione per il Cile. La vigente Costituzione del 1980 prevede obblighi di criminalizzazione all'art. 9 (in materia di terrorismo) e all'art. 79 (in materia di responsabilità dei giudici per corruzione e abuso di funzioni).

– a ricorrere all’argomento della necessaria tutela penale della vita, quindi anche della vita del concepito<sup>57</sup>.

Simili posizioni hanno segnato anche il dibattito pubblico e parlamentare che, in tempi recenti, ha portato all’approvazione della vigente disciplina cilena in materia di interruzione volontaria di gravidanza (Legge 21.030 del 2017, che modifica l’art. 344, C.p.)<sup>58</sup>. Sul versante conservatore, l’appiglio contro la depenalizzazione è stato individuato nell’art. 19, n. 1(2), della *Constitución Política* del 1980 (*supra*), cioè nella disposizione secondo cui «La ley protege la vida del que está por nacer». Si è sostenuto che il testo costituzionale avrebbe riconosciuto il «diritto alla vita» del concepito, alla stessa stregua del diritto alla vita della persona<sup>59</sup>; pertanto, la Costituzione avrebbe riconosciuto anche il suo «diritto a non essere ucciso arbitrariamente», portando con sé l’obbligo dello Stato di reprimere qualunque offesa o minaccia alla sua vita; quindi, qualunque fatto di aborto volontario<sup>60</sup>.

Tuttavia, contro questa interpretazione del (vigente) testo costituzionale è stato rilevato che la «protezione» riservata al nascituro non contiene affatto il riconoscimento di un suo diritto soggettivo alla vita; quel dovere di tutela stabilisce soltanto un «interesse oggettivo di rango costituzionale», la cui salvaguardia, non potendo essere assoluta, può e deve essere bilanciata con altri beni e interessi concorrenti ed eventualmente prevalenti.

---

<sup>57</sup> In argomento, cfr. per es. K. TIEDEMANN, *Constitución y derecho penal*, in *Rev. esp. der. const.*, vol. 2, 33, 1991, p. 165; C. PAONESSA, *op. cit.*, p. 102 ss.; S. MANACORDA, *op. cit.*, p. 311 ss.

<sup>58</sup> In estrema sintesi, la riforma del 2017 consente l’interruzione di gravidanza in ipotesi di: 1) pericolo per la vita della gestante, 2) patologia del feto incompatibile con la vita, 3) gravidanza provocata da violenza sessuale. Anche per altri riferimenti, sia consentito il rinvio ad A. PERIN, *L’interruzione di gravidanza in Cile (1874-2023): profili penali e costituzionali*, in *Rivista di BioDiritto*, 2023/1s, p. 489.

<sup>59</sup> Contemplato nel n. 1 della medesima disposizione: «La Constitución asegura a todas las personas (...) El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona».

<sup>60</sup> Dal 1931 al 1989, in Cile era consentito l’aborto terapeutico (in base all’art. 226 del *Código sanitario* del 1931 e poi dell’art. 119 del *Código sanitario* del 1968). Sul finire della dittatura, però, la Legge 18.826, del 15 settembre 1989, riformò in questi termini l’art. 119: «No podrá ejecutarse ninguna acción cuyo fin sea provocar un aborto».

Questa conclusione poggia anche sul rilievo secondo cui lo stesso art. 19 (co. 1, n. 1, *Const.*) assicura protezione al «derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona», pertanto, anche alla gestante, offrendo così un controargomento idoneo a contestare la tesi secondo cui la Costituzione avrebbe implicitamente imposto la sanzione di qualunque interruzione volontaria di gravidanza.

### 6.2.2. Segue. *Obblighi sovranazionali di tutela penale antidiscriminatoria: il caso del “femminicidio”*

Questioni per certi versi diverse si pongono riguardo agli obblighi di criminalizzazione di fonte sovranazionale, stabiliti in virtù del diritto internazionale e per la cessione di quote di sovranità da parte degli Stati, attesa la necessità di prevedere standard comuni o “norme minime” – anche in materia di tutela penale – nel mondo globalizzato e/o all’interno del medesimo spazio di libera circolazione di persone, prodotti e servizi. Soprattutto riguardo ad alcune forme di criminalità di carattere transnazionale (si pensi, per esempio, al diritto penale dell’economia, compresa la tutela dell’ambiente, alla tutela della salute pubblica e del cyberspazio), la principale ragione alla base dell’esigenza di perseguire un maggior grado di uniformità legislativa risiederebbe nell’idea secondo cui – in estrema sintesi – la previsione di livelli di tutela penale troppo eterogenei tra i Paesi appartenenti allo stesso spazio politico ed economico favorirebbe correnti di “esportazione” e “importazione” di criminalità dall’uno all’altro, a discapito di interessi ritenuti politicamente essenziali, o inevitabilmente condivisi, nell’ottica della costruzione di uno spazio giuridico comune.

Sul terreno del diritto internazionale dei diritti umani – e della tutela della vita in particolare –, valgono ulteriori valutazioni di politica penale, assumendo rilievo principale la necessità di assicurare standard minimi di tutela in contesti in cui ciò, storicamente, è avvenuto – o avviene tuttora – con (maggiori) difficoltà. Anche così si spiega la previsio-

ne, da parte della *Convención de Belém do Pará* (1995)<sup>61</sup>, di un dovere degli Stati-parte di inserire

in their domestic legislation penal, civil, administrative and any other type of provisions that may be needed to prevent, punish and eradicate violence against women and to adopt appropriate administrative measures where necessary (art. 7, lett. c)<sup>62</sup>.

È però necessario domandarsi fino a che punto una simile previsione sia in grado di stabilire un obbligo diretto di criminalizzazione. L'estrema varietà delle soluzioni adottate nei diversi Paesi (in America Latina) mostra infatti come spetti inevitabilmente alla politica interna il compito di definire profili fondamentali di tipizzazione quali, in modo particolare: (i) la natura della fattispecie, *autonoma* o *circostanziale*; (ii) il soggetto attivo e la vittima, con riguardo al *sex* o al *genere* di entrambi (qualità diverse – una fattuale, l'altra culturale – ma spesso confuse); (iii) e, soprattutto, la definizione del *motivo discriminatorio* rilevante (il *motivo di genere*) e delle sue condizioni di accertamento per l'applicabilità del regime sanzionatorio aggravato rispetto all'omicidio comune.

Il *quomodo* dell'adempimento, sotto il profilo della tecnica normativa, attese anche specifiche esigenze sistematiche, rientra insomma nella disponibilità del legislatore interno. Pertanto, l'obiettivo generale di prevedere «norme penali (...) necessarie a prevenire, punire e sradicare

---

<sup>61</sup> *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer*, sottoscritta il 9 giugno 1994 a Belém do Pará, in Brasile.

<sup>62</sup> Cfr., tempo prima, senza un esplicito riferimento a quella forma particolare di discriminazione data dalla violenza sulle donne, l'art. 5, lett. a), della *Convenzione per l'eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne* (CEDAW, 18 dicembre 1979). Nel contesto europeo, più di recente, senza esplicito riferimento al «femminicidio», l'art. 35 della *Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica* (Istanbul, 2011). Su questi approdi a livello internazionale, altri riferimenti e con particolare riguardo al ruolo assunto dalla *Convención de Belém do Pará* in America Latina, E. CORN, *Il femminicidio come fattispecie penale*, cit., p. 85 ss., 93 ss.; L. GOISIS, *op. cit.*, p. 350 ss. e 449 ss., sulle norme del sistema penale italiano idonee a “coprire” anche l'omicidio femminile, attesa l'assenza di una fattispecie autonoma o di un'aggravante specifica: in particolare, le ipotesi aggravate *ex art. 576, co. 1, n. 5, 5.1 c.p. it.*; l'art. 577, co. 1 (n. 1), co. 2 e co. 3, c.p. it.

la violenza contro le donne (...)» potrebbe essere assolto anche mediante la previsione di un delitto di “femminicidio” del tutto equivalente al classico omicidio, qualora ciò venga inteso come (necessario e) sufficiente, sul piano sostanziale e sanzionatorio, ad affrontare – prevenire e reprimere – *anche* il fenomeno della violenza di genere (come di qualunque altro attentato alla vita umana)<sup>63</sup>. Questo era, non a caso, il modello di disciplina cileni precedente alla riforma della Legge 21.212 del 2020, criticato da alcuni proprio perché il “nuovo” reato restava in realtà identico, salvo che nel *nomen iuris*, al delitto di *parricidio* (*infra*, § 7.1).

### 6.3. Tensioni fra le garanzie liberali e la politica-penale identitaria

Sul piano interpretativo-applicativo, in materia di contrasto alla violenza di genere è emersa da tempo anche la necessità di evitare disparità di trattamento arbitrarie tra uomini e donne legate all’applicazione di attenuanti o esimenti indotta da pregiudizi di genere sottotraccia. Il problema, che si riferisce soprattutto ai delitti c.d. “passionali”, è oggetto di dibattito anche in Italia<sup>64</sup>.

Tuttavia, nemmeno l’obiettivo di ripulire lo spazio della discrezionalità giudiziale da stantie precomprensioni impone determinate soluzioni in luogo di altre, come si dirà più avanti a proposito dell’art. 390-*quinquies*, C.p.

Atteso quindi che il *quomodo* della strategia antidiscriminatoria è una questione di politica penale democratica, si tratta di riflettere sui limiti opponibili a determinate scelte statuali.

---

<sup>63</sup> Questione in parte diversa è che, oltre all’adeguata criminalizzazione e sanzione preventiva (anche in termini di proporzionalità della pena), il diritto punitivo provveda poi anche a un’effettiva persecuzione e sanzione di determinati delitti. F. VIGANÒ, *op. cit.*, p. 434 ss., 452 ss.

<sup>64</sup> Cfr. per es. l’evoluzione ondivaga della giurisprudenza italiana sulla “gelosia”, fra rilievo aggravante e attenuante, indicata da A. MELCHIONDA, *Omicidio e assoluzione «per gelosia». Dai motivi aggravanti, alle psicopatie invalidanti, nel focus delle «impugnazioni mediatriche»*, in *Arch. pen.*, 2021/1, 1, p. 4 ss.

Le garanzie in rilievo sono principalmente le seguenti:

- (1) il principio di *eguaglianza formale* (cioè l'impianto *gender-neutral* del diritto penale classico): riguardo alle fattispecie, autonome o circostanziali, volte a sanzionare più gravemente atti commessi da determinate classi di agenti e/o nei confronti di certe categorie di vittime;
- (2) il principio di *offensività*: quanto al maggior disvalore oggettivo delle condotte spinte da motivi discriminatori;
- (3) il principio di *colpevolezza*: “a monte”, circa il maggior disvalore soggettivo assegnabile ai motivi a cui sia giuridicamente attribuito un significato etico-sociale negativo (ovvero, l'equazione: *motivo abietto = maggior colpevolezza = aumento proporzionale della pena*); “a valle”, rispetto alla presunzione, in base a massime di esperienza e indicatori circostanziali tipici, del motivo discriminatorio (eventualmente) rilevante.

Il rilievo riconosciuto a queste garanzie, strettamente correlate tra loro sul piano della definizione dello statuto costituzionale del diritto penale, va valutato anche alla luce del senso o delle funzioni della pena (retributiva o preventiva-comunicativa, riparativa, o puramente simbolica) idonea a giustificare il ricorso al diritto penale<sup>65</sup>.

### 6.3.1. *Quali i limiti della discriminazione punitiva ragionevole?*

Riguardo al principio di *eguaglianza formale*, l'interrogativo che si pone è se consentire o meno di ricorrere a forme punitive di *discriminazione positiva* (o *alla rovescia*): è legittimo prevedere regimi differenziati o diseguali, in ragione delle disuguaglianze “strutturali” (sociologiche, *generali*) che si intendono superare per mezzo della pena (diretta a sanzionare *responsabilità individuali*)? È corretto – e, se sì, fino a che punto – sostenere che alcune discriminazioni sarebbero così «presenti e radicate nella società da giustificare un trattamento differenziato in ambito penale»<sup>66</sup>?

<sup>65</sup> In argomento, L. GOISIS, *op. cit.*, spec. p. 181 ss., esplicita nel rigettare il (mero) simbolismo punitivo.

<sup>66</sup> E. CORN, *Un nuevo tipo penal de femicidio en un nuevo Código Penal para Chile*, in *Rev. Der. (Austral)*, vol. XXVIII, 1, 2015, p. 193, 212-213.

In tale prospettiva, da un lato, la condizione di fragilità o discriminazione sofferta dal gruppo di appartenenza della *vittima* potrebbe richiedere – e giustificare – una risposta sanzionatoria qualificata, cioè una reazione repressiva più severa (e una forma di tutela rafforzata: *ex ante*, se ne assume l'efficacia preventiva; *ex post*, in via meramente simbolica-comunicativa)<sup>67</sup>; dall'altro – profilo più problematico –, la categoria generale a cui è ascritto l'agente potrebbe essere ritenuta idonea a circoscrivere un *tipo di autore*.

A queste due questioni, attinenti all'equilibrio fra la dimensione materiale e quella formale dell'eguaglianza in materia penale, corrispondono in effetti diversi modelli di diritto penale antidiscriminatorio. Schematicamente: (i) quello rappresentato dalle aggravanti per motivi discriminatori, rispetto alle quali la tutela rafforzata si rivolge a certe *categorie di vittime*, a prescindere dal soggetto attivo; (ii) quello in cui l'aumento di pena è associato a una fotografia criminologica qualificata anche dalla *classe dell'autore* (per es., in alcune configurazioni del “femminicidio” come fattispecie autonoma).

Contro un modello punitivo che discrimini il *tipo di autore* legittimandosi sul terreno dell'eguaglianza sostanziale si potrebbe ricordare che, in un sistema basato sulla libertà personale come valore preminente, la mera percezione sociale del disvalore morale di un fatto alla luce di *chi* lo commette (di una sua caratteristica qualificante, eventualmente rilevante sul piano criminologico) non dovrebbe consentire di tracciare discriminazioni legittime<sup>68</sup>. Le percosse subite da una donna dovrebbero essere altrettanto gravi sia che provengano dal suo compagno che dalla sua compagna.

Chi sostiene strategie punitive “positivamente discriminatorie” ritiene invece di poter sacrificare la neutralità del diritto penale classico, distinguendo anche fra tipi criminologici di autore. Inasprire le pene nei confronti dei «delinquenti per tendenza» risponderebbe all'esigenza di riequilibrare per mezzo della pena rapporti strutturalmente diseguali, rendendo più visibili fenomeni particolarmente intollerabili. In que-

---

<sup>67</sup> In argomento, di nuovo le riflessioni di E. DOLCINI, *op. cit.*, p. 24 ss.

<sup>68</sup> P. CASTILLO MONTT, *Problemas dogmáticos y político-criminales del tratamiento penal del femicidio en Chile*, in *Actual. Jur.*, 41, 2020, p. 167, 174.



st'ottica, quindi, le percosse del compagno sarebbero più riprovevoli in quanto espressioni di violenza di genere.

Vista la questione in questi termini, lo scenario della discussione sui limiti del legittimo esercizio del potere punitivo cambia: l'interrogativo che si pone, infatti, non è più come coniugare esigenze di tutela rafforzata con le inamovibili garanzie classiche, ma fino a che punto l'eguaglianza sostanziale, declinata sul piano della lotta alla discriminazione, possa consentire di giustificare eccezioni funzionali – di scopo – ai principi liberali.

### 6.3.2. *Agire per “motivi abietti” rende necessariamente più colpevoli?*

La disciplina del *femminicidio*, che esamineremo tra poco, mostra una certa tendenza ad avallare una sostanziale presunzione del *motivo discriminatorio* associato all'inasprimento della pena (*infra*, § 7.2). Tuttavia, a monte del problema probatorio è già discutibile – per quanto, come noto, non rappresenti una novità sul piano del diritto positivo – la sottintesa equazione concettuale secondo cui: *motivo abietto* (per es., un *motivo discriminatorio*) = *maggior colpevolezza* = *aggravamento della pena*<sup>69</sup>.

Secondo autorevole dottrina, il fondamento della possibilità di attribuire rilievo aggravante ai motivi ai quali sia *giuridicamente* attribuito un valore *etico-sociale* negativo – luogo del sistema in cui si coglie il «rapporto di implicazione» tra morale e diritto penale<sup>70</sup> – starebbe nella concezione normativa della colpevolezza, idonea, in quanto tale, a consentire una *graduazione* della rimproverabilità in base a parametri ge-

---

<sup>69</sup> In argomento, in senso tendenzialmente favorevole, P. VENEZIANI, *op. cit.*, spec. p. 114 ss.

<sup>70</sup> P. VENEZIANI, *op. cit.*, p. 166 ss., sulla rilevanza giuridica, attenuante o aggravante, attribuita al *valore etico-sociale dei motivi*: esempio paradigmatico, l'aggravante per aver agito «per motivi abietti o futili» (art. 61, n. 1, c.p. it.), non altrimenti disciplinati (cfr. l'attuale art. 604-ter c.p.), che vengono in gioco nei *bias-motivated crimes*, nonché l'art. 133, co. 2, n. 1, c.p. it., che in materia di commisurazione della pena include tra i fattori da cui desumere la «capacità a delinquere del colpevole» anche i suoi «motivi a delinquere».

neralizzanti calati nel contesto dell'azione<sup>71</sup>. Al riguardo, si ripropone l'esempio di Frank (le appropriazioni indebite del cassiere – mosso da motivi futili – e del portavalori – mosso da motivi socialmente comprensibili), per rammentare la ragione dogmatica per cui la colpevolezza connotata da motivi *lato sensu* “abietti” potrebbe essere ritenuta comparativamente più grave; e cioè la *stessa ragione* che consente di attribuire rilevanza in senso inverso, attenuante o scusante, alle c.d. «circostanze concomitanti» idonee a rendere meno esigibile o inesigibile la condotta alternativa lecita (per es., le circostanze economiche avverse che *motivano* il portavalori a commettere il reato; mentre il cassiere, in buona posizione ma dedito a svaghi costosi, non aveva *buoni motivi* per agire illecitamente).

La sostenibilità di questo ragionamento può essere però approfondita ed eventualmente contestata. Dietro l'apparente forza “motivante” dei fattori contestuali ai quali ci si riferisce generalmente, in quanto idonei a generare una «pressione» e quindi un «processo motivazionale quale dato psichico effettivo»<sup>72</sup>, si scorge un elemento di disvalore normativo assimilabile a una “colpa” aggiuntiva rispetto al dolo che copre la condotta tipica: nel caso di quel cassiere, questa “colpa” risiederebbe

---

<sup>71</sup> Cfr. P. VENEZIANI, *op. cit.*, p. 187 ss., spec. 194 ss., 198 ss. (con particolare riferimento alle circostanze attenuanti e aggravanti), 204 ss., in profondità, sulla ritenuta idoneità della colpevolezza normativa a consentire una *valorizzazione dei motivi* – a cui è giuridicamente attribuito valore etico-sociale – sul piano del *quantum* della responsabilità (e quindi della pena). Circa la possibilità di valorizzare, sul piano della colpevolezza, i *motivi dell'azione* e le circostanze in cui essa si realizza, adottando sulla relazione fra l'individuo e le aspettative valide *erga omnes* una prospettiva di tipo dinamico e valutativo, nella manualistica, G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2019, p. 336-337; con specifico riguardo ai motivi discriminatori, G. FORNASARI, J.L. GUZMÁN, *op. cit.*, p. 213, 218-220, 223-224 («la motivazione tocca il problema principale della colpevolezza» ed è pertanto «criterio imprescindibile per stabilirne il grado»), E. DOLCINI, *op. cit.*, p. 33 ss., con specifico riferimento ai «motivi fondati sull'omofobia o la transfobia», per il quale dovrebbe ritenersi del tutto pacifico il valore aggravante di determinate componenti soggettive (come *ex art.* 61, n. 1, c.p. it.).

<sup>72</sup> P. VENEZIANI, *op. cit.*, p. 206, 303 ss.; l'A. si sofferma proprio sul rapporto fra il *motivo* – quale «ragione per agire» («ciò che spinge ad agire» in un certo modo) – e la componente volontaristica del *dolo*, di cui il primo costituirebbero la base. Sul principio di inesigibilità, per tutti, G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Padova, 1990.

nel *non aver agito come ci si potrebbe attendere dal cassiere-modello*, dato che per *uno come lui*, nella *sua situazione*, sarebbe stato più facile, *date le circostanze*, resistere alla tentazione di appropriarsi indebitamente del denaro posseduto; era *maggiorante motivabile dalla norma penale*, gli era quindi *più esigibile agire correttamente*<sup>73</sup>.

*Mutatis mutandis*, il rilievo aggravante dei motivi abietti si baserebbe, (i) oltre che sul disvalore etico-sociale degli stessi, (ii) sulla possibilità di vincerli e di determinarsi in base a motivi alternativi: in fondo, la classica *possibilità di agire altrimenti*, di farsi motivare dal diritto, una spiegazione dogmatica discussa proprio sul piano *stricto sensu* morale – del nucleo della “moralità” che poggia sulla libertà individuale –, in ragione dell’impossibilità logica di renderci davvero responsabili (colpevoli) per *chi siamo*<sup>74</sup>.

---

<sup>73</sup> V. lo stesso P. VENEZIANI, *op. cit.*, p. 157 ss., sul giudizio di *maggior rimproverabilità* che si effettua mediante un confronto dei dati psichici motivazionali «con la (*astratta motivabilità*) di un agente-modello, ossia valutando come si sarebbe motivato un agente modello «calato» nella situazione in cui si è venuto a trovare l’agente concreto, traendone conseguenze (...) che attengono – per il tramite della graduazione della colpevolezza – alla graduazione della pena (...)». Puntualizza quindi l’A., *ivi*, p. 208, che «la “normale motivazione” non è (...) da intendere alla stregua di un dato psichico-fattuale: appartiene alla sfera più propriamente normativa (...), richiama una figura di agente standardizzata, che diviene utile per valutare la concreta motivazione (dato psichico effettivo) dell’autore»; «(...) per stabilire cioè (...) se sarebbe stata possibile una motivazione normale» (inoltre *ivi*, p. 270 ss., sulle scusanti in generale). Cfr. altresì, nella giurisprudenza cilena, la sent. *Corte de Apelaciones de La Serena*, del 31 maggio 2016, commentata da J.P. MAÑALICH, *¿Arrebato y obcecación pasionalmente considerados como atenuante por un femicidio frustrado?*, in *Rev. Ciencias Penales*, vol. XLIII, 4, 2016, 302, la quale, nel riprendere la dottrina sulla circostanza attenuante degli stati d’ira (*ex art. 11, n. 5, C.p.*), si riferisce espressamente a una valutazione che poggia su di un parametro oggettivo di agente (v., al riguardo, ulteriori annotazioni, *infra*, nt. 102-103). In generale, sul tenore *generalizzante* della «inesigibilità», quale categoria di giudizio riferita a un parametro *oggettivo* ma *contestualizzato* (quindi *concreto*, non *personale*), A. PERIN, *Prudenza, dovere di conoscenza e colpa penale. Proposta per un metodo di giudizio*, Napoli, 2020, p. 341 ss. Sulle ipotesi miste dolo-colpa, l’indagine di M.L. MATTHEUDAKIS, *op. cit.*, *passim*.

<sup>74</sup> Su questa discussione, enorme, v. per es. la posizione radicale di G. STRAWSON, *The impossibility of moral responsibility*, in *Philos. Studies*, vol. 75, 12, 1994, p. 5, intesa a negare la possibilità logica di accettare un’idea di volontà “libera” in quanto sospesa in una specie di vuoto eziologico. L’impossibilità della responsabilità morale

La questione, di enorme portata, andrebbe approfondita ulteriormente ma, nell'economia della presente riflessione, basti aver evidenziato il rischio di confondere *completamente* la colpevolezza *per il fatto* con quella *d'autore*, specie qualora si tratti di «circostanze personalistiche» che riguardano l'agente, pur in rapporto al fatto realizzato, quale quella dei «motivi abietti o futili»<sup>75</sup>.

### 6.3.3. *L'atto discriminatorio è più offensivo?*

Qualora non trovi un fondamento convincente sul piano della colpevolezza, il *quid pluris* sanzionatorio potrebbe riflettere proporzional-

---

deriva dall'impossibilità per ciascuno di essere *causa sui*, di determinare la propria identità e pertanto il proprio modo di agire. L'argomento riprende idee già espresse fra gli altri da Nietzsche e Schopenhauer e trova del "compatibilismo" un modo di coniugarsi con il principio di responsabilità personale. Cfr. J.P. MAÑALICH R., *Determinismo, autonomía y responsabilidad penal*, in U. KINDHÄUSER, J.P. MAÑALICH (a cura di), *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*, Montevideo-Buenos Aires, 2011, 181, p. 190 ss.; M. DONINI, *Responsabilità e pena da Kant a Nietzsche. La decostruzione del rimprovero*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, vol. 63, 4, 2020, p. 1699; A. PERIN, *Prudenza, dovere di conoscenza e colpa penale*, cit., p. 374 ss., anche nell'ottica della «sorte morale» (*moral luck*); F. COPPOLA, *The Emotional Brain and the Guilty Mind. Novel Paradigms of Culpability and Punishment*, Oxford-New York-Dublin, 2021, p. 14 ss.; E. DEMETRIO CRESPO, «*Compatibilismo umanista*»: una proposta per conciliare le neuroscienze e il diritto penale, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, vol. 65, 2, 2022, p. 645.

<sup>75</sup> P. VENEZIANI, *op. cit.*, p. 201 ss., riconosce che la normativizzazione della colpevolezza (intesa quindi come un *quid* che tende sempre più a trasferirsi «dalla testa dell'autore del fatto nella testa di chi è chiamato a giudicarlo», citando l'efficace passo di E.H. Rosenfeld inteso a raffigurare il carattere *valutativo* della colpevolezza) può «prestarsi a manipolazioni ideologiche o a strumentalizzazioni illiberali, forme di colpevolezza d'autore e di non troppo vaga coloritura eticizzante» (*ivi*, p. 158, 169 ss.). Cfr. L. D'AMICO, *op. cit.*, p. 32 ss., in termini problematici anche riguardo ad alcune letture giurisprudenziali. Nella dottrina cilena, critico (o in attesa di un argomento convincente) rispetto alla possibilità di stabilire un nesso fra *motivi riprovevoli e maggior colpevolezza*, per il rischio di cadere in un diritto penale d'autore, H. HERNÁNDEZ, *Discriminación y Derecho Penal*, cit., p. 160-161. Nel contesto angloamericano, per visioni opposte, cfr. per es. A. DILLOF, *op. cit.*, p. 1017 ss., 1063 ss., 1081, nel contestare che il "motivo" possa rilevare sul piano di una più grave *mens rea*; D. KAHAN, *Two liberal fallacies in the hate crimes debate*, in *Law and Philosophy*, vol. 20, 2001, p. 175, 182-183.

mente il maggior disvalore oggettivo dell'atto discriminatorio sul terreno dell'offensività. Da questo punto di vista, però, la difficoltà maggiore sta nel giustificare perché un fatto che lede lo *stesso bene giuridico* (la vita umana) e nella stessa misura (eventualmente, del tutto) debba essere considerato più grave in considerazione del motivo qualificante.

Anche qualora il motivo discriminatorio fosse oggetto di un accertamento rigoroso (*infra* § 7.2), la difficoltà concettuale persisterebbe attesa la lettura superindividuale, sostenuta in materia di *bias crimes*, secondo la quale l'aggravamento della pena sarebbe legittimo a due condizioni: (i) l'appartenenza della vittima a un gruppo discriminato e socialmente percepito come tale; (ii) l'idoneità del fatto a provocare, negli altri membri di quel medesimo gruppo, o nell'intera società, il fondato timore di cadere vittime dello stesso delitto o analoghe forme di violenza, oltre alla maggior incidenza negativa, in termini emotivi e psicologici, sia nel singolo che nel gruppo discriminato<sup>76</sup>.

La difficoltà concettuale risiede nella differenza radicale fra la logica criminologica e quella penalistica, cioè fra rilevazioni generalizzanti e accertamenti particolari e individualizzanti. Insomma: fra fenomeni e casi; fra statistica e responsabilità personale.

A rigore, volendo che quella dannosità superindividuale o qualificata si rifletta in un *quid pluris* sanzionatorio, il proporzionale elemento di offensività – un disvalore aggiuntivo di evento o di pericolo concreto – dovrebbe rilevare quale elemento di tipicità ed essere accertato in relazione al fatto singolo<sup>77</sup>.

Tuttavia, le fattispecie autonome o circostanziali discriminatorie, come è stato osservato a proposito dell'aggravante generale di cui all'art. 12, n. 21, C.p. (*supra*) – e lo stesso vale, come stiamo per vedere, per la disciplina del femminicidio – generalmente non concedono molto spazio alla suddetta interpretazione, dando invece «rilievo soltanto a ciò

<sup>76</sup> Con ampi riferimenti, L. GOISIS, *op. cit.*, p. 150 ss., 171 ss., 186 ss.

<sup>77</sup> Secondo L. GOISIS, *op. cit.*, p. 186, invece, «non si può dubitare» che i crimini d'odio «comportino una maggior dannosità, oltre a un maggior grado di colpevolezza dell'autore, in ragione del motivo d'odio che lo ispira»; così come «coerente» risulterebbe la «valorizzazione della dannosità sociale di tali crimini, che la dottrina criminologica ha mostrato, così da rendere giustificato un trattamento sanzionatorio aggravato rispetto ai crimini ordinari».

che avrebbe [presumibilmente] motivato il soggetto che ha commesso il reato» e non anche a un ulteriore elemento di offensività<sup>78</sup>.

Anche per questo, è stato rilevato che un profilo di ulteriore lesività – oltre all’offesa, eventualmente di massimo grado, arrecata alla vittima – andrebbe eventualmente ricollegato a beni o interessi superindividuali: all’*eguaglianza* in quanto tale, all’*ordine pubblico* o alla *morale pubblica*<sup>79</sup>, in tendenziale antitesi, comunque, con un ideale punitivo che voglia essere il più liberale possibile<sup>80</sup>.

### 7. Il “femminicidio” nel diritto penale cileno

Invocare il valore garantista dei principi risulterebbe utile soltanto a ricalcare il perimetro di una concezione, ideologicamente connotata come qualunque altra, del diritto punitivo: per l’appunto, quella “liberale”.

Volendo però dialogare anche con chi, da destra e da sinistra, quel paradigma ideologico intende mettere in discussione – ricalibrando l’intervento punitivo su azioni penali positive e accettando, talvolta, scorcioie in punto di colpevolezza (*infra*, § 7.2) –, occorre ragionare anche sul piano degli effetti. Si tratta cioè di chiedersi se una politica-criminale post-liberale sia davvero utile a servire (quantomeno) gli obiettivi che si propone di perseguire, o se, invece, tra gli altri strumenti disponibili, il diritto penale si confermi tra i meno idonei, come già rilevato in altre esperienze, a fronteggiare come *prima ratio* i fenomeni discriminatori<sup>81</sup>.

Sotto questo profilo, quella secondo cui «l’aumento delle pene non ha – spesso – effetti dissuasivi è un’idea abbastanza diffusa»<sup>82</sup>. Peraltro,

<sup>78</sup> H. HERNÁNDEZ, *Discriminación y Derecho Penal*, cit., p. 160 ss.

<sup>79</sup> Di nuovo H. HERNÁNDEZ, *Discriminación y Derecho Penal*, cit., p. 165.

<sup>80</sup> Sull’allontanamento dal paradigma liberale quando si tratti di beni sopraindividuali, A. CAVALIERE, *op. cit.*; già H.L.A. HART, *Social Solidarity and the Enforcement of Morality*, in *The U. Chicago L. Rev.*, vol. 35, 1, 1967, p. 1, 2 ss., sull’antiliberalismo dell’imposizione/promozione della “morale pubblica” per mezzo del potere punitivo.

<sup>81</sup> Sull’esperienza degli Stati Uniti, C. LEWIS, *op. cit.*, p. 65 ss., 109 ss.

<sup>82</sup> Nella dottrina cilena, P. CASTILLO MONTT, *op. cit.*, p. 180-181; D. GONZÁLEZ, *El delito de parricidio: consideraciones críticas sobre sus últimas reformas*, in *Polít. crim.*, vol. 10, 19, 2015, p. 192, 224 ss.

nel campo del contrasto alla discriminazione e alla violenza di genere «l'argomento sembra rafforzato», visto che, generalmente, «l'autore del reato non è a conoscenza di tale aggravamento» e, soprattutto, anche se «ne è consapevole, è improbabile che serva a frenare le macchinazioni criminali di chi ha raggiunto il parossismo»<sup>83</sup>.

Tuttavia, la considerazione di alcuni modelli di disciplina consente di rilevare non solo la loro sostanziale inefficacia sul piano preventivo, ma anche una certa incoerenza rispetto ai fini simbolico-comunicativi che vi sarebbero sottesi.

Andiamo a soffermarci sul caso del «femminicidio», così come attualmente disciplinato nel diritto penale cileno, quale esempio paradigmatico della tendenza qui messa in discussione.

### 7.1. Riduzionismo antropologico e tassonomia criminologica

Il delitto di *femicidio* fu introdotto nel C.p. dalla Legge 20.480 del 2010, prodotto del crescente impatto dei movimenti femministi in America Latina. Si trattava inizialmente di un'ipotesi particolare di *parricidio* (art. 390, C.p.) qualificata dalla circostanza che la vittima fosse moglie/coniuge o convivente attuale o anteriore dell'aggressore. Si prevedeva pertanto un *femicidio íntimo*, punito alla stregua di un *parricidio* e richiedente, sotto il profilo della colpevolezza, un *quid pluris* dato dalla consapevolezza nel femmicida dei suoi rapporti con la vittima<sup>84</sup>.

La configurazione della fattispecie cambia in forza della Legge 21.212 del 2020 (c.d. *Ley Gabriela*)<sup>85</sup> e consente oggi di distinguere al-

<sup>83</sup> D. GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 226.

<sup>84</sup> Cfr. M.E. SANTIBÁÑEZ, T. VARGAS, *Reflexiones en torno a las modificaciones para sancionar el femicidio y otras reformas relacionadas (Ley N° 20.480)*, in *Revista Chil. Der.*, vol. 38, 1, 2011, p. 193; D. GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 198 ss.

<sup>85</sup> Sulla disciplina attuale in materia, anche per ulteriori profili, cfr. M.E. SANTIBÁÑEZ, J.T. HUMUD, *La faz subjetiva del tipo de femicidio íntimo*, in C. SCHEECHLER (a cura di), *El delito de femicidio en la legislación chilena*, Santiago de Chile, 2021, p. 129, 130 ss.; J.P. MATUS, M.C. RAMÍREZ, *Manual. Parte especial*, cit., p. 82 ss.; E. CORN, *Una revolución «típica». La reforma del delito de Femicidio en Chile por la Ley No 21.212*, in *Rev. Ciencias Penales*, vol. XLVIII, 2, 2022, p. 57 ss.; J. CONTESSE, *¿Un nuevo derecho penal de autor? Reflexiones sobre la tipificación del femicidio en el Código Penal Chileno*, in *Enfoques Penales*, 2022/1, p. 1, 2 ss.

l'art. 390-*bis*, C.p., il c.d. *femicidio íntimo*<sup>86</sup> e, all'art. 390-*ter*, il c.d. *femicidio no íntimo* (sanzionato meno gravemente del precedente, come la fattispecie dell'*homicidio calificado*)<sup>87</sup>.

La fattispecie che interessa esaminare è quella del *femicidio no íntimo*, il cui *ulteriore disvalore* – virtualmente, rispetto all'omicidio – è dato, non già dalle precedenti relazioni fra aggressore e vittima, bensì dal *motivo* sottostante l'atto di violenza: la *razón de género* (il «motivo di genere»).

Volgendo quindi all'analisi del 390-*ter*, C.p., si coglie anzitutto la prospettiva *binaria* assunta dal legislatore (questo vale, come rileveremo in seguito, anche per il 390-*bis*, C.p.).

In base a un'interpretazione letterale, che non consideri ulteriori chiavi di lettura, ciò che circoscrive la fattispecie è la *categoría sessuale* di appartenenza del soggetto attivo e della vittima. Tale elemento fattuale riflette la sottostante diagnosi criminologica, inquadrata dalla

---

<sup>86</sup> Art. 390-*bis*. - «El hombre que matare a una mujer que es o ha sido su cónyuge o conviviente, o con quien tiene o ha tenido un hijo en común, será sancionado con la pena de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado.

La misma pena se impondrá al hombre que matare a una mujer en razón de tener o haber tenido con ella una relación de pareja de carácter sentimental o sexual sin convivencia».

<sup>87</sup> Art. 390-*ter*. - «El hombre que matare a una mujer en razón de su género será sancionado con la pena de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo.

Se considerará que existe razón de género cuando la muerte se produzca en alguna de las siguientes circunstancias:

1.- Ser consecuencia de la negativa a establecer con el autor una relación de carácter sentimental o sexual.

2.- Ser consecuencia de que la víctima ejerza o haya ejercido la prostitución, u otra ocupación u oficio de carácter sexual.

3.- Haberse cometido el delito tras haber ejercido contra la víctima cualquier forma de violencia sexual, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 372 bis.

4.- Haberse realizado con motivo de la orientación sexual, identidad de género o expresión de género de la víctima.

5.- Haberse cometido en cualquier tipo de situación en la que se den circunstancias de manifiesta subordinación por las relaciones desiguales de poder entre el agresor y la víctima, o motivada por una evidente intención de discriminación».



fattispecie, secondo cui gli uomini tendono a commettere atti di violenza di genere<sup>88</sup>.

Questa prima lettura viene parzialmente emendata da chi, pur sostenendo che per «uomo» (*hombre*) si intenderebbe «maschio» (*varón*), senza ulteriori sfumature, ritiene tuttavia che il termine «donna» (*mujer*) andrebbe inteso nel senso di ricomprendere «non solo chi biologicamente ha genitali e caratteristiche genetiche e fisiche associate al sesso femminile, ma anche chi si consideri tale d'accordo alla propria identità di genere»<sup>89</sup>.

L'interpretazione "aperta", culturale e di genere del termine «donna» sarebbe coerente con una sensibilità che, giustamente, intenda promuovere il diritto di ciascuno a costruire, potendola rivolgere agli altri, la propria identità al di là degli stereotipi generalmente associati al sesso di nascita; inoltre, consentirebbe una maggior copertura della violenza machista.

Dubbi rilevanti emergono però di fronte all'eventualità di applicare la medesima prospettiva all'«uomo» quale soggetto attivo. Anche qui, le soluzioni prospettate sono due: (1) intendere quel termine come riferito al sesso come proprietà biologica, con il risultato di non dar alcun rilievo all'identità di genere di chi aggredisce; (2) interpretarlo come riferibile al genere<sup>90</sup>, cercando una soluzione che consenta di superare le categorizzazioni binarie *uomo/donna*, con la conseguenza, però, di adulterare lo scenario criminologico idealmente coperto dalla fattispecie, a discapito dell'obiettivo di colpire in maniera "scientificamente" selettiva un *tipo di autore* (l'uomo *machista*) e un *crimine di tendenza* (la violenza di genere).

---

<sup>88</sup> Cfr. le considerazioni di J.P. MAÑALICH, *Ontología sexual y derecho penal*, cit., p. 75 ss.; quanto all'attuale fattispecie, J. CONTESE, *op. cit.*

<sup>89</sup> I. SEPÚLVEDA, *Femicidio como un delito por razones de género en Chile*, in *Revista jurídica del ministerio público*, vol. 78, 2020, 88, p. 102.

<sup>90</sup> J.P. MATUS, M.C. RAMÍREZ, *Manual. Parte especial*, cit., p. 83 ss., argomentando in base alla Legge 21.120 del 2019, che riconosce a ciascuno il diritto di essere identificato anagraficamente secondo la propria identità di genere; cfr. J. CONTESE, *op. cit.*, p. 6. Potrebbe, dunque, l'autore di un delitto violento nei confronti di una donna sostenere di non riconoscersi nel genere maschile, anche a prescindere dalle formalità richieste da quella normativa?

Valga una soluzione o l'altra, l'esito sembra comunque problematico. Nel primo caso sorge spontaneo un interrogativo: riservare a una persona un trattamento di inferiorità (quale una pena più severa rispetto ad altri soggetti che agiscono allo stesso modo e mossi dagli stessi motivi) basato su di una *generalizzazione* (attesa *una sola caratteristica* fra le altre che compongono l'identità di ciascuno: il sesso di nascita) non è un esempio di ciò che si definisce “discriminante arbitrariamente”? Ripudiare la discriminazione arbitraria non dovrebbe significare, in fondo, liberarci da odiose precomprensioni<sup>91</sup>? Nel secondo caso, il senso della discriminazione selettiva ritagliata attorno al tipo di autore verrebbe chiaramente meno, per cui non stupisce che fra chi sostiene questo modello di criminalizzazione non vi sia accordo al riguardo.

## 7.2. Presunzioni di “quote” di colpevolezza e comprensione del fenomeno

Le perplessità suscitate da questa tassonomia potrebbero attenuarsi se la fattispecie inquadrata dall'art. 390-ter del C.p. rispecchiasse in maniera corretta la fotografia criminologica del “femminicidio” sotto il profilo del motivo discriminatorio, assolvendo così al suo compito dichiaratamente stigmatizzante<sup>92</sup>. Tuttavia, la tecnica normativa impiegata rischia di tradire ulteriormente quella medesima finalità.

Presunzioni di quote di colpevolezza – consentite dalla vigente Costituzione, che, come ricordato, non riconosce il *principio di personalità* della responsabilità penale (*supra*, § 4) – si avvertono laddove, invece che richiedere (i) la prova del motivo rilevante (la *razón de género*) e (ii) una relazione verificabile fra quell'elemento e il fatto tipico (in mo-

---

<sup>91</sup> Il sesso, peraltro, è uno dei fattori che segna gli esiti discriminatori a cui possono giungere le decisioni algoritmiche (basate su generalizzazioni) in materia di pericolosità sociale. Sul noto caso *Loomis*, v. per es. S. QUATTROCOLO, *Artificial Intelligence, Computational Modelling and Criminal Proceedings. A Framework for A European Legal Discussion*, Cham, 2020, p. 157 ss.

<sup>92</sup> Sulla fattispecie in commento, sottolinea questa finalità I. SEPÚLVEDA, *op. cit.*, p. 110-111; sul femminicidio in generale, P. LAURENZO, *op. cit.*, p. 121 ss.; sui *bias crimes*, per ampi riferimenti alla letteratura anglo-americana, L. GOISIS, *op. cit.*, p. 181-184, pur espressamente critica nei confronti del mero simbolismo punitivo.

do tale che il *motivo* sia la causa del *dolo* femminicida)<sup>93</sup>, il legislatore consente di desumere il motivo qualificante da determinate variabili circostanziali del fatto.

Sussiste la “ragione di genere”, si legge, quando l’uccisione è «conseguenza del fatto che la vittima eserciti o abbia esercitato la prostituzione, o altra occupazione o professione di carattere sessuale» (art. 390-ter, n. 2). Pur rappresentando correttamente una situazione tipica (empiricamente fondata) di violenza di genere, si avverte il rischio che una formulazione di questo tipo consenta al giudice di dedurre il carattere “femminicida” della condotta dalla mera constatazione del fatto che la vittima è una *sex worker*. Alla precedente lettura si potrebbe obiettare che questa “circostanza” non si riferirebbe soltanto all’attività della vittima, richiedendo invece la dimostrazione di un nesso diretto tra l’esercizio del lavoro sessuale e la sua uccisione (*premessa minore* del sillogismo la cui *premessa maggiore* è la “massima di esperienza” cristallizzata dalla norma – la circostanza – e la *conclusione*, in teoria, l’accertamento del motivo di genere). Tuttavia, questa interpretazione correttiva porta a riconoscere una lacuna sul piano della tecnica legislativa: un’occupazione (di natura sessuale o meno), intesa come circostanza fattuale, non può essere “causa” di una condotta violenta<sup>94</sup>, se non *mediante* una “precomprensione” del femminicida che assegni a *quella caratteristica* della vittima una scusa sufficiente per poter disporre arbitrariamente della sua libertà, della sua integrità e della sua vita. L’integrazione interpretativa porta, di nuovo, all’esigenza di dimostrare/inferire la ragione discriminatoria dell’atto tipico.

Pertanto, qualora si concordi circa la necessità di richiedere che il disprezzo per la vittima, in ragione del suo collettivo di appartenenza, sia il motivo della violenza, si dovrebbe altresì ritenere necessario l’accertamento del corrispondente elemento soggettivo o, quantomeno, di

<sup>93</sup> V. sul punto, centrale sotto il profilo dogmatico, *supra*, nt. 69 a 73.

<sup>94</sup> Per critiche analoghe nei confronti del *femicidio íntimo* (art. 390-bis, C.p.), M.E. SANTIBÁÑEZ, J.T. HUMUD, *op. cit.*, p. 137: «Cosa significa che un uomo uccide la sua ex compagna in ragione o per essere stata sua compagna? La vaghezza dell’espressione, se intesa a essere applicata nel suo significato scontato, porterà probabilmente a uno dei due estremi che devono essere evitati: l’arbitrio del giudice o un concetto vuoto». Di diverso parere, J.P. MATUS, M.C. RAMÍREZ, *Manual. Parte especial*, cit., p. 84.

indizi circostanziali riferibili al suo atteggiamento; comunque sia, oltre la mera constatazione della caratteristica della vittima. Insomma, il fatto di chi uccide una *sex worker* non dovrebbe essere ritenuto *per ciò solo* «femminicidio»<sup>95</sup>.

La lettura correttiva, che suggerisce di accertare/inferire la *razón de género*, oltre il ragionamento puramente presuntivo (la sussunzione automatica del caso a una “massima di esperienza”), risulta più agevole sul terreno della circostanza indicata dall’art. 390-ter, n. 4, C.p., ai sensi del quale si dovrà ritenere sussistente il motivo d’odio qualora la morte venga provocata in ragione «dell’orientamento sessuale, dell’identità di genere o dell’espressione di genere della vittima». Anche questa circostanza, idonea a inquadrare una fattispecie tipica – ma generalissima – di violenza di genere, richiederà l’accertamento o l’inferenza del motivo discriminatorio nel caso concreto. Diversamente, salvo si intenda per forza sostenere – come pure è stato fatto – che la disposizione in esame consentirebbe di stabilire che «l’uomo che uccide (...) una donna trans» commette *per ciò solo* un femminicidio<sup>96</sup>, la soluzione aggravante legata al *nomen iuris* verrebbe a essere condizionata soltanto dalla categoria di appartenenza della vittima e dall’identità del suo aggressore.

Tuttavia, anche questi sforzi interpretativi appaiono vanificati dal (discutibile) tenore dell’art. 390-ter, n. 5, per il quale sussiste comunque il motivo aggravante se il fatto è commesso in «*qualsiasi tipo di situazione* in cui si verificano circostanze di manifesta subordinazione per i *rapporti diseguali di potere tra aggressore e vittima*, o motivata da un’evidente intenzione di discriminazione»<sup>97</sup>. Trattandosi di una «clausola generale», idonea a «riflettere la portata» dell’intera fattispecie<sup>98</sup>, basterebbe allora, come è stato ribadito, assumere come «elemen-

---

<sup>95</sup> Analogamente, J.P. MATUS, M.C. RAMÍREZ, *Manual. Parte especial*, cit., p. 86; in generale, già P. LAURENZO, *op. cit.*, p. 130: «Il femminicidio non può essere definito semplicemente come l’uccisione violenta di una donna per mano di un uomo. Il sesso dell’autore non segna il limite del concetto perché il fattore determinante non è chi provoca la morte ma perché».

<sup>96</sup> I. SEPÚLVEDA, *op. cit.*, p. 106.

<sup>97</sup> Corsivo aggiunto.

<sup>98</sup> J.P. MATUS, M.C. RAMÍREZ, *Manual. Parte especial*, cit., p. 85.

to normativo culturale» che i rapporti tra uomo e donna sono strutturalmente e invariabilmente diseguali<sup>99</sup>.

Di nuovo, questa conclusione ci riporta al terreno presuntivo, dove il carattere personale della responsabilità viene chiaramente meno – limitatamente, sia ben chiaro, alla quota di aumento di pena rispetto all’omicidio –, assieme alla prova del *quid pluris* motivazionale qualificante la fattispecie aggravata<sup>100</sup>. In questo modo, però, ciò che spiega l’aumento di pena è soltanto l’identità dell’agente (il maschio/uomo) e quella della vittima (la donna)<sup>101</sup>.

Del resto, rilevanti questioni in punto di colpevolezza si pongono anche di fronte all’art. 390-*quinquies*, che vieta al giudice, *iuris et de iure*, di applicare la circostanza attenuante dell’art. 11, n. 5, C.p. – la c.d. “attenuante passionale”<sup>102</sup> – a qualunque ipotesi di femminicidio.

---

<sup>99</sup> Così, I. SEPÚLVEDA, *op. cit.*, p. 104, 110. Cfr. E. CORN, *Una revolución «típica»*, *cit.*, p. 69 ss. Criticamente, M.E. SANTIBÁÑEZ, J.T. HUMUD, *op. cit.*, p. 134; sullo sfondo «ideologico» di questa rappresentazione dei rapporti uomo/donna, J. CONTESSE, *op. cit.*, p. 7. In definitiva, il risultato interpretativo consentito dal n. 5 dell’art. 390-*ter* C.p. è analogo a quello sotteso alle proposte parlamentari che definivano il femminicidio come l’atto di «colui il quale uccide una donna *per il solo fatto di esserlo*», cioè come atto di violenza contro la donna «in quanto donna»; proposte che, talvolta, avevano almeno il pregio di abbandonare il riduzionismo antropologico *maschio/femmina* della disciplina vigente: v. quella presentata dalle deputate Karol Cariola, Loreto Carvajal, Ximena Ossandón, Camila Vallejo e Gael Yeomans, nella *Historia de la Ley 21.212*. Cfr. le considerazioni di P. LAURENZO, *op. cit.*, p. 119 ss.; L. GOISIS, *op. cit.*, p. 341 e 451, rilevando come questa definizione, pur mostrando la sua valenza sul terreno storico e politico, sia «incapace di indicare con precisione al giurista i confini della tutela da apprestare», ciò che spiega l’indeterminatezza delle soluzioni escogitate anche in quelle esperienze in cui (come quella cilena) la violenza di genere o la ragione di genere vengono concretizzate ricorrendo a esemplificazioni casistiche della fattispecie; specialmente qualora la fattispecie includa le violenze di genere al di fuori dell’ambito di affezione (per es., il femminicidio “non intimo” in esame).

<sup>100</sup> Che la «ragione di genere» non possa essere intesa come motivo effettivo è inevitabile secondo J. CONTESSE, *op. cit.*, p. 8. Peraltro, come visto, anche disponendo della prova del motivo, non è pacifico che esso mostri un maggior grado di colpevolezza (*supra*).

<sup>101</sup> Rilievi critici analoghi in M. POLAINO-ORTS, *op. cit.*, p. 22 ss.

<sup>102</sup> Data dall’agire «por estímulos tan poderosos que naturalmente hayan producido arrebató y obcecación»: attenuante generalmente riconducibile a *stati d’ira* che comportino una perdita dell’autocontrollo – *arrebato* – e un offuscamento della ragione –

La *ratio* di questa disposizione, del tutto condivisibile, è chiaramente quella di evitare “quote di impunità” dovute a riduzioni di pena fondate su concezioni culturalmente proscritte, cioè a *pregiudizi di genere* che condizionino in maniera inaccettabile la decisione del giudice (che, per es., assegni valore attenuante alla “gelosia” – non patologica – provocata dall’infedeltà della vittima)<sup>103</sup>.

Compresa e senz’altro condivisa la ragione della norma, va però osservato che la tecnica presuntiva, che associa *inevitabilmente* al fatto violento una motivazione *lato sensu* misogina, in quanto tale rigida e insensibile alla peculiarità del caso concreto, rischia di comportare un ulteriore sacrificio in punto di colpevolezza (sempre atteso il principio di proporzionalità della pena).

La soluzione è problematica posto che risulta applicabile indistintamente a tutte le ipotesi di cui all’art. 390-ter, C.p.; cioè, come visto, anche laddove il legislatore consente all’interprete di presumere la «ra-

---

*obcecación* –, tali da ridurre la capacità dell’individuo di autodeterminarsi d’accordo al diritto. Cfr. A. ALVARADO, *Arrebato u obcecación*, in M. GONZÁLEZ (a cura di), *Circunstancias atenuantes y agravantes en el Código penal chileno*, Santiago de Chile, 2020, p. 73 ss.; J.P. CASTILLO MORALES, *Problemas dogmáticos y vacíos metodológicos del artículo 390 quinquies del código penal. Propuestas de corrección interpretativa*, in C. SCHEECHLER (a cura di), *El delito de femicidio en la legislación chilena*, Santiago de Chile, 2021, p. 341 ss. e la nt. successiva.

<sup>103</sup> A commento critico della sentenza della *Corte de Apelaciones de La Serena*, del 31 maggio 2016, che, prima della riforma del 2020, applica, per la ragione esemplificata nel testo, l’attenuante di cui alla nt. precedente a un caso di *femicidio íntimo* tentato, J.P. MAÑALICH, *¿Arrebato y obcecación pasionalmente considerados como atenuante por un femicidio frustrado?*, cit., p. 306, 310-313, evidenziando, in particolare, la controversa (ma allora corretta, *de lege lata*) assunzione, da parte della Corte, della generale irrilevanza della «qualità normativa o etica» dei motivi che determinano lo stato “passionale”, l’ira. La perplessità si comprende ora in considerazione del fatto che ciò che qualifica il “crimine d’odio” è proprio il rilievo giuridicamente attribuito a un motivo eticamente (s)qualificato, ragion per cui si era mostrata, in una prospettiva *de lege ferenda*, l’incompatibilità dell’attenuante con la *ratio* aggravante del femminicidio (incompatibilità riflessa nella configurazione attuale della disciplina). Sul terreno contiguo dei reati contro la libertà sessuale, cfr., in Italia, il chiaro commento critico di E. BIAGGIONI (2022), che, rispetto a un caso di stupro, evidenzia l’assunzione, da parte del giudice, di “massime di esperienza” riconducibili a pregiudizi culturali che assegnano valore disculpante per l’aggressore a presunte “colpe” della vittima.

gione di genere» su base circostanziale (bastino “massime di esperienza”). *De iure condito*, quindi, essa può comportare anche una violazione del *principio di eguaglianza sostanziale*, imponendo di trattare *allo stesso modo* casi che – ancorché l’autore del fatto sia un uomo (?) e la vittima una donna – possono essere *sensibilmente diversi fra loro*<sup>104</sup>.

Diversamente, qualora il motivo di genere fosse oggetto di sicuro e specifico accertamento (fatte salve le riserve teoriche, brevemente esposte, circa la maggior rimproverabilità dei motivi *lato sensu* abietti), la incompatibilità radicale tra una circostanza che attribuisca valore attenuante all’ira provocata da un *bias di genere* e l’aggravante del femminicidio come *bias crime*... sarebbe evidentemente indubbia<sup>105</sup>.

Attesa la tecnica normativa impiegata, però, oltre a comportare discutibili arretramenti sul piano dei principi – cedimenti che possono riverberarsi sull’intero sistema penale, come sempre, a sfavore degli strati sociali più deboli –, questa disciplina rischia di disattendere uno

---

<sup>104</sup> J.P. CASTILLO MORALES, *Problemas dogmáticos y vacíos metodológicos del artículo 390 quinquies*, cit., p. 341 ss., il quale propone un caso di possibile femminicidio (“intimo”, ex art. 390-bis, C.p.) commesso dal marito nei confronti della moglie, nel quale l’applicazione della circostanza in esame – vietata dall’art. 390-quinquies – potrebbe, a giudizio dell’A., essere ragionevole. L’esempio riguarda una coppia anziana, priva di adeguato sostegno (familiare, sociale o statale): lei gravemente malata, lui la accudisce da anni; una notte, dopo l’ennesimo episodio in cui lei, a causa della malattia, lo aggredisce verbalmente e fisicamente, lui, trovandosi con lei nel bagno per aiutarla a lavarsi, colto da improvvisa rabbia e impotenza, la annega nella vasca. Il caso, avverte l’A., serve a mostrare che «la gelosia non è l’unica emozione che può spiegare l’uccisione di una donna da parte del suo partner»; pertanto, l’automatismo stabilito dal legislatore può portare all’irragionevolezza e all’iniquità della soluzione (anche al di là della violazione del principio di colpevolezza). In senso critico, già J.P. CASTILLO MORALES, C. NAVIA, *Emociones y motivos: prueba de la efectividad de un enfoque interdisciplinario para los casos de violencia de género*, in A. PERIN (a cura di), *Imputación penal y culpabilidad*, Valencia, 2020, p. 437, 452 ss., 461. Osserva A. ALVARADO, *op. cit.*, p. 73 ss., che l’obiettivo di «impedire l’applicazione di questa attenuante in modo generale, per tutti i casi di violenza contro le donne», potrebbe essere perseguito anzitutto incentivando un cambiamento culturale nel giudicante, «senza rischiare una possibile violazione del principio di colpevolezza o di eguaglianza davanti alla legge» (cfr. le indicazioni dell’art. 8, Convenzione di *Belém do Pará*).

<sup>105</sup> In questo senso, ancora J.P. MAÑALICH, *¿Arrebato y obcecación pasionalmente considerados como atenuante por un femicidio frustrado?*, cit., p. 306 ss. e *supra*, nt. 103.

degli scopi dichiarati della politica-criminale di cui è espressione, cioè quella “simbolico-comunicativa” volta a sensibilizzare e stigmatizzare la violenza di genere. Se la «ragione di genere» che qualifica il femminicidio “non intimo” non viene accertata, chiaramente, misurazione (giudiziaria e statistica) e comprensione (sociale) risulteranno alterate.

### 7.3. Codificazione di stereotipi e discriminazioni arbitrarie indirette

Tra le implicazioni paradossali di questa tecnica legislativa si devono annoverare anche le inevitabili discriminazioni “indirette” nei confronti di altre categorie discriminate, o perfino alle stesse categorie di vittime, qualora cambi il sesso/genere del soggetto attivo, ma il motivo discriminatorio qualificante *presumibilmente* persista. Ciò vale anche con riguardo alla fattispecie di *femicidio “intimo”* (art. 390-bis, C.p.), che esclude la possibilità di punire come autrice di femminicidio «una donna che uccide un’altra donna che è o è stata sua convivente, o che ha avuto con lei una relazione sentimentale o sessuale senza convivenza»<sup>106</sup>.

Questo quadro normativo costituisce un rafforzamento della «eteronormatività», poiché, sul piano simbolico, promette una tutela rafforzata della vita, sotto quel titolo di reato, soltanto alle donne che mantengono (anche) relazioni eterosessuali<sup>107</sup>.

Attesa la logica positivamente discriminatoria sottesa al reato di cui si tratta, lo stesso (presunto) obbligo di criminalizzazione<sup>108</sup> dovrebbe portare a prevedere altre, molteplici e potenzialmente infinite fattispecie qualificate, a seconda delle classi di vittime vulnerabili (o generalmente discriminate: certe categorie di migranti, lavoratori sfruttati, identità di

---

<sup>106</sup> Lo rileva M.I. HORVITZ, *Mujeres y derecho penal (Estudio introductorio)*, in T. VARGAS PINTO, L. MAYER LUX (a cura di), *Mujeres en las ciencias penales*, Santiago de Chile, 2020; ciò che quindi contrasta con l’idea secondo cui anche una donna può commettere un femminicidio: P. LAURENZO, *op. cit.*, p. 130 ss.

<sup>107</sup> Cfr. J.P. MAÑALICH, *Ontología sexual y derecho penal*, cit., p. 93.

<sup>108</sup> Dietro al quale, come visto, si celerebbe un’esigenza preponderante di eguaglianza sostanziale: in questo senso – qui contestato –, ha scritto I. SEPÚLVEDA, *op. cit.*, p. 98, «se lo Stato non adotta tali misure, si potrebbe ritenere che stia discriminando le donne in modo indiretto, poiché queste situazioni disuguali richiedono un trattamento diverso».



genere, popoli originari etc.) e di autori-pericolosi o di tendenza che si desidera standardizzare e stigmatizzare in chiave comunicativa.

Le conseguenze inevitabilmente paradossali – paradossalmente discriminatorie – di questa tecnica simbolico-punitiva sono peraltro già state messe in luce, anche in altre esperienze<sup>109</sup>.

Ad ogni modo, ferma l'applicabilità della circostanza aggravante di cui all'art. 12, n. 21, C.p.<sup>110</sup>, va chiarito che, *stricto sensu*, in casi simili, qualora non si disponesse di *bias crimes*, non vi sarebbe davvero impunità, data l'applicabilità delle comuni fattispecie di reato contro l'integrità, la vita etc.<sup>111</sup>. Questo, per quanto ovvio, merita di essere ricalcato perché si scontra con quanto ripetutamente sostenuto – mostrando un atteggiamento demagogico bipartisan che non sorprende quando si tratta di rafforzare il potere repressivo – nel corso del dibattito parlamentare che ha portato all'approvazione della disciplina attuale del *femicidio* (la già richiamata *Ley Gabriela*)<sup>112</sup>.

D'altra parte, a proposito dei pregiudizi di genere che troppo spesso hanno portato all'applicazione di attenuanti o scusanti "passionali"<sup>113</sup>,

---

<sup>109</sup> Nell'esperienza spagnola, M. POLAINO-ORTS, *op. cit.*, p. 29 ss. In Cile, H. HERNÁNDEZ, *Discriminación y Derecho Penal*, cit., p. 162, osserva che l'applicazione della circostanza aggravante per motivi discriminatori (art. 12, n. 21, C.p.) potrebbe comportare l'effetto paradossale di punire più gravemente, per es., il *comunero mapuche* (l'appartenente a quel popolo originario) che provochi un incendio a danno un *non-mapuche* (per es., un cileno bianco), per motivi di odio etnico o razziale. Negli Stati Uniti, C. LEWIS, *op. cit.*, p. 81 ss., rileva che gli autori di *hate crimes* violenti sono, in molti casi, soggetti discutibilmente imputabili (e anche questo, come rilevato, è un piano sul quale dovrebbe assumere rilievo l'eguaglianza sostanziale).

<sup>110</sup> *Supra*, nt. 10.

<sup>111</sup> Lo sottolinea, a proposito del femminicidio, anche F. MALDONADO, *op. cit.*, p. 157, nt. 17.

<sup>112</sup> Prima dell'ultima riforma, sull'atteggiamento demagogico del legislatore in questa materia, D. GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 223.

<sup>113</sup> Attenuanti ereditate dal diritto penale «patriarcale» che, per es., contemplava l'uxoricidio per adulterio, cioè una giustificazione giuridicamente riconosciuta affinché il marito "oltraggiato" per l'infedeltà della moglie potesse ucciderla (eventualmente insieme al suo complice): recentemente, su questo paradigma penale e altri esempi, M.I. HORVITZ, *op. cit.*; A. MELCHIONDA, *Omicidio e assoluzione «per gelosia»*, cit., p. 6, nel ricordare che in Italia solo nel 1981 è stata cancellata la fattispecie che riconosceva valenza attenuante all'omicidio e alle lesioni personali commessi per «causa d'ono-

simili quote di impunità potrebbero essere evitate disciplinando con più precisione le circostanze potenzialmente coinvolte e le loro condizioni di applicabilità, invece che ricorrendo a presunzioni. Il problema non risiede, in questo caso, nell'inapplicabilità dell'attenuante di cui all'art. 11, n. 5, C.p., al "femminicidio passionale" (soluzione sicuramente corretta in molti casi, ma non necessariamente in tutti)<sup>114</sup>, ma nella legittimazione della logica presuntiva – che, in quanto tale, disprezza la *diversità del particolare...* – in termini di colpevolezza e determinate (proporzionale) della pena. Oltre ai casi in cui il carattere "passionale" dell'atto può invece rivelare un «vizio di mente»<sup>115</sup>, possono darsi vicende altrettanto drammatiche in cui le condizioni di disperazione e di abbandono in cui il fatto si verifica sono così estreme da far dubitare, oltre che della sussistenza effettiva di un "motivo di genere", anche di un grado rilevante di esigibilità penale<sup>116</sup>.

### 8. Rilievi conclusivi

L'attuale disciplina del delitto di femminicidio "non intimo" prevista dal C.p. cileno mostra una preoccupante tendenza a ripiegare su forme di intervento punitivo ostili alla cultura delle garanzie. Questa

---

re». Cfr. P. VENEZIANI, *op. cit.*, p. 308 ss., sull'art. 90 c.p. it., quanto all'idoneità delle emozioni, in alcuni casi particolari, a escludere/ridurre la *imputabilità* o la *inesigibilità*.

<sup>114</sup> Per le ragioni esposte *supra*, § 7.2.

<sup>115</sup> Cfr. il caso del marito che, pur avendo ucciso la moglie, è stato assolto per un «vizio di mente» – provocato dalla «gelosia delirante», contemplata dal DSM-V e ritenuto idoneo, nel caso concreto, a escluderne l'imputabilità (la «capacità di intendere e di volere» al momento del fatto, artt. 85 e 88 c.p. it.) –, salvo essere comunque giudicato "socialmente pericoloso" ai fini della misura di sicurezza: A. MELCHIONDA, *Omicidio e assoluzione «per gelosia»*, cit.; in Cile, cfr. R. SÁNCHEZ PÉREZ, *op. cit.*, p. 467 ss. e J.P. CASTILLO MORALES, *Legítima defensa, trastorno mental transitorio y violencia contra la mujer*, cit., rispetto al caso opposto, sul rilievo che potrebbe assumere la c.d. *Battered Woman Syndrome*, fra assenza di imputabilità e attenuante *ex art.* 11, n. 5, C.p.

<sup>116</sup> V. ancora l'esempio proposto da J.P. CASTILLO MORALES, *Problemas dogmáticos y vacíos metodológicos del artículo 390 quinquies*, cit. (*supra*, nt. 104); cfr. il dibattito sulle condizioni di non rimproverabilità della reazione contro il c.d. "tiranno domestico" (*supra*, nt. 23 e 115).

espressione del diritto antidiscriminatorio configura un “diritto penale del tipo d’autore” nel quale la *pericolosità* della categoria criminologica (più o meno) inquadrata dalla fattispecie rimpiazza in parte la *colpevolezza*<sup>117</sup>.

Il superamento dei limiti di legittimità dell’intervento punitivo non si avverte, naturalmente – meglio ribadirlo –, rispetto alla sanzione dell’atto che consiste nel provocare dolosamente la morte di un’altra persona, ma nell’inasprimento del regime sanzionatorio in ragione di un motivo desumibile su base circostanziale, attese “massime di esperienza”.

Come abbiamo visto, inoltre, la fattispecie esaminata (art. 390-ter, C.p.): (i) codifica identità binarie e relazioni sociali stereotipate, vanificando lo scopo di concorrere alla diffusione del messaggio emancipatorio (attestandone invece *ipso iure* la sconfitta) e all’affermazione della pari dignità di qualunque identità<sup>118</sup>; (ii) genera discriminazioni indirette arbitrarie, che si riflettono nel regime punitivo riservato a certe categorie (maschi/uomini) e nell’emarginazione “comunicativa” di altre identità discriminate (indeterminabili *a priori*); (iii) non consente una corretta comprensione sociale del fenomeno, favorendo nuovi pregiudizi culturali e cognitivi, che, benché di segno opposto a quelli che si intendono (giustamente) superare, non sono per ciò solo meno gravi e pericolosi (soprattutto se idonei, in un contesto proclive al fanatismo, a inculcare pervicaci precomprensioni nel giudicante).

In questo modo, oltre a non ottenere risultati rilevanti in termini di prevenzione, si creano le condizioni per la configurazione di sistemi

---

<sup>117</sup> Svolge riflessioni interlocutorie al riguardo J. CONTESSE, *op. cit.*, p. 7 ss. La sovrapposizione fra pericolosità e colpevolezza è, ad ogni modo, una tendenza evidente nel diritto penale contemporaneo: C.M. ROMEO CASABONA, *¿Crisis del binomio pena por la culpabilidad y medida de seguridad por la peligrosidad criminal?*, in A. PERIN (a cura di), *Imputación penal y culpabilidad*, Valencia, 2020, p. 23 ss.

<sup>118</sup> Con chiarezza, M.I. HORVITZ, *op. cit.*: «Sradicare la discriminazione richiede il progressivo insediamento di una cultura senza genere». «Certamente il diritto penale, quale strumento politico che costituisce e conferma attivamente identità per mezzo della pena, non sarà mai uno strumento idoneo a svolgere un ruolo determinante in una strategia emancipatrice di una nuova politica femminista»; inoltre, J. CONTESSE, *op. cit.*, secondo il quale il difetto principale della disciplina in questione non starebbe nella sua matrice punitivista, ma nel suo «carattere propriamente ironico: in quanto conquista femminista, essa è anche espressione del suo fallimento».

punitivi *più autoritari* che, come la storia ci ha mostrato più volte (in tempi recenti, anche nel corso del *estallido social* che ha sconvolto il Cile)<sup>119</sup>, finiscono con il rivelarsi più funzionali alla conservazione delle diseguglianze che al loro progressivo superamento<sup>120</sup>. E questo ci deve nuovamente far riflettere sull'assenza, nella proposta per una "nuova costituzione" scaturita dalle rivolte sociali del 2019, di qualunque riferimento a principi fondamentali quali l'offensività e la colpevolezza.

---

<sup>119</sup> Ci si riferisce non soltanto alle violenze perpetrate dalle forze dell'ordine nel corso delle proteste del 2019, ma anche alla strumentalizzazione in chiave repressiva dell'art. 318 C.p. durante la pandemia del 2020. Sulla vicenda, F. LONDOÑO, *¿Responsabilidad penal para los infractores de la cuarentena? Revisión crítica de los arts. 318 y 318 bis del Código Penal (nueva ley no. 21.240): más micro que macro...*, in *Crim. Just. Net.*, 2020, p. 1; ID., *El "efecto-cenicenta": la magia de una política de persecución penal contra ley expresa*, in C. SCHEECHLER (a cura di), *Delitos contra la vida, la salud individual y la salud pública: problemas clásicos en contextos modernos de crisis*, Valencia, 2022, p. 132 e ulteriori riferimenti nello stesso volume.

<sup>120</sup> Contro la pretesa di vedere nel diritto penale un alleato sulla via dell'emancipazione, E. ZAFFARONI, *El discurso feminista y el poder punitivo*, in H. BIRGIN (a cura di), *Las trampas del poder punitivo: el género del derecho penal*, Buenos Aires, 2000, 19, p. 28 ss. Si mostra come l'implementazione di sistemi penali autoritari risulti tradizionalmente funzionale alle ragioni del modello neoliberale. Il diritto penale autoritario risponde all'esigenza di modelli socioeconomici che abbisognano di sistemi illiberali proprio per governare società diseguali. Su questo legame fra neoliberismo e autoritarismo, anche G. FORNASARI, J.L. GUZMÁN, *op. cit.*, p. 202, nt. 78; E. VITALE, *op. cit.*, p. 313 ss.; C. LEWIS, *op. cit.*, dove si mostra come i *crimini d'odio* rappresentino tutte le contraddizioni dell'alleanza forzosa tra un diritto penale repressivo e le aspirazioni di emancipazione espresse dai movimenti per i diritti civili.

# BASI COSTITUZIONALI PER L'AZIONE E IL PROCESSO PENALE NEL CONTESTO DELLA NUOVA INIZIATIVA COSTITUZIONALE CILENA\*

*Sem Sandoval Reyes*

**SOMMARIO:** 1. *Introduzione.* 2. *L'opzione CPR 1980: un incarico al legislatore per "stabilire sempre le garanzie di una procedura e di un'indagine razionali ed eque".* 2.1. *L'opzione della Commissione di Studio della nuova costituzione nel 1975 (una lettura a partire dagli atti).* 2.2. *Che significa "racional y justo"? Quali sarebbero gli elementi propri di un procedimento e di una indagine "racionales y justos"?* 2.3. *Previsione di alcuni diritti e garanzie specifiche da parte della CPR 1980 che risultano rilevanti per il Diritto processuale penale.* 2.3.1. *Precetti in materia di funzione giurisdizionale rilevanti ai fini dei diritti e delle garanzie individuali della persona interessata da un procedimento penale.* 2.3.2. *Precetti costituzionali relativi al pubblico ministero e alla sua funzione nel procedimento penale.* 2.3.3. *Precetti costituzionali volti a rafforzare l'uguaglianza delle parti e la tutela giurisdizionale nel processo penale.* 2.3.4. *Precetti costituzionali rilevanti per la configurazione di misure coercitive.* 3. *L'opzione della Proposta di CPR 2022: il riconoscimento dettagliato di diritti e garanzie costituzionali.* 3.1. *Concretizzazioni della tutela giurisdizionale effettiva e/o del giusto processo in materia processuale penale.* 3.2. *Diritti e garanzie specifiche per la persecuzione penale.* 3.2.1. *Garanzie per il procedimento di indagine penale.* 3.2.2. *Misure cautelari, misure coercitive ed esecuzione penale.* 3.3. *Altre disposizioni costituzionali rilevanti nel processo penale.* 4. *Analisi delle differenze tra CPR 1980 e Proposta di CPR 2022.* 4.1. *Questioni relative alla giurisdizione e altri aspetti tipici di carattere generale rilevanti per il processo penale.* 4.2. *Il problema della struttura*

---

\* Questo documento è il risultato del seminario "Costituzione e diritto penale in Cile", tenutosi l'8 e il 9 dicembre 2022 presso il Centro di studi di diritto penale e procedura penale latinoamericano (Cedpal), nella città di Gottinga, in Germania. Il seminario è stato diretto dal Prof. Dr. Dr. h.c. Kai Ambos e dal Prof. Dr. Dr. h.c. José Luis Guzmán Dalbora. L'Autore è grato per tutti i commenti dei Direttori del Seminario, dei partecipanti al Seminario e di persone speciali, a cui si riconoscono note particolari per il loro aiuto nel migliorare questo lavoro. Una nota speciale di ringraziamento per l'editing di questo lavoro è dedicata anche al mio assistente studente Héctor Carús Bahamondes. Gli errori sono esclusivamente dell'Autore. Traduzione dall'originale spagnolo di Emanuele Corn.

*accusatoria del procedimento. 4.3. Misure processuali contro la libertà personale: il dilemma del “pericolo per la sicurezza della società” e la presunzione di innocenza. 4.4. Diritti e garanzie relativi all’azione penale stabiliti specificamente nella Costituzione: da riprodurre, fatta salva una clausola generale sulla tutela giudiziaria e il giusto processo. 5. Conclusioni e proposte.*

## 1. Introduzione

La questione centrale di questa ricerca è il problema delle basi costituzionali dell’azione penale e del processo nella Costituzione. In particolare, l’obiettivo è quello di determinare come questi temi siano regolati nel testo della Costituzione Politica della Repubblica (CPR) del 1980 e nella Proposta di CPR del 2022, al fine di trarne elementi che possano contribuire al lavoro di una nuova iniziativa costituzionale nel processo costituente cileno. La prima sezione è dedicata alla questione delle basi costituzionali dell’azione penale e del processo nella CPR 1980. La seconda sezione si riferisce allo stesso argomento, ma nella Proposta di CPR 2022. Infine, la terza sezione fornisce un’analisi critica di entrambi i testi costituzionali, cercando di individuare elementi replicabili e miglioramenti per un nuovo testo costituzionale.

## 2. L’opzione CPR 1980: un incarico al legislatore per “stabilire sempre le garanzie di una procedura e di un’indagine razionali ed eque”

La norma più importante in materia di diritti e garanzie delle persone in relazione all’azione penale e al procedimento penale nella CPR 1980 è contenuta nell’art. 19 n. 3 inc. 6°, seconda parte. Ad oggi, essa può essere letta in due dimensioni. Da un lato, viene solitamente considerata come la norma che incarna il diritto al giusto processo in Cile<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> F. GORIGOITÍA ABBOTT, *La tutela judicial y el debido proceso: reflexiones con miras a una nueva Constitución*, in J. BASSA MERCADO, J.C. FERRADA BÓRQUEZ, C. VIERA ÁLVAREZ (a cura di), *La Constitución que queremos*, Santiago, 2019, 195; A. BORDALÍ SALAMANCA, *Primera parte. Cuestiones Preliminares*, in A. BORDALÍ SALAMANCA, G. CORTEZ MATCOVICH, D. PALOMO VÉLEZ (a cura di), *Proceso Civil. El Juicio Ordinario de Mayor Cuantía, Procedimiento Sumario y Tutela Cautelar. 2ª Edición*, Santia-

Dall'altro lato, però, la norma incarica espressamente il legislatore di “stabilire sempre le garanzie di una procedura e di un'indagine razionale ed equa”<sup>2</sup>.

### 2.1. *L'opzione della Commissione di Studio della nuova costituzione nel 1975 (una lettura a partire dagli atti)*<sup>3</sup>

Uno dei dilemmi più importanti emersi nella discussione su questo diritto fondamentale all'interno della Commissione per lo Studio della nuova costituzione (d'ora in poi CENC 1975) è stato quello di decidere come farsi carico, a livello costituzionale, degli standard minimi relativi al processo giurisdizionale<sup>4</sup>. Le alternative, qui rappresentate sotto for-

---

go, 2014, 30-33; A. BORDALÍ SALAMANCA, *Los derechos fundamentales relacionados con la actividad jurisdiccional del Estado: tutela judicial efectiva y debido proceso*, in F. MUÑOZ LEÓN, V. PONCE DE LEÓN SOLÍS (a cura di), *Conceptos Para una Nueva Constitución*, Santiago, 2020, 290; A. BORDALÍ SALAMANCA, *Análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la tutela judicial*, in *Revista Chilena de Derecho*, 2011, 320; J. LÓPEZ MASLE, *Debido proceso en Chile: Hacia un principio generador de reglas*, in A. BORDALÍ SALAMANCA (a cura di), *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Santiago, 2002, 181 ss. In quest'ultimo caso e in una lettura basata sul diritto comparato, si sostiene che il giusto processo assolverebbe a una funzione di integrazione dei diritti fondamentali e a un'altra di generazione di regole del processo penale, con risultati critici applicando entrambe le gradazioni al Cile.

<sup>2</sup> Approfondimenti in materia si possono incontrare in J. CEA EGAÑA, *Derecho Constitucional chileno*, II ed., tomo II, Santiago, 2012, 165 ss.; E. EVANS DE LA CUADRA, *Los Derechos fundamentales. 3ª Edición*, tomo II, Santiago, 2004, 139 ss.; A. VIVANCO MARTÍNEZ, *Curso de Derecho Constitucional*, tomo II, Santiago, 2004, 319-321.

<sup>3</sup> In Cile, Andrés Bordalí lavora su questo tema da molti anni. Tra i vari metodi, ha utilizzato anche gli atti della CENC. Il suo lavoro ha certamente ispirato e motivato questa sezione a consultare la fonte diretta del fenomeno. Tuttavia, si è cercato di leggere i verbali nel modo più indipendente possibile. Si veda il lavoro di A. BORDALÍ SALAMANCA, *Los derechos fundamentales relacionados con la actividad jurisdiccional del Estado: tutela judicial efectiva y debido proceso*, cit., 279 ss.

<sup>4</sup> Il dibattito principale su questa disposizione nella CENC avvenne nel corso delle sessioni 101<sup>a</sup> (9 gennaio 1975) e 103<sup>a</sup> (16 gennaio 1975). Si veda: *Actas oficiales de la Comisión Constituyente, República de Chile*, Sessioni 101<sup>a</sup>, 102<sup>a</sup> e 103<sup>a</sup>, reperibile in [www.obtienearchivo.bcn.cl](http://www.obtienearchivo.bcn.cl), 501 ss. e, rispettivamente, 539 ss.

ma di antipodi, erano: A) optare per un'etichetta normativa che tentasse di delineare i parametri di un processo equo in modo generale, lasciando al legislatore il compito di regolamentarlo concretamente; B) all'estremo opposto, realizzare una regolamentazione concreta di diritti e garanzie specifiche da applicare a tutti i procedimenti giurisdizionali della Costituzione<sup>5</sup>.

La bilancia pendeva a favore della creazione di una clausola generale orientata al giusto processo con l'aggiunta di un riferimento al legislatore. Anche se non sono menzionati singolarmente, il legislatore deve regolare i procedimenti giurisdizionali, stabilendo sempre le garanzie di una procedura *razionale ed equa*. Con i suddetti limiti, è stato concesso un ampio margine affinché, sia a livello legale che giurisprudenziale, si possano stabilire i requisiti minimi di giustizia richiesti da un processo giurisdizionale<sup>6</sup>.

L'obiettivo centrale era stabilire un controllo sugli abusi del legislatore. Ciò è stato affermato nella 101<sup>a</sup> sessione della CENC 1975<sup>7</sup>. L'ex art. 11 CPR 1925, secondo il quale “nessuno può essere condannato se non è stato processato *legalmente* (...)", fu considerato insufficiente.

<sup>5</sup> Queste opzioni erano alla base delle proposte di regolamentazione presentate alla commissione dai membri Enrique Evans de la Cuadra (che sosteneva l'opzione della clausola generale nella Costituzione con riferimento al legislatore: “spetta al legislatore stabilire sempre le garanzie di un processo razionale e giusto”) e Alejandro Silva Bascuñán (che sosteneva l'alternativa di una regolamentazione specifica di alcuni diritti e garanzie nella Costituzione: “Nessuno può essere processato se non in virtù di una legge emanata prima dell'evento a cui si riferisce il processo e di una procedura preventiva che consenta una conoscenza tempestiva dell'azione, una difesa adeguata e la produzione delle prove corrispondenti”). Su questo punto e sulla discussione che ha generato l'una o l'altra opzione, fatte salve le alternative di compromesso, si veda *Actas oficiales de la Comisión Constituyente*, Sessione 103<sup>a</sup>, 541 ss., 551-562.

<sup>6</sup> In relazione con la formulazione del precetto costituzionale in analisi, Evans ha riconosciuto che: “...consegna alla giurisprudenza qualcosa che può essere trattato dal costituente, ma preferisce che sia così e che calibri, misuri, ponderi quello che è un processo giusto e razionale con il passare del tempo e delle generazioni, piuttosto che creare una norma rigida che può sbagliare per eccesso o per omissione”. *Actas oficiales de la Comisión Constituyente*, Sessione 103<sup>a</sup>, 553.

<sup>7</sup> *Actas oficiales de la Comisión Constituyente*, Sessione 101<sup>a</sup>, 506-509.

<sup>8</sup> Il corsivo è stato aggiunto dall'autore. Il precetto, nella versione originale della CPR 1925, recitava: “Nessuno può essere condannato se non è processato legalmente e



Sebbene sia stata discussa la possibilità di utilizzare un'espressione equivalente al *due process of law*<sup>9</sup>, è stata preferita una nomenclatura diversa. In questo modo si è cercato di evitare la seguente critica da parte di un Commissario: che tale percorso potrebbe portare sia i teorici che gli operatori del settore, al fine di determinare il contenuto di questo diritto in Cile, ad essere costretti a ricorrere all'evoluzione del concetto secondo la dottrina e la giurisprudenza anglo-americana. La loro inclinazione, al contrario, era rivolta a trovare la formulazione migliore affinché fosse evidente a tutti che “esistono alcune garanzie minime razionali in un processo”. Queste dovevano essere stabilite sulla base della particolare natura delle diverse forme di azione penale<sup>10</sup>.

Questo punto di vista ha finito per prevalere. Per questo motivo, si decise infine di stabilire che il legislatore dovesse sempre determinare le garanzie di un processo *racional y justo*. Anni dopo, nel quadro della riforma della procedura penale, vennero utilizzati i termini “...un procedimento e un'indagine razionali ed equi”<sup>11</sup>. Da quel momento in poi, la specifica garanzia ha abbracciato anche la fase di indagine penale.

---

in virtù di una legge emanata prima del fatto su cui si basa il processo” (art. 11) (*Constitución Política de la República de Chile*, promulgata il 18 settembre del 1925, Edizione ufficiale, Santiago, 1925).

<sup>9</sup> Vale a dire, che il dovere del legislatore è stabilire sempre le garanzie del giusto processo.

<sup>10</sup> Le osservazioni critiche sono state espresse dal commissario Enrique Evans de la Cuadra. Dai verbali non risulta che ciò abbia generato grandi resistenze da parte degli altri commissari (è stato espressamente accolto con favore da Silva Bascuñán, che vedeva una possibile confusione se si fosse utilizzata l'etichetta anglosassone), rivelando, al contrario, che il suggerimento del professor Bernales di utilizzare un'etichetta come “justo proceso” fu immediatamente apprezzato dalla maggioranza della CENC. Infatti, il suggerimento di Bernales è stato immediatamente integrato da Evans de la Cuadra, per stabilire che il processo avrebbe dovuto essere “equo o razionale”. Tutto indica che, al di là del problema delle parole, la preoccupazione centrale dell'organo collegiale era quella di trovare una formula adeguata ed efficace per la pratica, che assicurasse che il procedimento si svolgesse nel rispetto delle garanzie procedurali fondamentali. *Actas oficiales de la Comisión Constituyente*, Sessione 101ª, 511, 516, 517.

<sup>11</sup> La Ley 19.519 de 16 de septiembre de 1997 crea il Ministerio Público, art. único n. 1.

## 2.2. Che significa “racional y justo”? Quali sarebbero gli elementi propri di un procedimento e di una indagine “rationales y justos”?

Un problema dell’opzione costituente del 1980 è che il possibile contenuto del procedimento e dell’indagine “rationales y justos” non è autoevidente. Ciò è peggiorato dal fatto che la stessa CPR 1980 non ha aggiunto al testo costituzionale alcun riferimento esplicito per guidare l’interprete. Alla fine, è stata la giurisprudenza a cercare di affrontare il problema di quali elementi compongano una “racional y justo procedimiento”. Si tratta della giurisprudenza del *Tribunal constitucional* cileno (di seguito TC) e della Corte suprema (di seguito CS). Sebbene concordino sui punti essenziali, non sono del tutto uniformi nelle loro concezioni. Nel caso del TC<sup>12</sup>, sia nei casi di diritto penale<sup>13</sup> che in quelli di diritto civile<sup>14</sup>, vi è coincidenza attorno agli stessi elementi. Essi sono qui esposti in base ai seguenti criteri: A) In relazione al momento dell’iniziativa processuale e/o dell’esercizio del diritto al contraddittorio: il diritto di azione; la citazione e la tempestiva conoscenza dell’azione della controparte; la possibilità di un’adeguata difesa e la tutela degli avvocati. B) In relazione alle prove: la possibilità di produrre prove in conformità alla legge e l’esame e la contestazione delle prove. C) In relazione ad alcune garanzie procedurali e processuali in senso stretto

---

<sup>12</sup> La giurisprudenza è il risultato di sentenze emesse attraverso l’esercizio di un meccanismo di controllo di costituzionalità chiamato “ingiunzione di inapplicabilità per incostituzionalità” (*requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad*). Il lettore straniero può intendere questo meccanismo come una richiesta di controllo della costituzionalità di alcune norme che hanno rilevanza diretta per la decisione di specifiche questioni giudiziarie che si stanno trattando davanti a un tribunale cileno. Per maggiori dettagli, si veda l’art. 93 inc. 1° n. 6 e l’inc. 11 CPR 1980.

<sup>13</sup> Sentencia Tribunal Constitucional de Chile (STC), 3649-2019 (motivación 17ª); STC 4533-2018 (motivación 5ª); STC 4972-2018 (motivación 5ª); STC 4379-2019 (motivación 5ª); STC 5121-2018 (motivación 13ª); STC 3309-2017 (motivación 28ª); STC 2983-2016 (motivación 4ª y 5ª); STC 2657-2014 (motivación 12ª); STC 1718-2010 (motivación 7ª); STC 699-2006 (motivación 9ª); STC 478-2016 (motivación 14ª).

<sup>14</sup> STC 2133-2011 (motivación 17ª); STC 2111-2011 (motivación 22ª); STC 1968-2011 (motivación 40ª); STC 1812 (1816-1817)-2010 (motivación 46ª); STC 1876-2010 (motivación 20ª); STC 1838-2010 (motivación 11ª); STC 1557-2009 (motivación 25ª); STC 1307-2009 (motivación 22ª); STC 1448-2009 (motivación 40ª); STC 576-2006 (motivación 43ª).

che rafforzano il diritto di difesa: la parità delle parti, la pubblicità degli atti giurisdizionali e la bilateralità dell'udienza. D) In relazione al diritto d'appello: il diritto di presentare ricorso per la revisione delle sentenze emesse dai tribunali di grado inferiore.

Nella giurisprudenza recente<sup>15</sup> della CS relativa a casi penali<sup>16</sup> spesso si adotta un approccio come il seguente: “(...) si è detto che il giusto processo è costituito almeno da un insieme di garanzie che (...) assicurano che ognuno possa far valere le proprie pretese in tribunale, che sia ascoltato, che possa proporre reclamo quando non è soddisfatto, che le procedure stabilite dalla legge siano rispettate e che le sentenze siano debitamente motivate e fondate”. Nella giurisprudenza precedente dello stesso tribunale sono indicati i seguenti elementi<sup>17</sup>. A) da un punto di vista organico: il diritto di essere giudicati da un tribunale indipendente e imparziale; il diritto di essere giudicati dal giudice naturale; la tutela dell'interesse pubblico esclusivamente nelle mani del pubblico ministero, che comprenderebbe l'esclusiva e la escludente promozione dell'azione penale e l'onere di provare la colpevolezza dell'imputato. Quest'ultimo va di pari passo con il riconoscimento della presunzione di innocenza. B) Per quanto riguarda la procedura, riconosce: il diritto dell'accusato di essere informato sul contenuto delle accuse a suo carico e sui retroscena che le accompagnano; il diritto di fare le dichiarazioni e le affermazioni che ritiene opportune e di intervenire nel procedimento. C) Per quanto riguarda il procedimento penale in senso stretto: il diritto di controllare e confutare le prove a carico; di provare i fatti invocati; il

---

<sup>15</sup> Sentencia Corte Suprema de Chile (SCS) rol 87.296-2021 (motivación 3ª); SCS rol 17.676-2022 (motivación 6ª); SCS rol 90.951-2021 (motivación 4ª); SCS rol 9509-2022 (motivación 4ª); SCS rol 4865-2022 (motivación 4ª); SCS rol 7876-2022 (motivación 6ª).

<sup>16</sup> Le sentenze sono state pronunciate nel contesto del ricorso di annullamento previsto dal CPP. Per il lettore italiano: la Corte suprema è competente a conoscere e risolvere il ricorso di annullamento “quando in qualsiasi fase del procedimento o nella pronuncia della sentenza sono stati sostanzialmente violati diritti o garanzie garantiti dalla Costituzione o da trattati internazionali ratificati dal Cile e ora in vigore” (artt. 372 lett. a), 376 inc. 1º CPP).

<sup>17</sup> SCS rol 17.271-2013 (motivación 4ª); SCS rol 17.125-2013 (motivación 7ª); SCS rol 5922-2012 (motivación 5ª y 7ª); SCS rol 4954 (motivación 7ª); SCS rol 4909-2013 (motivación 4ª y 5ª).

divieto di essere puniti per motivi diversi da quelli contenuti nel capo di imputazione.

### *2.3. Previsione di alcuni diritti e garanzie specifiche da parte della CPR 1980 che risultano rilevanti per il Diritto processuale penale*

Il legislatore non poteva esimersi dal disciplinare specifici precetti costituzionali in materia di diritto processuale. Alcuni di essi, pur svolgendo un ruolo da un punto di vista strutturale od organico, hanno anche un duplice aspetto, in quanto fungono da tutele concrete per gli individui di fronte all'azione penale e al processo. Nei seguenti sottoparagrafi saranno discussi insieme a quelli che costituiscono i diritti e le garanzie processuali penali in quanto tali.

#### *2.3.1. Precetti in materia di funzione giurisdizionale rilevanti ai fini dei diritti e delle garanzie individuali della persona interessata da un procedimento penale*

All'art. 76 CPR si regola la giurisdizione, l'esclusività dell'esercizio della giurisdizione da parte degli organi giurisdizionali e la loro indipendenza esterna. Queste norme impediscono ad altri poteri dello Stato di interferire istituzionalmente nell'esercizio del potere giurisdizionale in materia penale. Nella stessa ottica, è sancita la garanzia del giudice naturale (art. 19 n. 3 inc. 5° CPR 1980). Il principio dell'inescusabilità degli organi giurisdizionali<sup>18</sup> è anch'esso di vitale importanza se visto come l'altro lato della medaglia rispetto al diritto di chiedere tutela giudiziaria contro eventuali azioni penali ingiuste. Lo stesso art. 76 inc. 1°, 2a parte CPR 1980, riconosce la *res judicata* che è legata alla garanzia del *ne bis in idem* o divieto di azioni penali multiple.

---

<sup>18</sup> In virtù di questa garanzia, i tribunali non possono esimersi dall'esercitare la potestà giurisdizionale quando il loro intervento è stato richiesto in modo legittimo e in materie di loro competenza (art. 76 inc. 2° CPR 1980).

### 2.3.2. *Precetti costituzionali relativi al pubblico ministero e alla sua funzione nel procedimento penale*

La disciplina costituzionale del pubblico ministero (di seguito PM o *Fiscalía*, indistintamente)<sup>19</sup> rivela un'opzione del processo penale che, conformemente al principio accusatorio<sup>20</sup>, separa le funzioni di accusa e giudizio. Questa struttura istituzionale mira a garantire l'imparzialità del giudice penale. In particolare, i precetti costituzionali sanciscono l'autonomia costituzionale della Procura e l'attribuzione di tre funzioni specifiche: la direzione dell'indagine penale secondo il principio di obiettività, l'esercizio dell'azione penale e la protezione delle vittime e dei testimoni (art. 83 inc. 1°, 1ª e 2ª parte CPR 1980)<sup>21</sup>.

### 2.3.3. *Precetti costituzionali volti a rafforzare l'uguaglianza delle parti e la tutela giurisdizionale nel processo penale*

La CPR 1980 sancisce l'uguale protezione della legge nell'esercizio dei propri diritti (art. 19 n. 3 inc. 1° CPP). Secondo alcuni, questa norma metterebbe al riparo la garanzia della tutela giudiziaria<sup>22</sup>. Ciò consentirebbe, ad esempio, di eliminare alcuni ostacoli che la vittima o altre parti del procedimento possono trovare al momento di esercitare l'azione penale riconosciuta dalla Costituzione (art. 83 sub. 1°, parte 1;

---

<sup>19</sup> Artt. 83-91 CPR 1980.

<sup>20</sup> Sul tema, si veda: J.B.J. MAIER, *Derecho procesal penal. 2ª Edición*, tomo I, Buenos Aires, 2004, 442-455. La CPR 1980, nello stesso, art. 83 inc. 1°, chiarisce che "la Fiscalía no puede ejercer en ningún caso funciones jurisdiccionales". J. MONTERO AROCA, *El principio acusatorio. Un intento de aclaración conceptual*, in *Justicia*, 1992, 775 ss.; M. ORTELLS RAMOS, *Principio acusatorio, poderes oficiales del juzgador y principio de contradicción. Una crítica de cambio jurisprudencial sobre correlación entre acusación y sentencia*, in *Justicia*, 1991, 775 ss.; J.M. ASENCIO MELLADO, *Principio acusatorio y derecho de defensa en el proceso penal*, Madrid, 1991; T. ARMENTA DEU, *Principio acusatorio y derecho penal*, Barcelona, 1995.

<sup>21</sup> In Cile, in realtà, l'esercizio dell'azione penale non è di esclusiva competenza del pubblico ministero. La disposizione citata stabilisce che: "...la vittima del reato e altre persone determinate dalla legge possono anche esercitare l'azione penale".

<sup>22</sup> Per tutti: A. BORDALÍ SALAMANCA, *Análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la tutela judicial*, cit., 314 y 329.

sub. 2° CPR)<sup>23</sup>. Per quanto riguarda l'assistenza e la difesa legale, il testo costituzionale menziona anche la garanzia del diritto alla difesa legale e la possibilità di avere supporto da un avvocato (art. 19 n. 3 inc. 2 CPR 1980). Nello stesso senso, si conferisce un mandato al legislatore nel senso di garantire l'assistenza e la difesa legale gratuita, sia agli imputati (che non possono rinunciare) sia alle persone fisiche vittime, nel caso in cui non siano in grado di provvedere autonomamente (art. 19 n. 3 inc. 3° e 4° CPR 1980).

#### *2.3.4. Precetti costituzionali rilevanti per la configurazione di misure coercitive*

In sostanza, si farà riferimento agli aspetti più discutibili di questa normativa nell'analisi critica e nel confronto con la Proposta CPR 2022, oggetto della terza sezione di questa ricerca. Per il momento, è sufficiente dire che il Cile ha un serio problema di rispetto della presunzione di innocenza, essendo uno dei Paesi la cui la legge fondamentale prevede il “pericolo per la sicurezza della società” come motivo di detenzione preventiva<sup>24</sup> (art. 19 n. 7 lett. e) CPR 1980).

In termini enunciativi, tuttavia, si osserva che la CPR 1980 contiene norme sulla detenzione, sulla custodia cautelare e su altre forme di privazione della libertà personale e inoltre su: (i) metodi vietati di acquisi-

---

<sup>23</sup> Si veda: G. CISTERNAS VELIS, *El Derecho penal y procesal penal en la reciente jurisprudencia constitucional de inaplicabilidad (2006-2010)*, in *Premio “Tribunal Constitucional” 2010-2011*, 2011, 137-156. Sul problema di includere nel diritto alla tutela giurisdizionale la possibilità di un'azione penale da parte della parte offesa, si veda: A. BORDALÍ SALAMANCA, *Análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la tutela judicial*, cit., 319, 324-326, 335. Per questo autore, il diritto alla tutela giurisdizionale non solo non sarebbe astratto, ma si tratterebbe piuttosto del diritto più indicato per tutelare diritti e interessi legittimi che si rivendicano come propri. Di conseguenza, la sua trasposizione ai procedimenti penali non sarebbe semplice. Di seguito, si accennerà a questa nozione, dando per assodata la sua applicabilità al contesto processuale penale cileno, senza entrare nel merito della questione, poiché ciò andrebbe oltre l'obiettivo di questo lavoro. Sono grato per le osservazioni del professor Claudio Meneses Pacheco.

<sup>24</sup> Per tutti, in relazione a questo specifico aspetto, M. HADWA ISSA, *La prisión preventiva y otras medidas cautelares personales. 3ª Edición*, Santiago, 2020, 119-147.

zione delle prove<sup>25</sup> (art. 19 n. 7 lett. f) CPR 1980); (ii) azione costituzionale per violazione della libertà personale e della sicurezza individuale<sup>26</sup> (art. 19 n. 7 lett. f) CPR 1980); e (iii) una procedura di ricorso per le condanne ingiustificatamente errate o arbitrarie (art. 19 n. 7 lett. i) CPR 1980). Di grande importanza è la norma che sancisce il principio di giurisdizionalità in relazione ai casi e alle forme di privazione o restrizione della libertà personale (art. 19 n. 7 lett. b) CPR 1980)<sup>27</sup>. Poi, anche se non esenti da critiche, sono contemplate le norme di base relative al funzionario che può emettere il mandato d'arresto e all'obbligo di preavviso al momento dell'arresto (art. 19 n. 7 lett. c), inc. 1° 1ª parte 1 CPR 1980). Per quanto riguarda l'arresto in flagranza, ne viene almeno specificato l'oggetto (art. 19 n. 7 lett. c), inc. 1°, 2ª parte CPR 1980). Sebbene siano troppo estesi, vengono regolati anche i periodi massimi di privazione della libertà per detenzione e la necessità che l'imputato sia portato davanti a un tribunale (art. 19 n. 7 lett. c), inc. 2° CPR 1980). In breve, esistono anche norme speciali sulla detenzione e su altri atti del procedimento penale contro le autorità statali di alto livello che godono dell'immunità costituzionale<sup>28</sup> (artt. 61, 81, e 124 CPR 1980).

### *3. L'opzione della Proposta di CPR 2022: il riconoscimento dettagliato di diritti e garanzie costituzionali*

Agli antipodi del testo in vigore, la Proposta CPR 2022 si distingue per aver sancito specifici diritti e garanzie di rilevanza processuale penale. Alcuni di essi possono essere identificati come concretizzazioni della tutela giurisdizionale effettiva e/o del giusto processo, che, come

---

<sup>25</sup> Si tratta del divieto di richiedere all'imputato di testimoniare sotto giuramento sulle proprie azioni e, dall'altra parte, che i suoi parenti possano essere costretti a testimoniare contro di lui (art. 19 n. 7 lett. f) CPR 1980).

<sup>26</sup> In Cile si tratta della *acción constitucional de amparo*.

<sup>27</sup> Casi e forme devono essere indicati dalle leggi.

<sup>28</sup> Sono i deputati e i senatori; i giudici delle alte corti di giustizia, i procuratori giudiziari e i giudici della magistratura; il governatore regionale e i delegati presidenziali regionali e provinciali.

nozioni generali, sono state adottate dal testo costituzionale (saranno trattate al punto 3.1). A queste si aggiungono precetti specifici relativi all'azione penale e al processo. Vengono infatti menzionate le garanzie processuali penali minime, alle quali è dedicata una sezione specifica (art. 111 Proposta CPR 2022) (che sarà trattata al punto 3.2).

### *3.1. Concretizzazioni della tutela giurisdizionale effettiva e/o del giusto processo in materia processuale penale*

La Proposta CPR 2022 accoglie le nozioni generali di tutela giurisdizionale effettiva e parla anche di giusto processo. La sua validità procedurale è generale, tuttavia in questo scritto ci interessa solo la sua concretizzazione in termini di diritti e garanzie di rilevanza processuale penale.

In un estremo sforzo di sintesi, il diritto a un'effettiva protezione giudiziaria cerca di garantire che tutte le persone abbiano accesso alla giurisdizione, in modo che le rivendicazioni di tutti i tipi di diritti e interessi legittimi siano risolte dallo Stato attraverso un giusto processo. La sua forma più pura nell'Europa continentale si trova nell'articolo 24 della Costituzione spagnola<sup>29</sup>.

La dottrina cilena, in termini simili alla spiegazione europea, ha evidenziato alcuni elementi che potrebbero essere ripresi in Cile<sup>30</sup>. Nella

---

<sup>29</sup> Secondo il suddetto precetto: "1. Ogni persona ha il diritto di ottenere l'effettiva protezione da parte dei giudici e degli organi giurisdizionali nell'esercizio dei propri diritti e interessi legittimi, senza che in alcun caso possa mancare la difesa. 2. Allo stesso modo, ogni persona ha diritto a un giudice ordinario stabilito dalla legge, alla difesa e all'assistenza di un avvocato, a essere informata delle accuse a suo carico, a un processo pubblico senza indebiti ritardi e con tutte le garanzie, a utilizzare i mezzi di prova rilevanti per la sua difesa, a non testimoniare contro sé stessa, a non confessare la propria colpevolezza e alla presunzione di innocenza. La legge regolerà i casi in cui, per motivi di parentela o di segreto professionale, non ci sarà l'obbligo di testimoniare su presunti atti criminali".

<sup>30</sup> In Cile, si veda: F. GORIGOITÍA ABBOTT, *op. cit.*, 196-201; A. BORDALÍ SALAMANCA, *Los derechos fundamentales relacionados con la actividad jurisdiccional del Estado: tutela judicial efectiva y debido proceso*, cit., 280-289; ID., *Análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la tutela judicial*, cit., 314, 328-334. Quest'ultimo testo è raccomandato anche per approfondire il rapporto tra



Proposta di CPR 2022, si trovano manifestazioni concrete del diritto alla tutela giurisdizionale<sup>31</sup> e/o ad esso collegate: (a) il diritto di accesso alla giustizia (art. 108 n. 1)<sup>32</sup>; (b) la rimozione degli ostacoli che impediscono l'accesso all'organo giurisdizionale (art. 108 n. 2)<sup>33</sup> e (c) l'inescusabilità dell'esercizio della giurisdizione (art. 317). Il diritto alla protezione giudiziaria, nell'ordinamento giuridico cileno, è anche legato alla legittimazione ad agire riconosciuta nel Paese alla vittima e ad altre persone, affinché possano esercitare l'azione penale e altri diritti riconosciuti dalla legge (art. 365 n. 5)<sup>34</sup>.

---

le nozioni di diritto alla tutela giurisdizionale e di giusto processo (specialmente 319-324). In Spagna: V. GIMENO SENDRA, *Introducción al Derecho procesal*, Madrid, 2019, 289 ss.; F. RAMOS MÉNDEZ, *El sistema procesal español. 10ª Edición*, Barcelona, 2016, 408-412; J. MONTERO AROCA, *Lección undécima: acción y tutela judicial*, in J. MONTERO AROCA, J. GÓMEZ COLOMER, S. BARONA VILAR (a cura di), *Derecho Jurisdiccional I. Parte General. 21ª Edición*, Valencia, 2013, 199 ss.

<sup>31</sup> Altri elementi che in dottrina o in norme straniere sono identificati con il diritto "alla tutela giurisdizionale" sono stati disciplinati come elementi del "giusto processo". Senza entrare nel merito delle controversie bizantine, si seguirà qui lo stesso ordine della Proposta CPR 2022.

<sup>32</sup> In coordinamento con questo diritto sono, tra gli altri – e in sintesi – i seguenti precetti della Proposta CPR 2022: la garanzia dell'accesso alla giustizia in una prospettiva interculturale (art. 108 n. 6); il diritto all'assistenza legale specializzata, agli interpreti, ai facilitatori, ecc. (art. 108 n. 7); l'adeguamento della procedura all'età o alla disabilità delle persone (art. 109 n. 8).

<sup>33</sup> In coordinamento con questo sono anche: il diritto alla consulenza legale gratuita (art. 108 n. 4); l'assistenza legale specializzata per la protezione dell'interesse superiore dei bambini e degli adolescenti (art. 108 n. 5).

<sup>34</sup> Per la sua manifestazione nello stimolare l'accusa, si veda l'art. 258 CPP. C. MATURANA MIQUEL, R. MONTERO LÓPEZ, *Derecho Procesal Penal. 2ª Edición*, tomo II, Santiago, 2012, 709 ss. Altri soggetti che in qualità di "querelanti" possono unirsi all'accusa del pubblico ministero o esercitare un'accusa privata sono "qualsiasi persona in grado di comparire in tribunale domiciliata nella provincia, in relazione a fatti punibili commessi nella provincia che costituiscono reati di terrorismo, o a reati commessi da un agente pubblico che ledono i diritti delle persone garantiti dalla Costituzione o contro la pubblica probità (art. 111 inc. 2º CPP) e gli enti e i servizi pubblici quando le rispettive leggi organiche conferiscono loro espressamente i poteri corrispondenti (art. 111 inc. 3º CPP). A questo proposito, raccomandiamo anche G. CISTERNAS VELIS, *op. cit.*, 137-156 e A. BORDALÍ SALAMANCA, *Análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la tutela judicial*, cit., 319, 324-326 e 335,

Il giusto processo è riconosciuto anche nella Proposta CPR 2022. A questo proposito, vengono utilizzate le espressioni “derecho a un proceso razonable y justo” (art. 109 n. 1) e/o “debido proceso” (art. 307). Da un punto di vista organico, la garanzia del giudice naturale e il diritto a un tribunale competente, indipendente e imparziale (art. 109 n. 2) sono concretizzazioni di questa nozione generale. Naturalmente, ciascuna di queste garanzie è rilevante per l’azione penale e il processo. L’aspirazione a un’effettiva indipendenza interna ed esterna delle corti di giustizia è una caratteristica importante della Proposta CPR 2022. L’idea è ribadita in diversi passaggi del testo (artt. 310 n. 1 e 2; 324 n. 1). Inoltre, spiega in buona parte l’iniziativa di creare un organo costituzionale autonomo chiamato Consiglio di Giustizia (artt. 342-349). Tale organo avrebbe assunto alcune competenze tradizionalmente attribuite alla CS, ossia il potere direttivo e disciplinare (art. 82, prima parte, CPR 1980), modificando al contempo le modalità di nomina dei giudici. Per quanto riguarda i procedimenti giudiziari, si fa esplicito riferimento a una serie di diritti e garanzie specifiche che ruotano attorno ai seguenti pilastri: (a) il diritto al contraddittorio (art. 109, n. 3); (b) la parità delle parti (art. 109, n. 3)<sup>35</sup>; (c) il processo entro un termine ragionevole; (d) il diritto a una sentenza fondata (artt. 109, n. 4 e 319, n. 1); (e) il diritto a un rimedio adeguato ed efficace; e (f) il riconoscimento dell’autorità giudiziaria (art. 310, n. 2). Vi sono anche diritti che si riferiscono alla pubblicità (art. 319 n. 2) e alla gratuità del procedimento (art. 320 n. 1). Si tratta pur sempre di diritti e garanzie di carattere generale. Tuttavia, sono in linea con i requisiti di un processo e di un’azione penale equi.

### *3.2. Diritti e garanzie specifiche per la persecuzione penale*

#### *3.2.1. Garanzie per il procedimento di indagine penale*

Secondo la Proposta CPR 2022, qualsiasi azione investigativa o processuale che privi, limiti o perturbi l’esercizio dei diritti garantiti dalla

---

che rinfrescano la problematica relativa al concetto di diritto alla protezione giudiziaria e al diritto della parte offesa di intentare un’azione penale in Cile.

<sup>35</sup> In coordinamento con questo elemento si prevede il diritto alla difesa (art. 109 n. 5) e l’uguaglianza sostanziale delle parti (art. 311 n. 1 e 312 n. 1).

Costituzione richiede un'autorizzazione giudiziaria preventiva (art. 111 lett. a) e 365 n. 7)<sup>36</sup>. Questo tipo di “valvole legali” che impongono un controllo giudiziario preventivo sono essenziali per garantire la legalità delle azioni degli organi del processo penale<sup>37</sup>. Nella stessa logica, i seguenti diritti e garanzie contenuti nell'art. 111 della Proposta di CPR 2022 servono a tutelare le indagini penali: (a) il dovere di informare l'accusato del contenuto dell'accusa e dei retroscena dell'indagine (art. 111 lett. b) ed e)<sup>38</sup>; (b) il principio di innocenza (art. 111 lett. c)); (c) il diritto di rimanere in silenzio (art. 111 lett. f)); (d) il *ne bis in idem* (art. 111 lett. h)<sup>39</sup>.

La Proposta CPR 2022 ha scelto di mantenere il modello di un ufficio del pubblico ministero costituzionalmente autonomo. Inoltre, ha rafforzato il potere di questo organo ai fini dell'esercizio dell'azione penale pubblica, cui è affidata: (i) la funzione esclusiva di dirigere le indagini sul fatto punibile e sulla colpevolezza o innocenza dell'imputato (art. 365 n. 1); (ii) l'esercizio dell'azione penale pubblica, anche nei casi in cui il perseguimento del reato sia subordinato alla denuncia o alla querela di alcuni organi dell'Amministrazione statale, quando i reati in questione comportino un'offesa alla probità, ai beni pubblici o ai beni giuridici collettivi (art. 365 n. 3); e (iii) la funzione di protezione del-

---

<sup>36</sup> La regola viene ribadita per quanto riguarda la possibilità di ingresso e perquisizione in luoghi privati e l'intercettazione di comunicazioni della stessa natura (art. 70 nn. 2 e 3).

<sup>37</sup> La polizia è concepita nei seguenti termini: “...è un'istituzione di polizia, non militare, di natura centralizzata, (...) ha lo scopo di garantire la sicurezza pubblica, di dare efficacia alla legge e di salvaguardare i diritti fondamentali (...)” (art. 297 n. 1); “Nell'uso della forza, agisce secondo i principi di legalità, necessità, precauzione, proporzionalità, non discriminazione e responsabilità, nel rispetto del diritto internazionale e dei diritti fondamentali garantiti da questa Costituzione” (art. 297 n. 2, 2<sup>a</sup> parte).

<sup>38</sup> Questi precetti si riferiscono rispettivamente al diritto di conoscere i contenuti dell'indagine a carico dell'imputato e al diritto di essere informato tempestivamente e dettagliatamente dei suoi diritti e delle cause dell'indagine a suo carico.

<sup>39</sup> Questa serie di garanzie per l'accusato è in qualche modo oscurata da una disposizione che assicura costituzionalmente protezione, riservatezza e immunità a tutte le persone che denunciano “infrazioni nell'esercizio di funzioni pubbliche, in particolare violazioni della probità, della trasparenza e atti di corruzione” (art. 171). Questo, purtroppo, può diventare fonte di abusi, disuguaglianze e ostacoli alla difesa delle persone coinvolte, molte delle quali potrebbero essere innocenti.

le vittime e dei testimoni (art. 365 n. 2)<sup>40</sup>. A differenza del testo attuale, la *Defensoría Penal Pública* (d'ora in poi DPP) è riconosciuta come un organo costituzionalmente autonomo che deve fornire difesa penale agli imputati che ne sono sprovvisti, dalla prima fase delle indagini fino alla piena esecuzione della pena eventualmente inflitta (art. 373 n. 1). La Proposta di CPR 2022, quindi, rimane fedele al principio accusatorio che il Cile ha abbracciato con l'approvazione della riforma della procedura penale e cerca di rafforzare l'istituzionalizzazione della difesa penale.

### 3.2.2. *Misure cautelari, misure coercitive ed esecuzione penale*

Con riferimento allo statuto costituzionale che ha un impatto diretto sulle misure cautelari e alle misure coercitive in generale, vi sono diversi aspetti toccati dalla Proposta di CPR 2022. Per quanto riguarda entrambe, il principio di legalità delle misure processuali contro la libertà personale (art. 110, n. 1) è una massima generalmente applicabile. Questo precetto prevede che i casi e le forme di privazione o restrizione della libertà personale debbano essere determinati dalla legge. Questa massima viene ribadita quando si tratta di misure cautelari, in quanto sia i casi che i requisiti che giustificano la loro imposizione devono essere previsti dalla legge (art. 112, lett. g)). Sempre in tema di misure cautelari, la Proposta riprende i postulati della dottrina processuale penale, secondo cui, in uno Stato di diritto, la libertà personale dell'imputato deve essere la regola generale quando è in corso un procedimento penale.

Nel caso di imputati sottoposti alla giustizia penale minorile, il legislatore ha nuovamente disposto che la detenzione o l'internamento degli adolescenti sia eccezionale e il più breve possibile (art. 112 lett. l). Se vengono imposte misure cautelari, queste devono rispondere ai principi di temporaneità, eccezionalità e proporzionalità, in quanto massime regolatrici delle suddette misure (art. 112 lett. g). Nella stessa logica di tutela dei diritti dell'imputato contro questo tipo di misure, la Proposta

---

<sup>40</sup> In linea con la CPR 1980, è prevista una clausola espressa che proibisce alla procura di esercitare funzioni giurisdizionali (art. 365 n. 4).

di CPR 2022 contempla: (i) la necessità di un controllo giudiziario preventivo rispetto alle misure che privano, turbano o minacciano i diritti garantiti dalla Costituzione e dalla legge (art. 111 lett. a) e 365 n. 7); (ii) che nessuno può essere detenuto senza un ordine giudiziario preventivo, a meno che il fatto punibile non sia stato commesso in flagranza di reato (art. 110 n. 2); (iii) al fine di proteggere la persona interessata, è previsto un unico e breve periodo di ventiquattro ore per essere portati davanti al giudice competente; (iv) che il detenuto deve essere immediatamente informato dei suoi diritti e del motivo della detenzione (art. 110 n. 3); e che (v) il domicilio dell'imputato o i luoghi pubblici designati a tale scopo sono luoghi idonei per l'esecuzione di tutte le misure di privazione della libertà personale (art. 110 n. 4).

Lo sforzo di rafforzare le garanzie degli individui durante l'azione penale viene ribadito e rafforzato anche nel caso delle persone condannate. Infatti, la Proposta di CPR 2022 prevede come novità la creazione di un tribunale per l'esecuzione delle pene<sup>41</sup> con l'obiettivo di tutelare i diritti fondamentali delle persone condannate o sottoposte a misure di sicurezza.

---

<sup>41</sup> La competenza specifica delineata dalla stessa Proposta di CPR 2022 riguardava il controllo giurisdizionale dell'esecuzione delle pene e delle misure di sicurezza, del potere disciplinare delle autorità penitenziarie e dei diritti e benefici delle persone private della libertà nelle carceri (art. 336 n. 1 e 2). Sul panorama dell'esecuzione penale in Cile e sulla figura del giudice dell'esecuzione penale nel diritto comparato si veda A.M. MORALES PEILLARD, G. WELSCH CHAHÚAN, M.T. HURTADO BUNSTER, *Estudio comparado sobre Tribunales de Ejecución de Penas*, Santiago, 2015, 12-19 (Cile), 20-34 (Germania, Spagna, Brasile, Argentina e Bolivia). Analogamente, sul problema dell'esecuzione penale in Cile, sono rilevanti i seguenti: C. KÜNSEMÜLLER LOEBENFELDER, *La judicialización de la ejecución penal*, in *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 2005, 113 ss.; un'analisi critica completa sul regime giuridico penitenziario in Cile e sulle vie di tutela amministrativa e giudiziaria è disponibile in S. KENDALL CRAIG, *Tutela Judicial Efectiva en la relación jurídica penitenciaria*, Santiago, 2010, 23-175. Sono molto grato a Stephen Kendall Craig per avermi dato accesso al suo lavoro durante la stesura di questa ricerca.

### 3.3. Altre disposizioni costituzionali rilevanti nel processo penale

Il progetto di CPR 2022 prevedeva anche un'azione costituzionale speciale per l'arresto, la detenzione o la reclusione illegali (art. 120). Il legislatore è stato incaricato di garantire un risarcimento alle persone che, nel corso di un procedimento penale, subiscono la perdita della libertà personale, ma non vengono condannate in via definitiva (art. 121)<sup>42</sup>. È riconosciuto il diritto al risarcimento per le condanne ingiustificatamente errate (art. 122). Sono previste anche norme sull'immunità dei deputati, dei rappresentanti regionali (art. 260) e dei giudici (art. 313). Ma forse, la norma più innovativa di quest'ultimo capitolo è quella che riconosce la possibilità di eseguire in Cile le sentenze dettate dai Tribunali internazionali per i diritti umani che riguardano anche i procedimenti conclusi con sentenze definitive (art. 318 n. 2).

Per inserirsi nel sistema di procedura penale, l'ultimo precetto citato dovrebbe portare alla creazione di un nuovo motivo di revisione delle sentenze penali definitive. L'aspetto inedito di ciò per il caso cileno non sarebbe solo l'apertura del Paese a una decisione pronunciata da un tribunale internazionale, ma porrebbe anche un problema difficile in termini di configurazione nazionale della revisione delle sentenze definitive (artt. 473 e ss. CPP). Infatti, i motivi di revisione delle sentenze nazionali definitive si applicano solo alle sentenze di condanna definitive (art. 473 CPP). Ma se le decisioni di una Corte internazionale dei diritti dell'uomo dovessero essere osservate, nonostante la *res judicata* che copre un caso concreto, potrebbe accadere che una sentenza definitiva di assoluzione debba essere ribaltata, configurando una vera e propria eccezione nel nostro sistema<sup>43</sup>.

---

<sup>42</sup> La soluzione normativa proposta rafforzerebbe la tesi di coloro che sostengono che la custodia cautelare in carcere, specialmente quando motivata dal pericolo per la sicurezza della società, sia una pena anticipata e pertanto sostanzialmente illegittima, come sostenuto dal prof. Juan Pablo Mañalich.

<sup>43</sup> Uno Stato che consente la revisione delle sentenze definitive di assoluzione è la Germania (cfr. § 362 StPO). Tuttavia, la decisione di un tribunale internazionale non è prevista come motivo di revisione delle sentenze definitive di assoluzione. Al contrario, se è previsto che una violazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo dichia-

#### 4. Analisi delle differenze tra CPR 1980 e Proposta di CPR 2022

##### 4.1. Questioni relative alla giurisdizione e altri aspetti topici di carattere generale rilevanti per il processo penale

Sia il CPR 1980 che la Proposta di CPR 2022 si occupano di stabilire le basi costituzionali generali per tutti i procedimenti giurisdizionali. I procedimenti penali traggono da qui le loro basi organiche. Con alcune avvertenze, si tratta di stabilire che gli organi che esercitano la giurisdizione siano effettivamente competenti, indipendenti e imparziali. In entrambi i casi, l'inescusabilità trasforma l'esercizio della funzione giurisdizionale in un potere-dovere. Allo stesso modo, i testi sanciscono la garanzia del giudice naturale. Come si è visto, entrambi i testi prevedono l'esistenza di azioni costituzionali volte a proteggere la libertà personale; norme relative alla giurisdizione delle alte autorità (si veda il punto 3.3) e, infine, meccanismi più o meno perfetti di riparazione per le condanne gravemente errate. Su quest'ultimo punto, la Proposta di CPR 2022 è più avanzata del *corpus* costituzionale esistente (cfr. punto 3.3). Si sottolinea inoltre positivamente l'idea di creare un tribunale per l'esecuzione delle pene (cfr. punto 3.2.2).

Per quanto riguarda l'indipendenza giudiziaria<sup>44</sup>, è urgente che una nuova iniziativa costituzionale escluda tutti i dubbi e i sospetti sulla possibile politicizzazione della nomina dei giudici. Per citare solo un caso in cui questo problema si presenta in base alla CPR 1980, si può indicare ciò che accade in Cile ogni volta che si deve nominare un nuovo giudice alla Corte Suprema. Lo sgradevole spettacolo dei politici, le

---

rata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo possa essere un motivo di revisione, ciò può avvenire solo come motivo di revisione di una sentenza di condanna definitiva (§ 359 Nr. 6 StPO). Sono grato per il commento al prof. Juan Pablo Mañalich.

<sup>44</sup> M. DE RIVACOBA Y RIVACOBA, *Fondo ético y significación política de la independencia judicial*, in *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, 1991, 251 ss.; E. ALDUNATE LIZANA, *La Independencia judicial. Aproximación teórica. Consagración constitucional y crítica*, in *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 1995, 11 ss.; A. BORDALÍ SALAMANCA, *La jurisdicción en una nueva constitución*, in J. BASSA MERCADO, J.C. FERRADA BÓRQUEZ, C. VIERA ÁLVAREZ (a cura di), *La Constitución que queremos*, Santiago, 2019, 329 ss.; ID., *Derecho jurisdiccional*, Valdivia, 2016, 47-54.

loro trattative e gli accordi che vengono stipulati, purtroppo, non riescono a mettere a tacere il sapore amaro che si prova quando la politica entra nella casa della giustizia<sup>45</sup>. Se quanto detto finora può portare a problemi di indipendenza esterna dei giudici, il sistema attuale è stato criticato anche dal punto di vista dell'indipendenza interna.

La critica è giusta, perché se un giudice inferiore, da un lato, può essere oggetto di sanzione disciplinare da parte dei propri superiori<sup>46</sup> e, dall'altro, dipende da loro per l'avanzamento della propria carriera<sup>47</sup>, le condizioni diventano molto sfavorevoli per un giudice che, ad esempio, in casi difficili o complessi, decide di discostarsi dal tracciato indicato nelle decisioni dei suoi superiori. È bene precisare che questa affermazione non intende mettere in dubbio l'integrità personale di coloro che ricoprono il ruolo di giudici. L'obiettivo è un altro: dimostrare che il sistema non ha istituzionalmente la capacità di garantire l'indipendenza interna e, pertanto, laddove il sistema si riveli insufficiente, rimane dipendente dall'integrità personale di coloro che prestano servizio. Naturalmente, sarebbe auspicabile che ciò non accadesse e che i giudici si sentissero sostenuti istituzionalmente nel prendere le loro decisioni. Ciò è particolarmente vero quando si tratta di casi penali, dove un giudizio legale corretto può risultare scomodo per chi è al potere o contrario al "buon senso" delle aspirazioni punitive dell'opinione pubblica. Tutto questo sfocia in una Corte Suprema che ha una supervisione direttiva,

---

<sup>45</sup> Nel caso dei magistrati della Corte Suprema, si vedano gli artt. 78 incs. 4-5 e 9 CPR 1980. Nello stesso senso: J.C. FERRADA BÓRQUEZ, *El sistema de designación de los jueces de la Corte Suprema en el ordenamiento jurídico chileno. Mucha política, baja legitimación y poca independencia judicial*, in F. CARBONELL BELLOLIO, F. ZAPATA GARCÍA (a cura di), *Judicatoria y Nueva Constitución*, Valencia, 2022, 329 ss., spec. 334 e 338. Ancora: J. VARGAS VIANCOS, *Nombramientos y Promociones Judiciales: ¿Es realmente la política el problema?*, in *Anuario de Derecho Público Universidad Diego Portales*, 2014, 140 ss. e L. MACCLURE BRINTRUP, *Nombramientos de ministros de las Cortes de Apelaciones y de la Corte Suprema: Síntesis y sistematización de su regulación*, in *Debates de Política Pública*, 2019, 1 ss.

<sup>46</sup> In merito al potere disciplinare dei *Tribunales Superiores de Justicia* (*Cortes de Apelaciones e Cortes Supremas*), si vedano gli artt. 535-538; 540-542; 544 del *Código Orgánico de Tribunales* (di seguito COT) e gli artt. 80 inc. 3° e 82 CPR 1980.

<sup>47</sup> Cfr. art. 78 CPR 1980.



correttiva ed economica su tutti i tribunali della nazione (art. 82 CPR 1980).

Questa posizione le consente di esercitare il potere disciplinare su tutti i giudici della Repubblica, compresa l'eventuale rimozione di quelli che, a suo giudizio, non hanno osservato una buona condotta (art. 80 inc. 3° CPR 1980)<sup>48</sup>.

La Proposta CPR 2022 si rivela innovativa nella creazione di un Consiglio della magistratura. Si tratta di un organo costituzionalmente autonomo con funzioni di nomina e controllo disciplinare dei giudici (tra le altre)<sup>49</sup>. L'opzione è plausibile, ma come hanno sottolineato diversi professori, è anche delicata, perché c'è un rischio implicito di politicizzazione<sup>50</sup>. Per questo motivo, occorre prestare estrema attenzione nel regolamentarlo e nel decidere la sua composizione. Altrimenti, il rimedio all'indipendenza giudiziaria potrebbe essere peggiore della malattia: la perdita di uno dei pilastri dello Stato di diritto. Purtroppo, la

<sup>48</sup> Sul punto: E. ALDUNATE LIZANA, *op. cit.*, 13 e 25.

<sup>49</sup> Artt. 342 inc. 1°, 343 lett. a) e b); 349 Proposta di CPR 2022. Con la creazione di questo organo, la Corte Suprema e gli altri tribunali avrebbero dovuto concentrarsi sul compito che è loro proprio per antonomasia: esercitare il potere giurisdizionale (art. 328 inc. 1° CPR 2022). Il precetto si riferisce a: garantire la corretta applicazione della legge e uniformarne l'interpretazione. Va coordinato con l'art. 307 della Proposta di CPR 2022, che definisce la giurisdizione evidenziando la nota di risoluzione dei conflitti (inc. 1°) e che, nel suo esercizio, deve garantire la tutela e la promozione dei diritti umani, della natura, del sistema democratico e del principio di legalità (inc. 3°).

<sup>50</sup> Sul punto si veda l'intervista ad A. BORDALÍ SALAMANCA, del 28.06.22 (min. 00:00-07:20), reperibile in [www.tv.emol.com](http://www.tv.emol.com). Nello stesso censo: C. RIEGO RAMÍREZ, in [www.tv.emol.com](http://www.tv.emol.com) (01.08.22); A. VIVANCO MARTÍNEZ, [www.ex-ante.cl](http://www.ex-ante.cl) (15.08.22). Sono interessanti le note di Aldunate in relazione con ciò che lui nomina come il "mito" del giudice non politico: E. ALDUNATE LIZANA, *op. cit.*, 23-26. Un'idea che si inserisce nell'amarezza generata dall'idea di politicizzazione della magistratura è evidenziata in quello scritto, quando si sostiene che "...se ciò che si intende con lo slogan 'no alla nomina politica dei giudici' è evitare che la loro nomina sia legata agli interessi contingenti dei partiti politici, questo è un obiettivo legittimo: la condotta dei partiti dovrebbe anteporre la qualità delle nomine alle considerazioni sui possibili benefici derivanti dal posizionamento di persone più vicine ai loro ranghi nelle cariche giudiziarie". Sulla separazione tra la sfera giuridica e quella politica e sull'indipendenza come caratteristica essenziale della magistratura, si veda: F. ATRIA LEMAITRE, F. CARBONELL BELLOLIO, *La constitución de la jurisdicción*, in F. CARBONELL BELLOLIO, F. ZAPATA GARCÍA (a cura di), *op. cit.*, 72-74, 79.

Proposta di CPR 2022 presentava un punto debole per quanto riguarda la composizione dell'organo<sup>51</sup> e ben motivate erano le critiche che mettevano in guardia dalla formazione di maggioranze politiche per l'assunzione di decisioni all'interno dell'organo stesso<sup>52</sup>.

#### 4.2. *Il problema della struttura accusatoria del procedimento*

Il fatto che il CPR 1980 e la Proposta di CPR 2022 regolino l'Ufficio del Pubblico Ministero attribuendogli le funzioni di indagine e di accusa, con le precisazioni di cui sopra (si vedano i punti 2.3.2 e 3.2.1), è indicativo di una propensione verso un modello improntato al principio accusatorio. Come abbiamo visto, la Proposta di CPR 2022 prevede anche il riconoscimento costituzionale della *Defensoría Penal Pública* (DPP) come organo costituzionalmente autonomo (si veda il punto 3.2.1).

Prevedendo costituzionalmente il loro intervento fin dalla prima fase delle indagini, si sperava di avere un procedimento penale con maggiori opportunità di uguaglianza e contraddittorio lungo tutto il suo corso<sup>53</sup>. Una difesa precoce è indispensabile per essere efficace. Al di là della “centralità del processo orale” promessa dalla riforma della procedura penale, il numero di casi penali che finiscono per essere risolti sulla

---

<sup>51</sup> In questo senso, l'autore si mostra adesivo alle critiche formulate da A. BORDALÍ SALAMANCA, nell'intervista del 28.06.22 (min. 00:00-07:20).

<sup>52</sup> La Proposta di CPR 2022 prevedeva diciassette membri. Otto di loro erano giudici, ai quali è vietato appartenere a partiti politici. Poi, una maggioranza di nove membri creava il problema del pericolo di politicizzazione: cinque membri sarebbero stati eletti dagli organi parlamentari; due sarebbero stati eletti dai loro pari tra i funzionari o i professionisti del sistema giudiziario nazionale; mentre altri due sarebbero stati eletti dai popoli e dalle nazioni indigene (art. 344 inc. 1° Proposta di CPR 2022) (intervista ad A. BORDALÍ SALAMANCA del 28.06.22 (min. 00:00-07:20)).

<sup>53</sup> A favore di una difesa precoce si parla, ad esempio, della necessità di ridurre al minimo il numero di prigionieri non condannati in Cile e di evitare misure coercitive che colpiscano persone innocenti o, se possono essere utilizzate, di garantire che siano proporzionate. Naturalmente, la difesa tardiva non è l'unico fattore che spiega l'alto tasso di detenuti non condannati in Cile e in America Latina; ma la tempistica dell'intervento della difesa può fare la differenza tra essere parte della soluzione e parte del problema.

base del fascicolo d'indagine è enorme. In questo contesto, si può ben capire che quando si parla di giusto processo in Cile, la nozione non può essere limitata al processo giurisdizionale o al processo penale in senso stretto, ma deve comprendere l'intera procedura penale, cioè deve includere ed essere palpabile anche durante la fase investigativa<sup>54</sup>. Solo per il processo penale ordinario vale la promessa di riforma<sup>55</sup>. In tutti gli altri procedimenti valgono altre logiche. In alcuni più e in altri meno. Nel procedimento abbreviato (art. 406 CPP), nel procedimento semplificato (con assunzione di responsabilità) (art. 395 CPP) e nel procedimento d'ingiunzione (senza contraddittorio) (art. 392 CPP), le informazioni di base del fascicolo d'indagine finiscono per essere decisive per le condanne. Dal "protagonismo" del processo orale, in questi casi, si passa alla "centralità" o dominanza del fascicolo d'indagine<sup>56</sup>.

In questo modo, la pratica inquisitoria di decidere sulla base del fascicolo, che era ciò che la riforma della procedura penale aveva cercato di sradicare, viene ripristinata<sup>57</sup>. Nonostante le difficoltà, gli standard

---

<sup>54</sup> La CPR 1980 alludeva a questa problematica affermando che il procedimento e l'indagine devono essere *racionales y justos*. La *ratio* deve perdurare, ma questa volta disciplinando diritti e garanzie concrete nella Costituzione.

<sup>55</sup> In questo caso, infatti, si può parlare di un disegno di processo orale che, attraverso la decisione di tre giudici imparziali, mira alla parità delle armi, garantendo il diritto al contraddittorio e alla pronuncia di una sentenza basata sulla produzione di prove che si svolge interamente nel processo orale.

<sup>56</sup> In relazione ai problemi di attuazione delle riforme processuali penali latinoamericane, che includono il problema qui discusso, raccomandiamo la lezione di Binder per la Facoltà di Scienze Giuridiche e Sociali dell'Universidad del Litoral, Argentina (19.03.2019), che è servita da ispirazione per questo articolo. Allo stesso modo, sulle riforme processuali penali latinoamericane, il lavoro di K. AMBOS, J. WOISCHNIK, *Las reformas procesales penales en América Latina*, in J. MAIER, K. AMBOS (a cura di), *Las Reformas Procesales Penales en América Latina*, Buenos Aires, 2000, 835 ss.; sulla storia della riforma in Cile si veda M.I. HORVITZ LENNON, *I. El Nuevo Proceso Penal*, in M.I. HORVITZ LENNON, J. LÓPEZ MASLE (a cura di), *Derecho Procesal Penal chileno*, tomo I, Santiago, 2002, 17 ss. e M. DUCE, C. RIEGO, *Proceso penal*, Santiago, 2007, 51-75.

<sup>57</sup> Questi ultimi casi, di norma, riguardano la media e piccola criminalità, tranne nel caso di procedimenti abbreviati per reati contro la proprietà o per violazioni della legge sul controllo delle armi. In questi casi, le pene possono arrivare fino a dieci anni di reclusione (art. 406 CPP).

minimi del giusto processo non devono essere abbandonati in questo tipo di procedura, che è diversa da quella ordinaria. Se l'indagine finisce per svolgere la funzione che dovrebbe avere il processo, non c'è altra via che trovare un modo per difendersi cercando di dare la forma di un processo giurisdizionale a una fase investigativa, anche se naturalmente non avrebbe questo scopo<sup>58</sup>.

Per quanto riguarda le azioni penali che dipendono dall'iniziativa degli organi amministrativi<sup>59</sup>, la Proposta di CPR 2022, che consente al PM di esercitare sempre l'azione penale per i reati che colpiscono la probità, i beni pubblici o i beni giuridici collettivi, è una soluzione di compromesso. Tuttavia, potrebbe essere replicata e perfezionata in una futura iniziativa costituzionale. L'impossibilità per il PM di perseguire alcuni casi scandalosi verificatisi in Cile in un regime di azione penale pubblica, su istanza di un organo amministrativo, ha purtroppo portato a conseguenze perniciose. L'impotenza del PM in questi casi tocca un nervo scoperto che si traduce in una mancanza di fiducia nella giustizia e in una percezione di mancanza di uguaglianza davanti alla legge basata sulla forza del patrimonio dell'accusato. Forse non è ottimale, perché in altri casi l'azione penale del PM può essere bloccata se non ha il consenso dell'organo amministrativo, ma l'idea della Proposta di CPR 2022 sarebbe stata comunque un passo avanti rispetto allo stato attuale delle cose<sup>60</sup>.

---

<sup>58</sup> Sul principio del contraddittorio e sulla sua vigenza nella fase delle indagini si veda l'interessante lavoro di A. ALVARADO URÍZAR, *El principio de contradicción de la nueva constitución y su vigencia en la fase de investigación*, in J. VELÁSQUEZ VALENZUELA, A. FERNÁNDEZ JULLIAN (a cura di), *Temas Actuales de Derecho Penal y Procesal Penal a 20 años del Inicio de la Reforma Procesal Penal*, Valencia, 2022, 109 ss.

<sup>59</sup> Sul tema in Cile si veda: R. NÚÑEZ OJEDA, M. SILVA SALSE, *La acción penal regulada en el artículo 162 del Código Tributario*, in *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 2018, 145 ss., in cui si allude a questo tipo azione penale che richiede autorizzazione da parte di un ente statale.

<sup>60</sup> In rapporto al problema che provoca, di fronte al principio di uguaglianza, la collocazione della scelta circa l'esercizio dell'azione penale in capo a organi dell'amministrazione diversi dal PM, si veda per tutti J.L. GUZMÁN DALBORA, *Acerca del último proyecto gubernativo de Código Penal y las condiciones de recodificación penal en Chile*, in *Revista de Ciencias Penales*, 2022, 195 s., note nn. 34-36.

#### 4.3. Misure processuali contro la libertà personale: il dilemma del “pericolo per la sicurezza della società” e la presunzione di innocenza

Con la CPR 1980, il Cile è uno dei Paesi che maggiormente sostiene giuridicamente la detenzione preventiva a scapito del principio di innocenza<sup>61</sup>. In base ad essa, l'imputato può essere privato della libertà personale in caso di pericolo per la vittima e per la sicurezza della società (art. 19, n. 7, lett. e), CPR 1980). Questo va ben oltre ciò che i sostenitori di una posizione intermedia considererebbero accettabile in termini di finalità della custodia cautelare ai fini del rispetto della presunzione di innocenza: cioè finalità procedurali che servono a garantire il completamento del procedimento e l'esecuzione della pena<sup>62</sup>. Per salvaguardare la presunzione di innocenza come regola di trattamento, una nuova iniziativa costituzionale dovrebbe correggere la situazione in cui si trova attualmente il Cile. Il motivo di custodia cautelare “pericolo per la sicurezza della società”, il cui contenuto è attualmente superlativo e invasivo rispetto agli altri motivi di custodia cautelare, dovrebbe essere scomposto, riassegnando quegli elementi che, a rigore, fanno parte del pericolo di fuga o di distruzione delle prove, ai rispettivi motivi di custodia omonimi, perfezionandoli. Pertanto, tutti i contenuti del motivo di custodia cautelare “pericolo per la sicurezza della società”, che non

---

<sup>61</sup> Si veda: S. SANDOVAL REYES, *Prisión preventiva: causales legales, apócrifas y 'peligro para la seguridad de la sociedad'*. *Observaciones críticas entre Alemania y Latinoamérica*, in A. SERRANO MAÍLLO, J.L. GUZMÁN DALBORA (a cura di), *El Resurgimiento de la Criminología Científica en América latina. Estudios en homenaje al profesor Ayar Chaparro Guerra con motivo de su 75° cumpleaños* (11.04.2020), Madrid, 2020, 263 ss.; J. VELÁSQUEZ VALENZUELA, N. DEL FIERRO BARAONA, N. BRAVO CORREA, *¿Peligro procesal? Reflexiones sobre los fundamentos de la causal 'peligro para la seguridad de la sociedad'*, in J. VELÁSQUEZ VALENZUELA, A. FERNÁNDEZ JULLIAN (a cura di), *op. cit.*, 41 ss.

<sup>62</sup> La necessità di assicurare la comparizione dell'imputato e l'integrità della prova, tanto per lo sviluppo del giudizio quanto per l'esecuzione dell'eventuale condanna a pena privativa della libertà, viene sottolineata da J. LLOBET RODRÍGUEZ, *La prisión preventiva (límites constitucionales)*. 3ª Edición, San José de Costa Rica, 2010, 45-152; ID., *La prisión preventiva y la presunción de inocencia según los órganos de protección de los Derechos Humanos del sistema interamericano*, in *Ius. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, 2009, 114 ss.

possono essere migrati e adattati negli altri motivi legittimi di custodia cautelare, dovrebbero scomparire.

Di fronte a legislatori che non hanno esitato a estendere i motivi della custodia cautelare, la Costituzione dovrebbe stabilirli direttamente, fissandone così i limiti massimi.

Per quanto riguarda i temi legati alla detenzione: (i) è corretto che la Proposta di CPR 2022 precisi l'agente da cui può provenire un ordine di detenzione e faccia riferimento all'organo giurisdizionale. Fortunatamente, non parla in generale di "pubblico ufficiale" come fa la CPR 1980<sup>63</sup>. (ii) È degno di nota il fatto che la Proposta di CPR 2022 stabilisca nella Costituzione un unico e breve periodo di tempo per garantire il controllo giudiziario della detenzione. A differenza del CPR 1980, che differenziava a seconda del tipo di reato, estendendo i termini nel caso di un'accusa di terrorismo (art. 19 n. 7 lettera c) inc. 2° CPR 1980).

Un aspetto nuovo è che la Proposta di CPR 2022 incorpora la nozione di misure cautelari nella Costituzione<sup>64</sup>. Poi, in linea con lo sviluppo tradizionale di queste misure in gran parte dell'America Latina, vengono sanciti gli obblighi di legalità, temporalità, eccezionalità e proporzionalità<sup>65</sup>. Il problema è che tutto ciò non servirebbe a nulla se si tornasse allo stesso punto di partenza del CPR 1980 e si continuasse a legittimare costituzionalmente l'imposizione della carcerazione preventi-

---

<sup>63</sup> L'osservazione di questo fenomeno era già stata fatta da J. LÓPEZ MASLE, VI. *Las medidas cautelares en el proceso penal*, in M. HORVITZ LENNON, J. LÓPEZ MASLE, *op. cit.* Soprattutto nei travagliati contesti politici e sociali che attraversano periodicamente il Cile, la limitazione aiuterebbe a evitare l'emissione di mandati d'arresto basati sulla mera contingenza o sulle esigenze politiche del governo al potere.

<sup>64</sup> Si mantiene coerente con la ricezione teorica dell'istituto operata dal CPP nei titoli V, artt. 122 e ss. (misure cautelari personali) e VI, artt. 155 ss. (misure cautelari reali) del Libro I.

<sup>65</sup> L'accoglimento del concetto di misure cautelari potrebbe costituire un passo avanti, ad esempio, se si intendesse che qualsiasi misura cautelare, anche se non espressamente prevista dalla legge, dovrebbe sempre rispettare i presupposti di (i) probabile esistenza del fatto e dell'intervento dell'imputato (*fumus comissi delicti*); e (ii) esistenza di un pericolo da evitare, che, nel caso del procedimento penale, è associato alla libertà personale dell'imputato in attesa del procedimento penale (*periculum libertatis*). Al riguardo: S. SANDOVAL REYES, *Las medidas coercitivas alemanas (en sentido restringido) como equivalentes a las diligencias de investigación en el procedimiento penal*, in *Revista de Ciencias Sociales*, 2020, 148, nota n. 4.

va per motivi di pericolo per la sicurezza della società. Il costituente deve prendere una decisione importante in merito all'ammissibilità o al rifiuto di questo motivo di custodia cautelare. In caso contrario, rimarrà la stessa situazione della CPR 1980, anche se vengono utilizzate nozioni e parole diverse<sup>66</sup>. A parte questo, se si tratta di definire costituzionalmente i massimi applicabili alle misure cautelari, bisogna aggiungere il principio di giurisdizione. In virtù di questo, l'imposizione di misure cautelari dovrebbe essere riservata al controllo e alla decisione giudiziaria in base alle risultanze del caso specifico<sup>67</sup>. Non si tratta di una questione secondaria, perché sia il principio di giurisdizione che quello di proporzionalità sono formule volte a escludere qualsiasi iniziativa legislativa che ordini al giudice di imporre "automaticamente" la custodia cautelare, calpestando il potere che gli corrisponde di esercitare autonomamente la giurisdizione e tutelare i diritti fondamentali.

#### *4.4. Diritti e garanzie relativi all'azione penale stabiliti specificamente nella Costituzione: da riprodurre, fatta salva una clausola generale sulla tutela giudiziaria e il giusto processo*

La forma adottata per definire i diritti delle persone in relazione all'azione penale e al processo giudiziario segna una delle principali differenze tra i testi costituzionali del 1980 e del 2022. Come si è detto, la Proposta di RDC del 2022 ha scelto di sancire a livello costituzionale diritti e garanzie concreti e specifici per il processo penale (cfr. punto

---

<sup>66</sup> A riprova del fatto che parlare di misure cautelari in questo ambito non costituisce alcuna garanzia per l'effettiva applicazione del principio di innocenza, il CPP cileno ruota attorno alla nozione di misure cautelari e ammette il pericolo per la vittima e per la società come due tipi di pericoli legittimi per imporre la custodia cautelare o altre misure cautelari alternative (artt. 140 inc. 1° lett. c); 150 inc. 1° CPP). Il legislatore, quindi, non ottiene nulla cambiando concetti e parole se, nelle fondamenta del suo edificio cautelare, non risolve, come prima cosa, il valore da dare in Cile al principio di innocenza nel contesto della procedura penale e se continueranno o meno ad esserci detenuti non condannati a causa del pericolo per la sicurezza della società.

<sup>67</sup> J. LÓPEZ MASLE, VI. *Las medidas cautelares en el proceso penal*, cit., 350-352; J.C. MARÍN GONZÁLEZ, *Las medidas cautelares personales en el nuevo Código procesal penal chileno*, in *Revista de Estudios de la Justicia*, 2002, 20.

3.2.1)<sup>68</sup>. Come ogni catalogo, può essere migliorato. Ad esempio, incorporando il diritto a un processo orale e indicando le condizioni in cui sarebbe ammessa la sua rinuncia<sup>69</sup> e il dovere di correlazione o congruenza procedurale che la CIDH ha considerato parte del giusto processo<sup>70</sup>. L'opzione per un catalogo di diritti e garanzie applicabili alla procedura penale ci sembra difendibile perché gli elementi di una "procedura razionale e giusta", per chi non condivide una filosofia politico-giuridica come quella dei membri della CENC, non sono autoevidenti. Al contrario, apre un fianco a incertezze e problemi pratici in un punto del sistema processuale in cui il requisito minimo dello Stato è quello di fornire la massima sicurezza e certezza possibile! Nel costituzionalismo moderno, non ci sarebbero problemi per la costituzionalizzazione del diritto processuale penale in questo settore<sup>71</sup>. Inoltre, i principali trattati internazionali sui diritti umani applicabili al Cile, ovvero sia la CADH

---

<sup>68</sup> Nel CPR 1980 troviamo pari tutela da parte della legge solo nell'esercizio dei propri diritti, il diritto alla difesa in giudizio, l'assistenza legale gratuita, il diritto all'intervento di un avvocato; perché il pronunciamento di un organo che esercita la giurisdizione deve fondarsi su un procedimento giuridico previo. La Proposta di CPR 2022, in sintesi, stabilisce: (i) il dovere di fornire all'imputato conoscenza del contenuto dell'accusa e dei retroscena che motivano l'indagine; (ii) il principio di innocenza (art. 111 lett. c); (iii) il diritto a rimanere in silenzio (art. 111 lett. f); e (iv) la garanzia del *ne bis in idem* (art. 111 lett. h)).

<sup>69</sup> A causa dei pericoli che questa delicata questione rappresenta per i diritti e le garanzie degli imputati e degli altri partecipanti, una nuova iniziativa costituzionale dovrebbe rendere esplicito che la rinuncia al processo orale lascia intatto il dovere di rispettare gli standard minimi del giusto processo durante le indagini e il successivo giudizio. Un altro modo per affrontare la questione sarebbe quello di stabilire direttamente un qualche tipo di clausola che vieti, ad esempio, l'imposizione di pene detentive senza processo orale. Apprezzo molto sul punto i suggerimenti ricevuti da Alejandra Olave Albertini.

<sup>70</sup> Sentenza CADH: Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala, para. 68. Si vedano altresì E. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *La correlación entre acusación y sentencia*, in ID. (a cura di), *Estudios de Derecho Procesal*, Pamplona, 1974, 510 ss.; M. ORTELLS RAMOS, *op. cit.*, 529 ss. Sul punto il riferimento bibliografico d'obbligo in Cile è C. DEL RÍO FERRETTI, *Los poderes de decisión del juez penal*, Santiago, 2009.

<sup>71</sup> P. LUCAS VERDU, *Curso de Derecho Político, volumen II. 3ª Edición*, Madrid, 1986, 663-684; R. GUASTINI, *La 'Constitucionalización' del ordenamiento jurídico: el caso italiano*, in M. CARBONELL SÁNCHEZ (a cura di), *Neoconstitucionalismo (s)*, Madrid, 2003, 49-74.



(art. 8 *Convención Americana sobre Derechos Humanos*) che il PIDCP (art. 14 *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*), hanno fissato lo standard anni fa, stabilendo un catalogo specifico di diritti e garanzie per la procedura penale. Allo stesso modo, la letteratura cilena sul giusto processo coincide con i diritti specifici della Proposta di CPR 2022<sup>72</sup>.

Dalla RCP 1980, l'idea di una clausola generale potrebbe essere recuperata, ma riorientata per stabilire che il diritto alla tutela giurisdizionale e al giusto processo riferito alla materia processuale penale non si esaurisce nel catalogo dei diritti e delle garanzie specifiche stabilite dalla Costituzione. Pertanto, non costituiscono un *numerus clausus*, ma piuttosto che ogni persona perseguita ha il diritto alla tutela giurisdizionale e al giusto processo in materia processuale penale. Questa formula consentirebbe alla Costituzione di accogliere nuovi diritti e garanzie specifici che possono essere aggiunti alle nozioni citate, sempre dinamiche e in evoluzione. In questo modo, infine, si lascia campo libero a un'interpretazione progressiva della Costituzione.

In ogni caso, è urgente superare il deficit di diritti e garanzie specifiche della procedura penale nella CPR 1980. Purtroppo, allo stato attuale delle cose, la mera invocazione della “procedura razionale ed equa” nelle nostre corti di giustizia finisce spesso per suonare troppo vacua e i nostri operatori del diritto sono costretti a compiere complesse operazioni giuridiche per sostenere le loro difese per la violazione del diritto alla tutela giurisdizionale e/o al giusto processo. Una di queste è l'invocazione dell'articolo 5, paragrafo 2, della CPR con l'obiettivo di fare riferimento alla CADH e al PIDCP<sup>73</sup>.

---

<sup>72</sup> H. NOGUEIRA ALCALÁ, *El debido proceso en la constitución y el sistema interamericano*, Santiago, 2007; G. CISTERNAS VELIS, *op. cit.*; C.M.F. TORO JUSTINIANO, *El debido proceso penal*, Santiago, 2009.

<sup>73</sup> Per rivolgersi alla CADH, ad esempio, devono invocare che detto strumento internazionale è applicabile in Cile in virtù del riferimento contenuto nell'art. 5° inc. 2° CPR 1980: “L'esercizio della sovranità riconosce come limitazione il rispetto dei diritti essenziali che emanano dalla natura umana. È dovere degli organi statali rispettare e promuovere tali diritti, garantiti da questa Costituzione, così come dai trattati internazionali ratificati dal Cile e in vigore.” Anche se questo strumento internazionale è effettivamente applicabile in Cile e si dice che i tribunali debbano effettuare un controllo di convenzionalità, siamo ancora in una fase di transizione in cui non mancano i casi in

Un'altra operazione è l'invocazione della giurisprudenza della CS o del TC<sup>74</sup>. Con la Proposta di CPR 2022, in sostanza, molti dei diritti e delle garanzie specifiche che fanno parte del giusto processo cessano di essere collocati in una modesta gerarchia infragiuridica, come accade ora con i richiami a quelle pronunce, per essere elevati al più alto rango costituzionale, che è quello che gli corrisponde.

Una nuova istituzionalità costituzionale deve fornire agli operatori della giustizia penale gli strumenti per poter svolgere le loro difese e risolvere i casi nel modo più rapido, semplice e migliore possibile. Con il sovraccarico di lavoro endemico del sistema giudiziario penale, non si possono continuare a tollerare carenze istituzionali di così grave entità in ambiti fondamentali e delicati come la denuncia di violazione della tutela giurisdizionale e del giusto processo. Se il sistema, nonostante i suoi problemi, funziona quotidianamente, lo si deve in gran parte all'investiva, agli sforzi e all'integrità personale dei suoi operatori. In definitiva, è bene ribadire che è giunto il momento che il sistema istituzionale faccia la sua parte e dia la massima sicurezza e certezza a questo tipo di ambiti dell'ordinamento giuridico, che finiscono per essere decisivi per la sorte di tutte le persone coinvolte nel conflitto penale.

### *5. Conclusioni e proposte*

Dal confronto tra i testi costituzionali della CPR 1980 e della Proposta CPR 2022 in riferimento alle basi costituzionali della persecuzione e del procedimento penale, si traggono le seguenti conclusioni:

- a) Entrambi i testi coincidono nelle basi costituzionali organiche riferite alla giurisdizione e ad altre questioni generali di rilevanza processuale penale. Questo è un dato importante, perché pur trattandosi di

---

cui ciò non viene realizzato, fatte salve le controversie che, malgrado gli sforzi della dottrina, possono essere riscontrate nella pratica circa l'osservanza della gerarchia di tali strumenti nel diritto interno.

<sup>74</sup> Purtroppo, non si tratta di un'operazione né risolutiva né soddisfacente. Gli operatori del sistema, invece di poter invocare la Costituzione in una sezione specifica e concreta, devono cercare di persuadere basandosi su fonti formali di diritto infralegale, in un contesto giuridico locale dove il sistema del precedente vincolante non opera.

strutture procedurali generali, esse ammettono anche di essere lette come garanzie delle persone riguardo alla funzione giurisdizionale. In questo ambito uno dei punti chiave è garantire l'indipendenza della magistratura esterna ed interna. A questo proposito, è urgente che una nuova iniziativa costituzionale escluda ogni dubbio e sospetto circa una possibile politicizzazione nella nomina dei giudici e nell'esercizio dei poteri disciplinari.

- b) Entrambi i testi, ma soprattutto la Proposta CPR 2022, mostrano la ricezione del principio accusatorio. Al riguardo, sia la normativa relativa al PM quanto quella della DPP pongono le basi per un procedimento penale che mira a garantire costituzionalmente e istituzionalmente la separazione delle funzioni e l'imparzialità del processo penale. L'idea di una DPP costituzionalmente autonoma con intervento precoce nel procedimento penale è replicabile in una nuova iniziativa costituzionale e rafforzerebbe il diritto al giusto processo in senso complessivo dell'intero procedimento penale.
- c) Per quanto riguarda le misure limitative della libertà personale, sia la CPR 1980 sia la Proposta di CPR 2022 non sembrano in grado di riconoscere veramente la presunzione di innocenza, nel momento in cui fanno riferimento al "pericolo per la sicurezza della società" come motivo di carcerazione preventiva nei termini di cui al precedente punto 4.3. La Proposta di CPR 2022 ruota attorno alla nozione teorico-procedurale di misura cautelare, stabilendo al riguardo dei limiti massimi. Occorre però aggiungere la giurisdizione delle misure cautelari, per escludere la possibilità che il legislatore stabilisca ipotesi di carcerazioni preventive automatiche a scapito dell'esercizio del potere giurisdizionale e della tutela dei diritti fondamentali che fanno capo al giudice.
- d) In questo scritto si sostiene che una nuova iniziativa costituzionale dovrebbe inserire nella Costituzione un catalogo di diritti e garanzie specifici relativi al procedimento penale, allo stesso modo della proposta di CPR 2022. Inoltre, propone di aggiungere il diritto dell'imputato a un giudizio in forma orale e stabilire le condizioni al ricorrere delle quali una rinuncia allo stesso sarebbe accettabile. A ciò si suggerisce di aggiungere anche il dovere di correlazione o di congruenza procedurale. Dalla CPR 1980, tuttavia, l'idea di una clauso-

la generica potrebbe essere recuperata, ma riorientata per stabilire che il diritto alla tutela giurisdizionale e al giusto processo riferito a questioni procedurali penali non si esaurisce nel catalogo dei diritti e delle garanzie stabiliti dal CPR 1980. Costituzione, ma, al contrario, è un catalogo aperto.

# FINALITÀ DELLA PENA NELLA PROPOSTA DI NUOVA COSTITUZIONE DEL 2022: PREVENZIONE DELLA VIOLENZA E DELLA CRIMINALITÀ E INSERIMENTO SOCIALE DEI CONDANNATI\*

*Mario Durán Migliardi*

SOMMARIO: 1. Introduzione. 2. La proposta costituzionale di prevenzione-integrazione della sanzione. 3. I valori e i principi della Proposta costituzionale che fanno da base alla tesi della prevenzione-integrazione della pena. 4. La prevenzione della violenza e della criminalità e i loro campi di applicazione: il diritto a vivere in ambienti sicuri e liberi dalla violenza. 5. L'integrazione e l'inserimento sociale delle persone, soprattutto dei condannati o sottoposti a misure di sicurezza e il ruolo dei tribunali dell'esecuzione della pena. 5.1. L'integrazione e l'inserimento sociale delle persone condannate o sottoposte a misure di sicurezza e il sistema carcerario. 5.2. Il ruolo nell'integrazione e nell'inserimento sociale delle persone condannate o sottoposte a misure di sicurezza dei nuovi Tribunali per l'esecuzione delle pene. 6. Conclusioni.

## *1. Introduzione*

Per la prima volta nella nostra storia costituzionale, una Proposta di Nuova Costituzione<sup>1</sup> affronta sistematicamente la questione dei fini della pena. In modo inedito, il testo del 2022 propone finalità più vicine all'idea moderna di giustificazione dello strumento penale mediante prevenzione-integrazione, allontanandosi non solo dalle tradizionali finalità prettamente retributive o di prevenzione generale negativa, tipi-

---

\* Traduzione dall'originale spagnolo di Emanuele Corn.

<sup>1</sup> Il testo definitivo della *nueva Constitución Política de la República*, proposto a metà del 2022 dalla *Convención Constitucional*, è disponibile alla pagina: <https://www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/2022/08/Texto-CPR-2022-entregado-al-Pdte-y-publicado-en-la-web-el-4-de-julio.pdf>.

che del nostro attuale ordinamento<sup>2</sup>, ma anche da proposte basate su una mera rieducazione intesa, erroneamente e ideologicamente, come risocializzazione<sup>3</sup>.

Al fine di cogliere e rendere possibili tali finalità, la proposta costituzionale fonda la tesi della prevenzione-integrazione sulla base di alcuni valori e principi costituzionali, cioè quelli che fanno da fondamento al modello stesso di Stato contenuto nella proposta, ovvero lo Stato Sociale e Democratico di Diritto.

Da questo fondamento scaturiscono i due grandi ambiti contemplati dalla proposta costituzionale di prevenzione-integrazione. Da un lato, la prevenzione della violenza e del crimine, il cui nucleo è racchiuso nel diritto di tutte le persone a vivere in ambienti sicuri e liberi dalla violenza. E dall'altra l'integrazione e l'inserimento sociale delle persone, soprattutto quelle condannate o sottoposte a misure di sicurezza, un ambito all'interno del quale la proposta costituzionale riserva un ruolo centrale ai nuovi Tribunali per l'esecuzione delle pene.

È in questo quadro, dunque, che il presente lavoro intende affrontare e sistematizzare, in primo luogo, la proposta costituzionale di prevenzione-integrazione della pena per poi analizzarne i valori e i principi costituzionali fondamentali, sintetizzati nel modello statale contenuto nella proposta. Verrà poi esaminata la prevenzione della violenza e della criminalità e i suoi campi di applicazione personale, territoriale e istituzionale, per terminare con lo studio dell'integrazione e dell'inserimento sociale delle persone (in particolare di quelle condannate o sottoposte a misure di sicurezza) e del loro rapporto con i nuovi Tribunali per l'esecuzione delle pene. Infine, verranno presentate alcune conclusioni generali.

---

<sup>2</sup> M. DURÁN, *Justificación y legitimación político-criminal de la pena. Concepto, criterios y orientaciones en la actual jurisprudencia nacional*, in *Revista Política criminal*, 8, 2009, p. A1. Disponibile in [www.politicacriminal.cl/n\\_08/a\\_1\\_8.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_1_8.pdf).

<sup>3</sup> M. DURÁN, *Constitución penal y teoría de la pena: apuntes sobre una relación necesaria y propuesta sobre un posible contenido desde la prevención especial*, in *Revista de Fundamentación Jurídica Dikaion*, Vol. 24, 2, 2015, p. 282 ss. Disponibile in: <http://www.scielo.org.co/pdf/dika/v24n2/v24n2a04.pdf>.

## *2. La proposta costituzionale di prevenzione-integrazione della sanzione*

Come anticipato, la proposta costituzionale stabilisce espressamente una finalità di prevenzione-integrazione della pena. A tal fine, non solo sancisce il diritto di ogni persona a vivere in ambienti sicuri e privi di violenza, ma obbliga anche lo Stato a predisporre politiche pubbliche al riguardo e organismi pubblici incaricati di generare azioni concrete relative alla prevenzione della violenza e della criminalità. Analogamente, la proposta sancisce il diritto di ogni persona privata della libertà all'inserimento e all'integrazione sociale, obbligando lo Stato a creare enti pubblici preposti al reinserimento sociale di questi soggetti.

Inoltre, la proposta impone che l'intero sistema delle sanzioni penali e delle misure di sicurezza sia organizzato sulla base del rispetto dei diritti umani, assegnandogli come obiettivo teleologico l'esecuzione della pena, l'integrazione e l'inserimento sociale della persona che sta scontando una pena.

In tal senso, l'articolo 53.1 afferma espressamente: «Diritto a vivere in ambienti sicuri e privi di violenza. È dovere dello Stato proteggere l'esercizio di questo diritto a tutti in modo equo, attraverso una politica di prevenzione della violenza e del crimine (...)». A sua volta, l'articolo 53.2, prescrive: «Le azioni di prevenzione, repressione e repressione dei reati, nonché di reinserimento sociale dei condannati, saranno sviluppate dagli enti pubblici (...)».

Da parte sua, l'articolo 32.1, sancisce che «Ogni persona privata della libertà ha diritto all'inserimento sociale e all'integrazione».

A sua volta, in ordine al regime generale, l'art. 337.1 stabilisce che

Il sistema di esecuzione delle sanzioni penali e delle misure di sicurezza sarà organizzato sulla base del rispetto dei diritti umani e avrà come obiettivi l'esecuzione della condanna e l'integrazione e l'inserimento sociale della persona che sta scontando una pena.

Infine, a questo proposito, come regola generale di applicazione della Proposta di Nuova Costituzione, va considerata la natura progressiva e non regressiva dei nuovi diritti e istituti che essa istituisce. Ovvero, come afferma espressamente l'art. 20 n° 1,

Lo Stato deve adottare tutte le misure necessarie per raggiungere progressivamente il pieno soddisfacimento dei diritti fondamentali. Nessuno di essi può avere carattere regressivo che ne diminuisca, ne pregiudichi o ne impedisca ingiustificatamente l'esercizio.

### *3. I valori e i principi della Proposta costituzionale che fanno da base alla tesi della prevenzione-integrazione della pena*

Come ho sopra indicato, la Proposta costituzionale sposa la tesi della prevenzione-integrazione sulla base di alcuni valori e principi costituzionali<sup>4</sup>, in sostanza quelli che fondano il passaggio verso il modello statale contenuto nella Proposta: lo Stato di Diritto Sociale e Democratico.

In tal senso, l'articolo 1 della proposta costituzionale stabilisce le strutture giuridico-sociali fondamentali rispetto a tale approccio, affermando che (art. 1.1) «Il Cile è uno Stato sociale e democratico governato dalla legge. È plurinazionale, interculturale, regionale ed ecologico».

Nello stesso senso, il suo c. 2 aggiunge una serie di valori quadro di carattere generale che devono essere considerati nella definizione della finalità di prevenzione-integrazione della pena. Pertanto, la norma (art. 1.2) indica che il Cile

È costituito come repubblica solidale. La sua democrazia è inclusiva ed equa. Riconosce la dignità, la libertà, l'uguaglianza sostanziale degli esseri umani e il loro rapporto indissolubile con la natura come valori intrinseci e irrinunciabili.

Da parte sua, al suo n. 3, l'articolo stabilisce un esplicito riconoscimento dei valori che guidano la Repubblica e generano il suo dovere di promozione sociale, vale a dire i diritti umani, affermando, all'art. 3.1:

I diritti umani individuali e collettivi sono il fondamento dello Stato e guidano tutta la sua attività. È dovere dello Stato generare le condizioni necessarie e fornire i beni e i servizi per assicurare l'eguale godimento

---

<sup>4</sup> In proposito, si veda il Capitolo II della Proposta, intitolato *Diritti fondamentali e garanzie*, artt. 17 e ss.



dei diritti e l'integrazione delle persone nella vita politica, economica, sociale e culturale per il loro pieno sviluppo<sup>5</sup>.

A sua volta, l'articolo 14 obbliga lo Stato del Cile a

promuovere e rispettare la democrazia, riconoscere e proteggere i diritti umani, l'inclusione, l'uguaglianza di genere, la giustizia sociale, il rispetto della natura, la pace, la convivenza e la soluzione pacifica dei conflitti da attuarsi tramite il riconoscimento, il rispetto e la promozione dei diritti dei popoli e delle nazioni indigene e tribali in conformità con il diritto internazionale dei diritti umani.

Parimenti, in termini più generali ma non meno importanti, sono degni di nota quei valori e principi costituzionali, che concorrono anche a determinare e delimitare il contenuto della finalità della pena, osservati nell'ottica di un moderno concetto di uguaglianza. Si tratta dell'art. 4, che afferma che «Le persone nascono e rimangono libere, interdipendenti ed eguali in dignità e diritti». Come anche dell'articolo 25.1, che definisce l'uguaglianza formale, sostanziale e la non discriminazione, statuendo che

Ogni persona ha diritto all'uguaglianza, che comprende l'uguaglianza sostanziale, l'uguaglianza davanti alla legge e la non discriminazione. È compito dello Stato garantire la parità di trattamento e di opportunità. In Cile non esiste una persona o un gruppo privilegiato. Tutte le forme di schiavitù sono proibite.

E ricordando nel suo n° 2 che

lo Stato garantisce l'uguaglianza sostanziale a tutte le persone, quale garanzia del riconoscimento, del godimento e dell'esercizio dei diritti fondamentali, nel pieno rispetto della diversità, dell'inclusione sociale e dell'integrazione.

In materia di sanzioni, l'articolo 112 della Proposta mantiene, riconosce e sviluppa il tradizionale principio di legalità dei delitti e delle

---

<sup>5</sup> Cfr. X. MARCAZZOLO AWAD, *La relación entre el sistema de Derecho penal y los Derechos Humanos*, in C. CABEZAS, E. CORN (a cura di), *Derecho penal y nueva Constitución*, Santiago, 2021, p. 63 ss.

pene<sup>6</sup>, sebbene, per sottolineare il disvalore dei comportamenti ritenuti particolarmente lesivi dall'Assemblea costituente, aggiunga nell'articolo 172 quale pena speciale di carattere generale, che

Non possono essere eleggibili a cariche pubbliche o a elezioni popolari le persone condannate per delitti contro l'umanità, reati sessuali e violenza intrafamiliare, quelle legate alla corruzione quali frode fiscale, riciclaggio di denaro, concussione, appropriazione indebita di fondi pubblici e ogni altro che la legge stabilisca.

#### *4. La prevenzione della violenza e della criminalità e i loro campi di applicazione: il diritto a vivere in ambienti sicuri e liberi dalla violenza*

La Proposta di Nuova Costituzione, in modo originale e per la prima volta, si fa carico del problema della prevenzione della violenza e della criminalità nella società, concettualizzandolo come un diritto (art. 53).

Per renderla applicabile ed esigibile, postula una sfera di tutela dalla violenza che comprende tanto quella pubblica quanto quella privata, dagli atti in ambito familiare, statale o sociale (art. 26); non importando che provenga da persone fisiche, enti o agenti dello Stato (art. 27); includendo il contesto educativo (art. 35) e sessuale (artt. 40 e 61) e comprendendo sia l'ambiente cittadino (art. 52), che il territorio rurale (art. 242) e persino il mondo digitale (art. 89). Tra i beneficiari della tutela rientrano tutte le persone (art. 53) ma soprattutto le ragazze, i ragazzi e gli adolescenti (art. 26); le donne e le ragazze rurali (art. 242) e le persone con diversità e dissidenza sessuale e di genere (art. 27). Si stabilisce, ancora a fine di prevenzione, non solo l'obbligo di creare meccanismi, sistemi e politiche pubbliche, ma si attribuisce esplicitamente a una serie di istituzioni ed enti pubblici l'incarico di promuovere, eseguire e coordinare tali politiche, meccanismi o attività specifiche, necessari per garantire questo diritto rilevante (artt. 287 lett. k); 296; 297; 334; 335, tra gli altri che di seguito si indicano).

---

<sup>6</sup> In proposito, si vedano nel Capitolo II della Proposta, intitolato *Diritti fondamentali e garanzie*, le norme relative all'accesso alla giustizia, al giusto processo, alle garanzie processuali e a quelle penali, in particolare artt. 108-113.

Pertanto, è in questo senso che l'articolo 53.1 stabilisce il «diritto a vivere in ambienti sicuri e privi di violenza» e aggiunge che

è dovere dello Stato proteggere l'esercizio di questo diritto a tutte le persone in modo equo, attraverso una politica di prevenzione della violenza e della criminalità che tenga conto soprattutto delle condizioni materiali, ambientali, sociali e del rafforzamento comunitario dei territori.

Con ciò, oltre all'importante riconoscimento di questo nuovo diritto, si ha una modifica di valore normativo della prospettiva del concetto di pubblica sicurezza. Questo non è più inteso in modo astratto e formale per diventare una questione oggettiva e più vicina alla realtà materiale delle persone e delle loro comunità, dove – nella prospettiva della Proposta – sono fondamentali la prevenzione della violenza e della criminalità per rafforzare la dignità delle persone e delle loro comunità. Pertanto, viene riconosciuta e rafforzata la prevenzione socio-culturale della violenza e della criminalità attorno a valori comuni.

Coerentemente con quanto sopra, l'art. 52.1 stabilisce il diritto alla città e al territorio come «un diritto collettivo orientato al bene comune» che si fonda «sul pieno esercizio dei diritti umani nel territorio, sulla sua gestione democratica e nella funzione sociale ed ecologica del bene». Pertanto, come prescrive il suo n° 2 «ognuno ha il diritto di abitare, produrre, godere e partecipare a città e insediamenti umani liberi dalla violenza e in condizioni adeguate a una vita dignitosa». Questa nozione si estende oltre le grandi città, poiché l'articolo 242 stabilisce che

lo Stato adotterà le misure necessarie per prevenire la violenza e superare le disuguaglianze affrontate dalle donne e dalle ragazze rurali, promuovendo l'attuazione di politiche pubbliche che garantiscano il godimento egualitario dei diritti che la Costituzione consacra.

Per quanto riguarda le persone, l'articolo 26.1 riconosce che le ragazze, i ragazzi e gli adolescenti sono titolari dei diritti stabiliti dalla Costituzione e nei trattati internazionali sui diritti umani ratificati e in vigore in Cile, riconoscendo al n° 4 protezione «contro ogni forma di

violenza, maltrattamento, abuso, sfruttamento, molestia e negligenza». Aggiunge in questa linea che

lo sradicamento della violenza contro i bambini è della massima priorità per lo Stato e per questo progetterà strategie e azioni per affrontare situazioni che implicano una compromissione della loro integrità personale, sia che la violenza provenga dalle famiglie, dallo Stato o da terzi.

A tutela di quanto sopra, tale provvedimento (art. 26.5), stabilisce l'obbligo di creare

un complesso sistema di tutela delle garanzie dei diritti delle ragazze, dei ragazzi e degli adolescenti, attraverso il quale stabilirà specifiche responsabilità dei poteri e degli organi dello Stato, il loro dovere di lavoro intersettoriale e coordinato per garantire la prevenzione della violenza contro di loro e la promozione e l'effettiva tutela dei loro diritti. Attraverso questo sistema, lo Stato assicurerà che, in caso di minaccia o violazione dei diritti, vi siano meccanismi per il loro reintegro, sanzione e riparazione.

Inoltre, l'articolo 27.1 riconosce che

tutte le donne, ragazze, adolescenti e persone con diversità e dissidenza sessuale e di genere hanno diritto a una vita libera dalla violenza di genere in tutte le sue manifestazioni, sia nella sfera pubblica che in quella privata, sia che provenga da individui, istituzioni o agenti dello Stato

stabilendo al suo n° 2 che

lo Stato deve adottare le misure necessarie per sradicare ogni tipo di violenza di genere e i modelli socioculturali che la rendono possibile, agendo con la dovuta diligenza per la sua prevenzione, indagine e punizione, nonché fornendo assistenza, protezione e riparazione integrale alle vittime, soprattutto in considerazione delle situazioni di vulnerabilità in cui possono trovarsi.

Da parte sua, per quanto riguarda l'ambiente educativo, l'art. 35, che regola il diritto di tutti all'educazione, stabilisce al n° 3 tra le finalità dell'educazione «la prevenzione della violenza e della discriminazione». Nello stesso senso, l'articolo 40, che regola il diritto di ogni perso-

na a ricevere un'educazione sessuale completa, stabilisce che essa dovrebbe promuovere, tra l'altro, la prevenzione della «violenza di genere e sessuale». In relazione a quanto sopra, l'articolo 61, che indica il contenuto dei diritti sessuali e riproduttivi, prescrive che «ne sia garantito l'esercizio libero da violenza e ingerenza da parte di terzi, siano essi persone fisiche o istituzioni».

Infine, la Proposta non tralascia una sfera altamente sensibile di sviluppo delle relazioni sociali presenti e future, quale è il mondo virtuale o digitale, prescrivendo all'articolo 89.1 che «ognuno ha diritto a partecipare a uno spazio digitale libero dalla violenza», pertanto «lo Stato svilupperà azioni per prevenire, promuovere, riparare e garantire tale diritto, concedendo una protezione speciale a donne, ragazze, ragazzi, adolescenti e diversità e dissidenza sessuale e di genere».

#### *4.1. Meccanismi istituzionali per promuovere e tutelare il diritto a vivere in ambienti sicuri e liberi dalla violenza*

Nonostante queste importanti affermazioni, ciò che è rilevante evidenziare su questa visione sistematica della sicurezza pubblica e del diritto a vivere senza violenza della Proposta Costituzionale è che, oltre alla serie di meccanismi, sistemi e politiche pubbliche per la prevenzione della violenza che essa stabilisce, al tempo stesso, definisce le istituzioni e le organizzazioni pubbliche incaricate di promuovere, attuare e coordinare tali politiche.

In tal senso, a livello statale, l'art. 287, che stabilisce e disciplina i poteri presidenziali<sup>7</sup>, nella sua lettera k) include quello di «assistere alla pubblica sicurezza e nominare e revocare i membri dell'alto comando di polizia». A sua volta, la Proposta costituzionale attribuisce a queste materie un'importanza tale che l'art. 296.1 vincola la Presidenza della Repubblica a esercitare l'azione di promozione della sicurezza pubblica tramite un ministero a ciò delegato. Parimenti si dispone, all'art. 296.2, per la prima volta a livello costituzionale, che «i criteri di disposizione, organizzazione e ripartizione della polizia saranno stabiliti nel Piano di

---

<sup>7</sup> In proposito, si veda il Capitolo VIII della Proposta, intitolato *Potere esecutivo*, artt. 279 e ss.

Politica nazionale di pubblica sicurezza», essendo la legge a dover poi regolare

la validità, la portata e i meccanismi di elaborazione e approvazione di tale Piano, che dovrà includere la prospettiva del genere e dell'interculturalità e il pieno rispetto del diritto internazionale e dei diritti fondamentali.

Insieme a quanto sopra, la Proposta non solo affronta la pubblica sicurezza dall'alto dell'ambito istituzionale dello Stato, ma intende anche avvicinarla all'ambito più vicino alla cittadinanza, poiché a livello comunale<sup>8</sup> l'art. 202 (dedicato alle competenze dei comuni autonomi), nella lettera s), colloca la funzione di «promozione della sicurezza dei cittadini».

Da parte sua, negli aspetti più amministrativi e operativi, l'art. 297.1 prevede che

le diverse polizie dipendono dal ministero preposto alla pubblica sicurezza e sono istituzioni di polizia, non militari, di natura centralizzata, con giurisdizione su tutto il territorio del Cile, e hanno lo scopo di garantire la sicurezza pubblica, dare effettività alla legge e tutelare i diritti fondamentali, nell'ambito delle loro competenze<sup>9</sup>.

In ambito giurisdizionale, la Proposta costituzionale, all'articolo 318.1, stabilisce che

per eseguire le deliberazioni o compiere gli atti determinati dalla legge, i tribunali possono impartire ordini diretti o istruzioni alla forza pubblica. Questa dovrà ottemperare al mandato con sollecitudine, senza poterne qualificare il fondamento, l'opportunità o la legalità<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> In proposito, si veda il Capitolo VI della Proposta, intitolato *Stato regionale e organizzazione territoriale*; il paragrafo relativo ai comuni autonomi si trova agli artt. 201 ss.

<sup>9</sup> In proposito, si veda il Capitolo VIII della Proposta, intitolato *Potere esecutivo*, artt. 279 ss.

<sup>10</sup> In proposito, si veda il Capitolo IX della Proposta, intitolato *Sistema di Giustizia*, artt. 307 ss.

Nuovo, al riguardo, è quanto stabilisce la Proposta costituzionale in materia di giustizia di vicinato<sup>11</sup> che, ai sensi dell'articolo 334.1, è costituita dai tribunali di vicinato e dai centri di giustizia di vicinato. In base al n° 2

in ogni comune del paese che è sede di municipio vi sarà almeno un tribunale di vicinato che eserciterà la funzione giurisdizionale rispetto a tutte quelle controversie giudiziarie che sorgono a livello comunale che non sono di competenza di altro tribunale e le altre materie a esso affidate dalla legge, secondo un procedimento breve, orale, semplice e spedito.

I centri di giustizia di vicinato, dal canto loro, come previsto dall'art. 335.1

Sono organi incaricati di promuovere la soluzione di conflitti di vicinato e di limitare l'ammontare dentro una comunità stabilita dalla legge, agendo sulla base del dialogo sociale, la pace e la partecipazione delle parti coinvolte. La loro installazione dovrebbe essere prioritaria nelle aree rurali e in luoghi lontani dalle aree urbane.

La loro funzione essenziale, secondo il n° 2, è «di guidare e informare il pubblico in materia giuridica, facendo i necessari rinvii, nonché esercitando le altre funzioni che la legge gli affida». Con queste funzioni, si segnala come questi organi possono svolgere un importante ruolo preventivo, canalizzando e guidando soluzioni a problemi legati alla sicurezza pubblica.

Parimenti, nell'ambito dell'azione penale propriamente tale, seguendo un filone analogo all'attuale legge fondamentale, l'art. 365.6 stabilisce che

Il Pubblico Ministero potrà impartire ordini direttamente alle Forze dell'Ordine e della Sicurezza Pubblica per esercitare le sue funzioni, potendo inoltre partecipare sia alla definizione di mete e obiettivi sia alla valutazione del rispetto di tutti gli stessi. L'autorità di polizia richiesta deve senza ulteriori indugi conformarsi a detti ordini e non può sinda-

---

<sup>11</sup> Sempre all'interno del Capitolo IX gli articoli dedicati alla Giustizia di vicinato sono: 327, 334 e 335.

carne il fondamento, l'opportunità, la giustizia o la legalità, se non per esigere l'esibizione, se non verbale, dell'autorizzazione giudiziaria<sup>12</sup>.

Infine, quale pratica e concreta misura attuativa, la Proposta Costituzionale obbliga lo Stato a garantire (art. 51.4) «la creazione di centri di accoglienza in casi di violenza di genere e altre forme di violazione dei diritti, secondo quanto stabilisca la legge».

*5. L'integrazione e l'inserimento sociale delle persone, soprattutto dei condannati o sottoposti a misure di sicurezza e il ruolo dei tribunali dell'esecuzione della pena*

L'integrazione delle persone, il loro inserimento o reinserimento è un tema che anche la Proposta di Nuova Costituzione affronta sistematicamente. Il suo nucleo normativo centrale è costituito, come si è detto, dall'art. 1 n°3 che al riguardo dispone espressamente:

[...] è dovere dello Stato predisporre le condizioni necessarie e fornire beni e servizi al fine di assicurare pari godimento dei diritti e integrazione delle persone nella vita politica, economica, sociale e culturale per il loro pieno sviluppo.

Nello stesso senso, l'art. 25 n°2 sottolinea il contenuto e la portata della garanzia, affermando che «Lo Stato garantisce a ogni persona l'uguaglianza sostanziale, a garanzia del riconoscimento, del godimento e dell'esercizio dei diritti fondamentali, nel pieno rispetto della diversità, inclusione sociale e integrazione».

Quale norma speciale, relativa ai casi più gravi di sradicamento, disgregazione o mancato inserimento sociale, è posto l'art. 63 che proibisce la schiavitù, i lavori forzati, la servitù e la tratta di persone in ogni sua forma, stabilendo che «Lo Stato adotterà una politica di prevenzione, sanzione e sradicamento di tali pratiche. Parimenti, garantirà la tute-

---

<sup>12</sup> In proposito, si veda il Capitolo X della Proposta, intitolato *Organismi costituzionali autonomi*; gli articoli dedicati al Pubblico Ministero sono gli artt. 365 ss.



la, il pieno ripristino dei diritti, la riparazione e il reinserimento sociale delle vittime»<sup>13</sup>.

Parimenti, in questo speciale campo di applicazione, la norma stabilisce una rilevante novità in relazione alle persone senza fissa dimora, in quanto attribuisce al comune, quale unità amministrativa più elementare e più vicina alla cittadinanza, una speciale competenza per la predisposizione di pubbliche politiche al riguardo. Ciò significa che spetta al comune autonomo, come prescritto dall'art. 202 lett. p), «la promozione del reinserimento e della reintegrazione delle persone senza fissa dimora che lo richiedano, mediante la progettazione, il coordinamento e l'esecuzione di programmi a tal fine».

Infine, la norma fondamentale proposta riconosce e concede allo sport un ruolo fondamentale in questa materia socio-culturale, prescrivendo all'art. 60 n° 2 che «Lo Stato riconosce la funzione sociale dello sport, in quanto consente la partecipazione collettiva, l'associatività, integrazione e inserimento sociale, nonché il mantenimento e il miglioramento della salute».

---

<sup>13</sup> Quanto alle vittime che hanno sofferto di violazioni ai diritti umani e crimini contro l'umanità, l'art. 24.1 dispone: «Le vittime e la comunità hanno diritto al chiarimento e alla conoscenza della verità rispetto alle gravi violazioni dei diritti umani, specialmente quando costituiscono crimini di lesa umanità, crimini di guerra, genocidio o esproprio territoriale. 2. La sparizione forzata, la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti, i crimini di guerra, i crimini di lesa umanità, il genocidio e il crimine di aggressione sono imprescrittibili e inamnestiabili. 3. È obbligo dello Stato prevenire, investigare, sanzionare e impedire l'impunità. Tali crimini devono essere indagati d'ufficio, con la dovuta diligenza, serietà, rapidità, indipendenza e imparzialità. L'indagine di questi fatti non sarà suscettibile di impedimento alcuno. 4. Le vittime di violazioni di diritti umani hanno diritto a una riparazione integrale. 5. Lo Stato garantisce il diritto alla memoria e la sua relazione con le garanzie di non ripetizione, i diritti alla verità, alla giustizia e alla riparazione integrale. È dovere dello Stato preservare la memoria e garantire l'accesso agli archivi e ai documenti, nei loro differenti supporti e contenuti».

### *5.1. L'integrazione e l'inserimento sociale delle persone condannate o sottoposte a misure di sicurezza e il sistema carcerario*

Per quanto riguarda l'integrazione e l'inserimento sociale delle persone condannate o sottoposte a misure di sicurezza, in generale, si può affermare che la Proposta costituzionale prevede espressamente, all'art. 30.1, una norma di interpretazione dell'esecuzione della pena direttamente collegata alle sue finalità. Detta norma generale afferma che «Ogni persona sottoposta a qualsiasi forma di privazione della libertà non può subire limitazioni di diritti diversi da quelli strettamente necessari per l'esecuzione della pena».

In particolare, la finalità dell'integrazione e dell'inserimento sociale della pena detentiva è espressamente indicata nell'art. 32.1, in base al quale «Ogni persona privata di libertà ha diritto all'inserimento e all'integrazione sociale». Si aggiunge subito dopo una definizione della finalità e del modello del sistema penitenziario che, per la prima volta, viene proposto a livello costituzionale, osservando che «è compito dello Stato garantire un sistema penitenziario orientato a tale fine».

Inoltre, l'articolo 32.2, trattando gli aspetti istituzionali e gli ambiti di lavoro di un tale sistema penitenziario, stabilisce che «Lo Stato creerà organismi che, con personale civile e tecnico, garantiscano l'inserimento e l'integrazione penitenziaria e post-penitenziaria delle persone private della libertà», aggiungendo che «la sicurezza e l'amministrazione di queste strutture saranno regolate dalla legge». Con ciò, la Proposta innova non solo nella definizione per il Paese di un sistema carcerario ai fini dell'inserimento e integrazione della pena detentiva ma, per la prima volta, costituendo un obbligo di inserimento e integrazione post-penitenziaria nei confronti delle persone private della libertà.

In relazione alle condizioni necessarie o ai requisiti minimi che le strutture del sistema penitenziario devono soddisfare per rendere conto delle loro finalità, l'art. 338.2 prescrive che «Per l'inserimento, l'integrazione e il recupero delle persone private della libertà, gli istituti devono disporre di spazi per lo studio, il lavoro, lo sport, le arti e le culture».

Parimenti, nel caso di donne, gestanti e madri di bambini private della libertà o siano sottoposte a qualche misura di sicurezza o siano soggette al regime post-carcerario, l'art. 338.3 obbliga espressamente lo

Stato ad adottare «le misure necessarie, quali infrastrutture e attrezzature, tanto per il regime chiuso, quello aperto e quello di controllo post-carcerario».

Come norma generale valutativa e limitativa, viene ribadito il profondo legame delle finalità prospettate dalla pena con il totale rispetto dei diritti umani dei detenuti e delle persone sottoposte a misure di sicurezza, siano essi sanciti dalla stessa Costituzione o riconosciute grazie ai vari trattati e strumenti internazionali sui diritti umani ratificati dallo Stato del Cile. In questo preciso senso, l'art. 337.1 stabilisce che

Il sistema di esecuzione delle sanzioni penali e delle misure di sicurezza si organizzerà sulla base del rispetto dei diritti umani e avrà come obiettivi l'esecuzione stessa della condanna e l'integrazione e l'inserimento sociale di colui che sta scontando una pena.

Nel n°2 si legge che

È dovere dello Stato, nella sua particolare posizione di garante nei confronti delle persone private della libertà, assicurare la protezione e l'effettivo esercizio dei loro diritti fondamentali sanciti dalla presente Costituzione e dagli accordi internazionali trattati e strumenti sui diritti umani.

Parimenti – e conseguentemente con quanto precede – l'art. 31.1 riconosce alle persone private della libertà il «diritto di proporre all'autorità penitenziaria e al tribunale dell'esecuzione della pena istanze per la tutela dei propri diritti e ricevendone opportuno riscontro».

Come regola di chiusura degli aspetti istituzionali dell'ordinamento penitenziario, l'articolo 338.1, prescrive che «Solo lo Stato può eseguire le pene e le altre misure privative della libertà, attraverso pubbliche istituzioni appositamente create. Questa funzione non può essere assolta dai privati». Ciò ha lo scopo di vietare e al tempo stesso impedire la proliferazione del sistema penitenziario in concessione e la partecipazione di soggetti privati nell'amministrazione, nell'esecuzione o nel controllo del sistema penitenziario o di qualsiasi altro meccanismo che implichi l'esecuzione di misure detentive.

*5.2. Il ruolo nell'integrazione e nell'inserimento sociale delle persone condannate o sottoposte a misure di sicurezza dei nuovi Tribunali per l'esecuzione delle pene*

Nell'ambito della Proposta di Nuova Costituzione, l'obiettivo dell'integrazione e dell'inserimento sociale delle persone condannate o sottoposte a misure di sicurezza è così importante che in esso si prevede la creazione, per la prima volta nell'ordinamento penale cileno, di Tribunali per l'esecuzione delle pene.

Tali Tribunali, come prescritto dall'articolo 331.1, «sono Tribunali di istanza» e la loro funzione e finalità, ai sensi dell'art. 336.1, è assicurare

i diritti fondamentali delle persone condannate o sottoposte a misure di sicurezza, in accordo con quanto riconosciuto in questa Costituzione e nei trattati e negli strumenti internazionali sui diritti umani, promuovendone l'integrazione e l'inserimento sociale.

Riguardo alla loro competenza, l'art. 336.2 prevede che

eserciteranno funzioni giurisdizionali in materia di esecuzione delle pene e misure di sicurezza, controllo giurisdizionale della potestà disciplinare delle autorità penitenziarie, protezione dei diritti e dei benefici degli interni e quanto d'altro stabilisca la legge.

Con la creazione dei Tribunali di esecuzione penitenziaria, oltre a dare spazio a un nuovo rappresentante del potere giudiziario nel sistema penitenziario, il progetto della nuova costituzione avanza enormemente nel compito essenziale di tracciare una netta differenza tra la sfera amministrativo-penitenziaria e la sfera giurisdizionale. Pertanto, questo nuovo organo giurisdizionale, ferma restando la necessaria collaborazione con l'amministrazione penitenziaria, è chiamato a esercitare su di esso non solo il dovuto controllo, ma anche la tutela dei diritti e dei benefici dei detenuti, sulla base dei suoi nuovi poteri e funzioni costitu-

zionali<sup>14</sup>. Ciò è tanto vero in quanto, dato l'aumento di funzioni attribuite al giudice di cognizione, vale a dire il Tribunale Penale Orale e dato l'eccesso di funzioni, obblighi e compiti del giudice di istruzione o di preparazione del processo, vale a dire il Giudice di Garanzia, allo stato attuale è per loro difficile, quando non esplicitamente impedito, occuparsi con la dovuta diligenza di tali questioni<sup>15</sup>.

## 6. Conclusioni

Dallo sviluppo e dall'analisi delle predette norme si può concludere che la Proposta costituzionale che fu presentata alla sua approvazione da parte dei cittadini il 4 settembre 2022:

1. Affronta sistematicamente la finalità dell'esecuzione della pena detentiva e delle misure di sicurezza attraverso una nozione teleologica che può essere sintetizzata nella seguente frase: «prevenzione della violenza e della criminalità e integrazione e inserimento sociale delle persone condannate o sottoposte a misure di sicurezza», creando allo scopo non solo un vero e proprio sistema penitenziario, ma anche nuovi Tribunali per l'Esecuzione delle pene.
2. Che il concetto di finalità della sentenza postulata è costruito e basato sul modello di Stato che la Proposta contiene, cioè lo Stato di diritto sociale e democratico, nonché su alcuni valori e principi che essa sostiene: promozione e rispetto della democrazia, riconoscimento e tutela dei diritti umani, inclusione, uguaglianza di genere, giustizia sociale, rispetto della natura, pace, convivenza e soluzione pacifica

---

<sup>14</sup> M. DURÁN, *Definiciones previas para la construcción de un moderno Derecho Penitenciario en Chile*, in *Revista de Ciencias Penales*, Volumen XLIII, n° 3, 2016, p. 77 ss.

<sup>15</sup> M. DURÁN, *Recomendaciones y propuestas para una reforma penitenciaria. Apuntes para su sistematización y delimitación*, in *Revista de Derecho. P. U. Católica de Valparaíso*, Vol. LIV, 2020, p. 151 ss. Disponibile in: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512020005000104>; ID., *Derecho Penitenciario y ejecución de la pena: propuesta de delimitación conceptual y de contenidos en el marco del modelo teleológico-funcional sobre el fin de la pena*, in *Revista de Derecho. Universidad de Concepción*, n° 247, 2020, p. 117 ss. Disponibile in: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/revderudec/v88n247/0718-591X-revderudec-88-247-117.pdf>.

dei conflitti e con il riconoscimento, il rispetto e la promozione dei diritti di nazioni e popoli indigeni e tribali in conformità con il diritto internazionale dei diritti umani (art. 14).

3. L'obiettivo dei fini della pena stabilita nella Proposta costituzionale è chiaramente quella di limitare lo *ius puniendi* dello Stato<sup>16</sup>.
4. La Proposta comprende che la violenza e la criminalità sono dolorosi problemi interpersonali e comunitari. Pertanto, la loro prevenzione è diretta a incidere sulla loro origine sociale e comunitaria.
5. Lo scopo di prevenzione (general-positiva) della Proposta è di affermare e garantire regole basilari di convivenza e valori fondamentali, con l'obiettivo di sottolinearne l'importanza ed esprimere la serietà della loro tutela da parte del mandato normativo, educando la comunità a rispettarli e assumerli come propri. Per questo l'umanizzazione dell'esecuzione della pena, oltre a muoversi nel campo dei diritti umani e della dignità del detenuto, presuppone un sostegno indiretto al mantenimento dell'ordine sociale ed economico e alla sicurezza dello Stato.
6. Il sistema di esecuzione delle sanzioni (pene e misure di sicurezza) ha come obiettivi l'esecuzione della pena e l'integrazione e l'inserimento sociale della persona che sta scontando una pena (art. 337).
7. L'integrazione e l'inserimento (prevenzione speciale o individuale) non sono rivolti alla generalità dei cittadini, bensì all'autore del reato, il soggetto attivo che deve sopportare l'onere o il male che costituisce la pena o la misura di sicurezza specifica e individualizzata.
8. La Proposta costituzionale non parla di risocializzazione ma di integrazione o inserimento: non è l'imposizione di un modello o di un'ideologia, bensì la consegna delle basi valoriali per l'autorealizzazione o il libero autosviluppo dell'individuo o, almeno, degli strumenti che impediscono al soggetto di vedere peggiorare il proprio stato di socializzazione a seguito dell'intervento penale.
9. L'integrazione e l'inserimento sociale delle persone condannate o sottoposte a misure di sicurezza, anche se è un fine, non è l'unico. Non è un diritto soggettivo, ma un principio programmatico che de-

---

<sup>16</sup> M. DURÁN, *Teoría de la pena y constitución penal. Apuntes sobre una relación necesaria y propuesta sobre un posible contenido*, in E. CARRASCO (a cura di), *Libro Homenaje al prof. Dr. Hernán Hormazabal Malaree*, Santiago, 2015, p. 663 ss.

ve guidare tutta la politica penale e penitenziaria. Non si limita alle pene detentive, include le misure di sicurezza. Non è solo specifico del momento dell'esecuzione, ma anche di quello della previsione legale e della determinazione giudiziale della pena.

10. Le nuove ed esplicite finalità della pena detentiva implicano un profondo mutamento giuridico-culturale del quale la Proposta si fa carico tramite diverse normative rivolte alla persona, alla famiglia, all'educazione, alla società, allo Stato e ai suoi agenti.
11. La Proposta costituzionale implica anche una sfida nella formazione dei giuristi, per la generazione delle norme giuridiche e per la loro applicazione giurisdizionale e amministrativa.





# DIGNITÀ UMANA, PRIGIONE E CARCERAZIONE DI MASSA

*Silvio Cuneo Nash  
Nicole Selamé Gléna*

SOMMARIO: *1. Introduzione. 2. La carcerazione di massa. 3. Carcerazione di massa in Cile. 4. Proposta. 5. Conclusioni.*

## *1. Introduzione*

Diverse costituzioni prevedono disposizioni di carattere penale o procedurale-penale tendenti a limitare l'esercizio del potere punitivo, e, di conseguenza, a proteggere la dignità e i diritti di coloro che affrontano un procedimento penale e di coloro che vengono condannati. Norme costituzionali che proibiscono una duplice condanna per lo stesso reato, che stabiliscono il carattere personale delle sentenze o che, come la costituzione italiana, escludono trattamenti contrari al principio di umanità, cercano di proteggere il cittadino attraverso l'imposizione di limiti al legislatore, in modo che questi non possa, magari al fine di conseguire consenso elettorale, disconoscere la dignità del condannato, violando le garanzie fondamentali nel momento in cui vengono contemplate sentenze incompatibili con il rispetto dei diritti umani.

In via preliminare, crediamo che norme come quelle già citate incontrino due tipi di problemi. Innanzitutto, sappiamo che l'esistenza di una disposizione costituzionale non cambia la realtà e, perciò, la disposizione che richiede che i condannati siano trattati umanamente non comporta un miglioramento delle condizioni. Quantomeno dal punto di vista di chi è privato della libertà, certo non si può dire che il linguaggio crei la realtà, per cui i dettami costituzionali risultano persino burleschi e offensivi per coloro che dalla loro cella solitaria e silenziosa, o sovraffollata e rumorosa, sentono che la loro vita non merita di essere vissuta. D'altra parte, i principi penali e procedurali-penali sanciti dalla costitu-

zione devono avere un significato nel momento preciso in cui viviamo. Pertanto, i postulati del liberalismo illuminato sono insufficienti di fronte ai giganteschi livelli di reclusione delle società odierne.

Oggi più che mai, nell'era della carcerazione di massa, è necessario stabilire dei limiti al potere punitivo e non è sufficiente che tali limiti abbiano un contenuto solamente qualitativo. In questo senso, la nuova Costituzione cilena deve essere una costituzione che pone dei limiti. Limiti al potere statale e soprattutto punitivo. La nuova Costituzione deve riconoscere ai cittadini la condizione di persone con dignità e diritti e non la condizione di sudditi, capri espiatori, né soggetti controllati e controllabili; perciò, deve fermare o limitare al massimo la crudele e inutile tendenza a rinchiudere sempre più persone, aggravando così le condizioni dei detenuti. Questo è essenziale, poiché se le costituzioni non riescono a cambiare la realtà carceraria, forse è più opportuno concentrarsi sull'unica cosa possibile, cioè sul porre dei limiti al ricorso sempre più frequente della carcerazione.

Se le costituzioni dei regimi totalitari utilizzano il diritto penale e la pena come strumenti al servizio dell'oppressione e come una macchina di terrore, una Costituzione democratica deve consacrare, proteggere e garantire le libertà individuali. Deve fornire linee guida obbligatorie e vincolanti per liberare la legge da arbitrarietà e abusi di potere, soprattutto nel campo in cui lo Stato risulta più invasivo nei confronti dell'individuo, cioè il diritto punitivo.

Prima di presentare una proposta sulle disposizioni che dovrebbero essere contenute nella costituzione che auspichiamo, analizzeremo la carcerazione di massa come fenomeno generale e in particolare cileno, al quale, a nostro avviso, è imperativo porre un freno costituzionale per non trasformarci, come gli Stati Uniti d'America, in una vera e propria società carceraria.

## *2. La carcerazione di massa*

Prima di tutto, è opportuno ricordare che esiste un divario tra quanto previsto a livello normativo e la realtà fattuale; e che se le cose al momento stanno in un certo modo, non significa che debbano rimanere

così. Piuttosto, dobbiamo essere disposti a mettere in discussione e a cambiare ciò che è ripugnante per la nostra coscienza morale.

La schiavitù, la povertà, le ingiustizie sociali e lo sfruttamento, come la carcerazione di massa, non sono fenomeni naturali: sono strutture sociali che si possono e devono essere modificate. Anche quando appare impossibile (per esempio, porre fine alla discriminazione contro le donne o alla mortalità infantile causata ogni giorno dalla povertà), non è moralmente meno auspicabile.

Generalmente l'aumento del livello carcerario è legato alla percezione di insicurezza. Nonostante questa percezione non coincida con la realtà, ha una base certa, poiché il crimine è un problema reale (non inventato), solo che è percepito come molto più grave di quanto non sia in realtà. Questa enorme deformazione del problema del crimine è causata da molteplici fattori e produce diversi effetti che, sinteticamente possiamo riassumere come segue.

I mezzi di comunicazione di massa sfruttano e ingigantiscono il crimine, generando così una distorsione della sua percezione.

- a. Questa percezione esagerata della criminalità fa sì che i cittadini (soprattutto quelli che si informano attraverso i mezzi di comunicazione di massa) provino una paura sproporzionata di essere vittime della delinquenza.
- b. La paura diffusa rende la criminalità un problema di massa e porta alla politicizzazione delle possibili risposte. In questo contesto di paura vi sono politici populistici interessati ad apparire come partitari delle vittime e dei cittadini indifesi. Attraverso un discorso semplicistico e pieno di slogan, presenteranno il problema della delinquenza come un gioco a somma zero, secondo il quale essere dalla parte della vittima equivale a essere contro i criminali e qualsiasi concessione ai delinquenti si traduce in disprezzo per le vittime.
- c. Senza ascoltare i pareri degli specialisti riguardo alla prevenzione reale della delinquenza, l'affermazione secondo la quale la cittadinanza vorrebbe usare la "mano dura" genererà reddito elettorale e la risposta a tali rivendicazioni sarà la promulgazione di leggi che favoriscono la reclusione senza tener conto del loro scarso effetto preventivo né degli effetti criminogeni che questa produce in chi la su-

bisce nonché del conseguente possibile aumento dei livelli di violenza e criminalità.

- d. Le diverse coalizioni che detengono il potere, a prescindere dal colore politico, voteranno leggi più severe che contempleranno sentenze con pene detentive più lunghe e meno possibilità di ottenere la libertà prima del termine.
- e. Quanto sopra descritto causerà un aumento della popolazione carceraria che significherà forte incremento dei costi e maggior affollamento nelle carceri, che a sua volta determinerà una maggiore vulnerabilità dei diritti dei reclusi e un maggiore effetto criminogeno su chi patisce il carcere. Questi effetti criminali potranno riflettersi in un aumento dell'indice di recidività.

Perciò, provare a ridurre la criminalità con più carcere, è come pretendere di spegnere il fuoco con la benzina. Quanto sopra descritto, anche se appare alquanto elementare, è necessario per comprendere più o meno come siamo giunti agli attuali livelli di detenzione perché, se la storia del carcere come pena è lunga circa 250 anni, questi picchi si sono raggiunti solo negli ultimi decenni e non ovunque.

Tuttavia, per provare a comprendere questi fenomeni, si devono rifiutare spiegazioni monocausali, in quanto la carcerazione di massa è un fenomeno complesso e l'aumento del suo tasso è determinato da varie concause che hanno, principalmente, un carattere politico e sociale<sup>1</sup>.

I molteplici elementi che influiscono sulla carcerazione di massa ci obbligano ad affrontare il suo studio in modo interdisciplinare, poiché la realtà si presenta come un insieme globale e la scissione dei suoi fattori può portare a una indagine parziale che non tiene conto delle questioni psicologiche, sociologiche, penali, criminali, etc. D'altro canto, quando si prova a spiegare o capire questo fenomeno, si tende a dividere le cause in mediate da una parte e immediate dall'altra.

Le prime sono le leggi e sentenze, mentre le seconde si riferiscono a un contesto: populismo punitivo, sistema economico, etc. Questo signi-

---

<sup>1</sup> D. GARLAND, *Castigo y sociedad moderna*, México City, 1999 (traduzione a cura di Berta Ruiz de la Concha); ID., *Mass Imprisonment: Social Causes and Consequences*, Londra, 2001; ID., *La cultura del control: crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, Barcelona, 2005 (traduzione a cura di Máximo Sozzo).

fica frammentare una realtà complicata e le analisi parziali, per quanto utili, risultano sempre non del tutto vere.

Una volta appresi gli effetti criminogeni del carcere e gli elevati costi della carcerazione di massa, sorgono alcune domande centrali: perché il ricorso alla pena carceraria continua ad aumentare? È possibile che qualcuno tragga beneficio dalla carcerazione di massa? Per cercare di rispondere a questi interrogativi, si devono analizzare le cause che, come abbiamo già detto, comprendono tanto le leggi che favoriscono la carcerazione di massa, quanto l'ambiente che rende possibile la promulgazione di tali leggi.

Riteniamo che la situazione globale attuale abbia una possibile origine nelle politiche criminali nordamericane a partire dagli anni Settanta, che furono successivamente imitate e imposte ad altre latitudini. Tuttavia, si può anche sostenere che, piuttosto che una imitazione delle politiche criminali, ci siano state situazioni analoghe che hanno causato una maggiore risposta punitiva.

Negli Stati Uniti, la principale causa immediata della carcerazione di massa, fu la *guerra contro la droga*, che mirava a distruggere il narcotraffico. Tuttavia, questa giustificazione non ha nulla a che vedere con la sua reale applicazione, visto che tale “guerra” fu condotta e si conduce tutt’ora quasi esclusivamente nei quartieri poveri e neri degli Stati Uniti e solamente in casi eccezionali sono stati catturati e condannati grandi trafficanti<sup>2</sup>. La situazione non è diversa in Europa né in America Latina e neanche il Cile è una eccezione.

---

<sup>2</sup> Una spiegazione più precisa della selezione razziale e sociale della carcerazione di massa negli Stati Uniti si trova in M. ALEXANDER, *El Color de la Justicia. La nueva segregación racial en Estados Unidos*, Salamanca, 2012 (traduzione a cura di Carmen Valle ed Ethel Odriozola); oppure in S. CUNEO, Recensión: *El color de la justicia. La nueva segregación racial en Estados Unidos*, in *Revista Crítica Penal y Poder*, 2015 [online]. Disponibile sul sito <http://revistes.ub.edu/index.php/CriticaPenalPoder/article/view/14362/17630> [ultima consultazione del 5 aprile 2021].

Ancora, all'interno delle cause mediate incontriamo due gruppi causali:

a. Lo smantellamento dello stato sociale e dell'ideale di riabilitazione<sup>3</sup>.

La riduzione dello Stato sociale o del welfare ha avuto come conseguenza in diversi Paesi l'aumento dello Stato penale, cosa che implica un maggiore punitivismo. Parallelamente al crollo dell'ideale di Stato sociale viene a mancare l'ideale di riabilitazione come fondamento della pena. È certo che l'idea di utilizzare la pena per fini riabilitativi ha sempre avuto detrattori. Da una parte, la destra nordamericana (principalmente il partito Repubblicano), reputava errato utilizzare denaro pubblico a favore dei criminali e riteneva che le pene, piuttosto che cercare di correggere i criminali, dovessero isolarli dalla comunità dei cittadini rispettosi della legge. Successivamente, alla critica della destra si è aggiunta una critica più accademica e progressista che considerava le dottrine riabilitative come paternalistiche, visto che pretendevano di trasformare le persone secondo valori imposti. Opere come "Arancia Meccanica" (sia il libro di Burgess che il film di Kubrick) ritraggono l'ambiente in cui fiorisce la critica *liberal*.

Un esempio emblematico di questa critica progressista è rappresentato dal famoso articolo di Robert Martinson *What Works? Questions and Answers About Prison Reform*<sup>4</sup> con la sua premessa pessimista secondo cui la riabilitazione non funziona assolutamente (*nothing works*), che servì come argomento scientifico con base empirica contro le politiche di riabilitazione e che fu utilizzata per giustificare un inasprimento penale di una mal compresa retribuzione. Martinson conosceva bene il carcere, poiché era stato in una prigio-

---

<sup>3</sup> Per un approfondimento al riguardo si veda L. WACQUANT, *Simbiosi mortale, Neoliberalismo e politica penale*, Verona, 2002 e ID., *Las cárceles de la miseria*, Buenos Aires, 2000 (traduzione a cura di Horacio Pons). Nella stessa opera Christian Viera analizza i progressi e regressi penali negli Stati Uniti e in Cile. In generale possiamo affermare, insieme a Wacquant, che tra Stato Sociale e Stato Penale esiste una relazione inversa, visto che di solito la diminuzione di uno si traduce nell'aumento dell'altro e viceversa.

<sup>4</sup> R. MARTINSON, *What works? – Questions and answers about prison reform*, in *The Public Interest*, vol. 35, 1974, p. 22-54.

ne di massima sicurezza per 40 giorni per aver partecipato a una manifestazione per i diritti civili e soffrì nel vedere come il suo articolo fosse stato travisato fino al punto da venire usato per legittimare un sistema più punitivo, quando invece la sua idea era esattamente l'opposto. La proposta di Martinson, nel porre in questione i sistemi di riabilitazione, era di limitarli, limitando di conseguenza anche l'applicazione del potere punitivo; tuttavia, la sua premessa fu travisata e la sua critica alla riabilitazione fu fraintesa come la rivendicazione di un sistema penale più duro, erroneamente chiamato punizione meritata. Martinson scrisse nuovi articoli spiegando che non proponeva l'abbandono delle politiche di riabilitazione, ma una loro modifica e, in ogni caso, una attenuazione del punitivismo. Tuttavia, nessuno, o quasi nessuno, lo ascoltò. Completamente disperato si tolse la vita nel 1980.

- b. Populismo punitivo. Un secondo gruppo di cause mediate è costituito dal populismo punitivo che, come precedentemente segnalato, è alimentato dai mezzi di comunicazione di massa. Negli Stati Uniti, i primi a utilizzare il populismo per il proprio tornaconto elettorale furono i repubblicani (come in Cile fu la destra tradizionalista), ma, visto il consenso che questo garantiva, anche i democratici si appropriarono delle idee punitiviste (in Cile la *Concertacion o Nueva Mayoría*). Questo fenomeno, nato negli Stati Uniti, si è diffuso rapidamente in molti Paesi del mondo.

L'impopolarità di un discorso non punitivista è evidente in un paio di esempi. L'ultimo candidato alla presidenza degli Stati Uniti che si pronunciò contro la pena di morte fu Michael Dukakis nel 1988 e perse le elezioni. D'altra parte, sembra proprio che il discorso punitivista generi consenso elettorale: nel 1992 Bill Clinton assistette alla esecuzione di un afroamericano con problemi mentali che al momento dell'esecuzione non capiva cosa stesse succedendo (infatti chiese che il dolce della sua ultima cena venisse messo da parte per il giorno seguente).

- c. La non causa. Prima di analizzare quello che succede in Cile, conviene spendere qualche parola su una causa apparente che non risulta reale. Si può rifiutare l'idea (di senso comune) che l'aumento del livello di reclusione sia una conseguenza dell'aumento della crimina-

lità, ammesso che esista un debole nesso tra crimine e livello di reclusione. Le vere cause della carcerazione di massa rispecchiano decisioni politiche che possono essere prese in democrazia o dittatura e che non sono conseguenza di un aumento della delinquenza. È opportuno segnalare che la carcerazione di massa sì, invece, di solito è preceduta (e in un certo qual modo è conseguenza) da una maggiore sensazione di insicurezza<sup>5</sup>.

### 3. Carcerazione di massa in Cile

Per analizzare la situazione cilena, è importante tenere presente il legame con gli Stati Uniti a causa del ruolo di laboratorio che il Cile ha rivestito in materia economica. Risposte all'alto livello di carcerazione in Cile si possono trovare anche nel ponte che unisce verticalmente i due Paesi.

Gli Stati Uniti, come noto, hanno avuto una influenza enorme sull'America Latina. Sono le loro politiche che vengono implementate in Cile, anche se con un bilancio alquanto ridotto. Da parte sua, il regime economico cileno aiuta nell'identificazione del reo, che viene imprigionato secondo criteri di selezione principalmente sociali, ma anche razziali (il prigioniero è moro, con tratti indigeni, capelli irti etc.). Tuttavia, non è solamente la struttura economica cilena (neoliberale e disuguale) che contribuisce all'instaurazione dello Stato penale. Un maggiore autoritarismo penale si è manifestato soprattutto dopo il ritorno alla democrazia, alimentato da un discorso di populismo penale.

---

<sup>5</sup> In relazione alla non causa, si segnala che la carcerazione di massa non è conseguenza né risposta a un maggiore indice di criminalità né è certo che provochi una diminuzione dei delitti. Vale a dire che non esistono studi empirici che dimostrino che più reclusi equivale a meno delinquenza. Al contrario, esistono studi che dimostrano l'opposto, cioè che la carcerazione genera una maggiore delinquenza di quanta ne previene, in quanto lacera reti sociali fragili, distrugge famiglie e crea una classe permanente di individui non adatti al mercato del lavoro. Perciò, negli Stati Uniti la Guerra contro le Droghe è la causa principale di povertà, disoccupazione cronica, famiglie distrutte e delinquenza (M. ALEXANDER, *op. cit.*, p. 355).



Se ci focalizziamo sul Cile recente (ultimi 25 anni) e analizziamo l'ambiente in cui si votano le leggi che hanno più rilevanza per l'aumento della carcerazione, noteremo che a questo riguardo giocano un ruolo importante il processo elettorale e il linguaggio punitivo delle campagne politiche. Tra le cause immediate di questo aumento in Cile si annoverano diverse leggi che inaspriscono le pene privative della libertà.

Specialmente punitiva risulta la legge 20.000, che, sul modello della guerra contro le droghe portata avanti negli USA, spezza qualsiasi proporzione nei meccanismi di repressione penale e arriva a sanzionare in massa non solo i tossicodipendenti ma anche i consumatori saltuari.

Anche la riforma del processo penale è una importante causa immediata della carcerazione di massa in Cile. Nonostante questa riforma abbia sostituito un sistema inquisitorio con uno accusatorio, all'apparenza più liberale, i dati dimostrano che dietro questa veste garantista, il nuovo processo penale si è rivelato autoritario e ha aperto la strada, con una velocità e facilità senza precedenti, alla carcerazione di massa<sup>6</sup>.

La giustizia negoziata, attraverso procedimenti abbreviati e semplificati con incentivi al c.d. patteggiamento, contribuisce all'aumento della reclusione, che è resa di più rapida esecuzione. D'altra parte, le riforme che aumentano i poteri del Pubblico Ministero e della polizia nascono principalmente come eccezionali per delitti gravi (terrorismo, traffico di droga etc.) e gradualmente passano a essere una pratica standard, minacciando di estendersi ad altre aree del processo penale.

Parallelamente a quanto avviene ad altre latitudini, notiamo il consolidamento di uno Stato penale che si rafforza in un contesto di disuguaglianza, segregazione e neutralizzazione del reo. La critica a questa riforma del processo penale risulta praticamente inesistente. Mentre i cattedratici universitari lodano lo spirito liberale di questa riforma, poco si parla dei suoi effetti e in particolare di quanto abbia contribuito ad aumentare i tassi di detenzione.

L'aumento della popolazione carceraria, che causò un problema logistico, fu fronteggiato anche dai governi socialdemocratici con la co-

---

<sup>6</sup> La riforma processuale entrò in vigore in tutto il paese nel 2000. In questo anno vi erano 215 prigionieri ogni 100.000 abitanti, cifra che aumentò a 313 dieci anni dopo la riforma ([www.prisonstudies.org](http://www.prisonstudies.org)).

struzione di nuove carceri, che a loro volta si riempiono rapidamente, senza risolvere il problema del sovraffollamento. Vale la pena ricordare come, anche se intuitivamente si potrebbe ipotizzare che più prigioni significhi meno sovraffollamento, l'esperienza internazionale dimostra che così non è – e anzi, man mano che si costruiscono nuove carceri aumenta il numero dei detenuti, senza risolvere il problema.

In materia penale si notano molte convergenze tra le coalizioni che detengono il potere politico in Cile, il che fa pensare che difendano e rappresentino interessi simili. È curioso che quasi nessuno si interroghi sul nesso tra la carcerazione di massa e le strutture sociali sempre più disuguali nel Cile di oggi. Né si mette seriamente in discussione la selettività del sistema penale, che finisce per recludere quasi esclusivamente i membri dei settori più poveri delle nostre città. Una risposta penale rapida ed efficace non è forse l'unico modo per controllare i poveri, i disoccupati e le masse in eccesso di una società post-capitalista basata sullo sfruttamento e l'esclusione? Non sarà che il diritto penale è il complemento necessario alla mancanza di uno stato sociale?

Una particolare menzione merita la fondazione Paz Ciudadana, come entità pseudo-scientifica che si presenta come centro per lo studio del crimine in Cile<sup>7</sup>. Il suo presidente e fondatore, Augustin Edwards, è uno specialista nella fabbricazione della realtà (oggi condannato dall'Ordine dei giornalisti per la montatura realizzata dal suo giornale durante la *Unidad Popular* e la negazione delle massicce violazioni dei diritti umani durante la dittatura). Con l'arrivo della democrazia, Edwards creò Paz Ciudadana per continuare con le sue macchinazioni. Attraverso un lavoro effettuato più da giornalisti pubblicitari che da criminologi, egli ha proposto e imposto una narrazione del crimine che stigmatizza il delinquente come brutto, sporco e cattivo (per parafrasare il film di Ettore Scola). Tra i membri di questa fondazione ci sono politici di entrambe le coalizioni e anche grandi criminali economici, come Carlos Délano. Questo spiegherebbe la sua predilezione per la criminalità di strada, con una totale omissione della ricerca sulla criminalità dei c.d. colletti bianchi, descritta come “errori” da coloro che sostengono la

---

<sup>7</sup> Al riguardo si veda M. RAMOS, J.A. GUZMÁN, *La Guerra y la Paz Ciudadana*, Santiago del Cile, 2000.

stigmatizzazione sociale del crimine. Paz Ciudadana, come forza motrice delle riforme penali e procedurali-penali sulla strada dell'autoritarismo, non conta tra le sue fila solo noti sostenitori della dittatura e caricature del punitivismo, come Alberto Espina.

Visti i margini elettorali del punitivismo, anche ex socialisti come Ricardo Lagos e Sergio Bitar entrano a far parte di questa fondazione e non esitano a criminalizzare la povertà in Cile per mantenere la loro fetta di potere. Grazie a Paz Ciudadana, sono state votate dalla maggioranza del Congresso Nazionale nuove leggi sulla strada progressiva verso l'autoritarismo penale. Un'analisi particolare e più dettagliata meriterebbero le agende brevi (una per ogni governo di Michelle Bachelet), ma ciò andrebbe oltre lo scopo di questo articolo<sup>8</sup>.

#### *4. Proposta*

Visto che il nostro ordinamento giuridico continuerà a contemplare pene detentive, che sembrano essere imprescindibili oggi, queste devono essere applicate secondo il principio di umanità. È necessaria quindi l'imposizione di limiti alle autorità in modo da prevenire, o almeno limitare, il trattamento indecoroso che di solito accompagna la detenzione. Inoltre, bisogna porre dei limiti al legislatore per frenare l'abuso populista della promulgazione di leggi sempre più punitive che portano a livelli giganteschi di carcerazione. Ciò, a sua volta, si traduce in carceri sovraffollate, con il conseguente deterioramento delle condizioni di vita dei detenuti, raggiungendo livelli che nulla hanno a che vedere con il rispetto e il riconoscimento della dignità umana. Ribadiamo che l'unica maniera per evitare il sovraffollamento non è la costruzione di nuovi edifici carcerari ma la ricerca di politiche criminali che riducano l'af-

---

<sup>8</sup> Queste modifiche, come i nomi suggeriscono, mirano ad aumentare le pene effettive per i reati contro i diritti di proprietà e rafforzare i poteri della polizia. La prima agenda breve (legge 20.253), del 2008, è denominata "Modifica il codice penale e il codice di procedura penale in materia di sicurezza dei cittadini e rafforza i poteri preventivi della polizia" e la seconda, del 2016 (legge 20.931), "Facilita l'applicazione effettiva delle pene stabilite per i reati di rapina, furto e ricettazione e migliora l'azione penale nei confronti di questi reati".

flusso nei centri penitenziari e la creazione di meccanismi di indulto e amnistia.

A nostro avviso, la Costituzione che vogliamo, come norma fondamentale, deve stabilire alcuni elementi. Innanzitutto, il carattere personale della responsabilità penale. In questa maniera assicuriamo il rispetto della colpevolezza come principio cardine del diritto penale e l'irresponsabilità per gli atti altrui.

In secondo luogo, la umanizzazione delle pene. Questo principio è un requisito di tutto il diritto penale liberale. La Costituzione italiana lo contempla in modo negativo affermando nell'articolo 27.3 che le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità. Ci sembra opportuno, a nostro parere, stabilirlo in maniera affermativa: le pene possono consistere solo in una privazione della libertà conforme alla legge ed essere applicate in maniera compatibile con la dignità umana.

Questo precetto dovrebbe essere completato da due cose. Da una parte, con la proibizione dell'ergastolo e stabilendo un limite massimo di tempo, poiché la possibilità che il condannato possa tornare in libertà non deve mai essere preclusa. Dall'altra, vietando di rinchiodare più persone di quante possano umanamente convivere in una prigione con dignità. In questo modo, la Costituzione dovrebbe impedire il sovraffollamento, delegando ai legislatori e all'esecutivo il compito di creare meccanismi per evitare il sovraffollamento carcerario.

In base a quanto detto sopra, crediamo che a livello costituzionale dovrebbe essere prevista una norma come la seguente: la pena privativa della libertà non deve limitare diritti diversi dalla privazione della libertà stessa e quelli che ne conseguono.

Un riconoscimento costituzionale dovrebbe anche essere dato alle finalità della punizione, sottolineando che le pene detentive dovrebbero essere eccezionali (*ultima ratio*) e non dovrebbero prescindere dal rispetto della dignità umana. Crediamo che la ragione principale della pena debba essere la giustizia e solo in virtù di questo principio dovrebbero eccezionalmente essere imposte pene detentive. L'utilità, solo nella misura in cui non va contro i principi di giustizia, può avere un ruolo nella ricerca o nella promozione di politiche riabilitative o riso-

cializzanti, o, più realisticamente, nella diminuzione degli effetti criminogeni della detenzione.

Crediamo anche che sarebbe opportuno, in relazione diretta con i limiti dell'esercizio del potere in materia penitenziaria, stabilire a livello costituzionale la necessità di creare un sistema di controllo giudiziario delle misure penali. Tali limiti costituzionali al potere punitivo devono essere stabiliti nel momento della esecuzione delle sentenze, ma soprattutto nell'applicazione della misura preventiva della custodia cautelare, poiché sebbene teoricamente si tratti di una situazione eccezionale, di fatto in molti casi una è regola, con la quale vengono incarcerate persone tecnicamente innocenti.

## 5. Conclusioni

- a. La Costituzione che vogliamo è una costituzione democratica, legittima, rispettosa della dignità umana e dei diritti fondamentali.
- b. Poiché l'idea di dignità umana è universale e non conosce gerarchie, la Costituzione che vogliamo deve proteggere la dignità umana di tutti, indipendentemente da ciò che hanno fatto o dalla pena che scontano. In questo senso, il carcere non può essere uno spazio di non diritto dove non si rispettano i diritti fondamentali. Il concetto di detenuto come soggetto senza diritti non è compatibile con l'idea di dignità.
- c. In conformità con il principio di umanità della pena, le condanne dovrebbero avere un limite temporale e quindi l'ergastolo dovrebbe essere escluso; dovrebbe inoltre essere proibito il confinamento di un numero di reclusi superiore alla capacità del carcere in condizioni dignitose.
- d. Non è sufficiente il riconoscimento della dignità umana solamente a livello costituzionale. Devono essere previsti dei meccanismi per garantire il reale rispetto dei diritti del detenuto e procedure e meccanismi atti a far rispettare i diritti fondamentali sanciti dalla Costituzione e dai trattati internazionali. Il diritto penitenziario deve essere disciplinato con riserva di legge.

- e. Queste norme costituzionali o internazionali devono poter essere applicate in maniera diretta e devono essere vincolanti per i diversi organi dello Stato, soprattutto per i giudici della repubblica.
- f. Concepire la dignità umana come un principio costituzionale e stabilire meccanismi per la sua applicazione diretta faciliterà il rispetto dei diritti fondamentali. In questo senso, di fronte a un conflitto tra un corpo di leggi incompatibili con il rispetto della dignità umana e le norme costituzionali, si devono sempre applicare le norme che tendono al rispetto dei diritti umani.

La carcerazione di massa non è una condizione naturale. È una conseguenza di decisioni politiche che possono e devono essere modificate. Una società con meno carcere è desiderabile e possibile. Si possono fare proposte, punitive e non punitive, per affrontare la carcerazione di massa, per esempio pene non detentive per reati di bassa e media gravità, riduzione delle pene, depenalizzazione e uso di sanzioni amministrative, indulti e amnistie, sistema di quote per cui si elaborano meccanismi per evitare di avere un numero di detenuti superiore alla capacità delle prigioni etc.

Temì come questi, anche se non sono di natura squisitamente dogmatica, devono essere affrontati dai penalisti. È necessario ricordare che il diritto penale è una moneta a due facce (*delitti e pene*, come ci diceva Beccaria poco più di 250 anni fa). Tuttavia, negli ultimi decenni troppi penalisti hanno dimenticato la pena e nei loro manuali, trattati e monografie si dedicano quasi esclusivamente alla teoria del reato, tralasciando lo studio della pena.

Molti penalisti non hanno nemmeno messo piede in un carcere. Così, il silenzio complice dei giuristi finisce per legittimare uno spazio che è privo di diritto o la sua negazione. Uno spazio senza giustizia, dimenticato dai penalisti.

Nell'ottica di una nuova Costituzione, non dobbiamo mai perdere di vista la persona umana, che deve essere la stella polare che guida ogni costruzione giuridica. Bisogna valutare criticamente se il nostro sistema giuridico concepisce la persona come un fine in sé o come un semplice mezzo, se considera la sua essenza come qualcosa di prezioso e inviolabile oppure no.

Né dobbiamo dimenticare l'esistenza di un concetto di persona riconosciuto a livello internazionale, che fa parte della nostra legislazione. Si tratta di norme che sono parte integrante dei sistemi giuridici nazionali, per cui la legislazione, i regolamenti e le pratiche ufficiali devono essere soggette a esse. In questo senso, tutte le leggi devono essere coerenti, logicamente e assiologicamente, perché concepire la prigione è anche concepire la pena e concepire la pena è concepire l'essere umano. Episodi fatali come la morte di detenuti per incendio doloso o per mano di altri detenuti, la tortura, le leggi xenofobe mascherate da legislazione antiterroristica, tra le altre cose, ci fanno dubitare del reale rispetto dei diritti umani nel Cile di oggi.

Infine, vorremmo sottolineare che il problema del carcere deve essere risolto anche ascoltando coloro che sono stati privati della libertà. Tuttavia, difficilmente può essere risolto dall'interno del carcere stesso, ma deve essere fatto dall'esterno, nella società che lo crea, produce, nutre e riproduce. Ci rendiamo conto che queste parole possono suonare dirompenti, ma non si dimentichi che, pur con tutti i distinguo, persino la Costituzione italiana è stata scritta anche da ex detenuti.

In questo senso, l'opzione migliore non è *migliorare* un'istituzione selvaggia e violenta come la prigione, ma pensare sempre a come farne a meno e cercare strategie reali per contenerla e ridurla.

Vale la pena insistere perché, dopo duecento anni di tentativi falliti di migliorare le prigioni, sembra illusorio pretendere di aggiustare ciò che l'esperienza dimostra essere eccellente<sup>9</sup>. Imprigionare un altro essere umano è un atto estremamente violento, che consiste nel confinare un corpo in uno spazio minuscolo, disumanizzando colui che deve subirlo; disumanizzare un altro essere umano significa anche disumanizzare noi stessi, dove la disumanizzazione di massa comporta necessariamente la disumanizzazione della società. Ed è così, anche se non sentiamo parlare del dolore dei prigionieri. La reclusione di massa, come uno spettro silenzioso, corrode la libertà di tutti e finisce per toglierci la cosa più preziosa della vita stessa.

---

<sup>9</sup> I. RIVERA, *La cuestión carcelaria. Historia, Epistemología, Derecho y Política penitenciaria*, vol. I, II ed., Buenos Aires, 2009 (con prefazione di Roberto Bergalli e Massimo Pavarini).

D'altra parte, gli effetti criminogeni prodotti dal carcere saranno anche costi che si pagheranno in futuro e che si tradurranno in più delitti e maggiore violenza, che genereranno più carceri, più controlli, più polizia e inoltre, più detenuti. In questo modo, la carcerazione di massa, come una spirale ascendente, ha come punto di arrivo la reclusione di tutti. Solo un cambio di direzione, una svolta verso il rispetto della dignità umana, può aiutarci a evitare una politica suicida.



# PRINCIPI COSTITUZIONALI ED EFFETTIVA DURATA DELLA PRIVAZIONE DELLA LIBERTÀ NELL'ERGASTOLO QUALIFICATO\*

*Ignacio E. Ackermann Hormazábal*

SOMMARIO: 1. Il presente dell'ergastolo qualificato in Cile. 2. Il diritto alla speranza come necessario antidoto alla (pura) neutralizzazione. 3. Compatibilità con il reinserimento sociale. 4. Compatibilità con la proporzionalità. 5. Futuro dell'ergastolo in Cile: proposte di riforma alla luce dei principi costituzionali.

## *1. Il presente dell'ergastolo qualificato in Cile*

La pena dell'ergastolo qualificato fu introdotta nell'ordinamento cileno dalla Legge n. 19.734 del 5 giugno 2001, che introdusse l'art. 32 bis nel codice penale<sup>1</sup>. Sostituisce in termini generali<sup>2</sup> la pena di morte,

---

\* Traduzione dall'originale spagnolo di Emanuele Corn.

<sup>1</sup> Art. 32 bis c.p.: "L'imposizione dell'ergastolo qualificato (*presidio perpetuo calificado*) impone la privazione della libertà della persona condannata a vita, in un regime speciale di esecuzione che è disciplinato dalle seguenti norme: 1.<sup>a</sup> La liberazione condizionale non può essere concessa se non dopo quarant'anni di effettiva privazione della libertà e comunque devono essere rispettate le altre norme e prescrizioni che ne regolano la concessione e la revoca; 2.<sup>a</sup> Il condannato non può fruire di alcuno dei benefici previsti dal Regolamento degli Istituti penitenziari, o da altra norma legale o regolamentare, che provochi la sua scarcerazione, anche temporanea. Nonostante ciò, l'uscita può essere autorizzata, con le necessarie misure di sicurezza, quando il coniuge, il partner civile o uno dei genitori o figli sia in imminente rischio di morte o sia deceduto. 3.<sup>a</sup> Il condannato non beneficerà delle leggi che concedono l'amnistia o l'indulto, a meno che non siano espressamente applicabili. Parimenti, a lui sarà applicabile solo la grazia per ragioni di Stato o per ragioni di salute gravi e irreversibili, debitamente accreditate, che comportino un rischio imminente di morte o un'invalidità fisica di entità tale da impedirgli di provvedere a sé stesso. In ogni caso, il beneficio della grazia deve essere concesso secondo le norme giuridiche che lo regolano". Cfr. G. FORNASARI, E. CORN (a cura di), *Codice penale della Repubblica del Cile*, Padova, 2013.

il che ha indubbiamente significato un progresso del legislatore nel rispetto dei diritti umani<sup>3</sup>. Tale modifica, però, non è stata celebrata dalla dottrina, e non perché sia stata abrogata la pena capitale – decisione politico-penale la cui bontà è indiscutibile – ma perché al suo posto fu introdotta «una pena che equivale alla pena di morte in carcere»<sup>4</sup> e conserva nel sistema un residuo di pene degradanti e disumane<sup>5</sup>, come verrà spiegato nello sviluppo di questo contributo.

Tale pena è inflitta allo scopo di rendere innocuo il condannato per un lungo periodo, come si deduce dal termine previsto per richiedere benefici carcerari in genere<sup>6</sup>. L'esecuzione di tale pena passa attraverso due fasi: un periodo di sicurezza<sup>7</sup>, nel quale il condannato deve scontare in reclusione almeno quaranta anni con specifiche norme di adempimento, ed un secondo nel quale il condannato, se possiede i requisiti che sono stabiliti, ha diritto alla libertà condizionale. L'art. 32 bis c.p. stabilisce che l'irrogazione di tale pena è perpetua e disciplina il regime

<sup>2</sup> È ancora prevista nel codice di giustizia militare per alcuni reati commessi in tempo di guerra esterna. D'altra parte, il dibattito sulla sua reintegrazione nel catalogo delle pene si riaccende sovente quando si verificano reati contro le persone di alto allarme sociale, sebbene la convenzione americana sui diritti umani vieti espressamente tale possibilità: H. NOGUEIRA, *Informe en derecho sobre moción para restablecer la pena de muerte para determinados delitos*, in *Ius et Praxis*, 2, 2003, 217.

<sup>3</sup> N. OXMAN, C. GONZÁLEZ, *La pena de presidio perpetuo calificado en Chile y los derechos humanos. Comunicación para el I Congreso Internacional de Seguridad, Justicia y Sistema Penal*, Valencia, 2014, 170.

<sup>4</sup> E. CURY URZUA, *Derecho Penal: Parte General*, Santiago de Chile, 2005, 719.

<sup>5</sup> L. ORTIZ QUIROGA, *Las consecuencias jurídicas del delito*, Santiago de Chile, 2013, 139. Questo argomento che, intuitivo, può essere estrapolato anche a tutte le pene perpetue che abbondano nel nostro ordinamento, quando la loro durata si estende all'intera vita della persona che le subisce, a meno che “non sia accertata l'effettiva possibilità di una revisione, in un contesto di certezza del diritto, trascorso un tempo minimo, scontando la pena”. Si veda altresì N. OXMAN, C. GONZÁLEZ, *op. cit.*

<sup>6</sup> In tema di *prisión permanente revisable* in Spagna, sottoposta a condizioni meno stringenti rispetto all'ergastolo qualificato cileno, si rinvia alle critiche formulate da L. ARROYO, J.A. LASCURAÍN SÁNCHEZ, M. PÉREZ MANZANO, *Contra la cadena perpetua*, Castilla-La Mancha, 2016, 74.

<sup>7</sup> M.V. CARUSO, *¿Derecho a la esperanza? Reflexiones en torno a los juicios de convencionalidad efectuados por el TEDH en relación a la pena de prisión perpetua*, in AA.VV., *Diálogos judiciales en el sistema europeo de protección de derechos: Una mirada interdisciplinar*, Valencia, 2018, 330.

speciale di esecuzione della stessa. Quanto al beneficio della messa alla prova, la prima norma dell'articolo 32 bis c.p. stabilisce, da parte sua, che il condannato a tale pena non può optare per la messa alla prova se non dopo quarant'anni dall'effettiva privazione della libertà, dovendo in ogni caso, rispettare le altre norme e prescrizioni che ne regolano la concessione e la revoca. Da parte sua, l'articolo 3 del decreto-legge n. 321, che disciplina il beneficio della liberazione condizionale e le sue condizioni di accesso (di seguito, LC), ribadisce quanto previsto dall'art. 32 bis c.p. e aggiunge che, se la domanda di beneficio viene respinta, essa non può essere nuovamente dedotta se non decorsi due anni dalla sua ultima presentazione.

In merito alla concessione di altri benefici penitenziari che comportano una liberazione, anche temporanea, l'art. 32 bis, regola 2°, ne limita severamente la concessione, poiché di nessuno di questi il condannato potrà fruire, salvo che alcuni prossimi congiunti siano appena morti o si trovino in serio pericolo di vita. Inoltre, la portata e gli effetti dell'amnistia e dell'indulto sono significativamente limitati come si deduce da quanto indicato nella regola 3° dell'art. 32 bis, limitandone la concessione nel caso di grazia privata per motivi di Stato o umanitari.

Questo insieme di regole si pone come vero e proprio ostacolo, forse insormontabile, all'ottenimento della libertà<sup>8</sup>, che ha portato a qualificare tale pena come “vergognosa e inspiegabile nella legislazione di una società civile”<sup>9</sup>. Quanto sopra si attaglia a questa pena essendo sua vocazione quella di essere imposta in perpetuo, come sancito dall'art. 32 bis c.p., incompatibile con ogni finalità risocializzante, avvicinandosi al concetto di ergastolo più in senso forte (per tutta la vita del condannato) che non alla sua versione debole (per tutta la vita del condannato, ma soggetta a revisione dopo un lungo periodo di tempo)<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> M. CILLERO, *Art. 32 bis*, in J. COUSO, H. HERNÁNDEZ (Dir.), *Código Penal Comentado. Parte general. Doctrina y jurisprudencia*, Santiago de Chile, 2011, 491. Di fatto, non è ancora stato possibile che accedesse a libertà nemmeno una delle persone condannate a questa pena, tenendo in considerazione il fatto che non sono ancora trascorse quattro decenni della sua entrata in vigore.

<sup>9</sup> E. CURY, *op. cit.*, 721.

<sup>10</sup> V. CERVELLO, *Prisión perpetua y de larga duración. Régimen Jurídico de la Prisión Permanente Revisable*, Valencia, 2015, 59.

## 2. Il diritto alla speranza come necessario antidoto alla (pura) neutralizzazione

Il rispetto della dignità umana è contemplato in tutti i trattati internazionali sui diritti umani. Costituisce il nocciolo duro, la base e il fondamento degli altri diritti, libertà e garanzie<sup>11</sup>. Ne è un esempio la Dichiarazione universale dei diritti umani, la quale stabilisce che: «tutti gli esseri umani nascono liberi ed eguali in dignità e diritti e, dotati come sono di ragione e di coscienza, devono comportarsi fraternamente gli uni verso gli altri» (art. 1). Analogamente, l'articolo 5.2 della Convenzione interamericana dei diritti umani garantisce che: “ogni persona privata della libertà sarà trattata con il rispetto dovuto alla dignità intrinseca dell'essere umano”, similmente a quanto fa l'articolo 10.1 della Patto internazionale sui diritti civili e politici. Sul punto si può rinvenire un collegamento con l'art. 1 della legge fondamentale vigente, valorizzato anche dal recepimento del successivo art. 5.2, in quanto l'esercizio della sovranità ha come limite il rispetto dei diritti essenziali che pro-  
manano dalla natura umana.

Le pene perpetue in senso forte non possono prescindere dal dato antropologico della possibilità di risocializzazione del condannato<sup>12</sup>. In caso contrario, verrebbe negata la dignità del soggetto che soffre il dolore e “la speranza di riscatto, il sentimento di essere stato gettato in uno stato di irredimibile e inevitabile squalifica”<sup>13</sup>. Sebbene, a priori, da quanto appena detto non dipenda necessariamente che le pene perpetue siano incompatibili con il rispetto della dignità umana, ma che lo saranno solo quando alla persona privata della libertà sia negato il diritto a vivere in condizioni di detenzione compatibili con la sua personale dignità nell'esecuzione della pena<sup>14</sup>.

---

<sup>11</sup> G. QUIÑONES, M. QUIÑONES, *El derecho humano a la resocialización ante las recientes reformas legales. Aspectos sustantivos y procesales*, in *Pensamiento Penal*, 2018, 4-5.

<sup>12</sup> G. QUIÑONES, M. QUIÑONES, *op. cit.*, 5-6.

<sup>13</sup> Z. BAUMAN, D. LYON, *Vigilancia Líquida*, Barcelona, 2013, 94.

<sup>14</sup> R. CARNEVALI, G. AGUILAR, *Inconstitucionalidad de la pena de presidio perpetuo calificado. A propósito de la sentencia de la Corte Constitucional de Italia*, in <https://www.diarioconstitucional.cl>, 2019. L'Autore propone come esempio il Caso

Per sviluppare l'analisi, funge da riferimento la giurisprudenza emanata dalla CEDU, che si è pronunciata sulla compatibilità dell'ergastolo nei diversi Paesi in relazione al sistema dei diritti umani che governa il vecchio continente. Essa, pur con qualche esitazione, ha sostenuto che, quando l'ergastolo è suscettibile di riduzione e il condannato può optare, a determinate condizioni, per la libertà, ciò lo rende compatibile con la Convenzione<sup>15</sup>. A questo è stato dato il nome di: “diritto alla speranza”<sup>16</sup> ed ogni condannato all'ergastolo ne potrebbe fruire dal momento in cui viene pronunciata la sentenza, e richiede che il condannato sappia, dal momento in cui viene inflitta la sentenza, che la sua pena sarà rivista dopo per un certo periodo di tempo, e che in virtù di detta revisione potrà optare per la libertà di reinserimento nella società, tenuto conto dei progressi che ha mostrato durante il suo regime di affidamento.

La CEDU, in tema di possibile disumanità dell'ergastolo in senso forte, ha ritenuto non violato l'art. 3 della Convenzione<sup>17</sup> se si stabiliscono delle modalità effettive per riammettere in libertà le persone che rispondevano a questi requisiti. In questi termini si è espressa sul caso *Vinter et al. vs Regno Unito*<sup>18</sup>, in cui l'opinione dissidente di Power Forde riconosce espressamente che, insito nell'articolo 3 della Convenzione, è incluso il c.d. diritto alla speranza, di cui sono titolari anche coloro che hanno commesso i “crimini più orrendi e abietti e che causano sofferenze indescrivibili negli altri” perché “conservano tuttavia l'essenziale della loro umanità e albergano in sé la capacità di cambiare”, ragion per cui negare completamente detto diritto alla speranza è “negare loro un aspetto della loro umanità e questo sarebbe avvilente”<sup>19</sup>.

---

*Pacheco Teruel et alii vs Honduras*, discusso innanzi alla *Corte Interamericana de Derechos Humanos* (Sentenza del 27 aprile 2012).

<sup>15</sup> J. LANDA, *Prisión perpetua y de muy larga duración tras la LO 1/2015: ¿derecho a la esperanza? Con especial consideración del terrorismo y del TEDH*, in *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, 17, 2015, 5.

<sup>16</sup> Sull'origine di questa espressione, in particolare nella giurisprudenza tedesca, si veda altresì J. LANDA, *op. cit.*, 4-5.

<sup>17</sup> Art. 3°. Divieto di tortura. Nessuno sarà sottoposto a tortura o a trattamenti inumani e degradanti.

<sup>18</sup> Caso *Vinter e altri vs Regno Unito* §§103 e ss.

<sup>19</sup> M.V. CARUSO, *op. cit.*, 340.

La realizzazione del diritto alla speranza, che scaturisce dal rispetto della dignità umana, esige che la sentenza sia impugnabile, da un lato, e che sia possibile adempiere ai requisiti giuridici in senso materiale da parte del condannato. Questa distinzione è quella operata dalla CEDU quando distingue tra controllo *de iure* e controllo *de facto*<sup>20</sup>.

Il riesame *de iure* implica che l'ordinamento preveda la possibilità di revisione della pena dopo un periodo minimo di privazione della libertà e successivi controlli periodici in caso di diniego del primo. Vanno stabiliti, con chiarezza, i criteri che verranno presi in considerazione per l'effettuazione di detto controllo e questi, a loro volta, devono essere legittimi, nel senso di dare fondatezza alla sanzione (a tal fine, speciale preventivo)<sup>21</sup>; infine, vanno imposti all'autorità giudiziaria obblighi di motivazione della propria decisione affinché possa essere impugnata<sup>22</sup>. In termini molto generali, i diversi ordinamenti giuridici contemplano questi meccanismi per dare accesso alla libertà e, come si è brevemente spiegato, il caso cileno non fa eccezione.

Da parte sua, il controllo *de facto* implica che, effettivamente, lo Stato abbia fornito i mezzi necessari affinché il condannato possa risocializzare, e quindi soddisfare i requisiti necessari per recuperare la sua libertà una volta terminato il periodo di detenzione<sup>23</sup>. Sul punto, la CEDU si è pronunciata solo nel caso *Murray vs Paesi Bassi* (giunto a sentenza nel 2013 e in Grande Camera nel 2016), in cui ha sostenuto la violazione dell'art. 3 della Convenzione per le modalità con cui è stato eseguito l'ergastolo, dal momento che non era stato fornito un trattamento specifico di natura psichiatrica al condannato, sofferente di “ritardo mentale, infantile e narcisistico”. Il giudizio giunse comunque tardivamente poiché il proponente morì prima della sentenza.

---

<sup>20</sup> M.V. CARUSO, *op. cit.*, 32.

<sup>21</sup> Risultando insufficiente, pertanto, la semplice eventualità che sia concessa la grazia per ragioni di Stato o umanitarie.

<sup>22</sup> M.V. CARUSO, *op. cit.*, 32.

<sup>23</sup> J. NÚÑEZ, *Prisión permanente revisable y el TEDH. Algunas reflexiones críticas e implicaciones para el modelo español*, in *Anuario de derecho penal y ciencias penales (Tomo 73)*, 2020, 282.

Il caso Murray contro i Paesi Bassi ha alcuni aspetti rilevanti da considerare per quanto concerne entrambi i tipi di revisione in questione. Riguardo al riesame *de iure*, la CEDU ha espressamente affermato che

il riesame dovrebbe essere garantito entro venticinque anni dall'irrogazione della condanna all'ergastolo, con successivi riesami periodici [...] e dovrebbe consentire alle autorità nazionali di valutare se, nel corso della pena, eventuali cambiamenti nella vita del condannato e progressi verso la sua riabilitazione siano di tale importanza da non giustificare più la detenzione per legittime ragioni penologiche.

Insomma, la Corte è enfatica nel sostenere che il periodo di custodia cautelare non deve superare i venticinque anni e che, da quel momento in poi, occorre rivedere periodicamente il caso affinché l'esecuzione della condanna non si traduca in un trattamento disumano incompatibile con l'articolo 3 della Convenzione.

Riguardo al controllo *de facto*, la Corte sostiene che questo si realizza attraverso: "la creazione e revisione periodica di un programma individualizzato per il detenuto, affinché egli tenda a modificare il tipo di condotte e possa prospettarsi una vita senza ulteriori reati". La CEDU aggiunge che

la mancanza di cure mediche adeguate per i detenuti può violare la responsabilità dello Stato ai sensi dell'art. 3 della Convenzione. Gli obblighi derivanti da tale disposizione possono spingersi fino a imporre allo Stato l'obbligo di trasferire i condannati in apposite strutture perché ricevano cure adeguate<sup>24</sup>.

Nel caso di detenuti che soffrono di malattie mentali,

la valutazione e l'analisi circa l'incompatibilità delle particolari condizioni di detenzione con le disposizioni dell'art. 3, devono tenere in considerazione che si tratta di detenuti vulnerabili e, in alcuni casi, possono essere incapaci di dichiarare in modo coerente o completo il modo in cui un particolare trattamento penitenziario li pregiudica. Non basta che

---

<sup>24</sup> Cfr. parr. 103-105.

siano sottoposti a esami e diagnosi, ma devono anche ricevere cure per la loro specifica patologia e devono essere adeguatamente controllati<sup>25</sup>.

In definitiva, sebbene la CEDU accetti che l'ergastolo e il rispetto della dignità umana sono reciprocamente compatibili anche quando la pena è scontata nella sua interezza, ed è, nel caso specifico, a vita, sulla base della pericolosità della persona condannata e delle finalità general-preventive<sup>26</sup>, la verità è che l'effettiva privazione della libertà a vita risulta di per sé non rispettosa della dignità umana, in quanto nega un attributo essenziale di questa che è la libertà<sup>27</sup>. Poco conta che vi sia un incentivo tale da permettere che, a fronte di determinate (impegnative) condizioni, si possa optare per la libertà dopo un periodo di tempo considerevole, se è garantita la possibilità di reinserimento sociale del condannato<sup>28</sup>. In questi casi esiste la speranza di riconquistare la libertà, ma il condannato non ne avrebbe diritto.

### 3. *Compatibilità con il reinserimento sociale*

Il reinserimento sociale è solitamente trattato come un fine o una funzione della pena. Viene dogmaticamente identificato con la funzione di special-prevenzione positiva, cioè si auspica che, dopo la pena detentiva, il condannato non commetta più reati in futuro e, a tal fine, lo Stato adotta le opportune misure di carattere formativo, culturale ed etico necessarie al delinquente per decidere di abbandonare il progetto di vita criminale, liberamente e spontaneamente<sup>29</sup>.

Detta finalità è contenuta nella Legge Organica del Ministero della Giustizia, la quale, all'art. 2, lett. c), fa riferimento alle politiche, ai piani e ai programmi che detto portafoglio deve sviluppare, tra cui quelli

---

<sup>25</sup> Cfr. par. 106.

<sup>26</sup> Caso *Kafkaris vs Cipro*.

<sup>27</sup> J. NUÑEZ, *op. cit.*, 293-294.

<sup>28</sup> J. NUÑEZ, *op. cit.*, 293.

<sup>29</sup> S. LASCURAÍN DE MORA, *¿Mandato de resocialización o derecho fundamental a la resocialización? Una lectura crítica de la jurisprudencia constitucional*, in *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, 39, 2019, 194.



finalizzati: “alla trattamento penitenziario e alla riabilitazione del detenuto”. Da parte sua, la Legge Organica della Gendarmeria cilena afferma, all’art. 1, che questa istituzione ha tra le sue funzioni quella di contribuire al reinserimento sociale delle persone private della libertà. Infine, il Regolamento degli Istituti Penitenziari indica, all’art. 1, che l’attività penitenziaria “avrà come fine principale tanto la custodia e l’assistenza dei detenuti, sia sottoposti a custodia cautelare sia condannati, come le azioni educative necessarie al reinserimento sociale dei reclusi [...]”.

Questi standard sono espressione delle norme internazionali sui diritti umani, tra cui il Patto internazionale sui diritti civili e politici (art. 10 par. 3), le Regole minime per il trattamento dei detenuti (regola 58), i Principi base per il trattamento dei detenuti (principi 8 e 10), i Principi e buone pratiche sulla protezione delle persone private della libertà nelle Americhe (principio XIV) e le Regole di Bangkok (regola 42, n. 1, 3 e 4). Infine, la Convenzione interamericana stabilisce in senso analogo che: “le pene detentive avranno come scopo essenziale il cambiamento e la riabilitazione sociale dei condannati” (art. 5.6).

In linea con quanto detto nella sezione precedente, sembra che l’unico modo perché questa pena non consista in un trattamento inumano (per negazione di un attributo della dignità umana, com’è la libertà) sia stabilendo condizioni formali e materiali che garantiscano il così detto diritto alla speranza e che l’ergastolo possa assolvere alla finalità risocializzante che legittima ogni pena, in relazione alla nostra legislazione interna e al rispetto dei diritti fondamentali sanciti dai trattati internazionali ratificati dal Cile. Di conseguenza, negare ogni possibilità di revisione comporterebbe, in ultima analisi, l’illegittimità della pena dell’ergastolo qualificato.

#### 4. *Compatibilità con la proporzionalità*

La proporzionalità come limite allo *ius puniendi* deve guidare il lavoro del legislatore e, eccezionalmente, quello giurisdizionale, quanto alla concretizzazione della pena che deve essere applicata a ciascun

reato o a una pluralità dei reati<sup>30</sup>. Intesa la proporzionalità (in senso stretto) come “misura tra il disvalore dell’atto illecito e la pena, ne consegue che la sanzione prescelta è adeguata”<sup>31</sup>, imponendo un periodo minimo di privazione della libertà estremamente lungo – senza possibilità di revisione – si impedisce ogni possibilità che il giudice possa svolgere realmente un giudizio di proporzionalità nella specifica irrogazione della pena per il reato commesso, soprattutto con riguardo al suo massimo.

In altri termini, occorre chiedersi se si può affermare che sia proporzionale una pena che non abbia *ex ante* – al momento della sentenza – un limite massimo preciso bensì variabile. Correlativamente, sebbene il principio di determinatezza della pena non abbia ricevuto particolare attenzione dalla dottrina e dalla giurisprudenza costituzionale nazionale, essendo “il grande dimenticato” tra i corollari del principio di legalità<sup>32</sup>, la verità è che “lasciare indeterminato il limite massimo della pena detentiva prevista per la commissione di un reato è un’imprecisione in sé intollerabile”<sup>33</sup>. Indipendentemente dal fatto che si convenga che la pena sia determinata o indeterminata, ovvero variabile, la verità è che l’impossibilità di conoscerne la durata al momento dell’irrogazione comporta l’impossibilità di esprimere un giudizio di proporzionalità in relazione a detto limite.

Il suo contenuto retributivo è legato alla gravità del fatto commesso e alla colpevolezza del condannato<sup>34</sup>, ma è pur sempre possibile sostenere che in questa pena detto rapporto non è coerente e la pena è esa-

---

<sup>30</sup> G. BASSO, *Reflexiones sobre la ilegitimidad de la prisión permanente revisable*, in *Revista General de Derecho Penal*, 34, 2020, 28 ss. L’Autore in tal senso sostiene che “la determinazione della misura della pena applicabile deve effettuarsi prevalentemente da parte del legislatore e in una dimensione complementare e marginale da parte dell’organo giurisdizionale competente per quel giudizio”.

<sup>31</sup> J.A. LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Manual de Introducción al Derecho Penal*, Madrid, 2019, 81.

<sup>32</sup> M. MÍNGUEZ, *La garantía olvidada del principio de legalidad: el mandato de determinación de la pena*, in *Revista General de Derecho Penal*, 31, 2019, 3.

<sup>33</sup> L. ARROYO, J.A. LASCURAÍN SÁNCHEZ, M. PÉREZ MANZANO, *op. cit.*, 49.

<sup>34</sup> C.M. ROMEO CASABONA, *¿Crisis del binomio pena por la culpabilidad y medida de seguridad por la peligrosidad criminal*, in A. PERIN (Dir.), I. ACKERMANN (Coord.), *Imputación penal y culpabilidad*, Valencia, 2020, 40.

sperata fino a risultare illegittima. Entrambi gli elementi, gravità del fatto commesso e colpevolezza del condannato, non possono essere infiniti, ma sono essenzialmente determinabili e modificabili<sup>35</sup>, per cui punire in perpetuo (anche a priori) è sproporzionato. Inoltre, la possibilità di accedere alla libertà si fonda su una prognosi di reinserimento sociale, ovvero, in altri termini, sull'assenza di pericolo criminale<sup>36</sup>. Questo, si badi, non è il presupposto per l'irrogazione della pena, né all'interno del processo, ove si discute la commisurazione della pena, si effettuerà una prognosi di pericolosità futura a così largo spettro<sup>37</sup>. Tuttavia, la misura della pena non è solo la misura della colpevolezza del condannato, ma piuttosto si basa sulla sola retribuzione che ricade sul soggetto ritenuto pericoloso, senza però rispettare alcuna scala scientifica valutata al momento dell'imposizione della pena<sup>38</sup>.

Sempre in tema di proporzionalità, un argomento recente è stato sollevato da alcuni settori della dottrina ed è stato ripreso da alcune giurisdizioni superiori (v. *infra* nel prossimo paragrafo), sulla base dello Statuto di Roma. Pur trattandosi di un sistema autonomo rispetto al sistema penale interno degli Stati che lo hanno sottoscritto, entrambi i sistemi (nazionale e internazionale) sono collegati in virtù del principio di complementarità nella determinazione della giurisdizione applicabile<sup>39</sup>.

Nello Statuto di Roma è previsto l'ergastolo (in luogo della pena capitale), ma esso risulta essere di carattere eccezionale e altamente di-

---

<sup>35</sup> C. KUNSEMULLER, *Culpabilidad y pena*, Santiago de Chile, 2001, *passim*.

<sup>36</sup> C.M. ROMEO CASABONA, *op. cit.*, 41.

<sup>37</sup> Le finalità preventive della pena che vengono prese in considerazione variano, infatti, quando si tratta del momento dell'irrogazione della pena, dove prevale il criterio della retribuzione, mentre è la prevenzione che viene presa in considerazione durante l'esecuzione. M.V. CARUSO, *op. cit.*, 338.

<sup>38</sup> A tutto ciò si aggiunga come lo Stato non dispone di strumenti adeguati a misurare la pericolosità e, a volte, non offre effettivamente al condannato i mezzi necessari per il suo trattamento, soprattutto nella realtà carceraria cilena. S. CUNEO, *La cárcel moderna. Una crítica necesaria*, Valparaíso, 2017, 55 ss.

<sup>39</sup> G. BASSO, *op. cit.*, 22. In effetti, i crimini che la CPI è competente a giudicare possono e dovrebbero essere indagati, perseguiti e, se del caso, puniti (in linea di principio) dai tribunali nazionali, sebbene la decisione finale su chi dovrebbe intervenire spetti alla CPI stessa.

screzionale<sup>40</sup>, essendo contemplato per la punizione dei più gravi reati contro la comunità internazionale. Esso, tra l'altro, è suscettibile di revisione e soggetto a riduzione dopo aver scontato venticinque anni di reclusione senza ulteriori requisiti di rilievo<sup>41</sup>. Soprattutto, va notato che si tratta di una sanzione che non è stata ancora applicata in alcun caso specifico dalla Corte penale internazionale<sup>42</sup>.

È alquanto illogico che i sistemi penali nazionali seguano una tendenza più punitivista quando quella nel campo del diritto penale internazionale, che punisce i crimini più gravi commessi contro l'umanità, è inversa. Potremmo assistere al paradosso per cui “la stessa ipotesi di fatto potrebbe avere un trattamento punitivo più severo nella giurisdizione nazionale rispetto a quello che potrebbe corrispondergli presso la sede della Corte penale internazionale”<sup>43</sup>. Ciò potrebbe avvenire proprio nell'ordinamento cileno, che punisce tutti i reati previsti dallo Statuto di Roma con la pena dell'ergastolo qualificato in base alla L. N° 20.357 del Ministero degli Affari Esteri, che tipizza i crimini contro l'umanità, di guerra e il genocidio.

Quanto precede dovrebbe indurre a concludere che il modo in cui si configura l'ergastolo nell'ambito del diritto penale internazionale, “lungi dal giustificare l'irrogazione di una pena più severa a livello nazionale”<sup>44</sup>, è in realtà un presupposto per delegittimare l'ergastolo qualificato. Nello specifico, un crimine contro l'umanità potrebbe essere punito con una pena meno severa dalla Corte Penale Internazionale, rispetto alla condanna nell'ordinamento giuridico interno, per un crimine costituito dagli stessi fatti. Infatti, coloro che sono stati condannati all'ergastolo qualificato sono stati condannati a pene più severe rispetto

---

<sup>40</sup> G. BASSO, *op. cit.*, 22.

<sup>41</sup> G. BASSO, *op. cit.*, 22.

<sup>42</sup> G. BASSO, *op. cit.*, 23. Nel caso Ntaganda, la CPI ha rifiutato di applicare una pena superiore ai 30 anni, malgrado questa fosse la richiesta avanzata dalle vittime (Procuratore vs Bosco Ntaganda, Sent. 7 novembre 2019, par. 250).

<sup>43</sup> G. BASSO, *op. cit.*, 23.

<sup>44</sup> G. BASSO, *op. cit.*, 23. L'Autore fa riferimento al testo del legislatore spagnolo, in particolare, all'ultimo paragrafo della sezione II del preambolo della legge organica 1/2015, per giustificare l'introduzione dell'ergastolo rivedibile nel codice penale spagnolo.

a coloro che sono stati processati per crimini contro l'umanità e crimini di guerra conosciuti e giudicati dalla CPI.

Recentemente, la plenaria della Corte costituzionale spagnola ha emesso una sentenza sul ricorso di incostituzionalità n. 3866-2015, il cui scopo era impugnare la legge organica 1/2015, che introduce la pena detentiva permanente rivedibile in Spagna. Il ricorso è stato rigettato, anche se la maggioranza dei voti non accoglie l'eccezione qui sollevata. Nel voto di minoranza del magistrato Cándido Conde-Pumpido Tourón (Considerando 3° lett. b) se ne fa menzione, come argomento a favore della dichiarazione di incostituzionalità. Infatti, il relatore del voto di minoranza ha sostenuto che

nonostante nella determinazione della finalità delle sentenze nel diritto penale internazionale non prevalga il loro carattere risocializzante o riabilitativo, presente nella maggior parte degli ordinamenti nazionali dei Paesi democratici, la sentenza dell'ergastolo contemplato dallo Statuto è sempre facoltativo, oltre che sindacabile. Non è obbligatorio; può essere imposto solo “quando giustificato dall'estrema gravità del reato e dalle circostanze personali della persona condannata”. Tale eventualità, infatti, non si è verificata. Ad oggi non è stata in ogni caso comminata la condanna all'ergastolo. E, se dovesse essere imposto, il limite minimo di adempimento per accedere al suo riesame sarebbe di 25 anni (art. 110.3 St.R.); limite che non può essere comunque superato, contrariamente a quanto accade nella disciplina stabilita nel nostro codice penale (spagnolo), che ne ammette l'elevazione fino a 30 e anche 35 anni di reclusione effettiva.

Di conseguenza, ritiene che violi, tra gli altri principi limitativi dello *ius puniendi*, anche il principio di proporzionalità.

##### *5. Futuro dell'ergastolo in Cile: proposte di riforma alla luce dei principi costituzionali*

Il legislatore e il governo cileno hanno tentato di promuovere, per un decennio, una serie di ampie riforme dell'attuale codice penale, con l'obiettivo di modernizzare il sistema penale nel suo complesso. In tal senso sono state predisposte quattro bozze preliminari di codice penale,

che apportano modifiche sostanziali in tema di privazione della libertà per lunghi periodi. In nessuno dei disegni di legge studiati, infatti, è prevista la possibilità di irrogare una condanna all'ergastolo.

In generale, i progetti di legge hanno comportato un lavoro particolarmente approfondito di ridefinizione del sistema sanzionatorio esistente in Cile, che comporta un'intensificazione del ricorso a pene rilevanti che non costituiscono privazione totale della libertà, attraverso l'istituzione di pene parzialmente restrittive della libertà, del lavoro domiciliare e, soprattutto, per un ammodernamento e un ampliamento dell'uso della pena pecuniaria<sup>45</sup>.

Di seguito si riportano le norme pertinenti che stabiliscono la pena detentiva e i termini che sono previsti per la sua comminazione nei diversi progetti.

---

<sup>45</sup> Secondo quanto indicato nel Messaggio annesso all'Anteprogetto di Codice penale (2022), p. 4.

Anteproyecto 2013	Anteproyecto 2015	Anteproyecto 2018	Anteproyecto 2022
<p><i>Art. 53. Prigione.</i>                      Con la pena di prigione il condannato viene privato della libertà, rinchiodandolo in un istituto pubblico a ciò appositamente destinato ed essendo sottoposto al regime previsto dalla legge.                      La durata minima della pena è di 1 anno; il massimo è 20 anni. In presenza di un'aggravante altamente qualificata, la pena di prigione può raggiungere un massimo di 24 anni.                      Ogni pena di prigione inflitta dal tribunale è determinata dal tribunale stesso in un numero di anni e mesi. In nessun caso una condanna può imporre pene detentive che insieme superino i 30 anni.</p>	<p><i>Art. 44. Prigione.</i>                      Con la pena di prigione il condannato è privato della libertà, rinchiodandolo in un istituto pubblico appositamente designato per questo, sottoponendolo al regime di esecuzione previsto dalla legge.                      La pena di prigione minima è di un anno; il massimo è venti anni. Nel caso vi sia un'aggravante altamente qualificata, la reclusione può raggiungere nel massimo ventiquattro anni, salvo che il verificarsi di qualche circostanza attenuante osti a che tale aggravante produca tale effetto, a norma di quanto previsto dal Titolo V del Libro primo. del presente codice. Se trovano applicazione gli articoli artt. 78, 79, 80, 82 o 85, la reclusione non può in ogni caso superare i trenta anni. Ogni pena di prigione inflitta dal tribunale è determinata dal tribunale stesso in un numero di anni e mesi.</p>	<p><i>Art. 44 Prigione.</i>                      Con la pena di prigione, il condannato è privato della sua libertà rinchiodandolo in un istituto pubblico appositamente designato per questo, sottoponendolo al regime di esecuzione previsto dalla legge                      La pena di prigione minima è di un anno; il massimo è venti anni.                      Nel caso vi sia un'aggravante altamente qualificata, la reclusione può raggiungere nel massimo ventiquattro anni, salvo che il verificarsi di qualche circostanza attenuante osti a che tale aggravante produca tale effetto, a norma di quanto previsto dal Titolo V del Libro primo. del presente codice. Se trovano applicazione gli articoli artt. 78, 79, 80, 82 o 85, la reclusione non può in ogni caso superare i trenta anni. Ogni pena di prigione inflitta dal tribunale è determinata dal tribunale stesso in un numero di anni e mesi</p>	<p><i>Art 48 commi dal secondo in poi.</i>                      La pena di prigione minima è di un anno; il massimo è venti anni.                      Nel caso vi sia un'aggravante altamente qualificata, la reclusione può raggiungere nel massimo ventiquattro anni, salvo che il verificarsi di qualche circostanza attenuante osti a che tale aggravante produca tale effetto, a norma di quanto previsto dal Titolo V del Libro primo. del presente codice.                      Nel caso dei delitti previsti dal titolo XVII del libro secondo del presente codice, la pena massima di cui al comma precedente è di 30 anni.                      Anche qualora siano applicabili gli articoli 82, 83, 84, 86 o 89, la prigione non può eccedere gli anni 30 salvo che riguardi i delitti previsti dagli articoli 159, 161, 218, nel comma 2 del Titolo III e nel Titolo XVII, tutti del Libro Secondo di questo codice.</p>

Come è possibile apprezzare, nessuno dei disegni di legge contempla la pena dell'ergastolo e il limite massimo in essi previsto raggiunge i trent'anni di privazione effettiva. Anche in caso di applicazione delle regole di concorso di reati, il limite non può eccedere i trent'anni. Insomma, il pre-legislatore opta per un sistema sanzionatorio più benigno e anche, va detto, più rispettoso della dignità umana in ordine alla severità delle pene in un (eventuale) nuovo codice penale.

Tuttavia, recenti riforme sono state promosse nella direzione inversa per inasprire le regole da applicare all'ergastolo qualificato. Il disegno di legge N° 34-2021, che riforma la libertà vigilata, propone di modificare il codice penale e il decreto-legge N° 321 del 1925, al fine di stabilire un'effettiva privazione della libertà di sessant'anni per coloro che commettono determinati reati contro minori di età inferiore a sette anni e che sono stati condannati all'ergastolo qualificato<sup>46</sup>. Lo scopo di questa proposta è applicare politiche di "Tolleranza 0" riguardo ai reati contro i bambini, quando questi illeciti violano la loro innocenza e la loro integrità fisica e mentale. In questi casi, come indica il progetto, sarebbe giustificata una risposta particolarmente dura da parte dello Stato, trattandosi anche di vittime che si troverebbero in una situazione di totale inerme.

La Suprema Corte, con *Oficio* n. 27-2022, ha reso pubblica una relazione sul citato disegno di legge. In essa spiccano due argomentazioni sulla falsariga della proposta di questo lavoro, la prima, secondo cui l'allungamento della pena nuoce alla possibilità di risocializzazione del condannato, oltre a superare, con grande probabilità, la speranza di vita del condannato; la seconda, che è sproporzionato stabilire un aumento a sessant'anni per poter chiedere il riesame da parte del soggetto condannato all'ergastolo qualificato.

In tal senso, afferma che l'idea di stabilire un numero fisso di anni di pena – in cui non vi sia la possibilità di ricorrere ai meccanismi di liberazione graduale – potrebbe impedire di valutare l'evoluzione della persona condannata e quelle caratteristiche che possono dare conto dell'effetto della sanzione sul loro processo di risocializzazione (Consideran-

---

<sup>46</sup> Secuestro calificado (art. 141 inciso final CP), sustracción de menores por rescate o lesiones graves (art. 142 N° 1 CP), tortura con homicidio (art. 150 B N°1 CP), violación con homicidio (art. 372 bis CP) y parricidio (art. 390 CP).



do 6°). Inoltre, la durata della pena potrebbe spesso superare o avvicinarsi all'aspettativa di vita del condannato solo di pochi anni. In tal caso, la sanzione penale avrebbe potenzialmente come unico ed esclusivo fine la totale innocuizzazione dell'autore del reato e, al contempo, sarebbe inefficace ogni disciplina relativa alla liberazione condizionale, in quanto sarebbe pressoché impossibile immaginare un periodo antecedente alla liberazione definitiva nel quale essa potrebbe avere realmente luogo (Considerando 7°).

In termini generali, si afferma che rispetto alla proporzionalità della misura prevista rispetto al carico sanzionatorio di altri reati, nella fattispecie, sebbene sia innegabile che si tratti di reati particolarmente gravi, specie quando commessi nei confronti di minori di sette anni di età, vi sono altre figure che possono essere di entità simile e che, in caso di esito positivo della proposta, avrebbero un trattamento più blando, il che si tradurrebbe in una sproporzione intrasistematica.



## NOTA SU AUTRICI E AUTORI

(in ordine di apparizione)

Gabriele Fornasari

*Professore ordinario di diritto penale (Università di Trento)*

Carlos Cabezas

*Decano della facoltà di Ciencias jurídicas (Universidad de Antofagasta)*

Emanuele Corn

*Research fellow (Universidad de Antofagasta)*

Jerson Valencia Carrizo

*Professore di diritto costituzionale (Universidad de Antofagasta), LL.M. (Universidad de Valparaíso)*

Simone Penasa

*Professore di diritto costituzionale (Università di Trento)*

Marta Tomasi

*Professoressa di diritto costituzionale (Università di Trento)*

Diva Serra Cruz

*Professoressa di diritto penale (Universidad de Concepción), dottoressa di ricerca (Università La Sapienza)*

Ximena Marcazzolo Awad

*Professoressa di diritto penale (Universidad del Desarrollo), LL.M. (Universidad Pompeu Fabra) e dottoressa di ricerca (Universidad católica de Chile)*

Rocío Sánchez Pérez

*Professoressa di diritto penale (Universidad Andrés Bello), LL.M. (Universidad de Alicante) e dottoressa di ricerca (Universidad de Valparaíso)*

Agustina Alvarado Urizar

*Professoressa di diritto processuale (Universidad Andrés Bello), dottoressa di ricerca (Università di Milano)*

Andrea Perin

*Ricercatore di diritto penale (Università di Brescia)*

Sem Sandoval Reyes

*Professore di diritto processuale (Universidad de Antofagasta), LL.M. e dottorando (Georg-August-Universität di Göttingen)*

Mario Durán Migliardi

*Professore di diritto penale (Universidad de Atacama), dottore di ricerca (Universidad de Salamanca)*

Silvio Cuneo Nash

*Professore di diritto penale (Universidad Central de Chile) LL.M. e dottore di ricerca (Universidad Pompeu Fabra e Università di Trento)*

Nicole Selamé Glena

*Professoressa di filosofia del diritto (Universidad de Valparaíso) LL.M. e dottoressa di ricerca (Universidad Pompeu Fabra)*

Ignacio Ackermann Hormazábal

*Professore di diritto penale (Universidad de Valparaíso), dottorando (Universidad Autónoma de Madrid)*

**COLLANA**  
**‘QUADERNI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA’**  
**UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO**

1. *L'applicazione delle regole di concorrenza in Italia e nell'Unione europea. Atti del IV Convegno Antitrust tenutosi presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento* - (a cura di) GIAN ANTONIO BENACCHIO, MICHELE CARPAGNANO (2014)
2. *Dallo status di cittadino ai diritti di cittadinanza* - (a cura di) FULVIO CORTESE, GIANNI SANTUCCI, ANNA SIMONATI (2014)
3. *Il riconoscimento dei diritti storici negli ordinamenti costituzionali* - (a cura di) MATTEO COSULICH, GIANCARLO ROLLA (2014)
4. *Il diritto del lavoro tra decentramento e ricentralizzazione. Il modello trentino nello spazio giuridico europeo* - (a cura di) ALBERTO MATTEI (2014)
5. *European Criminal Justice in the Post-Lisbon Area of Freedom, Security and Justice* - JOHN A.E. VERVAELE, with a prologue by Gabriele Fornasari and Daria Sartori (Eds.) (2014)
6. *I beni comuni digitali. Valorizzazione delle informazioni pubbliche in Trentino* - (a cura di) ANDREA PRADI, ANDREA ROSSATO (2014)
7. *Diplomatici in azione. Aspetti giuridici e politici della prassi diplomatica nel mondo contemporaneo* - (a cura di) STEFANO BALDI, GIUSEPPE NESI (2015)
8. *Il coordinamento dei meccanismi di stabilità finanziaria nelle Regioni a Statuto speciale* - (a cura di) ROBERTO TONIATTI, FLAVIO GUELLA (2014)
9. *Reti di libertà. Wireless Community Networks: un'analisi interdisciplinare* - (a cura di) ROBERTO CASO, FEDERICA GIOVANELLA (2015)
10. *Studies on Argumentation and Legal Philosophy. Further Steps Towards a Pluralistic Approach* - (Ed. by) MAURIZIO MANZIN, FEDERICO PUPPO, SERENA TOMASI (2015)
11. *L'eccezione nel diritto. Atti della giornata di studio (Trento, 31 ottobre 2013)* - (a cura di) SERGIO BONINI, LUCIA BUSATTA, ILARIA MARCHI (2015)
12. *José Luis Guzmán D'Albora, Elementi di filosofia giuridico-penale* - (a cura di) GABRIELE FORNASARI, ALESSANDRA MACILLO (2015)

13. *Verso nuovi rimedi amministrativi? Modelli giustiziali a confronto* - (a cura di) GIANDOMENICO FALCON, BARBARA MARCHETTI (2015)

14. *Convergences and Divergences between the Italian and the Brazilian Legal Systems* - (Ed. by) GIUSEPPE BELLANTUONO, FEDERICO PUPPO (2015) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/116513>)

15. *La persecuzione dei crimini internazionali. Una riflessione sui diversi meccanismi di risposta. Atti del XLII Seminario internazionale di studi italo-tedeschi, Merano 14-15 novembre 2014 - Die Verfolgung der internationalen Verbrechen. Eine Überlegung zu den verschiedenen Reaktionsmechanismen. Akten des XLII. Internationalen Seminars deutsch-italienischer Studien, Meran 14.-15. November 2014* - (a cura di / herausgegeben von) ROBERTO WENIN, GABRIELE FORNASARI, EMANUELA FRONZA (2015)

16. *Luigi Ferrari Bravo. Il diritto internazionale come professione* - (a cura di) GIUSEPPE NESI, PIETRO GARGIULO (2015)

17. *Pensare il diritto pubblico. Liber Amicorum per Giandomenico Falcon* - (a cura di) MAURIZIO MALO, BARBARA MARCHETTI, DARIA DE PRETIS (2015)

18. *L'applicazione delle regole di concorrenza in Italia e nell'Unione europea. Atti del V Convegno biennale Antitrust. Trento, 16-18 aprile 2015* - (a cura di) GIAN ANTONIO BENACCHIO, MICHELE CARPAGNANO (2015)

19. *From Contract to Registration. An Overview of the Transfer of Immoveable Property in Europe* - (Ed. by) ANDREA PRADI (2015) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/140085>)

20. *Diplomatici in azione. Aspetti giuridici e politici della prassi diplomatica nel mondo contemporaneo. Volume II* - (a cura di) STEFANO BALDI, GIUSEPPE NESI (2016) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/143369>)

21. *Democrazie e religioni: libertà religiosa, diversità e convivenza nell'Europa del XXI secolo. Atti del convegno nazionale Adec Trento, 22 e 23 ottobre 2015* - (a cura di) ERMINIA CAMASSA (2016)

22. *Modelli di disciplina dell'accoglienza nell'“emergenza immigrazione”. La situazione dei richiedenti asilo dal diritto internazionale a quello regionale* - (a cura di) JENS WOELK, FLAVIO GUELLA, GRACY PELACANI (2016)

23. *Prendersi cura dei beni comuni per uscire dalla crisi. Nuove risorse e nuovi modelli di amministrazione* - (a cura di) MARCO BOMBARDELLI (2016)
24. *Il declino della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato. Atti del IV Congresso nazionale SIRD. Trento, 24-26 settembre 2015* - (a cura di) GIAN ANTONIO BENACCHIO, MICHELE GRAZIADEI (2016)
25. *Fiat Intabulatio. Studi in materia di diritto tavolare con una raccolta di normativa* - (a cura di) ANDREA NICOLUSSI, GIANNI SANTUCCI (2016)
26. *Le definizioni nel diritto. Atti delle giornate di studio, 30-31 ottobre 2015* - (a cura di) FULVIO CORTESE, MARTA TOMASI (2016)
27. *Diritto penale e modernità. Le nuove sfide fra terrorismo, sviluppo tecnologico e garanzie fondamentali. Atti del convegno. Trento, 2 e 3 ottobre 2015* - (a cura di) ROBERTO WENIN, GABRIELE FORNASARI (2017)
28. *Studies on Argumentation & Legal Philosophy / 2. Multimodality and Reasonableness in Judicial Rhetoric* - (Ed. by) MAURIZIO MANZIN, FEDERICO PUPPO, SERENA TOMASI (2017) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/106571>)
29. *Il Giudice di pace e la riforma della magistratura onoraria. Atti del Convegno. Trento, 3-4 dicembre 2015* - (a cura di) GABRIELE FORNASARI, ELENA MATTEVI (2017) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/178978>)
30. *Il diritto in migrazione. Studi sull'integrazione giuridica degli stranieri* - (a cura di) FULVIO CORTESE, GRACY PELACANI (2017)
31. *Diplomatici in azione. Aspetti giuridici e politici della prassi diplomatica nel mondo contemporaneo. Volume III* - (a cura di) STEFANO BALDI, GIUSEPPE NESI (2017) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/184772>)
32. *Carlo Beduschi. Scritti scelti* - (a cura di) LUCA NOGLER, GIANNI SANTUCCI (2017)
33. *Diplomatici. 33 saggi su aspetti giuridici e politici della diplomazia contemporanea* - (a cura di) STEFANO BALDI, GIUSEPPE NESI (2018)
34. *Sport e fisco* - (a cura di) ALESSANDRA MAGLIARO (2018)
35. *Legal Conversations Between Italy and Brazil* - (a cura di) GIUSEPPE BELLANTUONO, FABIANO LARA (2018)

36. *Studies on Argumentation & Legal Philosophy / 3. Multimodal Argumentation, Pluralism and Images in Law* - (Ed. by) MAURIZIO MANZIN, FEDERICO PUPPO, SERENA TOMASI (2018) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/218719>)
37. *Aspetti istituzionali e prospettive applicative del private antitrust enforcement nell'Unione europea. Atti del VI convegno biennale antitrust. Facoltà di Giurisprudenza. Trento, 6-8 aprile 2017* - (a cura di) GIAN ANTONIO BENACCHIO, MICHELE CARPAGNANO (2018)
38. *La Direttiva quadro sulle acque (2000/60/CE) e la Direttiva alluvioni (2007/60/CE) dell'Unione europea. Attuazione e interazioni con particolare riferimento all'Italia* - (a cura di) MARIACHIARA ALBERTON, MARCO PERTILE, PAOLO TURRINI (2018)
39. *Saggi di diritto economico e commerciale cinese* - (a cura di) IGNAZIO CASTELLUCCI (2019)
40. *Giustizia riparativa. Responsabilità, partecipazione, riparazione* - (a cura di) GABRIELE FORNASARI, ELENA MATTEVI (2019) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/234755>)
41. *Prevenzione dei sinistri in area valanghiva. Attività sportive, aspetti normativo-regolamentari e gestione del rischio* - (a cura di) ALESSANDRO MELCHIONDA, STEFANIA ROSSI (2019)
42. *Pubblica amministrazione e terzo settore. Confini e potenzialità dei nuovi strumenti di collaborazione e sostegno pubblico* - (a cura di) SILVIA PELLIZZARI, ANDREA MAGLIARI (2019)
43. *Il private antitrust enforcement in Italia e nell'Unione europea: scenari applicativi e le prospettive del mercato. Atti del VII Convegno Antitrust di Trento, 11-13 aprile 2019* - (a cura di) GIAN ANTONIO BENACCHIO, MICHELE CARPAGNANO (2019)
44. *Conciliazione, mediazione e deflazione nel procedimento davanti al giudice di pace. Esperienze euroregionali. Atti del Convegno. Trento, 10 maggio 2019* - (a cura di) SILVANA DALLA BONTÀ, ELENA MATTEVI (2020) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/259285>)
45. *Diritto e genere. Temi e questioni* - (a cura di) STEFANIA SCARPONI (2020)



46. *Le parti in mediazione: strumenti e tecniche. Dall'esperienza pratica alla costruzione di un metodo* - (a cura di) SILVANA DALLA BONTÀ (2020) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/269082>)
47. *Effettività delle tutele e diritto europeo. Un percorso di ricerca per e con la formazione giudiziaria* - (a cura di) PAOLA IAMICELI (2020)
48. *Infermità mentale, imputabilità e disagio psichico in carcere. Definizioni, accertamento e risposte del sistema penale* - (a cura di) ANTONIA MENGHINI, ELENA MATTEVI (2020)
49. *Le (in)certezze del diritto. Atti delle giornate di studio. 17-18 gennaio 2019* - (a cura di) CINZIA PICIOCCHI, MARTA FASAN, CARLA MARIA REALE (2021)
50. *Studies on Argumentation & Legal Philosophy / 4. Ragioni ed emozioni nella decisione giudiziale* - (Ed. by) MAURIZIO MANZIN, FEDERICO PUPPO, SERENA TOMASI (2021) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/296052>)
51. *Comunicare, negoziare e mediare in rete. Atti del Convegno. Trento, 25 settembre 2020* - (a cura di) SILVANA DALLA BONTÀ (2021) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/306972>)
52. *La giurisdizione penale del giudice di pace: un bilancio sui primi vent'anni* - (a cura di) MARCELLO Busetto, GABRIELLA DI PAOLO, GABRIELE FORNASARI, ELENA MATTEVI (2021)
53. *State and Religion: Agreements, Conventions and Statutes* - (Ed. by) CINZIA PICIOCCHI, DAVIDE STRAZZARI, ROBERTO TONIATTI (2021)
54. *Pandemia e gestione responsabile del conflitto. Le alternative alla giurisdizione. Atti del Convegno. Trento, 10 giugno 2021* - (a cura di) ANTONIO CASSATELLA, SILVANA DALLA BONTÀ, ELENA MATTEVI (2021)
55. *Il rapporto tra diritto, economia e altri saperi: la rivincita del diritto. Atti della Lectio Magistralis di Guido Calabresi in occasione della chiusura dell'anno accademico del Dottorato in Studi Giuridici Comparati ed Europei. Facoltà di Giurisprudenza. Trento, 24 ottobre 2019* - (a cura di) GIUSEPPE BELLANTUONO, UMBERTO IZZO (2022)
56. *Il contributo di Pietro Trimarchi all'analisi economica del diritto. Atti del Convegno. Trento, 16-18 dicembre 2020* - (a cura di) GIUSEPPE BELLANTUONO, UMBERTO IZZO (2022)

57. *Le relazioni fra Autonomie speciali e Regioni ordinarie in un contesto di centralismo asimmetrico: le complessità di una dialettica (1970-2020)* - (a cura di) ROBERTO TONIATTI (2022)

58. *Giustizia e mediazione. Dati e riflessioni a margine di un progetto pilota* - (a cura di) SILVANA DALLA BONTÀ, ELENA MATTEVI (2022)

59. ANTONIO ARMELLINI - *L'Italia e la carta di Parigi della CSCE per una nuova Europa. Storia di un negoziato (luglio-novembre 1990)*. Introduzione di GIUSEPPE NESI. Postfazione di ETTORE GRECO. Con contributi di STEFANO BALDI, FABIO CRISTIANI, PIER BENEDETTO FRANCESE, NATALINO RONZITTI, PAOLO TRICHILO (2022)

60. *La rieducazione oggi. Dal dettato costituzionale alla realtà del sistema penale. Atti del Convegno. Trento, 21-22 gennaio 2022* - (a cura di) ANTONIA MENGHINI, ELENA MATTEVI (2022)

61. *La specialità nella specialità* - (a cura di) ROBERTO TONIATTI (2022)

62. *L'amministrazione condivisa* - (a cura di) GREGORIO ARENA, MARCO BOMBARDELLI (2022)

63. *Intelligenza artificiale e processo penale. Indagini, prove, giudizio* - (a cura di) GABRIELLA DI PAOLO, LUCA PRESSACCO (2022)

64. *L'attuazione della procura europea. I nuovi assetti dello spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia* - (a cura di) GABRIELLA DI PAOLO, LUCA PRESSACCO, ROSANNA BELFIORE, TOMMASO RAFARACI (2022)

65. *I rapporti tra attori pubblici e attori privati nella gestione dell'immigrazione e dell'asilo* - (a cura di) ELIANA AUGUSTI, SIMONE PENASA, STEFANO ZIRULLIA (2022)

66. *Trasporto pubblico locale in fase pandemica e post-pandemica: alla ricerca del diritto alla mobilità in condizioni di sicurezza e di sostenibilità economica. Atti del Seminario. Trento, 5 aprile 2022* - (a cura di) ALESSIO CLARONI (2023) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <https://hdl.handle.net/11572/376915>)

67. *Salute e carcere* - (a cura di) GABRIELE FORNASARI, ANTONIA MENGHINI (2023)

68. *La responsabilità da reato degli enti nel contesto delle cooperative agricole e vitivinicole. Atti del Convegno. Trento, 2 dicembre 2022* - (a cura di) ALESSANDRO MELCHIONDA, ENRICO PEZZI (2023)

69. *Percorsi interculturali* - (a cura di) CINZIA PICIOCCHI, DAVIDE STRAZZARI (2023) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <https://hdl.handle.net/11572/384871>)

70. *Il diritto fra prospettiva rimediabile e interpretazione funzionale. Atti delle Lectiones Magistrales di Salvatore Mazzamuto e Mario Barcellona in occasione della inaugurazione dell'anno accademico del Dottorato in Studi Giuridici Comparati ed Europei. Facoltà di Giurisprudenza. Trento, 6 aprile 2022* - (a cura di) UMBERTO IZZO (2023)

71. *Il principio di autoresponsabilità nella società e nel diritto. Atti del Convegno. Trento, 16 e 17 settembre 2022* - (a cura di) GABRIELE FORNASARI, TERESA PASQUINO, GIANNI SANTUCCI (2023)

72. *Giuristi d'impresa. La lettura del bilancio* - GIANLUCA CHIARIONI (2023)

73. *La riforma Cartabia tra non punibilità e nuove risposte sanzionatorie. Atti del Convegno. Trento, 24 e 25 marzo 2023* - (a cura di) ANTONIA MENGHINI, ELENA MATTEVI (2023)

74. *Il processo di riforma costituzionale cileno 2019-2023. Profili penalistici* - (a cura di) GABRIELE FORNASARI, CARLOS CABEZAS, EMANUELE CORN (2023)

