

Politica criminale e terrorismo. Un'approssimazione all'attuale tendenza della politica criminale e il suo effetto nel sistema penale

SOMMARIO: 1. Realtà attuale e politica criminale. – 1.1. La globalizzazione ed il suo contesto. – 1.2. Il tradizionale dilemma tra la sicurezza, diritti e garanzie. A) Il crimine transnazionale. B) La complessa prevenzione di alcuni delitti. C) I media, il loro modo di comunicazione e l'impatto nella politica criminale. – 2. Le conseguenze della politica criminale derivanti dalla realtà attuale. – 2.1. L'amministrativizzazione del Diritto Penale. – 2.2. L'anticipazione della soglia di punibilità. – 2.3. L'aumento smisurato delle pene e la crisi della capacità risocializzante della pena. – 2.4. Sulla crisi del principio di proporzionalità delle pene. – 3. La nuova tendenza della politica criminale e la sua difficile conciliazione con il diritto penale delle garanzie. – 3.1. Breve riflessione sulla figura del nemico. – 4. L'attuale panorama normativo: uno studio sul delitto di *autocapacitación* terroristica del codice penale spagnolo (art. 575.2. c.p.e.). – 4.1. Alcuni cenni sul delitto di auto-indottrinamento terroristico (art. 575.2 c.p.e.).

ABSTRACT

One of the current concerns is the known jihadist terrorism. This kind of terrorism has proved to be able to attract people, even though they have not any relation with Islam. In this way, this terrorism has registered a turning point in the anti-terrorist law, both nationally and internationally. Nevertheless, this legal formula signify some incompatibilities with the guarantee criminal law and, in consequence, with the Rule of Law. As a result, the current criminal law is closer to the Criminal Law of the Enemy.

Le democrazie attuali sono chiamate ad affrontare diverse sfide, ed una delle più impegnative è causata dal terrorismo *jihadista*. Questa matrice terroristica, avendo dimostrato di essere in grado di attrarre persone che hanno ben pochi legami con l'*Islam*, ha fatto registrare un prima e un dopo nella legislazione anti-terrorista, sia a livello nazionale sia in ambito internazionale. In ogni caso, la nuova disciplina in materia pare aver portato con sé alcune incompatibilità con la concezione garantista del diritto penale e, di conseguenza, con lo Stato di Diritto, avvicinandosi più che altro ad un diritto penale del nemico.

1. Realtà attuale e politica criminale.

1.1. La globalizzazione ed il suo contesto.

La società odierna ha fatto registrare grandi progressi nella tecnologia, nella scienza e nella cultura in generale. Così, questi progressi, insieme alla digitalizzazione e, in particolar modo, con la comparsa di *internet*, hanno esteso la globalizzazione a tutti i settori conosciuti. Tale fattore, senza dubbio, ha portato giovamento in termini di sviluppo e di qualità delle democra-

* Professoressa di Diritto penale presso l'Universidad Europea de Madrid.

zie attuali, riuscendo a conquistare importanti traguardi¹, quali il miglioramento dell'aspettativa e della qualità di vita stessa dell'essere umano, oltre ad un crescente benessere e livello di sicurezza in ogni ambito.

Sotto questo aspetto, una delle rivoluzioni più significative riguarda il mondo delle comunicazioni, giacché è oggi possibile interloquire direttamente con persone che si trovano a migliaia di chilometri di distanza.

Tuttavia, questi vantaggi sono stati sfruttati anche dalla criminalità organizzata per commettere crimini a livello mondiale, avendo assunto, ora, una natura transnazionale.

Da ciò deriva che le indagini, di fatto, penalmente rilevanti hanno subito un forte incremento, mettendo in grave difficoltà gli Stati di diritto dell'Occidente².

L'esempio più nitido di questo vantaggio lo si riscontra nelle attività delle organizzazioni criminali³, sia quelle aventi scopi economici – come la mafia – sia quelle che perseguono scopi politici, come nel caso del terrorismo *jihadista*.

Infatti, organizzazioni come *Al-Qaeda* o *Daesh*, quest'ultima in particolare, sono riuscite a trasformare *internet* in un mezzo a loro molto favorevole, utile a introdurle, senza ostacoli, nella globalizzazione e nell'intero panorama internazionale.

Ciò comporta un'ulteriore difficoltà, a livello nazionale ed internazionale, che ha orientato la tendenza della politica criminale verso un indirizzo certamente più rigido.

¹ Così BORJA JIMÉNEZ, *Globalización y concepciones de Derecho Penal*, in *Revista Estudios penales y Criminológicos*, vol. XXIX, 2019, 183-184, quando descrive i due effetti contrapposti che si manifestano a causa della globalizzazione: «Da un lato, l'omogeneizzazione del mondo nella imposizione del neo-liberalismo economico, dell'insieme di idee politiche delle democrazie occidentali (e dei suoi valori di cultura fortemente individualisti) e in compagna della crescente incorporazione delle nuove tecnologie nella vita quotidiana. E, dall'altro lato, la creazione di sacche di povertà ogni volta più grandi, di settori emarginati che poco o nulla si beneficiano della globalizzazione dell'economia, e dell'insorgenza di un forte sentimento di rifiuto dei valori occidentali nei gruppi umani etnicamente differenziati, o con altre culture o di altre civiltà diversi del modello di vita occidentale. Senza dubbio, questo secondo aspetto si trova intimamente legato con estensione, anche globale, del terrorismo nel mondo». La globalizzazione, quindi, si potrebbe rappresentare come una moneta a due facce.

² Come affermano TERRADILLOS, MUÑOZ CONDE, CANCIO MELIÁ, non si tratta di un fenomeno nazionale, bensì di natura internazionale. Nonostante questo, la tendenza è preoccupante, perché la politica criminale è mutata in seguito agli attacchi dell'11 settembre. In questo modo, una parte della dottrina, sia nazionale sia internazionale, ha manifestato la sua preoccupazione rispetto al cambio della politica criminale verso ad una tendenza più severa e limitante di diritti. In tal senso, il diritto penale europeo ha sviluppato una legislazione simbolica con degli impulsi punitivi, e questo sta producendo una espansione quantitativa e qualitativa del diritto penale. Cfr. CANCIO MELIÁ, *El injusto de los delitos de organización: peligro y significado*, in *Icade. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, n. 74, maggio-agosto, 2008, 247 ss.; TERRADILLOS BASOCO, *Terrorismo yihadista y política criminal del siglo XXI* in *Nuevo Foro Penal*, n. 87, 2016, 20 ss.; MUÑOZ CONDE, *¿Es el Derecho Penal internacional un «Derecho Penal del Enemigo?»*, in *Revista Penal*, n. 21, 2008, 94 ss.

³ Come sostiene correttamente CASTILLO MORO, *Miedo, control social política criminal. Una visión multidisciplinar de la seguridad, derechos y libertades*, Madrid, 2017, 115, la globalizzazione ha beneficiato in maniera rilevante gli stessi gruppi criminali che hanno approfittato del commercio internazionale e cercano anche possibili margini nella stessa legalità.

1.2. Il tradizionale dilemma tra la sicurezza, diritti e garanzie.

Nonostante l'epoca in cui viviamo possa essere definita tra le più "sicure" della storia contemporanea⁴, la società sperimenta, tuttavia, un'importante sensazione di insicurezza.

Questo fenomeno culturale fu idealizzato, per la prima volta, dal professore Beck, il quale su tale tema sviluppò la teoria ai più conosciuta come "società del rischio".

Secondo tale tesi, «la società moderna si è trasformata in una società del rischio nel senso che è sempre più impegnata a dibattere, prevenire e gestire i rischi che essa stessa ha prodotto. In molti potrebbero obiettare che, pur potendo senz'altro essere così, la gestione dei rischi risulta comunque piuttosto indicativa di una certa isteria, anche a causa delle politiche fondate sulla paura, istigate e aggravate attraverso i media»⁵. Così, oggi, la preoccupazione dell'uomo risiede nei rischi da lui stesso costituiti e giammai nei pericoli derivanti delle catastrofi naturali.

A questo si deve aggiungere, inoltre, la constatazione per cui la società sembra più consapevole⁶ dei rischi ai quali è esposta e, quindi, si mostra sempre più contraria ad imbattersi in essi. Alla sensazione di insicurezza, come descritta da Beck, contribuiscono diversi ed ulteriori fattori, tra i quali possono senz'altro evidenziarsi la transnazionalità del crimine, la difficoltà nel prevenire certi reati e l'incidenza dei mezzi d'informazione attuali.

A) Il crimine transnazionale.

È pacifico sostenere che il crimine non si limita più ad operare all'interno dei confini nazionali e che oggi è possibile commettere crimini a livello globale, anche se l'autore del fatto criminoso e la vittima si trovano a migliaia di chilometri di distanza⁷.

Questo aumenta il margine d'identificazione e, in conseguenza, della sua prevenzione, incrementando, allo stesso tempo, la possibilità di delinquere e la vulnerabilità nel subire il reato e le sue stesse conseguenze che ne derivano dall'azione criminosa⁸.

⁴ Si osservi quanto delineato dalle ricerche dell'*Eurostat, Statistics Explained*, ove è emerso come i casi si riducono ogni anno, anche in Spagna, essendo uno degli Stati membri della Unione Europea che soffre di meno dei fenomeni di criminalità. Cfr. *Intentional homicides, 2016 (police-recorded offences per 100 000 inhabitants, enEurostat, Statistics Explained*

⁵ Si veda BECK, SABIOTE GONZÁLEZ, MELLADO LÓPEZ, *Vivir en la sociedad del riesgo mundial, Serie Relaciones Dinámicas Interculturales*, n. 8, CIDOB, Barcellona, 2007, 8 ss.

⁶ Secondo DÍEZ RIPOLLÉS, *El Derecho Penal Simbólico y los efectos de la pena*, in ARROYO ZAPATERO, NIETO MARTÍN, NEUMANN, (a cura di), *Crítica y justificación del Derecho Penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*, Cuenca, 2003, 148, la società è più consapevole delle proprie "possibilità comunicative" con una conseguente ossessione per la sicurezza.

⁷ MIR PUIG mostra una serie di aspetti che determinano un importante cambio nella percezione della sicurezza, tra le quali evidenzia la modernizzazione del mercato, la tecnologia attuale e il suo impatto tra i nuovi modi di rapporti sociali. Così, MIR PUIG, *Constitución, Derecho Penal y Globalización*, in MIR PUIG, CORCOY BIDASOLO (diretto da.), *Política criminal y reforma penal*, Madrid, 2007, 10 ss.

⁸ Questa percezione di insicurezza è un carattere proprio delle società post-industriali, note ai più come "società del rischio". Il soggetto è più consapevole dei rischi ed esiste, allora, una paura generalizzata per diventare vittima di un possibile reato. Si veda CALLEGARI, *Crimen organizado: concepto y posibilidad de tipificación delante del contexto de la expansión del Derecho Penal*, in *Revista Derecho Penal y Criminología*, n. 91, dicembre 2010, 23 ss.

Ciò favorisce, inoltre, una percezione, agli occhi della società, talvolta, di un senso di impunità⁹ sotto il profilo dell'accertamento in ambito giudiziale, a causa della facilità con cui può ricorrersi a strutture esistenti per fuggire in altri Stati non firmatari di specifici accordi in materia.

In questo gruppo, certamente, possono farsi rientrare le organizzazioni terroristiche come *Daesh*, che agiscono per il tramite di "reti"¹⁰; non risultando, in questo modo, strutturate su di una base piramidale che possa identificarne i membri. Non sorprende, quindi, che la società si mostri scettica sulle garanzie effettive poste dallo Stato di diritto e dalle sue istituzioni.

B) La complessa prevenzione di alcuni delitti.

Come se non bastasse, la rete *Internet* fornisce ai criminali anche uno *status* di anonimato e di incognita, che favorisce notevolmente la loro attività criminosa, essendo particolarmente complicata la raccolta di elementi utili all'identificazione del reo da parte della polizia giudiziaria.

Non risulta inverosimile, pertanto, che organizzazioni terroristiche come *Daesh* decidano di condurre la loro propaganda per il tramite di questo canale. In questo modo, infatti, le stesse riescono a raggiungere un considerevole numero di persone, e, grazie all'anonimato, ricevono un sostegno utile a rendere difficili le indagini della polizia giudiziaria. Per questa ragione, tale genere di condotte criminose vengono di solito indagate, dallo specifico settore dell'*intelligence*, per il tramite di una contro-propaganda¹¹.

C) I media, il loro modo di comunicazione e l'impatto nella politica criminale.

Di conseguenza, come accade per il fenomeno della globalizzazione, i media hanno migliorato la loro capacità di trasmettere informazioni, potendo oggi comunicare notizie a grande distanza, informando, così, anche le persone che non si trovano in luogo prossimo a quello relativo all'accadimento di un fatto. Tuttavia, l'offerta dell'informazione risulta, a sua volta, aumentata, e per questo motivo i mezzi di comunicazione sono sempre alla ricerca di ulteriori

⁹ In questi ultimi anni si è sviluppato un movimento contrario alla impunità, nel senso che nessun crimine deve permanere senza responsabilità giuridica. Il successo di tale tesi, come dice Silva Sánchez nel suo articolo, si deve al fenomeno della "punibilità zero", dei Diritti Umani da parte dei Tribunali internazionali. Ciononostante, potrebbe determinarsi una conseguenza non favorevole al diritto penale e la sua stessa configurazione. Se si accetta questo fenomeno, tante leggi fondamentali del diritto penale verrebbero a ciò lesionate, come la non retroattività o il principio di sicurezza giuridica.

Questo fenomeno, allo stesso tempo, si relaziona con il modo in cui la vittima è trattata. La vittima deve essere "ricompensata" per la lesione sofferta e, in questo senso, l'autore del reato non deve risultare senza punizione. Così SILVA SÁNCHEZ, *¿Nullum Crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la "lucha contra la impunidad" y del "derecho de la víctima al castigo del autor"*, in *Derecho Penal y Criminología*, vol. 29, n. 86-87, 2008, 150-156.

¹⁰ SILVA SÁNCHEZ, YUBERO, *Influencia de las redes criminales de carácter transnacional en los conflictos*, in *Documento de Trabajo del Centro Superior de Estudios de la Defensa Nacional*, 2016, 7 ss.

¹¹ I servizi d'*intelligence* come *FBI* e *CIA*, combattono minacce come il terrorismo, attraverso la contro-propaganda. Uno esempio può essere la modificazione del principale magazine di *Al-Qaeda* (*inspire*), che ha mutato l'articolo originale col titolo "*Make a Bomb in the Kitchen of Your Mom*" (come fare una bomba nella cucina di tua mamma) in una ricetta di *cupcakes*. Anche se non si detiene la commissione di reati, serve come tecnica di demoralizzazione verso l'organizzazione terrorista. Cfr. *Notizia British intelligence used cupcake recipes to ruin al-Qaida website*, in *The Guardian*, (<https://www.theguardian.com/uk/2011/jun/02/british-intelligence-ruins-al-qaida-website>).

strumenti utili a poter raggiungere il maggior numero di spettatori. Si può così notare come oggi vi sia una certa tendenza consistente in un “bombardamento” costante d’informazione agli utenti, sia per il tramite di canali tradizionali, come la radio, la tv, o il giornale, sia attraverso strumenti meno convenzionali, come i *social-network* o i portali *web*¹².

Un’altra strategia per raggiungere l’interesse di più spettatori si basa sull’espone al pubblico le notizie attraverso un’enfasi sensazionalista, con il preciso obiettivo di causare un impatto sconvolgente sulla società. Come ben sottolineano da Albrecht e Callegari¹³: «la criminalità e la sua persecuzione sono trattate quale merce di scambio dall’industria culturale. Di conseguenza, l’immagine pubblica di questa mercanzia è resa in modo spettacolare e onnipresente, superando anche il confine di ciò che può definirsi empiricamente verificabile»¹⁴. E ciò viene, peraltro, ribadito dallo stesso Callegari quando sostiene che «in questo modo, i media promuovono, in favore d’interessi meramente finanziari, una falsa rappresentazione della realtà storica, generando uno sdegno dato dal vendere il “crimine” come un prodotto redditizio, e traducendosi in un aumento del clamore popolare affinché siano intensificati gli interventi punitivi»¹⁵.

Da un altro lato, i mezzi di comunicazione hanno tratto un importante beneficio dai giudizi che riguardano casi dal c.d. “clamore mediatico”, commercializzando con morbosità¹⁶ e riuscendo a convincere lo spettatore ad entrare in empatia con la sofferenza di coloro che ne siano, ad ogni modo, coinvolti¹⁷.

¹² Fra i nuovi reati vi sono i delitti di odio attraverso Internet. Le condotte assumono una dimensione diversa, perché la preoccupazione trae la propria origine nella capacità di permanere e successivamente di giungere a conclusione. Cfr. RODRÍGUEZ, IZQUIERO SERRANO, *El discurso del odio a través de internet*, in Revenga Sánchez, (a cura di), *Libertad de expresión y discursos del odio, colección Cuadernos de la Cátedra Democracia y Derechos Humanos*, n. 12, 2015, 151.

¹³ ALBRECHT, *El Derecho Penal en la intervención de la política populista*, in ROMERO CASABONA, (dir. da), *La insostenible situación del Derecho Penal*, Granada, 2000, 480 ss.

¹⁴ *Ibidem*

¹⁵ CALLEGARI, *Crimen organizado*, cit., 18.

¹⁶ PASCUAL METELLÁN, *La prisión permanente revisable. Un acercamiento a un Derecho Penal deshumanizado*, in *Revista Clivatge*, n. 3, 2015, 60 ss.

¹⁷ Il modo di trattare la vittima nel diritto penale è cambiato molto negli ultimi anni. Questa variazione di prospettiva si deve all’auge del sistema di diritti umani che verte principalmente sulla vittima. Con i trattati internazionali dei diritti umani e il compromesso degli Stati si sta sviluppando una internazionalizzazione del diritto penale. Questa evoluzione si può vedere in due sensi. Da un lato, la legislazione internazionale e i sistemi regionali giuridici animano agli Stati. Dall’altro, il diritto penale si allontana più da quello tradizionale, avvicinandosi più a un diritto penale internazionale e questo provoca frizioni nelle strutture tradizionali e congenite dello stesso.

Come si è detto prima, il principale fenomeno è il protagonismo dato alla vittima e il fenomeno della c.d. “impunità zero”. Le vittime hanno certamente il diritto a conoscere la verità, ma, come dubita Silvia Sánchez, quello che preoccupa è che questa verità debba essere fornita per il diritto penale. Il diritto a conoscere la verità, per la vittima, confligge con il diritto a non dichiarare contro sé stesso e collide con il principio, nonché diritto di presunzione d’innocenza. Ad ogni modo, il diritto della vittima di essere consapevole della verità può compiersi mediante altre opzioni. Si veda SILVA SÁNCHEZ, “¿Nullum Crimen”, op. cit., 160.

Accanto a questa tendenza, negli ultimi anni, ne è comparsa un’altra, assai simile, nota come il “diritto della vittima alla punizione dell’autore del reato”. Questa recente teoria è estremamente pericolosa perché, in ogni caso, il processo non sarebbe imparziale, poiché tenderebbe direttamente a soddisfare la vittima, giungendo, quindi, ad una mera funzione retributiva. Silvia Sánchez l’ha già fatto in precedenza notare: questo sedicente “diritto” della vittima

Di conseguenza, viene alimentata la sensazione di insicurezza tra la popolazione, la quale arriva a ritenere che questo tipo di casi si verifichino con frequenza, e che un singolo cittadino possa diventare la prossima vittima di reato, perdendo, inoltre, fiducia nel “sistema giustizia”¹⁸.

In questi casi, l'intendimento dei media consiste nel trovare un colpevole e che lo stesso sia condannato, tanto dal giudice quanto dalla società civile. Questa situazione non riguarda solo diritti e libertà fondamentali, come la presunzione d'innocenza, ma comporta, allo stesso tempo, anche il fatto che la società inizi a “reclamare giustizia” ed a pretendere più sicurezza¹⁹.

Di fronte a queste richieste sociali, i partiti politici trovano un importante ritorno elettorale e, quindi, di consenso politico-istituzionale, ciò sembrerebbe invero giustificato, sovente, con l'emanazione di nuove leggi o di riforme al codice penale²⁰, rendendo palese l'immagine di un legislatore, almeno formalmente, impegnato²¹.

Dunque, la “fuga” costante verso il diritto penale ha fatto sì che la sua funzione fosse strumentalizzata, mutando la stessa in un “utensile” per “domare” le masse²².

Le conseguenze non possono essere definite come banali. Irrimediabilmente, infatti, proliferando i reati di pericolo, specialmente reati di pericolo astratto, si è dovuta anticipare la soglia di punibilità^{23 24}.

di punire l'autore per ottenere un risarcimento richiama così alla mente l'immagine della c.d. “Legge del Taglione”, cosicché il diritto penale verrebbe “macchiato” e oscurato dalla “vendetta”. Cfr. ult., SILVA SÁNCHEZ, *¿Nullum Crimen*, cit., 167. Il diritto penale non è stato concepito come arma di vendetta, ma come garante dei limiti dello ius puniendi del legislatore, e di determinati diritti e garanzie. In un processo in cui l'imparzialità non esiste, non è un sistema di garanzia, non è un sistema dello Stato di diritto e si basa sulla punizione, in cui il presunto colpevole sarebbe considerato un “nemico”. La vendetta, per legge, non ha mai significato giustizia.

¹⁸ MIRANDA, *El populismo punitivo*, in *Ponencias de Jornadas de Jueces de Pueblo, 23 e 24 novembre 2006, Jueces y Juezas para la Democracia*, 3 ss.

¹⁹ GARCÍA ARÁN, PERES NETO, *Agenda de los medios y agenda política: un estudio del efecto de los medios en las reformas del Código Penal español entre los años 2000-2003*, in *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª ed., n. 1, 2009, 284 ss.

²⁰ Questo è noto come “populismo penale”.

²¹ CANCIO MELÍA, *¿«Derecho Penal» del Enemigo?*, in JAKOBS, SILVA SÁNCHEZ, *Derecho Penal del Enemigo*, 1ª, Madrid, 2003, 68.

²² Il diritto penale, come sostiene correttamente Landrove Díaz, è diventato un'arma politica, uno strumento di propaganda elettorale che soltanto fornisce soluzioni “simboliche”. Cfr. LANDROVE DÍAZ, *El nuevo Derecho Penal*, Valencia, 2009, 59 e anche MARQUÉS I BANQUÉ, *Problemas de legitimación del Derecho Penal del miedo*, in *Revista Política criminal*, vol. 12, n. 24, 2017, 704 ss.; MUSCO, *La irracionalidad del Derecho Penal*, in *Revista Electrónica de ciencia penal y criminología*, n. 16, 2014, 2 ss.

²³ L'anticipo della soglia di punibilità viene data, allo stesso tempo, per l'espansione del diritto penale che funge per il legislatore quale giustificazione del regime di sicurezza e per la preservazione dei diritti ed interessi giuridicamente rilevanti e tutelati dall'ordinamento. Si veda LANDROVE DÍAZ, *El nuevo*, cit., 59 ss.

²⁴ SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho Penal: Aspectos de la política criminal de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 3ª, Madrid, 2011, 132 ss.

Allo stesso tempo, questa anticipazione ha favorito la nascita della categoria dei beni giuridici sovraindividuali o collettivi²⁵. Si confluisce, in questo modo, in uno “Stato di prevenzione”²⁶, il cui fine è quello di monitorare condotte che, seppur lecite, sono potenzialmente idonee a integrare un prossimo fatto di reato²⁷.

Il diritto penale, così, non pare puntare più sull’effettiva lesione o messa in pericolo del bene giuridico, ma sembra incentrarsi maggiormente sulla pericolosità sociale degli autori e sui fattori che possono trasformarli, successivamente, in effettivi criminali, lasciando in secondo piano la concreta condotta posta in essere dal reo.

Ad ogni modo, il diritto penale non deve rifarsi ai criteri della probabilità, ma deve unicamente rimproverare sostanzialmente una condotta penalmente rilevante.

2. Le conseguenze della politica criminale derivanti dalla realtà attuale.

2.1. L’amministrativizzazione del Diritto penale.

Davanti ad un frenetico e, alle volte, smisurato “ricorso” al diritto penale e alla sua oggettiva strumentalizzazione, si è iniziato a notare, di conseguenza, una fase di “amministrativizzazione” del diritto penale.

Sotto tale profilo, il professor Silva Sánchez è stato il principale studioso del succitato fenomeno.

Nel distinguere il diritto penale e il diritto amministrativo, l’autore afferma che, mentre il diritto penale «tutela determinati beni in casi specifici, rispettando il criterio di offensività o di pericolosità in concreto, oltreché dell’imputazione individuale di un fatto di reato», il diritto amministrativo «cataloga in modo generale taluni settori della attività pubblica (...) fondandosi sulla mera statistica», e, dunque, su di un principio di opportunità²⁸.

Tale anticipazione della soglia di punibilità, di fronte alle richieste della società, perviene al risultato di “controllare” il rischio di commissione di un delitto e non, invece, la commissione del medesimo.

A ben vedere, tale situazione comporta molteplici danni che non si devono sottovalutare. Viene innanzitutto trascurato il principio di offensività, perché l’anticipazione della soglia di punibilità è tale per cui non si verifica nemmeno la messa in pericolo del bene giuridico²⁹. Non

²⁵ Le ultime riforme hanno introdotto fattispecie che rispondono a questo modello, come il delitto di *autocapacitación terrorista* (art. 575, co. 2, codice penale spagnolo); o la incitazione per mezzi telematici alla commissione di qualche reato di disordine pubblico (art. 559 codice penale spagnolo). Consapevoli di questo modello di delitto, la condotta si punisce molto prima della lesione del bene giuridico, in questi casi in particolare prima di essere in pericolo.

²⁶ SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*, cit., 150 ss.

²⁷ *Ibidem*, spec. 151.

²⁸ *Ibidem*, spec. 137.

²⁹ Così si esprime MARQUÉS I BANQUÉ quando afferma che “(...) È noto che il rapporto tra diritto penale e politica trova una delle sue manifestazioni più evidenti nella costruzione del catalogo dei beni giuridici tutelati di ogni momento storico e politico. Pertanto, è anche una delle prime aree a subire le conseguenze della strumentalizzazione politica e della funzionalizzazione del diritto penale. Si veda MARQUÉS I BANQUÉ, *“Problemas de legitimación*, cit., 710 ss., che, condividendo l’opinione di Hassemer, afferma: “In questo senso può essere interpretata l’opinione

si segue, in altri termini, un criterio di lesione, ma di opportunità della stessa lesione (o del rischio); fattore, questo, ben più conforme al sistema del diritto amministrativo³⁰.

In definitiva, i criteri d'opportunità sembrano ora prevalere sulla lesione o messa in pericolo a beneficio della sopraesposta sensazione di sicurezza³¹. La stessa sensazione, permette, inoltre, allo Stato di mantenere una governabilità stabile, rendendo soddisfatta la popolazione. Si tratta del cosiddetto "populismo penale", ove si privilegiano funzioni "latenti", come la fiducia nel sistema e la tranquillità della società, piuttosto che tutelare le funzioni principali del diritto penale – come la protezione dei beni giuridici – realizzando così un "diritto penale simbolico"³².

2.2. L'anticipazione della soglia di punibilità.

L'anticipazione della soglia di punibilità provoca tuttavia la violazione di una serie di diritti fondamentali³³. Come accennato in precedenza, la volontà di tranquillizzare la società (c.d. funzione latente) piuttosto che rispettare la necessaria protezione dei beni giuridici (c.d. funzione principale) comporta l'assunzione di un "diritto penale simbolico", risultando essere una delle conseguenze dirette del fenomeno relativo al populismo penale.

Di conseguenza, il diritto penale pare essere attualmente più proteso all'analisi della pericolosità del soggetto, giammai all'accertamento di un fatto di reato e ciò sembra, pertanto, porci al cospetto di un "diritto penale d'autore"³⁴.

In altri termini, il c.d. "*derecho penal simbólico*" non persegue fatti, bensì individui, mettendo insieme semplicemente una serie di fattori che potrebbero unirsi fino a rendere possibile una potenziale condotta penalmente rilevante.

di Hassemer, per il quale costituisce "un cambiamento surrettizio" del principio di tutela dei diritti legali la sua trasformazione da principio negativo a positivo di criminalizzazione. In tal modo, il diritto giuridico perde la sua condizione di filtro imprescindibile dello strumento punitivo per divenire argomento giustificativo dell'intervento penale (inteso come creazione di nuove tipologie o come mantenimento o aggravamento di quelle esistenti) in cui poter difendere una certa opzione politica".

³⁰ Lo stravolgimento dei fondamenti del diritto penale delle garanzie e delle sue discipline è evidente, nonché inevitabile, laddove non vengano presi provvedimenti (e consapevolezza) contro le circostanze in cui si sviluppa la vita moderna: "(...) l'insorgere di meccanismi selettivi di innocuità, diretti allontanando dalla vita sociale e trattenendo per lunghi periodi i soliti delinquenti della criminalità classica, è considerata anche un'altra variante efficiente della gestione del rischio amministrativo, inevitabile nelle società complesse di oggi data la sua elevata sensibilità al rischio, e che utilizza tecniche probabilistiche simili a quelle delle assicurazioni, in questo caso concentrare l'azione penale su alcune tipologie di criminali". Cfr. Díez RIPOLLÉS, *De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado*, in *Revista brasileira de ciencias criminais*, n. 71, 2008, 211 ss.

³¹ BORJA JIMÉNEZ, *Globalización y concepciones*, cit., 177.

³² MARQUÉS I BANQUÉ, *Problemas de legitimación*, cit., 18.

³³ Si tratterebbe, quindi, di un diritto penale invocato dalla stessa società, non per rigore dottrinale, conforme alle linee guida della garanzia, poiché «ponendo l'interesse dei cittadini al centro degli obiettivi del diritto penale, attribuendogli la funzione di prevenzione degli attentati al patrimonio giuridico-criminale si sacrificano i diritti fondamentali dell'imputato, è sottolineata la subordinazione del potere punitivo dello Stato al servizio del popolo». In questi termini, MIR PUIG, *Límites del Normativismo en Derecho Penal*, in *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 7-18, 2005, 14.

³⁴ CALLEGARI, *Crimen organizado*, cit., pp. 25 y 26.

Non è un caso che questi elementi risultino tuttavia collegati tra loro. Secondo l'opinione di Cancio Meliá, il "diritto penale simbolico" consente la formazione di un diritto penale d'autore e, insieme al populismo penale, determina un inasprimento delle pene, tutte caratteristiche proprie del diritto penale del nemico³⁵.

Se non esiste un bene giuridico da tutelare, in quanto si tenta di fornire un'immagine di diffusa sicurezza, la funzione primaria diviene quella di salvaguardare la validità della norma. Viene così risarcito il danno causato, perché se il reato è la negazione del diritto, la reazione a questa è la negazione della negazione³⁶.

L'obiettivo principale, a questo punto, è quello di salvare il sistema ad ogni costo.

Si metterà, in tal modo, lo Stato al sicuro da qualunque rischio, come potrebbe essere ad esempio, quello prodotto dall'atteggiamento di un singolo soggetto.

Il diritto penale d'autore non smette di risuonare nella cavità di quel che è il diritto penale simbolico, evidenziando, in maniera significativa, la mancanza della razionalità rispetto al "diritto penale garantista", mediante il quale si potrà punire un soggetto solo quando la sua condotta risulti meritevole di un rimprovero penale e che sarà, a sua volta, legittima se si proteggono i principi politico-criminali, i diritti e le garanzie processuali.

Questa situazione potrebbe arrivare a delegittimare «l'attività di repressione stessa, quando risulti esposta – ed il rischio sia effettivo – all'accusa morale di essere ideologicamente orientata»³⁷.

Se si perseguisse il soggetto per come è, giammai per quello che ha compiuto, si assisterebbe alla trasformazione da uno Stato di diritto ad uno Stato di polizia, più presente nella sfera privata e con pochi limiti a cui assoggettare il suo *ius puniendi*.

Uno scenario certamente non confortante sotto il profilo dei diritti fondamentali e delle libertà pubbliche, conquistati dopo molto tempo e con tanto sacrificio.

2.3. L'aumento smisurato delle pene e la crisi della capacità risocializzante della pena.

Secondo quanto in precedenza sostenuto, il diritto penale, come attualmente strutturato, conferma la sua tendenza ad aumentare le pene, specialmente quelle riferibili ai delitti sui quali si polemizza maggiormente. La società è convinta che, con una punizione "severa", sarà possibile dare "una lezione" al soggetto che ha commesso il delitto, scoraggiando contestualmente le persone che dovessero trovarsi intenzionate a commettere reati in futuro. La volontà di essere intervenuti sulla risposta punitiva, rendendo più severa la punizione del soggetto agente, è causata dalla perdita di fiducia nella funzione risocializzante della pena.

Non è strano, quindi, che davanti all'impossibilità di riabilitare i soggetti per le insufficienti politiche e risorse utili al reinserimento sociale³⁸, si debba anche rilevare il fatto che queste

³⁵ CANCIO MELIÁ, *¿Derecho Penal?*, cit., 65.

³⁶ Nel medesimo senso, Hegel laddove identifica «il superamento del delitto con la punizione». Cfr. HEGEL, *Filosofía del Derecho*, 5ª ed., Buenos Aires, 1968, 109.

³⁷ MUSCO, *La irracionalidad*, cit., 10 ss.

³⁸ Piuttosto al contrario, le persone che entrano in un centro penitenziario per un certo periodo di tempo, sono influenzate dalle dinamiche di quelle strutture, creando un delinquente molto più qualificato per commettere dei crimini. Di converso, le persone che fanno ingresso in carcere, per un breve periodo temporale, finiscono per essere influenzate dalle dinamiche che si instaurano in tali strutture, costituendo, di fatto, una personalità criminale certamente più "pronta" e preparata per delinquere prossimamente.

persone escano maggiormente influenzate dalla criminalità dopo la loro permanenza negli istituti penitenziari, divenendo sempre più abili nella commissione dei crimini.

In quest'ottica, il legislatore punta ad aggravare la pena, poiché risulta più economico (ed anche più accettato socialmente) modificare il codice penale che elaborare piani di trattamento per il reinserimento sociale del reo³⁹.

2.4. Sulla crisi del principio di proporzionalità delle pene.

Il ricorso, sempre più diffuso, ad aumentare le pene, ha determinato una sproporzione tra la punizione e la condotta realizzata; ne è un valido esempio l'introduzione all'interno dell'ordinamento spagnolo, nel 2015, della disciplina relativa all'ergastolo.

Questa pena è stata duramente criticata dalla dottrina penalistica spagnola, la quale ha espresso la sua insoddisfazione per la scarsa utilità della pena in parola. In questo senso, Gimbernat Ordeig afferma che «la reclusione in siffatte condizioni - che possono determinare come unica conseguenza l'annientamento fisico e morale del recluso - risulta inappropriata all'interno di uno Stato di diritto, ledendo la dignità umana e la funzione risocializzante della pena, proprio di fronte a un principio che sancisce il divieto di un trattamento disumano, facendo pertanto tutto il contrario di quanto prescritto dalle raccomandazioni del Consiglio dell'Unione Europea»⁴⁰.

Può dirsi, allora, che la pena dell'ergastolo, (cd. pena de *prisión permanente revisable*) non rispetta un fine rieducativo, ma persegue come unico scopo quello di punire, ovvero di retribuire⁴¹, cercando l'approvazione della società. In questo modo, si cerca di "emarginare" colui che viene inteso socialmente inappropriato e, quindi, chi ha perso o rifiutato l'opportunità di reintegrarsi nella società attraverso la ripetizione di una condotta antigiuridica.

Tradizionalmente, la pena – elemento caratterizzante del diritto penale e arma di deterrenza più potente in dotazione ad uno Stato – ha perlopiù obbedito alla funzione di prevenzione, assicurando, in ogni momento, il "recupero" sociale di una persona che abbia commesso un delitto, con la speranza che si possa garantire un ritorno nella società, consci delle regole di convivenza.

Tuttavia, la prevenzione speciale ha recentemente ceduto il passo alla funzione general-preventiva.

La società, se riscontra in concreto che il criminale viene punito per la sua condotta, riporrà la propria fiducia nel sistema, ripristinando l'onore e la dignità della vittima⁴², anche se questa punizione venga applicata senza le opportune garanzie.

Tale circostanza è divenuta così diffusa che ormai attenta dottrina spagnola ha mutato la sua opinione, tendendo sempre più a favorire la funzione general-preventiva⁴³.

³⁹ Le ragioni, secondo SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*, cit., 161 ss., sono, da una parte, la poca credibilità nella capacità di risocializzazione dello Stato; dall'altra, l'ossessione per la sicurezza della società attuale.

⁴⁰ GIMBERNAT ORDEIG, *Contra la prisión permanente revisable*, in *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, n. 71, 2018, 497 ss.

⁴¹ SERRANO TÁRRAGA, *La prisión perpetua revisable*, in *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, n. 25, 2012, 183.

⁴² SILVA SÁNCHEZ, *¿Nullum Crimen ...*, cit., 161.

⁴³ Come dice Hassemer, la pena ha ora assunto nuove funzioni, focalizzate specialmente nella prevenzione generale. In questo modo, il giurista spagnolo sperimenta una serie di caratteristiche che ha acquisito questa nuova

È stato anche aggiunto che, nella individualizzazione della pena, deve darsi contestualmente conto – sebbene in maniera differenziata – della prevenzione speciale e di quella generale, nel senso che ci si dovrà mostrare più tolleranti nei confronti dei reati più lievi e contestualmente affrontare con maggior vigore i reati più gravi.

La locuzione “secondo i criteri di proporzionalità e progressività”, significa che in relazione ai delitti più lievi la società si mostra più flessibile e benevola, anche se quello che desidera è, in verità, consolidare la fiducia nel sistema giustizia, ovvero “quando il cittadino si rende conto che la legge viene applicata” e, in questo senso, si raggiunge una percezione di tranquillità data dall’applicazione certa del diritto⁴⁴; in altri termini, con riferimento ai delitti più gravi (ovvero quelli di cui la popolazione risulta più sensibile), dovrà predominare la funzione di una prevenzione generale.

Appaiono, oggi, in questo senso, più diffuse le “sentenze esemplari”, facendo spazio ad una risposta punitiva che, talvolta, non risponde al criterio di necessità.

La pena deve fondarsi su criteri garantisti e non pubblicisti. A ricordarcelo è Zugaldia Espinar, secondo cui: «la pena si definirebbe (legittima) nella sua necessità per il buon funzionamento del sistema sociale e servirebbe ai fini socialmente utili della prevenzione generale (negativa) e speciale (col limite della colpevolezza del soggetto agente), così come per riformare la coscienza collettiva, avuto riguardo alla vigenza delle norme sociali fondamentali e ad affermare il valore e la vigenza delle norme infrante»⁴⁵.

Il pensiero dei due penalisti suindicati può essere riassunto in maniera molto netta: vi deve essere una proporzione nelle funzioni della pena, un equilibrio ragionevole. Se vi fosse uno squilibrio potremmo ritrovarci all’interno di un sistema assolutamente retributivo.

Il principio di proporzionalità risulta, di fatto, indispensabile per le finalità di salvaguardia del cittadino e delle sue garanzie, sia per evitare che lo Stato di diritto risulti fuorviato dalla tentazione di un potere arbitrario e non soggetto a limiti, potendo così sfociare in uno Stato nettamente autoritario.

È imprescindibile che il principio di proporzionalità sia presente in tutti quanti gli elementi del reato ed in ognuna delle fasi del processo d’individualizzazione della pena⁴⁶.

Uno degli obiettivi perseguiti da questo principio è il raggiungimento di un ordinamento giuridico coerente, in particolare, con il diritto penale.

Sarebbe incongruo, altrimenti, un sistema penale nel quale, ad esempio, un delitto contro la persona fosse punito con una pena minore rispetto ad un delitto contro il patrimonio.

concezione della pena: “a) Trasmettere al reo un sentimento di rispetto, b) proteggere la coscienza morale, c) proteggere il giudizio sociale etico”. Come si può vedere, il legislatore è più preoccupato di proteggere il sentimento di sicurezza della società e la sua opinione pubblica che di confliggere con una delle principali funzioni della pena: risocializzare il soggetto. Infatti, il legislatore - secondo Hassemer - ha la pretesa di “trasmettere al reo un sentimento di responsabilità”, in altre parole, una punizione, che sia consapevole che il suo comportamento non era quello adeguato e, per questo motivo viene punito. La funzione preventiva speciale positiva poi, ha perso forza. Così, HASSEMER, *Derecho Penal Simbólico y protección del bien jurídico*, in *Nuevo Foro Penal*, n. 51, 1991, 22.

⁴⁴ ROXIN, *El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen*, in *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 15-01, 2013, 17.

⁴⁵ ZUGALDIA ESPINAR, *Fundamentos de Derecho Penal. Parte General*, Valencia, 2010, 64.

⁴⁶ MARTÍN ESPINOSA CEBALLOS, *El debate actual sobre los fines de la pena y su aplicación práctica*, in *Uned. Revista de Derecho Penal y Criminología*, n. 11, 2014, 135 ss.

In primo luogo, l'ordine e il valore attribuito ai beni legali sarebbero sbilanciati; in secondo luogo, il soggetto che decide di commettere un delitto contro il patrimonio è indotto a commetterne un altro, diverso, come un delitto contro la persona, poiché potrebbe essere per lo stesso più conveniente, traendone vantaggio anche dalla scomparsa della vittima, unico eventuale testimone del crimine. In sintesi, la singola portata di un bene giuridico possiede una grande rilevanza per la prevenzione dei delitti.

Anche se questo approccio sembra, in realtà, abbastanza ovvio, il codice penale pare, seppur attualmente, aver sofferto un disordine sotto il profilo della valutazione delle pene. Per comprendere questa conseguenza, occorre reinserirsi nel dibattito attuale. Il fenomeno scatenante di questo scompiglio assume il termine di "effetto inquinante"⁴⁷.

A causa della raffica di riforme del sistema penalistico, avvenute negli ultimi anni, si assiste ad un attuale aumento della criminalità, nonché ad un aggravamento delle relative pene per ogni singolo reato. In questo modo, senza indugiare a riflettere sulle conseguenze di una riforma legislativa od a preoccupandosi nel dettaglio per il suo contenuto, si è giunti ad incrementare pene per quei delitti che hanno "formalmente obbligato" il legislatore ad adeguare la risposta sanzionatoria per i reati più gravi. L'effetto inquinante è noto ed evidente, nonché corrispondente ad un criterio di "arrotondamento": se si incrementasse la pena del delitto di lesioni, ad esempio, si dovrebbe, al contempo, implementare la pena per gli altri e diversi delitti contro la persona; sicché l'effetto domino provocherebbe uno scenario certamente di contrasto con il principio di proporzionalità delle pene.

3. La nuova tendenza della politica criminale e la sua difficile conciliazione con il diritto penale delle garanzie.

Si è già detto, in precedenza, come l'attuale diritto penale tenda a somigliare, sempre più, al c.d. "diritto penale del nemico". Ora, tuttavia, risulta necessario affrontare la questione già dalla radice.

Questa teoria fu coniata dal penalista Jakobs ed esposta, per la prima volta, nel 1999⁴⁸. Benché risulti palese l'incompatibilità del diritto penale del nemico con la concezione formale e fattuale dello Stato di diritto, lo stesso ha tuttavia acquistato una certa rilevanza a partire dagli attentati dell'11 settembre 2001⁴⁹, assumendo così importanza negli ordinamenti giuridici democratici.

Il diritto penale del nemico ruota sostanzialmente attorno alla figura del "nemico", al quale "viene attribuito" un "codice penale" particolare⁵⁰, che non si basa sulla totalità delle garanzie democratiche.

⁴⁷ AKBOS, CANCIO MELIÁ, *Derecho Penal del Enemigo*, 1ª ed., Madrid, 2003, 17 ss.

⁴⁸ MUÑOZ CONDE, *Los orígenes ideológicos del Derecho Penal del enemigo*, in *Revista Penal*, n. 26, giugno 2010, 140.

⁴⁹ BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, PEREZ CEPEDA, *Derechos Humanos*, cit., 54.

⁵⁰ MUÑOZ CONDE, *¿Es el Derecho Penal*, cit., 97.

3.1. Breve riflessione sulla figura del nemico.

Come si è avuto modo di evidenziare, il “diritto penale del nemico” è del tutto proteso ad agire nei confronti dell’individuo ritenuto “pericoloso”, affinché possa essere garantita la sicurezza cognitiva⁵¹ come condizione di validità delle stesse norme.

Ispirandosi al pensiero di Mezger e di Jakobs, è possibile rilevare due tipi di “diritto penale”, da applicarsi a soggetti diversi, a seconda della loro natura e, soprattutto, sulla base di un loro impegno nei confronti dell’ordinamento giuridico.

Al cittadino, ovvero all’antagonista del nemico, si applicherà il codice penale con tutte le garanzie, in quanto, anche se tale soggetto ha commesso un crimine, questo è direttamente riconducibile all’ordinamento e si riconosce proprio in questo⁵². Così, l’impegno e la manifestazione della propria volontà a redimersi gli permetterà di conservare lo *status* di “persona”.

Agli antipodi si trova il “nemico”, al quale andrà applicato un codice penale più severo, caratterizzato dalla durezza delle pene, dalla diminuzione delle garanzie e dall’anticipazione esagerata della soglia di punibilità⁵³.

In tal senso, lo Stato identifica nel nemico un soggetto pericoloso per la sua propria sopravvivenza e integrità, per cui lo priva dello *status* di cittadino⁵⁴. Di conseguenza, lo Stato comprende come questo soggetto non sia in grado di reinserirsi nella società e, quindi, opta per il suo isolamento dalla medesima, affinché, in questo modo, quest’ultima possa prosperare⁵⁵.

In questo ambito emerge già un primissimo inconveniente che consta, invero, nella violazione del principio di uguaglianza. Con l’applicazione di due distinti codici penali, si riserva un trattamento differente per due soggetti che, in verità, appartengono alla medesima società, elemento ben più vicino a quello presente negli Stati totalitari, ove si applicano specifiche norme per proteggere l’entità Stato da chiunque minacci⁵⁶.

Occorre, quindi, individuare chi può essere definito quale “nemico”.

Jakobs non ha fornito una definizione chiara e precisa di tale concetto, essendo tuttavia possibile comprendere ciò non deve intendersi per nemico⁵⁷. In altre parole, potendosi conoscere il significato di cittadino, si può intendere che tutti gli altri possano definirsi “nemici”.

⁵¹ JAKOBS, *Derecho Penal del ciudadano y Derecho Penal del Enemigo*, in JAKOBS, CANCIO MELIÁ (a cura di), *Derecho Penal del Enemigo*, Madrid, 2003, 55 ss.

⁵² DONINI, *Derecho Penal de lucha. Lo que el debate sobre el Derecho Penal del enemigo no debe limitarse a exorcizar*, in CANCIO MELIÁ, POZUELO PÉREZ (COORDINATO DA), *Política criminal en vanguardia: Inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada*, Cizur Menor, 2008, 46.

⁵³ MUÑOZ CONDE, *Es el Derecho Penal*, cit., 94.

⁵⁴ CIGÜELA SOLA, *Derecho Penal y exclusión social: la legitimidad del castigo del excluido*, in *Isonomía*, n. 43, ottobre 2015, 133.

⁵⁵ NÚÑEZ CASTAÑO, *Las transformaciones sociales y el Derecho Penal: del estado liberal al Derecho Penal de Enemigos*, in MUÑOZ CONDE, (COORD. DA), *Problemas actuales del Derecho Penal y de la Criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, Valencia, 2008, 139.

⁵⁶ GRACIA MARTÍN, *Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado «Derecho Penal del Enemigo*, in *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 07-02, 2005, 4.

⁵⁷ Secondo MUÑOZ CONDE e JAKOBS non è semplice determinare mai cosa si intende per nemico. Jakobs propone solo alcune caratteristiche non chiare “che ricordano molto, ed ancora, le costruzioni teoriche dei penalisti nazisti sul “Diritto Penale d’autore”. Si veda, MUÑOZ CONDE, *¿Es el Derecho Penal*, cit., 98.

Sotto questo profilo, cittadino è quell'individuo "esemplare", sul cui agire può farsi affidamento. È possibile, in altri termini, prevedere il suo modo di agire secondo le norme vigenti della società in cui vive. In questo senso, sarebbe fedele all'ordinamento anche il "cittadino" che commette un reato⁵⁸.

Non è quello che succede con il nemico, che risulta del tutto lontano da qualsiasi forma di contratto sociale, non offrendo questi alcuna sicurezza cognitiva su come si comporterà, pur essendo una minaccia per il sistema preconstituito⁵⁹. Di conseguenza, allo Stato rimarrebbe solo il potere di "sopprimerlo", giammai il potere di giudicarlo⁶⁰.

Seguendo questo schema, lo Stato si baserebbe esclusivamente sulla pericolosità di questi soggetti, criminalizzandoli, per potere conservare la propria integrità statale.

Per Jakobs questo "male", cioè, il "diritto penale del nemico", si fonda su due argomenti in particolare:

- a) Lo Stato ha il diritto di difendere la sua integrità;
- b) l'ingiustizia si genera quando le persone che rispettano l'ordinamento giuridico, e quelle invece che dallo stesso se ne sono allontanate, sono trattati allo stesso modo dal medesimo sistema, anche attraverso il rifiuto dello stesso.

Occorre tenere presente che, allo stato attuale e con il progresso tecnologico e sociale, è aumentato l'elenco dei beni giuridici che necessitano di protezione – in precedenza non presi in considerazione – come, ad esempio, nel caso dell'ambiente. Malgrado le relative difficoltà, si viene a creare un obbligo gravante sullo Stato di proteggere questi beni giuridici nell'interesse della società.

Così, secondo Schilling, sostenitore del pensiero di Jakobs, l'unico scopo del diritto penale del nemico ricade sulla sopravvivenza dell'umanità attraverso la sua sicurezza, considerata quale diritto universale ed inalienabile⁶¹.

E questo spirito è ciò che sembra aver influito maggiormente nel pensiero dei legislatori degli Stati di diritto occidentali. Può rilevarsi come, in maniera sempre maggiore, viene richiesta sicurezza, spingendo lo Stato ad essere sempre più interventista e, in conseguenza, riducendo la qualità o il rango dell'esercizio dei diritti, delle libertà e delle garanzie.

⁵⁸ DÍEZ RIPOLLÉS, *De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado*, in *Revista brasileira de ciências criminais*, n. 71, 2008, 20.

⁵⁹ COMBA, *¿Filosofía hegeliana en el Derecho Penal del Enemigo? Distancias entre Günther Jakobs y la filosofía del derecho de Hegel*, in *Anuario de filosofía del derecho*, n. 32, 2016, 220.

⁶⁰ FERRAJOLI, *El Derecho Penal del Enemigo y la disolución del Derecho Penal*, in *Foro Penal*, n. 69, 2006, cit., 17.

⁶¹ Schilling spiega che nello stesso modo in cui lo Stato utilizza strumenti per proteggere la società dalle catastrofi naturali, il diritto penale del nemico è quel meccanismo destinato a garantire la sopravvivenza della vita umana e, per questo, si prevede l'intervento dello Stato. Cfr. SCHILLING FUENZALIDA, *El nuevo Derecho Penal del Enemigo*, Santiago de Chile, 2010, 165-199.

4. L'attuale panorama normativo: uno studio sul delitto di autocapacitación terrorista del codice penale spagnolo (art. 575.2. c.p.e.).

Sulla base di quanto appena esposto, si può trarre la conclusione dell'attuale tendenza della politica criminale ad avvicinarsi al "diritto penale del nemico", o quantomeno si può affermare che il diritto penale garantista risulti attualmente in profonda crisi.

L'attuale legislazione fa uso sproporzionato di precetti troppo ambigui, non tassativi, e di beni giuridici collettivi difficilmente identificabili – anticipando la soglia di punibilità – ponendo in dubbio la Teoria giuridica del delitto.

Nonostante la Spagna abbia sofferto l'evoluzione e l'operatività criminale del terrorismo dell'*ETA* per più di 50 anni, il terrorismo *jihadista* ha posto le basi per minare il diritto penale minimo o il c.d. diritto penale delle garanzie. A questo fattore, allo stesso tempo, hanno contribuito le recenti normative dell'Unione Europea, le quali risultano ancora in attesa di una necessaria ed indispensabile armonizzazione.

In ogni caso, se tra queste ipotesi potesse distinguersene una in particolare, sarebbe individuata la fattispecie prevista dall'art. 575.2 del codice penale spagnolo (d'ora in poi, cpñ), ossia l'auto-indottrinamento terroristico.

4.1. Alcuni cenni sul delitto di auto-indottrinamento terroristico (art. 575.2 c.p.e.)

Il delitto di auto-abilitazione terrorista, più conosciuto come "indottrinamento terrorista autonomo" in Italia, è stato introdotto nel codice penale spagnolo per il tramite della *Ley Organica* 2/2015 (d'ora in poi, LO 2/2015).

Questo reato non è stato ben accolto dalla dottrina penalistica, che l'ha qualificato come "delitto di matrice orwelliana"⁶².

Inspirato ai cosiddetti "lupi solitari", questo precetto risulta per diversi tratti incompatibile con le forme ed i principi del diritto penale garantista. E, infatti, tutti gli aspetti che sono stati già in precedenza evidenziati si evincono limpidamente in tale ipotesi delittuosa.

Nel codice penale spagnolo, infatti, il tenore letterale della norma è il seguente:

"Si capirà che commette questo delitto chiunque, con tale finalità, acceda in maniera abituale ad uno o più servizi di comunicazioni accessibili al pubblico in rete o a contenuti accessibili attraverso *internet*, o tramite un servizio di comunicazione elettronica i cui contenuti siano diretti o risultano idonei a incitare ad unirsi ad una organizzazione o ad un gruppo terroristico, oppure a collaborare con chiunque di loro o per le loro finalità (...)"

Allo stesso modo sarà ritenuto responsabile chi, con la stessa finalità, acquisti o trattenga in proprio possesso documenti che siano diretti o, per il suo contenuto risultino idonei ad incitare ad entrare a far parte di un'organizzazione o di gruppo terroristico, oppure a collaborare con chiunque di loro o per le loro finalità.

Questo indica che il legislatore considera come il mero accesso o la semplice detenzione di documenti di contenuto terroristico risultino meritevoli di una censura penale.

È necessario, quindi, interrogarsi se si potrebbe effettivamente danneggiare o mettere in pericolo un bene giuridico, qualunque esso sia, con l'accesso o la detenzione di materiale terroristico. Ciò costituisce, invero, una manifestazione del diritto fondamentale alla libertà

⁶² TERRADILLOS BASOCO, *Terrorismo yihadista y política criminal del siglo XXI*, in *Nuevo Foro Penal*, n. 87, 2016, 48.

di pensiero o religione e, quindi, sostanzialmente tutelabile? Se, effettivamente, il legislatore spagnolo pretendesse, con la criminalizzazione di questa condotta, di punire coloro i quali consultano pagine *web* aventi contenuti di matrice terroristica, si rischierebbe, in realtà, di sanzionare il modo di pensare e, quindi, la libera determinazione del pensiero, di una persona⁶³.

Tale ipotesi delittuosa, a nostro sommo avviso, e senza esaminare *funditus* il reato, punisce una condotta del tutto irrilevante in rapporto al rispetto del principio di offensività e del c.d. “diritto penale minimo”⁶⁴.

Il legislatore presuppone che il soggetto che raccoglie queste tipologie di contenuti, anche in futuro, non si accontenterà della mera acquisizione dell’informazione, ma applicherà, poi, in concreto, le predette conoscenze.

Secondo il tenore del art. 575.2 cpñ, il soggetto deve realizzare la condotta con il fine di abilitarsi, in maniera autonoma, per la commissione di delitti di matrice terroristica. Al riguardo, è pacifico sostenere che la finalità dell’elemento soggettivo risulti, dunque, duplice: in primo luogo, il soggetto deve auto-formarsi e, in secondo luogo, deve commettere un delitto riferibile al fenomeno del terrorismo⁶⁵.

È proprio nella prima delle finalità, cioè, nell’“abilitazione”, che si è concentrata la polemica principale verso tale fattispecie delittuosa. Consultando la *Real Academia Española* (d’ora in poi, RAE), per “abilitarsi” deve intendersi “l’essere capaci di fare qualcosa”⁶⁶.

L’orientamento giurisprudenziale della *Audencia Nacional*⁶⁷ (d’ora in poi, AN) e del Tribunale Supremo⁶⁸ (d’ora in poi, TS) ha inteso ritenere tale espressione compatibile con il concetto di “indottrinamento” (ecco perché è conosciuto comunemente come “delitto d’indottrinamento terrorista autonomo”). Ad ora, comunque, per indottrinamento si intende “instaurare in qualcuno certe idee o orientamenti”⁶⁹, ovvero ci si riferisce a chi adotta una determinata ideologia o religione, proprio come nel caso qui in esame.

⁶³ Sia consentito il rinvio a GONZÁLEZ VAZ, *El delito de autocalificación terrorista (art. 575.2 CP)*, Barcelona, 2021, 89.

⁶⁴ *Ibidem*, spec. 145 ss.

⁶⁵ GONZÁLEZ VAZ, *El elemento subjetivo del delito de autocalificación terrorista (Art. 575.2 CP): una nueva interpretación*, in *Revista Penal*, n. 48 – giugno 2021, 59.

⁶⁶ Definizione di «capacitarse», per la Real Academia Española (RAE), in <https://dle.rae.es/?id=7HbGYPr>.

⁶⁷ Il Tribunale nazionale ha sede a Madrid ed esercita la sua giurisdizione nel territorio nazionale, avendo le qualità di un tribunale centralizzato e specializzato nella conoscenza di specifiche materie attribuitegli dalla legge. È stato istituito con Decreto-Legge 1/1977 (BOE del 5 gennaio 1977).

⁶⁸ In particolare, si occupa dei reati ritenuti socialmente più gravi e rilevanti, quali, ad esempio, il terrorismo, la criminalità organizzata, il traffico di stupefacenti, i reati contro la Corona o reati economici che comportano gravi danni all’economia nazionale. In materia contenziosa-amministrativa, l’Alta Corte Nazionale è competente sulle determinazioni dell’amministrazione dello Stato. Per la giurisdizione sociale risulta, in sostanza, chiamata a regolare le controversie relative ai contratti collettivi con una portata maggiore di una singola comunità autonoma, o con una portata territoriale più grande di quella di una Comunità.

⁶⁹ La Corte Suprema (corrispondente alla Corte di Cassazione italiana) ha sede a Madrid ed è un organo giurisdizionale unico in Spagna, avente giurisdizione nel territorio nazionale, costituendo le funzioni di una Corte idonea a regolare tutti gli ordini (civile, penale amministrativo e sociale), salvo quanto previsto in materia di garanzie costituzionali e diritti, la cui competenza risulta affidata alla Corte costituzionale.

⁷⁰ Definizione di «adoctrinar», per la Real Academia Española (RAE), in <https://dle.rae.es/?id=0nj0eYT>.

Questa equivalenza terminologica presuppone una equiparazione di parole che non si possono considerare (automaticamente) sinonimi di reità e, pertanto, rappresenta una mera analogia⁷⁰.

Si tratterebbe, inoltre, in questo caso, di un'analogia *in mala partem*, poiché danneggia, in maniera significativa, il soggetto che realizza la "condotta" suindicata.

Nel seguire tale orientamento, il TS e la AN attualmente puniscono l'adesione alla adunata ideologia; inammissibile se si considera che il diritto penale, all'interno di uno Stato di diritto, non può consentire ciò.

Per quanto disapprovata e negativa questa ideologia (cioè a dire il fondamentalismo islamico) in rapporto alla società e ai suoi valori democratici⁷¹, uno Stato di diritto non può vietare a una persona di pensare (o meno) in un certo modo, poiché violerebbe il principio di responsabilità del fatto ed il principio *cogitationis poenam nemo patitur*⁷².

Non si può consentire che il diritto penale possa trasformarsi in un "diritto penale d'autore" nel quale si criminalizza il pensiero, poiché – come rilevabile nella sentenza della AN (d'ora in poi SAN) del 30 novembre, 2016, n. 39 – le conseguenze possono essere assolutamente deleterie. Nella summenzionata sentenza, il Tribunale ha ritenuto che l'elemento soggettivo del reato sia stato integrato, avendo il soggetto "assunto i requisiti per far parte dello Stato islamico". Viene così punita l'assunzione di un'ideologia, gettando ombre sul diritto alla libertà di pensiero e religione di cui all'art. 16 della Costituzione spagnola (da ora in poi, CE).

A questo punto occorre ricordare che il diritto alla libertà di pensiero e di religione – nella sua accezione "interna"⁷³ – ossia quando il soggetto non manifesta il suo pensiero all'esterno, risulta illimitato, trovandosi ancora in una fase endemica dell'*iter criminis*⁷⁴, indisponibile per il concreto esercizio dello *ius puniendi*.

Allo stesso modo, equiparare i concetti di "terrorista" e di "indottrinato"⁷⁵, quando non sono molti gli indottrinati che decidono di intraprendere, in concreto, un'azione terroristica, significherebbe violare il loro diritto alla presunzione di innocenza⁷⁶.

Sarebbe così il soggetto a dover dimostrare di (non) essere un terrorista, ma solo di aver adottato un'ideologia da lui ritenuta condivisibile.

Viene realizzata, pertanto, un'inversione dell'onere della prova: una vera e propria *probatio diabolica*⁷⁷.

Seguendo un ragionamento più utile alle finalità a cui si pone, risulterebbe essere un'interpretazione restrittiva del precetto perché, come sostiene la condivisibile sentenza del TS (d'ora

⁷⁰ GONZÁLEZ VAZ, *El elemento subjetivo*, cit., 61.

⁷¹ GONZÁLEZ VAZ, *La antijuricidad penal en el delito de autocalificación terrorista (art. 575.2 CP). La interpretación de la radicalización como eventual causa de justificación*, in GALÁN MUÑOZ, GÓMEZ RIVERO, (dir. da), *La represión y persecución penal del discurso terrorista*, Valencia, 2022, 441.

⁷² GONZÁLEZ VAZ, *El delito de autocalificación terrorista y el Derecho Penal garantista: ¿existe el derecho a ser radical?*, in FERNÁNDEZ CABRERA, FERNÁNDEZ DÍAZ, (dir. da), *Retos del Estado de Derecho en materia de inmigración y terrorismo*, Madrid, 2022, 743.

⁷³ GONZÁLEZ VAZ, *El delito*, cit., 215.

⁷⁴ Come riferisce HASSEMER, *El Derecho Penal.*, cit., 29, si sono cancellati i reati di risultato, proliferando allo stesso tempo quei reati in cui non è necessario comprovare l'effettiva lesione o rischio di un bene giuridico protetto".

⁷⁵ PÉREZ CEPEDA, *El pacto antiyihadista: criminalización de la radicalización*, Valencia, 2018, 177 ss.

⁷⁶ GONZÁLEZ VAZ, *El delito*, cit., 228 ss.

⁷⁷ GONZÁLEZ VAZ, *La antijuricidad penal en el delito de autocalificación*, cit., 450.

in poi STS) del 17 giugno 2008, n. 503 (relativa al caso degli attentati dell'11 marzo 2004): «non basta, quindi, dimostrare che l'accusato la pensi in un determinato modo, o che contatti o si relazioni con altri della stessa o simile ideologia. È necessario, attraverso una valutazione in concreto, provare, almeno, che lo stesso abbia deciso di passare all'azione».

Occorre, in questo senso, adottare un'interpretazione letterale della locuzione verbale “abilitarsi”, intendendo il delitto in parola come “reato di auto-abilitazione terroristica” e non come “delitto di indottrinamento autonomo”.

Come si può apprezzare, specie sul piano dell'*iter criminis*, il soggetto non è “entrato in azione”, ma ha formato una propria idea e, a tal proposito, l'ordinamento giuridico spagnolo non punisce idee, ma fatti criminosi idonei a ledere/porre in pericolo il bene giuridico dalla norma stessa tutelato.

Tale condotta rende, in questi termini, evidente la deviazione del sistema penale verso un diritto penale d'autore e, di conseguenza, del nemico.

Occorre ricordare che il soggetto non ha ancora realizzato la fase esternamente precedibile, ma che, al massimo, sta ragionando su come realizzarla (se questa fosse stata l'intenzione di utilizzare questo tipo di contenuto); in altre parole, si punirebbe la preparazione della preparazione.

Lo stesso precetto non assumerebbe rilevanza neppure come una figura di atto preparatorio punibile, come invece è stato qualificato dal TS, il quale ha definito il delitto di auto-abilitazione terroristica come un “atto proto-preparatorio”⁷⁸.

La sentenza STS del 15 novembre 2017, n. 734, Ric. Luciano Varela Castro, ha stabilito quanto segue: «Poiché il delitto si può consumare, secondo quelle specifiche modalità, [consistenti] nell'accesso a quegli specifici contenuti o nella semplice acquisizione o detenzione dei documenti citati, si può riscontrare, almeno in tali ipotesi, un'anticipazione della soglia di punibilità attraverso l'incriminazione degli atti preparatori individuali. Si può parlare anche di atti proto-preparatori, se si nota come, nello stesso tempo, la capacità predisposta deve risultare vincolata ad una successiva esecuzione di reati terroristici, senza la quale l'autoformazione sarebbe atipica (non criminalizzata)».

Se non si trattasse, in sostanza, di un atto preparatorio, ciò significherebbe in concreto punire il semplice pensiero, il che contravviene anche con il principio *cogitationes poenam nemo patitur*, ovvero, “il pensiero non può essere punito”.

È sulla base di questo principio che ci si baserà principalmente per sostenere come si è, in questo caso, in presenza di una criminalizzazione abusiva, nitidamente introdotta nel codice penale col fine d'intensificare il controllo della popolazione, con valori e scopi contrari al diritto penale delle garanzie.

Le forzature, tuttavia, non finiscono qui. L'uso (eccessivo) di termini astratti comporta allo stesso tempo la tipizzazione di una fattispecie indeterminata e difficile da interpretare per molti cittadini. Non è possibile conoscere con certezza, in astratto, quale sarà la condotta che viene perseguita, rendendo così quasi impossibile al soggetto adeguare il proprio comportamento alle prescrizioni della legge⁷⁹.

⁷⁸ GONZÁLEZ VAZ, *Política criminal en tiempos del terrorismo yihadista. El inicio del derecho penal orwelliano*, in *Revista Penal México*, n. 16-17, marzo 2019-febbraio 2020, 119.

⁷⁹ PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, 1979, 166.

La certezza del diritto e i principi di tassatività e determinatezza sono pertanto superati dall'espressione «contenuti che siano diretti o, per il loro contenuto, risultino idonei ad incitare all'affiliazione ad una organizzazione o ad un gruppo terrorista, oppure a collaborare con chiunque dei consociati, o nei suoi fini».

La riduzione, all'assurdo, dell'ossessione anticipatoria si rinviene nell'enunciato "essere diretti, o essere idonei ad incitare", che pone nel mirino dell'intervento del diritto penale una realtà troppo distante da un eventuale attacco al bene giuridico, o dalla sua messa in pericolo. Qualunque materiale che potesse anche solo avvicinarsi ad un contenuto terroristico potrebbe rientrare nel perimetro di questa espressione.

In effetti, è curioso come il legislatore punisca la condotta di consultare una pagina *web* di matrice terroristica, consistente magari nell'imparare come fabbricare una bomba; la stessa informazione, tuttavia, non risulta essere rilevante per il diritto penale se ricercata su una pagina *web* di matrice non terrorista.

Occorrerebbe anche valutare se la consultazione di questo tipo d'informazione potrebbe inquadrarsi come una causa di giustificazione, più concretamente nell'esercizio di un diritto. Visitare portali *web*, di qualche contenuto, oppure informarsi su qualunque tematica risulta condotta del tutto lecita, poiché la popolazione ha il diritto di formarsi la sua propria visione del mondo, essendo il diritto in parola definibile come assolutamente personale, in quanto appartenente alla sfera più privata ed intima del soggetto⁸⁰.

A ben vedere, il precetto individua le condotte di due tipi di soggetti: la citata consultazione o detenzione del contenuto specifico ricercato sarebbe effettuata con la finalità primaria di radicalizzarsi, in modo che, il soggetto abbia poi la possibilità di utilizzare la stessa informazione per commettere un delitto di terrorismo.

A questo si riferisce il TS quando qualifica tale condotta come "atto proto-preparatorio", poiché ha bisogno di abilitarsi (prima preparazione) per attentare in un futuro (seconda preparazione). Dalla difficoltà probatoria che presuppone la finalità soggettiva si deduce che in poche occasioni si potrà applicare il reato di "auto-abilitazione", il quale potrebbe rispondere ad una politica criminale distinta, che consisterà nel dotare di un ampio potere di ricerca le forze di sicurezza, svelando così peculiarità più vicine ad uno Stato di polizia che ad uno Stato di diritto.

Sul delitto di auto-abilitazione terrorista ricadono (o almeno così sembrerebbe *a priori*) tutti i caratteri e i fenomeni riferiti in precedenza. È l'esempio lampante di [un]diritto penale simbolico, incitato da un "populismo penale" provocato dall'insicurezza dovuta dalle nuove modalità degli attacchi terroristici, e che allo stesso tempo suppone un'anticipazione della soglia di punibilità punendo comportamenti che fanno riferimento, in realtà, alla fase anteriore agli atti preparatori punibili; e, infine, rappresenta l'esempio perfetto di una rinata volontà punitiva idonea a predisporre una pena esagerata per una condotta così infima.

La pena stabilita per il delitto di auto-abilitazione terrorista oscilla tra i 2 e 5 anni di detenzione. Secondo quanto sostenuto da Silvia Sánchez, la terza velocità del diritto penale che egli stesso descriveva, consiste nella coesistenza della "relativizzazione delle garanzie politico-criminali, delle regole d'imputazione e dei criteri processuali col diritto penale penitenziario"⁸¹.

⁸⁰ GONZÁLEZ VAZ, *La antijuricidad penal en el delito de autocapacitación*, cit., 443.

⁸¹ SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*, cit., 183 ss.

È sotto questo profilo, pertanto, che andrebbe letto questo precetto, essendovi una chiara previsione dell'ingerenza del diritto penale del nemico nello Stato di diritto.

La politica criminale attuale sta, quindi, inclinandosi verso una nuova tendenza e, conseguentemente, determinando un cambiamento della configurazione del diritto penale. Come si è potuto verificare, il codice penale presenta al suo interno degli elementi che mettono in pericolo le proprie fondamenta. Non si può, tuttavia, “chiudere un occhio” di fronte alla realtà, poiché il diritto penale deve proporre soluzioni per il nuovo fenomeno criminale. Ma, in ogni caso, non lo si può fare a qualunque prezzo, meno che mai pagando con la qualità della democrazia.