

JOSÉ LUIS DE LA CUESTA

ATTUALITÀ DEL DISCORSO PENALE ILLUMINISTICO:
IL PRINCIPIO DI UMANITÀ*

Per uno studioso di Diritto penale preservare e sviluppare le idee dell'Illuminismo continua a essere un magnifico obiettivo programmatico. Non sorprende che sia nel pensiero illuministico dove i penalisti trovano le prime formulazioni dei principi centrali del Diritto penale moderno, che da allora costituiscono una parte fondamentale del patrimonio inalienabile della nostra cultura giuridica¹. Questo è il caso dell'indimenticabile opera di CESARE BONESANA, *Dei delitti e delle pene*², pubblicata originariamente nel 1746 e considerata come propria dagli enciclopedisti francesi, i quali (come ha ricordato JIMÉNEZ DE ASUA) consideravano il MARCHESE DI BECCARIA come «uno di loro»³.

L'opera di BECCARIA, che continua ad essere di indubbia attualità⁴, incontrò un riflesso significativo in MANUEL DE LARDIZABAL Y URIBE⁵, considerato come il «Beccaria spagnolo»⁶. MANUEL DE LARDIZABAL Y URIBE è divenuto il più importante «penalista illuminista» di questa terra, avendo introdotto in Spagna nuove idee in relazione alla riforma della giustizia penale attraverso il suo *Discurso sobre las penas*. In questo lavoro – emerso in occasione del Progetto di CARLOS III di procedere alla modifica e alla codificazione della legislazione pe-

* Traduzione dallo spagnolo di FRANCESCA ROCCHI, Dottore di ricerca in Diritto penale nell'Università di Roma «Tor Vergata» e Assistente universitaria presso la Cattedra di Diritto penale dell'Università di Roma «Sapienza».

¹ A. ASUA BATARRITA, *Reivindicación o superación del Programa de Beccaria*, in A. ASUA BATARRITA (coord.), *El pensamiento penal de Beccaria: su actualidad*, Deusto (Bilbao), 1990, 10.

² Per una interessante edizione (con introduzione, note e traduzione di F. TOMÁS Y VALIENTE), C. BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, Madrid, 1969.

³ *Tratado de Derecho Penal*, T.I.I, 2ª ed., Buenos Aires, 1956, 248.

⁴ M. PISANI, *Attualità di Cesare Beccaria*, Milano, 1998.

⁵ J.L. DE LA CUESTA, *Manuel de Lardizábal y Uribe*, in R. DOMINGO (ed.), *Juristas universales*, vol. II, *Juristas modernos*, Madrid, 2004, 700 ss.

⁶ L'espressione si estese attraverso SALDAÑA, anche se vi è chi sostiene provenga da DORADO MONTERO, L. PRIETO SANCHIS, *La filosofía penal en la Ilustración española*, in L. ARROYO ZAPATERO e I. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE (diretto da), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam*, Cuenca, 2001, 504 (n. 67). Ancora, RIVACOBA sottolinea la grande influenza di Montesquieu sull'opera di Beccaria (*Lardizabal, Un Penalista Ilustrado*, Santa Fe, 1964, 63 ss.); vedi anche su questo punto M. HERNÁNDEZ MARCOS, *Las sombras de la tradición en el alba de la ilustración penalista en España. Manuel de Lardizábal y el proyecto de código criminal de 1787*, *Res publica*, 22, 2009, 49 (n. 25).

nale spagnola in linea con gli altri monarchi europei e con le stesse idee innovative – LARDIZÁBAL, con stile chiaro ed eloquente e con un ordine molto curato razionale e coerente, riversò le sue considerazioni scientifiche sugli aspetti fondamentali del diritto penale, trasponendo per la prima volta in spagnolo i grandi principi illuministici che restano ancora oggi assiomi fondamentali della scienza del diritto penale.

RIVACOBA Y RIVACOBA ricorda che «la riforma penale dell'Illuminismo», principalmente ispirata alla «Filosofia della ragione»⁷, ebbe riflessi trascendentali nel diritto processuale penale e seguì a livello sostanziale tre grandi direttrici⁸:

- la «consacrazione del dogma o assioma della legalità»,
- «la soppressione o l'attenuazione del reato che non è più» in accordo «con le valutazioni del tempo»; e,
- da ultimo, ma non esattamente d'importanza, l'umanizzazione o l'attenuazione delle sanzioni, sottomesse da allora ai postulati della personalità e proporzionalità.

Se ai pensatori illuministi si devono i primi reali tentativi di attuazione di «un trattamento intelligente ed umano dei criminali e pazzi»⁹, non vi è dubbio che il discorso illuminista continua ad avere piena attualità in questa che LIPOVETSKY chiama «l'era del vuoto»¹⁰, così poco permeabile ai discorsi umanistici e nella quale le esigenze di maggiore durezza per i delinquenti si incrementano con ogni riforma penale, venendo accompagnate da progetti che arrivano a voler legittimare la tortura come mezzo di indagine penale e di reintroduzione di procedimenti inquisitori, e non solo né necessariamente per la criminalità più grave.

In una società democratica, incentrata sul valore della persona, risulta del tutto coerente collocare, accanto ai tradizionali principi di necessità, legalità, colpevolezza e ai suoi corrispondenti corollari, il principio di umanità, un principio meno studiato, ma, senza dubbio, «non meno importante»¹¹ di quelli. E, come ha ricordato più volte il mio maestro ANTONIO BERISTAIN¹², in uno Stato sociale e democratico di Diritto non è ammissibile che «i rapporti umani, personali e sociali che sorgono dalla giustizia in generale e dalla giustizia penale in

⁷ *La reforma penal de la Ilustración*, Valparaíso (Chile), 1988, 15.

⁸ M. DE RIVACOBA Y RIVACOBA, *ibidem*, 23 ss.

⁹ M. DE RIVACOBA Y RIVACOBA, *ibidem*, 19 (citando J.H. RANDALL JR., *La formación del pensamiento moderno*, Buenos Aires 1952, 378).

¹⁰ G. LIPOVETSKY, *La era del vacío: Ensayos sobre el individualismo contemporáneo*, Barcelona, 2003.

¹¹ A. BERISTAIN, *Nueva Criminología desde el Derecho Penal y la Victimología*, Valencia, 1994, 14.

¹² *Versus macrovictimación: Investigación y Justicia en la Universidad y en las Iglesias, Nuevos Extractos de la Real Sociedad Bascongada de los Amigos del País, Lección de Ingreso como Amigo de Numero de la R.S.B.A.P.*, Suplemento n. 2-B del Boletín de la R.S.B.A.P., Bilbao, 1991, 9-34.

particolare» ignorino «la dignità della persona»¹³ e il suo conseguente diritto al «pieno sviluppo della personalità»¹⁴.

I. Tutti noi comprendiamo facilmente che rispettare la dignità dell'essere umano risulta incompatibile con la sua sottomissione ad offese o umiliazioni, e condividiamo perciò il divieto previsto nei principali testi internazionali di ogni trattamento crudele, inumano o degradante.

I.1. L'incriminazione e la punizione attraverso il Diritto penale della *tortura e delle pene e trattamenti inumani o degradanti* costituisce, in questo senso, la prima conseguenza pratica dell'affermazione del principio di umanità nel Diritto penale. Non sono pochi, tuttavia, i problemi che la criminalizzazione della tortura solleva nella sua applicazione pratica. In ogni caso, lasciando da parte altri aspetti problematici, a partire dal mandato dell'amministrazione BUSH¹⁵ si aprì di nuovo il dibattito sulla legalizzazione della tortura e, conseguentemente, circa la possibilità o meno di una giustificazione penale della stessa in ipotesi specifiche, questione che studiò già BENTHAM all'inizio del secolo XIX giungendo ad una conclusione negativa¹⁶.

Attualmente, pur essendo generalizzato nel contesto internazionale il rifiuto di qualsiasi pratica di tortura anche se in circostanze eccezionali (stato di guerra, etc.), secondo taluni l'uso della tortura potrebbe ricadere nel prisma penale della legittima difesa o dello stato di necessità, cause di giustificazione che la Convenzione del 1984 non esclude in maniera espressa, a differenza di quello che fa con l'adempimento del dovere. Inoltre, il fatto che la Convenzione di Roma del 1950 non autorizzi alcuna deroga su questo piano consente di affermare il divieto assoluto di tortura e l'impossibilità di una sua giustificazione nel quadro europeo¹⁷; una soluzione che è ugualmente corretta nel Diritto spagnolo, ai sensi dell'art. 15 della Costituzione. Tuttavia, occorre sottolineare che nel Diritto penale, in senso stretto, possono essere considerati fonte di responsabilità penale, solo i fatti ingiusti e colpevoli, quindi, per l'eventuale applicazione di una pena, il giudizio di anti giuridicità non è sufficiente e deve essere necessariamente seguito dalla col-

¹³ A. BERISTAIN, *Axiomas fundamentales de la Criminología ante la globalización y la multiculturalidad*, Eguzkilore, 17, 2003, 93.

¹⁴ E. BLOCH, *Derecho natural y dignidad humana*, Madrid, 1980.

¹⁵ M.C. BASSIOUNI, *The Institutionalization of Torture by the Bush Administration. Is Anyone Responsible?*, Intersentia, 2010.

¹⁶ J.L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, *¿Justificación de la tortura? Insuficiencias de la normativa penal internacional*, in *Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona. Libro Homenaje al Profesor Antonio Beristain*, Donostia-San Sebastián, 1989, 695 ss. Vedi anche, C. ROXIN, *¿Puede admitirse o al menos quedar impune la tortura estatal en casos excepcionales?*, *Nueva Doctrina Penal*, 2004, 547 ss.; inoltre, K. AMBOS, *Terrorismo, Tortura y Derecho Penal. Respuestas en situaciones de emergencia*, Barcelona, 2009, 19-66.

¹⁷ J.L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, *Consideraciones acerca del delito de tortura a la luz del Convenio de Roma de 1950*, in *Giza Eskubideak Europan / Los Derechos Humanos en Europa / Les droits de l'homme en Europe / The Human Rights in Europe*, Vitoria-Gasteiz, 1989, 190 ss.

pevolezza. In questo senso, l'impossibilità di trovare delle cause di giustificazione ai casi di tortura non impedisce che in casi eccezionali si possa giungere all'attenuazione della pena o, addirittura, all'esclusione della stessa per mancanza di colpevolezza se le circostanze concorrenti evidenzino in modo palese una situazione di inesigibilità di un'altra condotta da parte dell'autore.

I.2. Il divieto di tortura ed altri trattamenti inumani o degradanti non obbliga solo alla loro incriminazione come condotte criminali. Esso ha anche importanti ripercussioni nel campo delle sanzioni e delle altre conseguenze giuridiche del reato. Certamente, l'art. 1 della Convenzione del 1984 esclude dall'ambito della tortura «i dolori o le sofferenze derivanti unicamente da sanzioni legittime, o ad esse inerenti o da esse provocate»; ma, da questo non si può dedurre la piena legittimità di quelle pene che, anche se risultano previste dalla legge, sono dirette solamente a causare sofferenze o umiliazioni, le quali, per il loro carattere crudele, inumano o degradante, entreranno a pieno titolo nel campo della messa al bando internazionale.

I.2.1 Prescindendo dalle punizioni corporali¹⁸, il dibattito si incentra attualmente, in primo luogo, intorno alla *pena di morte* (pena contro la quale BECCARIA ha combattuto frontalmente e ha ammesso solo in casi del tutto eccezionali, mentre per LARDIZÁBAL risultava pienamente compatibile con il Diritto naturale).

Sul piano internazionale la preoccupazione umanitaria ha portato all'approvazione di diverse moratorie sull'uso della pena di morte¹⁹ che il Patto internazionale dei diritti civili e politici sottopone a restrizioni²⁰ la cui abolizione è oggetto di diversi protocolli²¹. Questi testi e le importanti moratorie hanno spinto un rinnovato movimento internazionale a favore dell'abolizione della pena di morte, benché non siano riusciti a porre fine alle esecuzioni capitali nel mondo. Così, nonostante il calo costante del numero dei paesi che la mantengono, la pena di morte è ancora in vigore in 58 paesi e in particolare in cinque paesi (Arabia Saudita, Cina, Stati Uniti, Iran e Pakistan), i quali, secondo le relazioni delle Nazioni Unite, concentrano l'88% delle esecuzioni²².

¹⁸ Intorno alla dibattuta questione dell'origine della castrazione chimica per i delinquenti sessuali. R. ROBLES PLANAS, *Sexual Predators. Estrategias y límites del Derecho penal de la peligrosidad*, *InDret*, 4, 2007, 8 ss.

¹⁹ Così, per esempio, a livello delle Nazioni Unite, dopo la risoluzione 62/149 (15 novembre 2007), il 18 dicembre 2008 l'Assemblea Generale approvò una seconda Risoluzione su una moratoria nell'uso della pena di morte.

²⁰ Così, deve riservarsi esclusivamente per i più gravi delitti ed applicarsi con pieno rispetto del principio di legalità criminale, penale e processuale, garantendo il diritto a richiedere l'indulto o la commutazione e la sua non imposizione a minori di 18 anni né a donne in stato di gravidanza.

²¹ Da rilevare in Europa i Protocolli addizionali specifici alla Convenzione di Roma: in particolare, il num. 6 (1983), sull'abolizione in tempo di pace; ed il num. 13 (2002) che propugna l'abolizione in qualunque circostanza della pena capitale.

²² J.L. DE LA CUESTA, *The death penalty and drugs*, in L. ARROYO, P. BIGLINO, W. SCHABAS, *Towards universal abolition of the death penalty*, Valencia, 2010, 369 s.

La stessa natura degli strumenti utilizzati, inoltre, mostra la portata limitata del rifiuto internazionale dell'applicazione della pena di morte da parte degli Stati; né è accettato universalmente che la proibizione della pena di morte derivi, senz'altro, dal divieto internazionale di pene e trattamenti crudeli, inumani e degradanti. Questo, nonostante la Dichiarazione di Stoccolma del 1977, sollecitata da *Amnesty International*, qualificasse la pena di morte come «la punizione più crudele, inumana e degradante», ed esortasse i governi a «prendere misure per la sua totale ed immediata abolizione», costituendo una manifesta violazione del diritto alla vita.

Cresce, in ogni caso, la questione della sua legittimità, tanto rispetto a profili specifici della sua esecuzione quanto rispetto a quelli di carattere generale.

A questo proposito, il Comitato dei Diritti umani²³ (e i Tribunali regionali europeo ed interamericano), si sono pronunciati su aspetti della pena di morte considerati incompatibili con il contenuto delle convenzioni internazionali. Così, in Europa, la penosa situazione di detenzione nei cosiddetti «bracci della morte» fu considerata nel 1989 da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo²⁴ come una violazione della Convenzione di Roma. Anche in *Öcalan v Turchia* (2005), questa stessa Corte dichiarò in contrasto con l'art. 3 l'imposizione della pena di morte in un processo non equo e da parte di una Corte di discutibile indipendenza e imparzialità. Tale giurisprudenza europea, è stata ripresa da alcuni testi giuridici, come il Protocollo di modifica (2003) della Convenzione europea sulla repressione del terrorismo del 1977.

Anche i metodi di esecuzione hanno richiamato l'attenzione della giurisprudenza europea. Questa, nell'anno 2000, considerò inammissibile l'espulsione di una donna verso l'Iran, dove poteva essere condannata a morte per lapidazione²⁵. Nel frattempo, il Comitato per i diritti umani, per il quale la pena di morte dovrebbe essere eseguita «in modo da causare la minor sofferenza possibile»²⁶ – ha ammesso che il metodo di esecuzione può costituire un trattamento inumano o degradante²⁷, pur considerando allo stesso tempo che l'esecuzione per iniezione letale potrebbe essere conforme alle prescrizioni del Patto internazionale, non invece l'esecuzione attraverso gas asfissiante, modalità considerata «particolarmente orribile»²⁸.

In realtà, l'incompatibilità della pena di morte (e non solo dell'attesa nel

²³ La Commissione dei Diritti umani delle Nazioni Unite, prima del Consiglio dei Diritti umani, indicò nella sua risoluzione 2005/59, che «l'abolizione della pena di morte è fondamentale per la protezione del diritto alla vita».

²⁴ Caso *Soering v. Regno Unito*, 1989. Tuttavia, il Consiglio dei Diritti umani, in una giurisprudenza costante, non si è mostrato tanto aperto a questa questione e richiede la presenza di circostanze eccezionali per apprezzare in tali casi una violazione dell'art. 7 del Patto Internazionale (così, per esempio, *Lavende v. Trinidad e Tobago*, 1997; *Errol Johnson v. Giamaica*, 1996).

²⁵ Caso *Jabari v. Turchia*, 2000.

²⁶ Osservazione generale 20 (44), 3 aprile 1992.

²⁷ Caso *Kindler v. Canada*, 1993.

²⁸ Caso *Charles Chitat Ng v. Canada*, 1994.

braccio della morte o di alcune sue forme di esecuzione) con una corretta interpretazione del principio di umanità, incentrato sul rispetto della persona umana come tale, dovrebbe essere fuori discussione; così come sostenuto dalla Rete accademica internazionale recentemente creata nella quale partecipo in rappresentanza dell'Associazione Internazionale di Diritto Penale. Questa ha, quindi, sottolineato l'esempio degli Statuti dei Tribunali internazionali per la ex-Jugoslavia e per il Ruanda, così come dello Statuto di Roma della Corte Penale Internazionale²⁹: tutti questi, competenti per il perseguimento dei crimini internazionali più gravi e che suscitano la maggiore ripugnanza, hanno rinunciato all'inclusione della pena di morte nell'elenco delle sanzioni applicabili.

I.2.2. L'incompatibilità predicata della pena di morte col principio di umanità, può colpire anche alcune forme di privazione di libertà: è il caso dell'ergastolo del cui carattere inumano si discute da più di due secoli³⁰; e delle pene di durata molto lunga.

I.2.2.1. Secondo il Patto Internazionale dei Diritti Civili e Politici le sanzioni privative della libertà devono applicarsi «con umanità e con il rispetto dovuto alla dignità» (art. 10, comma 1) e il regime penitenziario deve consistere «in un trattamento la cui finalità essenziale sia la riforma ed il reinserimento sociale dei condannati» (art. 10, comma 3).

Gli effetti psicologici e sociali negativi generalmente legati all'internamento di lunga durata³¹ – che sono certamente aggravati quando si aggiunge l'annientamento di ogni possibile speranza di liberazione e le difficili condizioni che di solito lo accompagnano (incrementando certamente il rischio di suicidio in carcere) – costituiscono un argomento importante contro la compatibilità di queste pene con il principio di umanità. Ma la cosa essenziale del *carcere a vita* non è tanto la gravità di tali effetti, la cui inevitabilità non è esente da discussioni; la sua radicale contraddizione con la dignità umana deriva piuttosto dal mancato riconoscimento delle «proprietà specifiche dell'essere umano», che (come evidenzia TORÍO LÓPEZ) finisce per dichiararlo «incapace di un progetto esistenziale del quale non faccia parte il delitto»³², negandogli «non già la perfettibilità morale (...), ma il suo diritto fondamentale a una seconda possibilità nella società, dopo aver scontato la condanna meritata»³³.

²⁹ W. SCHABAS, *Life, Death and the Crime of Crimes. Supreme Penalties and the ICC Statute, Punishment and Society*, 2, 2000, 263 ss.

³⁰ D. VAN ZYL SMIT, *Life imprisonment as the ultimate penalty in International Law: a human rights perspective*, *Criminal Law Forum*, 9, 1999, 28 s.

³¹ Così, oltre alle opere classiche di CLEMMER (*The Prison Community*, New York, 1958) o GOFFMAN (*Asiles. Etudes sur la condition sociale des malades mentaux et autres reclus*, Paris, 1968), C. HANEY, *Reforming Punishment: Psychological Limits to the Pains of Imprisonment*, Washington, 2006.

³² *La prohibición constitucional de las penas y tratos inhumanos o degradantes*, *Poder Judicial*, 4, 1986, 81.

³³ F. SAVATER, *Contra la cadena perpetua*, *El Correo digital* (23.08.08) (<http://www.elcorreo-digital.com/vizcaya/20080823/opinion/contra-cadena-perpetua-20080823.html>).

Nonostante questo, la presenza dell'ergastolo a livello comparato continua ad essere molto significativa, avendo sostituito quasi con abitudine la pena di morte dopo la sua abolizione, ciò ha incrementato la sua introduzione e applicazione³⁴. Inoltre, la reclusione perpetua è contemplata nello Statuto della Corte Penale Internazionale come la sanzione più grave, applicabile «quando lo giustifichino l'estrema gravità del crimine e le circostanze personali del condannato»³⁵.

La questione della legittimità costituzionale del carcere a vita ha provocato anche l'intervento delle più alte Corti in alcuni paesi. Sembra diffusa l'idea in base alla quale l'ammissibilità dell'ergastolo non possa essere incondizionata³⁶: è necessario analizzare non solo le condizioni di esecuzione, bensì anche la possibilità del suo riesame al termine di determinati anni di applicazione ed in base ad un procedimento pienamente rientrante nel prisma dell'indipendenza dell'organo decisorio e del rispetto dei diritti della difesa. Questa è stata, per esempio, la linea seguita dalla Corte Europea dei Diritti umani in relazione a condanne al carcere perpetuo emesse nel Regno Unito³⁷.

In breve, in non pochi casi – e come già affermato dal Consiglio d'Europa³⁸ e dalla Corte costituzionale tedesca da più di trenta anni – la reclusione di una persona per la vita, senza speranza di liberazione, non risulta compatibile con il principio di umanità, quindi, affinché la pena dell'ergastolo possa conciliarsi con la dignità umana, deve essere lasciata aperta la possibilità di riesame o liberazione condizionale trascorso un periodo di effettiva esecuzione; questo periodo di sicurezza, che presenta molteplici varianti nel Diritto comparato, non dovrebbe superare nella pratica i 20 anni di carcere.

I.2.2.2. Al rifiuto dell'ergastolo deve sommarsi quella tendenza di un numero crescente di sistemi che, non contemplando la prigione a vita nel loro elenco di sanzioni, continuano ad introdurre *pene di una durata smisurata* e completate nella loro esecuzione da regole tanto severe e volte alla loro integrale

³⁴ D. VAN ZYL SMIT, *Abolishing life imprisonment?*, *Punishment and Society*, 2001, 300.

³⁵ Tuttavia, non risulta direttamente menzionata negli Statuti dei Tribunali Penali Internazionali dell'ex-Jugoslavia o Ruanda. Questi si rimettono, quanto alla fissazione delle «condizioni di detenzione, (...) alle norme sulla detenzione applicate dalle Corti della» Jugoslavia e del Ruanda, tenendo «conto di fattori come la gravità del fatto e la situazione personale del condannato» (artt. 24 e 23 dei rispettivi Statuti). Anche se in Jugoslavia la pena massima della detenzione era di 20 anni (il Ruanda prevedeva l'ergastolo), questo non ha impedito al Tribunale Penale Internazionale di interpretare che l'art. 24 consentisse la flessibilità sufficiente per applicare la pena della detenzione perpetua. In senso critico, D. VAN ZYL SMIT, *Life imprisonment*, cit., 16 ss.

³⁶ S. VERELST, *Life imprisonment and human rights in Belgium*, *Human Rights Law Review*, 3-2, 2003, 283.

³⁷ S. VERELST, *ibidem*, 282-283. Nel 1983 (*Solem v Helm*), l'impossibilità di accesso alla libertà condizionale fu ugualmente la ragione determinante, negli U.S.A., della sua qualificazione come sproporzionata (e, pertanto, contraria all'ottavo emendamento: punizione crudele ed inusuale). Purtuttavia, successivamente, e nonostante accesi dibattiti e votazioni contrarie in seno alla Corte Suprema, sono stati considerati pienamente costituzionali ergastoli senza possibilità di libertà condizionale S. VERELST, *ibidem*, 281.

³⁸ Council of Europe, *Treatment of long-term prisoners*, Strasburg, 1977, 22.

esecuzione, che finiscono per potersi assimilare alla situazione dei condannati alla pena perpetua e incondizionata.

Un esempio di ciò è offerto chiaramente dalla legislazione spagnola, in particolare attraverso le riforme del 2003 e, soprattutto, a partire dalla tendenza avviata dalla giurisprudenza della Corte suprema con la Sentenza del caso PAROT, che in alcun modo deve essere limitato alle condanne per terrorismo. Poiché, come da tempo segnalano gli specialisti³⁹, ogni internamento di durata superiore a 15-20 anni corre un grave rischio di causare danni irreversibili alla personalità del detenuto, la pena privativa della libertà non dovrebbe superare, nella sua esecuzione effettiva, questo limite temporale. Ovviamente questo obbliga a ripensare al trattamento dei delinquenti pericolosi che, al termine della loro pena, continuino a presentare un significativo rischio di commissione di gravi reati⁴⁰. In questo ordine di cose, l'opzione seguita dall'ultima riforma del Codice penale consistente nella previsione (nella sentenza di condanna) della libertà vigilata, come misura di sicurezza, applicabile a quegli individui la cui pericolosità criminale deve essere verificata come sussistente dopo aver scontato la detenzione (e, in particolare, nel caso si tratti di autori di reati sessuali e di terrorismo), purché sia modulata al rispetto del principio di proporzionalità, sembra una soluzione più ragionevole della continuazione *sine die* dell'internamento.

I.3. L'influenza del principio di umanità deve essere chiara e molto rilevante anche sul *piano penitenziario*.

Il Patto internazionale dei Diritti Civili e Politici e le varie raccomandazioni internazionali – come le Regole Minime internazionali (e le Regole penitenziarie europee) – sono un riferimento per i giudici per determinare, nel caso concreto, la compatibilità o meno della misura o dell'intervento contestato sulla base di tale principio. E sono già, in questo senso, non poche le sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo che respingono determinate pratiche⁴¹ e condizioni di detenzione⁴², specialmente, rispetto a certe categorie di detenuti – come le persone anziane, le persone affette da disturbi mentali o, più in particolare, i malati gravi –, che richiedono cure specifiche e non devono essere sot-

³⁹ Per tutti, A. BERISTAIN, *Derecho penal y Criminología*, Bogotá, 1986, 198.

⁴⁰ J.M. ZUGALDÍA ESPINAR, *Medidas de seguridad complementarias y acumulativas para autores peligrosos tras el cumplimiento de la pena*, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 1, 2009, 197 ss.

⁴¹ Incatenamento del carcerato di età al suo letto durante la sua ospedalizzazione (*Henaf v. Francia*, 2003); rasatura della testa nell'ambito di una sanzione disciplinare (*Yankov v. Bulgaria*, 2003); la cura di un eroinomane che presentava sintomi di astinenza e decede in prigione (*McGlinchey y altri v. Regno Unito*, 2003).

⁴² P.e. ed in combinazione con altre circostanze, come la durata della detenzione, in centri sovraffollati ed insalubri (*Kalachnikov v. Russia*, 2002; *Mameova v. Russia*, 2006), in celle di dimensioni molto insufficienti (*Cenbauer v. Croazia*, 2006) o con mancanza di acqua ed alimentazione (*Kadik.is v. Lettonia*, 2006). Ha ritenuto anche ci fosse una violazione dell'art. 3 in un caso di detenzione provvisoria nella quale si esigeva all'interno di pagare per ottenere un miglioramento delle condizioni di internamento (*Modarca v. Moldavia*, 2007).

toposti a determinate sanzioni disciplinari e/o di contenimento fisico senza comprovata necessità⁴³. La Corte europea ha altresì dichiarato inammissibile l'alimentazione forzosa a detenuti in sciopero della fame con impiego di mezzi estremi e senza necessità terapeutica reale⁴⁴; e la perquisizione integrale con ispezione intima mantenuta sistematicamente per due anni dopo ogni comunicazione⁴⁵.

Anche le più alte giurisdizioni degli Stati continuano a sviluppare la loro giurisprudenza in materia. Infatti, nel caso della Corte costituzionale spagnola⁴⁶, la maggior parte dei casi studiati di tortura e di trattamenti inumani o degradanti riguardano il contesto penitenziario.

I.4. Ma le conseguenze del principio di umanità per la vita in carcere non si limitano al divieto di trattamenti inumani o degradanti in prigione.

Al contrario, in linea col Patto internazionale dei diritti civili e politici (e, in Spagna, con la propria Costituzione), corollario del principio di umanità deve essere la *tendenza rieducativa* della pena privativa della libertà, quanto meno a livello esecutivo. Orbene, dobbiamo essere consapevoli che l'assicurazione della risocializzazione del condannato è qualcosa di completamente estraneo alle possibilità reali del sistema penitenziario. Perciò sarebbe meglio adoperarsi per garantire, da un lato, l'attenuazione o la riduzione del contenuto di stigmatizzazione e di emarginazione inerente a ogni decisione di internamento in carcere, approfittando del periodo di esecuzione penitenziaria per tentare di creare opportunità di partecipazione del detenuto al sistema sociale: senza pregiudizio di possibili interventi terapeutici, la via privilegiata per questo è costituita dall'avvicinamento della vita interna al carcere verso quella esterna, favorendo la comunicazione del detenuto con l'esterno e facilitando il graduale inserimento del condannato alla vita in libertà.

In conclusione, e di fronte al rischio di conversione degli stabilimenti penitenziari in meri depositi di esseri umani⁴⁷, una lettura democratica dell'ideale risocializzativo:

⁴³ Ci sono importanti sentenze che sottolineano questi assunti *Mouïsel v. Francia*, 2002; *Farbthus v. Lettonia*, 2004; *Melnik v. Ucraina*, 2006; *Rivière v. Francia*, 2006; *Popov v. Russia*, 2006; *Khudobin v. Russia*, 2006; *Tarariyeva v. Russia*, 2006; *Hüseyn v. Turchia*, 2007; *Gorodnitchev v. Russia*, 2007; *Paladi v. Moldavia*, 2007; *Koutcherouk v. Ucraina*, 2007; *Yakovenko v. Ucraina*, 2007; *Dybeku v. Albania*, 2007; *Renolde v. Francia*, 2008; *Kotsaftis v. Grecia*, 2008.

⁴⁴ *Neumerjitski v. Ucraina*, 2005; *Ciorap v. Moldavia*, 2007. Vedere nello stesso senso, tra le altre, *Hunc v. Turchia*, 2004, sul trattamento applicato a scioperanti della fame con sindrome di Wernicke-Korsakoff.

⁴⁵ *Frérot v. Francia*, 2007; sempre, sulla perquisizione dei detenuti, *Salah v. Olanda*, *Baybasin v. Olanda*, 2006.

⁴⁶ F. REVIRIEGO PICÓN, *Los derechos de los reclusos en la jurisprudencia constitucional*, Madrid, 2008, 55. Vedere anche, T. MONTERO HERNANZ, *La jurisprudencia del Tribunal constitucional en materia penitenciaria (1981-2007)*, *Revista General de Derecho Penal*, 9, 2008, RI § 403783.

⁴⁷ A. BERISTAIN, *Derecho Penal*, cit., 194 ss.

– *obbliga*, in primo luogo, ad un compromesso con l'umanizzazione dell'universo penitenziario, presupposto di qualunque lavoro risocializzante⁴⁸; e

– inoltre, e, insieme al rafforzamento dei diritti individuali dei detenuti e l'apertura di ampi programmi di relazioni con l'esterno, *richiede* in via prioritaria l'attuazione pratica di azioni efficaci e permanenti di controllo del sovraffollamento delle carceri⁴⁹, che espone a tante difficoltà qualsiasi intervento correzionale adeguato ed efficace;

– infine, *postula* uno sforzo particolare per lo sviluppo di sistemi e meccanismi di esecuzione attenuata, così come nell'applicazione di alternative valide per le pene detentive brevi. Emerge tra queste, insieme alla multa, il lavoro a beneficio della comunità⁵⁰, una pena il cui successo non dipende solamente, come dimostra la pratica, da una regolamentazione normativa adeguata e sufficiente, bensì soprattutto dalla creazione di un'ampia rete di entità pubbliche e private collaboratrici, capaci di configurare un'offerta di attività valide e sufficientemente varia.

II. Se, tradizionalmente, il campo di applicazione del principio di umanità si è incentrato sulle questioni che sono state appena trattate (fissando la sua attenzione sull'autore del reato e presentandosi come uno dei postulati che limitano il potere punitivo dello Stato), a partire dall'insegnamento della Vittimologia a nessuno è sfuggito come una politica criminale ispirata al principio di umanità non solo non può ignorare le esigenze delle *vittime*, ma deve assumere come una delle sue priorità più basilari lo sforzo verso la loro considerazione e soddisfazione. Superando la limitata prospettiva della vittima come soggetto passivo dell'azione o del delitto, il rispetto del principio di umanità nel Diritto penale esige, in questo senso, di far passare le vittime «dall'oblio al riconoscimento»⁵¹, garantendo tutti i loro diritti, conferendo loro pieno protagonismo nel sistema penale e collocando il principio di protezione delle vittime allo stesso livello del divieto di pene e trattamenti inumani e degradanti e dell'orientamento risocializzante della pena.

Trattare le vittime con umanità obbliga a partire dal pieno riconoscimento e rispetto di quello che giuridicamente comporta la loro condizione e, più in particolare, dei loro diritti all'informazione e alla verità, all'accesso alla giustizia e alla riparazione. Anche su questo ultimo aspetto le proposte degli illumi-

⁴⁸ H. KAUFMANN, *Principios para la reforma de la ejecución penal*, Buenos Aires, 1977, 47.

⁴⁹ J.L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, *Retos principales del actual sistema penitenciario*, in *Jornadas en Homenaje al XXV Aniversario de la Ley Orgánica General Penitenciaria*, Madrid, 2005, 134 s.

⁵⁰ J.A. BRANDÁRIZ GARCÍA, *La sanción penal de trabajos en beneficio de la comunidad*, Valencia, 2009.

⁵¹ I.J. SUBIJANA ZUNZUNEGUI, *El principio de protección de las víctimas en el orden jurídico penal. Del olvido al reconocimiento*, Granada, 2006.

nisti erano molto avanti per quel tempo, disponendo già la *Leopoldina* la formazione di una cassa con l'importo proveniente dalle sanzioni della multa per indennizzare le vittime in caso di insolvenza o fuga del delinquente, così come per gli imputati e / o detenuti che risultassero assolti senza dolo o colpa di nessuno, programmi che solo nell'ultima parte del passato secolo XX hanno cominciato a trovare riflesso legislativo in alcuni paesi.

In ogni caso, il diritto al risarcimento delle vittime – che dovrebbe, almeno, evitare le situazioni di abbandono –, non dovrebbe essere puramente patrimoniale: a meno che l'aggressione non riguardi beni personalissimi di una certa entità, si dovrebbe ricercare un risarcimento integrale, comprensivo di misure assistenziali e di accompagnamento e l'acquisizione e il godimento di aiuti pubblici per superare la vittimizzazione.

Inoltre, non dobbiamo dimenticare (soprattutto nei periodi come quello in cui oggi viviamo, davanti al rischio di una rivittimizzazione che nessuno vuole) la peculiarità delle macrovittimizzazioni (e specialmente della macrovittimizzazione terroristica)⁵², che sottolineano la dimensione collettiva e intensificano la necessità e l'urgenza di azioni di solidarietà, assistenza e riparazione integrale e l'adozione di tutte le misure appropriate che possano contribuire

- al rafforzamento dei diritti delle vittime (in particolare, al riconoscimento della loro condizione di vittime, alla verità e alla memoria);

- alla protezione contro possibili aggressioni o molestie e la tutela della vita privata; e,

- all'assistenza sul piano fisico, psicologico, familiare, lavorativo, sociale ...

Oltre a quanto detto sopra, e nei confronti di coloro che ritengono che la protezione della vittima rimanga ai margini del Diritto penale, bisogna affermare l'importanza e le ripercussioni che comporta il principio di protezione delle vittime, come corollario dell'assioma dell'umanità. Come indicava nella sua tesi di dottorato IÑAKI SUBIJANA, molteplici sono le vie aperte da questo programma, tanto sul piano processuale come su quello sostanziale.

Preminenti tra queste, sotto questo ultimo aspetto:

- la selezione e la tipizzazione adeguata delle ipotesi che sotto il prisma vittimologico meritano un trattamento ben privilegiato o aggravato;

- lo sviluppo della giustizia riparatrice, potenziando la mediazione, migliorando la regolazione della responsabilità civile, trasformando la riparazione in una terza via penale e dotando di un maggiore contenuto riparatore della vittima il lavoro a beneficio della comunità;

- così come, in generale, la collocazione delle «vittime nel centro nevralgico delle sanzioni penali»⁵³;

⁵² A. BERISTAIN, *Protagonismo de las víctimas de hoy y mañana (Evolución en el campo jurídico penal, prisional y ético)*, Valencia, 2005, 33 ss.

⁵³ I.J. SUBIJANA ZUNZUNEGUI, *El principio*, cit., 128.

- promuovendo risposte penali che le proteggano, generando barriere ad ulteriori processi di vittimizzazione;
- dando maggiore valore nei processi di commisurazione giudiziale della sanzione penale a considerazioni relative alle loro circostanze; e
- aprendo spazi di partecipazione delle vittime nell'ambito dell'esecuzione.

In questa stessa linea si iscrive l'ultimo auspicio di ANTONIO BERISTAIN, pubblicato nel suo lavoro postumo, dove reclama in maniera espressa⁵⁴:

- l'abolizione dello spirito ed del potere punitivo e vendicativo, che imperano e permeano da secoli il Diritto penale e la giustizia penale, e
- la sua sostituzione con il «paradigma riparatore e riconciliatore», attraverso un «*Sistema penale vittimocentrico*» (*Justicia victimal*) che, all'opposto del Diritto penale tradizionale, innovi ed applichi sanzioni protettive, riparatrici e nobilitatrici delle vittime.

Per ricapitolare, ci sono due piani principali nei quali il contenuto specifico del principio di umanità deve trovare espressione nel Diritto penale contemporaneo:

- Da un lato, come è tradizionalmente inteso, nell'ambito penale e penitenziario, a partire dal:
 - divieto della tortura e di ogni pena e trattamento inumano o degradante con i suoi relativi corollari:
 - criminalizzazione della tortura;
 - divieto di sanzioni puramente distruttive dell'essere umano o dirette solamente a causare sofferenze o umiliazione (come la pena di morte, l'ergastolo e le pene di durata smisurata che finiscono per collocare i condannati in una situazione peggiore di quella dei detenuti a vita); e
 - la tendenza rieducativa della pena, in particolare, se privativa della libertà.
 - Inoltre, e con crescente importanza, in termini di attenzione alle vittime di qualsiasi reato. È tempo che queste escano, di fatto, dall'oblio (e anche dall'emarginazione) che hanno sofferto per tanto tempo e che vedano effettivamente riconosciuto il loro diritto ad un *risarcimento integrale*, che:
 - non deve abbracciare solo l'effettiva restituzione, riparazione ed indennità dei danni e pregiudizi sofferti;
 - ma, garantendo tutti gli altri diritti, deve conceder loro pieno protagonismo nel sistema penale, al tempo stesso promuovendo e favorendo la loro partecipazione sociale.

⁵⁴ A. BERISTAIN, *La religión genera violencia; más genera paz y justicia victimal (Necesidad de Facultades de Teología en las Universidades)*, (pendiente de publicación en el *Libro Homenaje al Profesor Gerardo Landrove Díaz*), 11 s.