

## LA POLITICA CRIMINALE ARGENTINA: ULTIME IMMAGINI DEL NAUFRAGIO?\*

1. Introduzione. – 2. Il quadro generale dell'espansionismo penale. – 2.1. Alcuni modelli esplicativi. – 2.2. Una pausa di riflessione. – 3. L'espansionismo penale nei paesi dell'America Latina. – 4. L'espansionismo penale nella Repubblica Argentina. – 4.1. Le riforme penali in Argentina (2000-2008). – 4.2. Caratteristiche dell'espansionismo penale argentino. – 5. *Save Our Souls* (sos). – 6. Note conclusive.

### 1. Introduzione

*Habent sua fata libelli...* Nel 2004 pubblicavamo una intervista (J. D. Cesano, 2004a) in cui si dava conto delle convulsioni legislative che, in materia penale, si vivevano in Argentina. Il saldo era senza dubbio negativo, tuttavia, nonostante tutto, riuscivamo a conservare ancora un qualche ottimismo (J. D. Cesano, 2008, 136).

Senza dubbio l'ottimismo è svanito molto in fretta: non solo l'espansionismo penale è continuato negli anni seguenti con l'approvazione di numerosi provvedimenti legislativi, ma durante l'attuale legislatura, sull'onda di alcuni episodi delittuosi balzati all'onore delle cronache, è tornato ad alimentarsi un discorso politico populista, esigendo l'approvazione di nuove riforme (per esempio: la diminuzione della soglia d'imputabilità) e una maggiore fermezza nell'applicazione della legge da parte dei giudici<sup>1</sup>. L'appello alla maggiore fermezza venne addirittura dal presidente della Repubblica Argentina, il quale affermò che «la polizia arresta, arresta e la giustizia libera, libera»; e fu ripreso in seguito dal marito Néstor Kirchner, leader del partito politico attualmente al governo, il quale affermò: «abbiamo bisogno di una giustizia democratica ma ferma nell'applicare la legge (...) per quanto possa impegnarsi la polizia, se la giustizia libera non si può vincere la battaglia contro l'insicurezza», è necessario, concludeva l'ex presidente, che la giustizia «*se ponga los pantalones largos*»<sup>2</sup>.

\* Traduzione dal castigliano di Giuseppe Campesi.

<sup>1</sup> Ciò non significa disconoscere che alcuni funzionari di entrambe le gestioni, come il *Subsecretario de Política Criminal*, Alejandro Slokar, stavano sviluppando un progetto preliminare di riforma integrale del c.p. della Repubblica Argentina di eccellente fattura. Tuttavia i lineamenti di politica criminale di questa amministrazione non possono essere valutati a partire da tale progetto preliminare, poiché come sottolinea giustamente Jorge De la Rúa, tale documento «fu un fuoco di sbarramento (...) usato per moderare le onde della legislazione dettata dal clamore della guerra di Blumberg e dei suoi legislatori/soldati che agilmente sanzionavano una riforma dopo l'altra» (2008, 199).

<sup>2</sup> Espressione idiomatica utilizzata per significare la necessità che qualcuno assuma un atteggiamento più autorevole [N.d.T.].

Ascoltando queste dichiarazioni abbiamo deciso di riprendere la vecchia linea investigativa. Senza dubbio il nostro ragionamento, anche quando implica una forte critica, conserva un'attitudine costruttiva: prima che si produca un autentico naufragio della nostra politica criminale, intendiamo invitare coloro che hanno la responsabilità del suo disegno (il Congresso e, dato il nostro forte presidenzialismo, il Governo per mezzo delle sue iniziative legislative) a calzare *los pantalones largos*, per parafrasare il nostro ex presidente, evitando il rovesciamento cui ci esporrebbe l'inferno punitivo. In breve, e continuando con la metafora, si tratta di lanciare un disperato SOS onde evitare un caos maggiore.

A tal fine divideremo il nostro lavoro in quattro parti: cominceremo con l'illustrare alcuni tratti caratteristici dell'espansionismo penale, in quanto fenomeno di portata internazionale; in seguito inquadreremo la nostra politica criminale all'interno delle tendenze che caratterizzano le legislazioni penali dell'America Latina; in terzo luogo descriveremo nello specifico la produzione normativa in Argentina a partire dall'anno 2000 sino ai giorni nostri, tentando di schematizzare tanto le cause locali del fenomeno, quanto i suoi rapporti con le tendenze generali; infine segnaleremo alcuni strumenti che, dalla nostra prospettiva, possono essere utili per cominciare a invertire l'attuale congiuntura.

Non si creda tuttavia che siamo ingenui difensori di una prospettiva abolizionista, da opporre alle tendenze espansionistiche: né l'uno, né l'altro. Il diritto penale costituisce uno strumento di controllo sociale indispensabile. In questo senso la modernizzazione degli strumenti giuridici resta un imperativo, anche se a riguardo è necessaria molta prudenza. Parafrasando Miguel Abel Souto, nella sua premessa al notevole studio di Gabriel Garcia Orsi (M. A. Souto, 2007, 1), dobbiamo navigare tra i timori di essere risucchiati dai vortici della Cariddi del liberare il diritto dalle esigenze della società contemporanea allontanandolo dalla realtà e il panico di essere divorati dalla Scilla dell'espansione del diritto penale, vale a dire: l'exasperazione del principio preventivo, la considerazione del diritto penale come prima e unica *ratio*, la creazione di nuovi beni giuridici in chiave simbolica, la flessibilizzazione delle regole relative all'imputabilità e delle classiche garanzie penali.

## **2. Il quadro generale dell'espansionismo penale**

### **2.1. Alcuni modelli esplicativi**

L'espansione smisurata e costante cui, a partire dagli anni Novanta del secolo passato, si assiste nel campo della legislazione penale costituisce una caratteristica tipica della società contemporanea (J. M. Silva Sánchez, 1999,

17-8). Si tratta di un fenomeno globale dal quale l'Argentina non è rimasta esclusa (J. D. Cesano, 2005, 202-6). La diagnosi della situazione è stata effettuata da diverse prospettive teoriche<sup>3</sup>, che cercheremo adesso di sintetizzare. Ci sia tuttavia concesso di effettuare prima due precisazioni: in primo luogo, le elaborazioni cui faremo riferimento sono state sviluppate in altri contesti (Europa e Stati Uniti), il loro valore deve dunque essere ponderato e considerato strumentale, nel senso che attraverso queste teorie è possibile solo ottenere alcune spiegazioni preliminari del fenomeno espansionista in materia penale; in secondo luogo, i fattori esplicativi adottati da tali teorie non sempre agiscono limpidamente sul processo legislativo, nel senso che l'espansione penale risponde sovente a più di un fattore manifestandosi come risultato dell'incrocio di distinte variabili (M. Cancio Meliá, 2000, 125).

Una prima prospettiva teorica si è forgiata con lo sviluppo e il consolidamento di ciò che è stato denominato "diritto penale simbolico". In questo senso Hassemer ha segnalato che l'espansione delle sfere d'intervento del sistema penale, per mezzo della criminalizzazione di nuove situazioni problematiche create dallo sviluppo tecnologico (si pensi all'industria nucleare o genetica), o anche semplicemente esposte a una rinnovata sensibilità pubblica (si pensi alla materia ambientale, o alla disciplina sulla produzione e distribuzione di prodotti) (J. L. Díez Ripollés, 2006, 203), aveva come conseguenza una parallela riduzione del ruolo giocato dal suo nucleo originario.

Il diritto penale cessa di essere uno strumento di reazione contro le gravi lesioni della libertà e si trasforma nello strumento di una più vasta politica di sicurezza. Con ciò esso perde la sua posizione specifica nel quadro dell'ordinamento giuridico e si avvicina alle funzioni svolte dal diritto civile e amministrativo (Hassemer, 1999, 25).

Nelle sue nuove sfere d'intervento il diritto penale (ambiente, economia ecc.) soffre tuttavia di un cronico deficit di implementazione (che si evidenzia ad esempio in un numero oscuro molto alto, nell'incapacità di giungere per mezzo del sistema penale alla sanzione di coloro che posseggono maggiori responsabilità nell'assunzione di decisioni delittuose ecc.); deficit che dimostra fino a che punto il diritto penale viene utilizzato in settori che non sarebbero

<sup>3</sup> Gabriel Bombini (2008, 52), nel suo notevole contributo, segnala giustamente che i modelli esplicativi che andremo a descrivere (forse con l'unica eccezione di Garland) si limitano ad effettuare una caratterizzazione delle principali manifestazioni di tale fenomeno espansivo, senza alcuna pretesa teorica. Questo significa che non è possibile rintracciare, attualmente, concettualizzazioni sociologiche o criminologiche più ricche, come di fatto succede con le analisi della cosiddetta "criminologia attuariale", su cui cfr. Emilio Santoro (2004a, 120; 2004b, 187).

di sua competenza, riducendolo a una funzione puramente simbolica. Per queste ragioni si è giustamente rilevato che:

Il miscuglio esplosivo di grandi “necessità di implementazione”, nella fede quasi cieca nell’efficacia degli strumenti giuridico-penali, e i deficit enormi che questi stessi strumenti presentano una volta applicati alla realtà, possono fare sorgere il pericolo che il diritto penale viva della illusione di risolvere realmente i suoi problemi, il che nel breve può anche essere gratificante, ma nel lungo periodo è distruttivo (*ivi*, 27).

In questa maniera la funzione del diritto penale si trasforma in pura retorica. Vale a dire: si tratta di norme che, molto spesso, non hanno un’effettiva incidenza nella reale tutela del bene giuridico che dovrebbero proteggere (semplicemente perché sono largamente disapplicate), e che, tuttavia, giocano un ruolo simbolico rilevante nella mente dei politici e degli elettori. Nei primi producono la sensazione di aver “fatto qualcosa”, nei secondi la sensazione di avere il problema sotto controllo (J. M. Silva Sánchez, 1992, 305). Detto per mezzo dell’efficace espressione utilizzata da Luciano Vandelli: siamo di fronte a una “legislazione placebo” (2007, 75).

In parallelo con la prospettiva precedente, la letteratura criminologica ha cominciato a legare questo fenomeno espansivo con l’emergere di un discorso dell’emergenza. In effetti, originariamente (anche se in seguito le ragioni si sono diversificate) a causa dell’esplosione in Europa della violenza politica e del terrorismo, gli Stati hanno fatto sempre più insistentemente ricorso a una legislazione e a una pratica punitiva che sono state definite come “cultura della emergenza” o “eccezionalismo penale” (I. Rivera Beiras, 2005, 243).

Tale logica dell’emergenza comporta l’alterazione delle tre strutture fondamentali del sistema penale: il delitto, il processo e la pena (G. Bombini, 2008, 45). La costruzione di nuove fattispecie delittuose tende a essere effettuata in violazione di principi che parevano ormai consolidati, come nel caso del principio di offensività, di materialità e personalità della responsabilità penale. Assumendo come caso la legislazione penale italiana (specialmente nel decennio dal 1975 al 1985) è possibile osservare un’accentuata anticipazione della tutela penale. Di fatto è frequente la criminalizzazione degli atti preparatori (ad esempio nel caso delle fattispecie di attentato), così come un indebolimento del principio di materialità, come nel caso dell’art. 270 *bis*, comma 2, del c.p. che sanziona la semplice partecipazione ad associazioni con finalità di stampo terroristico. In quest’ultimo caso si tratta di una fattispecie che per essere realizzata non richiede il compimento di alcun comportamento funzionale al raggiungimento delle finalità delittuose dell’organizzazione (S. Moccia, 2003, 267; F. Mantovani, 2007, LIV). O ancora si pensi al caso del comma 4 dell’art. 280 del c.p., che sanziona con pena

fissa (trent'anni di reclusione) la circostanza in cui a causa dell'attentato con finalità terroristiche si produca, come conseguenza non voluta, la morte della persona offesa, dispositivo che appare una proiezione del principio del *versari in re illicita*.

Sotto il profilo processuale la nota più caratteristica dei modelli legislativi sviluppati all'ombra di tale cultura emergenziale è rappresentata dalle discipline premiali previste per i delatori, o collaboratori di giustizia (I. Rivera Beiras, 2005, 245). Mentre sotto il profilo della disciplina penitenziaria l'irruzione dell'emergenza ha prodotto alcune conseguenze di rilievo: creazione di carceri di massima sicurezza; ambiguità nell'utilizzazione dei cosiddetti benefici penitenziari (permessi, libertà condizionale ecc.), da cui sono state escluse determinate categorie di detenuti, mentre si offriva il ritorno al regime comune ai collaboratori di giustizia; politica della dispersione e del continuo trasferimento dei detenuti; sofisticati sistemi di isolamento carcerario (*ivi*, 250-1).

Alcune delle teorie esplicative messe in campo per dare conto del fenomeno dell'espansionismo penale hanno una stretta relazione con il filone di studi sulla *Risiko Gesellschaft*, derivato dalla nota teoria del sociologo tedesco Ulrich Beck (1986), tanto che si è cominciato a parlare di *diritto penale del rischio* (G. Bombini, 2008, 46; G. Aller, 2008, 69). Quest'ultimo è senza dubbio un *diritto penale espansivo* e lo è in almeno tre sensi particolari: in primo luogo perché estende continuamente la sfera dei beni giuridici meritevoli di tutela penale; in secondo luogo perché indebolisce la barriera tra comportamento immune e punibile; infine perché riduce progressivamente i requisiti necessari all'imputabilità (C. Prittwitz, 2004, 150-1).

Senza dubbio, se pretendessimo estendere le teorie precedenti con queste ultime considerazioni avremmo apportato un minimo contributo alla comprensione del fenomeno dell'espansionismo penale, questo perché tutte le note distintive appena indicate sono già segnalate dalle teorie sul *diritto penale simbolico* o sulla *cultura dell'emergenza*. Nonostante ciò Prittwitz (*ivi*, 151) individua una caratteristica particolare della categoria del *diritto penale del rischio*:

Questo diritto penale del rischio si caratterizza, inoltre, perché il comportamento tipificato non è considerato previamente come socialmente inadeguato; al contrario, si criminalizza perché sia considerato come socialmente riprovevole. (...) La motivazione etica di questa nuova criminalizzazione raramente è legata alla violenza del comportamento (normalmente già criminalizzato), ma si tratta di comportamenti le cui conseguenze trascendono la criminalità violenta classica e che, analizzati superficialmente, risultano inoffensivi. Tali comportamenti non contravvengono generalmente all'etica comune, che impregna la morale sociale e orienta il comportamento

quotidiano, ma, al contrario, contravvengono ad una morale molto meno rilevante per la valutazione delle condotte.

Il fenomeno espansivo è stato da ultimo associato con il cosiddetto *diritto penale del nemico*, espressione la cui utilizzazione assume nella concezione di Jakobs il significato opposto di *diritto penale del cittadino* (G. Jakobs, 2003, 55-6). Secondo il giurista tedesco<sup>4</sup> chiunque non offre una sicurezza cognitiva circa il suo comportamento futuro non solo non deve essere trattato come persona, ma deve essere esplicitamente trattato dallo Stato come *nemico* in modo da neutralizzare le potenziali minacce al diritto alla sicurezza dei consociati che da questi potrebbero derivare (*ivi*, 47). Le peculiarità di questo *diritto penale del nemico* potrebbero essere sintetizzate nella maniera seguente:

a) l'estensione della punibilità a fatti non solo passati ma che potrebbero prodursi anche nel futuro; b) la mancanza di una riduzione della pena proporzionale all'estensione della sfera della punibilità; c) il passaggio da una legislazione penale ad una legislazione "di lotta" per combattere la delinquenza economica, terroristica, organizzata ecc.; d) la soppressione o l'indebolimento delle garanzie processuali (G. Bombini, 2008, 48-9).

Infine David Garland (2007, 216-7) ha tentato di spiegare tale tendenza espansionistica (che egli definisce *strategia della segregazione punitiva*), che secondo la sua prospettiva domina l'attuale modello di controllo del crimine, sulla base di due caratteristiche fondamentali: i suoi tratti *populisti* e il suo sviluppo a partire da una relazione del tutto nuova con le vittime di reato. Con riferimento al primo aspetto si segnala come le politiche criminali tendono ormai a privilegiare l'opinione pubblica e il cosiddetto "senso comune" a discapito dell'opinione degli esperti del sistema penale e delle élite di professionisti. Questi ultimi, che sino a poco tempo addietro giocavano un

<sup>4</sup> Secondo Luigi Cornacchia (2007, 48-9) è *sanamente machiavellico* lo sforzo per «assumere il diritto penale del nemico nel quadro esplicativo e di confrontarsi per mezzo dello stesso con il tema delle condizioni della giuridicità. Non si tratta evidentemente di offrire una legittimazione, ma di evidenziare semplicemente sul piano scientifico le sue caratteristiche. Questo è il merito più significativo della tesi di Günther Jakobs, che esattamente per questo appare prossima alla tradizione delle grandi concezioni "realistiche", una teoria descrittiva, non prescrittiva, che ha la funzione di tentare una ricostruzione del medesimo fenomeno in seno allo Stato di Diritto, come una manifestazione più che come una "infezione", indicando le garanzie insuperabili entro le quali contenerla per evitare che comprometta la stessa tenuta del *Rechtsstaat*. In questa prospettiva si colloca la frequente denuncia dei camuffamenti del diritto penale del nemico sotto le spoglie del diritto penale del cittadino». Da un'altra prospettiva Eugenio Raúl Zaffaroni sostiene che il preteso carattere descrittivo non è esente da elementi legittimatori (2006, 174).

ruolo da protagonisti nel disegno delle politiche criminali, avrebbero progressivamente perso la loro influenza. Con riferimento al secondo aspetto, Garland rileva che:

Gli interessi e i sentimenti delle vittime – vale a dire: la vittima e i loro familiari, le vittime potenziali, l'immagine proiettata della "vittima" – sono invocati continuamente per giustificare mezzi di segregazione punitiva. I politici statunitensi annunciano nuove leggi sul *mandatory sentencing* accompagnati dai familiari delle vittime della delinquenza. Le vittime della criminalità sono presentate come oratori nella conferenza dei partiti politici britannici (*ivi*, 217).

## 2.2. Una pausa di riflessione

La sintesi realizzata ci permette di riflettere su alcune circostanze rilevanti.

In primo luogo, le diverse spiegazioni del fenomeno dell'espansionismo penale illustrate, al di là della loro differente denominazione, tendono a coincidere nel diagnosticare i fattori che hanno alimentato quest'anarchica espansione. Così, tanto i discorsi dell'emergenza che pretendono di legittimare le riforme, quanto la teorizzazione di Jakobs sono emersi nel quadro di una recrudescenza della criminalità di stampo terroristico. Tutto ciò che emerge in Europa come risposta al terrorismo della decade degli anni Settanta del secolo XX (la cosiddetta "legislazione dell'emergenza") incontra una certa continuità, seppur con altra denominazione, nelle legislazioni varate a seguito dell'attentato dell'11 settembre 2001 (che ora si tendono a inquadrare sotto l'etichetta di "diritto penale del nemico")<sup>5</sup>. D'altra parte, molte delle manifestazioni del cosiddetto *diritto penale del rischio* costituiscono tipici esempi di

<sup>5</sup> Il cambio di veste può essere avvertito con la lettura del seguente passaggio di Jakobs (2003, 41-2): «a coloro cui tutto continua ad apparire oscuro si può offrire un chiarimento mediante un riferimento ai fatti dell'11 settembre 2001. Ciò che si presuppone rispetto al delinquente ordinario, vale a dire non trattarlo come un individuo pericoloso, bensì come persona che agisce sbagliando, già è più difficile (...) nel caso dell'autore per tendenza o coinvolto in una organizzazione (...) terroristica, denominata così poiché rifiuta per principio la legittimità dell'ordinamento giuridico e ne persegue la distruzione. Certamente non può essere messo in dubbio che anche un terrorista che assassina e compie altre imprese simili può essere rappresentato come un delinquente che deve essere punito da qualunque Stato che dichiari i suoi comportamenti delittuosi. I delitti sono pur sempre delitti, anche se vengono commessi con intenzioni radicali e su grande scala. Però bisogna domandarsi se la qualifica ristretta di delitto non imponga allo Stato dei limiti – precisamente la necessità di rappresentare l'autore come persona – che di fronte a un terrorista, il quale non assicura l'aspettativa di una condotta ordinaria, risultino sensibilmente inadeguati. Detto in altro modo: chiunque include il nemico nel concetto di delinquente cittadino non si deve stupire se i concetti di guerra e processo penale tendono a mescolarsi. Di nuovo, formulato diversamente: chi non vuole privare il diritto penale del cittadino delle sue qualità legate al modello di Stato di Diritto (...) dovrebbe chiamare in altra maniera ciò che *si deve* fare nei confronti dei terroristi se non si desidera soccombere, vale a dire, lo dovrebbe chiamare diritto penale del nemico».



un *diritto penale simbolico*. Detto in altre parole: le diverse teorizzazioni, se valorizzate con un'accorta combinazione e da un'attenta comparazione, permettono di apprezzare una certa comunanza nei fattori esplicativi adottati, nonostante le differenze nominali.

In secondo luogo, la legislazione eccezionale – senza rinnegare la sua matrice di strumento di lotta al terrorismo – ha alimentato le ragioni della sua persistenza estendendosi ad altri settori e altre forme di criminalità. In questo senso: «l'aureola di *feticcio dell'efficacia* politica, giudiziaria, penitenziaria si è convertita in un nuovo discorso legittimante, per mezzo dell'espansione dell'emergenza a sempre nuovi ambiti» (I. Rivera Beiras, 2005, 249).

In terzo luogo, l'espansione del diritto penale si manifesta in varie dimensioni. Non si tratta semplicemente di nuove criminalizzazioni che si limitano a tutelare (in molti casi senza alcuna efficacia pratica, come accennato) nuovi beni giuridici, ma anche dell'indurimento repressivo rispetto a figure criminose convenzionali. Mentre, da un'altra prospettiva, si verifica una flessibilizzazione del diritto processuale penale. Si segnala, in particolare, uno *snaturamento bellico del processo penale accompagnato da un'estensione dei mezzi investigativi straordinari* (J. I. Cafferata Nores, 1997, 10), con proliferazione di agenti coperti, pentiti, testimoni con identità protetta, estensione del carcere preventivo ecc. Alla stessa stregua il sistema penitenziario è stato investito da un complesso di regole che limitano l'accesso ai benefici in relazione alla categoria d'autore cui il detenuto appartiene. Nel complesso l'espansione è sia *quantitativa* (aumento di pene, creazione di nuove figure delittuose) che *qualitativa*, nel senso che si flessibilizza il processo penale (con gli alti costi che questo comporta per i diritti individuali), la struttura del delitto viene alleggerita di alcuni presupposti per la punibilità, o si arretra la soglia di punibilità sino ai limiti del tollerabile, le regole di esecuzione vengono calibrate a seconda delle tipologie di autore in funzione di esigenze securitarie che non hanno nulla a che vedere con l'individualizzazione del trattamento.

In quarto luogo, è facile riconoscere la forte connessione esistente tra il cosiddetto *diritto penale simbolico* e l'utilizzazione politica della vittima che ha descritto David Garland. Quest'ultima ha assunto una funzione simbolica tale da essere diventata un elemento centrale nella discussione e nel disegno delle politiche criminali.

Infine, tutte le manifestazioni di tale espansionismo penale rappresentano un allontanamento significativo dal modello di diritto penale liberale classico. Da un lato, il *diritto penale del rischio* viola il principio di stretta necessità, nel senso che il ricorso alla sanzione penale dovrebbe essere limitato alla tutela dei diritti fondamentali della persona, tradotti in beni giuridici chiaramente definiti, e non di semplici funzioni. Alla stessa stregua esso viola il principio



di offensività, nella misura in cui l'intervento penale si allontana sempre di più dalla tutela dei beni giuridici, così come succede con le manifestazioni normative tipiche della legislazione d'emergenza (F. Mantovani, 2007, 221). Infine, le ripercussioni di questo fenomeno sul funzionamento del processo penale hanno indebolito la concezione che vorrebbe quest'ultimo come strumento di protezione e garanzia dell'individuo di fronte allo Stato accusatore. Per questo si può dare ragione ad Albrecht quando sostiene che: «il carattere illuminato e liberale della Costituzione è minacciato da questo impiego unilaterale e *amministrativo* del diritto processuale. Una concezione centrata solamente sul principio di efficacia repressiva distrugge qualsiasi barriera costituzionale di fronte all'intervento statale nella sfera delle libertà del cittadino» (2000, 484-5).

### 3. L'espansionismo penale nei paesi dell'America Latina

Come si manifesta tale fenomeno espansivo nei paesi dell'America Latina? Díez Ripollés (2008, 488-521) ha effettuato una delle più lucide ricostruzioni a riguardo. Nei paragrafi seguenti sintetizzeremo gli aspetti principali della sua analisi come passaggio propedeutico all'analisi della situazione dell'Argentina.

Per quello che riguarda il contenuto delle recenti riforme penali, tre sono i nuclei fondamentali che sono stati individuati: l'incorporazione di nuovi oggetti di protezione; l'innovazione dei delitti tradizionali per adattarli alla mutata sensibilità sociale; creazione di sanzioni che tendono verso la trasformazione securitaria del diritto penale.

Come manifestazione del primo nucleo si osserva innanzitutto la tipificazione di figure delittuose che puniscono condotte che ostacolano il libero commercio degli agenti economici nella società industriale. Si tratta generalmente di delitti contro la proprietà intellettuale e industriale, reati di frode in differenti settori economici (finanziario, informatico, assicurazioni ecc.), attività imprenditoriali illegali, corruzione o abuso di potere nelle transazioni internazionali. In secondo luogo la creazione di delitti che mirano a proteggere interessi collettivi minacciati dallo stesso sviluppo del libero mercato. È il caso, per esempio, dei delitti contro i consumatori (con una significativa attività legislativa in paesi come il Brasile e il Perù, dove si prevedono delitti che sanzionano i rischi derivati da prodotti particolarmente elaborati come i medicinali), contro l'ambiente, i delitti finanziari (severamente regolati per mezzo di una legislazione speciale in Venezuela), o tutti quei reati dove la struttura dell'impresa è utilizzata come ambito per la commissione di illeciti con grande pregiudizio sociale (J. D. Cesano, 2000, 252-3). In terzo luogo l'ampliamento delle figure delittuose volto a contrastare penalmente l'evasio-

ne fiscale (Venezuela e Guatemala). La mancanza di efficacia dei delitti diretti a combattere la corruzione amministrativa ha inoltre prodotto il moltiplicarsi di riforme penali tese a introdurre nuovi delitti contro l'amministrazione della giustizia (*cfr.* il caso del Messico), in generale fattispecie tese a punire più severamente la condotta indebita degli operatori giudiziari che turbano le indagini su quel tipo di criminalità. Infine, l'esteso fenomeno del traffico internazionale di persone sta dando luogo a una serie di riforme penali dirette alla sua repressione (*cfr.* i casi di Bolivia, Colombia, Ecuador).

Come manifestazione del secondo nucleo di riforme, le correnti riformatrici hanno avuto un ruolo innanzitutto nella riscrittura dei delitti contro la libertà sessuale (Brasile, Colombia, Cile, Perù e Venezuela), dei delitti chiamati a proteggere le persone vulnerabili come minori, anziani, infermi e portatori di handicap (Brasile, Colombia, Costa Rica), nella repressione della violenza domestica (Colombia e Messico) e della discriminazione legata a ragioni etniche, razziali, di nazionalità o religione (Guatemala). Infine, potrebbero inserirsi nel quadro di questa tendenza anche le recenti riforme legislative intese a rispondere a particolari forme di attentato alla integrità personale come il traffico di organi (Colombia e Perù) o la manipolazione genetica (Brasile, Bolivia, Colombia e Perù).

Infine, sotto la definizione di *trasformazione securitaria del diritto penale* Díez Ripollés (2008, 494) comprende una corrente riformatrice che si caratterizza:

Da un lato per il rafforzamento del controllo penale sui gruppi sociali e sui comportamenti delittuosi più tradizionali, dall'altro per la tendenza a identificare alcuni gruppi più o meno organizzati come oggetto preferenziale del controllo. Questa corrente, in linea di massima, ha un'influenza molto significativa nella trasformazione in corso del sistema di pene.

Esiste, in effetti, un nutrito elenco di comportamenti che s'inquadrano tra le figure delittuose classiche oggetto di un indurimento sanzionatorio. Questo è evidente, per esempio, nei casi di delitti contro la vita e l'integrità personale (in Costa Rica, ad esempio, lesioni che erano considerate contravvenzionali sono state trasformate in delitti), contro la libertà (in Colombia è stata creata la figura della *desaparición forzada*, altrove come in Costa Rica, Ecuador, Perù e Venezuela sono state rafforzate le pene per il sequestro e l'estorsione) e il patrimonio personale (sono state aumentate le pene per le frodi commerciali in Cile, e trasformati in delitti gli atti preparatori della rapina in Uruguay, o ancora sanzionati come delitti lo smontaggio o la vendita di auto rubate in Brasile, Colombia, Venezuela, o infine aumentando le sanzioni previste per l'abigeato in Uruguay e Cile).

Il secondo versante che nutre la trasformazione securitaria del diritto penale è rappresentato dalla normativa dedicata alla delinquenza organizzata. In questa categoria possono essere comprese categorie delittuose eterogenee, tra le quali spiccano il narcotraffico, il terrorismo, il traffico illegale di persone e il riciclaggio di denaro sporco. Secondo l'opinione di Díez Ripollés, le norme che disciplinano tale fenomeno presentano caratteri simili alle norme analoghe varate in Europa: «anche in America Latina si continua a prevedere la sanzione di condotte molto anteriori rispetto all'effettiva lesione del bene giuridico tutelato, lo sfumare della distinzione tra azione e concorso, tra delitto tentato e consumato, l'enorme aumento delle pene e una estesa riduzione delle garanzie penali e processuali» (2008, 497). Una chiara evoluzione in tal senso si registra ad esempio nelle legislazioni penali di Messico, Venezuela e Guatemala.

Nella sfera processuale le riforme si caratterizzano per una forte tendenza all'implementazione del sistema accusatorio (in tal senso le riforme in Guatemala, Costa Rica, Cile, Ecuador, Colombia), modello processuale tra i cui tratti fondamentali si registra il superamento dell'istruzione (tipica dei sistemi processuali misti) per mezzo del sistema delle indagini preliminari condotte dal pubblico ministero (*fiscal*), la presenza di un giudice di garanzia delle indagini preliminari, la vigenza del principio di opportunità e la previsione di procedimenti abbreviati, che facilitano la pratica di una "giustizia negoziata". In parziale controtendenza con le riforme in senso accusatorio si registra, tuttavia, anche una tendenza alla riduzione delle garanzie dell'imputato, per esempio attraverso l'estensione dei termini di carcerazione preventiva e la restrizione della possibilità di liberazione su cauzione (Cile, Colombia, Messico, Perù, Uruguay), o la soppressione diretta di certe garanzie processuali per alcune determinate categorie di delitto (Perù).

L'America Latina, così come l'Africa (V. Stern, 1999, 20), non era rimasta ai margini dell'evoluzione europea, avvenuta soprattutto a partire dagli anni Sessanta del secolo XX, in materia di pene alternative alla detenzione (J. D. Cesano, 2003, 868). Purtroppo con l'inizio del nuovo secolo si è manifestato un chiaro movimento in controtendenza.

La retrocessione può essere esemplificata facendo riferimento a provvedimenti come quelli assunti in Messico nel 1999, che condizionano l'applicazione della pena del lavoro in comunità, il trattamento in libertà e la semilibertà alla collaborazione del detenuto con la giustizia, oltre a limitare la possibilità di accedere alla "libertà preparatoria"; o ancora alle riforme colombiane del 2002, 2004 e 2006 che hanno eliminato i sostitutivi penali rispetto a certi delitti, tra cui quelli commessi contro minori, e che restringono l'accesso alla libertà condizionata; o infine alle riforme cilene che nel 2003 hanno ridotto i casi in cui è possibile accedere alle pene sostitutive non priva-

tive della libertà, eliminato tutti i benefici penitenziari nel caso di ergastolo (*presidio perpetuo calificado*) e ristretto la possibilità di accedere alla sospensione della pena detentiva (J. L. Díez Ripollés, 2008, 502).

In connessione a questa tendenza, così come ad altre manifestazioni che s'inquadrano in questo modello d'indurimento repressivo delle conseguenze giuridiche del delitto, dobbiamo puntualizzare tre aspetti particolari: in primo luogo un orientamento generale all'aumento dei limiti massimi della pena detentiva (Messico, Colombia, Guatemala); in secondo luogo una generalizzata restrizione dei diritti e dei benefici penitenziari sulla base di criteri relativi al tipo di reato o al tipo di autore (Venezuela); infine la creazione, in alcune normative sull'esecuzione penale, di regimi disciplinari differenti in relazione al tipo di autore (*ivi*, 504; C. R. Bitencourt, 2008, 342).

Per quanto riguarda l'analisi degli agenti e dei fattori sociali che hanno stimolato le recenti riforme nella regione, Díez Ripollés (2008, 507-21) individua in primo luogo le attitudini sociali stimulate dal crescente sentimento di insicurezza. Queste richieste d'intervento normalmente non si orientano verso una domanda di riforme legislative, ma piuttosto verso processi di criminalizzazione alla "vecchia maniera": sia aumentando la severità delle pene previste per i delitti comuni (specialmente contro la vita, l'integrità personale, la libertà sessuale, la libertà personale e la proprietà), sia modificando in senso estensivo tali figure convenzionali. In quasi tutti i paesi della regione tali attitudini di fronte al delitto paiono modellate dai mezzi di comunicazione di massa, che riproducono un'immagine distorta tanto rispetto al volume di delinquenza quanto rispetto al livello di impunità. Sulla base dei propri criteri di selezione delle notizie, questi ultimi tendono a dare particolare rilevanza alla criminalità tradizionale, organizzata e alla corruzione, ponendo in primo piano le vittime e i gruppi sociali che si identificano con esse. In relazione a tutto ciò appare logico che le riforme proposte tendano a privilegiare un modello di intervento penale e securitario «che priva quasi totalmente di visibilità approcci diversi alla questione criminale, particolarmente quelli centrati sulle politiche sociali o che fanno appello all'intervento di riforme di carattere non penale. Il diritto penale finisce così per essere visto come il principale strumento d'intervento» (*ivi*, 509).

Molte delle riforme segnalate sono state inoltre stimulate da gruppi di pressione istituzionali. Tra questi si segnalano innanzitutto le forze politiche, attive soprattutto in paesi, come il Brasile, dove vi è una certa abitudine a utilizzare il diritto penale in chiave populista. Negli ultimi anni, infatti, ci si rivolge primariamente al sistema penale per affrontare la questione della violenza urbana e del crimine organizzato da un punto di vista strettamente securitario, «specialmente i responsabili politici territoriali reiterano doman-

de di tolleranza zero, con soppressione di garanzie, per affrontare la violenza urbana; a loro volta i partiti di sinistra, assumendo il modello securitario della destra, pretendono di affrontare l'ingiustizia sociale e l'inefficacia amministrativa con metodi puramente punitivi» (*ivi*, 511).

Un altro gruppo di pressione significativo è rappresentato inoltre dall'insieme degli organismi internazionali e delle potenze straniere la cui influenza è particolarmente sentita nella regione (gli Stati Uniti in particolare), ai cui stimoli, se non alla cui *diretta pressione*, rispondono alcune riforme in materia penale. A titolo di esempio si potrebbero menzionare i provvedimenti in materia di proprietà industriale e intellettuale adottati in alcuni paesi della regione anche a discapito dei loro stessi interessi socio-economici.

Tra i gruppi di pressione non istituzionali si segnala in particolare il movimento di opinione che si raccoglie attorno alle vittime di reato. Questo, sistematicamente appoggiato dai mezzi di comunicazione e da gruppi politici opportunisti, è stato la fonte di numerose riforme caratterizzate da una forte impronta punitiva. Per esempio in Costa Rica, a partire da una mobilitazione innescata dai casi del sequestro e dell'omicidio dei piccoli Katia e Osvaldo, è stata varata una riforma di iniziativa popolare tesa a creare uno schedario per coloro che si macchiano di crimini contro i minori e ad aggravare significativamente le pene previste per questo tipo di reati (*ivi*, 515).

Infine, per quello che riguarda l'iter procedurale seguito da tali riforme, Díez Ripollés segnala che generalmente esse nascono all'esito di iniziative governative, specialmente in quei paesi caratterizzati da una struttura costituzionale fortemente presidenzialistica (fenomeno molto diffuso in America Latina, con l'eccezione del Costa Rica dove prevalgono le iniziative parlamentari). Apparentemente uno dei meccanismi di democrazia diretta, qual è quello delle proposte di legge d'iniziativa popolare, non sembra avere molta rilevanza in materia di legislazione penale. In alcuni paesi come l'Argentina, ad esempio, esiste un divieto costituzionale specifico in questa materia. Più in generale, un tratto caratteristico degli iter legislativi seguiti dai provvedimenti in materia penale è quello della mancanza di una seria ponderazione del provvedimento sulla base delle risultanze empiriche in materia (*ivi*, 516-21).

#### **4. L'espansionismo penale nella Repubblica Argentina**

##### **4.1. Le riforme penali in Argentina (2000-2008)**

Sin dal principio del XXI secolo la politica criminale argentina si è conformata alla descritta tendenza generale verso una espansione penale che ha caratterizzato la regione. Per dimostrare la validità empirica di una simile afferma-

zione è sufficiente illustrare sinteticamente tutti i provvedimenti di riforma adottati dall'anno 2000 sino ai giorni nostri.

1. La legge 25246 (10/5/2000) sul riciclaggio dei proventi di origine delittuosa, ha modificato l'art. 277 del c.p. della Repubblica Argentina aggravando le pene per l'occultamento e il riciclaggio di denaro.

2. La legge 25297 (22/9/2000) ha introdotto una riforma della parte generale del c.p., stabilendo un'aggravante generica (art. 41 *bis* c.p., della Repubblica Argentina) che si applica a tutti i delitti commessi con uso delle armi da fuoco (salvo che il delitto in questione non preveda il fatto come circostanza qualificante).

3. La legge 25326 (2/11/2000), destinata alla protezione dei dati personali (collegata all'art. 43, comma 3 della Constitución Nacional Argentina, che stabilisce l'*habeas data*), ha introdotto una serie di nuove figure all'interno del c.p.: *a*) in primo luogo l'art. 117 *bis* del c.p. della Repubblica Argentina nel cui comma 1 era previsto (prima della deroga apportata dalla legge 26388) una sorta di reato di falso ideologico distinguibile dalla figura generale prevista dall'art. 293 del c.p. della Repubblica Argentina solo per il suo limitato oggetto di protezione; *b*) in secondo luogo l'articolo 157 *bis* che sanziona gli accessi illegittimi a una banca di dati sensibili e la diffusione illegittima delle informazioni in esse registrate.

4. La legge 25506 (14/12/2001), relativa al regime legale della firma digitale, ha introdotto l'art. 78 *bis* al c.p. della Repubblica Argentina ampliando la sfera semantica dei concetti di sottoscrizione, firma e documento ai testi digitali (anche questo testo è stato in parte derogato dalla legge 26388).

5. La legge 25528 (9/1/2002) ha aggiunto due commi all'art. 206 del c.p. della Repubblica Argentina. Il comma 2 aggrava la fattispecie generale prevista per il reato di diffusione di epizootie o epidemie in relazione al mezzo specifico utilizzato per la commissione del reato, qualora questo venga commesso macellando un animale che, per tutte le circostanze, si sarebbe dovuto ritenere di provenienza illecita. Il comma 3 a sua volta prevede ulteriori aggravati di pena quando l'autore è consapevole (dolo diretto) dell'origine illecita, o ancora quando l'autore fa del reato un'attività abituale.

6. La legge 25601 (11/6/2002) ha creato una nuova figura di omicidio qualificato in ragione della qualità della vittima (pubblico ufficiale appartenente alle forze di sicurezza, di polizia o di polizia penitenziaria).

7. La legge 25602 (20/6/2002), da un lato, ha abrogato il reato di *subversión económica*, dall'altro, ha inserito una nuova fattispecie di reato tra i delitti contro la proprietà il cui testo sanziona la condotta di chi «*maliciosamente afectar el normal desenvolvimiento de un establecimiento o explotación comercial, industrial, agropecuaria, minera o destinado a la prestación de*



*servicios; destruir, dañar, hacer desaparecer, ocultar o fraudulentamente disminuir el valor de las materias primas, productos de cualquier naturaleza, máquinas, equipos u otros bienes de capital».*

8. La legge 25742 (20/6/2003) ha introdotto numerose riforme: da un lato ha ampliato la figura della confisca (art. 23 del c.p. della Repubblica Argentina) includendo nuovi commi grazie ai quali è stata aumentata la lista dei beni suscettibili di essere oggetto di questa pena accessoria. Alla stessa stregua è stata introdotta nella parte generale del c.p. la figura del “pentito” (art. 41 *ter* del c.p. della Repubblica Argentina) nei casi di delitto di sequestro di persona e sequestro a scopo di estorsione, prevedendo significative attenuazioni di pena. Nella parte speciale del c.p. sono state inoltre previste una serie di aggravanti per i reati di sequestro e sequestro a scopo d’estorsione (artt. 142 *bis* e 170 del c.p. della Repubblica Argentina).

9. La legge 25761 (11/8/2003) ha stabilito un regime legale specifico per lo smontaggio e la vendita di parti di autoveicoli, prevedendo una pena sino ai tre mesi di detenzione per chiunque violi le sue disposizioni.

10. La legge 25765 (11/8/2003) ha creato sotto la giurisdizione dell’allora Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos un fondo permanente destinato a compensare quelle persone che, pur non avendo partecipato o favorito la commissione di un illecito, apportino informazioni utili alla liberazione della vittima o all’arresto di quanti sono accusati del reato di sequestro di persona e sequestro a scopo di estorsione.

11. La legge 25764 (13/8/2003) ha creato il programma nazionale di protezione dei testimoni e degli imputati destinato a preservare l’incolumità di quanti hanno collaborato in maniera efficace a un’inchiesta giudiziaria di livello federale relativa ai delitti previsti dagli artt. 142 *bis* e 170 del c.p. della Repubblica Argentina, nonché quelli stabiliti dalle leggi 23737 e 25241.

12. La legge 25767 (1/9/2003) ha introdotto un’aggravante generica all’art. 41 *quater* del c.p. della Repubblica Argentina relativa ai maggiorenni che abbiano partecipato a delitti in cui siano intervenuti come coautori anche minori di 18 anni d’età.

13. La legge 25816 (9/12/2003) ha introdotto due modificazioni alla parte speciale del c.p.: in primo luogo ha creato una nuova fattispecie di omicidio qualificato (art. 80, comma 9, c.p. della Repubblica Argentina) dalle caratteristiche del soggetto attivo del reato («*cuando fuere integrante de las fuerzas de seguridad, policiales o del servicio penitenciario*»); in secondo luogo ha previsto una aggravante per i delitti di furto o rapina qualora i reati siano commessi da appartenenti alle medesime forze di sicurezza (artt. 163 *bis* e 167 *bis* del c.p. della Repubblica Argentina).

14. La legge 25825 (11/12/2003) ha modificato la figura della corruzione, creando una sorta di corruzione internazionale, ampliando le categorie di



soggetto che possono esserne autori o vittime sino a ricomprendere anche i funzionari pubblici di altri paesi o i membri di organismi internazionali.

15. La legge 25874 (22/1/2004) ha modificato l'art. 15 della legge 24769 stabilendo una nuova scala di pene per i delitti fiscali commessi da associazioni criminali.

16. La legge 25882 (26/4/2004) ha modificato il delitto di rapina a mano armata. Questo, pur mantenendo l'antica progressione di pena prevista per le varie aggravanti, ha subito un ampliamento dei margini di pena applicabili in relazione ai differenti tipi di arma impiegati.

17. La legge 25886 (5/5/2004) ha modificato l'art. 189 *bis* del c.p. della Repubblica Argentina, aumentando le pene previste per il porto illegale di armi da fuoco (salvo che per la detenzione di armi da guerra, per cui la pena minima è stata ridotta a due anni di reclusione). Inoltre, ricorrendo ai criteri tipici di un diritto penale dell'autore, si è previsto un aumento di pena allorché il soggetto attivo abbia già precedenti penali o abbia già trascorso un periodo di detenzione.

18. La legge 25890 (21/5/2004) ha riformato le norme destinate alla repressione dell'abigeato e delle altre attività connesse in risposta alle preoccupazioni suscitate da una supposta ondata di furti rurali.

19. La legge 25891 (24/5/2004) ha creato una serie di figure delittuose relative alla sfera delle telecomunicazioni (alterazione di numeri telefonici o dei numeri di serie degli apparecchi telefonici), stabilendo pene che vanno da un mese a sei anni di reclusione.

20. La legge 25892 (25/5/2004) ha modificato il regime della libertà condizionata elevando il tempo di carcerazione pregressa necessario per accedere al beneficio nei casi di condanne all'ergastolo (35 anni) ed eliminando la possibilità di accedervi per tutti gli autori dei reati previsti dagli artt. 80, commi 7, 124, 142 *bis* penultimo paragrafo e 165 e 170 penultimo paragrafo del c.p. della Repubblica Argentina.

21. La legge 25893 (26/5/2004) ha aggravato la pena per gli autori dei delitti previsti dagli artt. 119 e 120 del c.p. della Repubblica Argentina nel caso in cui sopravvenga la morte della persona offesa.

22. La legge 25928 (10/9/2004) ha modificato l'art. 55 del c.p. della Repubblica Argentina, aggravando i massimi di pena previsti nel caso di concorso di reati sanzionati con il medesimo tipo di pena.

23. La legge 25930 (21/9/2004) ha criminalizzato una nuova forma di frode incorporando un inciso nell'art. 173 ed emendando l'art. 285 del c.p. della Repubblica Argentina.

24. La legge 25948 (12/11/2004) ha modificato la legge 24660 escludendo dalla possibilità di accedere al periodo di prova o alle alternative alla pena detentiva (detenzione domiciliare, semidetenzione e lavori a favore della comu-

nità) tutti i condannati per gli stessi delitti che, in virtù della già menzionata legge 25892, impediscono l'accesso alla libertà condizionata.

25. La legge 25990 (11/1/2005) ha sanzionato a livello legislativo l'indicazione giurisprudenziale in favore dell'interruzione dei termini di prescrizione, stabilendo che abbiano effetto solo gli atti compiuti durante il giudizio propriamente detto.

26. La legge 26268 (5/7/2007) ha introdotto un nuovo Capitolo (il VI 9) al Titolo VIII del Libro II del c.p. della Repubblica Argentina, tipificando una serie di fattispecie relative all'associazione illecita con finalità di terrorismo e al finanziamento delle attività terroristiche.

27. La legge 26362 (16/4/2008) ha sostituito la denominazione del Capitolo II del Titolo VII del Libro II del c.p. della Repubblica Argentina, regolando nuovamente i reati contro la sicurezza dei trasporti e dei mezzi di trasporto e di comunicazione e incorporando la figura della guida pericolosa (art. 193 *bis*).

28. La legge 26364 (30/4/2008) ha previsto una serie di strumenti volti a sanzionare e prevenire il traffico di esseri umani, includendo due nuovi reati nel c.p. della Repubblica Argentina: l'art. 145 *bis* che punisce chiunque con finalità di sfruttamento riceve, trasporta, trasferisce nel paese o dal/verso l'estero, o accoglie persone di maggiore età, allorché l'atto sia compiuto mediante l'inganno, la frode, la violenza o la minaccia o qualunque altro mezzo di intimidazione o coercizione, abuso di autorità o di una situazione di vulnerabilità, ovvero concessione o ricezione di compensi o altri benefici per ottenere il consenso della persona che abbia autorità sulla vittima; l'art. 145 *ter* che sanziona le medesime condotte con una pena superiore quando la vittima è un minore di 18 anni d'età.

29. La legge 26388 (25/6/2008) ha introdotto alcuni nuovi reati, emendandone altri già esistenti, relativi alla criminalità informatica.

30. Infine la legge 26394 (29/8/2008) ha abrogato il *Código de Justicia Militar* introducendo, tra le altre cose, alcune nuove figure delittuose nel c.p. della Repubblica Argentina.

#### 4.2. Caratteristiche dell'espansionismo penale argentino

In precedenti ricerche (J. D. Cesano, 2004a; 2004b) avevamo già analizzato le caratteristiche dell'espansionismo penale argentino. Se, anche alla luce di quanto esposto in questo lavoro, volessimo provare a tracciare i suoi tratti distintivi, potremmo sostenere che lo sviluppo dell'inflazione penale in Argentina, dal principio del XXI secolo, non differisce dalla situazione descritta per il resto della regione.

Delle trenta riforme elencate nel paragrafo precedente, la maggior parte

risponde a innovazioni legislative con una forte impronta securitaria. Con l'eccezione forse delle leggi 25326, 25506 e 26388 che hanno apportato modifiche nel catalogo dei beni giuridici protetti (criminalità informatica o relativa al trattamento elettronico dei dati personali, e traffico di esseri umani), il resto dei testi legislativi prevedono un aumento delle pene previste, l'estensione dell'ambito di applicazione di figure delittuose già esistenti o la creazione di fattispecie specificamente dirette alla repressione della criminalità organizzata.

Dal punto di vista processuale si manifesta una forte tendenza al riconoscimento giuridico della figura del "pentito", in primo luogo nell'ambito dei delitti di sequestro e, in secondo luogo, nel caso dei reati relativi al traffico di esseri umani. Alla stessa stregua, sono stati istituzionalizzati un programma di protezione dei testimoni e degli imputati che collaborano con la giustizia e un fondo permanente di ricompense come parte integrante della politica volta alla repressione dei reati di sequestro di persona.

Il discorso dell'emergenza è stato esteso anche alla legislazione penitenziaria. Senza dubbio il fenomeno non s'inserisce, in Argentina, nel quadro di una politica di contrasto al terrorismo e alla violenza politica (come è avvenuto in Europa), ma piuttosto investe la lotta alla criminalità comune. Come accennato, infatti, le varie riforme hanno creato un vero e proprio regime penitenziario particolare per alcune categorie di delitti, escludendo i loro autori dalla possibilità di accesso ai benefici.

Per quello che riguarda gli agenti e i fattori sociali che hanno influito sul processo di riforma negli anni considerati, bisogna segnalare in primo luogo il ruolo giocato da gruppi di pressione non istituzionalizzati come quello delle vittime di reato. Nel marzo 2004, durante l'amministrazione del presidente Néstor Kirchner, si verificò il sequestro e l'omicidio di Axel Blumberg. Come conseguenza del tragico evento, il padre della vittima diede avvio a una forte campagna in cui si reclamava la riforma in senso repressivo del sistema penale (conosciuta comunemente come *Petitorio Blimberg*)<sup>6</sup>. A un anno dall'omicidio il quotidiano "Clarín", nella sua edizione del 17 marzo 2005, sottolineava come «durante l'anno passato, Blumberg ha ottenuto l'approvazione di decine di leggi che hanno indurito le pene contro i delinquenti». Un risultato che è stato reso possibile sia da una estrema mediatizzazione delle iniziative di Blumberg<sup>7</sup>, sia da un irresponsabile attivismo

<sup>6</sup> Per fortuna con la riforma costituzionale del 1994 è stata espressamente esclusa l'iniziativa popolare in materia penale. Regola che è stata definita molto prudente da Jorge De la Rúa. A riguardo questi ha sostenuto: «Pensate, in questo paese tanto appassionato e a volte così erratico, quanto potrebbe essere rischioso ammettere l'iniziativa popolare su determinate pene o determinate sanzioni» (2008, 95).

<sup>7</sup> Certamente ciò che è successo con il fenomeno Blumberg, in termini di incremento dello spazio dedicato sui mezzi di comunicazione alla questione dell'aumento dell'insicurezza e della

del Parlamento che, sotto la costante pressione del governo, ha approvato le diverse iniziative di riforma.

La premura e la superficialità con cui agì il Parlamento possono essere facilmente testimoniati da alcuni passaggi dei dibattiti parlamentari che ebbero luogo nel corso dell'approvazione delle riforme. A titolo di esempio, quando la Camera dei Deputati discuteva la riforma della legge 24660 con la legge 25948, il deputato Alchouron, sapendo che in contemporanea la Camera dei Senatori discuteva un progetto sulla riforma del regime di libertà condizionata, segnalava: «non importa che si cancellino le leggi, poiché alla fine vi sarà sempre un giudice che metterà ordine. Non importa se, nel migliore dei casi, variamo testi legislativi pieni di errori tecnici, soprattutto nel momento in cui procediamo frettolosamente, dobbiamo riconoscere che le circostanze ci costringono a ciò. È evidente che questa sessione si svolge in una situazione d'urgenza, ma l'importante è andare avanti».

Alla stessa stregua alcune delle iniziative legislative descritte sono state direttamente stimulate dalle pressioni esercitate da organismi internazionali. L'esempio più chiaro è naturalmente l'abrogazione della fattispecie di *subversión económica* e la sua sostituzione con la forma fraudolenta sanzionata dalla legge 25602, una riforma direttamente stimolata dagli organismi economici internazionali (il Fondo monetario internazionale, in particolare) come condizione per giungere a una delle infinite rinegoziazioni del debito estero argentino. Di fatto gli agenti del FMI hanno agito come un autentico gruppo di pressione nel rappresentare gli interessi di determinati settori finanziari (su tutti, le banche internazionali), i quali temevano l'eventualità di una applicazione nei loro confronti della normativa sulla *subversión*. In questo senso si è agito sulle burocrazie governative affinché esse prendessero la decisione di privare di efficacia la previsione normativa, decisione che fu sommamente sanzionata anche dal Parlamento. Anche se quest'ultimo, con un intento puramente simbolico, approvò una nuova figura delittuosa con l'obiettivo di evitare nell'opinione pubblica la sensazione che si stessero creando dei settori di impunità.

Tali riforme in senso securitario apparentemente non erano sostenute da alcuna giustificazione di natura empirica. In questo senso Slokar (2007, 153) sostiene che:

In accordo con l'ultima statistica ufficiale pubblicata dal Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación (...) durante l'anno 2006 si è prodotta una riduzione del 3% rispetto al totale dei delitti registrati in tutto il paese nell'anno precedente.

criminalità, non ha fatto che confermare una tendenza che già si stava manifestando. In altri lavori abbiamo già segnalato come tale spazio, che nel 1991 era del 4,96%, nel 1997 era aumentato sino a raggiungere il 18,2% (cfr. C. O. Fortete, J. D. Cesano, 2008).

I delitti contro la proprietà sono diminuiti del 7%; in particolare le rapine hanno subito un decremento del 8%. Analogamente, a partire dall'anno 2003, è in corso un significativo decremento del totale dei delitti registrati, che raggiunge il 10% se si considera l'insieme dei tre periodi, mentre i delitti contro la proprietà sono diminuiti dall'anno 2003 all'anno 2005 di un 22,6%. Tuttavia la diminuzione più significativa si è registrata nel tasso di omicidi dolosi, che a livello internazionale (sia a livello scientifico che governativo) è considerato come indice di maggior rilevanza per la valutazione degli andamenti della delittuosità. Il tasso di omicidi dolosi per il 2005 è di 5,8 episodi per 100.000 abitanti. Tale tasso ha subito a partire dal 2003 una riduzione del 44%, riducendosi dalla soglia di quasi 9,5 omicidi ogni 100.000 registrata nel 2002. La cifra registrata nel 2005 rappresenta il dato più basso degli ultimi anni, con un valore simile a quello registrato nel 1985.

Tali dati evidenziano la discordanza esistente tra le esperienze di vittimizzazione effettive e la sensazione obiettiva d'insicurezza. Ciò rende ragionevole sostenere che la percezione di insicurezza si costruisce non solo a partire da dati obiettivi di esperienza vissuta, ma anche a causa dell'influenza del ruolo dei mezzi di comunicazione e dei dati soggettivi prodotto dell'interazione sociale (C. O. Fortete, J. D. Cesano, 2008). A differenza di quello che succede in Europa, tanto i paesi dell'America Latina quanto l'Argentina si caratterizzano per un'attitudine marcatamente punitiva, in cui la risposta penale assume un ruolo cruciale, enfatizzato in particolare dall'utilizzazione della sanzione carceraria. Un'inchiesta realizzata nell'anno 2004-05 in alcune città dell'America Latina ci permette di osservare che il 54% delle persone intervistate a Buenos Aires e il 56% di quelle intervistate a Lima sostenevano che si dovrebbe applicare la pena privativa della libertà a coloro che commettono nuovamente un furto in appartamento (*ivi*).

### 5. *Save Our Souls* (sos)

Ha dunque ragione Jorge De la Rúa (2008, 200) quando diagnostica che la maggior parte degli operatori del sistema penale sono carenti sotto il profilo di una conoscenza seria, profonda e sistematica in materia di politiche criminali. Anche il governo sembra carente di un disegno di politica criminale sistematico e coerente. Per quanto ardua possa apparire l'impresa, per invertire questa linea di tendenza si potrebbe fare appello a due linee d'intervento che cercheremo adesso di sintetizzare.

In primo luogo, come ha sottolineato Eugenio Raúl Zaffaroni (2001, 96), è necessario uno sforzo di ingegneria istituzionale affinché la politica criminale cessi di essere l'unico segmento della politica statale svolta per mezzo di interventi congiunturali e priva di figure responsabili. A partire da un diverso inquadramento istituzionale della politica criminale, concepita finalmente

come un'autentica politica statale, con responsabili settoriali chiaramente identificabili, si potrà tentare di smantellare la struttura ideologica della continua emergenza e programmare una linea di politica criminale solidamente fondata sulla ricerca criminologica di carattere empirico.

La seconda linea d'intervento è specificamente legata alla questione delle necessarie basi empiriche su cui dovrebbe essere fondato un disegno di politica criminale. Certamente, la scarsa rilevanza che in ambito accademico si è data alla questione è uno dei fattori che hanno contribuito ad alimentare tale situazione. Il problema è stato bene espresso, con riferimento alla realtà spagnola, da Josep Tamarit (2007), il quale ha usato parole che possono essere applicate anche al contesto latinoamericano: «come salutare esercizio autocritico, è necessario riconoscere le responsabilità della dottrina penale, chiusa molto frequentemente in un discorso dogmatico lontano dalla realtà che prescinde dalle analisi empiricamente fondate»<sup>8</sup>. Per questo motivo è importante generare spazi di discussione in cui riscoprire il valore di questo tipo di analisi. Di fatto in Spagna il Grupo de Estudios de Política Criminal<sup>9</sup> offre, da almeno quindici anni, proposte alternative di testi legislativi elaborate a partire da serie analisi empiriche. Sotto il profilo della teoria, inoltre, José Luis Díez Ripollés (che è un membro del Grupo) apporta ulteriori contributi in tal senso, la cui sintesi più ammirabile si può rintracciare nella sua opera *La Racionalidad de las leyes penales* (2003), dove, tra gli altri aspetti, si richiama l'attenzione sulle medesime necessità qui sottolineate.

Tali proposte potrebbero trovare una realizzazione concreta in primo luogo utilizzando il sapere criminologico come strumento di conoscenza e informazioni cui il legislatore potrebbe attingere prima di orientarsi verso la criminalizzazione di una determinata condotta. Tale apporto consentirebbe di operare più consapevolmente le scelte di criminalizzazione primaria. Come sostiene Elena Larrauri Pijoan (2001, 96), «per rispondere a tale questione si dovrebbe riflettere attentamente sull'esistenza di mezzi non giuridici (ad esempio: campagne di educazione, riforme sociali, riforme di carattere tecnologico). In secondo luogo si dovrebbe, una volta scelta la strada dell'intervento giuridico, valutare l'opportunità di utilizzare leggi non penali o riformare le leggi già esistenti».

Abbiamo sottolineato che uno dei caratteri della politica criminale argentina contemporanea è quello di estendere l'intervento penale a settori che, tradizionalmente, ne erano esclusi. Questo ha fatto dire a Manuel Cancio Meliá (2000, 147) che il legislatore incontrava beni giuridici meritevoli di

<sup>8</sup> Jorge De la Rúa (2008, 201) è orientato a fornire una medesima spiegazione.

<sup>9</sup> Il gruppo possiede un portale accessibile da questo indirizzo elettronico: <http://www.gepc.es/>



tutela anche *sotto le pietre*. In questo senso riteniamo che uno dei fattori che potrebbero evitare questa degenerazione anarchica potrebbe essere rappresentato da una conoscenza maggiore sotto il profilo empirico della realtà del crimine. Se manca tale conoscenza la legislazione viola inevitabilmente principi fondamentali che il diritto penale dovrebbe viceversa tutelare: il principio *in dubio pro libertate*, il principio di tolleranza; di ponderazione dei costi e benefici di ogni innovazione legislativa; di praticità processuale. In altre parole la decisione circa la criminalizzazione dovrebbe essere assunta solo dopo aver constatato l'inesistenza di un mezzo meno lesivo per la soluzione del problema e dopo aver concluso che i benefici attesi da quest'ultima superino i costi che essa potrebbe comportare.

Il secondo aspetto rilevante legato alla conoscenza criminologica empirica ha a che fare con l'altra linea di tendenza evidenziata: la recrudescenza punitiva legata al crescere del sentimento d'insicurezza. Due sono gli aspetti che ci paiono significativi a riguardo: da una parte abbiamo già menzionato che tale crescita del sentimento di insicurezza ha molto a che vedere con l'incidenza delle campagne mediatiche. In questo senso la ricerca empirica possiede uno strumento formidabile per valutare l'attitudine della popolazione nei confronti del delitto. Ci riferiamo alle inchieste di vittimizzazione, che rendono possibile una valutazione della percezione soggettiva del rischio di restare vittima del reato rispetto all'andamento effettivo della criminalità reale (M. Sozzo, 2003). Sul punto è necessaria una certa cautela: che esistano ambiti dove una nuova criminalizzazione potrebbe apparire giustificata non significa che il legislatore debba apparire compiacente di fronte agli appelli della "società della paura".

Un'altra questione che è importante sottolineare qui è relativa al tipo di pena che dovrebbe essere utilizzata dal sistema penale. Il predominio della pena carceraria non risulta adeguato al conseguimento degli obiettivi di prevenzione speciale-positiva. Studi sugli effetti del carcere e proiezioni sui tassi di recidiva realizzati recentemente in Spagna illustrano bene il valore di questo genere di analisi empiriche. Lo studio realizzato da Luque, Capdevila e Ferrer<sup>10</sup> analizzando le traiettorie di persone condannate in Catalogna durante il periodo 2002-04 ha evidenziato un tasso di recidiva del 37%. Uno dei fattori di maggiore rilevanza evidenziati dallo studio è il fatto di possedere o meno precedenti penitenziari. Coloro che avevano avuto un contatto con il sistema penitenziario hanno dimostrato un tasso di recidiva del 51,3%, mentre coloro che non erano entrati in prigione presentavano un più ridotto 22,6%. In sintonia con questo dato si osserva che, tanto più intenso, o pre-

<sup>10</sup> Cfr. *La reincidencia penitenciaria en Catalunya*, citato in J. M. Tamarit (2007).



coce, è stato il contatto con il sistema penitenziario, tanto più alto il tasso di recidiva dei soggetti analizzati.

Analogamente, nell'anno 2006 sono stati pubblicati in Spagna i risultati di una ricerca empirica realizzata da Villacampa, Torres e Luque<sup>11</sup>, lavoro che ha dimostrato che le persone condannate cui è stata applicata la pena del lavoro a beneficio della comunità, o regole di condotta associate alla sospensione condizionale della pena presentavano un tasso di recidiva molto più basso rispetto a coloro cui era stata applicata la pena detentiva (16% contro 37%). Inoltre, all'interno del primo gruppo, coloro con il più alto tasso di recidiva sono coloro che avevano avuto precedenti contatti con il sistema penitenziario (31% contro il 9,6%).

Questi risultati sono significativi nella misura in cui dimostrano che l'ispirazione di fondo della tendenza repressiva che caratterizza il sistema argentino si fonda su una premessa empiricamente insostenibile: la necessità di incarcerare di più per aumentare i livelli di sicurezza.

## **6. Note conclusive**

Siamo giunti alla fine di queste brevi riflessioni e il lettore si sarà convinto del fatto che l'attuale espansionismo penale che caratterizza l'Argentina, e altri paesi latinoamericani, non appare correlato con i dati esistenti circa l'andamento della delittuosità. Tale espansione anarchica del sistema penale è il prodotto di una serie di fattori concorrenti tra i quali uno ci pare centrale: lo scambio politico-elettorale tra la classe politica e certi settori dell'opinione pubblica messo in scena dai mezzi di comunicazione di massa, che dà corpo a una forma di vero e proprio populismo punitivo (G. Bombini, 2008, 63).

I prodotti legislativi di tale populismo punitivo non sono sottoposti ad analisi serie da parte di specialisti, né sono suffragati da valutazioni costi/benefici, né da proiezioni statistiche. Per questo, da parte nostra, abbiamo tentato di evidenziare come la costruzione di una politica criminale razionale possa trarre beneficio tanto dalla sua trasformazione in un'autentica politica statale, quanto da una sua costruzione a partire da approfondite analisi di criminologia empirica in grado di fornire risposte scientificamente fondate a questioni su cosa criminalizzare, come punire, quali effetti ha la repressione sulla pubblica sicurezza.

<sup>11</sup> Cfr. *Penas alternativas a la prisión y reincidencia: un estudio empírico*, citato in J. M. Tamarit (2007).

## Riferimenti bibliografici

- ALBRECHT Peter Alexis (2000), *El Derecho penal en la intervención de la política populista*, in AA.VV., *La insostenible situación del Derecho penal*, Ediciones Comares, Granada, pp. 471-87.
- ALLER Germán (2008), *El Derecho penal en peligro*, Mario A. Viera Editor, Corrientes.
- BECK Ulrich (1986), *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main.
- BITENCOURT Cezar Roberto (2008), *O sistema progressivo e a inconstitucionalidade do regime disciplinar diferenciado*, in FÖPPEL Gamil, a cura di, *Novos desafios do Direito penal no Terceiro Milênio. Estudos em homenagem ao Prof. Fernando Santana*, Lumen Juris Editora, Rio de Janeiro, pp. 337-46.
- BOMBINI Gabriel (2008), *Transformaciones recientes en las políticas penales en la Argentina: entre las necesidades populistas y las aspiraciones tecnocráticas de eficacia*, in BERGALLI Roberto, RIVERA BEIRAS Iñaki, BOMBINI Gabriel, a cura di, *Violencia y sistema penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, pp. 33-69.
- CAFFERATA NORES José Ignacio (1997), *La “desnaturalización bélica” del proceso penal y los medios “extraordinario” de investigación*, in “Cuadernos del departamento de Derecho procesal y práctica profesional”, Universidad Nacional de Córdoba, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Córdoba.
- CANCIO MELIÁ Manuel (2000), *Dogmática y política criminal en una teoría funcional del delito*, in JAKOBS Günther, CANCIO MELIÁ Manuel, a cura di, *Conferencias sobre temas penales*, Universidad Nacional del Litoral, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, pp. 121-47.
- CESANO José Daniel (2000), *Problemas de responsabilidad penal de la empresa*, in LÓPEZ MESA Marcelo J., CESANO José Daniel, *El abuso de la personalidad jurídica de las sociedades comerciales. Contribuciones a su estudio desde las ópticas mercantil y penal*, Ed. Depalma, Buenos Aires, pp. 243-313.
- CESANO José Daniel (2003), *De la crítica a la cárcel a la crítica de las alternativas*, in “Boletín mexicano de Derecho comparado”, CVIII, pp. 863-89.
- CESANO José Daniel (2004a), *Discursos de emergencia y política penitenciaria*, in “Actualidad jurídica de Córdoba, Derecho penal”, XXV, 2, pp. 1600-4.
- CESANO José Daniel (2004b), *La política criminal y la emergencia (Entre el simbolismo y el resurgimiento punitivo)*, Ediciones Mediterránea, Córdoba.
- CESANO José Daniel (2005), *Discursos de emergencia y política criminal: tendencias de la política criminal argentina en los albores del siglo XXI*, in “Cuadernos de Política criminal”, LXXXVI, pp. 187-218.
- CESANO José Daniel (2008), *Contribución al estudio de la libertad condicional. Análisis dogmático y político criminal de acuerdo a la reforma de la ley 25892*, Ediciones Mediterránea, Córdoba.
- CORNACCHIA Luigi (2007), *La moderna hostis iudicatio entre norma y estado de excepción*, Centro de Investigaciones en Filosofía y Derecho, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- DE LA RÚA Jorge (2008), *Derecho y democracia. Los temas y los tiempos*, Ediciones Mediterránea, Córdoba.
- DÍEZ RIPOLLÉS José Luis (2003), *La racionalidad de las leyes penales*, Ediciones Trotta, Madrid.

- DÍEZ RIPOLLÉS José Luis (2006), *De la sociedad del riesgo a la ciudadana: Un debate desenfocado*, in “Nuevo Foro Penal”, LXIX, pp. 198-248.
- DÍEZ RIPOLLÉS José Luis (2008), *La política legislativa penal Iberoamericana a principios del Siglo XXI*, in DÍEZ RIPOLLÉS José Luis, GARCÍA PÉREZ Octavio, *La política legislativa penal iberoamericana en el cambio de siglo*, Coedición Edisofer S. L.-Ediciones B de F, Madrid-Montevideo, pp. 485-523.
- FORTETE César Oscar, CESANO José Daniel (2008), *Actitudes punitivas en América Latina*, in “European Journal of Criminology”, in corso di stampa.
- GARLAND David (2007), *Crimen y castigo en la modernidad tardía*, Coedición Siglo del Hombre Editores-Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá.
- HASSEMER Winfried (1999), *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en derecho penal*, Ediciones Temis, Bogotá.
- JAKOBS Günther (2003), *Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo*, in JAKOBS Günther, CANCIO MELIÁ Manuel, *Derecho penal del enemigo*, Ediciones Civitas, Madrid, pp. 19-56.
- LARRAURI PIJOAN Elena (2001), *Aportación de las ciencias sociales a la elaboración de reformas en la legislación penal*, in DÍEZ RIPOLLÉS José Luis, CEREZO DOMÍNGUEZ Ana Isabel, a cura di, *Los problemas de la investigación empírica en criminología: la situación española*, Ediciones Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 93-106.
- MANTOVANI Ferrando (2007), *Diritto penale*, CEDAM, Padova (v ed.).
- MOCCIA Sergio (2003), *El Derecho penal: entre ser y valor. Función de la pena y sistemática teleológica*, Ediciones B de F, Montevideo-Buenos Aires.
- PRITTWITZ Cornelius (2004), *Sociedad del riesgo y Derecho penal*, in AA.VV., *El penalista liberal. Controversias nacionales e internacionales en Derecho penal, procesal penal y Criminología, Libro homenaje a Manuel de Rivacoba y Rivacoba*, Ediciones Hammurabi, Buenos Aires, pp. 147-79.
- RIVERA BEIRAS Iñaki, a cura di (2005), *Política criminal y sistema penal. Viejas y nuevas racionalidades punitivas*, Ediciones Anthropos, Barcelona.
- SANTORO Emilio (2004a), *Carcere e società liberale*, Giappichelli, Torino (II ed.).
- SANTORO Emilio (2004b), *Las políticas criminales de la era de la globalización*, in “Ley, razón y Justicia”, v, 8, pp. 187-214.
- SILVA SÁNCHEZ Jesús María (1992), *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, J. M. Bosch Editor, Barcelona.
- SILVA SÁNCHEZ Jesús María (1999), *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Ediciones Civitas, Madrid.
- SLOKAR Alejandro W. (2007), *La reciente política legislativa penal en Argentina*, in AA. VV., *Reforma penal y política criminal. La codificación en el Estado de Derecho*, Ediciones Ediar, Buenos Aires.
- SOUTO Miguel Abel (2007), *Prólogo*, in ORSI Omar Gabriel, *Los límites del legislador penal. Discurso penal y programa constitucional*, Editores del Puerto, Buenos Aires, pp. I-II.
- SOZZO Máximo (2003), *¿Contando el delito? Análisis crítico y comparativo de las encuestas de victimización en Argentina*, in “Cartapacio de Derecho”, v, disponible in <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/view/38/22>
- STERN Vivien (1999), *Alternatives to prison in developing countries*, International Cen-

- tre for Prison Studies, King's College London and Penal Reform International, London.
- TAMARIT Josep María (2007), *Política criminal con bases empíricas en España*, in "Política Criminal", 3, disponible in <http://www.politicacriminal.cl>
- VANDELLI Luciano (2007), *Trastornos de las instituciones políticas*, Ediciones Trotta, Madrid.
- ZAFFARONI Eugenio Raúl (2001), *Naturaleza y necesidad de los consejos de política criminal*, in CARRANZA Elías, a cura di, *Justicia penal y sobrepoblación penitenciaria. Respuestas posibles*, Siglo XXI Editores, México, pp. 85-101.
- ZAFFARONI Eugenio Raúl (2006), *El enemigo en el Derecho penal*, Ediciones Coyoacan, México.