

*Quaderni della Facoltà di Giurisprudenza
dell'Università degli Studi di Trento*

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

a cura di
GABRIELE FORNASARI
CARLOS CABEZAS
EMANUELE CORN

EDITORIALE SCIENTIFICA
NAPOLI

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

Il volume è stato pubblicato grazie al contributo della Struttura Dipartimentale Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Trento nell'ambito dell'iniziativa "Dipartimenti di eccellenza - legge 232/2016 art. 1 commi da 314 a 338" - MUR, grazie al contributo della Universidad de Antofagasta e nell'ambito dell'accordo con la Universidad Central de Chile.

Proprietà letteraria riservata

L'edizione digitale di questo libro

(ISBN 978-88-5541-050-2, ISSN 2284-2810)

© Copyright 2023 by Università degli Studi di Trento, Via Calepina 14 - 38122 Trento, è pubblicata sull'archivio IRIS - Anagrafe della ricerca (<http://iris.unitn.it/>) con Creative Commons Attribuzione-Non commerciale-Non opere derivate 3.0 Italia License.

Maggiori informazioni circa la licenza all'URL:

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

© Copyright 2023 Editoriale Scientifica s.r.l.

Via San Biagio dei Librai 39 - 80138 Napoli

www.editorialescientifica.com

info@editorialescientifica.com

ISBN 979-12-5976-834-6

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

Gabriela Mistral

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

INDICE

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

SECONDA SEZIONE
 PROFILI PENALISTICI

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

GIUSTIZIA PENALE EGUALITARIA E CULTURA DELLA COLPEVOLEZZA

GARANZIE LIBERALI, POLITICA IDENTITARIA E “PROSPETTIVA DI GENERE” VERSO UNA NUOVA COSTITUZIONE PER IL CILE

*Andrea Perin**

SOMMARIO: 1. Giustizia egualitaria e diritto penale: verso una “nuova costituzione”? 2. L’ulteriore sanzione penale del motivo discriminatorio: i c.d. “bias-motivated crimes”. 3. Cenni al contesto sociale e politico cileno. 4. Elementi della proposta (respinta) per una nuova costituzione. 5. Diritto penale ed eguaglianza sostanziale. 6. Legittimità e limiti del diritto penale antidiscriminatorio. 6.1. L’eguaglianza come ratio politico-criminale. 6.2. L’eguaglianza sostanziale come fonte di un obbligo generale di tutela penale? 6.2.1. Obblighi costituzionali di tutela penale. 6.2.2. Segue. Obblighi sovranazionali di tutela penale antidiscriminatoria: il caso del “femminicidio”. 6.3. Tensioni fra le garanzie liberali e la politica-penale identitaria. 6.3.1. Quali i limiti della discriminazione punitiva ragionevole? 6.3.2. Agire per “motivi abietti” rende necessariamente più colpevoli? 6.3.3. L’atto discriminatorio è più offensivo? 7. Il “femminicidio” nel diritto penale cileno. 7.1. Riduzionismo antropologico e tassonomia criminologica. 7.2. Presunzioni di “quote” di colpevolezza e comprensione del fenomeno. 7.3. Codificazione di stereotipi e discriminazioni arbitrarie indirette. 8. Rilievi conclusivi.

1. Giustizia egualitaria e diritto penale: verso una “nuova costituzione”?

Anche in Cile, come già in altre esperienze, la strategia politico-criminale è segnata da un attivismo identitario orientato a promuovere la tutela delle minoranze e delle identità tradizionalmente discriminate, la parità di genere e il contrasto alla violenza di genere attraverso la

* Questo contributo ripropone, con alcuni ritocchi e aggiornamenti, anche nel titolo e nella struttura, un articolo apparso in *Diritto penale contemporaneo - Rivista trimestrale*, 2022/3. Si ringraziano l’editore e i curatori per averne autorizzato l’anticipazione.

previsione dei c.d. “crimini d’odio”, cioè reati o circostanze che assegnano valore aggravante ai motivi discriminatori. Questa tendenza si traduce in riforme che, ispirate da un’esigenza di giustizia sociale espressa dal principio di eguaglianza, ne valorizzano la dimensione sostanziale.

Il presente contributo esamina questo modello punitivo in chiave costituzionale, alla luce del processo costituente in corso in Cile (2019-) e delle indicazioni pervenute dalla sua prima fase (2019-2022), conclusasi con la bocciatura del progetto per una “nuova costituzione” all’esito del referendum del 4 settembre 2022¹.

Dopo aver messo il modello punitivo dei “crimini d’odio” alla prova dei principi, si prenderà come esempio l’attuale disciplina cilena del reato di femminicidio “non intimo”, quale esempio paradigmatico di *gender-based hate crime*. Nelle conclusioni potremo avvertire il rischio di scadere in un “diritto penale del tipo d’autore” tendenzialmente illiberale sul piano delle garanzie, inefficace su quello preventivo e fuorviante, oltre che controproducente, su quello simbolico-comunicativo.

2. L’ulteriore sanzione penale del motivo discriminatorio: i c.d. “bias-motivated crimes”

L’indirizzo politico-criminale segnato dalla c.d. *identity politics*, come noto, è orientato anche a promuovere l’introduzione dei c.d. *bias crimes* (*hate crimes*, o *bias-motivated crimes*), cioè reati, per lo più violenti, mossi o provocati dal disprezzo dell’autore nei confronti della vittima per la sua appartenenza a un gruppo etnico o religioso, il sesso di nascita, l’orientamento sessuale o il genere di appartenenza², una disabilità o l’età, fra gli altri fattori³.

¹ La storia cronologica e documentale dell’intercorso processo costituente (2019-2022) è disponibile in <https://www.bcn.cl/historia-de-la-constitucion/propuesta-2022>.

² Su questa distinzione, cfr. per es. J.P. MAÑALICH, *Ontología sexual y derecho penal. Sobre la constitución de la heteronormatividad como prestación jurídica*, in *En reversa. Primeras Jornadas Estudiantiles de Teoría de Género*, Santiago de Chile, 2011, p. 75, 76 ss.; L. GOISIS, *Crimini d’odio. Discriminazioni e giustizia penale*, Napo-

I *bias-motivated crimes* possono comportare un inasprimento della pena che si applicherebbe al medesimo fatto offensivo senza considerare l'autonomo disvalore rappresentato dai sottostanti motivi discriminatori⁴ (salva l'eventuale applicabilità di circostanze aggravanti generiche idonee a dar rilievo ai medesimi motivi)⁵.

Le soluzioni tecniche che consentono di concretizzare la scelta politica di sanzionare ulteriormente l'atteggiamento discriminatorio possono essere le seguenti: (a) la previsione di circostanze aggravanti per motivi così connotati⁶; (b) la disciplina di circostanze o fattispecie penali costruite a partire da specifiche categorie di vittime; (c) la previsio-

li, 2019, p. 32 ss., 339 ss.; C. DE MAGLIE, *Verso una lingua del diritto penale non sessista*, in *Criminalia*, 2020, p. 71, 73 ss.

³ In argomento, anche per altri riferimenti, A. DILLOF, *Punishing Bias: An Examination of the Theoretical Foundations of Bias Crime Statutes*, in *Northwest U. L. Rev.*, vol. 91, 3, 1997, 1015; C. LEWIS, *Tough on Hate?*, New Brunswick-New Jersey-London, 2014; T. BRUDHOLM, B. SCHEPELERN, *Hate, Politics, Law. Critical Perspectives on Combating Hate*, New York, 2018. Nella nostra dottrina, A. GALLUCCIO, *Punire la parola pericolosa? Pubblica istigazione, "discorso d'odio" e libertà di espressione nell'era di internet*, Milano, 2020, p. 115 ss.; L. GOISIS, *op. cit.*, p. 15 ss., spec. 35 ss., circa l'appartenenza dei *gender-based hate crimes* alla categoria generale dei *bias crimes*. Quanto alle obiezioni mosse alla riconduzione del "femminicidio" all'insieme dei "crimini d'odio", P. LAURENZO, *Apuntes sobre el femminicidio*, in *Rev. Der. Pen. Crim.*, 2012/8, p. 119, 120 ss.

⁴ Il motivo non assume quindi, generalmente, valore "fondante" la responsabilità, come avviene invece, per es., nell'art. 660 c.p. it.; al riguardo, criticamente, P. VENEZIANI, *Motivi e colpevolezza*, Torino, 2000, p. 159 ss.

⁵ Per un ripasso di alcuni precedenti storici che danno rilievo – aggravante o attenuante – ai motivi dell'autore del fatto, nella prospettiva della commisurazione della pena e delle circostanze, P. VENEZIANI, *op. cit.*, p. 63 ss., 263 ss. Sull'evoluzione della disciplina delle circostanze in Italia, A. MELCHIONDA, *Le circostanze del reato: origine, sviluppo e prospettive di una controversa categoria penalistica*, Padova, 2000, p. 425 ss., 712 ss.; sul diverso rilievo delle circostanze in sede di commisurazione della pena fra Italia e Cile, G. FORNASARI, J.L. GUZMÁN, *La agravante de delinquir por discriminación. Un estudio comparativo del efecto penal de la intolerancia en Chile e Italia*, in *Rev. der. pen. crim.*, 2015/13, p. 195, 200 ss.

⁶ Come quella prevista in Italia dall'art. 604-ter, c.p. it., applicabile a qualunque reato punibile con pena diversa dall'ergastolo, qualora venga commesso «per finalità di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso» (disposizione che si riferisce però allo *scopo*, non al *motivo* dell'atto).

ne di reati discriminatori autonomi⁷. A sua volta, la previsione di fattispecie penali volte a reprimere la discriminazione in quanto tale, prescindendo dai presupposti di altri reati, può avvenire mediante: (*c*¹) la criminalizzazione dei reati di propaganda o incitamento all'odio razziale, xenofobo, misogino ecc. (*hate speech*), che implicano un'anticipazione della soglia dell'intervento repressivo, che colpisce l'espressione di idee connotate da *motivi* o *finalità*⁸ a cui è giuridicamente attribuito un valore etico-sociale negativo; (*c*²) la criminalizzazione di specifici atti di discriminazione, non contemplati da altre fattispecie penali⁹.

Nel sistema penale cileno, tra le norme appartenenti a questo gruppo eterogeneo, troviamo: (*i*) la circostanza aggravante dell'art. 12, n. 21, del *Código penal* (d'ora in poi: C.p.), inserita dalla Legge 20.609 del 2012¹⁰; (*ii*) la disciplina del reato di femminicidio (artt. 390-*bis* e ss., C.p.), riformata da ultimo dalla Legge 21.212 del 2020¹¹.

Di seguito ci concentreremo su questo secondo esempio. Prima, però, a beneficio del lettore italiano, vale la pena soffermarsi, sia pur brevemente, sul contesto sociale e politico cui si riferisce questa riflessione.

3. Cenni al contesto sociale e politico cileno

Il regime civico-militare retto dal generale Augusto Pinochet a partire dal *golpe* dell'11 settembre 1973 portò all'adozione, nel 1980, della

⁷ Come quello previsto in Italia dall'art. 604-*bis*, c.p. it. (Propaganda e istigazione a delinquere per motivi di discriminazione razziale, etnica e religiosa).

⁸ Sul diverso rilievo dei *motivi* e delle *finalità*, sul duplice piano concettuale e probatorio, cfr. E. DOLCINI, *Omofobia e legge penale. Note a margine di alcune recenti Proposte di legge*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011/1, p. 24, 32 ss.; G. FORNASARI, J.L. GUZMÁN, *op. cit.*, p. 222; L. D'AMICO, *Omofobia e legislazione antidiscriminatoria. Note a margine del d.d.l. Zan*, in *Leg. pen.*, 2021, p. 9, 35.

⁹ In Cile, per es., l'art. 8 della Legge 19.253, c.d. *Ley Indígena*, sanziona atti discriminatori nei confronti degli appartenenti ai popoli originari.

¹⁰ Circostanza aggravante che consiste nel: «Cometer el delito o participar en él motivado por la ideología, opinión política, religión o creencias de la víctima; la nación, raza, etnia o grupo social a que pertenezca; su sexo, orientación sexual, identidad de género, edad, filiación, apariencia personal o la enfermedad o discapacidad que padezca».

¹¹ *Infra*, § 7.

vigente *Constitución de la República*. Quel testo, elaborato dalla *Comisión Ortúzar*¹², di contestata legittimità, configurò un modello che rese il Cile quel che in essenza è tutt'oggi: uno “stato sussidiario” nel quale sul principio di solidarietà prevalgono la libertà d’iniziativa economica e le regole del mercato; un Paese che negli ultimi decenni ha sperimentato una notevole crescita economica, ma che – oltre alle atrocità commesse da quella dittatura – paga ancora il prezzo di drammatiche disuguaglianze sociali¹³.

Nonostante le numerose riforme costituzionali intervenute¹⁴, il modello liberista sopravvive al tramonto del regime¹⁵ e al successivo avviarsi di governi democratici di diverso orientamento politico¹⁶.

La particolarità del caso cileno, che lo rende interessante anche dal punto di vista comparatistico, è che il ritorno alla democrazia avviene senza raggiungere un patto costituzionale nuovo. Tuttavia, negli ultimi

¹² Un organismo creato nel 1973 dalla Giunta militare di Governo, presieduto da Enrique Ortúzar e composto da giuristi di orientamento politico conservatore, i cui lavori terminarono nel 1978 con la predisposizione del progetto della Costituzione politica approvata nel 1980. Per un'introduzione a questa fase del «costituzionalismo autoritario» cileno, P. CONTRERAS, D. LOVERA, *La Constitución de Chile*, Valencia, 2020, p. 29 ss.

¹³ Il progetto segnato dalla riduzione al minimo dell'intervento dello Stato e dalla prevalenza della libertà d'iniziativa economica è chiaramente rappresentato dalle parole di Jaime Guzmán Errázuriz, costituzionalista al servizio del regime militare e membro della *Comisión Ortúzar*: J. GUZMÁN E., *El camino político*, in *Rev. Realidad*, vol. 1, 7, 1979, p. 13, 17 ss. Nel testo costituzionale del 1980, cfr. l'art. 19, n. 1 (sul principio di eguaglianza formale) e n. 21 ss. (sui principi e i diritti economici). Sul suo impianto ideologico, P. CONTRERAS, D. LOVERA, *op. cit.*, p. 41 ss.

¹⁴ La cronologia dettagliata delle riforme costituzionali intervenute dal 1989 è consultabile nella *Biblioteca del Congreso Nacional de Chile* (<https://www.bcn.cl>).

¹⁵ Tramonto segnato dalla vittoria del *NO* al plebiscito del 1988.

¹⁶ Eloquenti ancora le affermazioni di Jaime Guzmán (*supra*, nt. 13), sull'obiettivo – in buona parte raggiunto dalla Costituzione del 1980 – di «neutralizar la agencia política del pueblo»; circoscrivere cioè un terreno costituzionale che, «qualora arrivino a governare gli avversari», faccia sì che «si vedano costretti a seguire una linea d'azione non tanto diversa da quella che uno desidererebbe», facendo cioè in modo «che – si perdoni la metafora – il margine di alternative che il campo di gioco effettivamente impone ai giocatori sia sufficientemente ridotto da rendere estremamente difficile agire altrimenti»: J. GUZMÁN E., *op. cit.*, p. 19. Sull'inganno democratico di quella carta, F. ATRIA, *La constitución tramposa*, Santiago de Chile, 2013, p. 57 ss.

dieci anni è parsa sempre più sentita l'esigenza di trovare un diverso compromesso tra lo sviluppo dell'economia di mercato – che domina su quasi tutte le sfere della vita, compresa l'istruzione – e le protezioni sociali (ovvero, fra *libertà* ed *eguaglianza*)¹⁷, come testimoniato anche dalla presentazione di un progetto per una nuova costituzione da parte del penultimo governo di centro-sinistra¹⁸.

Istanze di cambiamento – per il superamento dello schema politico *concertacionista* che, avendo governato il Cile dal 1990 al 2010, è stato accusato di aver conservato e promosso il modello neoliberale¹⁹ – vengono avanzate dai movimenti sociali che attraversano il Paese dal 2011 e, più di recente, nel corso delle proteste che nel 2017 hanno interessato quasi tutte le università.

Il clima politico che si viene a creare, turbolento e denso di contraddizioni, concorre a spiegare il momento presente, compresi alcuni tratti del processo costituente intercorso (*infra*). Al centro del dibattito pubblico s'impongono – tra le altre istanze di *giustizia sociale* – la riforma dell'accesso gratuito all'istruzione e il sostegno all'educazione pubblica, il rafforzamento del sistema sanitario nazionale, la riforma di quello previdenziale e, infine – tema che sul piano della *giustizia penale* as-

¹⁷ Alla ricerca di questo equilibrio, sul piano politico-costituzionale, sono dedicate le riflessioni, debitrice del pensiero di Norberto Bobbio, di uno dei più lucidi filosofi del diritto cileni (nonché membro della *Convención constituyente* a cui si farà cenno, *infra*, nel § 4): A. SQUELLA, *Libertad e igualdad. Las promesas cumplidas e incumplidas de la democracia*, in *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. VI, 1989, p. 253; più di recente, E. VITALE, *Eguaglianza ed egualitarismo, oggi. Da Bobbio a Babeuf e ritorno*, in *Teoria política*, vol. 9, 2019, p. 301, spec. 312 ss.

¹⁸ Un progetto presentato al Congresso dal secondo governo presieduto da Michelle Bachelet (centro-sinistra), nel 2017, appena cinque giorni prima della fine del mandato presidenziale e poi archiviato: v. per es. P. CONTRERAS, D. LOVERA, *op. cit.*, p. 41 ss.

¹⁹ La coalizione *Concertación de Partidos por la Democracia* fu istituita il 2 gennaio 1988, in vista del referendum che lo stesso anno consentì il ritorno alla democrazia, come *Concertación de partidos por el NO* e fu composta da 16 partiti e gruppi politici di opposizione al regime militare: democristiani, radicali, socialisti, socialdemocratici, liberali, sinistra cristiana, umanisti. V. la scheda *Concertación de Partidos por la Democracia*, in <https://www.bcn.cl>.

sume un rilievo centrale –, l'*eguaglianza di genere* e il contrasto alla *violenza di genere*²⁰.

Il 18 ottobre 2019, dopo giorni di proteste innescate dall'aumento di 30 pesos delle tariffe dei mezzi pubblici nella capitale, improvvisi attentati simultanei a diverse stazioni della metropolitana di Santiago scatenano un'ondata di rivolte che prende il nome di *estallido social* (letteralmente, *esplosione sociale*). Seguono settimane di manifestazioni e scontri, anche molto violenti, segnati da una cruenta reazione repressiva delle forze dell'ordine e da un evidente rischio di cedimento del sistema democratico.

Giunge in questo stato di cose l'accordo parlamentare (*Acuerdo por la paz social y la Nueva Constitución*, del 14 novembre 2019) che dà inizio al processo costituente²¹ e, con la promessa di una svolta radicale, alla progressiva ricomposizione dell'ordine pubblico (seguirà, di lì a poco, l'inizio dell'emergenza pandemica, nei primi mesi del 2020).

4. Elementi della proposta (respinta) per una nuova costituzione

La stesura del nuovo testo costituzionale viene affidata a una *Convención* di 155 membri eletti a suffragio universale in base a un sistema proporzionale, con parità di genere e quote riservate a rappresentanti dei popoli indigeni. La composizione dell'assemblea garantisce oltre i

²⁰ In Cile, negli ultimi decenni, diverse riforme in materia penale sono state adottate con l'obiettivo di combattere la violenza di genere: la Legge 19.325, del 1994, in materia di violenza domestica; la Legge 20.066, del 2005, che prevede il *delito de maltrato habitual*; nel 2010, come vedremo in seguito, la Legge 20.480 riforma il *Código penal* e introduce, nel solco della fattispecie di *parricidio*, quella di *femicidio*, poi ulteriormente riformata dalla Legge 21.212 del 2020 (*infra*, § 7).

²¹ La Legge 21.200, del 24 dicembre 2019, di riforma del Cap. XV della vigente *Constitución Política* (artt. 127 ss.), stabilì la disciplina della nuova fase costituente. Con il *plebiscito nacional* del 25 ottobre 2020 (c.d. *plebiscito de entrada*), i cittadini cileni approvarono il suo inizio decidendo, con il 79% dei voti, che la redazione della nuova Costituzione sarebbe stata affidata a una *Convención constitucional* democraticamente eletta: v. M. OLIVETTI, *Il plebiscito del 25 ottobre 2020, prima tappa del processo costituente cileno*, in *DPCE Online*, vol. 46, 1, 2021, nonché ulteriori contributi nella medesima sez. monografica.

2/3 (*quorum* stabilito dal Regolamento generale dell'organo per l'approvazione di ciascun articolo e del testo definitivo) a esponenti di sinistra, indipendenti o proposti dai partiti, messi pertanto in condizione di non dover mediare con le altre forze politiche.

L'adozione della proposta presentata il 4 luglio 2022 avrebbe comportato un mutamento radicale del modello statale, consentendo, con il riconoscimento del principio di "eguaglianza sostanziale" (*infra*, §§ 5 ss.), ripetutamente evocato, l'abbandono del modello sussidiario per quello social-democratico.

In base all'art. 1, co. 2, di quel testo, ormai archiviato, il Cile:

Se constituye como una república solidaria. Su democracia es inclusiva y paritaria. Reconoce como valores intrínsecos e irrenunciables la dignidad, la libertad, la igualdad sustantiva de los seres humanos y su relación indisoluble con la naturaleza²².

Sul terreno dell'eguaglianza, nella proposta in esame, la composizione degli organi pubblici collegiali deve rispettare il «principio della

²² Il principio viene evocato, in modo talvolta tecnicamente discutibile e comunque ripetitivo, anche in altre disposizioni. Per es.: art. 6, co. 1. - «El Estado promueve una sociedad donde mujeres, hombres, diversidades y disidencias sexuales y de género participen en condiciones de igualdad sustantiva, reconociendo que su representación efectiva es un principio y condición mínima para el ejercicio pleno y sustantivo de la democracia y la ciudadanía»; art. 25, co. 2. - «El Estado garantiza a todas las personas la igualdad sustantiva, en tanto garantía del reconocimiento, goce y ejercicio de los derechos fundamentales, con pleno respeto a la diversidad, la inclusión social y la integración»; art. 161, co. 1. - «Para las elecciones populares, la ley creará un sistema electoral conforme a los principios de igualdad sustantiva, paridad, alternabilidad de género y los demás contemplados en esta Constitución y las leyes (...); art. 108, co. 2. - «Es deber del Estado remover los obstáculos sociales, culturales y económicos que impidan o limiten la posibilidad de acudir a los órganos jurisdiccionales para la tutela y el ejercicio de sus derechos». Criticamente, specie riguardo ad alcune disposizioni, indicate di seguito nel testo, si è sottolineato il rischio che «l'iperprotezione e la sovrabbondanza di diritti riconosciuti ai diversi collettivi tenda a imporre una visione basata sul primato dei gruppi piuttosto che su quello dell'essere umano, facendo dipendere il valore delle persone – espresso da una tutela costituzionale rafforzata – dalla loro appartenenza o identificazione con alcuni di questi collettivi»: A. OVALLE et al., *Análisis de la propuesta de nueva Constitución a la luz de principios del constitucionalismo*, in *Revista Chilena de Derecho*, vol. 49, 2, 2022, v, p. 7.

parità» (artt. 6, co. 2 e 163, co. 1); inoltre, la c.d. «prospettiva di genere» è indicata ai tribunali di giustizia quale principio valutativo ineludibile nell'esercizio della funzione giurisdizionale (art. 312)²³, oltre che come pilastro del modello educativo (art. 35, co. 4)²⁴.

Queste e altre disposizioni riflettono l'idea programmatica secondo cui lo Stato è chiamato ad adottare politiche pubbliche di promozione dell'eguaglianza di fatto, allo scopo di rimuovere gli ostacoli alla pari dignità – oltre che su quello dei diritti sociali, anche – sul piano dei diritti civili. Ma la sua declinazione sul terreno del divieto di discriminazioni per ragioni di genere – in primo piano, anche alla luce delle norme che citeremo fra poco – si traduce nell'indicazioni di azioni positive che, coinvolgendo persino l'ordine giudiziario (senza escludere i criteri di interpretazione della legge penale!), sollevano notevoli perplessità. Osservazione, questa, rilevante atteso quanto diremo a proposito della disciplina del delitto di “femminicidio”.

²³ Art. 312, co. 2. - «La función jurisdiccional se regirá por los principios de paridad y perspectiva de género. Todos los órganos y personas que intervienen en la función jurisdiccional deben garantizar la igualdad sustantiva». / co. 3. - «Los tribunales, cualquiera sea su competencia, deben resolver con enfoque de género». L'art. 310, co. 1, riconosce però al contempo i canoni di indipendenza e imparzialità.

Sul controverso rilievo che la «prospettiva di genere», quale criterio interpretativo e applicativo delle disposizioni penali, può assumere in materia di *legittima difesa, stato di necessità e imputabilità*, sul terreno della violenza di genere, cfr. per es. J.P. MATUS, M.C. RAMÍREZ, *Manual de derecho penal chileno. Parte general*, Valencia, 2021, p. 344-5; J.P. MATUS, M.C. RAMÍREZ, *Manual de derecho penal chileno. Parte especial*, Valencia, 2021, p. 74 ss.; R. SÁNCHEZ PÉREZ, *Una revisión de la utilización del síndrome de la mujer maltratada como argumento de defensa de las mujeres que matan a sus parejas*, in A. PERIN (a cura di), *Imputación penal y culpabilidad*, Valencia, 2020, 467; J.P. CASTILLO MORALES, *Legítima defensa, trastorno mental transitorio y violencia contra la mujer*, in *Libro homenaje al profesor Carlos Künsemüller*, Santiago de Chile, 2023; di recente, C. PECORELLA, *Violenza domestica e legittima difesa*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2022/3, p. 1 ss. Sull'uso della «prospettiva di genere» nell'analisi giuridica, E. CORN, *Il femminicidio come fattispecie penale. Storia, comparazione e prospettive*, Napoli, 2017, p. 97 ss.

²⁴ Art. 35, co. 4. - «La educación se rige por los principios de cooperación, no discriminación, inclusión, justicia, participación, solidaridad, interculturalidad, enfoque de género, pluralismo y los demás principios consagrados en esta Constitución. Tiene un carácter no sexista y se desarrolla de forma contextualizada, considerando la pertinencia territorial, cultural y lingüística».

Quanto ai profili costituzionali del diritto punitivo, il testo presentato esprime – forse con maggior convinzione rispetto alla Costituzione del 1980 – la funzione “contenitiva” che ci si aspetta da una carta fondamentale. In quella vigente, infatti, ancorché alcuni principi ricevano espresso riconoscimento (quello di legalità, nell’art. 19, co. 3, n. 8 e 9), altri, come quelli di proporzionalità, colpevolezza/personalità e offensività, sono tutt’al più riconoscibili in via implicita o indiretta e comunque incompleta²⁵.

Nella proposta per una nuova costituzione, invece, oltre all’abolizione della pena di morte²⁶, vanno evidenziate la riaffermazione del divieto di pene crudeli, disumane e degradanti (art. 21, co. 2)²⁷ e l’adozione dell’idea finalistica del reinserimento sociale, anche tramite il riconoscimento di diritti fondamentali alle persone private di libertà (artt. 30, 31, 32, 337, co. 2)²⁸. Sul piano sostanziale si riafferma, con luci e ombre²⁹, il principio di legalità (art. 112) e si accoglie quello di proporzio-

²⁵ Sul mancato riconoscimento di quei principi nella Costituzione del 1980, L. MAYER, J. VERA, *El principio de ofensividad en la nueva Constitución chilena*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2022/1, 63. Quanto, in particolare, al principio di colpevolezza/personalità, alcuni autori hanno inteso la disposizione di cui all’art. 19, co. 3, n. 7 («La ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal») come idonea a riflettere un suo riconoscimento *indiretto* (non si richiama espressamente) e *parziale* (consente al legislatore di prevedere presunzioni di colpevolezza): cfr. M. SOTO, *Una Jurisprudencia histórica: hacia el reconocimiento del “principio de culpabilidad” en el Derecho Penal Chileno*, in *Rev. Der. U. Finis Terrae*, vol. III, 3, 1999, p. 233, 240 ss.; J. NÁQUIRA et al., *Principios y penas en el Derecho penal chileno*, in *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, 2008, p. 1, 15; per altri riferimenti, ancora L. MAYER, J. VERA, *op. cit.*, p. 68 ss.; nonché *infra*, nt. 32.

²⁶ Già eliminata nel 2001 e sostituita dalla pena di *presidio perpetuo calificado* dalla Legge 19.734.

²⁷ «Ninguna persona puede ser condenada a muerte o ejecutada, sometida a torturas, ni penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes».

²⁸ Art. 32, co. 1. - «Toda persona privada de libertad tiene derecho a la inserción e integración social. Es deber del Estado garantizar un sistema penitenciario orientado a este fin (...); in termini simili, l’art. 337, co. 1.

²⁹ Evidenziate da H. HERNÁNDEZ, *Sobre el Derecho penal en tiempos de debate constitucional (editorial de Julio de 2022)*, in *Controversias penales*, 2022.

nalità³⁰. Su quello processuale, inoltre, si configura un «giusto processo» contrassegnato dal riconoscimento di alcune garanzie fondamentali (artt. 109-111), a partire dalla presunzione di innocenza (art. 111, lett. *c*).

Manca, invece, di nuovo, un riferimento al principio di lesività/offensività³¹ e a quello di colpevolezza/personalità, salvo riproporre la formula per cui «no se presume de derecho la responsabilidad penal» (art. 111, lett. *d*)³². Osservazione, anche questa, rilevante ai fini dell'analisi che seguirà.

Sono previsti inoltre degli obblighi di criminalizzazione (sui quali pure torneremo). Un mandato esplicito e inderogabile è posto in materia di «gravi violazioni dei diritti umani» (artt. 15, co. 2 e 24)³³, con l'obbligo di adempiere ai trattati internazionali (art. 15). Altre, numerose disposizioni prevedono doveri di tutela, anche penale, pur concedendo

³⁰ Art. 111. - «Toda persona tiene derecho a las siguientes garantías procesales penales mínimas: (...) i) Ser sancionada de forma proporcional a la infracción cometida».

³¹ Proponevano un suo esplicito riconoscimento, quale «limite cardinale all'esercizio del potere punitivo nello Stato democratico di diritto», L. MAYER, J. VERA, *op. cit.*, p. 64 ss., 72 ss.; per una comparazione fra l'esperienza italiana e quella cilena, C. CABEZAS, *El principio de ofensividad y su relación con los delitos de peligro abstracto en la experiencia italiana y chilena. Un breve estudio comparado*, in *Rev. Der. UCN*, 20/2, 2013, p. 85.

³² Nota criticamente H. HERNÁNDEZ, *Sobre el Derecho penal*, *cit.*, come in luogo del principio di colpevolezza sopravviva quel «malinteso monumentale». Al riguardo, quindi, non v'è nessuna evoluzione rispetto alla Costituzione del 1980 (*supra*, nt. 25).

³³ Art. 15, co. 2. - «El Estado debe prevenir, investigar, sancionar y reparar integralmente las violaciones a los derechos humanos»; art. 24: co. 1.: «Las víctimas y la comunidad tienen derecho al esclarecimiento y conocimiento de la verdad respecto de graves violaciones a los derechos humanos, especialmente cuando constituyan crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra, genocidio o despojo territorial» / co. 2.: «La desaparición forzada, la tortura y otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad, el genocidio y el crimen de agresión son imprescriptibles e inamnistiables» / co. 3.: «Son obligaciones del Estado prevenir, investigar, sancionar e impedir la impunidad. Tales crímenes deben ser investigados de oficio, con la debida diligencia, seriedad, rapidez, independencia e imparcialidad. La investigación de estos hechos no será susceptible de impedimento alguno» / co. 4.: «Las víctimas de violaciones a los derechos humanos tienen derecho a la reparación integral».

spazio alla concreta definizione, su base democratica, della politica criminale³⁴.

Va quindi segnalato il collegamento stabilito fra il divieto di discriminazioni arbitrarie (art. 25) e il dovere dello Stato di adottare le misure necessarie a

corregir y superar la desventaja o el sometimiento de una persona o grupo. La ley determinará las medidas de prevención, prohibición, sanción y reparación de toda forma de discriminación, en los ámbitos público y privado, así como los mecanismos para garantizar la igualdad sustantiva. El Estado debe tener especialmente en consideración los casos en que confluyan, respecto de una persona, más de una categoría, condición o motivo (art. 25, co. 5).

Di seguito, l'art. 27, co. 2, prevede l'obbligo di prendere le misure necessarie al fine di

erradicar todo tipo de violencia de género y los patrones socioculturales que la posibilitan, actuando con la debida diligencia para prevenirla, investigarla y sancionarla, así como brindar atención, protección y reparación integral a las víctimas, considerando especialmente las situaciones de vulnerabilidad en que puedan hallarse.

E l'art. 312, co. 4, rende ancor più esplicito che il sistema di giustizia deve mirare a «prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra mujeres, diversidades y disidencias sexuales y de género, en todas sus manifestaciones y ámbitos».

La proposta per una nuova costituzione esaminata, come si diceva, è stata sottoposta all'approvazione popolare. Questa fase costituente si è però conclusa con una bocciatura netta (l'opzione *rechazo* ha raggiunto il 62%) all'esito del referendum costituzionale celebratosi, con voto obbligatorio, il 4 settembre 2022.

Una nuova fase costituente, avviata da un ulteriore accordo siglato da diverse forze politiche il 12 dicembre 2022 (c.d. *Acuerdo por Chile*),

³⁴ Cfr. per es. gli artt. 53 (prevenzione della violenza), 128 (in materia ambientale), 170 (in materia di corruzione e integrità nell'esercizio delle funzioni pubbliche), 182 (sugli abusi di mercato), 253 (malversazione di fondi pubblici e corruzione), 315 (corruzione giudiziale), 365 (reati contro gli interessi finanziari dello stato).

è in corso nel momento in cui si scrive. Non è possibile, pertanto, prevederne gli esiti. Ad ogni modo, quanto osservato ci consente ora di riflettere sui rapporti fra politica identitaria e cultura della colpevolezza nella definizione del “volto costituzionale” del diritto penale (cileño e non solo).

5. Diritto penale ed eguaglianza sostanziale

Il progetto archiviato per una “nuova costituzione”, facendosi interprete delle istanze politiche favorevoli alla costruzione di uno stato sociale, fondava la sua architettura costituzionale sulla affermazione del principio di “eguaglianza sostanziale”. La sottolineatura è rilevante perché quel medesimo principio, come mostrano alcune disposizioni dell’articolato, era chiamato a sostenere gli obblighi statali di tutela rafforzata nei confronti di determinati gruppi o collettivi tradizionalmente discriminati (con particolare attenzione alla violenza di genere o motivata dall’orientamento sessuale); pertanto, anche l’ulteriore sanzione penale dei *bias-motivated crimes*.

Facciamo allora un passo indietro.

Il dovere dello Stato di adottare azioni positive orientate a ridurre o eliminare le disuguaglianze di fatto diviene un architrave del modello social-democratico che riconosce costituzionalmente il principio di eguaglianza non solo nella sua dimensione formale, “classica” e liberale – per cui ogni persona è *uguale davanti alla legge* –, ma anche nella sua dimensione solidaristica sostanziale³⁵. In questo modo, atteso il

³⁵ Sull’eguaglianza sostanziale, quale espressione di un principio emerso nell’ambito del socialismo democratico, cfr. per es. A. D’ALOIA, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale. Contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale*, Padova, 2002, p. 3 ss., 57 ss.; N. OCCHIOCUPO, *Costituzione e Corte costituzionale. Percorsi di un rapporto genetico dinamico e indissolubile*, Milano, 2010, p. 22 ss.; S. CASSESE, *L’eguaglianza sostanziale nella Costituzione: genesi di una norma rivoluzionaria*, in *Le Carte e la Storia, Rivista di storia delle istituzioni*, 1, 2017, p. 5; C. GIORGI, *L’uguaglianza tra diritto e storia (italiana). Momenti e figure di un principio costituzionale*, in *Costituzionalismo*, 2017/3, p. 54 ss.; nella manualistica, F. DAL CANTO, *I principi fondamentali*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Manuale di diritto costituzionale italiano ed europeo*, Torino, 2021, p. 111, 135 ss.; fra i penalisti, G. DODARO, *Ugua-*

principio di solidarietà³⁶, allo Stato (sociale e democratico di diritto) è attribuito il dovere di correggere le situazioni di *diseguaglianza di fatto*, proprio allo scopo di rendere *effettiva* l'eguaglianza, adottando misure finalizzate a sostenere/favorire chi si trovi in situazioni di svantaggio o fragilità, eliminando gli ostacoli che impediscono il pieno sviluppo della persona e il corretto esercizio dei suoi diritti (allo studio, al lavoro, all'abitazione, all'integrità e alla salute etc.)³⁷.

Questa duplice dimensione del principio di eguaglianza, quella liberale (formale) e quella solidaristica (materiale), si avverte anche nel diritto penale.

Dalla prima, quella formale, discende l'eguaglianza davanti alla legge penale e il divieto di trattamenti iniqui o discriminatori arbitrari (per es., logiche del "tipo di autore"). La seconda, quella sostanziale, aprendo gli occhi dell'ordinamento di fronte alle *diversità di fatto*, consente di calibrare l'intervento punitivo al cospetto di particolari caratteristiche soggettive idonee a condizionare, in particolar modo, la misura della rimproverabilità: per esempio, in ragione del diverso grado di autonomia dell'agente (minore o comunque limitato nella sua autonoma «capacità di intendere e di volere»), che può portare a escludere in tutto o in parte la sua imputabilità; oppure, attesa la sua provenienza culturale o l'estrazione sociale, eventualmente rilevante sul piano del giudizio sull'evitabilità/inevitabilità dell'errore di diritto (in virtù della sentenza della Corte cost. 364 del 1988, che contiene un riferimento esplicito all'art. 3, co. 2, Cost.)³⁸.

gianza e diritto penale. Uno studio sulla giurisprudenza costituzionale, Milano, 2012, p. 9 ss.

³⁶ Affermato, nella Costituzione italiana del 1948, all'art. 2, nel richiedere «l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale».

³⁷ V. l'art. 3, co. 2, Cost. italiana e i riferimenti cit. *supra*, nt. 35. Cfr. l'art. 9, co. 2, della *Constitución española* del 1978, ispirato dal nostro art. 3 e, in letteratura, L. PRIETO, *Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial*, in *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 22, 1995, p. 17, 21 ss.

³⁸ Sul punto, già F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. It.*, XIX, Torino, 1973, 7, p. 54 ss. Saluta con favore quella sentenza, nella dottrina cilena, M. SOTO, *op. cit.*, p. 233 ss.; ma si tratta di un approdo, conviene riconoscerlo, ancora parzialmente disatteso dalla nostra prassi giudiziaria, che tende ad anteporre (anche surrettiziamente) la "tenuta del sistema" disconoscendo l'approdo della Corte costitu-

L'eguaglianza sostanziale può così esprimere effetti disculpanti³⁹, consentendo al giudice di sostenere, attese determinate caratteristiche dell'agente, che non lo si può ritenere – o considerare del tutto – in grado di agire altrimenti, oppure, che una condotta alternativa lecita non gli era (sufficientemente) esigibile, venendo perciò meno, in tutto o in parte, il fondamento stesso della rimproverabilità penale.

Altre volte, il medesimo principio acquisisce la funzione di legittimare forme di intervento penale ispirate dalla necessità di riconoscere una protezione qualificata a categorie di soggetti deboli o vulnerabili, riaffermando però, al contempo, la vigenza dei principi liberali. Per esempio, come ha avuto modo di rilevare la Corte cost. italiana⁴⁰ a margine del noto “caso Cappato”, la *ratio* di tutela sottesa al reato di *istigazione o aiuto al suicidio* (art. 580 c.p. it.) può essere identificata con l'esigenza *egualitaria* ma, al tempo stesso, genuinamente *liberale*, di garantire l'autonomia individuale. Alla *concezione astratta* di una persona razionale che decide autonomamente quando e come porre fine alla propria vita, la Corte contrappone l'*immagine concreta* di una persona – eventualmente – vulnerabile, alla quale lo Stato deve poter prestare aiuto per evitare che il suicidio scaturisca da una scelta eterodeterminata. Attraverso l'art. 580 c.p. it., rileva la Corte, lo Stato «gli crea intorno una “cintura protettiva”, inibendo ai terzi di cooperare in

zionale. Sulla distanza che ancora separa sia il diritto positivo sia quello vivente da un ideale rispetto del canone di colpevolezza/personalità, ampiamente, M.L. MATTHEUDAKIS, *L'imputazione colpevole differenziata. Interferenze tra dolo e colpa alla luce dei principi fondamentali in materia penale*, Bologna, 2020.

³⁹ Per ulteriori riferimenti ai profili del penale, compresi quelli citati nel testo, sui quali l'eguaglianza sostanziale può incidere in senso *disculpante* o *attenuante*, A. D'ALOIA, *op. cit.*, p. 68 ss. C'è poi l'ulteriore – ma contiguo, atteso il principio di proporzionalità – terreno dei criteri generali per la *determinazione della pena*, laddove, oltre che dei *motivi* eventualmente catturati da circostanze attenuanti (v. P. VENEZIANI, *op. cit.*, p. 166 ss.), il giudice deve tenere conto – alla luce del fine rieducativo a cui dovrebbe tendere la pena (art. 27, co. 3, Cost.) – delle «condizioni di vita individuale, familiare e sociale del reo» (art. 133, co. 2, n. 4, c.p. it.).

⁴⁰ Circa la funzione assunta dal principio di eguaglianza nella giurisprudenza costituzionale in materia penale, v. già G. DODARO, *op. cit.*, *passim*.

qualsiasi modo con lui»⁴¹. Trattasi pertanto di un'espressione di paternalismo «indiretto» e «moderato»⁴² di cui lo Stato si fa interprete proprio in base al principio di eguaglianza sostanziale, cioè in virtù del diritto a godere di un regime giuridico differenziato in ragione di uno svantaggio di fatto che ci si propone di attenuare o superare mediante un'azione positiva di tutela rafforzata. Non giustificabile – anzi, contraddittoria – alla luce di quella medesima *ratio* è apparsa invece la parte della disposizione incriminatrice relativa all'*agevolazione materiale*, sulla quale la Corte, in quella vicenda, è intervenuta dichiarandone l'incostituzionalità per difetto di «eguaglianza-ragionevolezza»: in particolare, per l'irragionevole diseguaglianza che si genererebbe tra i soggetti che, in base alla Legge 219/2017, esercitando il diritto al rifiuto delle cure, possono accedere a una morte rapida e quelli che, in considerazione delle loro *particolari condizioni cliniche*, non avrebbero la stessa possibilità⁴³.

⁴¹ Corte cost., Ordinanza 207/2018, §§ 4-6. La Sentenza 242/2019 ribadisce che la legittima finalità del reato di “aiuto al suicidio” consisterebbe nel *proteggere le persone più deboli e vulnerabili che attraversino momenti di grave difficoltà e sofferenza*, evitando che, qualora debbano prendere la decisione estrema e irreversibile di togliersi la vita, subiscano indebite interferenze da parte di terzi. Per altri riferimenti a questo profilo e su questa vicenda, nel contesto di una riflessione sull'autonomia del paziente di fronte al “fine vita” nel diritto cileno, A. PERIN, *El 'derecho a morir con dignidad' y su base axiológica: relevancia y combinación de los principios constitucionales de autonomía e igualdad sustancial en el 'caso Cappato'*, in N. ACEVEDO et al. (a cura di), *La Justicia como legalidad. Estudios en homenaje a Luis Ortiz Quiroga*, Santiago de Chile, 2020, p. 613, 622 ss.

⁴² In termini generali, ci si riferisce al concetto di *soft paternalism* quando si tratta di prevenire comportamenti essenzialmente involontari, ovvero di proteggere le persone dalle proprie azioni non autonome. Cfr. per es. A. CAVALIERE, *Introduzione a uno studio sul paternalismo in diritto penale*, in *Arch. pen.*, 2017/3, p. 1, 12; G. MENDES DE CARVALHO, *Suicidio, eutanasia y Derecho penal. Estudio del art. 143 del Código penal español y propuesta de lege ferenda*, Granada, 2009, p. 1 ss., 17.

⁴³ Poiché, non essendo del tutto dipendenti dalle macchine, la mera interruzione del trattamento li costringerebbe a patire un processo di morte più lento e, forse, più doloroso – ferma restando la possibilità di ricorrere alla sedazione profonda. In *quei casi*, seguendo il ragionamento della Corte, la sanzione dell'*agevolazione materiale* al suicidio si tradurrebbe nella negazione del *diritto del paziente* a «sottrarsi, nel rispetto del proprio concetto di dignità della persona, a un mantenimento artificiale in vita non più

Il duplice pronunciamento della Corte nel “caso Cappato” consente di rilevare come il principio di eguaglianza sostanziale sia in grado di esprimersi al contempo: (i) come *principio solidaristico*, in senso *criminalizzante* (lo Stato fornisce una *tutela penale rafforzata* ai diritti di determinate *categorie di soggetti fragili* – riconoscendo quindi una diseguaglianza di fatto –, potenzialmente esposti a manipolazioni altrui), in virtù di una ragione qualificata di tutela; (ii) come *canone di ragionevolezza* (eguaglianza-ragionevolezza), idoneo a condurre a una parziale *depenalizzazione* (il potere punitivo arretra, valorizzando l'autonomia decisionale di una *sottocategoria dei medesimi soggetti*, consentendo loro di esercitare effettivamente un diritto altrimenti negato)⁴⁴. In fondo, quindi, anche nel secondo versante è il medesimo canone di eguaglianza sostanziale a guidare il giudizio di ragionevolezza: il fondamento *generale* della norma (incriminatrice) non vale più al cospetto delle *peculiari esigenze* di alcuni *casi particolari*, ai quali, grazie alla dichiarazione di parziale incostituzionalità, viene riconosciuto il diritto “compensativo” di ricorrere all’aiuto materiale al suicidio.

La Corte procede in questo modo alla «rimozione degli ostacoli» che limitano di fatto l’eguaglianza delle persone, consentendo di *riequilibrare condizioni di partenza diseguali*.

Il rapporto fra il principio di eguaglianza sostanziale e i principi liberali può invece cambiare in materia antidiscriminatoria, laddove il primo, oltre a esprimere un’esigenza di tutela *selettiva e rafforzata* e, quindi, una funzione criminalizzante, può assumere – a seconda della tecnica di intervento impiegata, come vedremo – anche un ruolo *pre-*

voluta e che egli ha il diritto di rifiutare in base all’art. 32, secondo comma, Cost.» (Corte cost., Ordinanza 207/2018, § 8).

⁴⁴ Questa duplice funzione – di *limite e fondamento* – dell’eguaglianza sostanziale riflette del resto quella che i diritti dell’uomo, «sorti come strumenti “liberali” di garanzia dalla coercizione statale», giocano rispetto allo strumento penale, quando «vengono reinterpretati come fondamento della potestà punitiva»: D. PULITANÒ, *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, p. 484, 495; più di recente, cfr. S. MANACORDA, *«Dovere di punire»? Gli obblighi di tutela penale nell’era della internazionalizzazione del diritto*, in M. MECCARELLI et al. (a cura di), *Il lato oscuro dei diritti umani*, Madrid, 2014, p. 307, 337 ss.; F. VIGANÒ, *La arbitrariedad del no punir. Sobre las obligaciones de tutela penal de los derechos fundamentales*, in *Polit. crim.*, vol. 9, 18, 2014, p. 428, 434 ss.

ponderante rispetto ai secondi, quali garanzie asseritamente rinunciabili in favore di un intervento punitivo spinto e selettivo, orientato al perseguimento di obiettivi di giustizia sociale: segnatamente, il contrasto alle discriminazioni arbitrarie (razziali, xenofobe o di genere, fra le altre). Il diritto penale diviene così un'espressione – talvolta, apertamente antiliberale⁴⁵ – della tendenza a concepire il processo penale, più che come meccanismo di accertamento *fatti colpevoli dei singoli*, come strumento di lotta e di contrasto a *fenomeni di ampia portata*⁴⁶.

Allora possiamo chiederci: (i) fino a che punto, con riguardo ad autori e vittime, l'orizzonte teleologico dell'eguaglianza sostanziale sia in grado di legittimare l'inasprimento delle pene previste per determinati reati o la punibilità di reati propriamente discriminatori; cioè a quali condizioni il compito dello Stato di rimuovere gli ostacoli di ordine sociale all'eguaglianza possa essere svolto attraverso l'esercizio del potere punitivo, anche in base a discriminazioni ragionevoli⁴⁷; (ii) se sia possibile ricavare dal medesimo principio – o da interpretazioni asseritamente evolutive di esso – *obblighi costituzionali di intervento penale* che impongano al legislatore di prevedere reati di lotta alla discriminazione; (iii) infine, se regimi differenziati o diseguali (forme di *discriminazione penale positiva*) possano spingersi al sacrificio delle garanzie

⁴⁵ Cfr. per es. M. BONET, *Derecho penal y mujer: ¿debe ser redefinida la neutralidad de la ley penal ante el género?*, in D. HEIM, E. BODELÓN (a cura di), *Derecho, género e igualdad: cambios en las estructuras jurídicas androcéntricas*, Barcelona, 2010, p. 27, 28-9, sul superamento del principio di eguaglianza formale, a favore di interventi punitivi configurati a partire dall'eguaglianza materiale e dal diritto a non essere discriminati, che legittimerebbero un approccio alla materia penale basato sul «conflitto di genere inerente alla società». Cfr., con maggior prudenza, circa l'idea di riconiugare il rapporto fra eguaglianza formale e sostanziale al fine di prevedere sanzioni differenziate per alcuni reati connessi alla violenza di genere, E. CORN, *Il femminicidio come fattispecie penale*, cit., p. 227-229; L. GOISIS, *op. cit.*, p. 451-452, favorevole a «non scardinare l'attuale impianto *gender-neutral* delle fattispecie del diritto penale classico».

⁴⁶ Cfr., anche con riguardo al diritto penale internazionale, alla giurisprudenza della Corte EDU e al diritto penale dell'Unione europea, F. VIGANÒ, *op. cit.*, p. 434 ss., 438 ss., 444 ss.; S. MANACORDA, *op. cit.*, p. 313 ss., 336 ss.; M. DONINI, *Integrazione europea e scienza penale*, in *disCrimen*, 2020, 1; toccando anche il dibattito sul diritto penale antidiscriminatorio, G. FIANDACA, *Politica, panpenalismo, ddl Zan e nuovi diritti*, in *Il Dubbio* (ripubblicato in *disCrimen*), 3 novembre 2021.

⁴⁷ In argomento, già E. DOLCINI, *op. cit.*, p. 24 ss.

liberali, attesa la necessità di contrastare le disuguaglianze e gli atteggiamenti (i motivi) discriminatori.

6. *Legittimità e limiti del diritto penale antidiscriminatorio*

6.1. *L'eguaglianza come ratio politico-criminale*

Sotto il profilo dell'oggettività giuridica, si può anzitutto riflettere sull'identificazione dell'eguaglianza come fondamento dell'esercizio del potere punitivo attraverso la sanzione dei *bias-motivated crimes* (come tipi autonomi o circostanziali)⁴⁸.

Esaminando la circostanza aggravante per motivi discriminatori prevista dall'art. 12, n. 21, C.p.⁴⁹, si è argomentato che il diritto penale antidiscriminatorio non poggerrebbe in realtà sull'eguaglianza – o il *diritto a non essere discriminati* – quale bene giuridico rilevante⁵⁰. Disvalore e offensività dell'atto discriminatorio starebbero nel disprezzo manifestato *nei confronti delle diversità*. In gioco, insomma, ci sarebbero «differenze, non la eguaglianza delle persone (...)». «La pratica abietta della discriminazione riduce la vittima a uno stereotipo, ricalcandone una caratteristica particolare, mostrando la (...) miopia umana del vittimario»⁵¹.

Questa lettura, apparentemente intesa a discostarci dal piano dell'eguaglianza, non fa che confermare che il disvalore della discriminazione attiene proprio a questo principio⁵². La politica antidiscriminazio-

⁴⁸ Per un'impostazione del problema, nella dottrina cilena, H. HERNÁNDEZ, *Discriminación y Derecho Penal*, in *Rev. Chil. Der. Ciencias Penales*, vol. II, 3, 2013, p. 157, 158 e *passim*.

⁴⁹ *Supra*, nt. 10.

⁵⁰ G. FORNASARI, J.L. GUZMÁN, *op. cit.*, p. 203-204, 208 ss.

⁵¹ G. FORNASARI, J.L. GUZMÁN, *op. cit.*, p. 211-213.

⁵² Come conferma la collocazione degli artt. 604-*bis* e *ter*, c.p. it. (Capo III, Sez. I-*bis*: «Dei delitti contro l'eguaglianza»). Sull'eguaglianza come principio offeso dalla discriminazione, G. DODARO, *op. cit.*, p. 75 ss.; E. CORN, *Il femminicidio come fattispecie penale*, cit., p. 227-229; L. GOISIS, *op. cit.*, p. 237 ss., 240 ss., 251 ss., 275 ss.; A. GALLUCCIO, *op. cit.*, p. 144 ss. (con specifico riguardo al discorso d'odio); L. D'AMICO, *op. cit.*, p. 14 ss. In Cile, F. MALDONADO, *Razón de género, femicidio, cosificación y*

ne fa appello al riconoscimento della *pari dignità* o dell'*eguale valore* delle persone nelle loro *diverse, molteplici e libere identità* – in questo senso, alla dimensione formale dell'eguaglianza –, ponendosi però anche l'obiettivo di superare (eventualmente, reprimere) le condizioni di *disuguaglianza di fatto* provocate, in questo contesto, dai comportamenti consistenti nel «trattare un'altra persona come inferiore in base a una qualche generalizzazione»⁵³; cioè in quanto persona *anziana, disabile, transessuale, migrante* etc., identificata in base a *una caratteristica* elevata a unica rilevante (scatenante il disprezzo discriminatorio).

Il dovere di dare sostegno a chi si trovi in situazioni di svantaggio (cioè a chi appartenga a gruppi storicamente/attualmente discriminati) e di correggere situazioni di disuguaglianza (cioè superare la discriminazione nei loro confronti) verrebbe quindi adempiuto – anche – attraverso la previsione di sanzioni orientate a reprimere comportamenti lesivi così *motivati*. Ed è su questo terreno che, come vedremo in seguito, si osservano diversi modi di valorizzare la dimensione sostanziale dell'eguaglianza.

In sintesi: l'atto discriminatorio offende l'*eguaglianza formale*, cioè l'eguale dignità – *senza distinzione di sesso, di lingua* etc. – di ciascuno; la reazione (eventualmente punitiva) volta a rimuovere o impedire le cause della discriminazione poggia invece sull'idea di *eguaglianza sostanziale*, che, mostrando le differenze, consente di intervenire al fine di rimuoverle, differenziando eventualmente l'azione positiva di sostegno alle persone discriminate.

Queste precisazioni, insieme a quanto esposto circa il rilievo dell'eguaglianza sostanziale nel diritto penale in generale, sono più rilevanti di quanto possa sembrare a prima vista, poiché, come capiremo,

negación de la personalidad (artículo 390 ter N°1 del Código Penal), in C. SCHEECHLER (a cura di), *El delito de femicidio en la legislación chilena*, Santiago de Chile, 2021, 153, p. 161-3, rispetto all'ipotesi particolare del *femicidio (infra)*, rileva che sotteso al «motivo di genere» vi è non soltanto un trattamento discriminatorio e pertanto diseguale, ma soprattutto un ulteriore elemento di disprezzo nei suoi confronti, in quanto intesa come persona inferiore, sottomessa al volere e al servizio dell'uomo; insomma, un'autentica *cosificación* della donna che si manifesta – spesso, con violenza – proprio quando è vista come colpevole di insubordinazione.

⁵³ G. FORNASARI, J.L. GUZMÁN, *op. cit.*, p. 197.

consentono di cogliere alcune contraddizioni in cui può incorrere, se non opportunamente bilanciato, il diritto penale antidiscriminatorio.

6.2. *L'eguaglianza sostanziale come fonte di un obbligo generale di tutela penale?*

6.2.1. *Obblighi costituzionali di tutela penale*

Atteso il riconoscimento dell'eguaglianza, nella sua duplice dimensione formale (egual valore e dignità delle differenze, divieto di discriminazione) e sostanziale (legittimante azioni positive volte a rimuovere gli ostacoli alla pari dignità), possiamo chiederci se possano da esso ricavarsi obblighi costituzionali, diretti o indiretti, di intervento penale.

In materia di *gender-based bias crimes*, l'esistenza di obblighi di criminalizzazione basati sull'eguaglianza sostanziale è stata sostenuta argomentando che il principio sarebbe idoneo a riflettere l'«ampio consenso» esistente circa il carattere strutturale della discriminazione nei confronti delle donne nella società contemporanea e la loro condizione di «svantaggio nei confronti dei loro compagni di specie *uomini*»⁵⁴.

In termini generali, va rilevato che accettare l'esistenza di obblighi costituzionali significa avallare un certo modo, per nulla scontato, di intendere il rapporto tra diritto penale e Costituzione: a quest'ultima si richiede non soltanto di *limitare* l'esercizio del potere punitivo, eventualmente *legittimandolo*⁵⁵, ma anche di *imporre* la previsione di san-

⁵⁴ Così, per es., M. BONET, *op. cit.*, p. 28 ss., a proposito dell'esperienza spagnola (segnatamente, la disciplina di cui agli artt. 153 e 173, C.p. spa.) e con particolare riguardo alla sent. del *Tribunal Constitucional* spagnolo 59/2008, del 14 maggio 2008. Criticamente, M. POLAINO-ORTS, *La legitimación constitucional de un Derecho penal sui generis del enemigo frente a la agresión a la mujer. Comentario a la STC 59/2008, de 14 de mayo*, in *InDret*, 2008/3, p. 15 ss. Prudente, quanto alla configurabilità di obblighi di criminalizzazione, richiedendo il sostegno integrativo delle indagini criminologiche, L. GOISIS, *op. cit.*, p. 255.

⁵⁵ Nell'ambito della "teoria generale" di F. BRICOLA, *op. cit.*, la Costituzione definirebbe non solo i «margini di manovra» della politica democratica, ma anche, in termini positivi, il «volto costituzionale» dell'illecito penale. Dobbiamo però ricordare che non si trattava di obblighi di criminalizzazione, prospettandosi un programma politico-criminale di riduzione dell'intervento criminale. Cfr. M. DONINI, *L'eredità di Bricola e il*

zioni penali. In tal senso, il potere della Costituzione di vincolare la discrezionalità del legislatore penale (la politica-criminale in senso stretto) viene sostenuto attraverso il riconoscimento di interessi sicuramente meritevoli di tutela penale; beni giuridici la cui offesa non ammette l'astensione dell'intervento repressivo, poiché verrebbe percepita come *impunità*. L'obbligo costituzionale s'identifica così, in termini evidentemente problematici, con una *presunzione di assenza di ragioni di sussidiarietà*, un limite rigido alla loro sostenibilità politica.

Oltre che sull'eventuale previsione di doveri espliciti⁵⁶, in questo contesto è utile soffermarsi sul controverso riconoscimento, per via interpretativa, di obblighi costituzionali "impliciti" o "indiretti" di penalizzazione.

Storicamente, come noto, la vigenza di un particolare obbligo implicito di tutela penale è stata sostenuta contro la depenalizzazione dell'aborto, quando, a partire dagli anni Settanta, diversi Paesi adottarono riforme per consentire, a determinate condizioni (termini e/o motivi, a seconda del modello), l'interruzione volontaria di gravidanza. Ciò spinse i settori più conservatori – spesso adesi a determinati valori religiosi

costituzionalismo penale come metodo. Radici nazionali e sviluppi sovranazionali, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2012/2, 51, p. 54-55, 66 ss.; H. HORMAZÁBAL, *Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho. El objeto protegido por la Norma Penal*, Santiago de Chile, 2006, p. 106 ss., 111 ss., 114, con attenzione alle critiche della dottrina posteriore a Bricola e rispetto all'opportunità di intendere la Costituzione come un «sistema aperto» che lasci spazio a un «processo politico libero»; M. DURÁN, *El planteamiento teleológico constitucional de la Escuela de Bologna y la obra de Franco Bricola como antecedentes históricos y metodológicos de la noción de Derecho penal constitucional*, in *Rev. Der. UCN*, vol. 20, 2, 2013, p. 305, 307 ss.; l'affresco di F. LONDOÑO, *Il 'romanico' nella dogmatica penale italiana del XX Secolo. Note al 'fatto' di Delitala, alla 'discrezionalità' di Bricola e all' 'azione' di Marinucci*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, vol. 62, 4, 2019, p. 1943, 1950 ss.

⁵⁶ Quali per es. quello previsto dall'art. 13, co. 4, della Cost. Italiana (al riguardo, C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, Pisa, 2009, p. 90); o quelli previsti dagli artt. 45, co. 3 e 46 della Cost. spagnola; cfr. inoltre *supra* (§ 4), i doveri di tutela previsti dalla proposta (respinta) di una nuova costituzione per il Cile. La vigente Costituzione del 1980 prevede obblighi di criminalizzazione all'art. 9 (in materia di terrorismo) e all'art. 79 (in materia di responsabilità dei giudici per corruzione e abuso di funzioni).

– a ricorrere all’argomento della necessaria tutela penale della vita, quindi anche della vita del concepito⁵⁷.

Simili posizioni hanno segnato anche il dibattito pubblico e parlamentare che, in tempi recenti, ha portato all’approvazione della vigente disciplina cilena in materia di interruzione volontaria di gravidanza (Legge 21.030 del 2017, che modifica l’art. 344, C.p.)⁵⁸. Sul versante conservatore, l’appiglio contro la depenalizzazione è stato individuato nell’art. 19, n. 1(2), della *Constitución Política* del 1980 (*supra*), cioè nella disposizione secondo cui «La ley protege la vida del que está por nacer». Si è sostenuto che il testo costituzionale avrebbe riconosciuto il «diritto alla vita» del concepito, alla stessa stregua del diritto alla vita della persona⁵⁹; pertanto, la Costituzione avrebbe riconosciuto anche il suo «diritto a non essere ucciso arbitrariamente», portando con sé l’obbligo dello Stato di reprimere qualunque offesa o minaccia alla sua vita; quindi, qualunque fatto di aborto volontario⁶⁰.

Tuttavia, contro questa interpretazione del (vigente) testo costituzionale è stato rilevato che la «protezione» riservata al nascituro non contiene affatto il riconoscimento di un suo diritto soggettivo alla vita; quel dovere di tutela stabilisce soltanto un «interesse oggettivo di rango costituzionale», la cui salvaguardia, non potendo essere assoluta, può e deve essere bilanciata con altri beni e interessi concorrenti ed eventualmente prevalenti.

⁵⁷ In argomento, cfr. per es. K. TIEDEMANN, *Constitución y derecho penal*, in *Rev. esp. der. const.*, vol. 2, 33, 1991, p. 165; C. PAONESSA, *op. cit.*, p. 102 ss.; S. MANACORDA, *op. cit.*, p. 311 ss.

⁵⁸ In estrema sintesi, la riforma del 2017 consente l’interruzione di gravidanza in ipotesi di: 1) pericolo per la vita della gestante, 2) patologia del feto incompatibile con la vita, 3) gravidanza provocata da violenza sessuale. Anche per altri riferimenti, sia consentito il rinvio ad A. PERIN, *L’interruzione di gravidanza in Cile (1874-2023): profili penali e costituzionali*, in *Rivista di BioDiritto*, 2023/1s, p. 489.

⁵⁹ Contemplato nel n. 1 della medesima disposizione: «La Constitución asegura a todas las personas (...) El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona».

⁶⁰ Dal 1931 al 1989, in Cile era consentito l’aborto terapeutico (in base all’art. 226 del *Código sanitario* del 1931 e poi dell’art. 119 del *Código sanitario* del 1968). Sul finire della dittatura, però, la Legge 18.826, del 15 settembre 1989, riformò in questi termini l’art. 119: «No podrá ejecutarse ninguna acción cuyo fin sea provocar un aborto».

Questa conclusione poggia anche sul rilievo secondo cui lo stesso art. 19 (co. 1, n. 1, *Const.*) assicura protezione al «derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona», pertanto, anche alla gestante, offrendo così un controargomento idoneo a contestare la tesi secondo cui la Costituzione avrebbe implicitamente imposto la sanzione di qualunque interruzione volontaria di gravidanza.

6.2.2. Segue. *Obblighi sovranazionali di tutela penale antidiscriminatoria: il caso del “femminicidio”*

Questioni per certi versi diverse si pongono riguardo agli obblighi di criminalizzazione di fonte sovranazionale, stabiliti in virtù del diritto internazionale e per la cessione di quote di sovranità da parte degli Stati, attesa la necessità di prevedere standard comuni o “norme minime” – anche in materia di tutela penale – nel mondo globalizzato e/o all’interno del medesimo spazio di libera circolazione di persone, prodotti e servizi. Soprattutto riguardo ad alcune forme di criminalità di carattere transnazionale (si pensi, per esempio, al diritto penale dell’economia, compresa la tutela dell’ambiente, alla tutela della salute pubblica e del cyberspazio), la principale ragione alla base dell’esigenza di perseguire un maggior grado di uniformità legislativa risiederebbe nell’idea secondo cui – in estrema sintesi – la previsione di livelli di tutela penale troppo eterogenei tra i Paesi appartenenti allo stesso spazio politico ed economico favorirebbe correnti di “esportazione” e “importazione” di criminalità dall’uno all’altro, a discapito di interessi ritenuti politicamente essenziali, o inevitabilmente condivisi, nell’ottica della costruzione di uno spazio giuridico comune.

Sul terreno del diritto internazionale dei diritti umani – e della tutela della vita in particolare –, valgono ulteriori valutazioni di politica penale, assumendo rilievo principale la necessità di assicurare standard minimi di tutela in contesti in cui ciò, storicamente, è avvenuto – o avviene tuttora – con (maggiori) difficoltà. Anche così si spiega la previsio-

ne, da parte della *Convención de Belém do Pará* (1995)⁶¹, di un dovere degli Stati-parte di inserire

in their domestic legislation penal, civil, administrative and any other type of provisions that may be needed to prevent, punish and eradicate violence against women and to adopt appropriate administrative measures where necessary (art. 7, lett. c)⁶².

È però necessario domandarsi fino a che punto una simile previsione sia in grado di stabilire un obbligo diretto di criminalizzazione. L'estrema varietà delle soluzioni adottate nei diversi Paesi (in America Latina) mostra infatti come spetti inevitabilmente alla politica interna il compito di definire profili fondamentali di tipizzazione quali, in modo particolare: (i) la natura della fattispecie, *autonoma* o *circostanziale*; (ii) il soggetto attivo e la vittima, con riguardo al *sex* o al *genere* di entrambi (qualità diverse – una fattuale, l'altra culturale – ma spesso confuse); (iii) e, soprattutto, la definizione del *motivo discriminatorio* rilevante (il *motivo di genere*) e delle sue condizioni di accertamento per l'applicabilità del regime sanzionatorio aggravato rispetto all'omicidio comune.

Il *quomodo* dell'adempimento, sotto il profilo della tecnica normativa, attese anche specifiche esigenze sistematiche, rientra insomma nella disponibilità del legislatore interno. Pertanto, l'obiettivo generale di prevedere «norme penali (...) necessarie a prevenire, punire e sradicare

⁶¹ *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer*, sottoscritta il 9 giugno 1994 a Belém do Pará, in Brasile.

⁶² Cfr., tempo prima, senza un esplicito riferimento a quella forma particolare di discriminazione data dalla violenza sulle donne, l'art. 5, lett. a), della *Convenzione per l'eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne* (CEDAW, 18 dicembre 1979). Nel contesto europeo, più di recente, senza esplicito riferimento al «femminicidio», l'art. 35 della *Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica* (Istanbul, 2011). Su questi approdi a livello internazionale, altri riferimenti e con particolare riguardo al ruolo assunto dalla *Convención de Belém do Pará* in America Latina, E. CORN, *Il femminicidio come fattispecie penale*, cit., p. 85 ss., 93 ss.; L. GOISIS, *op. cit.*, p. 350 ss. e 449 ss., sulle norme del sistema penale italiano idonee a “coprire” anche l'omicidio femminile, attesa l'assenza di una fattispecie autonoma o di un'aggravante specifica: in particolare, le ipotesi aggravate ex art. 576, co. 1, n. 5, 5.1 c.p. it.; l'art. 577, co. 1 (n. 1), co. 2 e co. 3, c.p. it.

la violenza contro le donne (...)» potrebbe essere assolto anche mediante la previsione di un delitto di “femminicidio” del tutto equivalente al classico omicidio, qualora ciò venga inteso come (necessario e) sufficiente, sul piano sostanziale e sanzionatorio, ad affrontare – prevenire e reprimere – *anche* il fenomeno della violenza di genere (come di qualunque altro attentato alla vita umana)⁶³. Questo era, non a caso, il modello di disciplina cileno precedente alla riforma della Legge 21.212 del 2020, criticato da alcuni proprio perché il “nuovo” reato restava in realtà identico, salvo che nel *nomen iuris*, al delitto di *parricidio* (*infra*, § 7.1).

6.3. Tensioni fra le garanzie liberali e la politica-penale identitaria

Sul piano interpretativo-applicativo, in materia di contrasto alla violenza di genere è emersa da tempo anche la necessità di evitare disparità di trattamento arbitrarie tra uomini e donne legate all’applicazione di attenuanti o esimenti indotta da pregiudizi di genere sottotraccia. Il problema, che si riferisce soprattutto ai delitti c.d. “passionali”, è oggetto di dibattito anche in Italia⁶⁴.

Tuttavia, nemmeno l’obiettivo di ripulire lo spazio della discrezionalità giudiziale da stantie precomprensioni impone determinate soluzioni in luogo di altre, come si dirà più avanti a proposito dell’art. 390-*quinquies*, C.p.

Atteso quindi che il *quomodo* della strategia antidiscriminatoria è una questione di politica penale democratica, si tratta di riflettere sui limiti opponibili a determinate scelte statuali.

⁶³ Questione in parte diversa è che, oltre all’adeguata criminalizzazione e sanzione preventiva (anche in termini di proporzionalità della pena), il diritto punitivo provveda poi anche a un’effettiva persecuzione e sanzione di determinati delitti. F. VIGANÒ, *op. cit.*, p. 434 ss., 452 ss.

⁶⁴ Cfr. per es. l’evoluzione ondivaga della giurisprudenza italiana sulla “gelosia”, fra rilievo aggravante e attenuante, indicata da A. MELCHIONDA, *Omicidio e assoluzione «per gelosia». Dai motivi aggravanti, alle psicopatie invalidanti, nel focus delle «impugnazioni mediatiche»*, in *Arch. pen.*, 2021/1, 1, p. 4 ss.

Le garanzie in rilievo sono principalmente le seguenti:

- (1) il principio di *eguaglianza formale* (cioè l'impianto *gender-neutral* del diritto penale classico): riguardo alle fattispecie, autonome o circostanziali, volte a sanzionare più gravemente atti commessi da determinate classi di agenti e/o nei confronti di certe categorie di vittime;
- (2) il principio di *offensività*: quanto al maggior disvalore oggettivo delle condotte spinte da motivi discriminatori;
- (3) il principio di *colpevolezza*: “a monte”, circa il maggior disvalore soggettivo assegnabile ai motivi a cui sia giuridicamente attribuito un significato etico-sociale negativo (ovvero, l'equazione: *motivo abietto* = *maggior colpevolezza* = *aumento proporzionale della pena*); “a valle”, rispetto alla presunzione, in base a massime di esperienza e indicatori circostanziali tipici, del motivo discriminatorio (eventualmente) rilevante.

Il rilievo riconosciuto a queste garanzie, strettamente correlate tra loro sul piano della definizione dello statuto costituzionale del diritto penale, va valutato anche alla luce del senso o delle funzioni della pena (retributiva o preventiva-comunicativa, riparativa, o puramente simbolica) idonea a giustificare il ricorso al diritto penale⁶⁵.

6.3.1. *Quali i limiti della discriminazione punitiva ragionevole?*

Riguardo al principio di *eguaglianza formale*, l'interrogativo che si pone è se consentire o meno di ricorrere a forme punitive di *discriminazione positiva* (o *alla rovescia*): è legittimo prevedere regimi differenziati o diseguali, in ragione delle disuguaglianze “strutturali” (sociologiche, *generali*) che si intendono superare per mezzo della pena (diretta a sanzionare *responsabilità individuali*)? È corretto – e, se sì, fino a che punto – sostenere che alcune discriminazioni sarebbero così «presenti e radicate nella società da giustificare un trattamento differenziato in ambito penale»⁶⁶?

⁶⁵ In argomento, L. GOISIS, *op. cit.*, spec. p. 181 ss., esplicita nel rigettare il (mero) simbolismo punitivo.

⁶⁶ E. CORN, *Un nuevo tipo penal de femicidio en un nuevo Código Penal para Chile*, in *Rev. Der. (Austral)*, vol. XXVIII, 1, 2015, p. 193, 212-213.

In tale prospettiva, da un lato, la condizione di fragilità o discriminazione sofferta dal gruppo di appartenenza della *vittima* potrebbe richiedere – e giustificare – una risposta sanzionatoria qualificata, cioè una reazione repressiva più severa (e una forma di tutela rafforzata: *ex ante*, se ne assume l'efficacia preventiva; *ex post*, in via meramente simbolica-comunicativa)⁶⁷; dall'altro – profilo più problematico –, la categoria generale a cui è ascritto l'agente potrebbe essere ritenuta idonea a circoscrivere un *tipo di autore*.

A queste due questioni, attinenti all'equilibrio fra la dimensione materiale e quella formale dell'eguaglianza in materia penale, corrispondono in effetti diversi modelli di diritto penale antidiscriminatorio. Schematicamente: (i) quello rappresentato dalle aggravanti per motivi discriminatori, rispetto alle quali la tutela rafforzata si rivolge a certe *categorie di vittime*, a prescindere dal soggetto attivo; (ii) quello in cui l'aumento di pena è associato a una fotografia criminologica qualificata anche dalla *classe dell'autore* (per es., in alcune configurazioni del "femminicidio" come fattispecie autonoma).

Contro un modello punitivo che discrimini il *tipo di autore* legittimandosi sul terreno dell'eguaglianza sostanziale si potrebbe ricordare che, in un sistema basato sulla libertà personale come valore preminente, la mera percezione sociale del disvalore morale di un fatto alla luce di *chi* lo commette (di una sua caratteristica qualificante, eventualmente rilevante sul piano criminologico) non dovrebbe consentire di tracciare discriminazioni legittime⁶⁸. Le percosse subite da una donna dovrebbero essere altrettanto gravi sia che provengano dal suo compagno che dalla sua compagna.

Chi sostiene strategie punitive "positivamente discriminatorie" ritiene invece di poter sacrificare la neutralità del diritto penale classico, distinguendo anche fra tipi criminologici di autore. Inasprire le pene nei confronti dei «delinquenti per tendenza» risponderebbe all'esigenza di riequilibrare per mezzo della pena rapporti strutturalmente diseguali, rendendo più visibili fenomeni particolarmente intollerabili. In que-

⁶⁷ In argomento, di nuovo le riflessioni di E. DOLCINI, *op. cit.*, p. 24 ss.

⁶⁸ P. CASTILLO MONTT, *Problemas dogmáticos y político-criminales del tratamiento penal del femicidio en Chile*, in *Actual. Jur.*, 41, 2020, p. 167, 174.

st'ottica, quindi, le percosse del compagno sarebbero più riprovevoli in quanto espressioni di violenza di genere.

Vista la questione in questi termini, lo scenario della discussione sui limiti del legittimo esercizio del potere punitivo cambia: l'interrogativo che si pone, infatti, non è più come coniugare esigenze di tutela rafforzata con le inamovibili garanzie classiche, ma fino a che punto l'eguaglianza sostanziale, declinata sul piano della lotta alla discriminazione, possa consentire di giustificare eccezioni funzionali – di scopo – ai principi liberali.

6.3.2. *Agire per “motivi abietti” rende necessariamente più colpevoli?*

La disciplina del *femminicidio*, che esamineremo tra poco, mostra una certa tendenza ad avallare una sostanziale presunzione del *motivo discriminatorio* associato all'inasprimento della pena (*infra*, § 7.2). Tuttavia, a monte del problema probatorio è già discutibile – per quanto, come noto, non rappresenti una novità sul piano del diritto positivo – la sottintesa equazione concettuale secondo cui: *motivo abietto* (per es., un *motivo discriminatorio*) = *maggior colpevolezza* = *aggravamento della pena*⁶⁹.

Secondo autorevole dottrina, il fondamento della possibilità di attribuire rilievo aggravante ai motivi ai quali sia *giuridicamente* attribuito un valore *etico-sociale* negativo – luogo del sistema in cui si coglie il «rapporto di implicazione» tra morale e diritto penale⁷⁰ – starebbe nella concezione normativa della colpevolezza, idonea, in quanto tale, a consentire una *graduazione* della rimproverabilità in base a parametri ge-

⁶⁹ In argomento, in senso tendenzialmente favorevole, P. VENEZIANI, *op. cit.*, spec. p. 114 ss.

⁷⁰ P. VENEZIANI, *op. cit.*, p. 166 ss., sulla rilevanza giuridica, attenuante o aggravante, attribuita al *valore etico-sociale dei motivi*: esempio paradigmatico, l'aggravante per aver agito «per motivi abietti o futili» (art. 61, n. 1, c.p. it.), non altrimenti disciplinati (cfr. l'attuale art. 604-ter c.p.), che vengono in gioco nei *bias-motivated crimes*, nonché l'art. 133, co. 2, n. 1, c.p. it., che in materia di commisurazione della pena include tra i fattori da cui desumere la «capacità a delinquere del colpevole» anche i suoi «motivi a delinquere».

neralizzanti calati nel contesto dell'azione⁷¹. Al riguardo, si ripropone l'esempio di Frank (le appropriazioni indebite del cassiere – mosso da motivi futili – e del portavalori – mosso da motivi socialmente comprensibili), per rammentare la ragione dogmatica per cui la colpevolezza connotata da motivi *lato sensu* “abietti” potrebbe essere ritenuta comparativamente più grave; e cioè la *stessa ragione* che consente di attribuire rilevanza in senso inverso, attenuante o scusante, alle c.d. «circostanze concomitanti» idonee a rendere meno esigibile o inesigibile la condotta alternativa lecita (per es., le circostanze economiche avverse che *motivano* il portavalori a commettere il reato; mentre il cassiere, in buona posizione ma dedito a svaghi costosi, non aveva *buoni motivi* per agire illecitamente).

La sostenibilità di questo ragionamento può essere però approfondita ed eventualmente contestata. Dietro l'apparente forza “motivante” dei fattori contestuali ai quali ci si riferisce generalmente, in quanto idonei a generare una «pressione» e quindi un «processo motivazionale quale dato psichico effettivo»⁷², si scorge un elemento di disvalore normativo assimilabile a una “colpa” aggiuntiva rispetto al dolo che copre la condotta tipica: nel caso di quel cassiere, questa “colpa” risiederebbe

⁷¹ Cfr. P. VENEZIANI, *op. cit.*, p. 187 ss., spec. 194 ss., 198 ss. (con particolare riferimento alle circostanze attenuanti e aggravanti), 204 ss., in profondità, sulla ritenuta idoneità della colpevolezza normativa a consentire una *valorizzazione dei motivi* – a cui è giuridicamente attribuito valore etico-sociale – sul piano del *quantum* della responsabilità (e quindi della pena). Circa la possibilità di valorizzare, sul piano della colpevolezza, i *motivi dell'azione* e le circostanze in cui essa si realizza, adottando sulla relazione fra l'individuo e le aspettative valide *erga omnes* una prospettiva di tipo dinamico e valutativo, nella manualistica, G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2019, p. 336-337; con specifico riguardo ai motivi discriminatori, G. FORNASARI, J.L. GUZMÁN, *op. cit.*, p. 213, 218-220, 223-224 («la motivazione tocca il problema principale della colpevolezza» ed è pertanto «criterio imprescindibile per stabilirne il grado»), E. DOLCINI, *op. cit.*, p. 33 ss., con specifico riferimento ai «motivi fondati sull'omofobia o la transfobia», per il quale dovrebbe ritenersi del tutto pacifico il valore aggravante di determinate componenti soggettive (come *ex art.* 61, n. 1, c.p. it.).

⁷² P. VENEZIANI, *op. cit.*, p. 206, 303 ss.; l'A. si sofferma proprio sul rapporto fra il *motivo* – quale «ragione per agire» («ciò che spinge ad agire» in un certo modo) – e la componente volontaristica del *dolo*, di cui il primo costituirebbero la base. Sul principio di inesigibilità, per tutti, G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Padova, 1990.

nel *non aver agito come ci si potrebbe attendere dal cassiere-modello*, dato che per *uno come lui*, nella *sua situazione*, sarebbe stato più facile, *date le circostanze*, resistere alla tentazione di appropriarsi indebitamente del denaro posseduto; era *maggiorante motivabile dalla norma penale*, gli era quindi *più esigibile agire correttamente*⁷³.

Mutatis mutandis, il rilievo aggravante dei motivi abietti si baserebbe, (i) oltre che sul disvalore etico-sociale degli stessi, (ii) sulla possibilità di vincerli e di determinarsi in base a motivi alternativi: in fondo, la classica *possibilità di agire altrimenti*, di farsi motivare dal diritto, una spiegazione dogmatica discussa proprio sul piano *stricto sensu* morale – del nucleo della “moralità” che poggia sulla libertà individuale –, in ragione dell’impossibilità logica di renderci davvero responsabili (colpevoli) per *chi siamo*⁷⁴.

⁷³ V. lo stesso P. VENEZIANI, *op. cit.*, p. 157 ss., sul giudizio di *maggior rimproverabilità* che si effettua mediante un confronto dei dati psichici motivazionali «con la (*astratta motivabilità*) di un agente-modello, ossia valutando come si sarebbe motivato un agente modello «calato» nella situazione in cui si è venuto a trovare l’agente concreto, traendone conseguenze (...) che attengono – per il tramite della graduazione della colpevolezza – alla graduazione della pena (...)». Puntualizza quindi l’A., *ivi*, p. 208, che «la “normale motivazione” non è (...) da intendere alla stregua di un dato psichico-fattuale: appartiene alla sfera più propriamente normativa (...), richiama una figura di agente standardizzata, che diviene utile per valutare la concreta motivazione (dato psichico effettivo) dell’autore»; «(...) per stabilire cioè (...) se sarebbe stata possibile una motivazione normale» (inoltre *ivi*, p. 270 ss., sulle scusanti in generale). Cfr. altresì, nella giurisprudenza cilena, la sent. *Corte de Apelaciones de La Serena*, del 31 maggio 2016, commentata da J.P. MAÑALICH, *¿Arrebato y obcecación pasionalmente considerados como atenuante por un femicidio frustrado?*, in *Rev. Ciencias Penales*, vol. XLIII, 4, 2016, 302, la quale, nel riprendere la dottrina sulla circostanza attenuante degli stati d’ira (*ex art. 11, n. 5, C.p.*), si riferisce espressamente a una valutazione che poggia su di un parametro oggettivo di agente (v., al riguardo, ulteriori annotazioni, *infra*, nt. 102-103). In generale, sul tenore *generalizzante* della «inesigibilità», quale categoria di giudizio riferita a un parametro *oggettivo* ma *contestualizzato* (quindi *concreto*, non *personale*), A. PERIN, *Prudenza, dovere di conoscenza e colpa penale. Proposta per un metodo di giudizio*, Napoli, 2020, p. 341 ss. Sulle ipotesi miste dolo-colpa, l’indagine di M.L. MATTHEUDAKIS, *op. cit.*, *passim*.

⁷⁴ Su questa discussione, enorme, v. per es. la posizione radicale di G. STRAWSON, *The impossibility of moral responsibility*, in *Philos. Studies*, vol. 75, 12, 1994, p. 5, intesa a negare la possibilità logica di accettare un’idea di volontà “libera” in quanto sospesa in una specie di vuoto eziologico. L’impossibilità della responsabilità morale

La questione, di enorme portata, andrebbe approfondita ulteriormente ma, nell'economia della presente riflessione, basti aver evidenziato il rischio di confondere *completamente* la colpevolezza *per il fatto* con quella *d'autore*, specie qualora si tratti di «circostanze personalistiche» che riguardano l'agente, pur in rapporto al fatto realizzato, quale quella dei «motivi abietti o futili»⁷⁵.

6.3.3. *L'atto discriminatorio è più offensivo?*

Qualora non trovi un fondamento convincente sul piano della colpevolezza, il *quid pluris* sanzionatorio potrebbe riflettere proporzional-

deriva dall'impossibilità per ciascuno di essere *causa sui*, di determinare la propria identità e pertanto il proprio modo di agire. L'argomento riprende idee già espresse fra gli altri da Nietzsche e Schopenhauer e trova del "compatibilismo" un modo di coniugarsi con il principio di responsabilità personale. Cfr. J.P. MAÑALICH R., *Determinismo, autonomía y responsabilidad penal*, in U. KINDHÄUSER, J.P. MAÑALICH (a cura di), *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*, Montevideo-Buenos Aires, 2011, 181, p. 190 ss.; M. DONINI, *Responsabilità e pena da Kant a Nietzsche. La decostruzione del rimprovero*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, vol. 63, 4, 2020, p. 1699; A. PERIN, *Prudenza, dovere di conoscenza e colpa penale*, cit., p. 374 ss., anche nell'ottica della «sorte morale» (*moral luck*); F. COPPOLA, *The Emotional Brain and the Guilty Mind. Novel Paradigms of Culpability and Punishment*, Oxford-New York-Dublin, 2021, p. 14 ss.; E. DEMETRIO CRESPO, «*Compatibilismo umanista*»: una proposta per conciliare le neuroscienze e il diritto penale, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, vol. 65, 2, 2022, p. 645.

⁷⁵ P. VENEZIANI, *op. cit.*, p. 201 ss., riconosce che la normativizzazione della colpevolezza (intesa quindi come un *quid* che tende sempre più a trasferirsi «dalla testa dell'autore del fatto nella testa di chi è chiamato a giudicarlo», citando l'efficace passo di E.H. Rosenfeld inteso a raffigurare il carattere *valutativo* della colpevolezza) può «prestarsi a manipolazioni ideologiche o a strumentalizzazioni illiberali, forme di colpevolezza d'autore e di non troppo vaga coloritura eticizzante» (*ivi*, p. 158, 169 ss.). Cfr. L. D'AMICO, *op. cit.*, p. 32 ss., in termini problematici anche riguardo ad alcune letture giurisprudenziali. Nella dottrina cilena, critico (o in attesa di un argomento convincente) rispetto alla possibilità di stabilire un nesso fra *motivi riprovevoli e maggior colpevolezza*, per il rischio di cadere in un diritto penale d'autore, H. HERNÁNDEZ, *Discriminación y Derecho Penal*, cit., p. 160-161. Nel contesto angloamericano, per visioni opposte, cfr. per es. A. DILLOF, *op. cit.*, p. 1017 ss., 1063 ss., 1081, nel contestare che il "motivo" possa rilevare sul piano di una più grave *mens rea*; D. KAHAN, *Two liberal fallacies in the hate crimes debate*, in *Law and Philosophy*, vol. 20, 2001, p. 175, 182-183.

mente il maggior disvalore oggettivo dell'atto discriminatorio sul terreno dell'offensività. Da questo punto di vista, però, la difficoltà maggiore sta nel giustificare perché un fatto che lede lo *stesso bene giuridico* (la vita umana) e nella stessa misura (eventualmente, del tutto) debba essere considerato più grave in considerazione del motivo qualificante.

Anche qualora il motivo discriminatorio fosse oggetto di un accertamento rigoroso (*infra* § 7.2), la difficoltà concettuale persisterebbe attesa la lettura superindividuale, sostenuta in materia di *bias crimes*, secondo la quale l'aggravamento della pena sarebbe legittimo a due condizioni: (i) l'appartenenza della vittima a un gruppo discriminato e socialmente percepito come tale; (ii) l'idoneità del fatto a provocare, negli altri membri di quel medesimo gruppo, o nell'intera società, il fondato timore di cadere vittime dello stesso delitto o analoghe forme di violenza, oltre alla maggior incidenza negativa, in termini emotivi e psicologici, sia nel singolo che nel gruppo discriminato⁷⁶.

La difficoltà concettuale risiede nella differenza radicale fra la logica criminologica e quella penalistica, cioè fra rilevazioni generalizzanti e accertamenti particolari e individualizzanti. Insomma: fra fenomeni e casi; fra statistica e responsabilità personale.

A rigore, volendo che quella dannosità superindividuale o qualificata si rifletta in un *quid pluris* sanzionatorio, il proporzionale elemento di offensività – un disvalore aggiuntivo di evento o di pericolo concreto – dovrebbe rilevare quale elemento di tipicità ed essere accertato in relazione al fatto singolo⁷⁷.

Tuttavia, le fattispecie autonome o circostanziali discriminatorie, come è stato osservato a proposito dell'aggravante generale di cui all'art. 12, n. 21, C.p. (*supra*) – e lo stesso vale, come stiamo per vedere, per la disciplina del femminicidio – generalmente non concedono molto spazio alla suddetta interpretazione, dando invece «rilievo soltanto a ciò

⁷⁶ Con ampi riferimenti, L. GOISIS, *op. cit.*, p. 150 ss., 171 ss., 186 ss.

⁷⁷ Secondo L. GOISIS, *op. cit.*, p. 186, invece, «non si può dubitare» che i crimini d'odio «comportino una maggior dannosità, oltre a un maggior grado di colpevolezza dell'autore, in ragione del motivo d'odio che lo ispira»; così come «coerente» risulterebbe la «valorizzazione della dannosità sociale di tali crimini, che la dottrina criminologica ha mostrato, così da rendere giustificato un trattamento sanzionatorio aggravato rispetto ai crimini ordinari».

che avrebbe [presumibilmente] motivato il soggetto che ha commesso il reato» e non anche a un ulteriore elemento di offensività⁷⁸.

Anche per questo, è stato rilevato che un profilo di ulteriore lesività – oltre all’offesa, eventualmente di massimo grado, arrecata alla vittima – andrebbe eventualmente ricollegato a beni o interessi superindividuali: all’*eguaglianza* in quanto tale, all’*ordine pubblico* o alla *morale pubblica*⁷⁹, in tendenziale antitesi, comunque, con un ideale punitivo che voglia essere il più liberale possibile⁸⁰.

7. Il “femminicidio” nel diritto penale cileno

Invocare il valore garantista dei principi risulterebbe utile soltanto a ricalcare il perimetro di una concezione, ideologicamente connotata come qualunque altra, del diritto punitivo: per l’appunto, quella “liberale”.

Volendo però dialogare anche con chi, da destra e da sinistra, quel paradigma ideologico intende mettere in discussione – ricalibrando l’intervento punitivo su azioni penali positive e accettando, talvolta, scorcioie in punto di colpevolezza (*infra*, § 7.2) –, occorre ragionare anche sul piano degli effetti. Si tratta cioè di chiedersi se una politica-criminale post-liberale sia davvero utile a servire (quantomeno) gli obiettivi che si propone di perseguire, o se, invece, tra gli altri strumenti disponibili, il diritto penale si confermi tra i meno idonei, come già rilevato in altre esperienze, a fronteggiare come *prima ratio* i fenomeni discriminatori⁸¹.

Sotto questo profilo, quella secondo cui «l’aumento delle pene non ha – spesso – effetti dissuasivi è un’idea abbastanza diffusa»⁸². Peraltro,

⁷⁸ H. HERNÁNDEZ, *Discriminación y Derecho Penal*, cit., p. 160 ss.

⁷⁹ Di nuovo H. HERNÁNDEZ, *Discriminación y Derecho Penal*, cit., p. 165.

⁸⁰ Sull’allontanamento dal paradigma liberale quando si tratti di beni sopraindividuali, A. CAVALIERE, *op. cit.*; già H.L.A. HART, *Social Solidarity and the Enforcement of Morality*, in *The U. Chicago L. Rev.*, vol. 35, 1, 1967, p. 1, 2 ss., sull’antiliberalismo dell’imposizione/promozione della “morale pubblica” per mezzo del potere punitivo.

⁸¹ Sull’esperienza degli Stati Uniti, C. LEWIS, *op. cit.*, p. 65 ss., 109 ss.

⁸² Nella dottrina cilena, P. CASTILLO MONTT, *op. cit.*, p. 180-181; D. GONZÁLEZ, *El delito de parricidio: consideraciones críticas sobre sus últimas reformas*, in *Polít. crim.*, vol. 10, 19, 2015, p. 192, 224 ss.

nel campo del contrasto alla discriminazione e alla violenza di genere «l'argomento sembra rafforzato», visto che, generalmente, «l'autore del reato non è a conoscenza di tale aggravamento» e, soprattutto, anche se «ne è consapevole, è improbabile che serva a frenare le macchinazioni criminali di chi ha raggiunto il parossismo»⁸³.

Tuttavia, la considerazione di alcuni modelli di disciplina consente di rilevare non solo la loro sostanziale inefficacia sul piano preventivo, ma anche una certa incoerenza rispetto ai fini simbolico-comunicativi che vi sarebbero sottesi.

Andiamo a soffermarci sul caso del «femminicidio», così come attualmente disciplinato nel diritto penale cileno, quale esempio paradigmatico della tendenza qui messa in discussione.

7.1. Riduzionismo antropologico e tassonomia criminologica

Il delitto di *femicidio* fu introdotto nel C.p. dalla Legge 20.480 del 2010, prodotto del crescente impatto dei movimenti femministi in America Latina. Si trattava inizialmente di un'ipotesi particolare di *parricidio* (art. 390, C.p.) qualificata dalla circostanza che la vittima fosse moglie/coniuge o convivente attuale o anteriore dell'aggressore. Si prevedeva pertanto un *femicidio intimo*, punito alla stregua di un *parricidio* e richiedente, sotto il profilo della colpevolezza, un *quid pluris* dato dalla consapevolezza nel femmicida dei suoi rapporti con la vittima⁸⁴.

La configurazione della fattispecie cambia in forza della Legge 21.212 del 2020 (c.d. *Ley Gabriela*)⁸⁵ e consente oggi di distinguere al-

⁸³ D. GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 226.

⁸⁴ Cfr. M.E. SANTIBÁÑEZ, T. VARGAS, *Reflexiones en torno a las modificaciones para sancionar el femicidio y otras reformas relacionadas (Ley N° 20.480)*, in *Revista Chil. Der.*, vol. 38, 1, 2011, p. 193; D. GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 198 ss.

⁸⁵ Sulla disciplina attuale in materia, anche per ulteriori profili, cfr. M.E. SANTIBÁÑEZ, J.T. HUMUD, *La faz subjetiva del tipo de femicidio intimo*, in C. SCHEECHLER (a cura di), *El delito de femicidio en la legislación chilena*, Santiago de Chile, 2021, p. 129, 130 ss.; J.P. MATUS, M.C. RAMÍREZ, *Manual. Parte especial*, cit., p. 82 ss.; E. CORN, *Una revolución «típica». La reforma del delito de Femicidio en Chile por la Ley No 21.212*, in *Rev. Ciencias Penales*, vol. XLVIII, 2, 2022, p. 57 ss.; J. CONTESSE, *¿Un nuevo derecho penal de autor? Reflexiones sobre la tipificación del femicidio en el Código Penal Chileno*, in *Enfoques Penales*, 2022/1, p. 1, 2 ss.

l'art. 390-*bis*, C.p., il c.d. *femicidio íntimo*⁸⁶ e, all'art. 390-*ter*, il c.d. *femicidio no íntimo* (sanzionato meno gravemente del precedente, come la fattispecie dell'*homicidio calificado*)⁸⁷.

La fattispecie che interessa esaminare è quella del *femicidio no íntimo*, il cui *ulteriore disvalore* – virtualmente, rispetto all'omicidio – è dato, non già dalle precedenti relazioni fra aggressore e vittima, bensì dal *motivo* sottostante l'atto di violenza: la *razón de género* (il «motivo di genere»).

Volgendo quindi all'analisi del 390-*ter*, C.p., si coglie anzitutto la prospettiva *binaria* assunta dal legislatore (questo vale, come rileveremo in seguito, anche per il 390-*bis*, C.p.).

In base a un'interpretazione letterale, che non consideri ulteriori chiavi di lettura, ciò che circoscrive la fattispecie è la *categoría sessual* di appartenenza del soggetto attivo e della vittima. Tale elemento fattuale riflette la sottostante diagnosi criminologica, inquadrata dalla

⁸⁶ Art. 390-*bis*. - «El hombre que matare a una mujer que es o ha sido su cónyuge o conviviente, o con quien tiene o ha tenido un hijo en común, será sancionado con la pena de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado.

La misma pena se impondrá al hombre que matare a una mujer en razón de tener o haber tenido con ella una relación de pareja de carácter sentimental o sexual sin convivencia».

⁸⁷ Art. 390-*ter*. - «El hombre que matare a una mujer en razón de su género será sancionado con la pena de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo.

Se considerará que existe razón de género cuando la muerte se produzca en alguna de las siguientes circunstancias:

1.- Ser consecuencia de la negativa a establecer con el autor una relación de carácter sentimental o sexual.

2.- Ser consecuencia de que la víctima ejerza o haya ejercido la prostitución, u otra ocupación u oficio de carácter sexual.

3.- Haberse cometido el delito tras haber ejercido contra la víctima cualquier forma de violencia sexual, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 372 bis.

4.- Haberse realizado con motivo de la orientación sexual, identidad de género o expresión de género de la víctima.

5.- Haberse cometido en cualquier tipo de situación en la que se den circunstancias de manifiesta subordinación por las relaciones desiguales de poder entre el agresor y la víctima, o motivada por una evidente intención de discriminación».

fattispecie, secondo cui gli uomini tendono a commettere atti di violenza di genere⁸⁸.

Questa prima lettura viene parzialmente emendata da chi, pur sostenendo che per «uomo» (*hombre*) si intenderebbe «maschio» (*varón*), senza ulteriori sfumature, ritiene tuttavia che il termine «donna» (*mujer*) andrebbe inteso nel senso di ricomprendere «non solo chi biologicamente ha genitali e caratteristiche genetiche e fisiche associate al sesso femminile, ma anche chi si consideri tale d'accordo alla propria identità di genere»⁸⁹.

L'interpretazione "aperta", culturale e di genere del termine «donna» sarebbe coerente con una sensibilità che, giustamente, intenda promuovere il diritto di ciascuno a costruire, potendola rivolgere agli altri, la propria identità al di là degli stereotipi generalmente associati al sesso di nascita; inoltre, consentirebbe una maggior copertura della violenza machista.

Dubbi rilevanti emergono però di fronte all'eventualità di applicare la medesima prospettiva all'«uomo» quale soggetto attivo. Anche qui, le soluzioni prospettate sono due: (1) intendere quel termine come riferito al sesso come proprietà biologica, con il risultato di non dar alcun rilievo all'identità di genere di chi aggredisce; (2) interpretarlo come riferibile al *genere*⁹⁰, cercando una soluzione che consenta di superare le categorizzazioni binarie *uomo/donna*, con la conseguenza, però, di adulterare lo scenario criminologico idealmente coperto dalla fattispecie, a discapito dell'obiettivo di colpire in maniera "scientificamente" selettiva un *tipo di autore* (l'uomo *machista*) e un *crimine di tendenza* (la violenza di genere).

⁸⁸ Cfr. le considerazioni di J.P. MAÑALICH, *Ontología sexual y derecho penal*, cit., p. 75 ss.; quanto all'attuale fattispecie, J. CONTESE, *op. cit.*

⁸⁹ I. SEPÚLVEDA, *Femicidio como un delito por razones de género en Chile*, in *Revista jurídica del ministerio público*, vol. 78, 2020, 88, p. 102.

⁹⁰ J.P. MATUS, M.C. RAMÍREZ, *Manual. Parte especial*, cit., p. 83 ss., argomentando in base alla Legge 21.120 del 2019, che riconosce a ciascuno il diritto di essere identificato anagraficamente secondo la propria identità di genere; cfr. J. CONTESE, *op. cit.*, p. 6. Potrebbe, dunque, l'autore di un delitto violento nei confronti di una donna sostenere di non riconoscersi nel genere maschile, anche a prescindere dalle formalità richieste da quella normativa?

Valga una soluzione o l'altra, l'esito sembra comunque problematico. Nel primo caso sorge spontaneo un interrogativo: riservare a una persona un trattamento di inferiorità (quale una pena più severa rispetto ad altri soggetti che agiscono allo stesso modo e mossi dagli stessi motivi) basato su di una *generalizzazione* (attesa *una sola caratteristica* fra le altre che compongono l'identità di ciascuno: il sesso di nascita) non è un esempio di ciò che si definisce "discriminante arbitrariamente"? Ripudiare la discriminazione arbitraria non dovrebbe significare, in fondo, liberarci da odiose precomprensioni⁹¹? Nel secondo caso, il senso della discriminazione selettiva ritagliata attorno al tipo di autore verrebbe chiaramente meno, per cui non stupisce che fra chi sostiene questo modello di criminalizzazione non vi sia accordo al riguardo.

7.2. Presunzioni di "quote" di colpevolezza e comprensione del fenomeno

Le perplessità suscitate da questa tassonomia potrebbero attenuarsi se la fattispecie inquadrata dall'art. 390-ter del C.p. rispecchiasse in maniera corretta la fotografia criminologica del "femminicidio" sotto il profilo del motivo discriminatorio, assolvendo così al suo compito dichiaratamente stigmatizzante⁹². Tuttavia, la tecnica normativa impiegata rischia di tradire ulteriormente quella medesima finalità.

Presunzioni di quote di colpevolezza – consentite dalla vigente Costituzione, che, come ricordato, non riconosce il *principio di personalità* della responsabilità penale (*supra*, § 4) – si avvertono laddove, invece che richiedere (i) la prova del motivo rilevante (la *razón de género*) e (ii) una relazione verificabile fra quell'elemento e il fatto tipico (in mo-

⁹¹ Il sesso, peraltro, è uno dei fattori che segna gli esiti discriminatori a cui possono giungere le decisioni algoritmiche (basate su generalizzazioni) in materia di pericolosità sociale. Sul noto caso *Loomis*, v. per es. S. QUATTROCOLO, *Artificial Intelligence, Computational Modelling and Criminal Proceedings. A Framework for A European Legal Discussion*, Cham, 2020, p. 157 ss.

⁹² Sulla fattispecie in commento, sottolinea questa finalità I. SEPÚLVEDA, *op. cit.*, p. 110-111; sul femminicidio in generale, P. LAURENZO, *op. cit.*, p. 121 ss.; sui *bias crimes*, per ampi riferimenti alla letteratura anglo-americana, L. GOISIS, *op. cit.*, p. 181-184, pur espressamente critica nei confronti del mero simbolismo punitivo.

do tale che il *motivo* sia la causa del *dolo* femminicida)⁹³, il legislatore consente di desumere il motivo qualificante da determinate variabili circostanziali del fatto.

Sussiste la “ragione di genere”, si legge, quando l’uccisione è «conseguenza del fatto che la vittima eserciti o abbia esercitato la prostituzione, o altra occupazione o professione di carattere sessuale» (art. 390-ter, n. 2). Pur rappresentando correttamente una situazione tipica (empiricamente fondata) di violenza di genere, si avverte il rischio che una formulazione di questo tipo consenta al giudice di dedurre il carattere “femminicida” della condotta dalla mera constatazione del fatto che la vittima è una *sex worker*. Alla precedente lettura si potrebbe obiettare che questa “circostanza” non si riferirebbe soltanto all’attività della vittima, richiedendo invece la dimostrazione di un nesso diretto tra l’esercizio del lavoro sessuale e la sua uccisione (*premessa minore* del sillogismo la cui *premessa maggiore* è la “massima di esperienza” cristallizzata dalla norma – la circostanza – e la *conclusione*, in teoria, l’accertamento del motivo di genere). Tuttavia, questa interpretazione correttiva porta a riconoscere una lacuna sul piano della tecnica legislativa: un’occupazione (di natura sessuale o meno), intesa come circostanza fattuale, non può essere “causa” di una condotta violenta⁹⁴, se non *mediante* una “precomprensione” del femminicida che assegni a *quella caratteristica* della vittima una scusa sufficiente per poter disporre arbitrariamente della sua libertà, della sua integrità e della sua vita. L’integrazione interpretativa porta, di nuovo, all’esigenza di dimostrare/inferire la ragione discriminatoria dell’atto tipico.

Pertanto, qualora si concordi circa la necessità di richiedere che il disprezzo per la vittima, in ragione del suo collettivo di appartenenza, sia il motivo della violenza, si dovrebbe altresì ritenere necessario l’accertamento del corrispondente elemento soggettivo o, quantomeno, di

⁹³ V. sul punto, centrale sotto il profilo dogmatico, *supra*, nt. 69 a 73.

⁹⁴ Per critiche analoghe nei confronti del *femicidio intimo* (art. 390-bis, C.p.), M.E. SANTIBÁÑEZ, J.T. HUMUD, *op. cit.*, p. 137: «Cosa significa che un uomo uccide la sua ex compagna in ragione o per essere stata sua compagna? La vaghezza dell’espressione, se intesa a essere applicata nel suo significato scontato, porterà probabilmente a uno dei due estremi che devono essere evitati: l’arbitrio del giudice o un concetto vuoto». Di diverso parere, J.P. MATUS, M.C. RAMÍREZ, *Manual. Parte especial*, cit., p. 84.

indizi circostanziali riferibili al suo atteggiamento; comunque sia, oltre la mera constatazione della caratteristica della vittima. Insomma, il fatto di chi uccide una *sex worker* non dovrebbe essere ritenuto *per ciò solo* «femminicidio»⁹⁵.

La lettura correttiva, che suggerisce di accertare/inferire la *razón de género*, oltre il ragionamento puramente presuntivo (la sussunzione automatica del caso a una “massima di esperienza”), risulta più agevole sul terreno della circostanza indicata dall’art. 390-ter, n. 4, C.p., ai sensi del quale si dovrà ritenere sussistente il motivo d’odio qualora la morte venga provocata in ragione «dell’orientamento sessuale, dell’identità di genere o dell’espressione di genere della vittima». Anche questa circostanza, idonea a inquadrare una fattispecie tipica – ma generalissima – di violenza di genere, richiederà l’accertamento o l’inferenza del motivo discriminatorio nel caso concreto. Diversamente, salvo si intenda per forza sostenere – come pure è stato fatto – che la disposizione in esame consentirebbe di stabilire che «l’uomo che uccide (...) una donna trans» commette *per ciò solo* un femminicidio⁹⁶, la soluzione aggravante legata al *nomen iuris* verrebbe a essere condizionata soltanto dalla categoria di appartenenza della vittima e dall’identità del suo aggressore.

Tuttavia, anche questi sforzi interpretativi appaiono vanificati dal (discutibile) tenore dell’art. 390-ter, n. 5, per il quale sussiste comunque il motivo aggravante se il fatto è commesso in «*qualsiasi tipo di situazione* in cui si verificano circostanze di manifesta subordinazione per i *rapporti diseguali di potere tra aggressore e vittima*, o motivata da un’evidente intenzione di discriminazione»⁹⁷. Trattandosi di una «clausola generale», idonea a «riflettere la portata» dell’intera fattispecie⁹⁸, basterebbe allora, come è stato ribadito, assumere come «elemen-

⁹⁵ Analogamente, J.P. MATUS, M.C. RAMÍREZ, *Manual. Parte especial*, cit., p. 86; in generale, già P. LAURENZO, *op. cit.*, p. 130: «Il femminicidio non può essere definito semplicemente come l’uccisione violenta di una donna per mano di un uomo. Il sesso dell’autore non segna il limite del concetto perché il fattore determinante non è chi provoca la morte ma perché».

⁹⁶ I. SEPÚLVEDA, *op. cit.*, p. 106.

⁹⁷ Corsivo aggiunto.

⁹⁸ J.P. MATUS, M.C. RAMÍREZ, *Manual. Parte especial*, cit., p. 85.

to normativo culturale» che i rapporti tra uomo e donna sono strutturalmente e invariabilmente diseguali⁹⁹.

Di nuovo, questa conclusione ci riporta al terreno presuntivo, dove il carattere personale della responsabilità viene chiaramente meno – limitatamente, sia ben chiaro, alla quota di aumento di pena rispetto all’omicidio –, assieme alla prova del *quid pluris* motivazionale qualificante la fattispecie aggravata¹⁰⁰. In questo modo, però, ciò che spiega l’aumento di pena è soltanto l’identità dell’agente (il maschio/uomo) e quella della vittima (la donna)¹⁰¹.

Del resto, rilevanti questioni in punto di colpevolezza si pongono anche di fronte all’art. 390-*quinquies*, che vieta al giudice, *iuris et de iure*, di applicare la circostanza attenuante dell’art. 11, n. 5, C.p. – la c.d. “attenuante passionale”¹⁰² – a qualunque ipotesi di femminicidio.

⁹⁹ Così, I. SEPÚLVEDA, *op. cit.*, p. 104, 110. Cfr. E. CORN, *Una revolución «típica»*, *cit.*, p. 69 ss. Criticamente, M.E. SANTIBÁÑEZ, J.T. HUMUD, *op. cit.*, p. 134; sullo sfondo «ideologico» di questa rappresentazione dei rapporti uomo/donna, J. CONTESE, *op. cit.*, p. 7. In definitiva, il risultato interpretativo consentito dal n. 5 dell’art. 390-*ter* C.p. è analogo a quello sotteso alle proposte parlamentari che definivano il femminicidio come l’atto di «colui il quale uccide una donna *per il solo fatto di esserlo*», cioè come atto di violenza contro la donna «in quanto donna»; proposte che, talvolta, avevano almeno il pregio di abbandonare il riduzionismo antropologico *maschio/femmina* della disciplina vigente: v. quella presentata dalle deputate Karol Cariola, Loreto Carvajal, Ximena Ossandón, Camila Vallejo e Gael Yeomans, nella *Historia de la Ley 21.212*. Cfr. le considerazioni di P. LAURENZO, *op. cit.*, p. 119 ss.; L. GOISIS, *op. cit.*, p. 341 e 451, rilevando come questa definizione, pur mostrando la sua valenza sul terreno storico e politico, sia «incapace di indicare con precisione al giurista i confini della tutela da apprestare», ciò che spiega l’indeterminatezza delle soluzioni escogitate anche in quelle esperienze in cui (come quella cilena) la violenza di genere o la ragione di genere vengono concretizzate ricorrendo a esemplificazioni casistiche della fattispecie; specialmente qualora la fattispecie includa le violenze di genere al di fuori dell’ambito di affezione (per es., il femminicidio “non intimo” in esame).

¹⁰⁰ Che la «ragione di genere» non possa essere intesa come motivo effettivo è inevitabile secondo J. CONTESE, *op. cit.*, p. 8. Peraltro, come visto, anche disponendo della prova del motivo, non è pacifico che esso mostri un maggior grado di colpevolezza (*supra*).

¹⁰¹ Rilievi critici analoghi in M. POLAINO-ORTS, *op. cit.*, p. 22 ss.

¹⁰² Data dall’agire «por estímulos tan poderosos que naturalmente hayan producido arrebató y obcecación»: attenuante generalmente riconducibile a *stati d’ira* che comportino una perdita dell’autocontrollo – *arrebato* – e un offuscamento della ragione –

La *ratio* di questa disposizione, del tutto condivisibile, è chiaramente quella di evitare “quote di impunità” dovute a riduzioni di pena fondate su concezioni culturalmente proscritte, cioè a *pregiudizi di genere* che condizionino in maniera inaccettabile la decisione del giudicante (che, per es., assegni valore attenuante alla “gelosia” – non patologica – provocata dall’infedeltà della vittima)¹⁰³.

Compresa e senz’altro condivisa la ragione della norma, va però osservato che la tecnica presuntiva, che associa *inevitabilmente* al fatto violento una motivazione *lato sensu* misogina, in quanto tale rigida e insensibile alla peculiarità del caso concreto, rischia di comportare un ulteriore sacrificio in punto di colpevolezza (sempre atteso il principio di proporzionalità della pena).

La soluzione è problematica posto che risulta applicabile indistintamente a tutte le ipotesi di cui all’art. 390-ter, C.p.; cioè, come visto, anche laddove il legislatore consente all’interprete di presumere la «ra-

obcecación –, tali da ridurre la capacità dell’individuo di autodeterminarsi d’accordo al diritto. Cfr. A. ALVARADO, *Arrebato u obcecación*, in M. GONZÁLEZ (a cura di), *Circunstancias atenuantes y agravantes en el Código penal chileno*, Santiago de Chile, 2020, p. 73 ss.; J.P. CASTILLO MORALES, *Problemas dogmáticos y vacíos metodológicos del artículo 390 quinquies del código penal. Propuestas de corrección interpretativa*, in C. SCHEECHLER (a cura di), *El delito de femicidio en la legislación chilena*, Santiago de Chile, 2021, p. 341 ss. e la nt. successiva.

¹⁰³ A commento critico della sentenza della *Corte de Apelaciones de La Serena*, del 31 maggio 2016, che, prima della riforma del 2020, applica, per la ragione esemplificata nel testo, l’attenuante di cui alla nt. precedente a un caso di *femicidio íntimo* tentato, J.P. MAÑALICH, *¿Arrebato y obcecación pasionalmente considerados como atenuante por un femicidio frustrado?*, cit., p. 306, 310-313, evidenziando, in particolare, la controversa (ma allora corretta, *de lege lata*) assunzione, da parte della Corte, della generale irrilevanza della «qualità normativa o etica» dei motivi che determinano lo stato “passionale”, l’ira. La perplessità si comprende ora in considerazione del fatto che ciò che qualifica il “crimine d’odio” è proprio il rilievo giuridicamente attribuito a un motivo eticamente (s)qualificato, ragion per cui si era mostrata, in una prospettiva *de lege ferenda*, l’incompatibilità dell’attenuante con la *ratio* aggravante del femminicidio (incompatibilità riflessa nella configurazione attuale della disciplina). Sul terreno contiguo dei reati contro la libertà sessuale, cfr., in Italia, il chiaro commento critico di E. BIAGGIONI (2022), che, rispetto a un caso di stupro, evidenzia l’assunzione, da parte del giudicante, di “massime di esperienza” riconducibili a pregiudizi culturali che assegnano valore disculpante per l’aggressore a presunte “colpe” della vittima.

gione di genere» su base circostanziale (bastino “massime di esperienza”). *De iure condito*, quindi, essa può comportare anche una violazione del *principio di eguaglianza sostanziale*, imponendo di trattare *allo stesso modo* casi che – ancorché l’autore del fatto sia un uomo (?) e la vittima una donna – possono essere *sensibilmente diversi fra loro*¹⁰⁴.

Diversamente, qualora il motivo di genere fosse oggetto di sicuro e specifico accertamento (fatte salve le riserve teoriche, brevemente esposte, circa la maggior rimproverabilità dei motivi *lato sensu* abietti), la incompatibilità radicale tra una circostanza che attribuisca valore attenuante all’ira provocata da un *bias di genere* e l’aggravante del femminicidio come *bias crime*... sarebbe evidentemente indubbia¹⁰⁵.

Attesa la tecnica normativa impiegata, però, oltre a comportare discutibili arretramenti sul piano dei principi – cedimenti che possono riverberarsi sull’intero sistema penale, come sempre, a sfavore degli strati sociali più deboli –, questa disciplina rischia di disattendere uno

¹⁰⁴ J.P. CASTILLO MORALES, *Problemas dogmáticos y vacíos metodológicos del artículo 390 quinquies*, cit., p. 341 ss., il quale propone un caso di possibile femminicidio (“intimo”, ex art. 390-bis, C.p.) commesso dal marito nei confronti della moglie, nel quale l’applicazione della circostanza in esame – vietata dall’art. 390-quinquies – potrebbe, a giudizio dell’A., essere ragionevole. L’esempio riguarda una coppia anziana, priva di adeguato sostegno (familiare, sociale o statale): lei gravemente malata, lui la accudisce da anni; una notte, dopo l’ennesimo episodio in cui lei, a causa della malattia, lo aggredisce verbalmente e fisicamente, lui, trovandosi con lei nel bagno per aiutarla a lavarsi, colto da improvvisa rabbia e impotenza, la annega nella vasca. Il caso, avverte l’A., serve a mostrare che «la gelosia non è l’unica emozione che può spiegare l’uccisione di una donna da parte del suo partner»; pertanto, l’automatismo stabilito dal legislatore può portare all’irragionevolezza e all’iniquità della soluzione (anche al di là della violazione del principio di colpevolezza). In senso critico, già J.P. CASTILLO MORALES, C. NAVIA, *Emociones y motivos: prueba de la efectividad de un enfoque interdisciplinario para los casos de violencia de género*, in A. PERIN (a cura di), *Imputación penal y culpabilidad*, Valencia, 2020, p. 437, 452 ss., 461. Osserva A. ALVARADO, *op. cit.*, p. 73 ss., che l’obiettivo di «impedire l’applicazione di questa attenuante in modo generale, per tutti i casi di violenza contro le donne», potrebbe essere perseguito anzitutto incentivando un cambiamento culturale nel giudicante, «senza rischiare una possibile violazione del principio di colpevolezza o di eguaglianza davanti alla legge» (cfr. le indicazioni dell’art. 8, Convenzione di *Belém do Pará*).

¹⁰⁵ In questo senso, ancora J.P. MAÑALICH, *¿Arrebato y obcecación pasionalmente considerados como atenuante por un femicidio frustrado?*, cit., p. 306 ss. e *supra*, nt. 103.

degli scopi dichiarati della politica-criminale di cui è espressione, cioè quella “simbolico-comunicativa” volta a sensibilizzare e stigmatizzare la violenza di genere. Se la «ragione di genere» che qualifica il femminicidio “non intimo” non viene accertata, chiaramente, misurazione (giudiziaria e statistica) e comprensione (sociale) risulteranno alterate.

7.3. Codificazione di stereotipi e discriminazioni arbitrarie indirette

Tra le implicazioni paradossali di questa tecnica legislativa si devono annoverare anche le inevitabili discriminazioni “indirette” nei confronti di altre categorie discriminate, o perfino alle stesse categorie di vittime, qualora cambi il sesso/genere del soggetto attivo, ma il motivo discriminatorio qualificante *presumibilmente* persista. Ciò vale anche con riguardo alla fattispecie di *femicidio “intimo”* (art. 390-bis, C.p.), che esclude la possibilità di punire come autrice di femminicidio «una donna che uccide un’altra donna che è o è stata sua convivente, o che ha avuto con lei una relazione sentimentale o sessuale senza convivenza»¹⁰⁶.

Questo quadro normativo costituisce un rafforzamento della «eteronormatività», poiché, sul piano simbolico, promette una tutela rafforzata della vita, sotto quel titolo di reato, soltanto alle donne che mantengono (anche) relazioni eterosessuali¹⁰⁷.

Attesa la logica positivamente discriminatoria sottesa al reato di cui si tratta, lo stesso (presunto) obbligo di criminalizzazione¹⁰⁸ dovrebbe portare a prevedere altre, molteplici e potenzialmente infinite fattispecie qualificate, a seconda delle classi di vittime vulnerabili (o generalmente discriminate: certe categorie di migranti, lavoratori sfruttati, identità di

¹⁰⁶ Lo rileva M.I. HORVITZ, *Mujeres y derecho penal (Estudio introductorio)*, in T. VARGAS PINTO, L. MAYER LUX (a cura di), *Mujeres en las ciencias penales*, Santiago de Chile, 2020; ciò che quindi contrasta con l’idea secondo cui anche una donna può commettere un femminicidio: P. LAURENZO, *op. cit.*, p. 130 ss.

¹⁰⁷ Cfr. J.P. MAÑALICH, *Ontología sexual y derecho penal*, cit., p. 93.

¹⁰⁸ Dietro al quale, come visto, si celerebbe un’esigenza preponderante di eguaglianza sostanziale: in questo senso – qui contestato –, ha scritto I. SEPÚLVEDA, *op. cit.*, p. 98, «se lo Stato non adotta tali misure, si potrebbe ritenere che stia discriminando le donne in modo indiretto, poiché queste situazioni disuguali richiedono un trattamento diverso».

genere, popoli originari etc.) e di autori-pericolosi o di tendenza che si desidera standardizzare e stigmatizzare in chiave comunicativa.

Le conseguenze inevitabilmente paradossali – paradossalmente discriminatorie – di questa tecnica simbolico-punitiva sono peraltro già state messe in luce, anche in altre esperienze¹⁰⁹.

Ad ogni modo, ferma l'applicabilità della circostanza aggravante di cui all'art. 12, n. 21, C.p.¹¹⁰, va chiarito che, *stricto sensu*, in casi simili, qualora non si disponesse di *bias crimes*, non vi sarebbe davvero impunità, data l'applicabilità delle comuni fattispecie di reato contro l'integrità, la vita etc.¹¹¹. Questo, per quanto ovvio, merita di essere ricalcato perché si scontra con quanto ripetutamente sostenuto – mostrando un atteggiamento demagogico bipartisan che non sorprende quando si tratta di rafforzare il potere repressivo – nel corso del dibattito parlamentare che ha portato all'approvazione della disciplina attuale del *femicidio* (la già richiamata *Ley Gabriela*)¹¹².

D'altra parte, a proposito dei pregiudizi di genere che troppo spesso hanno portato all'applicazione di attenuanti o scusanti "passionali"¹¹³,

¹⁰⁹ Nell'esperienza spagnola, M. POLAINO-ORTS, *op. cit.*, p. 29 ss. In Cile, H. HERNÁNDEZ, *Discriminación y Derecho Penal*, cit., p. 162, osserva che l'applicazione della circostanza aggravante per motivi discriminatori (art. 12, n. 21, C.p.) potrebbe comportare l'effetto paradossale di punire più gravemente, per es., il *comunero mapuche* (l'appartenente a quel popolo originario) che provochi un incendio a danno un *non-mapuche* (per es., un cileno bianco), per motivi di odio etnico o razziale. Negli Stati Uniti, C. LEWIS, *op. cit.*, p. 81 ss., rileva che gli autori di *hate crimes* violenti sono, in molti casi, soggetti discutibilmente imputabili (e anche questo, come rilevato, è un piano sul quale dovrebbe assumere rilievo l'eguaglianza sostanziale).

¹¹⁰ *Supra*, nt. 10.

¹¹¹ Lo sottolinea, a proposito del femminicidio, anche F. MALDONADO, *op. cit.*, p. 157, nt. 17.

¹¹² Prima dell'ultima riforma, sull'atteggiamento demagogico del legislatore in questa materia, D. GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 223.

¹¹³ Attenuanti ereditate dal diritto penale «patriarcale» che, per es., contemplava l'uxoricidio per adulterio, cioè una giustificazione giuridicamente riconosciuta affinché il marito "oltraggiato" per l'infedeltà della moglie potesse ucciderla (eventualmente insieme al suo complice): recentemente, su questo paradigma penale e altri esempi, M.I. HORVITZ, *op. cit.*; A. MELCHIONDA, *Omicidio e assoluzione «per gelosia»*, cit., p. 6, nel ricordare che in Italia solo nel 1981 è stata cancellata la fattispecie che riconosceva valenza attenuante all'omicidio e alle lesioni personali commessi per «causa d'ono-

simili quote di impunità potrebbero essere evitate disciplinando con più precisione le circostanze potenzialmente coinvolte e le loro condizioni di applicabilità, invece che ricorrendo a presunzioni. Il problema non risiede, in questo caso, nell'inapplicabilità dell'attenuante di cui all'art. 11, n. 5, C.p., al "femminicidio passionale" (soluzione sicuramente corretta in molti casi, ma non necessariamente in tutti)¹¹⁴, ma nella legittimazione della logica presuntiva – che, in quanto tale, disprezza la *diversità del particolare...* – in termini di colpevolezza e determinate (proporzionale) della pena. Oltre ai casi in cui il carattere "passionale" dell'atto può invece rivelare un «vizio di mente»¹¹⁵, possono darsi vicende altrettanto drammatiche in cui le condizioni di disperazione e di abbandono in cui il fatto si verifica sono così estreme da far dubitare, oltre che della sussistenza effettiva di un "motivo di genere", anche di un grado rilevante di esigibilità penale¹¹⁶.

8. Rilievi conclusivi

L'attuale disciplina del delitto di femminicidio "non intimo" prevista dal C.p. cileno mostra una preoccupante tendenza a ripiegare su forme di intervento punitivo ostili alla cultura delle garanzie. Questa

re». Cfr. P. VENEZIANI, *op. cit.*, p. 308 ss., sull'art. 90 c.p. it., quanto all'idoneità delle emozioni, in alcuni casi particolari, a escludere/ridurre la *imputabilità* o la *inesigibilità*.

¹¹⁴ Per le ragioni esposte *supra*, § 7.2.

¹¹⁵ Cfr. il caso del marito che, pur avendo ucciso la moglie, è stato assolto per un «vizio di mente» – provocato dalla «gelosia delirante», contemplata dal DSM-V e ritenuto idoneo, nel caso concreto, a escluderne l'imputabilità (la «capacità di intendere e di volere» al momento del fatto, artt. 85 e 88 c.p. it.) –, salvo essere comunque giudicato "socialmente pericoloso" ai fini della misura di sicurezza: A. MELCHIONDA, *Omicidio e assoluzione «per gelosia»*, cit.; in Cile, cfr. R. SÁNCHEZ PÉREZ, *op. cit.*, p. 467 ss. e J.P. CASTILLO MORALES, *Legítima defensa, trastorno mental transitorio y violencia contra la mujer*, cit., rispetto al caso opposto, sul rilievo che potrebbe assumere la c.d. *Battered Woman Syndrome*, fra assenza di imputabilità e attenuante *ex art.* 11, n. 5, C.p.

¹¹⁶ V. ancora l'esempio proposto da J.P. CASTILLO MORALES, *Problemas dogmáticos y vacíos metodológicos del artículo 390 quinquies*, cit. (*supra*, nt. 104); cfr. il dibattito sulle condizioni di non rimproverabilità della reazione contro il c.d. "tiranno domestico" (*supra*, nt. 23 e 115).

espressione del diritto antidiscriminatorio configura un “diritto penale del tipo d’autore” nel quale la *pericolosità* della categoria criminologica (più o meno) inquadrata dalla fattispecie rimpiazza in parte la *colpevolezza*¹¹⁷.

Il superamento dei limiti di legittimità dell’intervento punitivo non si avverte, naturalmente – meglio ribadirlo –, rispetto alla sanzione dell’atto che consiste nel provocare dolosamente la morte di un’altra persona, ma nell’inasprimento del regime sanzionatorio in ragione di un motivo desumibile su base circostanziale, attese “massime di esperienza”.

Come abbiamo visto, inoltre, la fattispecie esaminata (art. 390-ter, C.p.): (i) codifica identità binarie e relazioni sociali stereotipate, vanificando lo scopo di concorrere alla diffusione del messaggio emancipatorio (attestandone invece *ipso iure* la sconfitta) e all’affermazione della pari dignità di qualunque identità¹¹⁸; (ii) genera discriminazioni indirette arbitrarie, che si riflettono nel regime punitivo riservato a certe categorie (maschi/uomini) e nell’emarginazione “comunicativa” di altre identità discriminate (indeterminabili *a priori*); (iii) non consente una corretta comprensione sociale del fenomeno, favorendo nuovi pregiudizi culturali e cognitivi, che, benché di segno opposto a quelli che si intendono (giustamente) superare, non sono per ciò solo meno gravi e pericolosi (soprattutto se idonei, in un contesto proclive al fanatismo, a inculcare pervicaci precomprensioni nel giudicante).

In questo modo, oltre a non ottenere risultati rilevanti in termini di prevenzione, si creano le condizioni per la configurazione di sistemi

¹¹⁷ Svolge riflessioni interlocutorie al riguardo J. CONTESSE, *op. cit.*, p. 7 ss. La sovrapposizione fra pericolosità e colpevolezza è, ad ogni modo, una tendenza evidente nel diritto penale contemporaneo: C.M. ROMEO CASABONA, *¿Crisis del binomio pena por la culpabilidad y medida de seguridad por la peligrosidad criminal?*, in A. PERIN (a cura di), *Imputación penal y culpabilidad*, Valencia, 2020, p. 23 ss.

¹¹⁸ Con chiarezza, M.I. HORVITZ, *op. cit.*: «Sradicare la discriminazione richiede il progressivo insediamento di una cultura senza genere». «Certamente il diritto penale, quale strumento politico che costituisce e conferma attivamente identità per mezzo della pena, non sarà mai uno strumento idoneo a svolgere un ruolo determinante in una strategia emancipatrice di una nuova politica femminista»; inoltre, J. CONTESSE, *op. cit.*, secondo il quale il difetto principale della disciplina in questione non starebbe nella sua matrice punitivista, ma nel suo «carattere propriamente ironico: in quanto conquista femminista, essa è anche espressione del suo fallimento».

punitivi *più autoritari* che, come la storia ci ha mostrato più volte (in tempi recenti, anche nel corso del *estallido social* che ha sconvolto il Cile)¹¹⁹, finiscono con il rivelarsi più funzionali alla conservazione delle disegualianze che al loro progressivo superamento¹²⁰. E questo ci deve nuovamente far riflettere sull'assenza, nella proposta per una "nuova costituzione" scaturita dalle rivolte sociali del 2019, di qualunque riferimento a principi fondamentali quali l'offensività e la colpevolezza.

¹¹⁹ Ci si riferisce non soltanto alle violenze perpetrate dalle forze dell'ordine nel corso delle proteste del 2019, ma anche alla strumentalizzazione in chiave repressiva dell'art. 318 C.p. durante la pandemia del 2020. Sulla vicenda, F. LONDOÑO, *¿Responsabilidad penal para los infractores de la cuarentena? Revisión crítica de los arts. 318 y 318 bis del Código Penal (nueva ley no. 21.240): más micro que macro...*, in *Crim. Just. Net.*, 2020, p. 1; ID., *El "efecto-cenicienta": la magia de una política de persecución penal contra ley expresa*, in C. SCHEECHLER (a cura di), *Delitos contra la vida, la salud individual y la salud pública: problemas clásicos en contextos modernos de crisis*, Valencia, 2022, p. 132 e ulteriori riferimenti nello stesso volume.

¹²⁰ Contro la pretesa di vedere nel diritto penale un alleato sulla via dell'emancipazione, E. ZAFFARONI, *El discurso feminista y el poder punitivo*, in H. BIRGIN (a cura di), *Las trampas del poder punitivo: el género del derecho penal*, Buenos Aires, 2000, 19, p. 28 ss. Si mostra come l'implementazione di sistemi penali autoritari risulti tradizionalmente funzionale alle ragioni del modello neoliberale. Il diritto penale autoritario risponde all'esigenza di modelli socioeconomici che abbisognano di sistemi illiberali proprio per governare società diseguali. Su questo legame fra neoliberismo e autoritarismo, anche G. FORNASARI, J.L. GUZMÁN, *op. cit.*, p. 202, nt. 78; E. VITALE, *op. cit.*, p. 313 ss.; C. LEWIS, *op. cit.*, dove si mostra come i *crimini d'odio* rappresentino tutte le contraddizioni dell'alleanza forzosa tra un diritto penale repressivo e le aspirazioni di emancipazione espresse dai movimenti per i diritti civili.