

**AUTORITARISMO PUNITIVO:
TRATTI GENERALI, PANORAMA STORICO, MANIFESTAZIONI ODIERNE**

di José Luis Guzmán Dalbora*

*(Professore ordinario di Diritto penale e di Introduzione alla Filosofia morale e
giuridica nell'Università di Valparaíso, Cile)*

Sommario: 1. Autorità e autoritarismo. – 2. Psicologia dell'autoritarismo. – 3. Assiologia dell'autoritarismo. – 4. Il diritto penale autoritario. – 5. L'antidoto.

1. Innanzitutto, bisogna segnalare che l'autoritarismo punitivo, come l'autoritarismo in generale, non ha niente a che vedere con il concetto di autorità, benché i suoi fautori operino sempre una confusione tra i due piani interpolando la storia. Essa, infatti, in monotona predicazione, si presenta travisata da “un processo di decadenza iniziato col vacillare dell'autorità, per cui la libertà dei cittadini, una volta perdute le limitazioni restrittive che ne proteggevano i confini, è rimasta debole, indifesa e votata all'annientamento”¹.

Autorità significa etimologicamente innalzare, elevare, ingrandire: il termine deriva da *augeo*, e si estrinseca nel far crescere qualcosa incrementandola o trasformando un materiale preesistente. Autorità è un antonimo di infertilità, della tendenza a unificare gli individui, ad appiattire i rapporti sociali, ad omogeneizzare la cultura. Vero è che l'*auctoritas* romana traeva le sue radici dal passato, dalla trasmissione ereditaria o da quanti avevano posto le fondamenta dell'avvenire, detti perciò *maiores*, mentre l'autorità in senso moderno si basa sul consenso democratico e, comunque, sul suo riconoscimento da parte dei soggetti ad essa sottoposti. Ma in entrambi i casi — l'autorità fondazionale dei romani e l'autorità basata sul contratto sociale—, all'essenza di questa nozione non appartiene il potere né tanto meno la violenza. Al contrario, l'autorità è e va rispettata semplicemente perché la si riconosce ed è stata

* L'autore ringrazia la professoressa Lucia Risicato per l'accurata revisione del testo, che riproduce i contenuti del seminario svolto il 13 febbraio 2025 nell'ambito delle attività del Dottorato in Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Firenze.

¹ H. Arendt, *Che cos'è l'autorità?*, traduzione di Tania Gargiulo, Milano 2023, 17.

istituita come tale. Senza consenso non vi è autorità; ma perché esista il consenso si richiede che un Paese, una regione, una provincia, una comunità scolastica, e così via, siano governati democraticamente.

Con l'autoritarismo accade tutt'altro: la sua essenza risiede nel potere di dominio. Infatti, al di là delle sue variazioni storiche e delle diverse dottrine autoritarie, ci sono alcuni tratti che si presentano invariabilmente in ogni organizzazione, situazione, ideologia o, come è usuale oggidi, sono semplici sintomi di autoritarismo più o meno dissimulato.

Sono tre.

1°) una ferma credenza, simile alla fede religiosa, nel potere di dominio che spetta ad alcuni individui sugli altri;

2°) la volontà di obbedire incondizionatamente ai sovraordinati e di imporsi ai subordinati, all'interno di una stratificazione politica, sociale o economica comunque imperfetta, perché viziata dall'arbitrarietà e dalla corruzione;

3°) la convinzione che potere, obbedienza e imposizione siano qualcosa di naturale nelle vicende umane, tanto quanto lo sarebbe la disuguaglianza delle persone, tra le quali il potere autoritario stabilisce distinzioni in base alle condizioni sociali, alle caratteristiche gruppali, alle tendenze personali, al pensiero (razza, cittadinanza, classe, religione, idee politiche, orientamento sessuale, ecc.), anziché considerarle alla luce di un principio sintetico presente in tutte: la comune umanità, quindi, la loro dignità di esseri umani.

Quanto sopra sarebbe una rapida sintesi dell'autoritarismo contemplato sul piano empirico, per così dire, visto dal basso. La psicologia sociale del XX secolo ha contribuito a rendere molto più ricco e proteiforme questo schema². Gli studi di Reich, Adorno, Sanford, Eysenck, Rokeach, Duckitt, Altemeyer, Stenner, tra altri ricercatori, hanno oggi riacquisito grande valore tenendo conto delle sfide che rappresentano nuovi movimenti e discorsi ultranazionalistici, xenofobi, fascisti, nazisti, «libertari»³ e,

² Al riguardo, ci sia consentito rinviare al nostro lavoro *Mentalidad autoritaria, actitudes punitivas y pensamiento penal: un esbozo*, in *Política Criminal* (on line), vol. 14, numero 27 (julio 2019), 606-634, in particolare 610-619 [<http://politicrim.com/wp-content/uploads/2019/06/Vol14N27D2.pdf>].

³ Si capisce che l'uso di questo termine, che a rigore appartiene al linguaggio del pensiero anarchico del secolo XIX, ha nel momento presente un carattere abusivo oltretutto fazioso. Questo non stupisce affatto nella retorica menzognera dei demagoghi di destra, il cui concetto di libertà non è affatto universale né pretende la soppressione del governo e della legge, come invece i vecchi anarchici. In verità, il loro disegno è utilizzare e, in definitiva, distruggere la libertà delle maggioranze a beneficio dello strapotere di piccoli gruppi corazzati dietro un governo che predisponga delle leggi di favore, in una sorta di «garantismo della disuguaglianza e del privilegio», per usare le parole di L. Ferrajoli, *Giustizia e politica. Crisi e rifondazione del garantismo penale*, Bari,

in generale, intolleranti verso gli stranieri, verso gli sconfitti nella lotta per l'accesso all'abitazione, alla sicurezza della vita e del patrimonio, all'educazione, alla salute, ai posti di lavoro e alla mobilità sociale. I nuovi movimenti colpiscono anche i conformisti, gli amanti della pace tra i popoli, l'uguaglianza delle nazioni, l'impero del diritto internazionale sui fatti nudi della guerra, gli ambientalisti e chi lotta contro i poteri selvaggi della malavita in borghese o mafiosa⁴.

2. La psicologia dell'autoritarismo prende in particolare considerazione il rapporto tra individuo e società. Da esso evince come elementi costanti della mentalità autoritaria la sottomissione, le tendenze aggressive, l'identificazione dell'individuo col gruppo d'appartenenza e l'indifferenziazione dell'io.

Alla luce di queste caratteristiche diventa possibile spiegare gli atteggiamenti punitivi oggi rampanti nell'opinione pubblica e anche le derive autoritarie della riforma penale in corso, decisamente avversa al momento fondativo del diritto penale contemporaneo. Giova ricordare che la gran riforma penale dell'Illuminismo ebbe come cardini penalistici i principii di legalità, di personalità della responsabilità criminale e di umanizzazione delle pene⁵, e che la sua base politica fu la dottrina dei diritti fondamentali della persona, dottrina già in embrione nella psicologia del sentimento dell'empirismo del Settecento, dalla quale nacque, come esigenza principale, il riconoscimento dell'essenziale uguaglianza degli esseri umani⁶.

Vero è che gli atteggiamenti punitivi dell'opinione pubblica non sono un fenomeno solo recente. Essi stanno alla base dell'*humus* psichico dell'autoritarismo, ovvero sia l'indifferenziazione dell'io. Se si osserva la storia del diritto penale, è possibile cogliere due tendenze contrapposte: l'una esalta il gruppo in quanto entità sostantiva e superiore ai suoi singoli membri; l'altra insedia l'individuo come fulcro dell'organizzazione sociale, considerata semplicemente quale mezzo per

2024, 10. Tale "garantismo" non ha niente a che vedere con l'anarchismo collettivista (o comunismo libertario) dei due teorici a cui è associato il termine "libertario", Bakunin e Kropotkine. Cfr. M. Bakunin, *Dios y el Estado*, prologo di J. Dauder e traduzione spagnola di D. Abad de Santillán, Barcelona, s. d., 15-66, e P. Kropotkine, *Palabras de un rebelde*, Barcelona, s. d., 62-74.

⁴ Cioè quella che popola il mondo finanziario, indossa abiti costosi e truffa o deruba intere comunità, ma anche quella dei malfattori che girano per strada armati per estorcere denaro ai deboli, non protetti dal braccio dello Stato. Sulla denigrazione dei dissenzienti e dei diversi da parte delle demagogie populiste, L. Ferrajoli, *Poteri selvaggi. La crisi della democrazia italiana*, Bari 2011, 41-48.

⁵ M. de Rivacoba y Rivacoba, *La reforma penal de la Ilustración*, in *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, Edeval, Valparaíso, numero 5, 1987, (183-209) 197-200.

⁶ Cf. E. Cassirer, *La filosofía de la Ilustración*³, trad. E. Ímaz, México 1981, 271-281.

salvaguardare il singolo ed assicurare a tutti le condizioni necessarie per lo sviluppo della propria personalità⁷. Della prima tendenza è tipica una debole coscienza dell'io, per cui l'individuo non si percepisce come tale, ma come parte di un insieme uniforme, sia esso la famiglia, un clan, la tribù, la nazione, lo Stato, ecc. Questa identificazione col gruppo di appartenenza rende il soggetto propenso ad escludere dal gruppo il delinquente, il quale per questa mentalità — di un primitivismo culturale evidente — rappresenta un essere alieno, tutt'al più un *hostis* o nemico.

Gli atteggiamenti che emergono dalla mentalità descritta sono quattro:

1°) il sostegno incondizionato ed acritico allo strumento penale, affinché questo possa operare con efficienza, in spregio ai diritti e alle garanzie delle persone sospettate di reato, quindi, ignorando la questione della legalità o meno del fermo praticato dalla polizia e perfino delle sentenze di condanna dei tribunali di giustizia;

2°) il rigetto del diritto penale concepito come *jus puniendi*, del rapporto giuridico con facoltà e doveri reciproci tra Stato e reo e, allo stesso tempo, di un diritto contenuto nella sua sostanza e limitato nel tempo per quanto riguarda il suo fautore, lo Stato. Non essendovi un autentico rapporto regolato dal Diritto, si capisce che venga calorosamente approvata la violenza, anche spropositata o sproporzionata, atteso che ciò che conta è unicamente “vendicare” i reati, le condotte devianti o gli individui sospetti;

3°) l'incapacità di distinguere il reato dalle trasgressioni delle regole del comportamento sociale e dall'immoralità: atteggiamento, questo, tradito dalla punizione pubblica di condotte di semplice disobbedienza all'autorità, di azioni che non offendono nessuno e soprattutto dalla comminatoria di pene severe per tutti i colpevoli di reato⁸; in fondo, è la degradazione dello *jus puniendi* a mero potere punitivo;

4°) la condiscendenza verso l'autotutela, fenomeno che tra altri serve per spiegare la deformazione legale delle difese privilegiate, l'esercizio smisurato della violenza nell'atto di fermare il delinquente colto in flagranza, l'inaudito allargamento del concetto stesso di flagranza, ecc.

⁷ Al riguardo, J. L. Guzmán Dalbora e A. Squella Narducci, *Estudio preliminar a Werner Maihofer, Estado de Derecho y dignidad humana*, trad. J. L. Guzmán Dalbora, Montevideo-Buenos Aires 2008, IX-XXXII.

⁸ Come nello slogan “Buttiamo via la chiave!” (del carcere), frase in superficie solo demagogica ma che in fondo tradisce la veste pura della mentalità autoritaria che oggi è al governo di alcuni Paesi. A ragione viene criticata per la sua radicale infondatezza da M. Bortolato ed E. Vigna, *Vendetta pubblica. Il carcere in Italia*, Bari 2020, *passim*.

3. Guardiamo adesso l'autoritarismo sul piano politico, cioè dall'alto.

Visto che ogni ideologia, ogni programma, perfino ogni semplice fine politico, racchiude in sé, in modo cosciente o no, una determinazione valutativa, occorre esaminare quale sarebbe il sistema assiologico sul quale poggiano l'ideologia politica degli autoritarismi e il pensiero giuridico ad essi consono.

Il sistema assiologico è qui l'assolutismo valutativo. Caratteristica del valore assoluto è la validità universale, congruente col suo essere incondizionato e destinato a una obbligatorietà senza limiti di spazio, tempo e destinatari. Il suo culmine è l'unità dei valori, di fronte ai quali non può esistere altro. L'assolutismo valutativo, contrariamente al relativismo, è ontologicamente intollerante e disuguale, perché la stessa possibilità della coesistenza di concezioni valoriali differenti presuppone l'uguaglianza degli esseri umani, e quindi la tolleranza come requisito *sine quo non* della loro coesistenza. Se per il relativismo vige il motto di Gustav Radbruch: "il relativismo può tollerare qualsiasi opinione, tranne quella che afferma di essere assoluta"⁹, per l'assolutismo assiologico vale questa arringa: sono ammesse soltanto le opinioni che condividono l'unico valore, al di là del quale i seguaci di tutti gli altri sedicenti valori vanno cancellati!

L'assolutismo valutativo è lungi dall'esprimersi giuridicamente nella figura del contratto sociale. Tutt'altro. La mentalità autoritaria ha sempre respinto questa configurazione del pensiero politico-giuridico. Per l'autoritarismo il vero soggetto non è l'individuo che accetta le regole della convivenza pubblica, bensì lo Stato, la nazione, la razza, ecc., che impone dall'alto in basso le regole da osservare. A ciò rispondono, per un verso, la decisa preferenza autoritaria verso concezioni giuridiche superindividualistiche o transpersonali che si rivolgono solo alla collettività, e l'idea che l'in sé del Diritto sia il potere, mai l'umanità con gli organismi che la rappresentano internazionalmente, per esempio, la Corte Penale Internazionale e l'Organizzazione Mondiale della Sanità.

Superindividualismo e transpersonalismo stanno invariabilmente alla base di qualsiasi ideologia e di tutti i partiti politici di stampo autoritario. In questa atmosfera il concetto di autorità non ha alcun senso: quello che importa è soltanto il potere di dominio. Quindi la politica autoritaria limita o annulla i diritti politici, perché ostacolano il potere dello Stato; combatte i diritti civili, poiché debilitano

⁹ G. Radbruch, *El relativismo en la Filosofía del Derecho*, in G. Radbruch, *El hombre en el Derecho. Conferencias y artículos seleccionados sobre cuestiones fundamentales del Derecho*, trad. A. del Campo, Buenos Aires 1980, (95-102) 101.

l'organizzazione politica —oggi, spesso, anche e soprattutto economica— che si cerca di mantenere inalterata; si difende da qualsiasi accenno di pericolo, perfino dalla manifestazione di idee che potrebbero mettere a repentaglio la sua superiorità.

Non è indispensabile soffermarsi su dettagli ulteriori allo scopo di un'esauriente caratterizzazione del fenomeno, posto che tutti gli elementi che si potrebbero addurre per completarlo costituiscono un sistema unico. Infatti, “non si deve iniziare domandandosi come si comporterebbero i politici conservatori riguardo a una questione costituzionale o giuridica, poiché adotteranno sempre la decisione che contribuisca a conservare o accrescere il potere dello Stato”, scrisse Max Ernst Mayer nel 1923, aggiungendo che per la stessa ragione sono sostenitori della pena di morte, della politica delle armi e delle conquiste mediante guerre e del rafforzamento in genere degli strumenti di potere dello Stato¹⁰, come sono oggi l'ergastolo semplice e ostativo — la perpetuità «perpetua» —, la guerra contro l'immigrazione, il misconoscimento dei diritti delle minoranze, la persecuzione mediatica dei dissidenti, la delegittimazione culturale degli scienziati, degli specialisti, ecc.

4. Il diritto penale autoritario riflette alla perfezione questo modo di pensare.

Non concorda con la legalità dei reati e delle pene, che rappresenta una barriera; non simpatizza neppure con l'eguaglianza dei soggetti davanti al giure punitivo, poiché il suo asse portante è la totalità, mai l'individuo singolo giudicato da un tribunale; persegue i dissidenti trasformando in reato la manifestazione delle idee disobbedienti; concentra il suo scopo non nell'aggressione attuale o potenziale a beni giuridici, bensì nell'incriminazione dell'atteggiamento interiore o della pericolosità individuale; punirà gli atti preparatori e tratterà in ugual modo il tentativo e il reato consumato; l'uomo verrà chiamato a rispondere per la sua condotta di vita, anziché per fatti specifici; vedrà nel delinquente un essere inferiore, un disadattato, un nemico; infine, aumenterà e renderà sproporzionate e disumane le pene, imponendo loro un marchio di pura difesa sociale¹¹.

La storia offre tonalità cangianti e differenti gradi di autoritarismo nel diritto penale, sebbene il baricentro sia stato sempre lo stesso: il principio di dominio e la negazione dell'umanità del diverso.

¹⁰ M.E. Mayer, *Filosofía del Derecho*, trad. L. Legaz Lacambra, Barcelona 1937, 161-162.

¹¹ Rimandiamo al nostro libro *Elementi di Filosofia giuridico-penale*, a cura di G. Fornasari e A. Macillo, Napoli 2015, 44-50.

Il diritto penale della *cognitio extraordinem*, durante la fase imperiale romana, cancellò il barlume di legalità delle pene raggiunto verso la fine della Repubblica¹², introdusse la disuguaglianza davanti alla legge penale tra i cittadini dell'Impero¹³, impose alle punizioni un carattere trascendentale, non personale o individuale, aggravandole fino alla vera e propria crudeltà qualora il reato sfiorasse l'autorità dell'imperatore o dei suoi rappresentanti. Identiche caratteristiche si riproducono in periodi successivi di esacerbazione e concentrazione del potere politico. Nell'età moderna ne fornisce un esempio paradigmatico il diritto penale dei cosiddetti Stati nazionali, che invero non avevano niente di «nazionale», perché raggruppavano nazioni quanto mai diverse sotto il potere di un monarca assoluto: diritto che raccolse come cupa eredità il peggio delle pratiche penalistiche del medioevo, ancora più disumane della fonte di ispirazione nei libri terribili del Digesto¹⁴. D'altronde, la forza gravitazionale del diritto penale delle monarchie assolute risultò così grande che nemmeno i grandi riformatori del Settecento riuscirono a risanare del tutto la piaga. Pensiamo soltanto al surreale dibattito sugli strumenti sostitutivi della pena di morte: in altre parole, sulla ricerca del succedaneo di un castigo disumano¹⁵, dibattito riproposto oggi a proposito delle armi chiamate «meno letali» in uso presso la polizia di molti Paesi, con buona pace del fatto acclarato che questi congegni sono potenzialmente omicidi¹⁶.

Lungo il ventesimo secolo l'autoritarismo punitivo raggiunse l'apice della distruzione della personalità del diritto *tout court*, e diventò così un puro apparato di potere, una violenza di uno o di molti contro un privato cittadino¹⁷. Quella *Zerstörung der Vernunft*, per essere piena, completa, una «guerra totale» contro il crimine,

¹² G. Vassalli, *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, Estratto dal DigDPen, VIII, 1994, 11.

¹³ J. L. Guzmán Dalbora, *La pena y la extinción de la responsabilidad criminal*, Santiago de Chile 2008, 37.

¹⁴ Secondo la concisa descrizione di E. Pessina, *Elementi di Diritto penale*, 3 voll., Napoli, vol. I, 1882, 62-63.

¹⁵ Una questione assurda, allo stesso modo in cui due secoli fa nessuna persona di buon senso poteva porre il problema di istituzioni atte a rimpiazzare la schiavitù: cfr. L. Jiménez de Asúa, *La pena de muerte*, in *El Criminalista*, 2ª serie, Buenos Aires, vol. VII (XVII di tutta la collezione), 1966, (179-183) 182.

¹⁶ Infatti, “el hecho que un proyectil de energía cinética sea menos «eficaz» para matar, no implica que dicho proyectil no pueda matar” (ma anche mutilare, ledere gravemente, ecc.), osservano J. Velásquez Valenzuela, N. Cabrera Morales e A. Fernández Jullian, *Historia fragmentaria de los proyectiles de impacto de energía cinética. La relevancia de estudiar los medios*, in AA.VV., *Estudios interdisciplinarios para investigar las violaciones a derechos humanos por armas menos letales*, Valencia, 2022, (21-56) 45.

¹⁷ Cesare Beccaria, *Dei delitti e delle pene*. Con una raccolta delle lettere e dei documenti relativi alla nascita dell'opera e alla sua fortuna nell'Europa del Settecento³, a cura di Franco Venturi, Torino 1973, 104. Si capisce che un puro atto di violenza non può essere Diritto né esprimere quindi un rapporto giuridico.

richiedeva non soltanto la restrizione dei diritti politici e l'abolizione della libertà politica. Era soprattutto indispensabile eliminare la spontaneità stessa della vita, sopprimere la libertà più generica ed elementare dell'essere umano. Questo fu appunto quello che fecero e fanno ancora i totalitarismi. Il totalitarismo continua a lanciare un avvertimento alle democrazie. Il diritto penale totalitario, in verità una maschera dietro la quale si volle nascondere la violenza politica istituzionalizzata, opera principalmente attraverso uno statuto giuridico speciale, divorziato dai principi del diritto penale comune, e dei tribunali straordinari variamente denominati (tribunale del popolo, per la difesa dello Stato, della democrazia, ecc.). Naturalmente, tale statuto e questi tribunali presuppongono una nuova Costituzione o, comunque, una deroga di fatto alla Costituzione di stampo liberale e democratico.

Qui si cela il nocciolo più pericoloso del diritto penale autoritario nella sua configurazione odierna. Dietro la facciata securitaria e il frenetico trambusto dei suoi sostenitori batte l'ambizione mal dissimulata di seppellire la Costituzione. Il seppellimento comincia con le disposizioni penali della Costituzione, continua con la separazione dei poteri dello Stato — allo scopo di concentrarli in una mano sola — e le libertà politiche dei cittadini, e finisce con i diritti civili delle persone.

Ridotta al segmento penale, la minaccia ci si presenta in un ventaglio articolato di quattro distinte manifestazioni sintomatiche: la teoria giuridico-politica, la dogmatica, la legislazione e l'esecuzione.

La teoria giuridico-politica del nostro tempo esibisce varianti retrograde e altre avveniristiche. Quelle retrograde professano un'indiscussa statolatria, rivelata tra l'altro dall'attenzione che oggi suscita la dottrina politica di Hegel¹⁸, attenzione però noncurante del fatto che gli Stati sono ormai schiacciati da poteri economici che non riconoscono altra legge al di fuori dei propri interessi, in spregio alle sovranità statali; e ve ne sono altre che cercano di riesumare Carl Schmitt, certo di gran lunga meno importante di Hegel¹⁹, ma perfetto per descrivere i rapporti politici come una tensione di belligeranza in cui si può passare naturalmente dagli insulti alle delegittimazioni e ai pugni, con la benedizione pubblica della violenza fisica contro l'avversario.

¹⁸ Chi come è noto propugnò, come tutti i suoi seguaci, da Marx in poi, il dispotismo dello Stato. I. Berlin, *Las ideas políticas en la era romántica*, trad. Víctor Altamirano, México, 2014, 144.

¹⁹ L'interesse odierno per Schmitt in Germania può essere spiegato perché il decisionismo è anche uno stile intellettuale, "ed è lo stile a produrre il fascino", indica B. Schlink, *¿Por qué Carl Schmitt?*, trad. F. Escobar Córdoba, in *Precedente*, Anuario Jurídico, Universidad ICESI, Cali 2005, (37-53) 45.

Sebbene queste correnti abbiano trovato una via per infiltrarsi nel pensiero penalistico, in particolare il normativismo sfrenato che sostituisce la realtà regolata dalle norme con astrazioni concettualistiche, in definitiva, mere entelechie²⁰, più insidiosi sembrano i profeti dell'attuale «post-post» modernità. Ci viene detto da costoro che l'immediato futuro appartiene all'intelligenza artificiale e che la stessa ragione umana, messa in crisi dalla «post modernità», è destinata a cedere il posto alla mente delle macchine, molto più efficienti, sicure e prevedibili. Il crollo dell'ideologia dell'Illuminismo sarebbe perciò un fatto compiuto o pronto a realizzarsi. Senonché, queste aspettative futuriste non differiscono granché dal futurismo dei primi anni del secolo XX: entrambe ci propongono nel Diritto il «tribunale elettronico» immaginato da Giovanni Papini nelle pagine del *Libro Nero*, la rappresentazione di un incubo per il disgraziato reo (o presunto tale) che attende la sentenza emessa da una macchina infernale²¹.

Se queste fossero soltanto delle fantasticherie, non avremmo troppo da impensierirci. Si tratta però del regno della menzogna, poiché non sono gli algoritmi quelli che stabiliranno la conseguenza del sillogismo giudiziario. Dietro gli algoritmi invero c'è l'ambizione di dettare la premessa maggiore del sillogismo, di occupare cioè il ruolo riservato alla legge. Si capisce che la legge in questo caso non è altro che una legge non scritta, il cui contenuto va cercato negli scopi delle corporazioni che producono gli algoritmi stessi²².

Il pensiero penale può assecondare o combattere simili tendenze. Sembra che in generale esse gli stiano a cuore o, quanto meno, che voglia a riguardo restare al passo coi tempi. In questi giorni non si discute più del diritto penale del nemico, forse anche perché ormai questo è diventato una realtà legislativa e poliziesca di interesse «dogmatico». I temi dettati dalla politica sono la lotta contro gli immigrati e il potere economico raggiunto dalla c.d. criminalità organizzata, quella cioè perpetrata da soggetti esclusi dai circoli del potere nazionale o transnazionale. Lo statuto speciale

²⁰ Il funzionalismo propone qualcosa di distinto rispetto a una normativizzazione dei concetti giuridici. Siccome ogni norma fa riferimento a valori, gli stessi che questa dottrina rimuove dall'attenzione del giurista, ne deriva che il diritto penale debba essere oggetto di una funzionalizzazione. Ciò che resta in esso di normativo è solo l'obbligo del giurista di disinteressarsi della base empirica dei concetti giuridici e riconcentrarsi nel Diritto come entità autosufficiente e ripiegata su se stessa.

²¹ G. Papini, *Obras*, 4 voll, vol. I, traduzione spagnola di A. de Ben e Jorge M. Velloso, Madrid 1957, 662-664. La blasfemia pronunciata dal condannato dopo aver udito la sentenza di morte emessa dalla macchina «*ha sido la única palabra genuinamente humana de todo el proceso*» (663).

²² Che l'automatismo della giustizia digitale sia un vero pericolo per la democrazia e il primato stesso della legge, è stato osservato da A. Garapon e J. Lassègue, *Justice digitale*¹, Paris 2018, 214-218.

disegnato dalla legge penale per questi individui è una copia fedelissima dei manuali degli inquisitori dei secoli XV-XVI. Gli esempi di tale tipologia di legislazione si trovano attualmente dappertutto. Basta farne uno particolarmente teratologico: la legge cilena sugli stupefacenti ha cancellato tutti insieme i principii del Codice penale del 1874, a cominciare dal principio di sovranità dello Stato, visto che ammette l'estradiizione per un fatto che non è reato secondo il Codice penale, ovvero la cospirazione per delinquere, consentendo allo Stato estero di ottenere la consegna del reo perfino in mancanza di garanzie di reciprocità²³.

Infine, l'esecuzione delle pene.

L'autoritarismo è riuscito a farci indietreggiare di centoventi anni. Allora viveva la sua ultima stagione la vetusta teoria del rapporto dello Stato con il reo nel senso di una «situazione speciale di potere», concezione d'origine amministrativa nella quale il secondo veniva considerato non come un soggetto di diritto, bensì quale mero oggetto nelle mani dello Stato²⁴. Dobbiamo ringraziare Berthold Freudenthal per aver considerato il detenuto quale soggetto attivo di un insieme di diritti nei confronti dello Stato, all'interno di un vero e proprio rapporto giuridico di diritto pubblico²⁵. Poi verrà la teoria del diritto penitenziario, una creazione italiana, e molte decadi dopo le leggi di esecuzione penale, come appunto l'ordinamento penitenziario italiano del 1975²⁶.

Ora invece questi diritti tendono ad essere ridotti a mere aspettative, tutt'al più dei «benefici» penitenziari, degli atti discrezionali che non rispondono affatto a un riscontro doveroso da parte dello Stato. La stessa liberazione condizionale, lo strumento ancora più importante per la prospettiva vitale dei condannati a pene di media e lunga durata, subisce delle trasformazioni involutive, tra le quali spicca la dipendenza dai cambiamenti *a posteriori* della volontà normativa dello Stato, che ne può alterare i requisiti di ammissibilità, soprattutto i termini della pena scontata,

²³ Articoli 17 e 48 della Legge numero 20.000, 16 febbraio 2005. Una critica di questa teratologia legislativa in J. L. Guzmán Dalbora, *Trascendencia de la pena al defensor y autoprotección del Estado en la ley chilena de estupefacientes*, in *Drogas ilícitas y narcotráfico. Nuevos desarrollos en América Latina*, edizione di K. Ambos, E. Malarino e M.C. Fuchs, Bogotá 2017, 403-437.

²⁴ Molto completo, riguardo a questo genere di rapporti, M. López Benítez, *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, Madrid 1994, con una dettagliata rassegna storico-dogmatica nelle pagine 45-158.

²⁵ *La posición jurídico-pública del preso*, trad. J. L. Guzmán Dalbora, in *Revista peruana de ciencias penales*, Lima, numero 13, 2003, 351-360, e *Revista de Derecho penal*, Montevideo, 2ª época, numero 14, giugno de 2004, 467-474.

²⁶ M. de Rivacoba y Rivacoba, *Función y aplicación de la pena*, Buenos Aires 1993, 122-156.

sicché il reo non può avere mai una certezza ragionevole del tempo necessario al raggiungimento del beneficio o alla fine dell'espiazione della pena²⁷.

5. Purtroppo, nei confronti della mentalità autoritaria non è oggi il caso di «curarse en salud», saggio proverbio spagnolo che significa approssimativamente che è meglio evitare un problema anziché doverlo risolvere.

A parte il fatto che le radici dell'autoritarismo sono molto antiche e profonde, il momento attuale è poco propizio per educare politicamente i cittadini, partendo dalla fondamentale acquisizione della duplice natura dell'essere umano, che è anzitutto un individuo singolo e irripetibile, ma la cui individualità esige qualcosa di più della semplice convivenza con altri esseri della sua specie. L'individualità, quindi la vera libertà, presuppone il riconoscimento nel prossimo di un soggetto capace di autodeterminarsi, di soffrire e di sperimentare il dolore: un soggetto con cui condividiamo il destino di spegnerci, prima o poi. Affinché si realizzino e si sviluppino questi presupposti nella vita sociale di ciascuno, è indispensabile l'empatia; come elemento sufficiente, almeno la compassione²⁸. Questo è oggi più che mai compito dell'educazione pubblica, sia quella che viene impartita dalle scuole, sia quella che viene trasmessa attraverso *internet* e i canali digitali in generale.

Per contro, l'antidoto di fronte alla prepotenza del diritto penale autoritario c'è. Anzi, fu segnalato duecento anni fa dai progenitori del diritto penale contemporaneo. Parafrasando Romagnosi²⁹, l'autoritarismo è una minaccia permanente nata dall'intemperanza innata della cattiva politica. La cattiva politica va contenuta dalla legge. Se non rispetta la legge o abusa del potere legiferante, la si tiene a bada con la Costituzione, purché il Paese ne abbia una democratica³⁰. Se la Costituzione fosse

²⁷ Un fatto avvenuto ad opera della Legge cilena numero 21.124, 18 gennaio 2019. Cf. La nostra critica in J. L. Guzmán Dalbora, *Una jurisprudencia equivocada sobre crímenes internacionales y sus consecuencias en la regulación legal de la libertad condicional*, in *Revista de Derecho penal y Criminología*, La Ley, Buenos Aires, anno IX, numero 6, luglio 2019, 101-114.

²⁸ D'altronde, in quanto principio pratico, l'idea di umanità è sinonimo appunto di compassione, cioè della virtù di partecipare alla sofferenza di qualunque essere vivente, meritata o meno, e di rifiutarsi di considerare il dolore degli altri come qualcosa di indifferente, e di coloro che lo soffrono come una cosa. Cf. A. Comte-Sponville, *Pequeño tratado de las grandes virtudes*, trad. B. Corral y M. Corral, Barcelona 2005, 113 e 120.

²⁹ Nella sua nota definizione del diritto penale: un diritto di difesa abituale contro una minaccia permanente nata dall'intemperanza innata degli uomini. G.D. Romagnosi, *Génesis del Derecho penal*, trad. C. González Cortina e J. Guerrero, Bogotá 1956, 105 (§ 252).

³⁰ Questo è il caso dell'Italia, ma non del Cile. Bisogna però tener conto che una riforma della Costituzione non può essere opera del parlamento, ma sempre del Popolo sovrano, il che significa che non è lecito modificarla senza un'assemblea costituente. Non esiste un costituente delegato o indiretto, come invece affermano i politici

calpestata dal governo o dagli stessi legislatori, allora sarebbe il turno dell'ultimo garante di tutti i diritti, anche di quelli costituzionali: il giudice. Nient'altro è il retroterra dell'indipendenza giudiziaria, nella quale si combinano mirabilmente politica, diritto ed etica³¹.

e giuristi che difendono la Costituzione della dittatura militare (1980). Tutt'altro: la democrazia non può rinunciare al diritto di esprimere il proprio parere sulla Costituzione. Se così non fosse, la democrazia non sarebbe più sovranità del popolo. Cf. G. Radbruch, *El relativismo*, cit., 101.

³¹ “Esta independencia se eleva a lo que no vacilamos en llamar su significado y valor ético [...], que se desdobra en dos vertientes, una, que mira a los integrantes del mismo Poder judicial, y la otra, hacia los justiciables”, come garanzia dell'autodeterminazione di quelli e della sicurezza e quindi libertà di questi. M. de Rivacoba y Rivacoba, *Fondo ético y significación política de la independencia judicial*, in *Derecho y Política*, Anuario de Filosofía Jurídica y Social, cit., 9, 1992, (251-270) 269-270.