

CJN

Diritto Penale Contemporaneo

RIVISTA TRIMESTRALE

REVISTA TRIMESTRAL DE DERECHO PENAL
A QUARTERLY REVIEW FOR CRIMINAL JUSTICE



3/2020

EDITOR-IN-CHIEF

Gian Luigi Gatta

EDITORIAL BOARD

Italy: Antonio Gullo, Guglielmo Leo, Luca Luparia, Francesco Mucciarelli, Francesco Viganò

Spain: Jaime Alonso-Cuevillas, Sergi Cardenal Montraveta, David Carpio Briz,

Joan Queralt Jiménez

Chile: Jaime Couso Salas, Mauricio Duce Julio, Héctor Hernández Basualto,

Fernando Londoño Martínez

MANAGING EDITOR

Carlo Bray

EDITORIAL STAFF

Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Javier Escobar Veas, Stefano Finocchiaro,

Alessandra Galluccio, Elisabetta Pietrocarlo, Tommaso Trinchera, Maria Chiara Ubiali,

Stefano Zirulia

EDITORIAL ADVISORY BOARD

Rafael Alcacer Guirao, Alberto Alessandri, Giuseppe Amarelli, Ennio Amodio,
Coral Arangüena Fanego, Lorena Bachmaier Winter, Roberto Bartoli, Fabio Basile,
Hervé Belluta, Alessandro Bernardi, Carolina Bolea Bardón, David Brunelli,
Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Pedro Caeiro, Michele Caianiello, Lucio Camaldo,
Stefano Canestrari, Francesco Caprioli, Claudia Cárdenas Aravena, Raúl Carnevali,
Marta Cartabia, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Massimo Ceresa Gastaldo,
Mario Chiavario, Mirentxu Corcoy Bidasolo, Roberto Cornelli, Cristiano Cupelli,
Norberto Javier De La Mata Barranco, Angela Della Bella, Cristina de Maglie,
Gian Paolo Demuro, Miguel Díaz y García Conlledo, Ombretta Di Giovine, Emilio Dolcini,
Jacobo Dopico Gomez Aller, Patricia Faraldo Cabana, Silvia Fernández Bautista,
Javier Gustavo Fernández Terruelo, Marcelo Ferrante, Giovanni Fiandaca, Gabriele Fornasari,
Novella Galantini, Percy García Caveró, Loredana Garlati, Mitja Gialuz, Glauco Giostra,
Víctor Gómez Martín, José Luis Guzmán Dalbora, Ciro Grandi, Giovanni Grasso,
Giulio Illuminati, Roberto E. Kostoris, Máximo Langer, Juan Antonio Lascurain Sánchez,
Maria Carmen López Peregrín, Sergio Lorusso, Ezequiel Malarino,
Francisco Maldonado Fuentes, Stefano Manacorda, Juan Pablo Mañalich Raffo,
Vittorio Manes, Grazia Mannozi, Teresa Manso Porto, Luca Marafioti, Joseph Margulies,
Enrico Marzaduri, Luca Masera, Jean Pierre Matus Acuña, Anna Maria Maugeri,
Oliviero Mazza, Iván Meini, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Melissa Miedico,
Vincenzo Militello, Fernando Miró Linares, Vincenzo Mongillo,
Renzo Orlandi, Francesco Palazzo, Carlenrico Paliero, Michele Papa, Raphaële Parizot,
Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lorenzo Picotti, Paolo Pisa, Oreste Pollicino,
Domenico Pulitanò, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Mario Romano,
Maria Ángeles Rueda Martín, Carlo Ruga Riva, Stefano Ruggieri, Francesca Ruggieri,
Marco Scoletta, Sergio Seminara, Paola Severino, Nicola Selvaggi, Rosaria Sicurella,
Jesús María Silva Sánchez, Carlo Sotis, Giulio Ubertis, Inma Valeije Álvarez, Antonio
Vallini, Vito Velluzzi, Paolo Veneziani, Costantino Visconti, Javier Willenmann von Bernath,
Francesco Zacchè

Editore Associazione "Progetto giustizia penale", c/o Università degli Studi di Milano,
Dipartimento di Scienze Giuridiche "C. Beccaria" - Via Festa del Perdono, 7 - 20122 MILANO - c.f. 97792250157
ANNO 2020 - CODICE ISSN 2240-7618 - Registrazione presso il Tribunale di Milano, al n. 554 del 18 novembre 2011.
Impaginazione a cura di Chiara Pavese

Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale è un periodico on line ad accesso libero e non ha fine di profitto. Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione. La rivista, registrata presso il Tribunale di Milano, al n. 554 del 18 novembre 2011, è edita attualmente dall'associazione "Progetto giustizia penale", con sede a Milano, ed è pubblicata con la collaborazione scientifica e il supporto dell'Università Commerciale Luigi Bocconi di Milano, dell'Università degli Studi di Milano, dell'Università di Roma Tre, dell'Università LUISS Guido Carli, dell'Universitat de Barcelona e dell'Università Diego Portales di Santiago del Cile.

La rivista pubblica contributi inediti relativi a temi di interesse per le scienze penalistiche a livello internazionale, in lingua italiana, spagnolo, inglese, francese, tedesca e portoghese. Ogni contributo è corredato da un breve abstract in italiano, spagnolo e inglese.

La rivista è classificata dall'ANVUR come rivista scientifica per l'area 12 (scienze giuridiche), di classe A per i settori scientifici G1 (diritto penale) e G2 (diritto processuale penale). È indicizzata in DoGI e DOAJ.

Il lettore può leggere, condividere, riprodurre, distribuire, stampare, comunicare al pubblico, esporre in pubblico, cercare e segnalare tramite collegamento ipertestuale ogni lavoro pubblicato su "Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale", con qualsiasi mezzo e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, nei limiti consentiti dalla licenza Creative Commons - Attribuzione - Non commerciale 3.0 Italia (CC BY-NC 3.0 IT), in particolare conservando l'indicazione della fonte, del logo e del formato grafico originale, nonché dell'autore del contributo.

La rivista può essere citata in forma abbreviata con l'acronimo: *DPC-RT*, corredato dall'indicazione dell'anno di edizione e del fascicolo.

La rivista fa proprio il [Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors](#) elaborato dal COPE (Committee on Publication Ethics).

La rivista si conforma alle norme del Regolamento UE 2016/679 in materia di tutela dei dati personali e di uso dei cookies ([clicca qui](#) per dettagli).

Ogni contributo proposto per la pubblicazione è preliminarmente esaminato dalla direzione, che verifica l'attinenza con i temi trattati dalla rivista e il rispetto dei requisiti minimi della pubblicazione.

In caso di esito positivo di questa prima valutazione, la direzione invia il contributo in forma anonima a due revisori, individuati secondo criteri di rotazione tra i membri dell'Editorial Advisory Board in relazione alla rispettiva competenza per materia e alle conoscenze linguistiche. I revisori ricevono una scheda di valutazione, da consegnare compilata alla direzione entro il termine da essa indicato. Nel caso di tardiva o mancata consegna della scheda, la direzione si riserva la facoltà di scegliere un nuovo revisore.

La direzione comunica all'autore l'esito della valutazione, garantendo l'anonimato dei revisori. Se entrambe le valutazioni sono positive, il contributo è pubblicato. Se una o entrambe le valutazioni raccomandano modifiche, il contributo è pubblicato previa revisione dell'autore, in base ai commenti ricevuti, e verifica del loro accoglimento da parte della direzione. Il contributo non è pubblicato se uno o entrambi i revisori esprimono parere negativo alla pubblicazione.

La direzione si riserva la facoltà di pubblicare, in casi eccezionali, contributi non previamente sottoposti alla procedura di peer review. Di ciò è data notizia nella prima pagina del contributo, con indicazione delle ragioni relative.

I contributi da sottoporre alla Rivista possono essere inviati al seguente indirizzo mail: editor.criminaljusticenetwork@gmail.com. I contributi che saranno ritenuti dalla direzione di potenziale interesse per la rivista saranno sottoposti alla procedura di peer review sopra descritta. I contributi proposti alla rivista per la pubblicazione dovranno rispettare i criteri redazionali [scaricabili qui](#).

Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale es una publicación periódica *on line*, de libre acceso y sin ánimo de lucro. Todas las colaboraciones de carácter organizativo y editorial se realizan gratuitamente y no se imponen a los autores costes de maquetación y publicación. La Revista, registrada en el Tribunal de Milan, en el n. 554 del 18 de noviembre de 2011, se edita actualmente por la asociación “Progetto giustizia penale”, con sede en Milán, y se publica con la colaboración científica y el soporte de la *Università Commerciale Luigi Bocconi* di Milano, la *Università degli Studi di Milano*, la *Università di Roma Tre*, la *Università LUISS Guido Carli*, la *Universitat de Barcelona* y la *Universidad Diego Portales de Santiago de Chile*.

La Revista publica contribuciones inéditas, sobre temas de interés para la ciencia penal a nivel internacional, escritas en lengua italiana, española, inglesa, francesa, alemana o portuguesa. Todas las contribuciones van acompañadas de un breve abstract en italiano, español e inglés.

El lector puede leer, compartir, reproducir, distribuir, imprimir, comunicar a terceros, exponer en público, buscar y señalar mediante enlaces de hipervínculo todos los trabajos publicados en “Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale”, con cualquier medio y formato, para cualquier fin lícito y no comercial, dentro de los límites que permite la licencia *Creative Commons - Attribuzione - Non commerciale 3.0 Italia* (CC BY-NC 3.0 IT) y, en particular, debiendo mantenerse la indicación de la fuente, el logo, el formato gráfico original, así como el autor de la contribución.

La Revista se puede citar de forma abreviada con el acrónimo *DPC-RT*, indicando el año de edición y el fascículo.

La Revista asume el [Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors](#) elaborado por el COPE (*Comitte on Publication Ethics*).

La Revista cumple lo dispuesto en el Reglamento UE 2016/679 en materia de protección de datos personales ([clica aquí](#) para los detalles sobre protección de la privacy y uso de cookies).

Todas las contribuciones cuya publicación se propone serán examinadas previamente por la Dirección, que verificará la correspondencia con los temas tratados en la Revista y el respeto de los requisitos mínimos para su publicación.

En el caso de que se supere con éxito aquella primera valoración, la Dirección enviará la contribución de forma anónima a dos evaluadores, escogidos entre los miembros del *Editorial Advisory Board*, siguiendo criterios de rotación, de competencia por razón de la materia y atendiendo también al idioma del texto. Los evaluadores recibirán un formulario, que deberán devolver a la Dirección en el plazo indicado. En el caso de que la devolución del formulario se retrasara o no llegara a producirse, la Dirección se reserva la facultad de escoger un nuevo evaluador.

La Dirección comunicará el resultado de la evaluación al autor, garantizando el anonimato de los evaluadores. Si ambas evaluaciones son positivas, la contribución se publicará. Si alguna de las evaluaciones recomienda modificaciones, la contribución se publicará después de que su autor la haya revisado sobre la base de los comentarios recibidos y de que la Dirección haya verificado que tales comentarios han sido atendidos. La contribución no se publicará cuando uno o ambos evaluadores se pronuncien negativamente sobre su publicación.

La Dirección se reserva la facultad de publicar, en casos excepcionales, contribuciones que no hayan sido previamente sometidas a *peer review*. Se informará de ello en la primera página de la contribución, indicando las razones.

Si deseas proponer una publicación en nuestra revista, envía un mail a la dirección editor.criminaljusticenetwork@gmail.com. Las contribuciones que la Dirección considere de potencial interés para la Revista se someterán al proceso de *peer review* descrito arriba. Las contribuciones que se propongan a la Revista para su publicación deberán respetar los criterios de redacción (se pueden [descargar aquí](#)).



Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale is an on-line, open-access, non-profit legal journal. All of the organisational and publishing partnerships are provided free of charge with no author processing fees. The journal, registered with the Court of Milan (n° 554 - 18/11/2011), is currently produced by the association “Progetto giustizia penale”, based in Milan and is published with the support of Bocconi University of Milan, the University of Milan, Roma Tre University, the University LUISS Guido Carli, the University of Barcelona and Diego Portales University of Santiago, Chile.

The journal welcomes unpublished papers on topics of interest to the international community of criminal scholars and practitioners in the following languages; Italian, Spanish, English, French, German and Portuguese. Each paper is accompanied by a short abstract in Italian, Spanish and English.

Visitors to the site may share, reproduce, distribute, print, communicate to the public, search and cite using a hyperlink every article published in the journal, in any medium and format, for any legal non-commercial purposes, under the terms of the Creative Commons License - Attribution – Non-commercial 3.0 Italy (CC BY-NC 3.0 IT). The source, logo, original graphic format and authorship must be preserved.

For citation purposes the journal's abbreviated reference format may be used: *DPC-RT*, indicating year of publication and issue.

The journal strictly adheres to the [Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors](#) drawn up by COPE (Committee on Publication Ethics).

The journal complies with the General Data Protection Regulation (EU) 2016/679 (GDPR) ([click here](#) for details on protection of privacy and use of cookies).

All articles submitted for publication are first assessed by the Editorial Board to verify pertinence to topics addressed by the journal and to ensure that the publication's minimum standards and format requirements are met.

Should the paper in question be deemed suitable, the Editorial Board, maintaining the anonymity of the author, will send the submission to two reviewers selected in rotation from the Editorial Advisory Board, based on their areas of expertise and linguistic competence. The reviewers are provided with a feedback form to compile and submit back to the editorial board within an established timeframe. If the timeline is not heeded to or if no feedback is submitted, the editorial board reserves the right to choose a new reviewer.

The Editorial Board, whilst guaranteeing the anonymity of the reviewers, will inform the author of the decision on publication. If both evaluations are positive, the paper is published. If one or both of the evaluations recommends changes the paper will be published subsequent to revision by the author based on the comments received and verification by the editorial board. The paper will not be published should one or both of the reviewers provide negative feedback.

In exceptional cases the Editorial Board reserves the right to publish papers that have not undergone the peer review process. This will be noted on the first page of the paper and an explanation provided.

If you wish to submit a paper to our publication please email us at editor.criminaljusticenetwork@gmail.com. All papers considered of interest by the editorial board will be subject to peer review process detailed above. All papers submitted for publication must abide by the editorial guidelines ([download here](#)).

TRA PRINCIPI, TEORIA DEL DIRITTO PENALE E POLITICA-CRIMINALE	Perché il codice penale	1
	Le riforme del codice oltre i progetti di pura consolidazione	
	<i>Why the Criminal Code</i>	
PRINCIPIOS, TEORÍA DEL DERECHO PENAL Y POLÍTICA CRIMINAL	<i>The Reforms of the Code Beyond the Mere Consolidation Projects</i>	
	<i>¿Por qué el Código Penal?</i>	
	<i>Las reformas del Código más allá de los proyectos de pura consolidación</i>	
PRINCIPLES, THEORY OF CRIMINAL LAW AND CRIMINAL POLICY	Massimo Donini	
	Corte Edu e Corte costituzionale tra operazioni di bilanciamento e precedente vincolante. Spunti teorico-generalisti e ricadute penalistiche. (Parte III)	22
	<i>Corte Europea de Derechos Humanos y Corte Constitucional entre operaciones de ponderación y precedente vinculante</i>	
	<i>European Court of Human Rights and Constitutional Court Between Balancing and Binding Precedent</i>	
	Alessandro Tesaro	
	Non punibilità e indirizzo politico-criminale	68
	<i>No punibilidad e dirección político criminal</i>	
	<i>Non-Punishability and Criminal Policy</i>	
	Paolo Caroli	
	Anatomia del <i>ne bis in idem</i>: da principio unitario a trasformatore neutro di principi in regole	98
	<i>Anatomía del ne bis in idem: de principio unitario a principio neutro transformar de principios en regla</i>	
	<i>Anatomy of ne bis in idem:: from Unitary Principle to Neutral Converter of Principles into Rules</i>	
	Ludovico Bin	

<p>TEMI DI PARTE SPECIALE</p> <p>TEMAS DE LA PARTE ESPECIAL</p> <p>SPECIFIC OFFENCES TOPICS</p>	<hr/> <p>Non c'è smuggling senza ingiusto profitto 143 <i>No hay smuggling sin beneficio injusto</i> <i>There is No Smuggling Without Unjust Profit</i> Stefano Zirulia</p> <hr/> <p>Il recepimento della direttiva PIF in Italia e l' 'evergreen' art. 316-ter c.p. 178 <i>La implementación de la directiva PIF en Italia y el "evergreen" art. 316-ter del Código Penal</i> <i>The PIF directive implementation in Italy and the 'evergreen' article 316-ter of the Italian Criminal Code</i> Enrico Basile</p> <hr/> <p>La confidencialidad, integridad y disponibilidad de los sistemas de información como bien jurídico protegido en los delitos contra los sistemas de información en el código penal español 199 <i>Riservatezza, integrità e disponibilità dei sistemi informatici come bene giuridico protetto dai reati informatici nel codice penale spagnolo</i> <i>Confidentiality, Integrity and Availability of IT Systems as the Interest Protected by the Cyber-Crimes in the Spanish Criminal Code</i> Dra. M^a Ángeles Rueda Martín</p> <hr/> <p>The Market for Gossip: Punish Paparazzi and You Will Produce Inefficiency 217 <i>El mercado de chismes: castiga a los paparazzi y producirás ineficiencia</i> <i>Il mercato del gossip: punisci i paparazzi e produrrà inefficienza</i> Mariateresa Maggiolino, Eleonora Montani, Giovanni Tuzet</p> <hr/> <p>Problemi vecchi e nuovi delle false dichiarazioni sostitutive 237 <i>Problemas viejos y nuevos de las falsas declaraciones sustitutivas</i> <i>Old and New Problems on False Statements Rendered by Private Parties in Lieu of</i> Fabio Antonio Siena</p>
---	--

<p>L'OGGETTO SU ... IL DIRITTO PENALE TRIBUTARIO</p> <p><i>EL OBJETIVO SOBRE ... EL DERECHO PENAL TRIBUTARIO</i></p> <p><i>FOCUS ON ... TAX CRIMINAL LAW</i></p>	<hr/> <p>La non punibilità nel prisma del diritto penale tributario: coerenza o lassismo di sistema? 256</p> <p><i>La no punibilidad en el prisma del derecho penal tributario: ¿congruencia o laxitud del sistema?</i></p> <p><i>Non-Punishment in the Prism of Tax Crimes: Consistency or Laxity of the System?</i></p> <p>Stefano Cavallini</p> <hr/> <p>Reati tributari e responsabilità dell'ente: una riforma nel (ancorché non di) sistema 275</p> <p><i>Delitos fiscales y responsabilidad corporativa: una reforma (aunque no del) en el sistema (aunque no de)</i></p> <p><i>Tax Offences and Corporate Liability: a Reform in the (Albeit Not of) System</i></p> <p>Daniele Piva</p> <hr/> <p>Le confische e i sequestri in materia di reati tributari dopo il "decreto fiscale" n. 124 del 2019 290</p> <p><i>Los comisos y los secuestros en materia de delitos fiscales después del Derecho Fiscal n. 124 de 2019</i></p> <p><i>Confiscation and seizure for tax crimes after the Italian "Tax Decree" no. 124 of 2019</i></p> <p>Gianluca Varraso</p> <hr/>
<p>SANZIONI PATRIMONIALI</p> <p><i>SANCIONES ECONÓMICAS</i></p> <p><i>FINANCIAL SANCTIONS</i></p>	<hr/> <p>Riflessioni sulla quantificazione del profitto illecito e sulla natura giuridica della confisca diretta e per equivalente 322</p> <p><i>Reflexiones sobre la cuantificación del beneficio ilícito y la naturaleza jurídica del decomiso directo y por equivalente</i></p> <p><i>Reflections on the quantification of proceeds and on the legal nature of direct confiscation and confiscation of substitute assets</i></p> <p>Stefano Finocchiaro</p>

<p>LA TUTELA DELLA LIBERTÀ PERSONALE AL DI FUORI DEL DIRITTO PENALE</p> <p><i>LA PROTECCIÓN DE LA LIBERTAD PERSONAL FUERA DEL DERECHO PENAL</i></p> <p><i>THE PROTECTION OF PERSONAL FREEDOM OUTSIDE OF CRIMINAL LAW</i></p>	<p>Introduzione al convegno su <i>La tutela della libertà personale al di fuori del diritto penale</i></p> <p><i>Introducción a la conferencia sobre La protección de la libertad personal fuera del derecho penal</i></p> <p><i>Introduction to the Conference on The Protection of Personal Freedom Outside of Criminal Law</i></p> <p>Luca Masera</p> <hr/> <p>La libertà personale nella Costituzione</p> <p><i>La libertad personal en la Constitución</i></p> <p><i>Personal Freedom in the Italian Constitution</i></p> <p>Antonio D'Andrea</p> <hr/> <p>La tutela della libertà personale al di fuori del diritto penale</p> <p>Misure di prevenzione</p> <p><i>La protección de la libertad personal fuera del derecho penal</i></p> <p><i>Medidas de prevención</i></p> <p><i>The Protection of Personal Freedom Outside of Criminal Law</i></p> <p><i>Preventive Measures</i></p> <p>Marco Pelissero</p> <hr/> <p>Tutela penale della libertà personale e culture del controllo in psichiatria</p> <p><i>Tutela penal de la libertad personal y cultura del control en psiquiatría</i></p> <p><i>Protection of Personal Freedom Through Criminal Law and Control Theories in Psychiatry</i></p> <p>Giandomenico Dodaro</p> <hr/> <p>La libertà è ancora terapeutica? <i>Diritto alla salute mentale e dovere alla salute mentale</i></p> <p><i>¿Es la libertad terapéutica? Derecho deber a la salud mental</i></p> <p><i>Is Freedom Still a Therapy? Right to Mental Health and Duty of Mental Health</i></p> <p>Giovanni Rossi</p> <hr/> <p>La libertà personale del richiedente protezione internazionale</p> <p><i>Libertad personal de los solicitantes de protección internacional</i></p> <p><i>Personal Freedom of the International Protection Seeker</i></p> <p>Antonio Cantaro e Federico Losurdo</p> <hr/> <p>Dagli hotspot ai “porti chiusi”: quali rimedi per la libertà “sequestrata” alla frontiera?</p> <p><i>De los hotspot a los “puertos cerrados”: ¿qué remedios para la libertad “secuestrada” a la frontera?</i></p> <p><i>From Hotspots to “Closed ports”: Which Remedies for the Deprivation of Liberty at the Border?</i></p> <p>Francesca Cancellaro</p>	<p>362</p> <p>365</p> <p>374</p> <p>388</p> <p>401</p> <p>417</p> <p>428</p>
--	--	--

DONNE E DIRITTO PENALE	Donne autrici di crimini di guerra, crimini contro l'umanità e genocidio di fronte ai tribunali internazionali	445
<i>MUJERES Y DERECHO PENAL</i>	<i>Mujeres autoras de crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad y genocidio ante tribunales internacionales</i>	
<i>WOMEN AND CRIMINAL LAW</i>	<i>Women as Perpetrators of War Crimes, Crimes Against Humanity and Genocide Before the International Courts</i> Gabriella Citroni	
	Violenza contro le donne e bulimia repressiva	461
	<i>Violencia contra las mujeres y bulimia represiva</i> <i>Violence Against Women and Repressive Bulimia</i> Tiziana Vitarelli	

LA TUTELA DELLA LIBERTÀ PERSONALE AL DI FUORI DEL DIRITTO PENALE

LA PROTECCIÓN DE LA LIBERTAD PERSONAL FUERA DEL DERECHO PENAL

THE PROTECTION OF PERSONAL FREEDOM OUTSIDE OF CRIMINAL LAW

- 362 **Introduzione al convegno su *La tutela della libertà personale al di fuori del diritto penale***
Introducción a la conferencia sobre La protección de la libertad personal fuera del derecho penal
Introduction to the Conference on The Protection of Personal Freedom Outside of Criminal Law
Luca Masera
- 365 **La libertà personale nella Costituzione**
La libertad personal en la Constitución
Personal Freedom in the Italian Constitution
Antonio D'Andrea
- 374 **La tutela della libertà personale al di fuori del diritto penale. Misure di prevenzione**
La protección de la libertad personal fuera del derecho penal. Medidas de prevención
The Protection of Personal Freedom Outside of Criminal Law. Preventive Measures
Marco Pelissero
- 388 **Tutela penale della libertà personale e culture del controllo in psichiatria**
Tutela penal de la libertad personal y cultura del control en psiquiatría
Protection of Personal Freedom Through Criminal Law and Control Theories in Psychiatry
Giandomenico Dodaro
- 401 **La libertà è ancora terapeutica? *Diritto alla salute mentale e dovere alla salute mentale***
¿Es la libertad terapéutica? Derecho y deber a la salud mental
Is Freedom Still a Therapy? Right to Mental Health and Duty of Mental Health
Giovanni Rossi
- 417 **La libertà personale del richiedente protezione internazionale**
Libertad personal de los solicitantes de protección internacional
Personal Freedom of the International Protection Seeker
Antonio Cantaro e Federico Losurdo
- 428 **Dagli hotspot ai “porti chiusi”: quali rimedi per la libertà “sequestrata” alla frontiera?**
De los hotspot a los “puertos cerrados”: ¿qué remedios para la libertad “secuestrada” a la frontera?
From Hotspots to “Closed ports”: Which Remedies for the Deprivation of Liberty at the Border?
Francesca Cancellaro

Introduzione al convegno su *La tutela della libertà personale al di fuori del diritto penale*

Introducción a la conferencia sobre La protección de la libertad personal fuera del derecho penal

Introduction to the Conference on The Protection of Personal Freedom Outside of Criminal Law

LUCA MASERA

Professore associato di Diritto penale presso l'Università degli Studi di Brescia
luca.masera@unibs.it

La privazione o la limitazione della libertà personale ad opera delle autorità dello Stato nel nostro ordinamento non sono, come noto, misure di esclusiva pertinenza del sistema penale. La commissione di un reato punito con sanzione detentiva è certo il presupposto ordinario perché un soggetto possa essere legittimamente privato della libertà (in via cautelare o in esecuzione di una sentenza definitiva di condanna), ma vi sono ambiti ordinamentali in cui la privazione o la limitazione della libertà personale non sono conseguenza della commissione di un fatto penalmente illecito.

Il Convegno di cui sono qui riportati gli atti aveva la precipua finalità di porre al centro dell'attenzione proprio i contesti in cui la privazione di libertà avviene al di fuori del sistema della giustizia penale. Quando vengono pubblicati questi atti (novembre 2020), l'emergenza pandemica e gli strumenti di contrasto al virus adottati nel corso degli ultimi mesi hanno fatto sì che il tema della legittimità di misure non penali incidenti sulla libertà personale e sulla libertà di circolazione (come la quarantena o l'isolamento fiduciario dei soggetti positivi o sospetti positivi) sia stato oggetto di ampio e serrato dibattito; con il Covid, il problema dei limiti entro cui l'autorità amministrativa e sanitaria può limitare la libertà degli individui è diventato di concreta e stringente attualità per migliaia di cittadini, ed è per questo che si giustifica l'acuto interesse emerso al riguardo in dottrina.

Nei testi qui pubblicati, il lettore non troverà alcuna riflessione in ordine alle misure anti-Covid, posto che le relazioni sono state tenute in un momento (novembre 2019) antecedente allo sviluppo della pandemia. Dopo un necessario inquadramento costituzionale del tema della libertà personale, affidato a Antonio D'Andrea (cui, nel programma originario del convegno, avrebbe fatto seguito l'altrettanto necessario esame dello statuto convenzionale di tale diritto), l'attenzione si concentrerà sui tre ambiti "tipici" (nell'era pre-Covid) dell'incidenza sulla libertà personale di misure emesse al di fuori di un procedimento penale: le misure personali di prevenzione *ante delictum* (cui è dedicata la relazione di Marco Pelissero), il trattamento sanitario obbligatorio e le diverse forme di contenzione previste in ambito psichiatrico (oggetto degli interventi di Giandomenico Dodaro e Giovanni Rossi), il trattamento amministrativo dello straniero irregolare e del richiedente asilo negli *hotspot* e nei Centri di Permanenza per il Rimpatrio (nei testi di Antonio Cantaro e Federico Losurdo, e di Francesca Cancellaro).

Ciò che hanno in comune tutti tali contesti, è che le misure si rivolgono a soggetti per ragioni diverse marginali e devianti rispetto al modello sociale e produttivo: la piccola delinquenza descritta dalle fattispecie di pericolosità generica di cui all'art. 1 l. 231/2007, o la criminalità organizzata e comune di cui all'art. 4; il malato psichiatrico pericoloso per la propria e per l'altrui incolumità, l'incarnazione stessa nell'immaginario sociale dell'*alienus* di cui avere timore; il migrante irregolare – o "clandestino", secondo la brutta terminologia usata non di

rado anche in provvedimenti giudiziari –, che negli ultimi due decenni è stato al centro di una potente operazione di criminalizzazione mediatica e normativa.

Trattandosi di misure che incidono sulla libertà di persone marginali, marginale è risultata anche la loro collocazione come oggetti di studio scientifico. Nei manuali di diritto penale, a tutti questi ambiti viene fatto al più qualche rapido cenno, quando non vengono del tutto ignorati; così come modesta è l'attenzione a tali contesti nei testi generali di diritto amministrativo o di diritto costituzionale. Sono appunto “materie ai margini”, come destinatari e come materia di ricerca; e proprio in tale marginalità trova terreno fertile una costante prassi (normativa e giudiziaria) di affievolimento delle garanzie tipiche del procedimento penale. Studiando tali materie, si avverte con nitidezza l'attualità della celebre massima lisztiana per cui il codice (e il processo) penale costituiscono la *Magna Charta* del reo: fuori dal sistema penale, la libertà personale è esposta a pericoli assai insidiosi di burocratizzazione dei meccanismi di privazione (fenomeno particolarmente evidente nella materia dell'immigrazione irregolare), che pongono in serissima difficoltà il principio dell'inviolabilità della libertà personale scolpito dall'art. 13 Cost.

Se a livello manualistico i settori oggetto del convegno ottengono ancora scarsa attenzione, da tempo non mancano i contributi dottrinali che si interrogano sulla tenuta delle garanzie in tali settori, e gli interventi che si pongono qui all'attenzione del lettore vanno tutti nella medesima direzione di critica, in alcuni casi anche molto netta, delle tendenze normative e giurisprudenziali degli ultimi decenni.

Gli accenti di preoccupazione si colgono già nella relazione introduttiva di D'Andrea, che dopo avere tratteggiato i (ristretti) confini entro cui risultano costituzionalmente legittime misure extra-penali di limitazione della libertà personale, si esprime in termini di netta contrarietà rispetto alla legittimità del “trattenimento” degli stranieri irregolari in attesa del rimpatrio, che vengono sottoposti ad una vera e propria forza di “detenzione” secondo l'autore estranea al modello costituzionale.

L'intervento di Pelissero, dedicato alle misure personali di prevenzione *ante delictum*, parte dalla constatazione che, mentre negli anni Sessanta e Settanta la legittimità di tali misure è stata radicalmente messa in discussione da una parte consistente e autorevole del mondo accademico e della magistratura, oggi sarebbe semplicemente irrealistico immaginarne il superamento o la riconduzione al *genus* delle misure di sicurezza *post delictum*, considerato il loro ruolo centrale in diversi settori-chiavi del contrasto alla criminalità (dalle misure di prevenzione per sospetti mafiosi o sospetti terroristi, al DASPO in ambito di manifestazioni sportive). Se in questo momento storico le misure di prevenzione appaiono dunque uno strumento cui il legislatore non è disposto a rinunciare, è fondamentale che la loro disciplina sia resa conciliabile con il sistema di garanzie costituzionali e convenzionali poste a tutela della libertà personale e di circolazione, e il principio di proporzionalità viene individuato dall'autore come il perno intorno a cui ruotano le puntuali riforme normative prefigurate perché il sistema della prevenzione personale risulti davvero compatibile con i principi dello Stato di diritto.

I due lavori in materia di contenzione del paziente psichiatrico partono dalla considerazione di come, nonostante i tanti anni passati dal superamento del modello manicomiale fondato sulla segregazione del malato psichico, ancora oggi in molte strutture del nostro Paese si continui a fare sistematico ricorso a pratiche di limitazione della libertà personale dei pazienti.

La relazione di Dodaro si interroga in particolare sulla legittimità di tali forme di *restraint*, anche alla luce delle non numerose occasioni in cui tale problema è stato affrontato dai nostri giudici penali; l'autore ritiene di superare l'orientamento a lungo prevalente, per cui il potere dello psichiatra di disporre misure coercitive troverebbe fondamento nella scriminante dell'adempimento di un dovere di cui all'art. 51 c.p., e mostra gli argomenti per cui il ricorso agli istituti della legittima difesa o dello stato di necessità, con i rigorosi requisiti in essi contenuti, risulterebbe più idoneo a delimitare in modo efficace i margini entro cui tali pratiche devono ritenersi consentite.

Nel contributo di Rossi la questione viene affrontata dalla prospettiva dello psichiatra, che il problema del ricorso alla contenzione si trova ad affrontare nella propria esperienza quotidiana: l'autore ripercorre in pagine di estremo interesse per il giurista la storia e i “miti fondativi” della scienza psichiatrica, e dopo aver sintetizzato le linee essenziali della vera e propria rivoluzione scientifica e culturale che ha portato all'approvazione nel 1978 della legge 180, mostra la difficoltà che nella pratica clinica incontra l'affermazione del principio della centralità della volontà del paziente (anche psichiatrico), e constata in termini di viva preoccupazione

pazione “un’inversione di tendenza verso nuove/vecchie forme di assoggettamento e controllo sociale”.

Il quadro più allarmante rispetto alla tenuta dei diritti fondamentali è però senz’altro quello che emerge dai contributi in materia di immigrazione.

Il lavoro di Cantaro e Losurdo è dedicato alla condizione dei richiedenti asilo, rispetto ai quali si verifica la progressiva espansione del ricorso alla “galera amministrativa” nei Centri per il rimpatrio: l’amministrativizzazione della libertà personale che ivi viene praticata è secondo gli autori irriducibilmente incompatibile con le garanzie dell’art. 13 Cost., al punto da essere ritenuta una forma di “razzismo istituzionale” nei confronti di tali soggetti.

L’analisi di Cancellaro è invece concentrata sulla questione della legittimità della privazione di libertà praticata negli *hotspot*, cioè i centri dove vengono condotti i migranti irregolari che giungono via mare sulle nostre coste: centri che, senza alcuna base legale, vengono gestiti in molte occasioni dalle forze di polizia come veri e propri centri di detenzione. L’autrice ricorda come una sentenza della Grande Camera della Corte EDU del 2016 abbia condannato l’Italia per la violazione dell’art. 5 CEDU in materia di libertà personale in relazione alla gestione come centro chiuso del Centro di prima accoglienza di Lampedusa nel 2011: nonostante tale pronuncia, la detenzione senza base legale dei migranti (negli *hotspot* come nelle navi cui il Ministro Salvini impediva di sbarcare) è un problema purtroppo ancora oggi quanto mai attuale, e dai possibili risvolti anche a livello penale, configurando in molti casi tale prassi gli estremi del sequestro di persona.

Il materiale del convegno offre dunque al lettore un quadro preoccupante del rispetto delle garanzie nei settori ove la libertà personale è sottratta ai meccanismi della giustizia penale. La grande attenzione sulle limitazioni extra-penali alla libertà personale suscitata dalla legislazione anti-Covid deve rappresentare l’occasione per una riflessione più generale, che miri a delineare lo statuto garantistico minimo rispetto al quale valutare la legittimità di ogni misura incidente sulla libertà personale, anche quando i destinatari sono soggetti posti ai margini della società, e non le persone “perbene” che possono essere interessate dalle misure anti-Covid.



Diritto Penale Contemporaneo

R I V I S T A T R I M E S T R A L E

REVISTA TRIMESTRAL DE DERECHO PENAL
A QUARTERLY REVIEW FOR CRIMINAL JUSTICE

<http://dpc-rivista-trimestrale.criminaljusticenetwork.eu>