

Genetica. Profili applicativi nell'ambito dei procedimenti penali in Spagna

Prof. Dr. Oscar Morales ESADE Law School Attorney. *Uría Menéndez* www.uria.com

Lo sviluppo della neuroscienza e la genetica ha incrementato le relazioni di tali scienze con il diritto e il processo penale. In Spagna, l'osservazione dell'evoluzione giurisprudenziale delle diverse forme di rapporto fra neuroscienza e genetica e diritto e processo penale restituisce un'immagine non molto lontana dalla tendenza attuale all'ipertrofia punitiva e al rilassamento delle garanzie processuali.

Così, dal punto di vista sostanziale, i progressi nella genetica o nella neurobiologia permettono di astrarre una congiunzione importante di ipotesi per cui il comportamento del soggetto attivo del reato è fortemente, se non inevitabilmente, unito a condizionamenti biologici poi amplificati dalle circostanze ambientali. Dinanzi a tale evidenza, di cui qualcuno dei relatori ha reso abbondante conto nella recente bibliografia, il diritto penale spagnolo si evolve lentamente o semplicemente non si evolve. Se il vincolo genetico che determina (molto o del tutto) il comportamento dell'agente non riesce a relazionarsi con la presenza di un'anomalia mentale grave di base psichiatrica, le ragioni genetiche non avranno importanza per il diritto penale, che seguirà a giudicare l'autore come un uomo libero, lanciando messaggi general-preventivi attraverso la riaffermazione della norma che presuppone il suo processo e la condanna e proiettando sull'autore messaggi special-preventivi di impossibile efficacia reale.

Dal punto di vista processuale, senz'altro, dinanzi alle resistenze di cui sopra, il diritto processuale penale è stato straordinariamente più permeabile alla ricezione di tecniche legate alla genetica. Nelle ultime decadi, è diventata possibile, attraverso la decomposizione del DNA e l'ottenimento di marcatori genetici codificati o meno, la esclusione razionale dal novero dei possibili autori del 99,9% della popolazione mondiale, il che, *contrario sensu*, significa l'affermazione dell'autoria di coloro i cui marcatori genetici coincidono con i campioni analizzati. Abbiamo detto che il processo penale è stato più permeabile, perché se i vantaggi dell'identificazione genetica sono indiscutibili e permettono la riduzione del margine di errore nell'attribuzione di un fatto, al tempo le questioni sulle garanzie in fatto di raccolta dei campioni, analisi, catena di custodia, registro di campioni etc. sono plurime, il che non impedisce né il riconoscimento positivo nella legislazione processuale di questa tecnica di identificazione, né la convalida giurisprudenziale delle irregolarità che molte volte ne circondano la pratica.

In definitiva, la tesi fondamentale non è molto diversa dalla denuncia che viene ad essere sostenuta da parte di ampi settori della comunità scientifica in relazione ai fini del diritto penale. L'idea di Stati blindati di fronte alla minaccia terrorista, la sempre più evidente creazione di un diritto penale del nemico, i

giudizi rapidissimi (estremi), il collasso dell'Amministrazione della giustizia, hanno creato un diritto penale sempre più neoretribuzionista fortemente attestato nella protezione delle vittime e sempre più distaccato dall'idea Listziana del diritto penale come Magna Carta del delinquente.

Di qui risulta che sarebbe più semplice filtrare i progressi della genetica nell'identificazione dell'autore del reato, anche a rischio di sistematiche violazioni del processo di ottenimento di campioni e perciò convalidando alti margini di errore e violazione di diritti umani fondamentali, anziché filtrare i progressi della genetica nell'indagine della radice del reato e la capacità del diritto penale di costruire alternative coerenti alla pena per la prevenzione del reato e la riparazione del male cagionato.

Anche quando la scienza dovesse essere capace di spiegare l'inevitabilità del fatto come conseguenza di una determinata codificazione genetica, lo Stato seguirebbe appellandosi alla pena come via di riaffermazione dell'ordinamento giuridico, come formula general-preventiva etc. Che essa sia razionale o meno, efficace o meno, sarà più facile continuare con i vecchi meccanismi piuttosto che ideare nuove risposte per questo tipo di ipotesi (si veda, in questo senso, il settimo capitolo del saggio di Eagleman, *The secret lives of the brain*, 2013).

Infine, la genetica ha creato un campo di sperimentazione con fini terapeutici che al tempo possono generare rischi etici. Ma oltre al rischio etico, rischio di lesione di beni giuridici saldamente ancorati nei valori della comunità. Questa è la ragione per cui la maggior parte delle legislazioni penali del mondo, Spagna inclusa, ha subito incorporato fattispecie penali tendenti a prevenire gli eccessi della sperimentazione genetica. Fattispecie penali il cui valore simbolico o impiego promozionale è maggiore rispetto alla loro applicazione pratica. Tanto che solo in un'occasione la nostra giurisprudenza si è pronunciata sulla portata di tali fattispecie, per scartare l'argomentazione religiosa come formula interpretativa della portata del precetto.